

**Public and Private
International Law
Bulletin**

Public and Private International Law Bulletin
Cilt/Volume: 40 • Sayı/Number: 2 • Aralık/December 2020
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. Yayınlanan 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. Ömer Ekmekçi

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

Prof. Dr. Faruk Kerem Giray, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law
Assoc. Prof. Dr. İnci Ataman Fıganmeşe, 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 Uluşu 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 Akiin, 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 Manti, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law
Res. Asst. Rumeysa Partalçı, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law
Res. Asst. Melis Avcı, 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 Küllişli, 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, Washington DC, United States of America

Prof. Dr. David P. Stewart, University of Georgetown, Center on Transnational Business and the Law, Washington 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

İngilizce Dil 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/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 Endeks/Indexed by
TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizin Sosyal ve Beşeri Bilimler Veri Tabanı/TUBITAK ULAKBİM TR Index Social and Human Sciences Database

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

Baskı 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 2020



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

<i>Araştırma makalesi/Research article</i> İstanbul Sözleşmesi'nin Genel İlkeleri Işığında 6284 Sayılı Kanun'un 4. Maddesi Uyarınca Hakim Tarafından Verilebilecek Korumucu Tedbirler Protection Orders Issued by a Judge under Law No 6284 Article 4 in light of the General Principles of the Istanbul Convention.....	625
Cansu Kaya Kızılırmak	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Zorunlu-Düzensiz Göçün Yarattığı Sorunlardan Birisi Olarak İnsan Ticareti Mağduru Yabancıların İkametlerine İlişkin Hukuki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi The Evaluation of Legal Instruments Regarding the Residence of Foreign Victims of Human Trafficking As One of The Problems of Forced-Irregular Migration	657
F. Elif Çelik	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Sığınmacıların Teminat Yatırma Yükümlülüğü Obligation of Cautio Judicatum Solvi of Asylum Seekers	707
Musa Aygül, Elif Hande Altıntaş	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı ve Sınırlarına Uygulanacak Hukuk Recht auf Beweis" or "droit a la preuve" in International Arbitration and Law Applicable to Limit of the Right.....	729
Cemile Demir Gökyayla	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Possible Ratification of the Hague Convention by Turkey and Its Effects to the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Lahey Konvansiyonu'nun Türkiye Tarafından Onaylanmasının Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizine Etkileri.....	775
Ceyda Süral Feçinar	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Uluslararası Hukuk ve Karşılaştırmalı Hukukta İdari Gözetime Alternatif Tedbirler Alternatives to Immigration Detention in Comparative Law and International Law.....	799
Meltem İneli Çiğner	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Uluslararası Ticari Tahkimde Uygulanacak Hukuk Law Applicable in International Commercial Arbitration.....	831
İşıl Özkan	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Uluslararası Tarım Ürünleri Ticaretinde Tahkim, FOSFA ve GAFTA, Londra Jacques Covo	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Zorunlu Arabuluculuğun Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde İrdelenmesi The Review of Mandatory Mediation in Terms of the Right of Access to Justice.....	867
Sibel Özel	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Tarımsal Önalım Hakkı ile İlgili Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 15.01.2019 Tarih ve 2018/3645E.-2019/3391K. Sayılı Kararı'nın Değerlendirilmesi Evaluation of the Decision of the 14 th Civil Chamber of the Supreme Court Regarding the Right to Agricultural Pre-Emption, Dated 15.01.2019 and Numbered 2018/3654 E.-2	893
Cevdet Yavuz, Osman Açıkgöz	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin İhtiyati Tedbir Kararı Alma Yetkisi Jurisdiction of Turkish Courts to Grant Interim Measures Regarding Disputes with Foreign Element	917
Bilgin Tiryakioğlu	

İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Covid-19 Salgını Sebebiyle Milletlerarası Yatırım Tahkimine Konu Olabilecek İddia ve Savunmalar Potential Claims and Defences in International Investment Arbitration due to the Covid-19 Pandemic937 Baver Mazlum Mert	937
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> 6284 Sayılı Kanun'a Göre Şiddet Uygulayana Yönelik Muayene ve Tedavi Tedbirinin Şartları ve Hukuki Sonuçları Legal Consequences of Intervention and Treatment Measures for the Perpetrators of Domestic Violence According to Law No. 6284965 Nil Karabağ Bulut	965
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Arktik Bölgesi'nin 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi Evaluation of the Arctic within the Framework of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea1023 Nesrin Singil	1023
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> MTK Tahkiminde İptal Davalarına İlişkin Bir Değerlendirme An Evaluation of Setting Aside of Arbitral Awards on Turkish International Arbitration Code1053 Gizem Ersen Perçin	1053
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Uluslararası Hukukta İnternet ve Sosyal Medyanın Terörist Amaçlarla Kullanılmasına Karşı Mücadele ve Çözüm Önerileri Combating Terrorist Use of the Internet and Social Media: Recommended Solutions within the Scope of International Law1089 Cüneyt Yüksel	1089
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Incoterms® 2020 Incoterms® 20201113 Cahit Ağaoglu	1113
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Evlit Edinme Davalarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi International Jurisdiction of Turkish Courts in Adoption Cases1151 Melis Aşar	1151
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> İklim Göçmenliği Sorununun Hukuki Boyutu The Legal Dimension of the Climate Migration Matter1175 Emre Külüşlü	1175
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Yabancılık Unsuru Taşıyan Boşanmaların Şekli The Form of Foreign Divorces1199 Burak Huysal, Begüm Süzen	1199
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Yargısal Yolla Çözümünde Tahkime Rakip Olarak Milletlerarası Ticaret Mahkemeleri: Hollanda Ticaret Mahkemesi Üzerinden Bir Analiz International Commercial Courts Versus Arbitration in International Commercial Disputes: An Analysis Based on the Netherlands Commercial Court1223 Barış Mesci, Emre Esen	1223
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Aile Hukuku Hakemleri Enstitüsü Kuralları Uyarınca Aile Hukuku Tahkimi Family Law Arbitration According to Institute of Family Law Arbitrators' Rules1261 Ayşe Yasemin Aydoğmuş	1261

İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Yargı Etiği Judicial Ethics.....	1293
Ejder Yılmaz	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması Effectivity and Validity of Choice of Law, Choice of Court, and Arbitration Agreements Stipulated in Terms and Conditions Under Turkish Law.....	1313
Berk Demirkol	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması Yollarında Aranan Ortak Şart: Milli Güvenlik Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hâli Bulunmamak The Common Condition Sought for the Ways of Re-acquisition of Turkish Citizenship: Not Being in a Position Constituting an Obstacle for the National Security	1351
Rifat Erten	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Uyarınca Koruma ve Ziyaret Hakkı The Rights of Custody and Access in the Framework of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction	1373
Ebru Akduman	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Lex Mercatoria Kaynağı Olarak ICC Model Uluslararası Franchising Sözleşmesi ICC Model International Franchising Contract as a Source of Lex Mercatoria	1403
Ayşe Güvercin Şahan	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Yabancı Hakem Kararlarının Tenfiz İstemi Hakkında Türk Mahkemelerince Verilen Kararlara Karşı Kanun Yolları Legal Remedies Concerning the Decisions Rendered by Turkish Courts Regarding Requests for the Enforcement of Foreign Arbitral Awards	1433
Mine Tan Dehmen	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Anayasa Mahkemesi'nin Sherapat Yagmyrova Kararı* Üzerine Bazı Değerlendirmeler Some Reviews on Sherapat Yagmyrova Decision* of Constitutional Court	1477
Esra Dardağan Kibar, Doğa Elçin, Oğün Erşan Aydınlı	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Avrupa Birliğinde "Achmea" Kararı ve "1/17 Sayılı Görüş" Işığında "Yatırımcı-Devlet" Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasının Geleceği Future of the Investor-State Dispute Settlement Mechanism in the European Union After the "Achmea" Decision and "Opinion 1/17"	1507
Pınar Karacan	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> İş Dünyası ve İnsan Hakları Uyuşmazlıklarında Tahkim Arbitrating Business and Human Rights Disputes	1535
Zeynep Derya Tarman	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Türk Kanunlar İhtilafı Kurallarına Göre Yabancılık Unsuru Taşıyan Bonoya Bağlı Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk The Law Applicable to Disputes Arising from a Promissory Note with A Foreign Element According to Turkish Conflict of Laws' Rules.....	1569
Ebru Şensöz Malkoç	

İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

Araştırma makalesi/Research article

- Türkiye’de Faaliyet Gösteren Acente veya Tek Satıcıların Taraf Oldukları Yabancı Unsurlu Sözleşmelerde Yer Alan Yetki veya Tahkim Şartına Rağmen Açacakları Davaların Türk Mahkemelerinde Görülüp Görülemeyeceği Meselesi**
The Issue of Whether Cases Filed by Commercial Agents or Exclusive Distributors Operating in Turkey Can be Heard by Turkish Courts Despite the Foreign Forum-Selection Clauses1613
Duygu Ercan

Araştırma makalesi/Research article

- Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Karşı Davalar**
Counterclaims in the Realm of Investment Arbitration1659
İnci Ataman Fıganmeşe

Araştırma makalesi/Research article

- Türk Ticaret Kanununun Ortaklıklar Topluluğuna İlişkin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralı Niteliğindeki Hükümleri**1709
Ünal Tekinalp

Kitap Değerlendirmesi/Book Review

- NATO Rules of Engagement: On ROE, Self- Defence and the Use of Force during Armed Conflict**
(Brill Nijhoff 2020, ISBN: 978-90-04-40167-9, xii + 488)1715
Sezai Çağlayan

Çeviri/Translation

- 1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi’nde Yapılması Teklif Edilen Değişiklikler**.....1721
Abdullah Harun Korkmaz

Çeviri/Translation

- 2 Temmuz 2019 Tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey Anlaşması Türkçe Metni**1731
Ahmet Dülger, Merve Dülger



İstanbul Sözleşmesi'nin Genel İlkeleri Işığında 6284 Sayılı Kanun'un 4. Maddesi Uyarınca Hakim Tarafından Verilebilecek Koruyucu Tedbirler

Protection Orders Issued by a Judge under Law No 6284 Article 4 in light of the General Principles of the Istanbul Convention

Cansu Kaya Kızılırmak*

Öz

Kadına karşı şiddetin engellenmesi ve önlenmesi amacıyla ele alınması gereken temel hukuki düzenlemelerin başında, 6284 sayılı Kanun ile Türkiye'nin de taraf olduğu İstanbul Sözleşmesi gelir. Kanun ile, şiddetten önlenmesi ve şiddetten korumaya yönelik bir kısım koruyucu ve önleyici tedbirler öngörülmüştür. Önleyici tedbirler doğrudan faille yönelik içerikte tedbirler olup bunlara karar vermeye yalnızca hakim yetkilidir. Öte yandan mağdura yönelik olan koruyucu tedbirler ise, öncelikle mağdurun şiddetten korunması ve şiddetten arınmış bir hayata kavuşması amacıyla taşır. Kanun'da öngörülen koruyucu tedbirler, tedbirin içeriğine bağlı olarak hakim veya mülki amir tarafından verilebilmektedir. Çalışmada, 6284 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile hakim tarafından verilebileceği öngörülen koruyucu tedbirler konu alınmıştır. Bunlar; mağdurun işyerinin değiştirilmesi, kişinin evli olması halinde müşterek yerleşim yerinden ayrı yerleşim yeri belirlenmesi, aile konutu şerhi konulması, mağdurun kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerinin değiştirilmesidir. Kanun ile öngörülen tedbirlere karar verilmesi ve bunların uygulanması aşamasında yaşanan sorunlar, Kanun'un ve taraf olunan İstanbul Sözleşmesi'nin amaçladığı koruma ve önlemenin gerçekleştirilebilmesine engel olmaktadır. Bu sebeple çalışmada, Kanun'un amaç ve kapsamı ile tedbir kararları hakkında genel ilkeler aktarıldıktan sonra, madde 4 hükmü ile öngörülen hakim tarafından verilebilecek koruyucu tedbir türleri tek tek ele alınmıştır. Bu tedbirlere ilişkin düzenlemeler, İstanbul Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri ışığında incelenerek uygulamada yaşanan sorunlara ve yasal düzenlemelerdeki aksaklıklara dair çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler

6284 sayılı Kanun, İstanbul Sözleşmesi, Kadına Karşı Şiddet, Ev İçi Şiddet, Koruyucu Tedbirler

Abstract

"Law No 6284 on Protection of the Family and Prevention of Violence against Women", and the Istanbul Convention are the primary sources in Turkish law for protecting women against all forms of violence, and preventing and eliminating violence against women and domestic violence. The Law prescribes various types of measures for prevention and protection. The protection orders may be issued by a family judge or by administrative chiefs, i.e. governor, mayor. In this study, the protection orders that can be issued by a family judge regulated under Article 4 of the Law No 6284 are evaluated. In practice, failure to provide accurate application of the Law and to facilitate proper implementation create difficulties which ultimately deter securing appropriate protection and prevention against all forms of violence covered by the scope of Law No 6284 and the Istanbul Convention. Consequently, upon reviewing the purpose and the scope of Law No 6284, and the general principles of protection orders, judicial protection orders regulated under Art. 4 are individually evaluated. Upon analyzing the relevant provisions, solutions for errors of application and for challenges faced in implementation are provided in light of the relevant provisions of the Istanbul Convention.

Keywords

Law No 6284, Istanbul Convention, Violence Against Women, Domestic Violence, Protection Orders

* Sorumlu Yazar: Cansu Kaya Kızılırmak (Dr. Öğretim Üyesi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: cansukaya@gmail.com ORCID: 0000-0002-6911-7931

Atf: Kaya-Kızılırmak C, "İstanbul Sözleşmesi'nin Genel İlkeleri Işığında 6284 Sayılı Kanun'un 4. Maddesi Uyarınca Hakim Tarafından Verilebilecek Koruyucu Tedbirler" (2020) 40(2) PPII 625. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0027>



Extended Summary

“Law No 6284 on Protection of the Family and Prevention of Violence against Women” was legislated in 2012, introducing a modern scheme to Turkish law on the protection of women against all forms of violence and prevention of violence against women and domestic violence. Pursuant to Article 1/1, the scope and purpose of the Law is, to protect and prevent violence against women, children, family members, stalking victims and potential victims.

The “Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence” (Istanbul Convention) has been in force in Turkish Law as of 1 August 2014. The Convention is statutory, and in the event of conflict with domestic law, the provisions of the Convention prevail (Const Art 90/5). Considering its extensive content, instead of a detailed inspection of the Convention in its entirety, only the relevant provisions are addressed in this study.

Law No. 6284 contains a wide scope and is not limited to domestic violence, and extends to other forms of violence such as stalking (Art 1/1). Definitions of violence, domestic violence and violence against women are parallel to the Convention’s regulations. Threat of acts of violence (Art 2/1/3), and also the likelihood of such acts (Art 1/1), are within the scope as well, regardless of their incidence in public or in private places (Art 2/1/d).

Any individual who is or may be subject to acts of violence regulated in Law No 6284 is described as a victim of violence (Art 2/1/e). In brief, scope narrowing interpretations upon LGBTI individuals, family members, marital status and as such cannot be sustained.

The competent authorities to issue protection orders regulated under Law No 6284 are judicial (Art 4) and administrative chiefs (Art 3). The authorities have the discretion to apply, one or several of these orders, and they have the liberty to order similar relevant orders (Art 4/1). The judicial authority in question lies with the family court judge (Art 2/c). In order to prevent jurisdictional disputes, application to the “fastest and easiest” accessed family court, administrative chief and law enforcement offices is permitted (Art 8/1/2). The Law stipulates *sui generis* rules on burden of proof and submission of evidence. Although this principle is widely criticized and creates uneasiness that eventually causes errors in implementation, only protection orders are to be issued without the requirement of any evidence or report proving violence (Art 8/3/1). Preventive orders, on the other hand, are not directly subject to this exemption and should only be issued without delay to avoid jeopardizing the Law’s aim and purpose (Art 8/3/2, 3). Unfortunately, the principle regarding protection orders which allows the victim’s statement as sufficient evidence is also applied in issuing preventive orders. In contrast, further evidence of violence

is demanded to issue protection orders, mainly by law enforcement. Therefore, a thorough understanding of the Law is yet to have been acquired even by the most involved authorities of implementation. It is also worth mentioning that Law No 6284 has built in safeguards allowing the perpetrator to object to the preventive measures (although the rule does not explicitly make the distinction between preventive and protection orders regarding the objection, the perpetrator should only be permitted to object to measures that have direct effect on his personal rights, i.e. preventive orders). In cases of an objection, the courts can rescind or modify the measure, which then, can a thorough examination of all the elements of the case, including any counterevidence, be performed.

Protection orders can be issued not only by request but also ex officio (Art 2/1/ğ). In case of violation of preventive orders by perpetrators, Law No 6284 stipulates preventive detention shall be ordered by a judge, which is imprisonment starting from 3 to 10 days, increasing with each violation from 10 to 30 days. But the overall duration of imprisonment may not exceed six months (Art 13/1, 2).

As per Article 4, protective orders to be issued by the judge are, enabling the victim to change her workplace, issuing a new residential address apart from the joint matrimonial residence for married victims, registering a “matrimonial residence” notice to the land registry, and change of identity and relevant information and documents in life-threatening situations.

Enabling the victim to change her workplace under the condition of her informed consent (Art 4/1/a) clearly aims to prevent the perpetrators access to the victim.

Issuing a new residential address apart from the joint matrimonial residence for married victims is regulated under Article 4/1/b. Following issuance of this order, the spousal duty of cohabitation regulated under Article 185/3 of the Turkish Civil Code (TCC) will be judicially lifted, and the victim who deserts the residence is protected from possible claims for compensation of damages based on desertion (TCC Art 164) in divorce proceedings (emphasize on divorce grounds of fault still being in effect).

Registering a “matrimonial residence” notice to the land registry (Art 4/1/c) can also be issued as long as the conditions of the main principle regulated under Article 194 of the Turkish Civil Code are met. The effect of this annotation is to lock up the land registry of the property from further legal transactions without the consent of the spouse. The existing legal restriction on power of disposal regarding matrimonial residences is thereby publicly declared, and can be attested to third persons acting in good faith. The decision is referred to the relevant directorate of land registry to be carried out with haste, thereby enabling the victim to acquire the notice without application to the land registry with the necessary documents mandated under Art 194.

In the existence of lethality risk, provided that other protective measures will be insufficient to prevent this risk, change of identity and other relevant documents can be issued with the victims' informed consent (Art 4/ç). Reference is made to Law No 5726 on Witness Protection for mere purposes of implementation, apart which, the rules of Law No 6284 should apply. Incidentally, the prescribed six-month maximum duration of initially issued orders (Art 8/2/1) should not be enforced. In fact, the six-month limit should only apply to preventive measures. The victim should not be implicitly forced to apply for renewal or extension of initial protection measures. Aside from a set of general definitions, the principles for assessment of the lethality risk and a scheme of risk management envisaged in Art 51 of the Convention are regrettably left untouched under Law No 6284, which may lead the authorities to arbitrary and ambiguous risk assessments. Possible delays, setbacks, negligence, or bureaucratic uncertainties on implementation should be avoided bearing in mind the lethality risk. For this purpose, competent authorities should specifically be informed and subjected to in-service training on the principle of post-haste and cooperation duties in implementation.

İstanbul Sözleşmesi'nin Genel İlkeleri Işığında 6284 Sayılı Kanun'un 4. Maddesi Uyarınca Hakim Tarafından Verilebilecek Koruyucu Tedbirler

I. Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair 6284 Sayılı Kanun ve İstanbul Sözleşmesi Hakkında Genel Bilgiler

4320 sayılı “*Ailenin Korunmasına Dair Kanun*”¹’un yürürlükten kaldırılmasını takiben, 2012 yılında 6284 sayılı “*Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun*”² yayımlanmıştır. 6284 sayılı Kanun ile, kadına karşı şiddetin ve ev içi şiddetin önlenmesine dair önemli yenilik ve değişiklikler içeren düzenlemelere yer verilmiştir.

Kanun’un amacı, “*şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasların*” düzenlenmesidir (m 1/1).

Kanun’un uygulanmasında ve gereken hizmetlerin sunulmasında uyulacak temel ilkeler de madde 1/2 düzenlemesi ile dört bent halinde sayılmıştır. Buna göre;

a) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, özellikle Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve yürürlükteki diğer kanuni düzenlemeler esas alınır.

b) Şiddet mağdurlarına verilecek destek ve hizmetlerin sunulmasında temel insan haklarına dayalı, kadın erkek eşitliğine duyarlı, sosyal devlet ilkesine uygun, adil, etkili ve süratli bir usul izlenir.

c) Şiddet mağduru ve şiddet uygulayan için alınan tedbir kararları insan onuruna yaraşır bir şekilde yerine getirilir.

ç) Bu Kanun kapsamında kadınlara yönelik cinsiyete dayalı şiddeti önleyen ve kadınları cinsiyete dayalı şiddetten koruyan özel tedbirler ayrımcılık olarak yorumlanamaz.”

Kanun Gereğesinde yer alan şu ifadeler dikkat çekicidir: “*Son yıllarda başta kadınlar olmak üzere kişilere karşı işlenen şiddet olayları toplumumuzu sarsan boyutlara ulaşmıştır. Her geçen gün yaşanan dayak, işkence ve cinayet gibi şiddet olayları görsel ve yazılı basında izlenmektedir. Bu olaylara daha çok kadınlar ve çocuklar maruz kalmaktadır*”... “*Kadına yönelik şiddet, en yoğun olarak aile içinde yaşanmaktadır... Şiddet mağduru kadınlarda, özgüven eksikliği, kimlik sorunu, toplumsal yaşama katılımda ve kendini ifade etmede sorunlar yaşanmaktadır. Diğer yandan şiddet yetersiz beslenmeye, kronik hastalıkların artmasına, geçici ve kalıcı hastalıklara, kronik ağrılara, anne ölümlerine ve intiharlara neden olmaktadır*”³. *Şiddete tanık olan çocuklarda ruhsal*

1 RG 17.01.1998/23233.

2 RG 20.03.2012/28239.

3 Kadına karşı şiddetin, kadının sağlık hizmetine erişimi bakımından farklı bir boyutu hakkında inceleme için bkz. Gönül Şahiner, Toplumsal Cinsiyet ve Kadına Karşı Şiddetin Kadınların Üreme Sağlığına İlişkin Hizmetlerden Faydalanmasına Etkisi (Yüksek Lisans Tezi, T.C. Genelkurmay Başkanlığı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Kadın Hastalıkları ve Doğum Hemsireliği Bilim Dalı 2007) <www.tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> Erişim Tarihi 15 Nisan 2020.

*davranış bozuklukları ve okulda başarısızlık görülmekte ve ileriki yaşantılarında şiddet uygulamaya eğilimli bireylere olarak yetişerek şiddetten olumsuz etkilenmektedirler. Bu konu yalnızca kadınlar, erkekler ve çocuklar açısından değil aynı zamanda toplumumuzun geleceğinin sağlığı açısından da çok önemlidir. **Kişilere yönelik şiddet, bir insan hakkı ihlalidir.** Bu nedenle günümüzde bu sorun özel alan sorunu olmaktan çıkarak toplumsal alanda tartışılmakta ve mücadelesi bir devlet politikası olarak kabul edilmektedir. Kadın-erkek eşitliğinin sağlanması, kadının insan haklarının teminat altına alınması devletlerin sorumluluğundadır...”“...**Bu Tasarı öncelikle en temel insan hakkı olan yaşam hakkının korunması, kadın cinayetlerinin son bulması amacıyla kurumların şiddetle mücadelenin her aşamasında aktif rol almasını sağlamayı hedeflemektedir. Yine bu Tasarıda Devletin şiddeti önlemesi, şiddete uğrayanı çok yönlü koruması ve şiddet uygulayan veya şiddet uygulama ihtimali bulunan kişinin, verilecek koruyucu tedbir kararları ile rehabilite edilmesi amaçlanmıştır**”...*

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın “Genel Esaslar” başlıklı Birinci Kısım'ında yer alan “Kanun önünde eşitlik” kenar başlıklı 10. maddesi şu kurala yer vermektedir: “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz” (Anayasa m 10/2).

Ayrıca, 6284 sayılı Kanun'a temel teşkil ettiği söylenebilecek olan ve kadına yönelik şiddet konusunda uluslararası nitelikteki ilk ve en kapsamlı Avrupa Konseyi Sözleşmesi olan, 11.05.2011 tarihli “Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi⁴”⁵ (İstanbul Sözleşmesi)'ne de değinmek gerekir.

Sözleşme'nin amacı, Sözleşme'nin önsözünde, kadına yönelik şiddet ve ev içi şiddetten arınmış bir Avrupa yaratmak⁶ olarak belirtilmekte ve Sözleşme ile taraf devletlere toplumsal cinsiyet anlayışına dayalı ev içi şiddetin engellenmesi konusunda yükümlülükler getirilmektedir⁷.

1 Ağustos 2014 tarihi itibarıyla Türkiye'de yürürlüğe girmiş olan İstanbul Sözleşmesi, kadına yönelik şiddetle mücadele konusunda taraf devletler için bağlayıcı nitelikte ve kendi denetim mekanizmasına⁸ sahip bir uluslararası sözleşmedir.

4 RG 08.03.2012/28227-Mükerrer; Sözleşme 2011 yılında imzaya açılmış olup, Türkiye, Sözleşmeyi ilk imzalayan devlet olmuştur. Sözleşmeyi, 14.04.2020 tarihi itibarıyla 46 ülke imzalamış, 34 ülke onaylamıştır, <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2020.

5 Sözleşme başlığında ve metninde, “ev içi şiddet” kavramı esas alınmıştır. Ancak Sözleşme'nin Türkçe çevirisinde, muhtemel politik anlayışlar sebebiyle hem başlıkta hem de metinde “aile içi şiddet” kavramı kullanılmıştır. Her durumda, taraf olunan Sözleşme'nin orijinal metni bağlayıcı olacaktır. Bu yönde ve Sözleşme metnine ilişkin diğer çeviri hataları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kadriye Bakırcı, ‘İstanbul Sözleşmesi’ (2015) 73(4) Ankara Barosu Dergisi 133, 137-139.

6 Sözleşme'nin amacı hakkında ayrıca bkz. İstanbul Sözleşmesi m 1/1.

7 Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tijen Dündar Sezer, *İnsan Hakları Hukuku Açısından Kadınlara Yönelik Şiddet* (Turhan Kitabevi 2019) 106-115.

8 Sözleşmenin bağımsız denetim kurulunun adı, GREVIO'dur (“Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence/Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddete Karşı Eylem Uzman Grubu). Denetim mekanizması, Sözleşme'nin “İzleme mekanizması” kenar başlıklı 9. bölümünde 66-70. maddeler arasında düzenlenmiştir.

Taraf devletlere bir kısım yükümlülükler getiren bu Sözleşme, Anayasa madde 90 çerçevesinde kanun hükmündedir. Dolayısıyla, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle, kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkan uyuşmazlıklarda bu uluslararası Sözleşme'nin hükümlerinin esas alınması gerekir (Anayasa m 90/son).

Oldukça kapsamlı ve ayrıntılı düzenlemeler içeren Sözleşme'nin bütününe yer vermek, bu çalışma kapsamında mümkün olmayıp ayrı bir çalışmanın konusu olduğundan, burada yalnızca, koruyucu tedbirler ile ilgili bir kısım Sözleşme hükümlerine değinilecektir.

İstanbul Sözleşmesi'nin kapsamına, orantısız olarak kadınları etkileyen ev içi şiddet de dahil olmak üzere, kadına karşı şiddetin her türü girmektedir (Söz m 2/1). Sözleşme'de kadına karşı şiddet, açıkça, insan hakkı ihlali ve kadına karşı ayrımcılık olarak tanımlanmış ve kabul görmüştür (Söz m 3/a).

Sözleşme'nin “*Temel haklar; eşitlik ve ayrımcılık yasağı*” kenar başlıklı 4. maddesi uyarınca, taraf devletler, tüm bireylerin ve özellikle kadınların, kamusal ve özel alanda şiddetten uzak yaşama haklarını teşvik etmek ve korumak için gereken yasal düzenlemeleri ve diğer tedbirleri almakla yükümlüdür (Söz m 4/1).

Ayrıca söz konusu hükmün 3. fıkrası ile taraf devletlere, Sözleşme hükümlerinin uygulanmasında ve özellikle mağdurların haklarının korunmasına yönelik tedbirlerin alınmasında, herhangi bir sebebe dayalı olarak ayrımcılık yapılmamasının güvence altına alınması yükümlülüğü getirilmiştir. Hüküm ile, örnek olmak üzere bir kısım ayrımcılık sebepleri sayılmış olup bunlardan bazıları şunlardır; cinsiyet, dil, din, siyasi veya başka bir konudaki görüşler, sosyal köken, cinsel eğilim, cinsiyet kimliği, sağlık durumu, engellilik, medeni hal, göçmen veya mülteci statüsü (Söz m 4/3).

Sözleşme'nin, “*Önleme*” başlıklı 3. bölümünde yer alan “*Genel yükümlülükler*” kenar başlıklı 12. maddesi uyarınca, taraf devletlerin, kadınların daha aşağı düzeyde olduğu düşüncesine veya kadınların ve erkeklerin toplumsal olarak klişeleşmiş rollerine dayalı ön yargıların, törelerin, geleneklerin ve diğer tüm uygulamaların kökünün kazınması amacıyla kadınların ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarının değiştirilmesine yardımcı olacak tedbirleri alma yükümlülüğü bulunur (Söz m 12/1)⁹.

9 “*Türk toplumunun kadına bakış açısı, kadını konumlandığı yer, toplumun ahlaki, örf vs. gibi değerlendirmeler*” in 6284 sayılı Kanun hazırlanırken dikkate alınması gerektiği yönünde, “*Çözüm Önerileri Raporu*” in Akın Ünal and Arif Kalkan (eds) *Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri Çalıştayı* (1st edn, Adalet Yayınevi 2019) 171. Bu yaklaşım İstanbul Sözleşmesi'ne aykırı olacaktır ve şiddet ve kadına karşı şiddet gibi vahim bir meseleyle mücadelede böyleleri kavramların arkasına saklanılmaması gerekir.

Ne zaman devletler tarafından uluslararası antlaşmaların kendi kültürel hakları ile çatıştığı iddia edilse, bunun hep kadınlar eşit haklar verilmesinin reddedilmesi ile sonuçlandığı yönünde, Fatmagül Berktaş, “*Can There Be Any Excuse For Violence Against Women?*” in Adem Sözüer (ed) *Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık 2. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali* (Adalet Yayınevi 2014) 663, 668. “*Kadın haklarının ihlalinin kültürel pozitifizm uğruna mazur görülmesi ve muhafaza edilmesinin, gücün ve ayrımcılıkların elden bırakılmaması konusunda erkek kararlılığına bir maske olmaktan ibaret*” olduğu yönünde, *ibid* 668.

Ayrıca taraf devletlere, kültür, töre, din, gelenek veya sözde namus gibi kavramların bu sözleşme kapsamındaki herhangi bir şiddet eylemine gerekçe olarak kullanılmamasını temin etmek yükümlülüğü getirilmiştir (Söz m 12/5)¹⁰.

Bu yükümlülüğe ilişkin olarak Sözleşmesi’nde, taraf devletlerin iç hukuklarının bu bakımdan ihlal teşkil edebilecek düzenlemelere yer vermemesini temin etmekle yükümlü oldukları vurgulanmıştır. Dolayısıyla iç hukuk düzenlemelerinin, bu kavramlardan ilham alan yorumlara temel teşkil edecek boşluklar içermemesi gerekir¹¹. Ayrıca Sözleşme madde 42/1 uyarınca, “*Taraflar bu Sözleşme kapsamında kalan şiddet eylemlerinin gerçekleştirilmesinden sonra başlatılan ceza davalarında kültür, töre, din, gelenek veya sözde “namus” un gerekçe olarak öne sürülmesinin önlenmesini temin etmek üzere, gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaklardır*”. Dolayısıyla töre veya namus saikiyle işlenen kasten öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin uygulanması bu hali ile İstanbul Sözleşmesi’nin ihlali olarak değerlendirilmelidir¹².

Dahası, bu yükümlülüğün kapsamı oldukça geniş anlaşılmalıdır. Bu bakımdan, **resmi açıklamalar, raporlar veya bildirilerin, şiddeti kültür, töre, din, gelenek veya sözde namus temeli ile hoş gören veya meşrulaştıran bir içerikte olmaması gerektiği** özellikle vurgulanmıştır¹³.

Şerhte, bu yükümlülük ile ilgili olarak ayrıca şu temel ilkeye de yer verilmiştir: Sözleşme’nin şiddetin engellenmesine ilişkin düzenlemeleri, failin kültürel veya dini hak veya özgürlüklerinin sınırlandırılması olarak değerlendirilemez. Bu ilkenin özellikle, toplumsal cinsiyet temelli şiddetin kabul edilebilirliğine ilişkin hakim düşüncenin kültürel veya dini altyapıya göre değişiklik göstereceği farklı etnik yapıya ve dini inanışa sahip toplulukların bir arada yaşadığı toplumlar için önem arz ettiği ifade edilmiştir¹⁴.

Sözleşme’nin “*Koruma ve destek*” başlıklı 4. bölümünün, “*Genel yükümlülükler*” kenar başlıklı 18. maddesi ile, taraf devletler mağdurların muhtemel şiddet olaylarından

10 Namus cinayetlerinde Yargıtay’ın haksız tahrik sebebi ile ceza indirimi uygulamalarına dair değerlendirmeler için bkz. Müge Demirkır Ünlü, *Kadına Yönelik Şiddet ve Aile-İç Şiddet* (Legal Yayınları 2012) 66, 68.

11 İstanbul Sözleşmesi Şerhi (Şerh), Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Art 12 N 89 <<https://rmcoe.int/16800d383a>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2020; Görüldüğü üzere Sözleşme ile taraf devletlere bu kavramlar bakımından getirilen yükümlülüğün kapsamı, kavramsal ayrımlar yapılmaksızın geniş tutulmuştur. Türk Ceza Kanunu’nun 82. maddesi ile öngörülen töre saikiyle kasten öldürme suçu (TCK m 82/1/k) bakımından, töre kavramının namus kavramını da kapsayan bir üst kavram teşkil edip etmediği hakkında bkz. Onur Özcan, ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Töre Saikiyle Kastten Öldürme Suçu’ in Nur Centel (ed) *Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 1 Ceza Hukuku* (2013) 241, 242-245.

12 Bu bakımdan, TCK m 82/1/k hükmünde yer alan “töre saiki” ifadesinin “namus saiki” ifadesi ile değiştirilmesi ve her tür namus cinayetinde haksız tahrik indirimi verilmesinin önlenmesi gerektiği yönünde, Döndü Ceren Şimşek, ‘Kadına Şiddet Pazarlık Konusu’ (2015) 73(4) Ankara Barosu Dergisi 317, 318; Buna karşılık, “*karısının başka bir erkekle birlikte olduğunu gören bir kişinin, söz konusu haksız fiilin ortaya çıkardığı öfkenin etkisi altında töresel kuralların gereğini yerine getirme saikiyle karısına ve karısının sevgilisine karşı işlediği öldürme suçu, töre saikiyle işlenmiş bir suç olarak kabul edilip haksız tahrik indiriminden yararlandırılacaktır*” şeklinde bir görüş için bkz. Özcan (n 11) 254-255.

13 Şerh (n 11) Art 12 N 89; Bu yükümlülüğün açık ihlali anlamına gelecek bir kısım resmi makam açıklamaları için bkz. Tutku Ayhan, ‘Protecting the Woman or the Family? Contradiction Between the Law and Its Practice in Violence Against Woman Cases in Turkey’ (2017) 5(1) Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi 137, 151-155.

14 Şerh (n 11) Art 12 N 89.

korunması için gereken tüm yasal ve diğer tedbirleri almak ile yükümlü kılınmıştır (Söz m 18/1).

Sonuç olarak, her ne kadar, 6284 sayılı Kanun'un kapsamı bakımından, İstanbul Sözleşmesi'nde yer verilen bir kısım önemli düzenlemelere yer verilmemiş olması eleştiri konusu olabilecek ise de Kanun, kadına karşı şiddetle mücadelede önemli bir araç olarak hukukumuzda yer almaktadır. Elbette, temel araç yasal dayanak olmakla birlikte ancak bu konudaki yasal düzenlemelerin amaca uygun şekilde uygulanması suretiyle hedeflenen önleme ve korumanın gerçekleştirilmesi mümkün olabilir. Sadece kağıt üstünde kalan düzenlemeler şiddetin önlenmesine fayda sağlamayacağından, Kanun ile öngörülen düzenlemelerin Kanun'un amacı ve ruhuna uygun surette uygulanması bakımından yetkili kurum ve kuruluşlara büyük görev düşer¹⁵.

A. Şiddet Kavramı

Kanun'da şiddet kavramına ilişkin verilen tanımlar şu şekildedir¹⁶:

“Ev içi şiddet¹⁷: Şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddeti (m 2/1/b),

Şiddet¹⁸: Kişinin, fiziksel, cinsel¹⁹, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı

- 15 Şerh (n 11) Art 4 N 51; Yeni inşa edilen büyük adliyelerin kadınlar için birer labirente dönüşerek kadınları ağır bürokrasi ve evrak işi ile yıldırarak şikayetinden alıkoyabileceği yönünde, Ayhan (n 13) 148; Uygulamada şikayette bulunan mağdurun evli olmaması veya fiziksel delil sunamaması sebebiyle talebinin reddedildiği rapor edilmektedir, *ibid* 148-149; “*Usul hukukunda yargılamanın tarafsızlığı için yargıcın taraflara eşit mesafede olması gerekmektedir. Ancak bu eşitlik daha önce de belirtildiği gibi aynılık demek değildir. Yargıcın toplumsal farklılıkların şuurunda hareket etmesi tarafsızlık açısından bir gerekliliktir*”, Fatma İrem Çağlar Gürgey, ‘Ev-İçi Şiddet Davalarında Yargıcın Tarafsızlığı’ (2015) 73(4) Ankara Barosu Dergisi 55, 71; Opuz v. Türkiye davasında, Mahkeme, Türkiye’de yargıda kadına karşı şiddet konusunda baskın olan ayrımcılığı belirlemiş ve “*yargıcın genel ve ayrımcı pasifliğinin aile içi şiddetin sürmesine yol açan bir hava yarattığını ortaya koyduğunu*” belirtmiştir, bu konuda bkz. Gülay Arslan Öncü, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu ve Bununla Mücadele Araçları’ (Mücadele Araçları) (2012) 32(2) MHB 1, 18, 26; Uygulamaya dair bir inceleme için bkz. İzzet Doğan, ‘Yargı Kararlarında Kadın Haklarına Bakış’ in Adem Sözüter (ed) *Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık 2. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali* (Adalet Yayınevi 2014) 109-118, 109 ff.
- 16 İHAM kararlarında kadına karşı ev içi şiddet hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Arslan Öncü, (Mücadele Araçları) (n 15) 15 ff; Gülay Arslan Öncü, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu ve Bununla Mücadele Yaklaşımları’ in Nur Centel (ed) *Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferansı Serisi No. 1 Ceza Hukuku* (2013) 39, 44 ff; Nisan Kuyucu, *AIHM İçtihadında Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Kadına Yönelik Şiddet* (Seçkin Yayınları 2014) 96 ff; Dündar Sezer (n 7) 173 ff.
- 17 İstanbul Sözleşmesi’nde ev içi şiddet ise, aile içinde veya ev içinde (domestic unit), eski veya mevcut eşler veya hayat arkadaşları arasında meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik şiddet eylemleri olarak tanımlanmaktadır (Söz m 3/b). Ayrıca, ev içi şiddetin varlığından bahsedebilmek için, şiddet uygulayanın, mağdurla aynı ikametgahı paylaşması veya daha önce paylaşmış olması şart değildir (Söz m 3/b).
- 18 İstanbul Sözleşmesi’nin 3. maddesi uyarınca, kadına karşı şiddet, ister kamusal ister özel alanda meydana gelsin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik zarar veya acı verilmesi ile sonuçlanan veya sonuçlanması mümkün olan, tüm toplumsal cinsiyete dayalı şiddet içeren davranışlar şeklinde tanımlanmıştır. Düzenlemede, bu davranışlarda bulunma tehdidi ile zorlama/ikrah veya keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakmanın da kadına karşı şiddet kavramının kapsamına olduğu belirtilmiştir (Söz m 3/a).
- 19 Yorumuz olarak aktaracağımız farklı bir görüş için bkz. “*Cinsel şiddet tabiri sürekli kullanılmaktadır. Genellikle erkek zorla kadını cinsel bir ilişkiye giriyo denilmektedir. O zaman cinsel birleşmekten kaçınmakta cinsel şiddettir. Başka bir deyişle, erkek istediğinde kadının kaçınması da, erkekler karşı bir cinsel şiddettir. Maalesef Avrupa’nın doldurduğu erkekleri kötü gösterilmektedir. Biz erkekler Türk Kanunu Medenisinde evin reisi kocadır maddesini çıkardığımız zaman bu savaşı kaybettik*”, Harun Can (Yargıtay Üyesi), ‘Yorum ve Katkılar’ in Akın Unal and Arif Kalkan (eds) *Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri Çalıştayı* (1st edn, Adalet Yayınevi 2019) 81.

ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışı (m 2/1/d)”

Şiddet tanımının yer aldığı düzenlemede ifade edildiği üzere, şiddet, toplumsal, kamusal veya özel bir alanda meydana gelebilir (m 2/1/d). Demek ki, Kanun kapsamında yalnızca ev içi şiddete maruz kalan kişiler koruma altına alınmış değildir. Esasen düzenlemede yapılan şiddetin gerçekleştiği yerin kamusal alan veya özel alan teşkil etmesinin fark etmediği vurgusu, ev içi şiddeti özel alan olarak algılama eğiliminde olan devletin bu alana mahremiyet iddiası ile müdahalede bulunmaması yönündeki ataerkil algının terkedilmesi zorunluluğunu doğurur. Bu açıdan yargıda ve kolluk kuvvetlerinde baskın olan bu anlayışın terk edilmesi gerekir²⁰.

Belirtmek gerekir ki, şiddet tanımı çerçevesinde, davranışın ceza hukuku bakımından suç teşkil etmesi şart değildir²¹. Kanun ile şiddet olarak tanımlanmış her türlü davranışın Kanun'un uygulanmasına imkan vereceğinde şüphe edilmemelidir. Bu bakımdan şiddetin “belirli bir önemde olması, şiddete maruz kalan bireyin ciddi zararlar görmesine” sebep olması²² gerekmez.

Ayrıca, başvurunun kabul edilebilmesi için, mevcut ve devam eden bir şiddetin bulunması gerekmez. Şiddetin ilk kez meydana gelmesi halinde²³ ve hatta şiddet tehdidinde bulunulması halinde dahi, mağdurun Kanun kapsamında korunması gerekir²⁴. Zira şiddetin uygulanacağına dair tehdit fiili de başlı başına şiddet tanımının içerisinde yer alır (m 2/1/d). Kaldı ki, şiddete uğrama tehlikesi bulunanlar dahi Kanun'un kapsamına alınmıştır (m 1/1). Her durumda, Kanun'un amacının şiddet mağdurunun korunması olduğu kadar şiddetin önlenmesi olduğu da unutulmamalıdır²⁵. Doktrinde de, Kanun'un amaç ve ruhunun, şiddetin henüz meydana gelmeden önce önlenmesi olduğu vurgulanmakta ve özellikle tedbir taleplerinin değerlendirilmesinde şiddetin ortaya çıkmasının beklenmesi gerekmediği kabul edilmektedir²⁶. İstanbul

20 Bu yönde bkz. Çağlar Gürgey (n 15) 65-66; Bu ayrımın, kadının ikincil konumunu haklı göstermek için yapıldığı yönünde, Berktaş (n 9) 665 ff.

21 Mehmet Erdem, ‘Aile İçi Şiddet ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’ (2007) 73 TBB Dergisi 46, 55.

22 4320 sayılı Kanun dönemi bakımından bu ifadeler için bkz. Erdem (n 21) 57; Benzer yönde, Serkan Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması* (Türkiye Barolar Birliği Yayınevi 2004) 309. Yazar, yine de, şiddetin ciddi olduğunun kabul edilebilmesi için davranışın muhakkak ağır sonuçlar doğurabilecek mahiyette olmasının gerekmediğini de vurgulamaktadır.

23 İstatistik olarak da şiddet uygulayanın bu davranışına devam edeceği açıktır ve şiddet şiddeti doğurur. Bu bakımdan yalnızca fiziksel ve psikolojik şiddet değil, ekonomik şiddet de kapsama dahildir. Erdem (n 21) 47-48. Yazar, psikolojik ve ekonomik şiddetin, “fiziksel şiddetin habercisi” olduğunu isabetle belirtmektedir, *ibid* 57.

24 *ibid* 47.

25 Uygulamada, boşanma arifesinde olan ve halihazırda şiddete maruz kalmamasına rağmen, kocasının şiddet eğilimi sebebiyle şiddete maruz kalma ihtimalinden korktuğunu beyan eden kadının talebinin yerinde bulunduğu ve karşı taraf hakkında uzaklaştırma tedbirine karar verildiği ifade edilmektedir, Bu karara dair aktarım için bkz. Arzu Aydoğan, ‘6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un “Şiddeti Önleme” Yükümlülüğü’ (2018) 92(3) İBD 215, 216. Kanun’un “genel olarak şiddet vuku bulduktan sonra başvurulmuş bir yasal araç gibi” algılandığı, fakat Kanun’un ve İstanbul Sözleşmesi’nin esas öneminin içerdikleri şiddetin önlenmesine ilişkin hükümlerde saklı olduğu yönünde *ibid* 215.

26 *İbid* 216; Ramazan Karakaya, *Uygulamada Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun* (2nd edn, Adalet Yayınevi 2018) 4. Önceki tarihlerde gerçekleşen şiddet fiillerine dayanarak tedbir talep edilmesinin, dürtünlük kuralına (TMK m 2) aykırı olacağı ileri sürülmüş ise de, (*ibid* 25) bu tespiti katılmak mümkün değildir. Zira, şiddet uygulama tehlikesi bulunan hallerde de tedbirlere karar verilebileceğinden, geçmişte meydana gelen şiddet fiilleri dikkate alınarak, somut olaya göre tedbire hükmedilmesine imkan tanımak gerekir.

Sözleşmesi'nde de mağdurların şiddete karşı korunmaları hedeflenmekle birlikte temel amaç şiddetin önlenmesidir. Taraf devletler tüm bireylerin ve özellikle kadınların, şiddetten uzak yaşama haklarını teşvik etmek üzere gereken yasal düzenlemeleri ve diğer tedbirleri almakla yükümlü kılınmıştır (Söz m 4/1).

Diğer yandan hangi davranışların Kanun'un tanımladığı kapsamda olduğunun tespitinde, psikolojik ve ekonomik şiddetin sınırlarını belirlemek önem arz eder. Psikolojik şiddetin kapsamına, fiziksel şiddetin uygulanacağı konusunda tehdit etme, kişi özgürlüklerinin sınırlanması ve aşırı kıskanç davranışlar da girer²⁷.

Benzer şekilde ekonomik şiddet de kapsama dahildir. Doktrinde de isabetli olarak belirtildiği üzere, kişilerin “*çalışmalarının ve gelir sağlamalarının engellenmesi, çalışmaya zorlanmaları, kişisel kazançlara veya malvarlıklarına el konulması, bunların yönetimine engel olunması*” gibi davranışlar da ekonomik şiddet teşkil eder²⁸. Buna karşılık, ihmal gibi pasif davranışların şiddet tanımının kapsamına girmediği kabul edilir²⁹. Ancak, istisnai hallerde pasif davranışın boyutunun özellikle psikolojik ve ekonomik şiddete sebep olacak mertebeye ulaşması mümkündür.

B. Şiddet Mağduru ve Şiddet Uygulayan

Kanun'da şiddet mağduru, “*bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kalan veya kalma tehlikesi bulunan kişiyi ve şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi bulunan kişiler*” olarak tanımlanmıştır (m 2/e).

Kanun'un “*Amaç, kapsam ve temel ilkeler*” kenar başlıklı 1. maddesinde, “*şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin*” şiddete karşı korunması ve bunlara karşı şiddetin önlenmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir (m 1/1).

Yönetmelik ile ayrıca, şiddet mağdurunun beraberindeki çocukların da koruma kapsamında olacağı düzenlenmiştir (Yön m 3/1/j). Bu bağlamda, çocuklar, doğrudan şiddete maruz kalmasalar bile, ev içi şiddetin tanığı olmaları onların şiddet mağduru olarak kabul edilmeleri için yeterlidir³⁰.

27 Erdem (n 21) 55, 58- 59; Dündar Sezer (7) 45; Fersu Ege Kandemir, *Kadına Karşı Şiddet ve Ailenin Korunması Sorununun Türk Hukuk Mevzuatı ve Uluslararası Sözleşmelerdeki Yeri* (1st edn, Seçkin Yayınları 2019) 49; Songül Sallan Gül, *Türkiye'de Kadın Sığınmaevleri, Erkek Şiddetinden Uzak Yaşama Açılan Kapılar Mı?* (2nd edn, Bağlam Yayıncılık 2013) 20-21.

28 Erdem (n 21) 56; Dündar Sezer (n 7) 46-47; Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. Judy L. Postmus, Gretchen L. Hoge, Jan Breckenridge, Nicola Sharp-Jeffs and Donna Chung, 'Economic Abuse as an Invisible Form of Domestic Violence: A Multicountry Review' (2018) 21(2) Trauma, Violence&Abuse 261, 261 ff <<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1524838018764160>> Erişim Tarihi 16 Nisan 2020.

29 Böylece davranışların istisnai olarak ancak çocuklar bakımından Kanun'un uygulama alanına girebileceği yönünde, Erdem (n 21) 58; Pasif davranışların şiddet olarak değerlendirilemeyeceği yönünde, Ayan (n 22) 307.

30 Bu husus İstanbul Sözleşmesi'nin Önsöz'ünde açıkça belirtilmiştir. Bu yönde bkz. Bakırcı (n 5) 144-145; Ali Haydar Yağcıoğlu, '6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar' (2017) 9 (Özel Sayı) DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 913-966, 922.

Kapsam bakımından özellikle 4320 sayılı Kanun döneminde şu sorular gündeme gelmiştir³¹: Mağdur ve şiddet uygulayan arasında geçerli bir evlilik bulunması gerekir mi? Eşler boşanmış veya fiilen birlikte yaşamıyor ise koruma kapsamında olacaklar mıdır? Birlikte yaşayan kişilerin veya imam nikahlı kişilerin korumadan yararlanması, benzer ve ayrık şekilde LGBTİ bireylerin, ilişki içerisinde olup olmamalarından da bağımsız olarak şiddete karşı korunması ne şekilde sağlanacaktır? Flört veya arkadaşlık ilişkileri de kapsama dahil midir? Aile kavramının içine birlikte yaşamakta olan veya olmayan üçüncü kişiler girecek ise bunlar kimlerdir ve bu kapsama nerede sınır çekilecektir? Aile bireyleri kavramının kapsamına girecek kişilerin tayininde katı bir şekilde Türk Medeni Kanunu'nun düzenlemeleri mi esas alınmalıdır?

Artık, 6284 sayılı Kanun'un düzenlemeleri incelendiğinde, şiddet olarak tanımlanabilecek bir fiile maruz kalan veya maruz kalma tehlikesi bulunan “*kişi*”lerin şiddet mağduru olarak koruma kapsamında olduğu görülür³² (m 2/1/e³³). Ayrıca vurgulamak gerekir ki, Kanun'un uygulanması için geçerli bir evliliğin bulunması da gerekmez, zaten Kanun'da evliliğe dair herhangi bir ifadeye de rastlanmaz³⁴. Bu bakımdan, kadın-kız, LGBTİ birey, aile bireyi gibi bir kısım kapsam daraltıcı yorumların yapılması mümkün olmadığı gibi, şiddetin yalnızca ev içi şiddet teşkil etmesi de gerekmez³⁵. Şiddetin, toplumsal, kamusal veya özel alanda gerçekleşmesinin önem arz etmediği de Kanun ile açıkça ifade edilmiştir (m 2/1/d).

İstanbul Sözleşmesi'nde ise, Sözleşme'nin 3. maddesinin a ve b bentlerinde sayılan davranışlara maruz kalan her gerçek kişi, mağdur olarak kabul edilmiştir (Söz m 3/e). Kadın kavramının, 18 yaşın altındaki kızları da kapsadığı belirtilmiştir (Söz m 3/f)³⁶.

“Şiddet uygulayan” kavramı ise Kanun'da, “*Bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışları uygulayan veya uygulama tehlikesi bulunan kişi*” olarak

31 Bu konuda bkz. Erdem (n 21) 51 ff; Çağlar Gürgey (n 15) 66-69.

32 Yönetmelikte, Kanun'un yabancılarla da, “*Müteakabiliyet ilkesi çerçevesinde uyruğuna bakılmaksızın*” uygulanacağı öngörülmektedir (Yön m 3/1/n).

33 “*e) Şiddet mağduru: Bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kalan veya kalma tehlikesi bulunan kişiyi ve şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi bulunan kişileri*”.

34 Kişilerin evli olması ifadesine yalnızca, m 4/1/b bendi uyarınca hakim tarafından verilecek müşterek yerleşim yerinden ayrı yerleşim yeri belirlenmesine ilişkin koruyucu tedbir kararına ilişkin düzenlemede rastlanır.

35 Ayşe Nuhoglu, ‘Kadına Yönelik Şiddet’ (2012) 8(97-98) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi (Yoncalı Platformu Sempozyumu Günleri Kütahya Türkiye’de Aile İçi Şiddetle Mücadele Hukuk Sempozyumu) 62, 69; Ayhan Uçar, ‘İstatistikî Verilerle Ulusal Basında Kadına Karşı Şiddet’ (2016) 7(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 315, 323-324; Ömer Uğur Gençcan, ‘Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Amaç ve Kapsamı’ (2012) 8(97-98) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi (Yoncalı Platformu Sempozyumu Günleri Kütahya Türkiye’de Aile İçi Şiddetle Mücadele Hukuk Sempozyumu) 89-96, 92; Yağcıoğlu, (n 30) 921, 926, 927; Hatice Kübra Ercoşkun Şenol, ‘Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Üzerine Bir İnceleme’ (2019) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi (13) 423-459, 432 ff; Şikayetin Kanun’un kapsamında olup olmadığını değerlendirmenin hakim takdirinde olduğu ve “*olay çekirdek aile ile ilgili değilse, kanun kapsamında olmamalıdır*” şeklinde Kanun’a aykırı ifadeler için bkz. Emin Arıcı, ‘6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Uygulanması’ in Akın Ünal and Arif Kalkan (eds) *Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri Çalıştayı* (1st edn, Adalet Yayınevi 2019) 15-17, 20.

36 6284 sayılı Kanun'da da benzer düzenlemenin yapılmasının, kavramlararası belirsizlikleri gidereceği yönünde, Karakaya (n 26) 9. Elbette Kanun'da bu konuda bir düzenleme yer almasa dahi, İstanbul Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri Anayasa madde 90 çerçevesinde kanun hükmündedir.

tanımlanmıştır (m 2/1/g). Yani şiddet uygulamaya dair tehdidin söz konusu olmamasına rağmen, kişinin şiddet uygulama tehlikesi bulunduğu kabul edilebileceği hallerde dahi, mağdurun somut olayın gerektirdiği tedbirlere karar verilerek korunması olanaklıdır.

Ayrıca Kanun'da şiddet uygulayan kavramının tanımında herhangi bir sınırlamaya gidilmediği için (m 2/1/g), Kanun kapsamında korunan kişilere şiddet uygulayan her kişiye karşı bu tedbirlere hükmedilebilecektir³⁷. Dolayısıyla, şiddet uygulayanın, aile bireyi olması da şart değildir. Şiddet uygulayan kişinin, uzak bir akraba olması ya da kayın hısımlı olması da mümkündür. Ve bu durumda da şartları dahilinde mağdurun Kanun kapsamında korumadan yararlanmasına imkan tanımak gerekir. Hatta mağdurun Kanun kapsamında öngörülen bir tedbire başvurulmasını gerektirecek surette bir şiddete maruz bırakılması halinde, mağdura erişimi olan herhangi bir kişinin uyguladığı şiddete karşı da koruyucu tedbirlere karar verilebilir.

İki taraf karşılıklı şiddet uyguluyorsa, hakimin somut olayın özelliklerine göre her iki taraf için de uygun tedbire karar verebileceği düşünülebilir³⁸. Ancak bu konuda İstanbul Sözleşmesi'nin Şerhi'nde belirtilen önemli bir hususa değinmek gerekir. Ev içi şiddet vakalarında gerçek durumun anlaşılması kolay olmadığından taraf devletlerin, mağdur ve fail hakkında aynı anda tedbir kararlarının verilmemesi için gereken tedbirleri alabileceği ifade edilmiştir. Böylece, karşı tarafın/failin, mağdurun koruma edinme girişimlerine (muhtemel gerçek dışı iddialar ile) engel olması önlenmiş olacaktır³⁹.

Kanun'un 9. maddesinde, ilgililerin bu Kanun kapsamında verilen tedbir kararlarına karşı tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde aile mahkemesine itiraz imkanı düzenlenmiştir. Bu vesile ile şiddet uygulayanın, hakkında verilecek önleyici tedbirlere karşı itiraz hakkının bulunduğunu belirtmek gerekir. Benzer şekilde, mağdurun da hakkında verilen koruyucu tedbir kararının özellikle içerik ve kapsamına dair itiraz hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. İtiraz mercii kararını bir hafta içinde vermelidir ve itiraz üzerine verilen kararların kesindir (m 9/3). Ayrıca şiddet uygulayan, hakkında verilen tedbir kararına aykırı davranışı sebebiyle hakim kararıyla, 3 günden 10 güne kadar zorlama hapsine tabi tutulabilir (m 13/1). İhlal teşkil eden davranışın her tekrarında, zorlama hapsinin süresi 15 ile 30 gün arasında bir süre için kararlaştırılır. Ancak zorlama hapsinin toplam süresi 6 ayı geçemeyecektir (m 13/2).

C. Tedbirlere Karar Verebilecek Merciler

6284 sayılı Kanun ile öngörülen koruyucu tedbirlere karar vermeye, tedbirin türüne göre, mülki amir veya hakim yetkilidir. Kanun'un 3. maddesi ile mülki amir tarafından

37 Yağcıoğlu, (n 30) 927, 958; Karakaya (n 26) 14,16; 4320 sayılı Kanun dönemi bakımından, sürekli olarak aile ile birlikte yaşamayan veya devamlı bir birlikte yaşama söz konusu olsa dahi aile mensubu olmayan kişiler hakkında tedbir kararı verilemeyeceği yönünde, Erdem (n 21) 61; Ercoşkun Şenol (n 35) 451.

38 Bu yönde *ibid* 60; Özge Bölükbaşı, *6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Kadının ve Aile Bireylerinin Korunması* (1st edn, Yetkin Yayınları 2015) 161.

39 Şerh (n 11) Art 53 N 276. Bu yönde suiistimaller hakkında bkz Yağcıoğlu, (n 30) 925

ve 4. maddesi ile hakim tarafından verilebilecek koruyucu tedbirler düzenlenmiştir. Hakim, 4. maddede sayılan tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun göreceği benzer tedbirlere karar vermek konusunda serbesttir (m 4/1, Yön m 12/1).

Sözü geçen hakim, aile mahkemesi hakimidir (m 2/c). Ancak, tedbir talebi ile başvurulacak bu merciler bakımından yetkiye dair uyuşmazlıklar yaşanmaması amacıyla, “*en çabuk ve en kolay ulaşılabilecek*” yer aile mahkemesi hakimine, mülki amire veya kolluk birimine başvurulmasına imkan tanınmıştır (m 8/1/c2). Dolayısıyla kendisine başvuru hakim, mülki amir veya kolluk, mağduru yerleşim yerinde bulunan yetkili makama yönlendiremeyecek ve ihtiyaç dahilinde tedbirlere karar verecektir⁴⁰. Aile hakiminin, eşler arasında boşanma davasının bulunduğu gerekçesi ile tedbir talebini değerlendirmekten imtina etmesi de mümkün değildir. Yani, boşanma yargılamasının taraflarından birinin tedbir talep etmek için boşanma davası hakimine başvurmak zorunluluğu bulunmaz⁴¹.

Kanun’da hakim tarafından verilecek önleyici tedbirlerin bir kısmına, gecikmesinde sakınca olan hallerde kolluk amiri tarafından karar verilebilmesine imkan tanınmıştır (m 5/2). Ancak bu imkan, hakim tarafından verilebilen koruyucu tedbirler açısından söz konusu değildir.

Tedbiire karar vermeye yetkili mercilerin, bu kararı verebilmek için durumdan haberdar olmaları elbette bu konuda bir talebin bulunması ile söz konusu olur. Ancak, ilgilinin talebinin yanı sıra, yetkili merciler, Bakanlık veya kolluk görevlileri ya da Cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine de tedbiire hükmedilebilir (m 8/1/c1)⁴². Demek ki, ilgilinin talebi bulunmasa bile, burada sayılan yetkili makamların bildirim üzerine mülki amir veya hakim tedbiire karar verebilecektir.

Ayrıca, ilgilinin veya yukarıda sayılan mercilerin talebinin bulunmadığı hallerde dahi, durumdan haberdar olan yetkili makamın koruyucu tedbirlere re’sen hükmetme yetkisi de bulunur. Aile bireylerini korumak, Anayasa madde 41 uyarınca devletin temel görevlerinden biridir. Şiddet mağdurlarının Kanun aracılığı ile koruma talep etmemeleri veya edememeleri halinde, mağduru talebine gerek dahi olmadan Kanun kapsamındaki korumanın re’sen sağlanması gerekir⁴³.

40 Ne yazık ki aksi yönde uygulamaların devam ettiği bildirilmektedir, Çağlar Gürgey (n 15) 70.

41 Karakaya (n 26) 54-55.

42 Yönetmeliğin 6. maddesi ile, mülki amirin, ilgilinin talebi, Bakanlık veya kolluk görevlilerinin başvurusu üzerine ya da re’sen koruyucu tedbirlere karar verebileceği düzenlenmiştir (Yön m 6/1). Yönetmelik ile ayrıca, hakim tarafından verilecek koruyucu tedbir kararlarının, ilgilinin talebi, Bakanlık veya kolluk görevlilerinin yanı sıra, Cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine de verilebileceği öngörülmektedir (Yön m 12/1).

43 4320 sayılı Kanun açısından bu yönde, Erdem (n 21) 49-50, 68; Ayan (n 22) 314, Yazar 4320 sayılı Kanun dönemi için aynı kanaati şu ifadelerle belirtmiştir: “4320 sayılı Kanun’un temel amacı, aile içi şiddeti önlemek ve aile içi şiddet nedeniyle zarar gören aile bireylerini korumaktır. Kişilerin kişilik haklarından vazgeçmeleri veya aşırı sınırlamaları hukuken geçerli kabul edilmediği için, 4320 sayılı Kanun’da Cumhuriyet Başsavcılığı’na da başvuru yetkisi tanınması yerindedir.” Görüldüğü üzere doktrinde Ayan isabetli olarak, şiddet mağdurunun şikayet hakkını kullanmamasının veya koruma talep etmemesinin duruma göre TMK m 23’e aykırı olduğu tespitinde bulunmaktadır. Ayrıca bkz Ercoskun Şenol (n 35) 450.

Nitekim, hakimler, kolluk görevlileri ve mülki amirlerin Kanun kapsamında verilecek tedbir kararlarını, yalnızca istem üzerine değil re'sen de vermekte serbest oldukları açıkça düzenlenmiştir (m 2/1/ğ).

Dahası, fiziksel şiddet başta olmak üzere bazı suçlar bakımından yetkili mercilerin re'sen tedbir kararı verme yükümlülüğü mağdurun bildirim veya şikayetine bağlı olmadığı gibi, ihtiyaç halinde mağdurun ifadesini veya şikayetini geri alması durumunda da devam eder. Zira, İstanbul Sözleşmesi'nde bahsi geçen suçların soruşturma ve kovuşturmalarına şikayete bağlı olmaksızın devam edileceği öngörülmüş olup (Söz m 55/1)⁴⁴, durumdan haberdar olan yetkili mercilerin mağdurun şiddetten korunması amacıyla re'sen tedbir kararı vermek yükümlülüğü bulunur⁴⁵.

Bu konuda, *“bir eş olayın sıcaklığı ve öfkesiyle şikayetçi olursa, daha sonra eşini affetse dahi, savcı bunu nazara alamaz. Bu durum ise ailelerin parçalanmasına sebep olur”*⁴⁶ yönündeki açıklamalara katılmak mümkün değildir. Burada sıcaklığı ve öfkesi ile kişiyi eşini şikayete yönelten *“olay”* şiddet olayıdır. Özellikle fiziksel şiddet vakalarında şikayet bulunmasa veya geri alınsa bile yetkili makamların tedbire re'sen karar vermek yükümlülüğünün amacı, kişilerin şiddete karşı korunmasıdır ve bu haklılığı yadsınamaz amacın, ailelerin parçalanmasına engel olmaktan daha önemli bir menfaati, yaşam hakkını koruduğu unutulmamalıdır⁴⁷. Kaldı ki, içerisinde şiddetin bulunduğu bir evlilik, korunması gereken bir aile niteliğinden uzaklaşmıştır. Durumun gerektirdiği hallerde, koruyucu ve önleyici tedbirlerin verilmesinin bir yükümlülük olduğunun kabul edilmesi gerekir⁴⁸.

Hakim koruyucu tedbire karar verirken, şiddetin uygulandığı hususunda delil veya belge aramayacaktır (m 8/3/c1). Şiddet mağdurunun ivedilikle korunmasını sağlamak amacını taşıyan bu kural, münferiden koruyucu tedbirlere ilişkindir. Etkileri doğrudan şiddet uygulayanın kendi kişilik hakkı alanında doğan önleyici tedbirler bakımından ispat kuralına ise ilgili hükmün devamında yer verilmiştir. Buna göre,

44 İstanbul Sözleşmesi uyarınca taraf devletlerin, fiziksel şiddet (Söz m 35), tecavüz dahil cinsel şiddet (Söz m 36), zorla yapılan evlilikler (Söz sm 37), kadın sünneti (Söz m 38), kısırlaştırmaya ve kürtaja zorlama (Söz m 39) düzenlemelerinde ihdas edilen suçların soruşturulması ve kovuşturulmasının, mağdurun bildirim veya şikayetine bağlı olmaksızın ve mağdurun ifadesini veya şikayetini geri çekmesi durumunda dahi devam edebilmesini temin etmek yükümlülüğü bulunur (Söz m 55/1).

45 Bu yönde bkz Yağcıoğlu (n 30) 946; Anayasa m 90 uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşma niteliğinde olduğu için kanun hükmünde olan İstanbul Sözleşmesi'nin açık hükmüne ve 6284 sayılı Kanun'un ruhuna ve amacına ters düşen uygulamalara, Yazarın, bir hakim olarak *“şikayetçi eş, şikayetinden vazgeçince uzaklaştırma kararını hemen kaldırıyorum”* ifadesi örnek olarak gösterilebilir. Bu ifadeler için bkz. Arıcı (n 35) 20.

46 *Ibid* 19.

47 Bu husus 6284 sayılı Kanun'un gerekçesinde de, *“öncelikle en temel insan hakkı olan yaşam hakkının korunması”*nin hedeflendiği şeklinde ifade edilmiştir. İHAM kararlarında da, mağdurun yaşam hakkı ve fiziksel bütünlük hakkı ile şiddet failinin özgürlük hakkının çatıştığını ancak failin haklarının, kadının yaşam hakkı ve fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkını geçersiz kılamayacağı yönünde karar verilmektedir. Bu açıklamalar için bkz. Arslan Öncü, *Mücadele Araçları* (n 15) 21.

48 Necla Öztürk, 'Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Öneriler' (2017) 8(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 18; Aile içi şiddet mağdurlarının durumu ihbar etmeye sebepleri ve şikayet geri alınsa dahi yasal süreç işletilmesine dair politikaların ihbar edilmeme sorununa etkisi hakkında bkz. Alisa Smith, 'It's My Decision, isn't it?: A Research Note on Battered Women's Perceptions of Mandatory Intervention Laws' (2000) 6(12) Violence Against Women 1384, 1386 <<https://doi.org/10.1177/1077801200006012005>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2020.

önleyici tedbirlere karar verilmesi aşamasında böylesi bir mutlak ispat yükü muafiyeti yer almaz. Yalnızca bunlara da gecikmesizin karar verilmesi gerektiği ve bu yönde kararın verilmesinin, Kanun'un amacını gerçekleştirmeyi tehlikeye sokabilecek şekilde geciktirilemeyeceği öngörülmüştür (m 8/3/c 2,3)⁴⁹.

D. İhbar İmkânı ve Bildirim Yükümlülüğü

Tedbirlere, ilgilinin koruma talebinin yanı sıra Bakanlık veya kolluk görevlileri ya da Cumhuriyet savcısının talebi üzerine ya da re'sen karar verilir. Ancak ilgilinin veya yetkili makamların talebinin olmadığı hallerde dahi tedbire hükmedilmesi mümkündür. Durumdan kendiliğinden haberdar olan yetkili merci, bu konuda re'sen karar vermek yetkisine sahiptir (m 2/1/ğ). Yetkili merciler tarafından tedbirlere re'sen karar verilmesi, özellikle üçüncü kişilerin ihbarının veya ilgili makamların bildiriminin bulunduğu hallerde gündeme gelir.

Herkes gereken hallerde bu konuda ihbar ve şikayette bulunabilecektir. Kanun'un 7. maddesi uyarınca;

“Şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesinin varlığı hâlinde herkes bu durumu resmi makam veya mercilere ihbar edebilir. İhbarı alan kamu görevlileri bu Kanun kapsamındaki görevlerini gecikmeksizin yerine getirmek ve uygulanması gereken diğer tedbirlere ilişkin olarak yetkilileri haberdar etmekle yükümlüdür”.

İstanbul Sözleşmesi'nin 27. maddesi uyarınca taraf devletlere, ihbar imkanını getirme yükümlülüğü getirilmiştir. Buna göre taraf devletler, bu Sözleşme kapsamındaki şiddet eylemlerinin gerçekleştirilmesine tanık olan veya bu tür eylemlerin gerçekleştirileceğine (*gerçekleştirildiğine*)⁵⁰ veya müteakip şiddet eylemlerinin gerçekleştirilebileceğine dair makul gerekçeleri olan şahısların bunu yetkili makamlara bildirmelerini teşvik etmeye yönelik gerekli tedbirleri alacaklardır.

Dolayısıyla tedbir kararları, ihbar üzerine de re'sen verilebilecektir (m 2/1/ğ, m7; Yön m 3/1/s). İhbar imkanı ve bildirim yükümlülüğü, Yönetmelik ile de düzenlenmiştir (Yön m 4/1). Öncelikle herkes, bir üçüncü kişinin şiddete uğraması veya şiddete uğrama tehlikesi altında bulunması halinde bu durumu, ilgili makam ve mercilere ihbar etmek hakkına sahiptir. Burada bir yükümlülük ihdas edilmiş değildir. Yalnızca ihbar konusunda herkese bir yetki tanınmıştır. Fakat şiddet fiilinin işlenmekte olan bir suç teşkil etmesi veya işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılmasının halen mümkün bulunması halinde TCK m 278 çerçevesinde

49 Bu kuralın uygulanmasında yaşanan sorunlar hakkında değerlendirmeler için bkz. GREVIO Baseline Evaluation Report-Turkey, (15 October 2018) (GREVIO) N 298 <<https://rm.coe.int/eng-grevio-report-turkiye/16808e5283>> Erişim Tarihi 28 Nisan 2020.

50 Sözleşme'nin 27. maddesinde geçen “*who has reasonable grounds to believe that such an act may be committed*” ifadesi, şiddet eylemlerinin gerçekleştirileceğine dair makul gerekçe bulunmasını ifade eder. Ancak resmi çeviride yer alan “*bu tür eylemlerin gerçekleştirildiğine*” ifadesinde, henüz gerçekleşmemiş ancak gerçekleşmesi muhtemel olan şiddet eylemlerini ihbar imkanını kapsam dışına iten bir çeviri hatası bulunmaktadır. Her durumda, orijinal metnin esas alınması gerekir.

herkesin ihbar yükümlülüğü söz konusu olabilir⁵¹. İhbarın, yazılı, sözlü veya başka bir suretle yapılması mümkündür. İhbardan haberdar olan makamların, gerekirse re'sen tedbirlere karar vermeleri gerekir (Yön m 4/1).

Durumdan haberdar olan makamların, tedbire hükmetmeye yetkili olmamaları halinde ise, yetkili makamlara bildirimde bulunmaları gerekir. Bildirim yükümlülüğü Kanun'un 7. maddesinin ikinci cümlesi ile öngörülmüştür. Düzenlemede, yalnızca "kamu görevlileri" ifadesi yer almakta ise de, Yönetmeliğin söz konusu madde 4/1 düzenlemesinin ikinci cümlesi ile daha detaylı bir düzenlemeye yer verilerek, "kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına" bildirim yükümlülüğü getirilmiştir⁵². Bu nitelikteki kurum ve kuruluşların, şiddete uğranıldığından ya da uğranılma tehlikesi olduğundan haberdar olmalarını takiben derhal durumu ilgili şikayet mercilerine bildirmeleri gerekir. Ancak bu bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen görevliler hakkında yaptırım öngörülmemiştir. Bu gibi durumlarda, şartları dahilinde, kamu görevlisinin suçu bildirmemesine (TCK m 279) veya sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesine (TCK m 280) ilişkin hukuki sorumluluğun doğması mümkündür⁵³.

İhbar hakkı ve bildirim yükümlülüğü konusunda özellikle sağlık çalışanlarına büyük bir görev düşer. Çoğu şiddet vakasında durumdan ilk haberdar olan sağlık çalışanlarının bu konudaki yükümlülükleri konusunda bilgilendirilmeleri ve şiddetle toplumsal boyutta mücadelede kendilerinin bildirim yükümlülüğünün önemi hakkında da eğitilmeleri gerekir⁵⁴. Bildirim yükümlülüğüne aykırılık, TCK madde 280 uyarınca sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu teşkil edebilir.

Ancak bu noktada, belirli meslek gruplarının sır saklama yükümlülüğünün bildirimde bulunmalarına engel olacağı düşünülebilir. Bu konuda İstanbul Sözleşmesi'nin, "Uzmanlar tarafından bildirim" kenar başlıklı 28. maddesi, söz konusu meslek

- 51 Nuhuğlu (n 35) 71-72; Mahmut Koca, 'İstanbul Sözleşmesi ve 6284 Sayılı Kanunun Değerlendirilmesi' in Akın Ünal and Arif Kalkan (eds) *Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri Çalıştayı* (1st edn, Adalet Yayınevi 2019) 27, 51.
- 52 Karakaya (n 26) 20; Her ne kadar bildirim yükümlülüğü 6284 sayılı Kanun ve İstanbul Sözleşmesi hükümleri ile yalnızca kamu görevlilerine getirilmiş ve bu bakımdan üçüncü kişilerin yalnızca ihbar imkanı öngörülmüş ise de, Türk Ceza Kanunu ile öngörülen suçlardan birini teşkil eden bir şiddet fiilinden haberdar olunması halinde herkesin bildirim yükümlülüğü bulunur (TCK m 278), Nuhuğlu (n 35) 71.
- 53 *Ibid* 71-72; Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirme yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Rahime Erbaş, *Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü* (On İki Levha Yayıncılık 2015).
- 54 Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. Inger Wallin Lundell, Louise Eulau, Frida Bjarneby and Margareta Westerbotn, 'Women's experiences with healthcare professionals after suffering from gender-based violence: An interview study' (2018) 27 *Journal of Clinical Nursing* 949-957 <<https://doi.org/10.1111/jocn.14046>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2020; Sağlık personelinin bildirim yükümlülüğünün, ihbar edilmeyen şiddet vakalarından haberdar olunmasına olumlu etkisi olduğu, buna karşılık bu yükümlülüğün aynı zamanda şiddet mağdurlarının sağlık hizmeti almaktan imtina etmelerine de yol açabileceği yönünde bkz. Smith (n 48) 1386-1387. Yazar, sağlık personeline bildirim yükümlülüğü getirilmesinin, doktor hasta arasındaki güven ve mahremiyet ilişkisine zarar verebileceği görüşündedir. Bkz. Smith (n 48) 1387; Benzer yönde, Levent Emre Özgüç, 'Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu' (2019) 77(2) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 999, 1012-1013; Hemşirelerin şiddetin önlenmesindeki rolü hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Hamide Dindaş, Kadına Yönelik Eş Şiddetinin Sosyoekonomik Durum ve Yaşam Kalitesi ile İlişkisi (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü 2008) 24 ff. <www.tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> Erişim Tarihi 15 Nisan 2020.

grupları mensuplarının, bu Sözleşme kapsamında yer alan ciddi bir şiddet eyleminin gerçekleştirildiğine dair makul nedenleri olması halinde bildirimde bulunabilmelerine imkan tanınmasına yöneliktir. Söz konusu hüküm uyarınca, taraf devletlere, iç hukukun belirli meslek sahiplerine getirdiği sır saklama ilkelerinin, böyle bir şiddet eyleminin gerçekleştirildiğini ve müteakip ciddi şiddet eylemlerinin gerçekleştirilebileceğini, yetkili kurum veya makamlara uygun koşullar altında bildirilmesinin önünde engel teşkil etmemesini temin etmek üzere gerekli tedbirlerin alınması yükümlülüğü getirilmiştir⁵⁵. Dolayısıyla Türk hukukunda, doktorlar, diğer sağlık çalışanları ve benzeri meslek gruplarının, mesleklerinin icrası sırasında öğrenilen şiddet vakalarının bildirimine ilişkin olarak, sır saklama yükümlülüklerinin sınırları ve istisnalarına dair ayrıntılı hukuki düzenlemelerin yapılması uygun olur⁵⁶.

II. Hakim Tarafından Verilecek Koruyucu Tedbir Kararları

6284 sayılı Kanun'da hakim tarafından verilebileceği düzenlenen koruyucu tedbirler, sırasıyla; mağdurun işyerinin değiştirilmesi, mağdurun evli olması halinde müşterek yerleşim yerinden ayrı yerleşim yeri belirlenmesi, aile konutu şerhi konulması ve mağdurun kimlik ve ilgili bilgi ve belgelerinin değiştirilmesidir.

Bu konularda tedbire karar vermeye hakimin yetkili kılınması olağandır. Zira tedbirlerin içerikleri dikkate alındığında, bunlar ancak bir hakim kararı ile verilmesi gereken etki ve önemdedir. Koruyucu tedbirlerin doğası gereği bu tedbirler doğrudan mağdur üzerinde etki etmekte ve şiddet uygulayanın kişi varlığı hakları ile doğrudan bir etki içerisinde bulunmamaktadır. Kanun'un 4. maddesi ile ancak hakim tarafından verilebileceği düzenlenen tedbir türlerinde amaç, şiddet mağdurunun ihtiyacı olan bir kısım ek hukuki korumanın sağlanmasıdır. Bunlar, Kanun'un 3. maddesi ile mülki amir tarafından verileceği öngörülen koruma tedbirlerinden, içerik itibarıyla farklılaşmaktadır. Yalnız unutulmamalıdır ki, tersi mümkün olmamakla birlikte, hakim, mülki amir tarafından verilebilecek tedbirlere karar vermeye de yetkilidir.

A. Mağdurun İşyerinin Değiştirilmesi

Mağdurun işyerinin değiştirilmesine ilişkin tedbire, Kanun'un 4/a maddesinde yer verilmiştir. Kanun'da ayrıca, bu tedbir kararının, kişinin tabi olduğu ilgili mevzuat hükümlerine göre yetkili merci veya kişi tarafından yerine getirileceği düzenlenmiştir (m 10/7). Şiddet mağdurunun korunmasına hizmet edecek tedbirlerden biri de şüphesiz işyerinin değiştirilmesidir. Böylelikle, şiddet uygulayanın, mağdura erişiminin engellenmesine bir adım daha yaklaşılır.

55 İstanbul Sözleşmesi'nin ilgili hükmünden kaynaklanan yükümlülüğe değinmeksizin ve meseleyi kadına karşı şiddet olgusu bakımından değerlendirmeksizin, TCK madde 280'in sağlık mensuplarının sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışlarını hukuka uygun hale getirdiği ve bu bakımdan hastanın özel hayatının gizliliğini korumak amacıyla bir istisnaya yer verilmemiş olmasını eleştiren görüş için bkz. Özgüç (n 54) 1025-1026. Bu konuda karşılaştırmalı hukuktaki görüşler ve ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Erbaş (n 53) 60-74, 157-162.

56 Bu yönde bkz. Demirkır Ünlü (n 10) 90.

Her ne kadar bu tedbire, şiddet uygulayan ile mağdurun aynı işyerinde çalışmaları halinde başvurulabileceği ileri sürülmüş ise de⁵⁷, düzenlemenin amacı, şiddet uygulayan ile mağdurun olası etkileşiminin, temasının tamamen kesilmeye çalışılması olduğundan, aynı işyerinde çalışma şartı aranmamalıdır. İhtiyaç görülen her durumda bu yönde karar verilebilmelidir.

Yönetmeliğin, “*İşyerinin değiştirilmesi*” kenar başlıklı 13. maddesi şu şekildedir:

“(1) Hâkim tarafından, korunan kişinin tabii olduğu ilgili mevzuat hükümlerine göre, talebinin bulunması halinde veya onayı alınmak suretiyle işyerinin bulunduğu il içinde ya da il dışında değiştirilmesine karar verilebilir.

(2) Karar hâkim tarafından, korunan kişi bakımından en uygun koşullar göz önüne alınarak yerine getirilmek üzere korunan kişinin iş yerine tebliğ edilir.

(3) Karar yetkili kurum veya kişi tarafından yerine getirilir. İş yeri değiştirilmesine dair tedbir kararının kaldırılması halinde de karar işyerine tebliğ edilir”.

Düzenleme ile, şiddet mağduru kadının kendi talebi veya onayı ile işyerinin değiştirilmesine karar verilebileceği öngörülmekte, böylece korumanın kapsamının genişletilmesi amaçlanmaktadır. Burada, kişi kendi rızası ile de olsa işyerini değiştirmekte hatta duruma göre bulunduğu il dışında yeni bir işe girmektedir. İşyeri değişikliği ile şiddet uygulama tehlikesi bulunan failin mağdura erişiminin engellenmesi amaçlanır. Bu tedbirin amacının mağdurun korunması olduğu açıktır⁵⁸. Yine de mağdurun bu ve benzeri koruyucu tedbirler aracılığı ile adeta köşe bucak kaçırılarak korunmaya çalışılması yeterli ve kabul edilebilir değildir. Duruma göre önleyici tedbirlere daha kapsamlı olarak karar verilmesi, bunların etkin şekilde uygulanmasının sağlanması ve esasen şiddet uygulayanların tedavi ettirilmesi, şiddetle mücadelede temel hedeflerin başında gelmelidir⁵⁹.

Söz konusu maddede kararın, “*korunan kişi bakımından en uygun koşullar göz önüne alınarak*” yerine getirilmesi gerektiği düzenlenmiştir (Yön m 13/2). Bu hükmün amacı çerçevesinde, koruma tedbirinin süresinin sonunda ve/veya tedbirin uygulanmasına devam edilmesine ihtiyaç kalmadığı hallerde, hakkında tedbir kararı

57 Öztürk (n 48) 12; Yazar, bu görüşü ile bağlantılı olarak, gereken hallerde, şiddet uygulayanın da işyerinin değiştirilmesine karar verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir (*ibid* 12); Ancak belirttiğimiz üzere, düzenlemenin amacı bu olmadığı için, böylesi bir uygulamanın faydalı olacağı kanaatinde değiliz.

58 Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruya konu olan bir olayda (Anayasa Mahkemesi, 2016/14613, 17.07.2019, RG 10.09.2019/30884, K.Ş. başvurusu), şiddete maruz kalan kadının koruyucu tedbirler kapsamında işyeri değişikliği talebinin reddi nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak başvuruda bulunulmuştur. Somut olayda, Aile Mahkemesi tarafından başvurucunun işyeri değişikliğine dair tedbir talebi, bu talebin idari mahiyette olması nedeniyle reddedilmiş ve bu karara yapılan itirazın da reddi üzerine bireysel başvuruda bulunulmuştur. Mahkeme, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabulüne, Anayasa'nın 17. maddesinde koruma altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiğine karar vererek başvurucuya net 10.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir. Aile Mahkemesi'nin işyeri değişikliği talebini, bu talebin idari mahiyette olması sebebiyle reddetmiş olması, 6284 sayılı Kanun'da düzenlenen tedbir türleri konusunda özellikle Aile Mahkemesi hakimlerinin eğitilmesi ihtiyacını açıkça ortaya koymaktadır.

59 Bkz. İstanbul Sözleşmesi madde 16.

verilen kişinin hak mahrumiyetine uğratılmaması gerekir. Dolayısıyla kadının işine iade hakkı saklı olmalı ve işveren iade talebini reddedememelidir. Benzer şekilde, yeni işyerinde, önceki işyerinde edinilmiş hakların devamı da sağlanmalıdır. Örneğin, kıdem tazminatı ve yıllık izin gibi konularda, korunan kişinin mağdur edilmemesi gerekir. Mevcut hali ile bu gibi konularda tüm iş kollarını kapsama alan genel bir kurala yer verilmediğinden⁶⁰, bu yönde gerekli yasal düzenlemelere yer verilmesi uygun olacaktır.

B. Ayrı Yerleşim Yeri Belirlenmesi

Kanun'un 4/1/b maddesi uyarınca, "*Kişinin evli olması halinde müşterek yerleşim yerinden ayrı yerleşim yeri belirlenmesi*" de hakim tarafından verilebilecek tedbirler arasındadır.

Yönetmeliğin, "*Ayrı yerleşim yeri belirlenmesi*" kenar başlıklı 14. maddesi uyarınca:

"(1) Hâkim tarafından, korunan kişinin talebi üzerine kişinin evli olması hâlinde müşterek yerleşim yerinden ayrı bir yerleşim yeri belirlenebilir.

(2) Hakkında ayrı yerleşim yeri belirlenmesine dair tedbir kararı verilen kişinin müracaatı üzerine, nüfus müdürlüğü tarafından kişinin talebine uygun olarak adresle ilgili işlemler yerine getirilir".

Görüldüğü üzere, hakkında tedbir kararı verilen kişinin müracaatı üzerine, nüfus müdürlüğü tarafından kadının talebine uygun olarak adresle ilgili işlemler yapılır ve artık mağdur için müşterek yerleşim yerinden ayrı bir yerleşim yeri belirlenmiş olur. Esasen burada öngörülen tedbir, madde 8/6/c1 hükmü uyarınca gizlilik kararı verilmesi üzerine, mağdura yapılacak tebligatlarla ilişkin ayrı bir adres tespit edileceğine dair madde 8/6/c2 düzenlemesinin tamamlayıcısı olarak değerlendirilebilir.

Kanun'da böylesi bir koruyucu tedbire yer verilmesinin amacının, yerleşim yerinin gerekliliği ilkesi ile paralel olarak, aile konutunu terk eden şiddet mağdurunun bu konudaki

60 19.04.1983 tarihli "Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik" (RG 25.6.1983/18088)'in "*Can güvenliği mazeretine bağlı yer değişikliği*" kenar başlıklı 14/A maddesi şöyledir:

"Memurun can güvenliği mazeretine dayanarak yer değiştirme talebinde bulunabilmesi için; kendisinin, eşinin veya bakmakla yükümlü olduğu çocuklarından birinin bulunduğu yerde kalmasının can güvenliğini tehdit altında bırakacağını adli veya mülki idare makamlarından alınacak belgeyle belgelendirmesi gerekir. Can güvenliği mazeretine dayalı olarak yapılacak yer değişikliğinde memur; aynı hizmet bölgesi içindeki başka bir hizmet alanına, görev yaptığı hizmet bölgesinde ihtiyaç bulunmaması halinde ise diğer hizmet bölgelerine atanabilir.

8/3/2012 tarihli ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca hakkında adli makamlarca işyerinin değiştirilmesine ilişkin koruyucu tedbir kararı alınan memur, aynı hizmet bölgesi içindeki başka bir hizmet alanına, görev yaptığı hizmet bölgesinde ihtiyaç bulunmaması halinde ise diğer hizmet bölgelerine atanabilir".

Görülmektedir ki, söz konusu Yönetmelik hükmü ile (m 14/A/1), yalnızca 6284 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca mahkeme tarafından verilen bir tedbir kararının bulunması halinde değil, can güvenliğinin tehdit altında bulunduğu dair durumun mülki idare makamlarından alınacak belgeyle belgelendirilmesi halinde de işyeri değişikliği taleplerinin kabul edilmesine imkan tanınmıştır. Aynı Yönetmeliğin 12. maddesi ile, zorunlu çalışma süreleri tamamlanmadan da yer değiştirme suretiyle atanmanın gerçekleştirilebileceği (m 12/1), ayrıca can güvenliğine bağlı yapılacak yer değiştirme suretiyle atamaların atanma dönemlerine bağlı olmadığı da düzenlenmiştir (m 12/son). Ek olarak, can güvenliği tehlikesi sebebiyle yapılacak atamalarda, sağlık ve aile birliği mazeretine bağlı olarak yapılacak yer değiştirmelerden farklı olarak memur, mazeretinin devam ettiğini her yıl Ocak ayında belgelendirmek ve memurun mazeretinin sona ermesi durumunda, zorunlu hizmet süresinin eksik kalan kısmını tamamlamak zorunluluğundan muaf tutulmuştur (m 12/2, 3).

yerleşim yeri ihtiyacının karşılanması olduğu söylenebilir. Böylelikle tebligatların kişinin itibari yerleşim yerine (TMK m 20) yapılmaya devamı engellenebilecektir. Bu bakımdan tedbirin, pratik ihtiyaçları karşılamak amacı taşıdığı görülür.

Ancak dikkat edilmelidir ki, burada öngörülen tedbir, evli kişilere müşterek yerleşim yerinden ayrı bir yerleşim yeri belirlenmesine dairdir. Dolayısıyla bu yönde bir tedbir kararının verilmesinin asıl amacının, eşlerin TMK madde 185/3 çerçevesinde birlikte yaşamak yükümlülüğü bakımından bir takım sorunların aşılması olduğu söylenebilir. Hakim kararı ile ayrı yerleşim yeri belirlenmesi üzerine, şiddet mağduru eşin, birlikte yaşamak yükümlülüğü hakim kararı ile kaldırılmış olacaktır. Bu halde de, özellikle TMK madde 164 çerçevesinde terk sebebiyle boşanma talebinin gündeme gelmesi engellenebilecek ayrıca boşanma davasında ayrı yaşamının haklı sebebe dayandığının ispatında kolaylık sağlanacaktır⁶¹.

C. Aile Konutu Şerhi

Kanun'un 4/I/c maddesi ile hakimin, aile konutu şerhi konulması yönünde de koruyucu tedbire karar vermek imkanına yer verilmiştir. Buna göre hakim, hukukumuzda aile konutu şerhi konulmasına ilişkin mevcut düzenleme olan TMK madde 194 ile öngörülen şartların varlığı halinde ve korunan kişinin talebi üzerine tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulmasına karar verebilecektir.

Görüldüğü üzere, 6284 sayılı Kanun kapsamında hakim tarafından aile konutu şerhi konulmasına dair verilecek tedbir kararının da ancak TMK ile öngörülen şartların varlığı ile ve korunan kişinin talebi üzerine verilmesi mümkündür. Dolayısıyla, burada TMK madde 194 ile öngörülen imkanın tekrar edilmesinin amacının, hakime lüzum görmesi halinde ilgilinin talebi olmaksızın re'sen bu şerhin konulmasına karar vermek yetkisinin tanınması olduğu ileri sürülemez. Yine de, söz konusu düzenlemenin, TMK madde 194'ün işlevsiz bir tekrarıdır ibaret olduğu düşünülmemelidir.

Yönetmeliğin, “*Aile konutu şerhi*” kenar başlıklı 15. maddesi incelendiğinde konuya dair farklı bir değerlendirme yapmak imkanı doğar. Söz konusu hüküm uyarınca:

“(1) Hâkim tarafından, Türk Medenî Kanunundaki şartların varlığı hâlinde ve korunan kişinin talebi üzerine tapu kütüğüne, aile konutu şerhi konulması kararı verilebilir.

(2) Karar, hâkim tarafından ivedilikle yerine getirilmek üzere ilgili tapu sicil müdürlüğüne gönderilir”.

Görüldüğü üzere hakim, kararı, ivedilikle yerine getirilmek üzere tapu sicil müdürlüğüne gönderecektir. Bu durumda artık tapuya ayrı bir başvuruya gerek kalmadan, mahkeme kararına istinaden şerhin konulması gerekir. Dolayısıyla, maddenin amacının, ayrı bir başvuruya gerek olmadan bu şerhin biran evvel konulmasının sağlanması olduğu söylenebilir.

61 Bu tespitler için bkz. Karakaya (n 26) 37-38.

Normalde, TMK madde 194 uyarınca aile konutu şerhinin konulabilmesi için, belirli belgeler ile tapuya başvurulması gerekirken, burada ayrı bir başvuruya gerek olmaması, korunan kişi için önemli bir ihtiyacı karşılayabilir. Zira şiddet mağduru, bu belgeleri (nüfus kayıt örneği, konutun aile konutu teşkil ettiğine dair yetkili makam yazısı gibi) yanında bulundurmadan kaçmak durumunda kalmış ve gereken evrakı hazır edemiyor olabilir⁶². Ayrıca bu kişi, şiddete maruz kalma tehlikesi sebebiyle tapu müdürlüğüne gitmekten dahi imtina ediyor olabilir. Bu gibi durumlarda, başvuru gerekmeden hakim kararının yerine getirilmek üzere tapu sicil müdürlüğüne gönderilecek olması muhtemel koruma ihtiyacını karşılayabilecektir.

Düzenleme uyarınca, bu tedbire karar verilebilmesi için, TMK madde 194 ile öngörülen şartların da bulunması gerekir. Dolayısıyla hakimın şartların varlığına dair değerlendirme yapabilmesi için bir kısım belgelerin sunulmasına ihtiyaç bulunur. İstisnaen aile konutu şerhi konulmasına dair tedbir açısından, gerekli şartların değerlendirilebilmesi için taleple birlikte belgelerin dosyaya sunulmadığı hallerde ihtiyaç halinde delil tespiti veya duruşma yapılmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir⁶³. Bu ihtimalde hakimın, somut olayda diğer tedbirlere yine delil veya belge aramaksızın gecikmeksizin karar vermeye özen göstermesi, yalnızca aile konutu şerhi açısından yargılamaya devam etmesi gerekir⁶⁴.

D. Kimlik ve İlgili Diğer Bilgi ve Belgelerin Değiştirilmesi

Kanun ile öngörülen en önemli koruma tedbirlerinden biri de, madde 4/ç hükmü ile öngörülmekte olan, mağdurun kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerinin değiştirilmesi imkanıdır. Bu tedbire ancak, korunan kişinin hayati tehlikesinin bulunması ve bu tehlikenin önlenmesi için diğer tedbirlerin yeterli olmayacağını anlaşılması halinde karar verilebilir (m 4/ç). Ayrıca tedbire karar verilebilmesi için ilgilinin aydınlatılmış rızası da şarttır (m 4/ç). Tedbirin uygulanması, 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu hükümlerine göre gerçekleştirilecektir (m 4/ç).

Tedbirin uygulanma esasları genel hatları ile Yönetmeliğin 16. maddesinin ikinci ve son fıkrasında belirlenmiştir. Buna göre; “*Karar, İçişleri Bakanlığınca gereği yerine getirilmek üzere hâkim tarafından Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir* (Yön m 16/2). “*Cumhuriyet başsavcılığınca bu karar İçişleri Bakanlığına ivedilikle gönderilir. Karar üzerine yapılan işlemin sonucu, İçişleri Bakanlığı tarafından Cumhuriyet başsavcılığına bildirilir*” (Yön m 16/son).

Kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesine yönelik tedbir, ancak hakkında bu tedbire karar verilecek kişinin hayati tehlikesinin bulunması ve bu

62 Çoğu zaman kadınların evden kaçarken herhangi bir kaçış planlarının olmadığı ve yanlarına yalnızca çocuklarını ve cep telefonlarını aldıkları, zaten birçok kadının kocaları tarafından nüfus cüzdanlarına da el konulduğu yönünde bkz. Sallan Gül (n 27) 162.

63 Karakaya (n 26) 58.

64 *Ibid*, 58.

tehlikenin, diğer tedbirler aracılığı ile önlenmesinin yeterli olmayacağı hallerde uygulanabilir. Dolayısıyla bu tedbire son çare olarak başvurulabilecektir. Tedbire, ancak bu şartlar bulunduğu hallerde karar verilebilecek olması, uygulamasının sınırlı tutulması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Somut olayın özelliklerinden hayati tehlikenin diğer tedbirler aracılığı ile bertaraf edilemeyeceğinin düşünüldüğü her durumda hakimin, korunan kişinin rızası da bulunmak şartıyla, bu tedbire hükmetmesi gerekir. Örneğin, hayati tehlikenin bulunması halinde mülki amir veya hakim tarafından ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk amiri tarafından verilebilecek olan geçici koruma altına alınma tedbirinin (m 3/1/ç) de yetersiz olacağına ulaşıldığı hallerde bu tedbire başvurulabilecektir. Toplumda ağır şiddet vakalarının sayısı artmakta olduğundan, uygulamada bu tedbire etkin surette başvurulması büyük önem arz eder.

1. Hayati Tehlikenin Varlığına Dair Değerlendirme

İstanbul Sözleşmesi'nin "*Risk değerlendirme ve risk yönetimi*" kenar başlıklı 51. maddesi ile, taraf devletlere, riski yönetmek ve gerekli olması halinde koordineli destek ve güvenlik sağlamak yükümlülüğü getirilmiştir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde taraf devletler, tüm ilgili yetkililerce hayati tehlike riskinin, durumun ciddiyetinin ve şiddetin tekrarlanma riskinin değerlendirilmesini sağlamak üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirleri alacaktır (Söz m 51/1). Belirtmek gerekir ki, 6284 sayılı Kanun'da hayati tehlikenin varlığına dair değerlendirme kriterlerine ve Sözleşme'nin 51. maddesinde öngörülen yapılmaya dair herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş yalnızca Yönetmelik ile bir takım genel tanımlar yapılmıştır. Bu durum, yetkili mercileri risk değerlendirmesinde keyfiliğe ve belirsizliğe iter⁶⁵. Esasen her durumda yetkili mercilerin risk değerlendirmesinde Sözleşme'nin 51. maddesinin öngördüğü genel ilkeler ışığında hareket etmesi gerekir (An. m 90).

Bu konuda Sözleşme Şerhi'nde yer verilen açıklamalar yol gösterici olmalıdır. Düzenleme ile, hayati riski bulunan mağdurların korunması için kurumlar arası etkin bir profesyoneller ağına kurulması amaçlanmıştır. Bu amaçla taraf devletler, risk değerlendirmesini, mağdura güvenlik ve gerekirse destek sağlanabilmesi için bir güvenlik planı oluşturarak koordineli şekilde gerçekleştirecektir⁶⁶.

Mağdurun karşı karşıya kaldığı güvenlik riskine dair değerlendirmenin her somut olayda yalnızca polis tarafından değil ilgili tüm yetkililer tarafından yerine getirilmesi gerekir⁶⁷. Risk değerlendirmesi ve yönetiminde, şiddetin tekrarlanma ihtimali ve

65 Feridun Yenisey, 'Uluslararası Sözleşmede Kadına Yönelik 'Şiddet Riskinin' Değerlendirilmesi ve Türk Hukuku' (2012) 8(97-98) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi (Yoncalı Platformu Sempozyumu Günleri Kütahya Türkiye'de Aile İçi Şiddetle Mücadele Hukuk Sempozyumu) 10,11-12; Ebru Ceylan, 'Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Düzenlemeler' (2013) 109 TBB Dergisi 13, 51; Bölükbaşı (n 38) 40; Yağcıoğlu, (n 30) 950.

66 Şerh (n 11) Art 51 N 261.

67 Şerh (n 11) Art 51 N 260.

özellikle hayati tehlikenin bulunup bulunmadığı değerlendirilmeli ayrıca durumun ciddiyeti yeterli düzeyde dikkate alınmalıdır⁶⁸.

Bununla sınırlı olmamakla birlikte kadınların özellikle ayrılık ve boşanma aşamasında veya boşanma sonrasında mevcut veya eski eşlerinin şiddetine maruz kaldıkları ve hayati tehlike altında buldukları bilinen bir gerçektir. Hayati tehlikenin varlığını kabul edebilmek için, muhakkak ağır bir şiddet vakasının gerçekleşmiş olup da bunun tekrarlanmasının muhtemel olması gerekmez. Henüz herhangi bir şiddet olayı yaşanmamış olsa dahi, somut olayda failin hayati tehlike yaratacak surette şiddete başvurabileceğinin öngörülmesi de bu anlamda gereken tedbirlerin uygulanabilmesi için yeterlidir⁶⁹.

Taraf devletlere, soruşturmanın ve koruyucu tedbirlerin uygulanmasının her aşamasında, risk değerlendirmesi yapılırken, failin, ateşli silahlara sahip olmasının ve bu silahlara erişiminin bulunmasının da dikkate alınmasına imkan verecek gerekli hukuki ve diğer tedbirleri temin etmek yükümlülüğü de getirilmiştir (Söz m 51/2). Bu bakımdan, Sözleşme ile öngörülen risk değerlendirmesine dair süreç işletilirken, aynı zamanda hakim tarafından silahların teslim edilmesine dair önleyici tedbirlere (m 5/g, ğ)⁷⁰ de karar verilmesi gerekir. Ayrıca, konumuz bakımından, hayati tehlikeye ilişkin değerlendirmede bulunarak kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesine dair tedbire karar verirken hakim in beraberinde, somut olayda failin böylesi bir ateşli silah bulundurma veya erişim durumu söz konusu ise muhakkak Kanun'un m 5/g, ğ düzenlemeleri uyarınca önleyici tedbire de karar vermesi lazımdır.

Diğer yandan, Sözleşme Şerhi'nde, silah bulundurmanın yaygın olduğu ülkelerde failerin ateşli silahlara erişiminin daha muhtemel olduğu da vurgulanmış ve Sözleşme'nin 51. maddesi ile, hayati tehlikenin varlığına dair risk değerlendirmesinde, taraf devletlerin mağdurun güvenliğini temin etmek yükümlülüğünün yerine getirilmesi bakımından somut olayda failin yalnızca yasal olarak değil yasadışı ateşli silahlara sahip olup olmadığını veya bunlara erişim imkanının bulunup bulunmadığını da dikkate alması gerektiği düzenlenmiştir⁷¹. Bu sebeple, hayati tehlikenin varlığına dair risk değerlendirmesinde ve bağlantılı olarak hayati tehlikenin bulunması şartı ile verilebilecek olan koruyucu tedbirlere karar verilmesi aşamasında, ülkemizde silah

68 Şerh (n 11) Art 51 N 260.

69 Korunan kişinin hayatına yönelik tehditte bulunulması halinde de bu tedbire karar verilebileceği ve ispat bakımından koruyucu tedbirlere karar verilirken delil veya belge aranmayacağına ilişkin kuralın uygulanacağı yönünde, Bölükbaşı (n 38) 133; İspat yükü açısından bu genel tespite katılmak kaçınılmazdır. Hakimin bu yönde bir tehdit bulunması halinde de bu tedbire karar vermesi mümkündür, yeter ki somut olayın özellikleri çerçevesinde, böylesi bir tehdidin hayati tehlike teşkil edecek mahiyette olduğuna kanaat getirebilsin. Zira bu tedbire karar verilebilmesi için hayati tehlikenin bulunması şarttır.

70 "Madde 5:

g) Bulundurulması veya taşınmasına kanunen izin verilen silahları kolluğa teslim etmesi

ğ) Silah taşınması zorunlu olan bir kamu görevi ifa etse bile bu görevi nedeniyle zimmetinde bulunan silahı kurumuna teslim etmesi".

Düzenlemede yalnızca silahların tesliminden bahsedilmekte ise de, Sözleşme Şerhi'nde, bu yönde yapılacak iç hukuk düzenlemelerinde silahların "derhal" tesliminin gerçekleştirilmesine vurgu yapılmaktadır. (Şerh (n 11) Art 51 N 263).

71 Şerh (n 11) Art 51 N 263.

kullanımının yaygın olduğu ve yasal olmayan yollarla silahlara erişimin kolay olduğu gerçeği dikkatten kaçırılmamalıdır.

Belirtmek gerekir ki, hayati tehlikenin bulunması olgusu, kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesine ilişkin tedbire karar verilebilmesi için ön şarttır. Yani hayati tehlikenin bulunduğu her durumda bu tedbire hükmedilmesi gerekmez. Ancak, hayati tehlikenin bulunduğu her durumda silahların derhal teslimine dair önleyici tedbire karar verilmesi gerekir⁷².

2. Tedbirin Uygulanma Esasları

Bu koruma tedbirinin kapsamına giren işlemler, Tanık Koruma Kanunu madde 5/6/d uyarınca şu şekilde sayılmıştır:

“d) Kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi:

1) Adli sicil, askerlik, vergi, nüfus, sosyal güvenlik ve benzeri bilgi ve kayıtlarının değiştirilmesi ve düzenlenmesi.

2) Nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, pasaport, evlilik cüzdanı, diploma ve her türlü ruhsat gibi resmî belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi.

3) Taşınır ve taşınmaz mal varlığıyla ilgili haklarını kullanmasına yönelik işlemlerin yapılması.”

Tanık Koruma Kanunu'nda, söz konusu karar alınıncaya kadar, geçici olarak fiziki koruma sağlanmasına dair tedbirin, kolluk amirinin yazılı emriyle ve tanığın istemde bulunması koşuluyla alınabileceği, bu tedbirin geciktirilmeksizin Cumhuriyet savcısının bilgisine sunulacağı düzenlenmiştir (TKK m 6/2). Buna göre gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, tanığın korunması amacıyla, geçici olarak fiziki koruma imkanından yararlanmasına imkan tanınmıştır.

Benzer şekilde, 6284 sayılı Kanun kapsamında hakim tarafından kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesine dair tedbire karar verilmesi durumunda da, kadın, bu karar yerine getirilene kadar fiziki koruma sağlanması imkanından yararlandırılmalıdır. Her ne kadar geçici koruma altına alınmaya dair tedbir (m 3/1/ç), 6284 sayılı Kanun ile mülki amir tarafından verilecek koruyucu tedbirler arasında sayılmış olsa da, bu tedbire hakim tarafından da hükmedilebilir. Zira daha önce de değinildiği üzere, hakim, olayın özelliğine göre mülki amir tarafından verilebilecek tedbirlere de karar vermek yetkisine sahiptir (Yön m 12/1).

Düzenlemede, geçici koruma tedbirinin, *“Cumhuriyet savcısından karar alınıncaya kadar”* uygulanacağı ifade edilmiş ise de (TKK m 6/2), konumuz bakımından fiziki koruma tedbiri, kimlik bilgilerinin değiştirilmesi kararının verilmesine kadar değil,

⁷² Hatta, bulunmasına veya taşınmasına kanunen izin verilen silahların m 5/g, ğ düzenlemeleri uyarınca derhal teslimine dair önleyici tedbire her durumda karar verilmeli, bu bakımdan hayati tehlike bulunması şartının varlığı özel olarak araştırılmamalıdır.

belgelerin değiştirilmesi anına kadar geçerli olacak şekilde verilmelidir. Zira amaçlanan koruma, yeni kimlik bilgileri temin edilmesinden sonra gerçekleşir ve geçici koruma ihtiyacı da gerçek anlamda ancak bu andan itibaren sona ermiş olur.

Her ne kadar, madde 4/ç ile öngörülen koruyucu tedbirin, Tanık Koruma Kanunu hükümlerine göre gerçekleştirileceği öngörülmekte ise de Tanık Koruma Kanunu’na yapılan atıf yalnızca tedbirin uygulanmasına ilişkindir. Bu bakımdan örneğin, Tanık Koruma Kanunu ile öngörülen tanık koruma tedbirinin süresine, değiştirilmesine veya kaldırılmasına dair kuralların burada uygulanması düşünülemez. Madde 4/ç hükmünün bu Kanun’a yaptığı atıf yalnızca tedbirin yerine getirilmesi aşaması bakımından usulü bir yönlendirme olarak değerlendirilmelidir. Madde 4/ç ile öngörülen tedbire dair bunun haricindeki meselelere, 6284 sayılı Kanun’un kendine özgü düzenlemeleri uygulanmalıdır. Dolayısıyla, hakimin koruyucu tedbirin süresine karar vermesi gerekcek ise de, tedbirin süresinin belirlenmesinde Tanık Koruma Kanunu madde 8 hükmü uygulanmaz. Bu bakımdan, şiddet mağdurunun, en geç birer yıl aralıklarla bu tedbirin süresine, şeklinin değiştirilmesine, kaldırılmasına veya aynen devam etmesine dair değerlendirmeye maruz bırakılmaması gerekir.

Benzer şekilde, tedbire ilk defa karar veriliyor olması halinde, tedbirin süresinin en fazla altı ay olarak belirlenebileceğine ilişkin 6284 sayılı Kanun madde 8/2/c1 hükmünün de bu tedbir bakımından uygulanmaması gerekir. Zira altı aylık süre sınırının kimlik ve diğer ilgili bilgi ve belgelerin değiştirilmesi tedbirinde olduğu gibi bazı koruyucu tedbirler bakımından hiçbir menfaate hizmet etmediği, hatta bazı koruyucu tedbirler bakımından sürenin kısalığı sebebiyle mağduru altı ayda bir mahkemeye başvurmak zorunluluğu ile karşı karşıya bırakmanın olumsuzluklara yok açabilecek nitelikte olduğu aşıkardır. Süreye ilişkin bu hükmün kapsamı, fail hakkında verilen önleyici tedbirler bakımından anlaşılmalıdır. Burada önemli olan, hayati tehlike altındaki şiddet mağdurunun mümkün olan en kapsamlı şekilde korunmasının sağlanmasıdır.

Ek olarak, Tanık Koruma Kanunu’nun “*Tanık Koruma Kararlarının Uygulanması*” başlıklı dördüncü bölümünde, “*Koruma kararının alınmasında Cumhuriyet başsavcılıkları ile mahkemelerce uygulanacak usuller*”(TKK m 10⁷³),

73 “MADDE 10 – (1) Bu Kanun hükümlerine göre kararlar, gizlilik esaslarına uygun olarak verilir. (2) Tedbir kararının kapsam ve niteliğine göre, tanığın beyanı farklı bir isim altında tutanağa kaydedilir ve sonraki işlemlerin bu isimle yürütülmesi sağlanır. Tutanak, ilgili Cumhuriyet savcısı veya hâkim ile görevli zabıt kâtibince imzalanır. Cumhuriyet başsavcılığı veya mahkemece bu Kanunda belirtilen kararlar, ayrı bir karar numarası verilme suretiyle yerine getirilir. Tanığın gerçek kimlik ve adres bilgileri ile koruma kararı ayrı bir kartonda muhafaza edilir. (3) Cumhuriyet savcısı, mahkeme veya hâkim tarafından bu Kanunda belirtilen işlemlerle ilgili olarak bir zabıt kâtibisi görevlendirilir. Tanık koruma tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin karar ve diğer belgeler, soruşturma evresinde Cumhuriyet başsavcılığınca, kovuşturma evresinde mahkemece bu kararlara mahsus yerlerde gizlilik esaslarına uygun olarak saklanır. Cumhuriyet başsavcılığınca veya mahkemece tanık koruma tedbirinin uygulanmasına ilişkin verilen karar ve diğer belgeler, soruşturma veya kovuşturma konusu suç dışında başka bir makam veya mercie gönderilemez. (4) Bu Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde belirtilen tedbire ilişkin kararlar, gereğinin yerine getirilmesi amacıyla Cumhuriyet başsavcılığı aracılığıyla, yargı çevresi içerisinde bulunan kolluk makamlarına gönderilir ve gecikmeksizin yerine getirilir. (5) Bu madde hükümlerine göre, alınan tanık koruma tedbiri kararlarının saklanmasına ilişkin esas ve usuller yönetmelikte gösterilir”.

“Tanık koruma birimleri ve kolluk makamlarınca yapılacak işlemler” (TKK m 11⁷⁴) ve “Diğer kurum ve kuruluşlarla işbirliği ve yapılacak işlemler” (TKK m 12⁷⁵) hakkında uygulama esasları yer alır. Burada yer alan hükümlerin de 6284 sayılı Kanun’un amacı çerçevesinde uygulanması gerekir.

3. İvedilik Esası ve Kurumlar Arası İşbirliği Yükümlülüğü

Hayati tehlike altında bulunduğu için, kendisi açısından da büyük değişikliklere meydan verecek olan böylesi bir tedbire rıza gösteren kişinin, kimlik ve diğer bilgilerinin değiştirilmediği her gün söz konusu hayati risk varlığını devam ettirecektir. Bu sebeple bu tedbir kararının, mümkün olan en hızlı şekilde ve olası bütün bürokratik engellerden arınmış olarak uygulamaya konulması, en az bu tedbire karar verilmesi kadar önemlidir. Bu bakımdan bireysel başvuruya⁷⁶ konu olmuş bir olayda, Anayasa Mahkemesi, başvurucu ve küçük oğlunun kimlik bilgilerinin değiştirilmesinin bir yıla yakın sürdüğünü, gecikmenin bu süreçteki idari aksaklıklardan meydana geldiğini ve makul olmadığını belirterek, maddi ve manevi varlığın korunması hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁷⁷.

Bu gibi tedbirlerin ivedilikle yerine getirilmesinde kurumlararası koordinasyon büyük önem arz eder. Tedbirlere karar verilmesi kadar onların gecikmeksizin uygulanması da

74 “MADDE 11 – (1) Bu Kanun kapsamında alınacak tanık koruma tedbirlerini uygulamak üzere, Jandarma Genel Komutanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğünce tanık koruma birimleri kurulur. Bu birimlerde yeterli kadar hukukçu, idari ve teknik uzman personel bulundurulur.

(2) Tanık koruma biriminde çalışan personel için, tanık koruma birimi tarafından verilen bilgilere göre geçici kimlik düzenlenebilir veya bunu sürdürebilmesi için belge verilebilir. Bu belgeler, tanığın korunması ile gözetilen kamu yararı veya somut diğer olgular da dikkate alınarak, soruşturma konusıyla orantılı ve amaca uygun olarak kullanılabilir.

(3) Bu Kanun hükümlerine göre, kolluk makamlarınca alınacak tedbirler ile yapılacak işlemlerin ve tanık koruma birimlerinin çalışma esas ve usulleri yönetmelikle gösterilir”.

75 “MADDE 12 – (1) Kamu kurum ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişiler, bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak kendi görev alanına giren konularda, işbirliği ve yardımda bulunmakla yükümlüdür. (2) Bu Kanun kapsamında alınan tedbir kararları, kamu kurum ve kuruluşları tarafından gecikmeksizin yerine getirilir”.

76 Anayasa Mahkemesi’nin kadma yönelik şiddete ilişkin kararları hakkında bkz. Dündar Sezer (n 7) 257 ff.

77 Anayasa Mahkemesi, 2014/546, 19.12.2017, RG 28.02.2018/30346, A.Z.Ö başvurusu.

Başvurucunun boşanma davası açmadan önce ve dava sürecinde kendisine şiddet uygulayan eşinden korunması amacıyla birçok kez adresi ve işyeri değiştirilmiş, ikamet bilgileri gizli tutulmuştur. Başvurucu, boşanma kararının kesinleşmesi tarihinden sonra mevcut adresinin de eski eşi tarafından tespit edildiğini belirterek yeniden adres değişikliği talep ettiğini ancak talebinin reddedildiğini beyan etmiştir.

Başvurucunun 06.07.2012 tarihinde kendisi ve küçük oğlu hakkında kimlik bilgilerinin değiştirilmesi tedbiri uygulanması talebinin reddine yapılan itiraz üzerine, 05.09.2012 tarihinde, anılan önleyici tedbir kararlarına başvurucunun ve oğlunun kimlik bilgilerinin ve diğer ilgili belgelerinin değiştirilmesi tedbirinin eklenmesine karar verilmiştir. Başvurucu ve oğlunun yeni kimlik belgeleri 25.07.2013 tarihinde teslim edilmiştir.

Başvurucu özetle, bu taleplerin reddi üzerine yaşadığı korku sebebiyle işten ayrıldığını, çalışmadığı için yaşadıkları maddi sıkıntı sebebiyle ve şiddet korkusu ile eve kapanarak yaşadığı için hem kendisinin hem çocuklarının psikolojisinin bozulduğunu, beyin felci hastası olan 1992 doğumlu büyük oğlu F.B.K.nin bu süreçte depresyona girdiğini ve girdiği depresyon sonucu intihar ettiğini ileri sürerek bireysel başvuruda bulunmuştur.

Kararda şu ifadelere yer verilmiştir:

“Başvurucu ve oğlunun kimlik bilgilerinin değiştirilmesi yönünde verilen kararın, karar tarihinden yaklaşık on ay sonra uygulandığı anlaşılmaktadır. Anılan gecikme, karar tarihinde henüz Yönetmelik’in yürürlüğe girmemiş olması ile adli ve idari makamlar arasındaki koordinasyon ve organizasyon eksikliğinden kaynaklanmaktadır (N. 81)”, (bkz. N 31-33).

“6284 sayılı Kanun’un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (b) bendi uyarınca, anılan Kanun kapsamında verilecek destek ve hizmetlerin sunulmasında sıralı bir usul izlenmesi esastır (bkz. N 43). Bu durumda, ilgili Kanun kapsamında alınması gereken tedbirlerle ilişkin yetkili mercilerce karar alınmasının yanı sıra bu kararların makul bir süre içinde yerine getirilmesi de ayrıca önem taşımaktadır. Somut olayda, yetkili mercilerce alınan tedbir kararlarının yerine getirilmesinde meydana gelen sırasıyla on aylık ve dokuz aylık gecikmenin adli ve idari süreçlerdeki aksaklıklardan meydana geldiği ve bu gecikmenin makul olmadığı sonucuna ulaşılmıştır (N 83).

“Sonuç olarak, başvuru ve çocuklarının maddi ve manevi bütünlüklerinin korunması ile geçimlerinin sağlanması noktasında kamu makamları tarafından alınan tedbirlerin gerekli hız ve özende gerçekleştirilmediği, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı kapsamında devlete ait pozitif yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirilmediği sonucuna ulaşılmıştır (N 84)”.

Kanun'un amacını gerçekleştirmek için şarttır. Kanun'un “Kurumlararası koordinasyon ve eğitim” kenar başlıklı 16. maddesi uyarınca, Kanun hükümlerinin yerine getirilmesinde kurumlararası koordinasyonun Bakanlık tarafından gerçekleştirileceği öngörülmüştür (m 16/1). Yönetmelik ile ayrıca, sivil toplum kuruluşları ile koordinasyonun da Bakanlık tarafından gerçekleştirileceği belirtilmektedir (Yön m 40/1). Bu bakımdan kamu kurum ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişilerin, 6284 sayılı Kanun'un uygulanması ile ilgili olarak kendi görev alanına giren konularda işbirliği yapmak ve yardımda bulunmak ve alınan tedbir kararlarını ivedilikle yerine getirmek yükümlülüğü bulunur (m 16/2/c1). Ayrıca Kanun'da öngörülen görevlerin yerine getirilmesi sırasında kamu kurum ve kuruluşlarının personelinin Bakanlık görevlilerine yardımcı olmaları gerektiği de öngörülmektedir (m 16/4).

Benzer bir düzenlemeye yer veren Tanık Koruma Kanunu'nun “Diğer kurum ve kuruluşlarla işbirliği ve yapılacak işlemler” kenar başlıklı 12. maddesi uyarınca;

“(1) Kamu kurum ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişiler, bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak kendi görev alanına giren konularda, işbirliği ve yardımda bulunmakla yükümlüdür.

(2) Bu Kanun kapsamında alınan tedbir kararları, kamu kurum ve kuruluşları tarafından gecikmeksizin yerine getirilir”.

Aynı düzenlemeye, “Cumhuriyet Başsavcılıkları ve Mahkemelerce Alınacak Tanık Koruma Tedbirlerine İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik” madde 21 hükmünde de yer verilmiştir. Düzenlemeler bu hali ile, İstanbul Sözleşmesi'nin taraf devletlere yüklediği “devlet çapında etkili, kapsamlı ve eşgüdümlü politikaların benimsenmesi ve uygulanması için gerekli yasal ve diğer tedbirlerin” alınmasına dair yükümlülüğe de uygundur (Söz m 7/1).

İşbirliği ve yardımda bulunmak yükümlülüğü, hayati tehlike altında olan kişinin korunması için alınan bu tedbirin ivedilikle gerçekleştirilmesinde büyük önem arz eder. Bu tedbirin uygulanmasında yaşanabilecek yavaşlıklar, aksaklıklar, ihmaller veya usulü belirsizlikler sebebiyle hayat kaybının meydana gelebileceği unutulmamalıdır. Dolayısıyla, bu tedbirin yerine getirilmesi sürecinde etkin olan tüm kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilere çok önemli bir görev düşer. Bu bakımdan, devlet kurumları tarafından yönerge veya genelgeler aracılığı ile tedbirin uygulanmasında yetkili görevlilerin ivedilik esasına uygun davranma ve işbirliği yükümlülükleri konusunda özel olarak bilgilendirilmeleri, gerekirse hizmet içi eğitime tabi tutulmaları ve bu yönde açıkça yükümlü kılınmaları faydalı olacaktır⁷⁸.

78 “GREVIO, Türk yetkili makamlarına, aile içi şiddet de dahil olmak üzere, kadına yönelik her tür şiddet için risk değerlendirmesi ve risk yönetimi uygulamalarını aşağıdaki hususlar uyarınca geliştirmeyi ısrarla tavsiye eder:

a. Tekrarlanma ve şiddetin artması riskinin değerlendirilmesine olanak sağlanması için Şiddet raporlarının tüm kayıtlarının sistematik olarak tutulmasına devam ederken, kişisel verilerin korunması ilkelerine saygı gösterilmesini sağlanması; b. Özellikle yüksek riskli vakalarda, çok kurumlu bir müdahale biçimini içeren ve onu güçlendirmek için mağduru bu süreçte dahil eden bir risk değerlendirme sisteminin geliştirilmesi; c. Risk faktörlerini vaka bazında inceleyerek risklerin değerlendirilmesi ve yönetilmesi ve her bir mağdurun bireysel durumuna göre uyarlanmış tedbirleri benimseyerek güvenlik ve insan haklarına saygı gösterilmesinin amaçlanması; d. Risk değerlendirmesinde potansiyel mağdurlarla birlikte çalışan tüm yasal kurumları eğitmek için adım atma çabaları, risk yönetimi ve bu süreçlerin çok kurumlu çalışma tarafından desteklenmesi ihtiyacı; e. Risk yönetimini geliştirmek için çabaların sürdürülmesi” GREVIO (n 49) N 292.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

- Arıcı E, '6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Uygulaması' in Akın Ünal, Arif Kalkan (eds) *Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri Çalıştayı* (1st edn, Adalet Yayınevi 2019) 15-26.
- Arslan Öncü G, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu ve Bununla Mücadele Araçları' (Mücadele Araçları) (2012) 32(2) MHB 1-37.
- Arslan Öncü G, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu ve Bununla Mücadele Yaklaşımları' in Nur Centel (ed) *Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 1 Ceza Hukuku* (2013) 39-63.
- Ayan S, *Evlilik Birliğinin Korunması* (Türkiye Barolar Birliği Yayınevi 2004).
- Aydoğan A, '6284 Sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un "Şiddeti Önleme" Yükümlülüğü' (2018) 92(3) İBD 215-217.
- Ayhan T, 'Protecting the Woman or the Family? Contradiction Between the Law and Its Practice in Violence Against Woman Cases in Turkey' (2017) 5(1) Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi 137-162.
- Bakırcı K, 'İstanbul Sözleşmesi' (2015) 73(4) Ankara Barosu Dergisi 133-204.
- Berktaş F, 'Can There Be Any Excuse For Violence Against Women?' in Adem Sözüer (ed) *Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık 2. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali* (Adalet Yayınevi 2014) 663-669.
- Bölükbaşı Ö, *6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Kadının ve Aile Bireylerinin Korunması* (Yetkin Yayınları 2015).
- Can H, 'Yorum ve Katkıları' in Akın Ünal and Arif Kalkan (eds) *Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri Çalıştayı* (1st edn, Adalet Yayınevi 2019) 81-82.
- Ceylan E, 'Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Düzenlemeler' (2013) 109 TBB Dergisi 13-54.
- Çağlar Gürgey F İ, 'Ev-İçi Şiddet Davalarında Yargıcın Tarafsızlığı' (2015) 4 Ankara Barosu Dergisi 55-75.
- Demirkır Ünlü M, *Kadına Yönelik Şiddet ve Aile-İçi Şiddet* (Legal Yayınları 2012).
- Dindaş H, *Kadına Yönelik Eş Şiddetinin Sosyoekonomik Durum ve Yaşam Kalitesi ile İlişkisi* (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü 2008) <www.tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> Erişim Tarihi 15 Nisan 2020.
- Doğan İ, 'Yargı Kararlarında Kadın Haklarına Bakış' in Adem Sözüer (ed) *Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık 2. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali* (Adalet Yayınevi 2014) 109-118.

- Dündar Sezer T, *İnsan Hakları Hukuku Açısından Kadınlara Yönelik Şiddet* (Turhan Kitabevi 2019).
- Erbaş R, *Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü* (On İki Levha Yayıncılık 2015).
- Ercoskun Şenol H K, ‘Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Üzerine Bir İnceleme’ (2019) *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* (13) 423-459.
- Erdem M, ‘Aile İçi Şiddet ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’ (2007) 73 *TBB Dergisi* 46-77.
- Gençcan Ö U, ‘Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Amaç ve Kapsamı’ (2012) 8(97-98) *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi* (Yoncalı Platformu Sempozyumu Günleri Kütahya Türkiye’de Aile İçi Şiddetle Mücadele Hukuk Sempozyumu) 89-96.
- GREVIO Baseline Evaluation Report-Turkey, (15 October 2018) (GREVIO) <<https://rm.coe.int/eng-grevio-report-turquie/16808e5283>> Erişim Tarihi 28 Nisan 2020.
- İstanbul Sözleşmesi Şerhi, Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Şerh) <<https://rmcoe.int/16800d383a>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2020.
- Kandemir F E, *Kadına Karşı Şiddet ve Ailenin Korunması Sorununun Türk Hukuk Mevzuatı ve Uluslararası Sözleşmelerdeki Yeri* (Seçkin Yayınları 2019).
- Karakaya R, *Uygulamada Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun* (2nd edn, Adalet Yayınevi 2018).
- Koca M, ‘İstanbul Sözleşmesi ve 6284 Sayılı Kanunun Değerlendirilmesi’ in Akın Ünal and Arif Kalkan (eds) *Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri Çalıştayı* (1st edn, Adalet Yayınevi 2019) 27-62.
- Kuyucu N, *AİHM İçtihadında Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Kadına Yönelik Şiddet* (Seçkin Yayınları 2014).
- Nuhoğlu A, ‘Kadına Yönelik Şiddet’ (2012) 8(97-98) *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi* (Yoncalı Platformu Sempozyumu Günleri Kütahya Türkiye’de Aile İçi Şiddetle Mücadele Hukuk Sempozyumu) 62-77.
- Özcan O, ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Töre Saikiyle Kasten Öldürme Suçu’ in Nur Centel (ed) *Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 1 Ceza Hukuku* (2013) 241-259.
- Özgüç L E, ‘Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu’ (2019) 77(2) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 999-1040.
- Öztürk N, ‘Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Öneriler’ (2017) 8(1) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1-32.
- Postmus J L, Hoge G L, Breckenridge J, Sharp-Jeffs N and Donna Chung, ‘Economic Abuse as an Invisible Form of Domestic Violence: A Multicountry Review’ (2018) 21 (2) *Trauma, Violence & Abuse* 261-283 <<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1524838018764160>> Erişim Tarihi 16 Nisan 2020.
- Sallan Gül S, *Türkiye’de Kadın Sığınmaevleri, Erkek Şiddetinden Uzak Yaşama Açılan Kapılar Mı?* (2nd edn, Bağlam Yayıncılık 2013).
- Smith A, ‘It’s My Decision, isn’t it?: A Research Note on Battered Women’s Perceptions of Mandatory Intervention Laws’ (2000) 6(12) *Violence Against Women* 1384–1402 <<https://doi.org/10.1177/107780120006012005>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2020.

- Şahiner G, *Toplumsal Cinsiyet ve Kadına Karşı Şiddetin Kadınların Üreme Sağlığına İlişkin Hizmetlerden Faydalanmasına Etkisi* (Yüksek Lisans Tezi, T.C. Genelkurmay Başkanlığı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Kadın Hastalıkları ve Doğum Hemşireliği Bilim Dalı 2007) <www.tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi> Erişim Tarihi 15 Nisan 2020.
- Şimşek D C, 'Kadına Şiddet Pazarlık Konusu' (2015) 4 Ankara Barosu Dergisi 317-319.
- Uçar A, 'İstatistik Verilerle Ulusal Basında Kadına Karşı Şiddet' (2016) 7(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 315-363.
- Wallin Lundell I, Eulau L, Bjarneby F and Westerbotn M, 'Women's experiences with healthcare professionals after suffering from gender-based violence: An interview study' (2018) 27 Journal of Clinical Nursing 949–957 <<https://doi.org/10.1111/jocn.14046>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2020.
- Yağcıoğlu A H, '6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar' (2017) 9 (Özel Sayı) DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 913-966.
- Yenisey F, 'Uluslararası Sözleşmede Kadına Yönelik 'Şiddet Riskinin' Değerlendirilmesi ve Türk Hukuku' (2012) 8(97-98) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi (Yoncalı Platformu Sempozyumu Günleri Kütahya Türkiye'de Aile İçi Şiddetle Mücadele Hukuk Sempozyumu 10-13.



Zorunlu-Düzensiz Göçün Yarattığı Sorunlardan Birisi Olarak İnsan Ticareti Mağduru Yabancıların İkametlerine İlişkin Hukuki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

The Evaluation of Legal Instruments Regarding the Residence of Foreign Victims of Human Trafficking As One of The Problems of Forced-Irregular Migration

F. Elif Çelik*

Öz

İnsan ticareti, dünya genelinde en yaygın rastlanan ve yaşamı doğrudan etkileyen sorunlardan biri olmaya devam etmektedir. Her yıl yayınlanan insan ticareti raporlarında zorunlu çalışma, seks işçiliği, çocuk yaşta ve sahte evlilikler gibi çeşitli durumlara zorlanarak insan ticaretinin kurbanı hâline getirilen milyonlarca mağdur insandan bahsedilmektedir. Bu insanların ortak özelliği, kuvvet kullanılarak ya da şiddet tehdidi ile zorlanmaları, kaçırılmaları; hile, aldatma veya nüfuzu kötüye kullanma suretiyle çaresizliklerinden yararlanılması; başkalarına kazanç ya da çıkar sağlama yoluyla istismar amaçlı temin edilmeleri, bir yerden diğer bir yere taşınmaları, devredilmeleri, barındırılmaları yahut teslim alınmalarıdır.

İnsan ticaretinden doğan mağduriyetin, açıkça “insan hakları ihlali” olarak nitelendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. İnsan haklarının en ciddi ihlalleri, kişisel ve fiziksel haysiyet hakkının, kişisel özgürlük ve güvenlik hakkının ve ayrımcılık yapmama ilkesinin delinmesinden kaynaklanmaktadır.

İnsan ticareti mağduru kişilerin buldukları ülkede geçici olarak ikamet etmelerine izin verilmesinin gerisindeki sebepler geri gönderme ilkesi gibi uluslararası insan hakları yükümlülüklerine ve insani kaygılara dayanmakta; mağduriyete yol açan sebeplerin devamı süresince söz konusu ikamet izinleri yenilenmekte; belirli bazı koşullar altında göç eden mağdurların uzun süreli ikamet izinlerine başvurmalarına izin verilebilmektedir.

Türk hukukunda insan ticareti mağduru olduğu veya olabileceği yönünde kuvvetli şüphe duyulan yabancılarla, kısa süreli ikamet izni verilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Göç, Yabancı, İnsan hakları, İnsan ticareti, İkamet izni

Abstract

Human trafficking is one of the most common problems in the world and its consequences directly affect many lives. In the annual trafficking reports published, there are millions of victims who have been forced into various situations such as forced labor, sex work, child and sham marriages, and who have become victims of human trafficking. As modern slaves, the common feature of these people is that they are forced or abducted by force or threat of violence, regardless of whether they are willing or not. Their helplessness is exploited through cheating, deception or abuse of influence. They are abused by human traffickers who use them to make a profit and they are frequently transferred from one place to another.

* Sorumlu Yazar: F. Elif Çelik (Dr. Öğr. Üyesi), Ufuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: fatmaelif.celik@ufuk.edu.tr ORCID: 0000-0003-2871-8156

Atf: Celik FE, “Zorunlu-Düzensiz Göçün Yarattığı Sorunlardan Birisi Olarak İnsan Ticareti Mağduru Yabancıların İkametlerine İlişkin Hukuki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi” (2020) 40(2) PPIL 657. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0004>



It is accepted that the victimization caused by human trafficking should be clearly defined as “human rights violation”. The most serious infringements of human rights are the violations of the right to personal and physical dignity, the right to personal freedom and security, and the principle of non-discrimination.

The reasons behind the temporary residence of trafficked persons are based on international human rights obligations and human concerns, such as the principle of non-refoulement. The short-term residence permits shall be renewed if the victimization conditions continue; in some situations a long-term residence permit can be granted.

Under Turkish law, a short-term residence permit is granted by the governorates to foreigners who are victims of human trafficking or where there is strong circumstantial evidence that they might be victims.

Keywords

Migration, Foreigner, Human Rights, Human Trafficking, Residence Permit

Extended Summary

This article, aims to assess the legal instruments regarding residence rights and permits without addressing the fact that foreigners who are victims of human trafficking are subjects of a crime in the context of criminal law. This study aims to examine ways of supporting foreign victims from the perspective of gender equality, by examining conditions of sheltering and protection during their residence. The study also aims to research whether women have difficulties in obtaining a residence permit, especially foreign women who are victims of human trafficking through prostitution.

Article 3, paragraph (a) of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons (Palermo Protocol) defines Trafficking in Persons as the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs.

The definition of human trafficking, which is now universally accepted, was late to be conceptualized because of the perspective differences in determining what victimization is. When defining what is meant by the term ‘victim’, a more general understanding of the term can be given for people who have been subjected to labor exploitation such as factory, field, construction, and forced domestic services; but when it comes to sexual exploitation, due to the nuances in conceptualizing prostitution, the definition of what we mean by the term ‘victim’ might change. Generally, as trafficking is associated with prostitution throughout the world, victims of trafficking tend to be mainly women and children.

In Turkey, the term “victim” is used both to officially refer to the women who are trafficked victims and also as a means of referring to the immigrated women’s fragile

and vulnerable position. The most common cases of human trafficking in Turkey are those of forced prostitution; the women who migrated from the Soviet Union to Turkey in order to get a job are the first examples of that kind of trafficking. Over time, this situation has evolved into an exploitation of the hopes of people fleeing politically mixed, war-torn countries such as Syria. Identifying victims of trafficking in Turkey started in the 2000s, and in 2003 the first statistics were shared. Since 2003, the Ministry of Internal Affairs has identified more than 1,400 human trafficking victims.

According to the article 23 of the Constitution of the Republic of Turkey “everyone has the freedom of residence and travel”. The extension of the freedom of residence and travel to everyone covers both citizens and foreigners. On the other hand, in the continuation of the provision, it is stated that, for clearly determined reasons, freedom of residence can be limited to prevent crime, to ensure social and economic development, to realize healthy and regular urbanization and to protect public property. Another limitation provision is stated in article 16 of the Constitution of the Republic of Turkey. According to the article, if the victims of human trafficking are foreigners the limitation of fundamental rights can only be made by enacting law according to international law.

In Turkish law, as is the case worldwide, the basis of obtaining a residence permit for foreign victims of trafficking are international human rights obligations and humanitarian concerns, such as the non-refoulment principle. The legal instruments regarding residence can be customized according to the positive or negative conditions in both the country of origin and the asylum country.

Identifying victims of human trafficking is a difficult issue because it is hard to detect the crime of human trafficking. Due to the complexity of the crime, the officers responsible for detection have to cope with many difficulties. Accessing the victim is one of the first difficulties and then secondly taking the victim’s testimony. Another situation that makes it difficult to identify victims is the “ideal victim” perception in the minds of the officers responsible for the detection. When the Foreigners and the International Protection Act provisions are examined, it is unclear who determines the victim of human trafficking. It is also uncertain whether the determination will be made by considering the moment of victimization or when the police or prosecutor’s office has started an investigation about traffickers, or when the judgment is established in the criminal case against traffickers.

Under Turkish law, a short-term residence permit is granted by the governorates to foreigners who are victims of human trafficking or where there is strong circumstantial evidence that they might be victims. It is essential for the victims to remain in a shelter or support center and participate in the support program by obtaining their consent during this period, to cooperate with the competent authorities.

Zorunlu-Düzensiz Göçün Yarattığı Sorunlardan Birisi Olarak İnsan Ticareti Mağduru Yabancıların İkametlerine İlişkin Hukuki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

I. Giriş

Göç etme ihtiyacını besleyen ekolojik, jeolojik, iklimsel temelli sebepler, zaman içinde siyasi, hukuki, ekonomik ve kültürel yönlü değişse de yaşamda kalma mücadelesi olarak genelleştirilebilecek saik ve göçün tahrip ağırlıklı dönüştürücü sonuçları değişmemektedir. İnsanın, varoluşundan beri, hayat hikayesine eşlik eden eylemi, yer edinmek için yer değiştirmektir.

Göç çalışılırken hareketin tarihi ve sosyal süreçlerini göz ardı etmek mümkün olmadığından¹ insan ticaretinin ortaya çıkışına ilişkin değerlendirmelerin de bu bağlamda ele alınması gerekmektedir. İnsan ticareti, özellikle zorunlu²-düzensiz göçün³ yarattığı olumsuzluklardan birisidir ve bünyesine organize suç örgütlenmelerini, hak ihlallerini, devletlerin bu suçla olan mücadelelerini, hukuki-politik düzenlemeleri alan küresel, çok boyutlu bir sorundur. İnsan tacirleri, bir ülkenin vatandaşlarını hedef aldıkları gibi, o ülkede yabancı olan ve bu statünün getirdiği zorlukları yaşayan kişileri de, üstelik daha kolay şekilde, hedef almaktadır⁴.

İnsan ticareti mağduru olan kişilerin yaklaşık olarak %60'ı, buldukları ülkede yabancı statüsü taşımaktadır ve pek çoğu daha iyi bir hayat sürme hayali ile yola çıkan uluslararası göçmen olarak nitelendirilmektedir⁵.

İnsan ticaretinden doğan mağduriyetin, açıkça “insan hakları ihlali” olarak nitelendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁶. İnsan haklarının en ciddi ihlalleri,

1 Özlen Çelebi, ‘Kuramların Sessizliği: Liberalizm, Realizm ve İltica Rejiminin Kuruluşu’ in Özlen Çelebi, Saim Özçürümez and Şirin Türkay (eds), *İltica, Uluslararası Göç ve Vatansızlık: Kuram, Gözlem ve Politika*, (UNHCR, 2011) 11.

2 Zorunlu göç (forced migration), doğal ya da insandan kaynaklanan sebeplerle, içinde yaşama ve refaha yönelik tehditleri barındıran ve çevresel, kimyasal, nükleer felaketler, açlık ya da kalkınma projeleri gibi bir zorlama unsuru bulunduran göç hareketini tanımlamak için kullanılmaktadır. Uluslararası Göç Örgütü, ‘Uluslararası Göç Hukuku No.18’ in Bülent Çiçekli (ed), *Göç Terimleri Sözlüğü*, (IOM, 2009) 69.

3 Düzensiz göç (irregular migration) kavramı, hedef ülkesi bakımından, ülkeye yasadışı yollardan girme veya ülkede yasadışı şekilde kalma ya da çalışma anlamında kullanılmaktadır. Uluslararası Göç Örgütü, *Göç Terimleri Sözlüğü*, (n 2) 15. Düzensiz göç kavramı, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda (Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 04.04.2013, RG 11.04.2013/28615) yabancıların yasa dışı yollarla Türkiye’ye girişi, Türkiye’de kalışı, Türkiye’den çıkışı ve Türkiye’de izinsiz çalışmasını ifade eden bir kavram olarak tanımlanmaktadır (m.3/i).

4 Türkiye’de istatistiklere yansıyan olaylarda ağırlıklı olarak yabancıların, bilhassa yabancı kadınların insan ticareti mağduru edildiği bilinmektedir. Tuba Dündar and Elif Özer, *İnsan Ticareti Suçunu Anlamak-STK’lar İçin Rehber* (IKGV, 2017) 6.

5 Birleşmiş Milletler’in tanımına göre uluslararası göçmen, ikamet ettiği ülkesini en az bir yıl boyunca değiştirmek niyeti ile uluslararası bir sınırı geçerek yer değiştirmekte ise uzun süreli göçmen; üç aydan fazla ve fakat bir yıldan az süre ile yer değiştirmekte ise kısa süreli göçmendir. Uygulamada, uluslararası göçmenlerin yer değiştirmelerine yönelik olarak veri toplayarak bu verileri yayınlayan ülkeler arasında, araştırma yöntemler, kriterler ve göçe yönelik kavramlar farklılık gösterdiği için karşılaştırılabilirlik bakımından güçlükler yaşanmaktadır. United Nations Department of Economic and Social Affairs, Population Division, United Nations Recommendations on Statistics of International Migration, Revision 1, 1998, para. 32, p. 9. İnsan ticareti mağdurları tıpkı mülteciler, sığınmacılar, refakatsiz çocuklar gibi uluslararası nitelik taşıyacak şekilde, sıklıkla benzer rotalarda, benzer seyahat araçlarını kullanarak ancak farklı motivasyonlara bağlı olarak düzensiz yer değiştirmektedir. Bu bakımdan insan ticareti mağdurlarının göç eylemleri, “karışık göç” tanımlamasının içinde değerlendirilmektedir. Neva Övünç Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi* (1st edn , Seçkin 2015) 40.

6 UNHCHR, *Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking*, (U.N. Doc. E/2002/68/Add.1, 2002) 5.

kişisel ve fiziksel haysiyet hakkının, kişisel özgürlük ve güvenlik hakkının ve ayrımcılık yapmama ilkesinin delinmesinden kaynaklanmaktadır. Bu ihlaller geniş bir sosyal yelpazeyi kapsadığından ve işe alım, ulaşım, sömürü gibi farklı insan ticareti unsurları ile ilişkili olduğundan, mağduriyetlerin engellenmesi ancak çok katmanlı bir çözüm yaklaşımı ile mümkün görünmektedir. İnsan haklarına dayalı bir yaklaşımın, evrensellik, devredilemezlik, bölünmezlik, karşılıklı bağımlılık ve karşılıklı ilişki, ayrımcılık yapmama ve eşitlik, katılım ve içermeye, hesap verebilirlik ve hukukun üstünlüğü bir dizi ilkenin etrafında ve insan ticareti ile mücadele bağlamında geliştirilmesi gerekmektedir⁷.

“Zorunlu-Düzensiz Göçün Yarattığı Sorunlardan Birisi Olarak İnsan Ticareti Mağduru Yabancıların İkametlerine İlişkin Hukuki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi” başlıklı çalışma ile insan ticareti mağduru yabancıların, ceza hukuku bağlamında bir suçun öznesi olmaları hususuna değinilmeden, ikamet hakları ve ikamet izinlerine ilişkin hukuki düzenlemelerin ele alınması; ikamet süresince mağdur yabancıların desteklenmesi, barınma ve korunma koşullarının değerlendirilmesi; toplumsal cinsiyet eşitliği perspektifinde özellikle fuhuş yolu ile insan ticareti mağduru kılınan yabancı kadınların ve LGBT bireylerin, ikamet izni elde etmelerinde güçlük bulunup bulunmadığının incelenmesi amaçlanmıştır.

II. İnsan Ticaretinin Temeli

İnsanın, ticaret ögesi hâline getirilerek çaresizliğinin sömürülmesinin ilk hâlini, kolonyal dönemde deniz aşırı satılması oluşturmaktadır. Bu bakımdan bugünkü insan ticaretini, kölelik modernizasyonu biçiminde değerlendirmek pek âla mümkündür. Kölelik, modern toplumlarda genellikle savaş sonrası esaret pratiği görülerek gücü ve zaferi perçinleyen bir sonuç olarak kullanılmakla beraber insanı, mahrumiyet statüsü içinde daimi bir mahkum gibi tanımlamak ve bu hâli, doğallıkla, kabul etmek⁸ antik zamandan beri rastlanan bir düşünce biçiminde Hammurabi kanunlarında ya da Yunan trajedyalarında da karşımıza çıkmaktadır. Aristoteles, köleyi, bir insan olarak değil; sahiplenilebilir, alınıp satılabilir bir eşya olarak tasvir etmiştir. Ona göre bazı insanlar, kendilerini ancak başkalarının zekası ile yönettirmeye yetecek kadar zekaya sahiptir⁹. Grotius, hiçbir insanın doğasında kölelik bulunmadığını, köleliğin doğuştan değil ve fakat sonradan ortaya çıkabilecek durum olduğunu ve dayanağını bir mutabakat ya

7 Conny Rijken, Eefje de Volder, ‘The European Union’s Struggle To Realize A Human Rights-Based Approach To Trafficking In Human Beings - A Call On The EU To Take Trafficking In Human Beings-Sensitive Action In Relevant Areas Of Law’ (2009) 25(49) Connecticut Journal Of International Law 49, 52-54.

8 Renee Colette Redman, ‘The League of Nations and the Right to be Free from Enslavement: The First Human Right to Be Recognized as Customary International Law - Freedom: Beyond the United States’ (1994) 70 (2) Chicago-Kent Law Review 759, 765.

9 Bu bakımdan kölenin maddi kuvveti ile efendisinin zekası birleşince ikisi için de yararlı bir sonuç doğmaktadır. Söz konusu sonucun doğumuna hem efendinin köle üzerindeki otoritesinin mutlaklığı hem de yüksek sınıfların ilim, politika ve sanatla uğraşmalarını sağlamak gerekliliği yol açmaktadır. Mehmet Semih Gemalmaz, *Devlet, Birey ve Özgürlük* (Legal, 2016) 27; Gülnihal Bozkurt, ‘Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik’ (1981) 38(1) AÜHFD 65, 88.

da suçtan aldığı sürece meşru kabul edilebileceğini ifade etmiştir. Ona göre devletler hukuku prensipleri bakımından düşünüldüğünde haklı sebeplerle savaşa girenlerin, öldürmemek kaydı ile, esirlerini, ceza olarak, köleleştirme hakları bulunmaktadır¹⁰.

Özgürlük ve eşitlik idealleri etrafında söylem öncülüğü üstelenen yazarlar bile mutlak özgürlük ve eşitlik hakkını savunamamış; insanın köle olarak kabul edilebilmesi fikrine yatkın kalmışlardır. Örneğin Montesquieu köleliği zihninde lanetlediğini ifade ederken zenciler için, sağ duyu yoksunu oldukları gerekçesi ile, istisna parantezi açmayı ihmal etmemiştir. Benzer şekilde köleliğe karşı duranların akıl hocası olarak kabul ettikleri Locke, vahşilerin, zekâ özürülerin ve kadınların ortak noktalarının kavrayış eksikliği olduğunu, bu sebeple söz konusu kişilerin kanun önünde daha az sorumluluk taşıdıkları için daha az hakka sahip olmaları gerektiğini iddia etmiş ve savunulabilir gerekçe yaratarak köle ticaretini aklamıştır¹¹.

Köleliğin en ağır insan hakkı ihlali olduğuna yönelik düşünsel temeller, aydınlanma çağı ile birlikte atılmaya başlanmış; zaman içinde terditli olarak yasaklanması yoluna gidilmiştir¹². Bugün, köleliliğin kesin bir yasak olmasının sebebi, *erga omnes* insan hakları hukukundan doğan bir yükümlülük olarak kabulü ile ilgilidir.

Tarihsel süreçte, köle ticaretini uluslararası sahada yasaklayan ilk belge 1815 tarihli “*Köle Ticaretinin Evrensel Olarak Kaldırılmasına İlişkin Beyannâme*”dir (1815 Deklarasyonu). Takip eden yıllarda, barış ve savaş zamanlarında, iki ya da çok taraflı uluslararası sözleşmelere de köle ticaretini yasaklayıcı hükümler konulmuş olmakla birlikte bu sözleşmelerin hiçbiri tam olarak işletilememiştir. Anılan çerçevede 1815 ve 1957 yılları arasında üç yüze yakın uluslararası sözleşmenin akdedildiği tahmin edilmektedir¹³.

1815 Deklarasyonu’nda köleliğin ne olduğu tanımlanmamıştır. Kölelik durumunun belirlenebilmesi bakımından köleliliğin tanımlanması önem arz etmektedir zira uluslararası toplum nezdinde mutlak uzlaşa sağlanmış bir kapsama ulaşılamazsa, yaslandığı sebep ne olursa olsun esaret sorununun çözümü de gerçekleşmeyecektir. Bu bağlamda köleliğin ne olduğunu tanımlayan ilk uluslararası belge 1926 tarihli “*Milletler Cemiyeti Kölelik Konvansiyonu*”dur (Esaretin Men’i Sözleşmesi)¹⁴. Konvansiyon’un

10 Redman (n 8) 767.

11 Sezai Ozan Zeybek, ‘Avrupa Düşüncesinin Tali Unsurları: Kölelik ve Sömürgecilik’ (2014) 3(6) İnsan ve Toplum Dergisi 87, 91-92; Gemalmaz (n 9) 609.

12 Kölelik durumunun, insan hakları kavramı ile bağdaştırılmaya başlanmasından çok önce de istenmeyen bir durum olduğu ve yasaklanmasına yönelik ilk çabaların Sümer kralları tarafından atıldığı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt (n 9) 73.

13 OHCHR, Abolishing Slavery and Its Contemporary Forms (HR/PUB/02/4, 2002), 3. Her ne kadar köleliğin yasaklanmasına yönelik adımlar atılmış olsa da emek gereksinimi devam ettiği ve karşılanması gerektiği için bu süreçte “sözleşmeli emek” biçiminde adlandırılabilir yeni tür bir kölelik durumu yaratılmıştır. Daha sonraları Marx’ın net biçimde ifade edeceği üzere yeni dünya düzenindeki doğrudan kölelik, Avrupa’da ortaya çıkacak modern endüstrinin yapı taşı oluşturmuştur. Bu bakımdan bir yandan istenmeyen durum olarak ilân edilen kölelik, diğer yandan sömürgelere değerini kazandırmıştır. Gemalmaz (n 9) 586.

14 Esaretin Men’i Hakkındaki 25 Eylül 1926 Tarihli Mukaveleye İltihakımıza Dair Kanun, Kanun Numarası: 2273, Kabul Tarihi: 05.06.1933, RG 12.06.1933/2425.

birinci maddesine göre köle, üzerinde mülkiyet hakkından doğan yetkilerin herhangi birinin ya da hepsinin kullanılabildiği kişi; kölelik, bu durumun yarattığı statüdür. Maddenin devamında köle ticareti tanımlanmıştır. Köle ticareti, kölelik statüsüne indirgenmiş bir kişinin yakalanması, satın alınması ya da elden çıkarılması gibi köle edinilmesine ilişkin tüm eylemler ile onu satma ya da takas etme gibi elden çıkarma işlemlerini ve edinilmiş bir kölenin satışı, değiştirilmesi veya değiş-tokuşu amacıyla taşınmasına yönelik işlemleri kapsayan genel bir ticari faaliyettir. Kölelik biçimlerinin ne olduğu ise Konvansiyon'un kabulünden önce Geçici Kölelik Komisyonu'nun hazırladığı bir liste ile 1924 yılında belirlenmiştir. Bu liste uyarınca kızların, normal olmayan evlilik adetleri ile, başlık parası ödenerek çeyizleri edinilmiş gibi gösterilip satın alınmaları; kız ya da erkek çocukların evlat edinilmiş gibi gösterilerek daimi olarak elden çıkarılmaları, borç yüzünden rehin tutulma gibi kişilerin kontrolünü ele geçiren ve özgürlüğünü kısıtlayan eylem ya da uygulamalar köleliktir¹⁵.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A(III) sayılı Kararıyla ilân edilen “*İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*”¹⁶, bütün insanların özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğduklarını; akıl ve vicdan sahibi olduklarını ve birbirlerine karşı kardeşlik anlayışıyla davranmaları gerektiğini ifade etmektedir (m.1). Bu sebeple hiç kimsenin kölelik veya kulluk altında bulundurulamayacağı, kölelik ve köle ticareti her türlü biçimde yasaklanarak hüküm altına alınmıştır (m.4).

Benzer anlayışla Avrupa Konseyi tarafından 04 Kasım 1950'de ilân edilen “*İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme*” (RG: 19.03.1954 (T) ve 8662 (S)), insan hakları ile temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesinin amacı ile hazırlanmış olup; Sözleşme'nin dördüncü maddesinde hiç kimsenin köle ya da kul durumunda tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır¹⁷.

1926 tarihli Kölelik Konvansiyonu'nu boyutlandıran uluslararası belge 1956 tarihli “*Kölelik, Köle Ticareti, Köleye Benzer Uygulama ve Geleneklerin Ortadan Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşme*”dir¹⁸. Bu Sözleşme ile kölelik durumu olarak kabul edilen hâller genişletilerek birinci maddede şu şekilde sayılmıştır.

15 OHCHR (n 13) 4-5. Milletler Cemiyeti Kölelik Konvansiyonu, kölelikten kurtulma hakkını başlı başına temel hak kategorisinde çerçevelememiş taraf devletler nezdinde kölelik durum ve oranının gözden geçirilmesine yönelik usul ve esasları belirlememiş ve ihlal iddialarını denetleyecek uluslararası bir yapı kurmamış olduğu için eksik değerlendirilmekte birlikte Nepal (1926) ve Burma'da (1928) köleliğin yasaklanmasına yönelik yasal düzenlemelerin yapılması konusunda hükümetleri cesaretlendiren bir etki yaratmıştır. Redman (n 8) 763, OHCHR (n 13) 5.

16 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin Resmî Gazete'de Yayımlanması Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı, Kararın Numarası: 9119, Karar Tarihi: 06.04.1949, RG 27.05.1949/7217.

17 Gerek Cumhuriyet öncesi dönemde Tanzimat ile İslahat Fermanlarında ve 1876 tarihli Kanun-i Esasi'de gerekse cumhuriyet döneminde 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında kölelik ve kulluğu yasaklayan açık hükümlere yer verilmediği görülmektedir. Zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma ile bağlantılı bir kavram olan angarya ise Kanun-i Esasi'nin 24.maddesinde, 1924 Anayasası'nın 73.maddesinde, 1961 Anayasası'nın 42.maddesinde yasaklanmıştır. Ulaş Karan, 'Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı: Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Karşılaştırmalı Analiz' (2018) 67(2) AÜHFD 415, 427.

18 Kölelik, Köle Ticareti, Köleliğe Benzer Uygulama Ve Geleneklerin Ortadan Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, Kanunun Numarası: 361, Kabul Tarihi: 27.12.1963, RG 06.01.1964/11599.

- Bir borçlunun bir borcun teminatı olarak şahsen hizmet etmeyi veya denetimi altındaki bir kimsenin hizmet etmesini taahhüt etmesine rağmen bu hizmetlerin karşılığında adil bir bedelin borcun ödenmesine tahsis edilmemesi veya bu hizmetlerin süresiz olması ve kapsamının belirlenmesi
- Bir kişinin kanun, teamül veya bir anlaşmaya göre diğer bir kişiye ait arazi üzerinde yaşama ve çalışmaya mecbur olması ve bu diğer kişiye ücret karşılığında veya ücretsiz olarak belirli bir şekilde hizmet etmesi ve bu durumunu değiştirme imkânına malik olmaması
- Bir kadının, reddetmek hakkı olmadan, anne ve babasına, vasisine, ailesine veya diğer herhangi bir kişi ya da topluluğa nakdi veya aynı bir ivaz karşılığında evlendirilmesi vaadinde bulunulması veya evlendirilmesi
- Bir kadının, kocasının ölümü üzerine, miras yolu ile başka bir kişiye devredilebilmesi
- Bir çocuğun veya 18 yaşından küçük ve ayırtım gücünü haiz bir kişinin gerek anne ve/veya babası, gerekse varisi tarafından, şahsını veya işini istismar amacıyla bedel karşılığında ya da bedelsiz başka bir kişiye devrine müsait olan herhangi bir uygulama ve gelenek

Köleliğe benzer uygulama ve geleneklerin neler olduğu ise Sözleşme'nin beşinci maddesinde ifade edilmiştir. Buna göre Sözleşme'nin birinci maddesinde hüküm altına alınan durumların henüz tamamıyla ortadan kalkmadığı veya terk edilmediği bir ülkede, bir kölenin veya köleliğe benzer durumda bir kişinin, ister durumunu belirtmek veya cezalandırmak için, ister diğer bir amaçla olsun, bir uzvunu kesmek, kızgın demirle veya diğer bir şekilde işaretlemek fiilî veya böyle fiillere iştirak esaret temini olarak kabul edilerek suç olarak vasıflandırılmaktadır.

Sözleşme'nin yedinci maddesinde kölenin kim olduğu tarif edilmiştir. Söz konusu maddenin (a) bendi uyarınca kölelik, esarete dair 1926 tarihli Sözleşme'de betimlendiği üzere mülkiyet hakkına mahsus yetkilerin tamamının veya bunlardan bazılarının kullandığı bir kişinin hâl veya şartı; köle ise, bu durum veya şartı haiz olan kimsedir.

Köle ticareti ise 1956 tarihli Ek Sözleşme'de iki madde ile hüküm altına alınmıştır. Üçüncü maddeye göre köleleri herhangi bir ulaşım aracı ile bir ülkeden diğerine taşımak veya taşımaya teşebbüs etmek veya bu hareketlere iştirak etmek köle ticaretidir. Yedinci maddenin (c) bendine göre bir kişinin köle hâline getirilmek için ele geçirilmesi, iktisabı veya hukuksal bir işlemle devri; bir kölenin satılmak veya değiş-tokuş edilmek üzere sahiplenilmesi; satılmak veya değiş-tokuş edilmek üzere sahiplenilmiş bir kişinin satış veya takas yolu ile devri, kullanılan ulaştırma vasıtası ne olursa olsun, köle ticaretidir.

Zaman içerisinde köle ve kölelik tanımlarının değiştirilmesi gerekliliği hususunda tartışmalar yaşanmış; talep doğrultusunda başvurular yapılmış olmasına rağmen gerek 1926 tarihli Konvansiyon gerekse 1956 tarihli Ek Sözleşme'deki birleşik tanımlama

aynı kalmıştır¹⁹. Bu çerçevede ele alındığında köleliğin geleneksel ve çağdaş kölelik olarak kendi içinde değerlendirilebileceği sonucunu çıkarmak mümkündür. Geleneksel uygulama uyarınca kölelik (*chattel slavery*), bir kişinin eşya ya da hayvan gibi sahiplenilmesi, dolayısıyla kolaylıkla alınıp-satılabilmesi ya da devredilmesi yetkilerini doğuran bir durumken; çağdaş uygulamada kölelik, kişinin içinde bulunduğu koşullara göre ortaya çıkan bir durumdur. Bu bağlamda bir kişinin özgürlüğünü ya da eşyasını ne derecede yönetebildiği o kişinin kölelik hâlinin belirlenmesi bakımından önemlidir. Geleneksel kölelik uygulamasına günümüzde oldukça nadir rastlanmaktadır. Bugünkü hâli ile kölelik, kişinin çaresizliğinden ve bilgisizliğinden tehdit ve şiddet yolu ile istifade edilerek, göçmen işçilerin pasaportlarına el konulması, çocukların fuhuşa ya da kadıların seks köleliğine zorlanması gibi, o kişi üzerinde kontrol üstünlüğü kurulması ile oluşan durumdur²⁰ ve bu durumu sağlayan koşullar, devletlerden oluşan uluslararası topluluk tarafından, bir bütün olarak, hiçbir sapma yapılmasına fırsat verilmeyecek şekilde yasaklanmıştır. Dolayısıyla köleliği yasaklayan hükümlerin niteliği *jus cogens* olarak kabul edilmektedir²¹.

III. İnsan Ticaretinin Tanımlanması ve Sebepleri

A. Tanım

İnsan ticareti, meşru olmayan çeşitli faaliyetlere atfen kullanılan; cinsel sömürü, zorla çalıştırma, borç batağı, esaret ve benzeri uygulamalar, organ ticareti, mecburi evlilik gibi formları kapsayan bir kavramdır. İnsan ticareti, sahte iş vaatleri ile kişilerin kaçırılması, gönüllü başlayan göç eylemlerinin hedef ülkeye varışta emek sömürüsüne dönüştürülmesi, kandırılması ya da hile yoluyla ikna edilmesi, baskı ve nüfuz kullanma gibi tahakküm biçimleri uygulanarak gitme özgürlüğünün kısıtlanması gibi bileşenleri olan bir eylemdir²².

İnsan ticaretinin, 19.yy sonlarında Avrupa'da askerlerin zührevi hastalıklardan korunması için başlatıldığı değerlendirilmektedir. Cinsel hastalıkların bulaşmasını engellemek için kadınlar, Viktorya dönemine özgü baskılama ve kollama anlayışı içinde, kontrol altında tutulmaya çalışılmış; fahişeliğin, genişlemek ülküsündeki İngiltere için tehlike oluşturacağı düşünüldüğünden fahişe kadınların deniz aşırı

19 Örneğin Birleşmiş Milletler'in 1982 yılında önerdiği tanıma göre kölelik, emeğin sömürülmesi yoluyla insanla uğraşan her türlü eylem olarak tanımlanmalıdır (United Nations Document E/CN.4/Sub.2/1982/20-prg. 9). Yine Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nün "İnsanlığa Karşı Suçlar" başlıklı yedinci maddesi uyarınca kölelik, kadın ve çocuklar başta olmak üzere, bir kişi üzerinde mülkiyet hakkına dayalı yetkilerin, insan ticareti de dahil olmak üzere, kullanılması demektir (A/CONF.183/9/ 1998). Değişik dönemlerde tanımlamalar yapılmış olsa da köleliğin ne olduğu ile ilgili olarak günümüzde üzerinde görüş birliği sağlanmış olan evrensel içerik 1926'dan beri değişmemiştir.

20 OHCHR (n 13) 7.

21 Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri- I.Kitap* (8th edn, Turhan 1999) 161-162; İrem Karakoç, 'Uluslararası Hukuka Emredici Kural (Jus Cogens=Peremptory Norms) Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım' (2006) 8(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 87, 90-93.

22 Elif Özer, *Kimse Duymaz, Türkiye'de İnsan Ticareti Mağdurları Üzerine Bir Araştırma* (Ayizi 2012) 23-24.

satılmaları yoluna gidilmiştir. Bazı yazarlar, beyaz kadın ticaretinin, İngiltere’de 1860’da yürürlüğe girmiş olan Bulaşıcı Hastalıklar Yasası’nın ilga edilmesine yönelik eylemlerde bulunan Ulusal Kadınlar Birliği’ne bir tepki olarak başlatıldığını ileri sürmektedir. Zira söz konusu Birlik, 1860 Yasası’nın anayasaya aykırı olduğunu, kadınlara aşağılayıcı muayeneler uygulandığı için ayrımcılık yarattığını; çocuklar ve fahişeler üzerinden ahlaki panik başlatılmaya çalışıldığını ifade ederek kadınlar üzerindeki güç kullanımının son bulmasını talep etmiş ve dikkat çekmiştir. Bir başka değerlendirmeye göre ise sömürgecilik faaliyetine girişen Avrupalı ülkelerin sayısı çoğalınca kadınlar, buhar çağı boyunca, toplu olarak askeri birliklerin ihtiyaçlarını karşılamak için onlarla birlikte savaş sahasına yollanarak fuhuşa zorlanmış, kadınlar üzerinden istismara dayalı ticaret uluslararası niteliğini bu şekilde kazanmıştır²³.

Söz konusu ticari faaliyetin hedefindeki kişiler, yaşları yetkili makamlarca hile ile büyük gösterilen çocuk yaştaki kadınlar olmaya başlayınca kadın ticaretinin yasaklanması yönünde gayri resmi delegasyonların hükümetler arası işbirliği çağrıları üzerine Londra’da uluslararası düzeyde bir toplantı yapılmasına karar verilmiştir. 1899 tarihli Kongre toplantısının neticesinde ortak arzunun, uluslararası bir sözleşme imzalamak olduğu açıklanmıştır. Sözleşme uyarınca devletler, kadınların ve kızların şiddet, hile, nüfuz kullanımı ya da kısıtlayıcı herhangi bir başka yöntem kullanılarak temin edilmesi, her türlü gayri ahlaki hayat tarzına sevk edilmesi veya mevcut gayri ahlaki durumlarını sürdürmeye zorlanmalarını suç sayarak bu suçun ağır ve eşit derecede cezalandırılacağı hususunu karşılıklı olarak taahhüt edecektir²⁴. 1902’ye gelindiğinde konu ile ilgili olarak bir uluslararası toplantı daha yapılmıştır. Toplantı çağrısı “beyaz kadın” ticaretinin önlenmesine yönelik işbirliği olduğu için bazı katılımcı temsilciler, “beyaz kadın” ifadesinin ırkçı olduğu değerlendirilmesinde bulunarak alınıp satılan kadınların renklerinin önemi olmadığını vurgulamışlardır. İrkçi vurgu sebebiyle yapılan eleştiriler bir tarafa bırakılacak olursa bu toplantıda ilk defa insan ticaretinden ne anlaşılması gerektiği hususu değerlendirilmiştir. Toplantı süresinde faaliyet gösteren alt komisyonlardan birisi olan yasama komisyonunca önerilen tanıma göre beyaz kadın ticareti, kadın ya da kızların, başkalarının tutkularını tatmin için temin edilmesi, kandırılması ya da yoldan çıkarılması suçudur. Suçun karakteristik unsuru sürekliliğidir. Suçu oluşturan ardışık eylemler sınır aşıcıdır, eylemlerde yer birliği yoktur. İnsan vücudu ticaridir ve ticaret aracı olarak kullanılmaktadır. İnsan tacirlerinin acenteleri, depoları, muhabirleri, ihracat ofisleri ve hatta kodları mevcuttur. Bu suçun işlendiği her yere adaletin eli uzanmalıdır²⁵.

1899 ve 1902 tarihli uluslararası toplantıların neticesinde akdedilen ilk uluslararası sözleşme 1904 tarihli “*Beyaz Kadın Ticaretinin Engellenmesi Sözleşmesi*”dir. Bu

23 Jean Allain, ‘White Slave Traffic in International Law’ (2017) 1(40) Journal Of Trafficking And Human Exploitation <https://www.uutgeverijparis.nl/scripts/read_article_pdf.php?id=1001296109> Erişim Tarihi 15 Eylül 2019.

24 Allain (n 23) 2.

25 ibid 7.

Sözleşme’de kadın ticaretinin tanımı yapılmamıştır. Sözleşme’nin özelliği mağdurların korunması hedefi ile daha çok kolluk kuvvet önlemlerine yer vermiş olmasıdır. Sözleşme mağdur kadınların ülkelerine geri dönmek istemeleri hâlinde onlara destek olmak üzere, insan ticareti ile ilgili bilgilerin koordinasyonundan sorumlu bir makam tahsis edilmesini öngörmektedir (m.1-2). Sözleşme, ayrıca, geri dönüşle ilgili masrafların devletler tarafından karşılanacağı hususunu hüküm altına almaktadır (m.3-4). Türkiye bu Sözleşme’yi Lozan Antlaşması ile birlikte kabul edip usulüne uygun şekilde onaylamıştır (Lozan Barış Anlaşması m.100/5).

İnsan ticaretinin önlenbilmesine yönelik faaliyetlerin etkinleşebilmesi insan ticaretinin ne olduğuna ilişkin içeriğin somutlaştırılması ile mümkün olacağı tezinden hareketle 1910 yılına gelindiğinde 1904 tarihli Beyaz Kadın Ticaretinin Engellenmesi Sözleşmesi’nin birinci ve ikinci maddelerinin yetersiz kaldığı değerlendirilmeye başlanmıştır. Almanya’nın Paris Büyükelçisi’nin Fransız Dış İşleri Bakanlığı’na yazdığı mektupla Avrupalı Devletlerin aynı istek ve anlayışla bir kez daha Paris’te bir araya gelmeleri gerektiği ifade edilmiştir. Toplantı çağrısının sebebi, müstehcen yayınlardaki artıştır zira kadın bedeni, bu kez de yayım yolu ile bir ticari faaliyetin konusu olarak kullanılmaktadır²⁶.

1910 tarihli toplantıda iki konu üzerinde durulmuştur. Bunlardan ilki insan ticareti suçu ile aktif mücadelede devletlerarası işbirliğinin usul ve esaslarının net olarak belirlenmesi; ikincisi ise yaş meselesi üzerinde uzlaşılmasıdır. Devletlerarası işbirliğinin usul ve esaslarının belirlenmesine yönelik olarak hakimlerin birbirleri ile doğrudan ya da diplomatik kanalların kullanılması yolu ile iletişim kurmaları; yaş konusunda ise ehliyet vasıflandırmasının devletlerin iç hukuklarına bırakılması gerektiği, üst ya da alt sınır getirmenin yeterli korumayı sağlayıp sağlamayacağı ve hükmün lafzi ifadesindeki dilbilgisi ve noktalama işaretlerinin doğruluğu tartışmalarına rağmen “kadın ve 20 yaşın altındaki kızlar” tanımlaması üzerinde görüş birliği sağlanmış; daha fazla koruma için daha ileri bir yaşın devletlerce belirlenebileceği kabul edilmiştir²⁷. 1910 tarihli Sözleşme’de insan ticareti suçunun kavramsal unsurları ilk defa yer almakla birlikte bu Sözleşme’de de insan ticaretinden ne anlaşılması gerektiği tanımlanmamıştır. Özetle bu Sözleşme ile insan ticareti mağdurunun cebir, tehdit, hile veya nüfuzun kullanılması yolu ile elde edilen rızası ve yirmi yaşın altında olan kızların rızasını geçersiz sayılmıştır²⁸. Türkiye bu Sözleşme’yi Lozan Antlaşması ile birlikte kabul edip usulüne uygun şekilde onaylamıştır (Lozan Barış Anlaşması m.100/5).

Birinci Dünya Savaşı’nın ardından Milletler Cemiyeti bünyesinde 1921 tarihli “*Kadın ve Çocuk Ticaretinin Men’ine Dair Uluslararası Sözleşme*” imzalanmıştır.

26 ibid 18.

27 Allain (n 23) 21.

28 Kadın Dayanışma Vakfı, *İnsan Ticareti İle Mücadelede Sivil Toplum Kuruluşları ve Yerel Yönetimlerin Farkındalığının Artırılması Projesi* (2010) 21.

İnsan ticaretinden ne anlaşılması gerektiği tanımlanmamış olmakla birlikte 1910 tarihli Sözleşme ile belirlenen kavramsal unsurlar tekrarlanmıştır. 1921 tarihli Sözleşme'nin 1910 tarihli Sözleşme'den farklı olan noktaları 1910 tarihli Sözleşme'de geçen "yirmi yaş" sınırının "yirmi bir yaş"a yükseltilmesi (m.5); sadece kadınların değil kız ve erkek çocukların da insan ticareti suçunun öznesi olabileceğini kabul etmesi (m.6) ile teşebbüsün ve iştirakin de cezalandırılacak olduğunun ifade edilmesidir (m.3)²⁹. Türkiye bu Sözleşme'yi Lozan Antlaşması ile birlikte kabul edip usulüne uygun şekilde onaylamıştır (Lozan Barış Antlaşması m.100/5).

1933 yılında konu ile ilgili bir başka uluslararası belge, "*Tüm Yaşlarda Kadın Ticaretinin Yasaklanmasına Dair Uluslararası Sözleşme*" akdedilmiştir³⁰. Sözleşme'nin amacı, bundan önceki Sözleşmeleri tamamlayarak kadın ve çocuk ticaretinin kesinlikle önlenmesini sağlamaktır (Giriş paragrafı). Bu amaç doğrultusunda, insan ticareti suçunun tanımı yine yapılmamış olmakla birlikte, bir başkasının arzularını tatmin etmek amacı ile reşit bir kadın veya kızı, kendi iradesi ile olsa bile, bir başka ülkede fuhuş amacı ile kullanmanın, kişiyi bu amaçla bir başka ülkeye sürüklemenin veya baştan çıkarmanın cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır (m.1).

İnsan ticaretinin kısmi olarak tanımlaması ilk defa 1949 tarihli "*İnsan Ticaretinin ve İnsanların Fuhuş Yoluyla Sömürülmesinin Yasaklanmasına Dair Uluslararası Sözleşme*" ile yapılmıştır. Sözleşme'nin ön sözünde fuhuş amacıyla yapılan ticaretin, insan onuru ve değeri ile bağdaşmadığı ve bireyin, ailenin ve toplumun refahını tehlikeye attığı ifade edilerek insan ticaretinin yalnızca fuhuş amacıyla yapılabileceği belirtilmiştir. Buna karşılık fuhuştan ve sömürüden ne anlaşılması gerektiğine değinilmemiştir. Sözleşme'nin birinci maddesi uyarınca taraf devletler, başkalarının arzularını tatmin etmek amacıyla bir başka insanı, bu insanın rızası dahilinde olsa dahi, fuhuş için temin eden, kandıran veya ayartan ya da bir başka insanın fuhuş yapmasını, bu insanın rızası dahilinde olsa dahi, istismar eden herkesi; ikinci maddesi uyarınca ise genelev sahibi olan/işleten ya da bilerek genelev finanse eden yahut geneleve finansman sağlanmasına iştirak eden veya fuhuş yaptırmak amacıyla bir bina ya da başka bir yer yahut bunların bir bölümünü bilerek veren/kiralayan herkesi cezalandırmayı kabul etmektedir. Sözleşme'de, mağdurun cinsiyeti veya insan ticaretinin oluşması için sınırların geçilmesi gereği düzenlenmemiştir. 1949 tarihli Sözleşme ile insan ticaretinin ne olduğuna ilişkin sınırlı tanım yapılmış olduğu kabul edilmekle birlikte insan ticareti yasağına uygun hareket edilip edilmediğini denetleyecek mekanizmalar düzenlenmediği için Sözleşme'nin uygulaması taraf devletler nezdinde zayıf kalmıştır³¹.

29 Olgun Değirmenci, 'Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu' (2006) 67 TBB Dergisi 57, 65.

30 Reşit Kadın Ticaretinin Men'i Hakkında 11 Teşrinievvel 1933 De Cenevre'de İmzalanan Beynelmilel Mukavelenin Tasdikine Dair Kanun, Kanun Numarası: 2693, Kabul Tarihi: 15.04.1935, RG 22.04.1935/2984.

31 Deniz Kızılsümer, 'İnsan Ticareti İle Mücadele: Uluslararası Belgeler ve Türkiye'nin Çabaları' (2007) 62(1) Ankara Üniversitesi SBF 113, 116.

İnsan ticaretinin, bağlayıcılığı uluslararası düzeyde onanmış tanımı, 12-13 Aralık 2000 tarihlerinde Palermo’da düzenlenen Birleşmiş Milletler konferansında kabul edilen “*Sınır Aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol*”³² yapılmıştır. Protokol’ün amacı, insan ticaretini, özellikle kadın ve çocuk ticaretini önlemek; kaynak, transit ve hedef ülkelerdeki insan tacirlerinin cezalandırılmasını sağlamak ve bu ticaretin mağdurlarının insan haklarını korumaktır. Bu amaç doğrultusunda devletler, konuya ilişkin olarak daha önce akdedilmiş olan uluslararası belgelerin yetersizliğini kabul ederek kadın ve çocuklara özel önem verip, insan ticaretini önlemeyi; insan ticareti ile mücadele etmeyi; insan ticareti mağdurlarının insan haklarına bütünüyle saygı göstererek haklarını korumayı, onlara yardım etmeyi ve işbirliği geliştirmeyi birbirlerine taahhüt etmişlerdir (m.2).

Protokol’ün üçüncü maddesi uyarınca insan ticareti, kuvvet kullanarak veya kuvvet kullanma tehdidi ile veya diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma kişinin çaresizliğinden yararlanma veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlama yoluyla kişilerin istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınması anlamına gelmektedir.

Protokol’ün üçüncü maddesinde “istismar” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususuna da netlik kazandırılmıştır. Buna göre istismar, asgari olarak, başkalarının fuhuşunun sömürülmesi veya cinsel sömürünün başka biçimlerini, zorla çalıştırmayı ya da hizmet ettirmeyi, esareti veya esaret benzeri uygulamaları, kulluğu ya da organların alınmasını içeren bir eylemdir (m.3/a).

Protokol’ün üçüncü maddesinde ayrıca, (a) bendinde sayılan eylemlerden birini içermese dahi on sekiz yaşın altındaki her bireyin, çocuk kabul edilerek, istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınmasının da insan ticareti olarak kabul edileceği ifade edilmiştir (m.3/c).

İnsan ticaretinin Palermo Protokolü ile yapılan tanımı, 16 Mayıs 2005 tarihinde Varşova’da akdedilen “*Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi*” ile genişletilmiştir³³. Bu Sözleşme ile özellikle insan ticareti ile mücadeledeki tüm faaliyet ve girişimlerin ayrımcı olmaması (m.3), toplumsal cinsiyet eşitliği ve çocuk haklarına ilişkin evrensel yaklaşımın dikkate alınması gerekliliği vurgulanmıştır (m.1). Söz konusu perspektife dayalı olarak insan ticareti, kuvvet kullanarak veya kuvvet

32 Sınır Aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın Ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına Ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 4804, Kabul Tarihi: 30.01.2003, RG 04.02.2003/25015

33 Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kanunun Numarası: 6667, Kabul Tarihi: 30.01.2016, RG 07.04.2016/29677.

kullanma tehdidi ile ya da diğer zorlama biçimleri ile kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma veya kişinin çaresizliğinden yararlanma yahut başkası üzerinde denetimi olan kişilerin rızasını elde etmek için kazanç veya çıkar sağlanması yolu ile kişilerin istismar amaçlı tedarik edilmesi, nakli, sevk edilmesi, barındırılması veya teslim alınmasıdır (m.4/a).

Sözleşme'nin hazırlık aşamasında insan ticareti kavramının içeriksel genişletilmesi ile ilgili olarak, özellikle işe alım referansları bakımından, yeni bilgi teknolojilerinin de değerlendirilmesi hususu tartışılmış ancak konunun insan ticaretini ilgilendiren yönüne *Siber Suçlar Konvansiyonu*'nun (ETS No:185) uygulanabilir olması sebebiyle insan ticareti tanımının Sözleşme'nin mevcut hâlindeki gibi kalmasına karar verilmiştir (Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu prg.79).

Sözleşme'de, Palermo Protokolü'ne eş düzenleme ile, istismar, asgari olarak, başkalarının fuhuşunun sömürülmesi veya cinsel sömürünün başka biçimlerini, zorla çalıştırmayı ya da hizmet ettirmeyi, esareti veya esaret benzeri uygulamaları, kulluğu ya da organların alınmasını içeren bir eylem olarak tanımlanmış (m.4/a); benzer şekilde dördüncü maddenin (a) bendinde sayılan eylemlerden birini içermese dahi on sekiz yaşın altındaki her bireyin, çocuk kabul edilerek, istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınmasının da insan ticareti olarak kabul edileceği ifade edilmiştir (m.4/c-d).

İnsan ticaretinden ne anlaşılması gerektiği ile ilgili olarak, gerek Palermo Protokolü gerekse Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi'nin özü ile uyumlu³⁴ ve fakat içeriksel olarak çok daha kapsamlı tanım, Avrupa Konseyi'nin Europol Sözleşmesi'nin yerini alan 2009/371 sayılı karar eki (c) bendinde yer almıştır. Buna göre insan ticareti, sömürü amacı ile kişinin tehdit, güç kullanımı ya da diğer zorlama türleri ile; hile, aldatma, gücün veya zafiyet durumunun suistimali ile; bir başka kişi üzerinde kontrol sahibi olan kişinin rızasını elde etmek için ödemeler veya menfaat temin etmek ya da almak yolu ile işe alımı, nakli, transferi, barınması veya alınması anlamına gelmektedir. İstismar, asgari olarak diğerlerinin fuhuşunun sömürüsünü veya cinsel sömürünün diğer türlerini, çocuk pornografisi materyalinin üretimini, satışını veya dağıtımını; zorla çalıştırılmayı ya da hizmet ettirilmeyi; köleliği veya köleliğe benzer uygulamaları; kulluğu ya da organların çıkarılmasını içermektedir. 2009/371 sayılı Konsey kararı, 2016/794 sayılı karar ile ilga edilmiş ve bu kararda insan ticaretinin tanımına yer verilmemiştir.

Bir başka tanım, İnsan Ticareti İle Mücadele Çerçeve Kararı'nın yerini alan 2011/36 sayılı Konsey Direktif'inin ikinci maddesinde yapılmıştır³⁵. Buna göre insan ticareti,

34 İlke Göçmen, 'Bir Temel Hak Olarak İnsan Ticareti Yaşığı: Avrupa Özelinde Bir İnceleme' (2014) 34(1) MHB 1,14.

35 Directive 2011/36/EU Of The European Parliament And Of The Council Of 5 April 2011 On Preventing And Combating Trafficking In Human Beings And Protecting Its Victims, And Replacing Council Framework Decision [2011] OJ L 101/1, Official Journal Of The European Union 15.04.2011 < [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ EN/ TXT/ PDF/ ?uri=CELEX:32011L0036&from=en](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0036&from=en) > Erişim Tarihi 05.04.2020.

sömürü amacı ile kişinin tehdit, güç kullanımı ya da diğer zorlama türleri ile; hile, aldatma, gücün veya zafiyet durumunun suistimali ile; bir başka kişi üzerinde kontrol sahibi olan kişinin rızasını elde etmek için ödemeler veya menfaat temin etmek ya da almak yolu ile, kişi üzerindeki kontrolün değişimi veya transferi de dahil, işe alımı, nakli, transferi, barınması veya alınması anlamına gelmektedir. İstismar, asgari olarak diğerlerinin fuhuşunun sömürsünü veya cinsel sömürünün diğer türlerini, dilenme de dahil zorla çalıştırılmayı ya da hizmet ettirilmeyi; köleliği veya köleliğe benzer uygulamaları; kulluğu veya suç eylemlerinin sömürsünü ya da organların çıkarılmasını içermektedir³⁶.

İnsan ticareti, Anayasa’da tanımlanmamış ve yasaklanmamış olsa da bu tür bir konunun anayasal koruma dışında bırakılması düşünülemeyeceğinden ve insan ticaretinin temeli sayılan köleliğin, kişinin maddi ve manevi varlığına açık müdahale olmasından hareketle insan ticareti kavramının, Anayasa’nın 17, 18 ve 19. maddeleri kapsamında kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁷.

İnsan ticaretinin, suç vasfı konularak iç hukukumuzda tanımı, Türk Ceza Kanunu’nun³⁸ 80.maddesinde yapılmıştır. Buna göre insan ticareti, “*kişilerin, zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya üzerlerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle ülkeye sokulması, ülke dışına çıkarılması, tedarik edilmesi, kaçırılması, bir yerden başka bir yere götürülmesi veya sevk edilmesi ya da barındırılmasıdır*”.

Tüm bu tanımlamaların ışığında, insan ticaretinden bahsedebilmek için üç temel unsurun, fiil-araç-istismar, bir araya gelmesi gerektiği anlaşılmaktadır. İnsanların temin edilmesi, nakledilmesi, barındırılması, çalıştırılması ya da tâbi kılınması fiil unsurunun; hile, tehdit, zorlama, şiddet, nüfuzu kötüye kullanma araç unsurunun; fuhuş, zorla hizmet ettirme, çalıştırma, esaret ya da kulluk ise istismar unsurunun bileşenlerini oluşturmaktadır. Bu özellikleri sebebiyle insan ticaretinin, göçmen kaçakçılığından ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu’nda, Palermo Protokolü ile insan ticaretinin tanımının yapılmasının bu açıdan önemli olduğu belirtilmektedir. Zira göçmen kaçakçılığında esas olarak göçmenin rızası söz konusudur ve istismar amacı yoktur³⁹. İnsan ticareti,

36 Göçmen (n 34) 14.

37 Nuray Ekşi, ‘İnsan Ticareti Mağduru Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Çalışma Hakları’ (2012) 119(10) Legal Hukuk Dergisi 57, 59; Karan (n 17) 428; Göçmen (n 34) 18.

38 Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.9.2004, RG 12.10.2004/25611.

39 Doktrindeki bir görüşe göre insan ticareti suçu ile göçmen kaçakçılığı suçu arasında gri bir alan mevcuttur. Buna göre; kendisine çalışma koşulları ve iş usulleri hakkında yanıltıcı ve açık olmayan bilgiler verilen göçmenlerin istismarı bu gri alanda değerlendirilmektedir. Değirmenci (n.29) 60; Diğer bir görüşe göre ise insan ticaretinde tacir, başlangıçtan itibaren istismar ettiği kurbanla arasındaki ilişkinin sürekli olmasını istemekte ve mağdurla ilişkilerini bu şekilde geliştirmektedir. Oysa göçmen kaçakçılığında, tacirlerle kurban arasındaki istismar ilişkisi, kişinin göçmenin girmek istediği ülkeye yasadışı yolla girdiği veya çıkmak istediği ülkeden çıktığı anda sona ermektedir. Çetin Arslan, ‘İnsan Ticareti Suçu (TCK m.201/b) (2004) 53(4) AÜHFD 19, 26.

kişiyeye karşı işlenen ve ağır insan hakları ihlallerine yol açan bir suçken göçmen kaçakçılığı devlet aleyhine işlenen bir suç söz konusudur, eylem niteliği itibariyle her zaman sınır aşıcıdır ve yasadışı göçmen ile suç örgütü arasındaki ilişki çoğu zaman sınırın yasa dışı yollarla geçilmesi ile sona ermektedir (prg.7).

B. İnsan Ticaretinin Sebepleri

İnsan ticareti ile mücadele konusundaki kararlılık ve bu yönde yürütülen uluslararası işbirliğine rağmen insanın, ticaret ögesi olmaktan bir türlü çıkarılamaması ikiliğinin sebebi, aciz insanın düşük risk görülüp üzerinden yüksek kâr elde edilmesinin dünya genelinde sistemli şekilde başarılmasıdır. Bu bağlamda insan ticareti, arz ve talep ilkelerini esas alan yüksek ekonomik getirili bir suçtur ve hem kaynak hem de varış ülkelerinde çok sayıda itici ve çekici faktörün sömürülmesine dayanmaktadır. İtici faktörler, kaynak ülkelerden; çekici faktörler ise hedef ülkelerden beslenmektedir⁴⁰.

Kaynak ülkelerde genellikle var olan siyasi, toplumsal ve ekonomik istikrarsızlıklar, günlük yaşamı sürerken her an buna maruz kalan toplum bireylerinde çaresizlik duygusunu yoğunlaştırmakta, onları söz konusu durum ve duyguyu terk etmeye yöneltmektedir. Bu gibi ülkelerde aile ya da çalışma hayatında kendini gösteren zorluklar, baskıcı-ayrımcı uygulamalar da yer değiştirme ihtiyacına sebep olmaktadır⁴¹. Özellikle toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin üst seviyede varlık gösterdiği ülkelerde, kız çocukları ve kadınlar, daha fazla oranda insan ticaretine alet edilmektedir⁴². Kız çocukları, eğitim olanaklarına ulaşamadıkları için doğru işleri tutarak kendilerini ekonomik anlamda kalkındıramadığında bağımlı ve istismara açık hâle gelmekte; kadınlar, eğitimlerinden bağımsız olarak düşük ücretli işlerde çalışmak mecburiyetinde kalmaktadır. Erkek çocuklarının, ticarete konu edilmelerindeki kolaylık ise aileleri tarafından geçim kaynağı olarak görülmeleri ya da silahlı çatışmada kullanılmalarından ileri gelmektedir⁴³.

Varış ülkelerindeki yaşama koşulları çekici faktörleri oluşturmakta; sömürüye açık, kayıt dışı sektörlerde, özellikle hizmet sektöründe artan talep, insan ticaretini beslemektedir. Kaynak ülkede var olan siyasi, toplumsal ve ekonomik istikrarsızlıkların aksine hedef ülkelerdeki siyasi belirlilik, toplumsal yaşamda eşitlik, istikrarlı ekonomi, daha iyi iş fırsatları ve sosyal güvenlik refahı göç eden kişiler bakımından ümit etmek ve yeni bir yaşam kurmayı denemek için yeterli sebepleri oluşturmaktadır⁴⁴.

Kayıt dışı sektörde ucuz işgücü olarak vasıfsız işçi talebi yüksek olmaktadır. Yerli işçiler, vasıfsız ve düşük kazançlı işlerden vazgeçmeye yönelmişse ev hizmetleri,

40 Fahriye Öztürk and Hakan Naim Ardor, 'Suç Sanayinin Bir Alanı İnsan Ticareti: Türkiye Açısından Bir Değerlendirme' (2007) 18(62) Ekonomik Yaklaşım 79, 84; Dündar and Özer, (n 4) 10.

41 Öztürk and Ardor (n 40) 84.

42 UNODC, 'Global Report On Trafficking In Persons' (2016) <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf> Erişim Tarihi 21 Eylül 2019.

43 Dündar and Özer (n 4) ; UNDOC Global Report (n 37) 5-8.

44 Dündar and Özer (n 4)10.

tarım veya eğlence sektörleri gibi mesleklerde işçi talebi, yaygın olarak göçmen işçiler üzerinden karşılanmaktadır. İşçilerin örgütlenmesi, çalışma standartlarının tanımlanması veya yürütülmesi giderek zorlaştığından bu tür emek ucuz, harcanabilir ve istismar edilebilir hâle gelmektedir⁴⁵.

IV. İnsan Ticareti Mağdurunun Tespiti

İnsan ticaretinin, evrensel kabul gören bugünkü tanımına geç ulaşılmamasının sebeplerinden birisi, mağduriyetin ne olduğunun belirlenmesindeki bakış açısı farklılıkları olarak işaret edilebilir. Mağdurun tanımlanmasında fabrika, tarla, inşaat, ev içi hizmete zorlama gibi emek sömürülerine maruz kalmış kişiler bakımından mutabakata varılabilmekte iken cinsel sömürü söz konusu olduğunda, fuhuşu kavramsallaştırmaktaki nüanslara göre mağdur tanımı da değişmektedir. Konuya ilişkin ikilem, fuhuşun, kadın cinselliğinin, erkek tarafından satın alınabilir olması bağlamında kadına yönelmiş en ağır şiddet olarak kabul edilerek, bu eylemin öznesi olarak kullanılmış her kadının mağdur sayılması ile “rıza” faktörü göz önünde bulundurularak eyleme razı kadınların ayrı tutulması görüşleri arasında yaşanmaktadır⁴⁶.

İnsan ticareti dünyada, genellikle fuhuş ile ilişkilendirildiğinden, insan ticareti olaylarında mağdur olarak daha çok kadınlar ve çocuklar yer almaktadır⁴⁷.

Kadınlar, ev hizmetlerinde yararlanılmak, bakıcılık yaptırılmak, sanayi ya da tarım işçisi olarak kullanılmak, mankenlik, dansçılık gibi eğlence sektöründe çalıştırılmak üzere vaatlerde bulunularak kaçırılmakta, daha sonra borçlandırılarak, zorla, fuhuş bataklığına sürüklenmektedir. Bu kadınlar, pasaportlarına el konularak, yabancı oldukları bir ülkede çaresiz konuma düşürülmektedir; zira pasaportları olmaksızın ülkelerine geri dönebilmeleri için konsolosluklarına başvuru seyahat belgesi çıkarmaları ve idari süreci beklemeleri gerekmektedir. Geçen zaman mağduriyeti çoğaltan bir etkiye sahiptir çünkü bu süre zarfında, sağlıklı ortamlarda, insan haysiyetini rencide etmenin ötesinde psikolojik arazlara yol açacak muamelelere uğratılarak yaşamaya

45 ibid 10.

46 Özer (n 22) 32. Fuhuşu, seks işi olarak gören düzenlemeci yaklaşım ile fuhuşun kadın haklarına bir saldırı ve toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin bir sonucu olarak gören ilgacı yaklaşım temsilcilerinin taraf olduğu tartışmaların neticesinde Hollanda'nın önerisi ile 1995 yılında gerçekleştirilen Birleşmiş Milletler Pekin Konferansı'nda fuhuş tanımında “zorunlu” ve “gönüllü” ayrımı yapılmıştır. Fuhuşun gönüllü olarak yapılabilecek bir iş olarak kabulü, fuhuşa zorlanmanın tanımlanması lüzumunu da doğurmuş ve fuhuş kavramına bakıştaki bu değişiklik, insan ticaretinin kavramsallaşmasını da etkilemiştir. Emel Coşkun, *İnsan/Kadın Ticareti ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliği, Haritalama ve Eleme Çalışması* (1st edn, CEİD Yayınları 2018) 30.

47 Bu husus istatistiklere şu şekilde yansımıştır. Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi'nin 2016'da yayımladığı rapora göre küresel olarak tespit edilen insan ticareti mağdurlarının %51'ini kadınlar, %28'ini çocuklar ve %21'ini erkekler oluşturmaktadır. Kadınların %72'si fuhuş sektöründe mağdur edilirken, erkeklerin %85'i zorla çalıştırma yoluyla insan ticareti mağduru edilmektedir. Tacirlerin %63'ünü erkekler ve %37'sini kadınlar oluşturmaktadır. Mağdurların %43'ü ulusal sınırlar içinde mağdur edilen ülke vatandaşlarıdır. UNDOC Global Report (n 37) 6-12. 2018'de yayımlanan rapora göre ise insan ticareti mağdurlarının %49'nu kadınlar, %30'unu çocuklar ve %21'ni erkekler oluşturmaktadır. Mağdurların %59'u cinsel sömürü yolu ile %34'ü ise zorla çalıştırılma yolu ile insan ticaretine konu edinilmektedir. Cinsel sömürü yolu ile mağduriyet %87 ile Orta Amerika ve Karayipler'de, %71 ile Kuzey Amerika'da, %70 ile Güneydoğu Avrupa'da, %28 ile Kuzey Afrika'da, %18 ile Doğu Afrika'da görülmektedir. Zorunlu çalıştırma yolu ile mağduriyet ise %83 ile Güney Afrika, %82 ile Doğu Afrika, %66 ile Körfez ülkeleri, %5 ile Orta Amerika ve Karayipler, %3 ile Kuzey Afrika'da görülmektedir. UNODC, 'Global Report On Trafficking In Persons' (2018) <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTIP_2018_BOOK_web_small.pdf> Erişim Tarihi 21 Eylül 2019.

zorlanmaktadır. Buldukları ülkede bürokratik işlemlerin yürütüldüğü süreç boyunca kişisel bilgileri dolaşımında olduğu için gizlilikleri ihlal edilmekte; muhafazakâr büyük aileler, mağdur kadını beklerken geçen süreyi anlamlandıramayıp baskıcı yargılarla algı oluşturup kadınları çıkmaza doğru sürüklemektedir⁴⁸.

İnsan ticaretinin emek sömürüsüne uğrayan mağdurları, koşulları ne olursa olsun, çalışmaya gönüllü kişilerdir; çünkü terk ettikleri ülkelerinde hayata tutunmalarını sağlayacak olumlu koşullar, düzenli iş fırsatları bulunmamaktadır. Bu kategorideki mağdurların pek çoğu kalabalık aile mensubu olup diğer aile bireylerinin geçiminden sorumludurlar; dolayısıyla bakmak zorunda oldukları ailelerinin tek dayanağı konumundadırlar. Buldukları ülkenin dilini iyi derecede konuşamamanın yarattığı elverişsizlik içinde iş şartlarını müzakere güçleri bulunmadığından ağır şartlarda çalışmayı kabul etmektedirler. Emek sömürüsüne uğrayan mağdurlar, iş piyasalarının ucuz işgücünü oluşturmakta, yerli işçilerin çalışmayacakları düşük ücretlerle, çok fazla mesai yapmaya zorlanarak, iş güvenliği maliyetlerine ihtiyaç duyulmayan ortamlarda çalıştırılmaktadırlar. Çoğunlukla gönüllü kaçak işçi pozisyonunda olmalarından dolayı, ücretlerini ya eksik almakta ya da hiç alamamaktadırlar⁴⁹.

Çocuklar, insan ticareti mağduru olan diğer bir grubu oluşturmaktadır. Çocuğun cinsel sömürüsü, çocuğun kendisine ya da üçüncü bir kişiye yapılan nakdi ya da aynı ödeme karşılığında yetişkin tarafından istismara bırakılması durumudur. Cinsel istismar, dokunma, ilişki kurma, ırza geçme gibi bedensel temas içeren ya da sözel sarkıntılık, teşhir, gözetleme gibi bedensel temas içermeyen istismar biçiminde ikiye ayrılmaktadır. Burada amaç yetişkinlerin cinsel doyumlarını çocuk üzerinden sağlamalarıdır. Bilhassa cinsel deneyim yaşamamış olmak, çocuk ticaretinde kârlılığı artıran bir özellik olarak görülmektedir. Kaçırılan çocuklar, çocuk pornografisinin başrol oyuncularını olarak kullanılmaları yanında internet teknolojisi vasıtasıyla, bu tarz pornografi bağımlılarının hizmetine sunulmaktadırlar⁵⁰.

48 Hüdayi Sayın, 'Modern Kölelik Olarak Meta-Göçmen İnsan Ticareti Üzerine Kavramsal Bir İnceleme' (2018) 2(2) BÜİFDH 79, 86; Özer (n 22) 82.

49 Özer (n 22) 88-90.

50 Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku- Çocukların Hakları ve Korunması* (3rd edn, Pegem Akademi 2013) 479; Sayın (n 48) 87. Cinsiyete dayalı bir zulüm çeşidi olarak zorla fuhuş yaptırmaya ya da cinsel sömürüye yönelik insan ticareti eylemleri, bazı münferit dosyalarda kadın ve reşit olmayan çocukların mülteci statüsü elde edebilmelerine olanak sağlamaktadır. Kadınların ya da çocukların kandırılarak veya zorla alınıklararak fuhuşa mecbur bırakılmaları toplumsal cinsiyete dayalı bir şiddet türü olarak kabul edilmektedir. Toplumsal cinsiyete dayalı zulüm hâllerinin zamanla giderek artmasına bağlı olarak uluslararası alanda bu konunun mülteci statüsü içinde değerlendirilmesine ilişkin bir gereklilik doğmuştur. Anılan ilgi ile ilk defa 1985 yılında Birleşmiş Milletler' in 39 sayılı Yürütme Kurulu Kararı'nda kadın ve/veya kız çocuklarından oluşan sığınmacıların hassas durumları sebebiyle fiziksel şiddete, cinsel istismara ve ayrımcılığa maruz kaldıkları belirlenerek konu ile ilgili olarak devletlerin Birleşmiş Milletler ile eşgüdümlü çalışma yürütmeleri ihtiyacı ifade edilmiştir. İnsan ticareti unsurunun bulunduğu mültecilik başvurularında en zor konu, Cenevre Sözleşmesi'ndeki mültecilik statüsünün belirlenmesinde aranılan ırk, din, tabiiyet, belli bir toplumsal gruba mensubiyet veya siyasi düşünce nedenlerinden birine dayalı olarak zulüm korkusu taşıdığından ortaya konmasıdır. Bülent Çiçekli, *Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar*, (1st edn, Seçkin 2009) 59-60; Öztürk (n 5) 284-285. Çünkü toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılık konusuna insan hakları sözleşmelerinde yer verilmiş olmasına karşılık Cenevre Sözleşmesi'nin 1(A2) maddesinde sayılı zulüm nedenleri arasında toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılıktan bahsedilmemektedir. Bu bakımdan insan ticareti mağduru kadın ve/veya çocukların mültecilik statüsü başvurularında mağduriyet durumunu yaratan somut durum göstergelerinin zulüm korkusu içerip içermediğinin yorumuna dayanmaktadır. Tarihsel açıta mülteci tanımının erkeklerin deneyimlerine göre belirlendiği; kadınların ve homoseksüellerin şikayetlerinin dinlenilmediği göz önünde bulundurulduğunda insan hakları hukukunun gelişiminin yavaş seyretmesini açıklanabilmektedir. Cinsel kimlik özel olarak mülteci tanımında yer almamakla birlikte bu sebeple zulmün çeşitlendiği ve büyük acılar çekildiği kabul edilmektedir. Işıl Özkan, *Göç, İltica ve Sığınma Hukuku* (1st edn, Seçkin 2013) 100.

Ekonomik olarak geri kalmış ya da savaş süren ülkelerde yaşayan ebeveynler çocuklarına daha iyi gelecek sağlamak gayesi ile rızaları alınarak, çocuklarını satmaya ikna edilmektedir. Aileler, bu ticaretten, bir miktar gelir elde ederken, çocuk tacirleri müşterilerinin bulunduğu ülkelere göre çok daha yüksek kâr ve imtiyazlar elde etmektedir. Çocuk ticaretinin bir başka boyutu, çocuğu olmayan ailelere evlat temin etmek oluşturmaktadır. Hukuki yollardan evlat edinemeyen aileler, kaçırılan ya da ailelerinin rızası ile edinilen çocukları satın alarak evlat sahibi olmak istemekte, çocuk tacirleri bu marifetle yüksek gelir elde etmektedir. Çocukların, dilendirilmeleri, ağır koşullarda çalıştırılmaları, asker olarak yetiştirilerek suç örgütlerine temin edilmeleri ya da evlendirilmeleri, çocuk üzerinden girilen ticari eylemlerin diğer örneklerini oluşturmaktadır⁵¹.

İnsan ticareti mağduru sayılan son kişi grubu organ nakline zorlanan kişilerden oluşmaktadır. Tıp teknolojisinde yaşanan gelişmelere bağlı olarak organların, canlı ya da ölü kişilerden, nakledilmesi kolaylaşmıştır. Buna karşılık organ nakli bekleyen hasta sayısı, nakledilecek organ sayısından fazla olduğu için bir çeşit organ kara borsasının mevcudiyetinden bahsetmek de mümkündür. Bu durum yasal olmayan organ ticaretini teşvik etmekte, suç örgütlerini bu alana yönlendirmektedir. Organ için beklemek istemeyen ve yeterli ekonomik güce sahip kişiler, suç örgütlerini kullanmakta, organ tacirlerinin müşterileri olmaktadır. Talep yönünü zengin hastaların oluşturduğu organ ticaretinin, arz yönünü ise yoksulluk ve yoksunluktan ötürü organını satmaktan başka çaresi olmayan kişiler oluşturmaktadır. Bu arz-talep dengesine insan tacirleri aracı olmakta, büyük kârlarla organ satışında bulunmaktadırlar. Arz yönünde kârlılığın artması, insan tacirlerine cesaret vermekte, başlangıçta çaresizliğin kullanılarak, mağduru rızası alınarak yapılan organ nakli, kaçırma ve zorla organ alma, çalma boyutlarına vardırılabilmektedir⁵².

İnsan ticareti mağdurları, çoğu zaman buldukları ülkelerin yetkili makamlarınca yasadışı göçmen ya da suçlu olarak nitelenmekte; çeşitli zamanlarda yürütülen operasyonlarla mağdurlara ulaşılmakta ancak insan tacirleri hakkında tanıklık etmelerine dahi fırsat verilmeden sınır dışı edilerek; ülkeye girişleri belli sürelerle yasaklanmaktadır. Hatta mağdurların bilgileri dışında düzenlenen sahte evraklar sebebiyle fuhuşla ilgili suçlardan mahkumiyetlerine karar verildiği tespit edilmektedir. Hâlbuki insan ticareti ile mücadelede insan ticareti mağdurlarının cezalandırılması değil; rehabilite edilmesi, topluma kazandırılması ve bunların tanıklıkları, yardımları ile insan ticareti yapan suç örgütlerinin çökertilmesi amaçlanmalıdır⁵³. Bir diğer ifade ile mağduriyet süreci tacirin oluşturduğu ve sınırlarını belirlediği sömürü bağlamında gerçekleşmemeli; devletler,

51 Akyüz (n 50) 446-452; Sayın (n 48) 88.

52 Sayın (n 48) 89.

53 Kızılsümer (n 31) 129.

cinsiyet, dil, din, vatandaşlık, etnisite gibi ayrımları gözetmeksizin mağdurları söz konusu sömürü çemberinden kurtaracak yapıları kurmalı ve uygulamalıdır⁵⁴.

Türkiye’de “mağdur” ifadesi, insan ticareti mağduru hem kadınları nitelendirmek için kullanılan resmi dile referans vermekte hem de göç eden kadınlara atfedilen kırılğan ve savunmasız pozisyona gönderme yapmaktadır. Türkiye’de kayıtlara geçmiş vakalar arasından en yaygın görülen insan ticareti biçimi fuhuşa zorlamadır; ilk örneklerini, Sovyetler Birliği’nin dağılmasının ardından iş bulmak için Türkiye’ye göç eden kadınlar oluşturmaktadır. Zaman içinde bu durum, Suriye gibi siyasi anlamda karışık, savaş geçiren ülkelerden kaçan kişilerin umut yolculuklarının sömürülmesine dönüşmüştür. Türkiye’de insan ticareti mağduru tespiti 2000’li yıllarda başlamış ve ilk istatistikler 2003 yılında paylaşılmıştır. 2003’den bu yana İçişleri Bakanlığı, 1.400’den fazla insan ticareti mağduru tespit etmiştir⁵⁵. Bu tarihten itibaren 2007 yılına kadar ağırlıklı olarak Rusya, Moldova, Ukrayna ve Orta Asya ülkelerinden gelen kadınlar insan ticareti mağduru olarak tespit edilmişlerdir. 2007’den bu yana ise Rusya, Ukrayna ve Moldova vatandaşı tespit edilen mağdur sayısında oldukça belirgin bir düşüş gözlenmiş; mağdur kadınların çoğunlukla Özbekistan, Kırgızistan ve Türkmenistan vatandaşı oldukları belirlenmiştir. 2016 yılında mağdur olarak tespit edilen 183 kişinin 38’i Suriye’den, 33 kişinin Kırgızistan’dan, 23 kişinin Gürcistan’dan, 16 kişinin Özbekistan’dan kalan 73 kişinin ise Endonezya, Moldova, Fas, Pakistan ve Türkmenistan vatandaşı olduğu görülmüştür⁵⁶. Türkiye’de insan ticareti mağduru kişilerin sayısı 2017’de en yüksek değere ulaşmış ve 303 kişi olarak saptanmıştır. Bu sayı 2018 yılı itibariyle 134, 2019 yılı itibariyle 215’dir⁵⁷.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında insan ticareti mağduru kimdir sorusunun yanıtını şu şekilde vermek mümkündür. İnsan ticareti mağduru olan kişiler, yukarıda ifade edilen uluslararası belgelerde insan ticareti olarak kabul edilen eylemlere maruz bırakılan bulunduğu ülkenin vatandaşlığını haiz ya da yabancı statüsündeki gerçek kişilerdir. Dolayısıyla insan ticareti mağduru, razı olup olmadığı gözetilmeksizin, kuvvet kullanılarak ya da şiddet tehdidi ile zorlanan, kaçırılan; hile, aldatma veya nüfuzu kötüye kullanma suretiyle çaresizliğinden yararlanan; başkalarına kazanç ya da çıkar sağlama yoluyla istismar amaçlı temin edilen, bir yerden diğer bir yere taşınan, devredilen, barındırılan yahut teslim alınan kişiyi ifade etmektedir.

54 Özer (22) 39.

55 Dündar and Özer (n 4) 20.

56 Emel Coşkun, ‘Türkiye’de Göçmen Kadınlar ve Seks Ticareti’ (2014) 3 Çalışma ve Toplum Dergisi 185,188; Dündar and Özer (n 4) 20.

57 <<https://www.goc.gov.tr/insan-ticareti-ile-mucadele-istatistik>> Erişim Tarihi 20.02.2020.

V. İnsan Ticareti Mağdurlarının İkametine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

A. İkamet Hakkı

Yabancıların buldukları ülkede yerleşme ve seyahat özgürlüklerinin kapsamı, vatandaşlarınkinden farklıdır. Bu bakımdan ikamet hakkının yabancılar için tanınması ve sınırlandırılmasındaki anlayışın temellendirilmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir. 1982 Cenevre toplantısında Devletler Hukuku Enstitüsü, yabancıları ülkeye kabul etmek veya etmemek ya da bunun şartlarının ne olacağı hususunda her devletin kendi egemenlik hakkına dayandığı ve bağımsız devletler bakımından bu kabulün mantıklı ve gerekli bir sonuç olduğu; bununla birlikte insanlık ve adaletin icaplarına bağlı olarak, devletlerin bu hakkı ancak kendi güvenliklerini tehlikede gördükleri zaman sınırlandırmalarının mümkün bulunduğu ifade edilmiştir. Yabancıların ülkeye giriş ve ikametlerinin ağır vergilerin ödenmesine tabi tutulamayacağı; ülkeye giriş ve ikamete ilişkin şartlardaki tüm değişikliklerin, bunları ilgilendiren vergilerdeki değişiklikler de dahil olmak üzere, en kısa süre içinde vatandaşları ilgili bulunan devletlere bildirilmesi gerekliliği kararlaştırılmıştır.⁵⁸

İkamet, bir yerde oturmayı belirtmektedir. İnsanın, dinlenmek için oturma eylemine referans veren oturmak kelimesi, kalıcı olmak niyetini temel aldığı vakit, ikamet etmek anlamına gelmektedir. İkamet ile, hayatın, kendi akışı içinde ve o hayata sahip olanın irade ve istidatı doğrultusunda, yörüngesine oturtulması ifade edilmek istenmektedir. Kişiler bir yerde ikamet etmeye başladığında “oralı olma” hâlini iddia etme hakkını kazanmaktadır; bu ise kök salmak biçiminde betimlenen en önemli yaşamsal ihtiyaç ve durumu karşılamaktadır. Belirli bir yere ait olma duygusu, evde olmak yani mesken tutmak ile gelişmektedir. Burada yer kavramının sınırları belirsiz ve esnektir, herhangi belirli bir konumu işaret etmemektedir. Mekân ise zamanla birlikte yoğunlaştıkça ve ona, bir yaşam entegre oldukça, yere dönüşmektedir. Bir diğer anlatımla yer, sabit değerlerin, geleneklerin; davranış ve düşünce alışkanlıklarının taşıyıcısı konumundadır; insanları kendine ve kültür aracılığıyla birbirlerine bağlamaktadır. Dolayısıyla ikamet etmek, böyle bir bütünsel yapının parçası olmakla mümkündür.⁵⁹

Hukuki açıdan kişilerin, ikamet yerlerinin tespit edilmesi ve buna ilişkin yasal düzenlemelerin yapılması gerek kişiler gerekse kamu bakımından faydalar doğurmaktadır. Kişiler bakımından faydalıdır çünkü, her kişi, hiç olmazsa hukuki ilişkileri açısından daima ikamet ettiği yerde mevcut sayılmaktadır. Yasal önemi haiz bütün işlemlerin, ihbar, ihtar, öneri, kabul ve tebligatların kendisine karşı bu yerde yapılması zorunlu olduğundan bu marifetle kişilerin söz konusu durumlardan

58 Vedat Raşit Seviğ, *Türkiye'nin Yabancılar Hukuku* (Fakülteler Matbaası 1981) 69-70; Yılmaz Altuğ, *Yabancıların Hukuki Durumu* (3rd edn, Sermet Matbaası 1968) 170.

59 Erkan Polat and Müge Sucu Polat, 'Konar-Göçerlikten Yerleşikliğe, Yüzer-Gezerlikten Yerelliğe Göç' (2017) 22 Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi (Göç Özel Sayısı)1329,1331-1336.

en çabuk biçimde haberdar olması da sağlanmış olmaktadır. Kamu bakımından faydalıdır çünkü, bir kişinin hukuki ilişkilerinin belirli bir yere bağlanması ile onların güvenli bir şekilde yürümesi temin edilmektedir⁶⁰. Yabancılar hukuku bakımından ikamet olgusunu somutlaştıran kavram ikamet iznidir ve ikamet izni, bir yabancıның bulunduğu ülkede kalma hakkının yetkili makamlar tarafından kabul edildiğinin göstergesidir. İkamet izni, yabancıның bulunduğu ülkedeki azami kalma hakkının bitiminde, kalış hakkının devamını sağlayan idari bir işlem olup aynı zamanda düzenli göçü ifade etmektedir⁶¹.

Anılan bağlamda, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, herkesin bir devletin toprakları üzerinde serbestçe dolaşma ve oturma hakkı bulunduğunu hüküm altına almıştır (m.13/1). Ancak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ne göre dolaşma ve oturma hakkı, başkalarının hak ve hürriyetlerinin tanınması ve bunlara saygı gösterilmesi amacıyla ahlak, kamu düzeni ve genel refah sebepleri ile kanunla sınırlanabilir (m.28/1)⁶².

Benzer şekilde bir devletin ülkesi içinde usulüne uygun olarak bulunan herkes, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4 No.lu Protokolünün 2. maddesi gereğince, o devlette serbestçe dolaşma ve ikametgahını seçebilme hakkına sahiptir. Ancak bu haklar, ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olarak ve kanunla öngörölmüş sınırlamalara tâbi tutulabilir. Yine Sözleşme uyarınca, bu hakların, belli yerlerde, kanunla konmuş ve demokratik bir toplumda kamu yararının gerektirdiği sınırlamalara tâbi tutulması mümkündür⁶³.

Temel uluslararası belgelerde teminat altına alınan ikamet hakkı, eşitlik ilkesi gözetilerek herkese teşmil edilmiştir. Bu yaklaşım doğrultusunda, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 23.maddesinde “herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir” hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla ikamet hakkı, hem vatandaşa hem yabancıya, kural olarak, aynı ölçüde tanınmaktadır⁶⁴. Ancak hükmün devamında, açıkça belirlenmiş sebeplerle⁶⁵, yerleşme hürriyetinin, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik

60 Jale Akipek and Turgut Akıntürk, *Türk Medeni Hukuku-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku* (5th edn, Beta 2004) 460.

61 Devletlerin ikamet izni için yerine getirilmesi oldukça güç şartlar aramalarının ya da bürokratik işlemleri çoğaltarak başvuru sürecindeki yabancıları biktirarak kalış umutlarını azaltmalarının, son çare davranışı olarak düzenli göçten düzensiz göçe kaçışı hızlandıracağı değerlendirilmektedir. İkamet izninin, aranan şartları sağlayabilen yabancılara verilmesi, doğal olarak en uygun yöntem kabul edilmektedir. Buradaki denge, ikamet izni uygulamalarının düzensiz göç üzerindeki etkilerinin ölçülmesi ile sağlanabilmektedir. Aydoğan Asar, *Göç Yönetimi* (2nd edn, Seçkin 2016) 63-64.

62 Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* (2nd edn, Ekin 2018) 230.

63 Sema Çörtoğlu Koca, ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Yabancıların Türkiye’de İkameti ve Uzun Dönem İkamet İznine İlişkin Değerlendirmeler’ (2016) 2 Ankara Barosu Dergisi 44, 45.

64 Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku* (1st edn, Savaş 2016) 27, 58, 65; Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (20th edn, Beta 2014) 86; Bülent Çiçekli, *Yabancılar Hukuku* (4th edn, Seçkin 2013) 46; Emre Esen, *Türk Hukukunda Yabancıların İkamet İzinleri* (1st edn, Beta 2019), 25.

65 Gözler (n 62) 230.

gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak (m.23/11); seyahat hürriyetinin, suç soruşturma ve kovuşturması nedeniyle ve suç işlenmesini önlemek amaçları ile sınırlanabileceği (m.23/11) ifade edilmektedir.

Türkiye’de, insan ticareti mağdurlarının yabancı olmaları durumunda söz konusu temel hakkın sınırlaması, Anayasa’nın on altıncı maddesi çerçevesinde milletlerarası hukuka uygun olarak ve ancak kanunla yapılabilecektir. Burada insan ticareti mağdurunun yabancı olması ile kast edilen Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan (TVK⁶⁶ m.3/1-d; YUKK⁶⁷ m.3/1-ü) gerçek kişidir. Gerçek kişi yabancılar, vatandaşlık durumları ve buldukları ülkede sahip oldukları haklar bakımından kendi içinde, yabancı ülke vatandaşları, birden çok vatandaşlığa sahip olanlar, vatansızlar, uluslararası korumadan yararlananlar, göçmenler ve özel statülü yabancılar olmak üzere ayrıma tabi tutulmaktadır⁶⁸. İkamet hakkının milletlerarası hukuka uygun olarak sınırlanması ile kast edilen Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38.maddesi ile belirlenmiş olan şekli kaynaklara yani, uluslararası antlaşmalar, uluslararası yapılageliş kurallarını, genel hukuk ilkeleri ve uluslararası mahkeme kararlarına ve öğretilere uygunluktur⁶⁹. Milletlerarası hukuka uygun olarak yapılacak sınırlamanın kanunla yapılması ile kast edilen ise şekli ve organik anlamda kanundur; yani kanun altı norm sayılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve yönetmelikler ya da idari işlemler değildir⁷⁰.

İnsan ticareti mağduru olan kişilerin ikametlerine ilişkin, dünya genelindeki hukuki düzenlemelerin temelinde geri göndermeme ilkesi (*non-refoulement*) gibi uluslararası insan hakları yükümlülükleri ve insani kaygılar bulunmaktadır. İkamete ilişkin düzenlemeler, gerek kaynak ya da hedef ülkedeki gerekse kişinin kendi bünyesindeki şartların olumluluğu, olumsuzluğu, ağırlığı veya değişebilirliğine göre kişiselleştirilebilmektedir. Ancak şartlar ne olursa olsun, insan ticareti mağdurunun, bir suça maruz kalmış olması sebebiyle oluşan hassas durumundan kaynaklanan savunmasızlığı, uluslararası insan hakları hukuku, ikamet düzenlemelerinin esasını oluşturmaktadır. Ulusal düzenlemelerin bazılarında, açıkça, özel hayat, aile hayatı ve sağlıklı yaşama haklarının teminat altında tutulmasından kaynaklanan uluslararası insan hakları yükümlülüklerine dikkat edilmesinin amaçlandığı ifade edilmektedir. Söz konusu çerçevenin içinde kalmak kaydı ile, genellikle, insan ticareti mağdurlarının ikametlerinin kısa süreli kalış biçiminde hükme bağlandığı ancak mağdurun içinde bulunduğu koşullar değişmediğinde kalış sürelerinin yenilenmesine, bu mümkün olmazsa diğer ikamet izinlerine geçme imkanının verildiği görülmektedir. Buna

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

67 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 4.4.2013, RG 11.04.2013/28615.

68 Doğan (n 64) 3; Çelik and Gelgel (n 64) 18; Çiçekli (n 64) 27.

69 Edip Çelik, *Milletlerarası Hukuk* (1st, Fakülteler Matbaası 1962) 62; Rona Aybay and Elif Oral, *Kamusal Uluslararası Hukuk* (1st edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2016) 37.

70 Gözler (n 62) 342.

karşılık, insan ticareti mağduru konumundaki göçmenlerin, mülteci statüsünü haiz olmayan diğer göçmenler gibi, buldukları ülkelerde eğitim, çalışma, sosyal güvenlik haklarından yararlanma olanakları sınırlı tutulmaktadır çünkü buldukları ülkedeki ikametleri, hoşgörü eşiğini aşmayacak ölçüde kısa ve geçicidir⁷¹.

B. İnsan Ticareti Mağdurlarının İkametlerine İlişkin Ulusal Hukuki Düzenlemeler

1. Genel Olarak

Cumhuriyet öncesinde, yabancıların ikametini içeren hükümler incelendiğinde, insan ticareti mağdurların ikametine ilişkin herhangi bir özel hukuki düzenlemeye

71 UNHR, *Admission and Stay Based On Human Rights and Humanitarian Grounds: A Mapping Of National Practise* (2018) 5. Örneğin Arjantin’de insan ticareti mağduru kişiler, mülteci olarak nitelendirilemeyen ancak ülkesine gönderildiği takdirde geri gönderme ilkesinin ihlaline yol açacak şartlar içinde bulunan göçmen kişilerden kabul edilmekte ve bu kişilerin ikametlerine geçici olarak izin verilmesi, uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan insani sebeplere ve aile bütünlüğünün bozulmaması anlayışına dayandırılmaktadır. Bu bağlamda insan ticareti mağdurlarının zorunlu-düzensiz göç durumlarının belirlenmesinin ardından kişinin hukuki statüsün yasallaştırılabilmesi adına otuz günlük bir başvuru süresi öngörülmüştür. İnsani sebeplere atfedilen kalış hakkının vasıflandırması geçici olarak yapılmakla birlikte kalış süresinin asgari ya da azami aralığı hukuken tespit edilmemiş olup, ikamet süresinin ne kadar olacağı, somut olayın özelliklerine binaen idarenin takdirine terk edilmiştir. UNHR (n 71) 6-7.

Avusturya’da insan ticareti mağdurlarının ülkede kalma hakları, tolerans gösterilmesi gereken statülerinden kaynaklanmakta ancak bu kalış, oturma hakkı ve ikamet izni olarak yorumlanmamaktadır. Bir diğer ifade ile Avusturya hukukunda da insan ticareti mağduru kişilerin ülkede kalmalarına ilişkin düzenlemelerin gerisinde insan hakları hukuku ve insani sebepler bulunmaktadır. Avusturya hukukunda ikamet izni bir yıl süreli verilmekte ve bu süre içinde yabancı, iş piyasası ve sosyal hizmetlere erişim imkanı elde etmektedir. Buna karşılık mütasama statüsü içinde kabul edilen insan ticareti mağdurlarının ülkede kalış süresince, ikamet izni sahiplerine tanınan olanaklardan faydalanma hakları yoktur. Ancak mütasama şartları, bir yılın sonunda halen devam ediyorsa, yetkili makamlar, insan ticareti mağduruna “özel ikamet izni” verebilmektedir. UNHR (n 71) 9.

Hollanda, insan ticareti mağduru ya da tanıdığı kişilere geçici süreli oturma izni vermekte, ihtiyacın devam ettiği müddet boyunca da kalış hakkının süresini uzatmaktadır. Ancak, insan ticareti mağduru ya da tanıklarına, polise ihbarda bulunmaları veya cezai soruşturma ya da kovuşturma konusunda işbirliği yapmaları halinde sabit süreli ikamet izni de verilebilmektedir. İnsan ticareti mağduru olan kişiler, içinde buldukları durumu yetkili mercilere bildirmemeleri hususunda kaçakçıları tarafından psikolojik baskı, tehdit ve zorlama ile karşılaştıklarını ispat ettiklerinde de sabit süreli ikamet izni alabilmektedir. Özel ikamet izni sahibi tüm kişiler, Hollanda’da buldukları sürece, sağlık hizmeti alabilmektedir; on sekiz yaşın altındaki çocuklar, okula gidebilmektedir; bu kişilerin iş piyasasına erişim imkan bulunmaktadır. UNHR (n 71) 16-17.

Portekiz’de, ülkeye düzensiz yollardan girmiş olsalar bile, insan ticareti mağdurlarına ikamet izni verilmektedir. Ancak bunun için mağdurların, kümülatif olarak, mağdurların kaçakçıları ile irtibatlarının kesilmiş olması, adli ve idari makamlarla işbirliği içinde olmaları ve suça yönelik adli takibat ya da dava sürecinin başlatılmış olması şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir. İnsan ticareti mağdurunun içinde bulunduğu bazı özel koşulların varlığına bağlı olarak, ikamet izninin verilmesinde ikinci ve üçüncü şartların gerçekleşmesi beklenmeyebilmektedir. İnsan ticareti mağdurlarına ikamet izni verilmeden önce altmış günlük bir bekleme süresi geçirilmektedir. Bu süre zarfında mağdurun yaşadıklarının tesirinden kurtulup iyileşme sürecine girmesi beklenmekte; sınır dışı etme kararı varsa icrası askıya alınmaktadır. UNHR (n 71) 21.

Yeni Zelanda’da, tehdit edildikleri, ekonomik olarak geçim sıkıntısı içinde buldukları, sosyal olarak damgalandıkları ya da yeniden mağdur olabileme ihtimali sebebiyle evlerine dönemeyen insan ticareti mağdurlarına oturma vizesi verilmektedir. Söz konusu ikamet kategorisinin amacının, Yeni Zelanda’nın uluslararası yükümlülüklerinden kaynaklandığı; özellikle de istismar travmasının etkilerinden muzdarip olan insan ticareti mağdurlarına koruma ve yardım sağlamak, bu marifetle suçluların yargılanmasını sağlamak olduğu belirtilmektedir. Korunması gereken kişi statüsündeki bu kişilerin, geçici ya da kalıcı süreli oturma vizesi elde edebilmeleri otomatik olarak gerçekleşmemekte; bunun için mağdurların başvuru yapması şartı aranmaktadır. UNHR (n 71) 19.

yer verilmediği görülmektedir⁷².

Cumhuriyet döneminde, insan ticareti mağdurlarının ikametlerine ilişkin düzenlemeler, ilk defa 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile birlikte 2013 yılında yapılmıştır. 2013 yılına kadar mevzuatımızda, kanun hükmünü kazanan uluslararası sözleşmelerin haricinde, insan ticaretini her yönü ile düzenleyen bir kanun bulunmamaktadır⁷³.

Buna karşılık 27.10.2006 tarihli ve 2006/81 sayılı İnsan Ticareti İle Mücadele Konulu Bakanlık Genelgesi'nde insan ticareti mağdurlarının kalma hakkını ve korunmasını temin eden hükümlere rastlanmaktadır. Buna göre insan ticareti mağduru olduğu belirlenen yabancılarla, tacirlerin ortaya çıkarılabilmesi ve olay ile ilgili soruşturmanın tamamlanması amacı ile kolluk kuvvetleri ile işbirliği yapmaları ve tanıklık etme amacı göz önünde tutularak Bakanlık talimatı ve ilgilinin talebi doğrultusunda, harçtan muaf, altı aya kadar ikamet izni verilebileceği; bu sürenin sanıkların yargılanma ve mağdurların tedavi süreçleri takip edilerek ihtiyaç duyulması halinde uzatılabileceği düzenlenmektedir⁷⁴.

YUKK öncesi dönemde, insan ticareti mağdurlarının ikametlerine ilişkin hükümler içeren tek düzenlemenin, bir genelge ile yapılmış olması, kanunilik ilkesi ile birlikte düşünüldüğünde durumu, eleştiriye açık hâle getirmektedir.

72 Cumhuriyet öncesinde, kölelik ve kulluk yasak değildir. Bu bakımdan insan ticareti kavramının, bugünkü anlamı üzerinden bir değerlendirmesini, o dönemin hükümlerine bakarak yapmak mümkün olmamaktadır. Öte taraftan 19.yy'ın başlarında, kadınlar üzerinden sömürüye dayalı ticaretin uluslararası nitelik kazanmasını takiben Osmanlı teb'asından olmayan yabancı kadınların Osmanlı topraklarına, ticaret amacı ile gelmiş/getirilmiş olduğunu düşünmek mümkündür. Fakat bu kişilerin, günümüzdeki gibi "mağdur" olarak kabul edildiklerine yönelik bir düzenlemeye rastlanmadığından, Osmanlı topraklarında ikametlerine istisnai bir nitelik kazandırılmamış olduğu; tacirin elinde bir köle gibi tutulan kadınların yabancılarla yönelik genel kurallara bağlı oldukları değerlendirilebilir. Osmanlı'da yabancıların (ecanib) seyahat ve ikametleri 1844 yılında yürürlüğe giren "Mürur Talimatı" ile düzenlenmiştir. Bu düzenleme ve onu tadil eden ve değiştiren 1867, 1884 ve 1911 tarihli düzenlemelerde, ağırlıklı olarak, ülkeye giriş, sınır dışı ve pasaport konularını ele alınmıştır. Mürur Talimatı'nın ikinci maddesi uyarınca bir yabancı sınıra geldiği vakit pasaportunu sınır yetkilisine teslim eder, karşılığında kendisine pasaport yerine geçmek üzere bir mürur belgesi düzenlenirdi. Sınır yetkilisi, pasaportu incelenmek üzere pasaport servisine bırakır, pasaport servisi tarafından incelenen pasaport yirmi dört saat sonra ilgilinin bağlı olduğu konsolosluga bırakılır, yabancı pasaportunu buradan teslim alır. Ülkeye girişine anılan marifetle izin verilen yabancı, eğer limanda ya da bulunduğu yerde kalmak isterse yerel mercilerce düzenlenen bir oturma belgesi almak zorunda idi. Talimatın dördüncü maddesi uyarınca oturma belgesinin kişisel olarak düzenlenen bir belge olduğu ve on yaşından küçüklere verilemeyeceği hükmüne bağlanmıştır. Salim Gökçen ve Abdülkadir Gül, "Kapitülasyonlar Kaldırıldıktan Sonra Osmanlı Devletindeki Ecanibin Durumu R 1333 M 1917 Senesi Ecanib İstatistikleri" (2010) 2 Tarih'in Peşinde Uluslararası Tarih ve Sosyal Araştırmalar Dergisi 151, 153-157. 02 Mart 1913(02 Rabülevvel 1331) tarihli "Ecnebilerin Seyahat ve İkametleri Hakkında Kanun" ile yabancıların ülkeye girişleri yasaklanmamış ise, girdikten sonra ilgili kanunla düzenlenen ve belirtilen şekil ve şartlarda ülkede serbestçe ikamet ve seyahat edebilecekleri hususu düzenlenmiştir. "Yabancılar, memnuiyeti duhulleri kaidesi kadime devletle müesses olan menatik ve bilâd müstesna olmak üzere memleketin sair aksamında ve seyahatte serbesttirler" (m.1). "Tebaai ecnebiye beyanmeleri mukabilinde ikamet tezkeresi verilir" (m.2). Muammer Raşit Seviğ and Vedat Raşit Seviğ, *Devletler Hususi Hukuku* (3rd edn, İsmail Akgün Matbaası 1962) 250.

73 Ekşi "İnsan Ticareti Mağduru Yabancılar" (n 37) 60. YUKK öncesi dönemde insan ticareti mağdurlarının ülkede bulunması hukuka aykırı olarak kabul edilerek haklarında sınır dışı etme kararı verilmekteydi. Bu durum, suçun faillerinin bulunmasına ve önlenmesine engel yarattığı için suçta maruz kalan kişinin durumunu daha da zorlaştırdığı için eleştirilmekteydi. Esen (n 64) 289 (dnp 313).

74 Özkan (n 50) 469.

2. YUKK ve YUKK Uygulama Yönetmeliği Düzenlemeleri

YUKK’ta, önceki ikamet hükümlerinden farklı olarak, Türkiye’de kalma ihtiyacını yaratan sebeplere bağlı olarak kısa dönem ikamet izni, aile ikamet izni, öğrenci ikamet izni, uzun dönem ikamet izni, insani ikamet izni ve insan ticareti mağduru ikamet izni olmak üzere altı farklı ikamet izin türü düzenlenmektedir (YUKK m.30).

İnsan ticareti mağduru⁷⁵ ikamet izni, insan ticareti mağduru olduğu veya olabileceği yönünde kuvvetli şüphe duyulan yabancılara, diğer ikamet izinlerinin verilmesindeki şartlar aranmaksızın, yaşadıklarının etkisinden kurtulabilmeleri ve yetkililerle iş birliği yapıp yapmayacakların anlaşılması amacıyla valiliklerce verilen otuz gün süreli ikamet izni biçiminde tanımlanmaktadır (YUKK m.48).

Hükümün değerlendirmesinden insan ticareti mağduru ikamet izninin elde edilebilmesi için aranılan ilk şartın, ilgili yabancıya insan ticareti mağduru olduğu veya olabileceği yönünde kuvvetli şüphe duyulan bir yabancı olarak kabul edilmesi olduğu anlaşılmaktadır. O hâlde insan ticareti mağduru ikamet izninin verilmesinde “kuvvetli şüphe” bir kriter olarak kabul edilmektedir. Ancak kanun koyucu kuvvetli şüphe kavramını somutlaştırmamıştır. Bununla birlikte hükümde geçen “olduğu” ifadesi sebebiyle şüphedeki kuvvet derecesinin kesin; “olacağı” ifadesi sebebiyle şüphedeki kuvvet derecesinin olağan mahiyet arz ettiği değerlendirilebilir. Anılan bağlamda, ilgili yabancıyı mağdur eden suç hakkında yetkili makamlarca bir soruşturma ya da kovuşturma başlatılmış olmasını, kesin şüphe; suç ile ilgili herhangi bir soruşturma ya da kovuşturma başlatılmamış olsa bile ilgili yabancıya mağduriyet beyanının ya da bu yöndeki ihbarlarının olağan şüphe ölçütü olarak kabul edilebileceği düşünülmektedir⁷⁶.

Kanun koyucu, insan ticareti mağduru ikamet izninin verilmesinde, yabancıya insan ticaretine maruz kaldığının; maddi ve manevi varlığındaki eksilmeler sebebiyle doğan mağduriyetinin mutlaka bir mahkeme kararı ile belirlenmiş olmasını aramamaktadır. Dolayısıyla mağdur olduğu ya da olabileceği yönünde kuvvetli şüphe bulunan yabancılara dahi ikamet izni vermeye yönelik bir düzenlemenin yapılmış olduğu göz önünde bulundurulduğunda suçun, mahkeme kararı ile hüküm altına alındığı durumlarda mağduriyetin mutlak olarak tespit edilmiş olacağı ve ikamet izninin,

75 “Mağdur” kelimesinin, özellikle cinsel taciz ve tecavüz suçlarında kadınları pasif ve edilgen konumuna işaret eden bir yönü bulunmaktadır. Bu bakımdan, kadınların zayıf konumunu güçlendiren mağdur kavramı yerine “şiddete uğrayan” ya da “maruz kalan” gibi eylemi tanımlayan terimlerin tercih edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Coşkun, *İnsan/Kadın Ticareti ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliği* (n 46) 30. Öte taraftan mağduriyet kavramının, hem suça maruz kalmak sebebiyle kişisel varlığa ilişkin ihlalleri hem de ekonomik zararları içeren geniş ve somut olmayan bir anlamı bulunduğu ve tereddüt yaratabileceği düşünülmektedir. Bu bakımdan, çalışma konumuzla ilgili olması sebebiyle kanundaki başlığın değiştirilerek, “insan ticaretine maruz kalanların ikamet izinleri” biçiminde düzenleme yapılmasının, insan ticareti suçuna daha çok dikkat çekeceği ve hükümün sevk ediliş gerekçelerine daha uygun düşeceği değerlendirilmektedir.

76 Özellikle insan ticareti suç soruşturmasında delil olarak değerlendirilebilecek hususların, kullanan kişinin üzerine kayıtlı olmayan cep telefonu kayıtları, not defterleri, doktora muayene olma aralığı ve doktor raporları, prezervatif ve adet geciktirici ilaçların varlığı, otel kayıtları, borç senetleri ile banka dekontları olduğu belirtilmektedir. Meryem Çevikbaş Çakmakçılar, *‘İnsan Ticareti İle Mücadelede Suçun Önlenmesine İlişkin Denetim Mekanizmaları’* (Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019) 66-67.

evleviyetle verilmesi gerekeceği farz edilmektedir⁷⁷. Bu noktada YUKK'un m.48/1 hükmü ile YUKK Uygulama Yönetmeliği m.45/1 hükümlerinin lafzi anlamda birbiriyile örtüşmediğine değinmek gerekmektedir⁷⁸. YUKK Uygulama Yönetmeliği'nde ikamet izni verilen kişiler, hükümde kullanılan "ile" bağlacı sebebiyle iki grup kişi olarak anlaşılmaya müsaittir. Buna göre ilk grup yabancı, insan ticareti mağduru. Burada, Kanun'da ifade olunan "şüpheli" aranmadığı için, mağduriyetin bir mahkeme kararı ile belirlenmiş olmasının istendiği gibi bir yorum yapılabilmektedir. İkinci grup yabancı ise hakkında insan ticareti mağduru olabileceği yönünde kuvvetli kanaat oluşmuşlardır. Burada da Kanun'da ifade olunan "şüpheli" aranmamış; hatta şüphenin ötesine geçilerek bir yargıya varılmış olmasının istendiği gibi bir yorum yapılabilmektedir.

Doktrinde yabancılar hukuku açısından, Kanun'un ihtiva ettiği korumanın bir an önce sağlanabilmesi için mağduriyetin ne zaman başladığının belirlenmesinde, ceza hukuku ilkelerinden hareket edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁹. Nitekim İnsan Ticareti İle Mücadele Ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik⁸⁰ madde 18'de bu görüşü destekleyen bir hükme yer verilerek; insan ticareti suçunun mağduru olduğu veya olabileceği yönünde kuvvetli şüpheli duyulan yabancıların *şikayetçi olup olmadıklarına bakılmaksızın* soruşturma veya kovuşturmanın netice beklenmeden yapılacak idari işlemle mağdur olarak kabul edileceği düzenlenmektedir⁸¹.

İnsan ticareti mağdurunun korunması ve desteklenmesini konu edinen hemen bütün yasal düzenlemelerin, konuya ilişkin öneri sunan ilkelerin ortak özelliği, mağduriyeti hızlı ve doğru şekilde ortaya çıkarmak için atılması gereken bir dizi pratik adımı, yazılı kılavuz hazırlanması ya da sürecin içinde görev üstlenen memurların eğitilmesi gibi, tanımlamak olduğu görülmektedir. Hiç şüphesiz bunu sebebi, insan ticareti mağduru olduğu ya da olabileceği yönünde kuvvetli şüpheli bulunan yabancıların belirlenmesinde yapılacak herhangi bir yanlışlığın, söz konusu kişinin anılan kapsamdaki haklarını elde edememesi sonucunu doğuracak olmasındadır. Kaçakçılarından kurtulan yabancılar kendilerini büyük bir güvensizlik içinde bulmaktadır. Bu kişilerin pek çoğu fiziksel ve/veya duygusal olarak yaralı ve travmatize durumdadır ve söz konusu ruhsal ve bedensel bitkinlik, maalesef, yetkililerce tespit edilir edilmez sona erecek türden değildir. Dolayısıyla kamu görevlilerinin, konunun arz ettiği hassasiyet ile ilgili olarak doğru bilgilendirilmeleri gerekmektedir; aksi

77 İnsan ticareti mağduru olduğu mahkeme kararı ile kesinleşmiş olan yabancıların ikamet izinlerindeki amacın, iyileştirme ile sınırlı kalacağı; buna karşılık kuvvetli şüpheli sebebiyle verilecek ikamet izinlerinde amacın sadece iyileştirme değil; aynı zamanda hem suçta ortaya çıkarma hem de suçla mücadelede işbirliği hedefi olacağı; buna bağlı olarak da ikamet izin sürelerinin değişebileceği değerlendirilmektedir.

78 "İnsan ticareti mağdurları ile insan ticareti mağduru olabileceği yönünde kuvvetli kanaat oluşmuşlara, yaşadıklarının etkisinden kurtulabilmeleri ve yetkililerle işbirliği yapmalarını sağlamak amacıyla, otuz gün süreli insan ticareti mağduru ikamet izni valilikler tarafından ücretsiz olarak verilir. Mağdurun bu süre zarfında rızası alınarak sığınma evinde veya destek merkezinde kalması ve destek programına katılması esastır".

79 Nuray Eksi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (3rd edn, Beta 2015) 99.

80 RG 17.03.2016/29656.

81 Esen (n 64) 295.

takdirde mağdurun durumu, uzun süreli psikolojik rahatsızlığa varacak şekilde derinleşebilir. İnsan ticareti mağduru olarak tespit edilen kişilerin çok azının kendini geçindirebilecek ekonomik kaynağı ve gücü bulunmaktadır⁸².

İnsan ticareti sebebiyle oluşan mağduriyetin ve bu durumun içinde bulunan kişilerin tespiti güçlük ihtiva eden bir meseledir zira insan ticareti suçunun tespiti zordur. Suçun karmaşıklığı nedeniyle tespitle yükümlü görevliler, pek çok zorlukla başa çıkmak zorunda kalmaktadır. Bu zorlukların başında, kişiye ulaşma; ardından kişinin ifade verme gücünün gelmektedir. Mağduriyetin ortaya çıkarılmasını zorlaştıran bir başka durum, süreçte, çeşitli kademelerde görev ve sorumluluğu bulunan yetkililerin zihnindeki “ideal mağdur” algısıdır. Sadece Türkiye’de değil bu suçla mücadele edilen bütün ülkelerde, mağdur tespitinde görevli kişilerin “ideal mağdur” algısı geliştirdiği gözlemlenmektedir. Yıllar boyunca tespit ettikleri mağdurların çoğunluğunun ortak özellikleri olmasına alışan görevliler, farklı özelliklere sahip kişilerin de mağdur edildiğini gözden kaçırabilmektedir. Mağduriyet potasının içinde değerlendirilen kişilerin özellikleri incelendiğinde çoğunluğunun yabancı kadınlar olduğu ve yine pek çoğunun fuhuş sektöründe sömürüldüğü görülmektedir. Bu kadınların çoğu çaresiz durumdadır⁸³. Bir diğer ifade ile hakim söylemde en tipik mağdur, erkeklerden oluşan organize şebekelerce kaçırılan, kandırılan ve sömürülen pasif, zavallı kadın imgesinden ibaret tasvir edilmektedir⁸⁴.

YUKK hükümleri incelendiğinde insan ticareti mağduru olduğu veya olabileceği yönünde kuvvetli şüphe duyulan yabancıların, hangi vasıfları taşıyan kişiler tarafından belirleneceğinin düzenlenmediği görülmektedir. Bu noktada, özellikle, yerleşik olumsuz toplumsal algıların ve erkek egemen zihniyetin etkilerine işaret etmek gerekmektedir. İnsan ticareti mağduru olduğu veya olabileceği yönünde kuvvetli şüphe duyulan yabancıların belirlenmesinde görev yapacak ve takdir hakkını⁸⁵ kullanacak kişilerin, insan hakları ve toplumsal cinsiyet konularında eğitimli; konu ile ilgili evrensel standart ve uygulamalar hakkında bilgili; objektif ve adil kişilik özellikleri taşıyan kişiler olması önem arz etmektedir. Cinsel yönelimleri ve cinsiyet kimlikleri sebebiyle LGBT bireyler, ayrımcılık ve şiddet görmektedirler. Bu bakımdan, insan ticaretine maruz kalmış LGBT bireyler ile ilgili işlem tesis edecek eğitimsiz, bilgisiz ve önyargılı kişilerin, LGBT bireylere yönelik olarak düşmanca tutum ve davranış sergilemeleri, hatta onları, mağdur olarak tanımlamama eğilimi göstermeleri ihtimalinin çok yüksek olduğu düşünülmektedir.

82 United Nations Human Rights High Commissioner, ‘Human Rights and Human Trafficking- Fact Sheet’ (2014) 12. <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36_en.pdf> Erişim Tarihi 01.10.2019.

83 Dündar and Özer (n 4) 29-30.

84 Özer (n 22) 39.

85 YUKK’un m.48/1 hükmünden idareye, insan ticareti mağduru ikamet izninin verilmesi söz konusu olan yabancıların, “insan ticareti mağduru olduğu ya da olabileceği yönünde kuvvetli şüphe” bulunup bulunmadığını anlamak hususunda, bu durumu tespit etmekle sınırlı bir takdir yetkisi tanınmış olduğu anlaşılmaktadır. Esen (n 64) 153.

İnsan ticareti mağduru ikamet izninin elde edilebilmesi için aranılan ikinci şart, “diğer ikamet izinlerinin verilmesinde göz önünde bulundurulan hususların, insan ticareti mağduru ikamet izninin verilmesinde aranmayacak olmasıdır(m.48/1)⁸⁶. Buna göre insan ticareti mağdurunun, vatandaşı olduğu ya da yasal olarak bulunduğu ülkedeki konsolosluga ikamet izni için başvurması ve diğer ikamet izin türleri için öngörülen ikamet izin sürelerinden (YUKK m.31, m.34, m.38, m.42 ve m.46) altmış gün daha uzun süreli pasaport ya da pasaport benzeri belgeye ve vizeye sahip olması gerekmemektedir (YUKK m.22/e, YUKK Uygulama Yönetmeliği m.45/1v). Ayrıca insan ticareti mağdurunun genel sağlık ve güvenlik standartlarına uygun barınma şartlarına ve sağlık sigortasına sahip olması (YUKK m.32/c, 35/b, m.43/ç, YUKK Uygulama Yönetmeliği m.45/1v); yeterli ve düzenli gelir düzeyinin bulunması (YUKK m.35/b, m.43/c, YUKK Uygulama Yönetmeliği m.45/1v); adres kayıt sisteminde kayıtlı gözükmesi (YUKK m.32/d, m.35/d, YUKK Uygulama Yönetmeliği m.45/1v); hakkında geçerli sınır dışı etme veya Türkiye’ye giriş yasağı kararı bulunmaması (YUKK m.33/ç, m.36/c, 40/ç, m.46/b, YUKK Uygulama Yönetmeliği m.45/1v) şartlarını sağlamış olması da istenmemektedir.

Kanun koyucu, insan ticareti mağduru ikamet izninin süresini, ileride değinilecek olan uluslararası düzenlemelerle uyumlu olarak, başlangıçta 30 gün olarak belirlemiştir (YUKK m.48/1, YUKK Uygulama Yönetmeliği m.45/1). İnsan ticareti mağduru ikamet izninin niteliği geçidir. Bir manada şartsız düşünme süresi olarak da tanımlanabilecek bu geçici süre içinde insan ticareti mağduru olduğu ya da olacağı yönünde kuvvetli şüphe duyulan kişilerin manevi olarak iyileşmeleri, kendilerini güvende hissederek ve haklarını bilerek yetkililerle işbirliği yapmak hususunda sağlıklı karar almaları, tacirleri aleyhindeki davalara etkin biçimde katılmaları amaçlanmaktadır⁸⁷. Özellikle zorunlu-düzensiz göçün olumsuz bir sonucu olarak ortaya çıkan insan ticareti mağduriyetinde, suça maruz kalanların buldukları ülkedeki yasal statülerinin düzenli hâle getirilebilmesi ve sınır dışı edilme riskinin ortan kaldırılabilmesi için, kendilerine geçici bir ikamet izni verilmesi zorunluluğu doğmaktadır.

Benzer anlayışla YUKK’ta ve YUKK Uygulama Yönetmeliği’nde insan ticareti mağduru ikamet izninin verilmesinde mağdur bakımından amaçlananın, söz konusu zaman diliminde yaşadıklarının etkisinden kurtulabilmesini sağlamak ve yetkililerle işbirliği yapıp yapmayacağını anlaşılanın temin etmek olduğu ifade edilmektedir (YUKK m.48/1, YUKK Uygulama Yönetmeliği m.45/1).

86 Doktrinde, insan ticareti ikamet izinleri bakımından, tıpkı insani ikamet izinlerinde de olduğu gibi, diğer ikamet izinlerinin verilmesindeki şartların aranmıyor olması sebebiyle bu iki ikamet izninin “olağanüstü ikamet izinleri” kategorisine dahil edilebileceği değerlendirilmektedir. Esen (n 64) 157.

87 Coşkun, *İnsan/Kadın Ticareti ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliği* (n 46) 45; UNHR, ‘Human Rights and Human Trafficking’ Fact Sheet No.36 (2014) 16-17. < https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36_en.pdf>Erişim Tarihi 01 Nisan 2020.

Başlangıçta 30 gün süre ile verilen insan ticareti mağduru ikamet izninin, altışar aylık sürelerle toplamda üç yılı geçmeyecek şekilde uzatılması mümkündür. O hâlde, geçici niteliği haiz insan ticareti mağduru ikamet izninin en kısa süreli olanı 30 günlük; en uzun süreli olanı ise üç yıllıktır. Kanun koyucu, 30 günlük ikamet izninin üç yıla kadar uzatılabilmesinin gerekçelerini, mağdurun güvenliği, sağlığı veya özel durumu olarak belirtmiştir (YUKK m.49/1; YUKK Uygulama Yönetmeliği m.45/v)⁸⁸. 30 günlük ikamet izni süresinin uzatılma gerekçelerinden birisi olarak bildirilen “özel durum” dan neyin kastedildiği hükümlerde belirtilmemiştir; burada kast edilenin refakatsiz çocuk mağdurlar olabileceği değerlendirilmektedir.

Mağdur olduğu ya da olabileceği yönünde kuvvetli şüphe bulunan yabancının ikamet süresince rızası alınarak bir sığınma evinde ya da destek merkezinde kalması ve destek programına katılması esastır (YUKK m.48/1, YUKK Uygulama Yönetmeliği m.45/1). Bu bağlamda mağdur olduğu ya da olabileceği yönünde kuvvetli şüphe bulunan yabancının asgari düzeyde ve imkanlar çerçevesinde sağlanacak mağdur destek programında, barınma, sağlık, psiko-sosyal destek, tercüman desteği, eğitim gibi hususlar yer almaktadır (YUKK Uygulama Yönetmeliği m.45/11).

YUKK Uygulama Yönetmeliği m.45/11’te insan ticareti mağduru olduğu ya da olacağı yönünde kuvvetli şüphe yabancılara destek programı süresince veya serbest ikamet sırasında bir takım yükümlülükler getirilebileceği düzenlenmiş olmakla birlikte, bu yükümlülüklerin neler olabileceği yönünde herhangi bir örnekleme yapılmamıştır.

İnsan ticareti mağduru ikamet izinleri, valilikler tarafından, hiçbir harca tabi tutulmaksızın⁸⁹, verilmektedir (YUKK m.48/1; YUKK Uygulama Yönetmeliği m.45/1). Bu bağlamda, yabancılar bakımından ikamet izni başvurularının kural olarak yurt dışından (YUKK m.21/1; YUKK Uygulama Yönetmeliği m.21/1) ve bizzat yapılması (YUKK Uygulama Yönetmeliği m.21/1v) esas olsa da insan ticareti mağduru ikamet izinlerinde başvurunun, istisnai olarak yurt içinden yapılması mümkün kılınmıştır (YUKK m.22/1-e). Hiç şüphesiz, böyle bir istisnanın tanınmasının sebebi, insan ticareti

88 Mayıs 2012 tarihinde TBMM’ye sevk edilen Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı’nda 30 günlük düşünme süresi sonunda gerek 6 aya kadar ikamet izni verilmesi gerekse YUKK Tasarısı’nın 49.maddesi uyarınca altışar aylık sürelerle en fazla üç yıllık ikamet izni verilmesi, insan ticaretine maruz kalan kişinin, tacirlerle bağlantı kurmaması şartına bağlanmıştır. Ekşi, “İnsan Ticareti Mağduru Yabancılar” (n 37) 63. 6458 sayılı mevcut Kanun’da “*iyileşme ve düşünme süresi tanımak amacıyla verilen ikamet izni, mağdurun güvenliği, sağlığı veya özel durumu nedeniyle en fazla altışar aylık sürelerle uzatılabilir. Ancak, bu süreler hiçbir şekilde üç yılı geçemez*” hükmü yer almaktadır (m.49/1). Kanun koyucunun, söz konusu madde ile, idareye, mağdurun güvenliği, sağlığı veya özel durumunu değerlendiren takdir yetkisi tanıdığı anlaşılmaktadır. Esen (n 64) 154.

89 492 sayılı Harçlar Kanunu’nun 88.maddesine 6458 sayılı YUKK m.123 (Mülga:02.07.2018-KHK-703/71 m) ile eklenen (g) bendi uyarınca insan ticareti mağduru ikamet izinleri harçtan muaf tutulmuştur. YUKK’tan önceki dönemde insan ticaretine maruz kalan yabancılar için uygulama alanı bulabilecek olan hükmün Harçlar Kanunu’nun 88.maddesinin (d) bendindeki “*mâli durumların bozuk olduğuna ikamet izni vermeye yetkili makamlarca kanaat getirilen yoksullar*” ın ikamet harcından muaf tutulmasına ilişkin hüküm olduğu ifade edilmiştir. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Ekşi “İnsan Ticareti Mağduru Yabancılar” (n 37) 64-66. Mevcut durumda insan ticareti ikamet izinleri harçtan muaf tutulan izinlerden olmakla birlikte 210 sayılı Değerli Kağıtlar Kanunu (Kanun Numarası:210, Kabul Tarihi:21.2.1963, RG 28.02.1963/11343) uyarınca miktarı Maliye Bakanlığı tarafından belirlenen değerli kağıt bedeli alınmaktadır (YUKK Uygulama Yönetmeliği m.23/c).

mağduru olduğu ya da olabileceği yönünde kuvvetli şüphe bulunan yabancıların, içinde buldukları şartlardır⁹⁰. Kanun koyucunun, insan ticareti mağduru ikamet izninin verilmesinde, mağdur olduğu ya da olabileceği yönünde kuvvetli şüphe bulunan yabancılara yönelik olarak yurt içinden başvuru şartı getirmiş olması; söz konusu ikamet iznini düzenleyen YUKK n.48/1 ve YUKK Uygulama Yönetmeliği m.45/1’de geçen “*verilir*” ifadesi ile çelişkili görünebilir. Zira bu ifade tarzının, idarenin bağlı yetkisine delâlet eden yönüne dikkat çekilmektedir⁹¹. Bu bakımdan YUKK m.22/1-e hükmü ile m.45/1 hükmünün birlikte değerlendirmesini şu şekilde yapmak mümkündür. İnsan ticareti mağduru ikamet izninde, başvuru yapılması esas olarak aransa da, insan ticareti mağduru ikamet izninin mahiyeti gereği, mağdur olduğu ya da olabileceği yönünde kuvvetli şüphe bulunan yabancı, bu izne başvurmamış olsa dahi idare re’sen bu izni verebilecektir⁹².

YUKK’da insan ticareti mağduru olduğu veya olabileceği yönünde kuvvetli şüphe bulunan yabancıların, kendi girişimleri ile suçun failleri ile yeniden bağ kurduklarının belirlendiği durumlarda ikamet izinlerinin iptal edileceği hükme bağlanmaktadır (m.49/1). Kanun’da insan ticareti mağduru ikamet iznin iptaline yönelik olarak tek sebep gösterilmiş olup burada hakkında insan ticareti mağduru olduğu ya da olabileceği yönünde kuvvetli şüphe bulunan yabancıların, kendisini suça maruz bırakan tacir/leri ile iletişim kurmasında özgür iradesi, ölçüt kabul edilmiştir. Bu bakımdan iradenin, özellikle korkutma yolu ile sağlanması ihtimalinin bu kapsamda iptal sebebi sayılmayacağı, hükmün aksi ile yorumundan anlaşılmaktadır. YUKK Uygulama Yönetmeliği’nde ise insan ticareti mağduru ikamet izninin hangi hâllerde iptal edileceği ile ilgili olarak üç sebep bildirilmiştir. Buna göre insan ticareti mağduru olduğu veya olabileceği yönünde kuvvetli şüphe bulunan yabancıların, destek programı süresince, kendi girişimi ile, suçun failleri ile yeniden iletişim kurduğunun; destek programı süresince veya serbest ikameti sırasında kendisine getirilen yükümlülüklerle uymadığının; yabancıların mağdur olmadığının belirlenmesi durumlarında mağdur destek programı sonlandırılmakta ve insan ticareti mağduru ikamet izni iptal edilmektedir (m.46/1). Ancak insan ticareti mağdurunun, kendisini bu suçta kullanan kişilerle yeniden irtibat tesis etmesi ya da kendisine getirilen yükümlülüklerle riayet etmemesi, zorlama, korkutma, şiddet, tehdit gibi mağdurun iradesi dışındaki durumlardan kaynaklanmışsa insan ticareti mağduru ikamet izninin iptal edilmeyeceği de hükme bağlanmıştır (YUKK Uygulama Yönetmeliği m.46/1).

90 Esen (n 64) 144.

91 ibid 155.

92 Rifat Erten, ‘Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Güncel Bir Değerlendirme’ (2015) XIX (1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3, 22; Meral Açıkgöz and Hakkı Onur Arıner, *Turkey’s New Law On Foreigners and International Protection: An Introduction*, (Briefing Paper 2, TurkMIS 2014) 16-17. Doktrinde ikamet izinlerine ilişkin şartların değerlendirilmesinde idarenin takdir yetkisinin asıl olduğu; emredici ve tahdidi olarak belirtilen hâller saklı kalmak üzere, YUKK’da kullanılan fâdeler ne olursa olsun bu ifadelerin İl Göç İdarelerinin ikamet izinlerine ilişkin takdir yetkisini bertaraf ettiği şeklinde yorumlanmaması gerektiği ifade edilmektedir. Nuray Ekşi, ‘Mahkeme Kararları Eşliğinde İnsani İkamet İzni’(2018) 38(2) MHB 243, 248.

İnsan ticareti mağduru ikamet izni başvurularının istisnai olarak yurt içinden yapıldığı hususu hatırlandığında, YUKK Uygulama Yönetmeliği m.22/18 uyarınca ikamet izninin reddi, uzatılmaması ya da iptali ile ilgili işlemler sırasında yabancı Türkiye'deki aile bağları, ikamet süresi, menşe ülkesindeki durumu ve çocuğunun yüksek yararının göz önünde bulundurulacağı ve kararın icrasının ertelenebileceği düzenlenmektedir. Bu durumdaki yabancıya harca tabi olmayan ve Türkiye'de bir ay süresince kalma hakkı sağlayan bir belge verilmektedir. Bir aylık süre sonunda Valilik tarafından yeniden değerlendirme yapılmakta ve ilgilinin Türkiye'de kalmasını gerektiren durumunun devam ettiğinin anlaşılması hâlinde söz konusu belgenin birer aylık sürelerle uzatılabilmekte ve yabancından Harçlar Kanunu'nda belirtilen hükümler doğrultusunda kalacağı sürenin harcı tahsil edilmektedir⁹³. Ancak bu belgenin en fazla kaç defa bu şekilde uzatılabileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

İnsan ticareti mağduru ikamet izninin reddi, uzatılmaması ya da iptali hâlinde ilgili yabancı bir Türk vatandaşı ile evlenerek aile ikamet iznine başvurup Türkiye'de kalmayı temin etmeyi düşünmesi mümkündür. Ancak kanun koyucu, hayatın olağan akışından elde edilen tecrübeleri göz önünde bulundurarak, özdeki niyetin bir aile kurmak değil de aile ikamet izni almak için yapılmış olan anlaşmalı evliliklere ilişkin ayrı bir hüküm sevk etmiştir. YUKK m.37/1 uyarınca aile ikamet izni verilmeden önce, makul şüphe bulunduğu takdirde, evliliğin sırf ikamet izni alabilmek maksadıyla yapıp yapılmadığı valiliklerce araştırılmaktadır. Bu araştırmanın neticesinde evliliğin, anlaşmalı olduğu ortaya çıkarsa ilgili yabancıya aile ikamet izni verilmemektedir⁹⁴.

YUKK m.26/vıı'de insan ticareti mağduru ikamet iznine sahip olan yabancıların, öğrenci ikamet izni alabilme koşullarının ortaya çıkması hâlinde, öğrenci ikamet iznine geçmeden de bu iznin sağladığı haklardan yararlanabilecekleri hükme bağlanmaktadır.

Türkiye'de bir kez, insan ticareti mağduru olarak tanımlanan yabancı, ülkesine gönüllü ve güvenli geri dönüşü⁹⁵ sağlandıktan sonra Türkiye'de yeniden insan ticareti suçuna maruz kalması ihtimalinde bir kez daha insan ticareti ikamet izni elde edemeyeceği hususunda; bir başka ifade ile insan ticareti mağduru ikamet izninin, aynı yabancıya birden fazla kez verilip verilemeyeceği konusunda gerek YUKK'da gerekse YUKK Uygulama Yönetmeliği'nde bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

93 Çörtoğlu (n 63) 62; Esen (64) 297; Erten (n 92) 23.

94 Doktrinde, YUKK m.37'de ifade olunan "anlaşmalı evlilik" tabirinin doğru olmadığı zira hukuk literatüründe anlaşmalı evlilik diye bir kavram olmadığı; tüm evliliklerde eşlerin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunduğu yani bir anlaşma olduğu ifade edilmektedir. Esen (n 64) 232 (dnp 204). Bu bakımdan geçerli bir evlilik yapan kişilerin gerçek amaçları bir aile birliği kurmak değil de aile ikamet izni almak ise bu durumun hukuk literatüründeki karşılığının, "muvazaalı evlilik" ya da "cali evlilik" olması gerektiği belirtilmektedir. Doğan (n 64) 77.

95 Gönüllü ve güvenli geri dönüş programı, yabancı mağdurun tanımlama işlemi sonrasında, destek programının uygulandığı sırada veya program bitiminde destek programından yararlanmak istemediğini beyan veya talep etmesi hâlinde Genel Müdürlüğün koordinasyonu dahilinde Müdürlük tarafından kendi ülkesine veya güvenli üçüncü ülkeye gönderilmesini ifade etmektedir (İnsan Ticareti İle Mücadele Ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik m.2/ğ).

3. İnsan Ticareti ile Mücadele ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik Düzenlemeleri

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ve Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi'ne dayanılarak hazırlanan İnsan Ticareti İle Mücadele ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik, Türk vatandaşı veya yabancı ayrımı gözetmeksizin insan ticaretine maruz kalmış gerçek kişiler bakımından çıkarılmış olup; Yönetmeliğin amacı, insan ticareti suçunun önlenmesi, insan ticaretiyle mücadele, insan hakları kapsamında insan ticareti mağdurlarının korunması, yabancı mağdura ikamet izni verilmesi ve mağdurlara sunulacak destek hizmetlerine ilişkin usul ve esasları belirlemektir (m.1). Yönetmeliğin dördüncü maddesinde, Yönetmelik hükümlerinin, insan haklarına dayalı, toplumsal cinsiyet eşitliği temelinde, sosyal devlet ilkesine uygun, adil, etkili ve süratli işletileceği belirtilmektedir.

YUKK ve YUKK Yönetmeliği düzenlemelerinden farklı olarak İnsan Ticareti İle Mücadele ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik'te mağdurun kim olduğu tanımlanmıştır. Buna göre mağdur, insan ticareti suçuna maruz kalan veya kaldığı yönünde kuvvetli şüphe duyulan gerçek kişiyi ifade etmektedir (m.3/n).

Yönetmeliğin “*Mağdur Tanımlaması ve İkamet İzni*” başlığını taşıyan üçüncü bölümü, çalışma konumuz ile ilgili ayrıntılı hükümler ihtiva etmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere insan ticareti mağduru olduğu ya da olabileceği yönünde kuvvetli şüphe duyulan bir yabancıya, insan ticareti mağduru ikamet izninin verilebilmesi için öncelikle, ilgili yabancının mağduriyetinin tanımlanması gerekmektedir. Bu bağlamda mağdur olduğunu beyan eden veya insan ticareti suçundan haberdar olan herkes durumu yazılı, sözlü veya elektronik olarak, acil yardım ve ihbar hattına (İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü Yabancılar Çağrı Merkezine (YİMER-Alo 157), Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluğa ihbar etme imkanına sahip kılınmıştır (m.16/1). Acil yardım ve ihbar hattı, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından kurulmakta, işletilmekte veya işletilmektedir (m.10).

İnsan ticareti mağduriyeti olan kişi/ler hakkında bilgi sahibi olanlar ihbarlarını, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'ne, il ya da ilçe Göç İdaresi Müdürlüklerine, Valilik veya Kaymakamlıklara ya da Sivil Toplum Kuruluşlarına yapabilmektedir. İhbarı alan merciye göre bildirim süreci farklı yürütülmektedir. Buna göre Genel Müdürlüğe, Müdürlüklere ihbar veya şikâyetler, derhal Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluğa (m.16/1), Valilik veya Kaymakamlığa yapılan ihbar veya şikâyetler, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına (m.16/11), sivil toplum kuruluşlarına yapılan ihbar veya şikâyetler ise İl veya ilçe Göç İdaresi Müdürlüklerine, kolluğa (jandarma, polis, sahil güvenlik ve gümrük muhafaza görevlileri) veya Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilmektedir (m.16/1v). İlaveten insan ticareti mağduru ile karşılaşma ihtimali yüksek olan Aile,

Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı gibi kurum ve kuruluşlar mağdur olduklarından şüphelendikleri kişiyi acil yardım ve ihbar hattına ve ayrıca gecikmeksizin İl veya ilçe Göç İdaresi Müdürlüklerine, kolluk kuvvetlerine veya Cumhuriyet Başsavcılığına bildirmekle yükümlü tutulmaktadır (m.16/7).

Acil yardım ve ihbar hattı görevlilerinin, kendilerine intikal eden kişisel bilgileri yasalarla yetkilendirilen merciler ile görevleri gereği bilgi sahibi olması gerekenler dışında herhangi bir başka kurumla paylaşımları yasaklanmıştır (m.10/11).

Acil yardım ve ihbar hattına yapılan bildirimler, kayıt altına alınarak ve beş yıl süreyle saklanmaktadır (m.10/1v).

İnsan ticareti mağdurunun doğru şekilde tanımlanabilmesi için yetkili birimlerin birbirleri ile irtibat içinde bulunmaları önem arz etmektedir. Söz konusu çerçevede özellikle kolluk kuvvetlerinin, düzenlenen operasyonlarda kişilerin zorla çalıştırılması, fuhuşa konu olmaları, zorla hizmet ettirme, zorla evlendirme, organ ve dokularından yararlanma, çocuk işçiliği, çocukların suçta kullanılmaları ve çocukların dilendirilmesi, evlatlık verilmesi gibi insan ticareti suçu kapsamında değerlendirilebilecek vakialarda il ya da ilçe Göç İdaresi Müdürlükleri ile irtibata geçmeleri gerekmektedir (m.17/1).

Kolluk kuvvetleri, insan ticareti mağdurunun tanımlanması kapsamında fuhuşa sürüklenen kişilerin insan ticareti mağduru olabileceği değerlendirmesinde bulunarak, ön tespitin titizlikle yapılması sağlamak⁹⁶ ve kamu sağlığı açısından tehdit oluşturabilecek hastalık taşıma riski olduğundan söz konusu kişilerin işlemlerini öncelikle tamamlamaktadır (m.17/11). Hükümde cinsiyet temelli bir ifade tarzı kullanılmamış olmakla birlikte, insan ticaretine maruz kalan kişilerin çoğunluğunu kadınların oluşturması ve insan ticaretinin genellikle fuhuş ile ilişkilendirilmesi sebebiyle gizli bir indirgeyici yaklaşım benimsendiği düşünülmektedir. Büyük ihtimalle kadın olan mağdurların, psikolojik durumlarına, içinde buldukları koşullara, yaşadıklarından kaynaklanacak ruhsal ve bedensel güçsüzlüğe, strese, post-travmatik strese ve depresyona temas edilmeksizin yalnızca kamu sağlığı açısından hastalık taşıma riskinin işaret edilmesi, kanaatimizce, Yönetmeliğin dördüncü maddesinde yer alan iddiaya rağmen, sabit yargıların bir yansımasıdır. Zira, haklarındaki işlemlerin yürütülmesi bağlamında öncelik hakkı elde eden “muhtemelen hastalıklı” kişiler yönünden, ilk varsayımsal değerlendirmeyi kolluk kuvvetlerinin yapacak olduğu bildirilmektedir. Ayrıca bu değerlendirmeden sonraki süreçlerin tanımlanmaması; örneğin tedavi ve barınma imkanlarında, suça maruz

96 Yönetmelik'te mağdurlar ile karşılaşma ihtimali yüksek olan kamu kurum ve kuruluşlarının görevlilerine ve sivil toplum kuruluşlarının çalışanlarına yönelik eğitim çalışmaları düzenleneceği ifade edilmekle birlikte, eğitimin içeriğinin nasıl tespit edileceği belirtilmemekte; özellikle toplumsal cinsiyet vurgusu yapılmamaktadır (m.12). Eğitim ve farkındalık faaliyetleri başlıklı madde 12 hükmünün, Yönetmeliğin toplumsal cinsiyet eşitliği temelinde düzenleme yapma hedefi göz önünde bulundurulduğunda, içeriksel olarak oldukça yetersiz ve ikna edici olmadığı düşünülmektedir.

diğer kişilerden farklı bir muamele görüp görmeyeceklerinin belirtilmemesi de bir eksiklik olarak görülmektedir⁹⁷.

YUKK ve YUKK Yönetmeliği düzenlemelerinden farklı olarak İnsan Ticareti İle Mücadele ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik'te mağdur olduğu veya olabileceği yönünde kuvvetli şüphe duyulan kişilerin, mağduriyetlerinin tanımlanabilmesi bakımından bir mülâkata tabi tutuldukları düzenlenmektedir. Mülâkatın, şartlar elverdiği ölçüde, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanmış mülâkat formları eşliğinde yapılmasına dikkat edilmektedir (m.17/v1). Mülâkat formları aracılığı ile görüşme yapılan kişinin insan ticareti mağduru olup olmadığının daha kolay anlaşılabilmesi amaçlanmaktadır. Mülâkat formunda muhtemel mağdurun kimlik bilgilerine⁹⁸ ve mağdura yöneltilecek sorular yer almaktadır⁹⁹.

İnsan Ticareti İle Mücadele ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik m.17/v1'da ifade olunan mülâkatın amacı, mağdurun tanımlanmasıdır. Bunun için mülâkata tabi tutulan kişinin korkularını aşır kendini güvende hissetmesi sağlanmalı ve kendini en doğru şekilde anlatmasına olanak tanınmalıdır. Bu bakımdan mülâkata tabi tutulan kişinin kendi dilini konuşan bir kişi ile görüştürülmesi önem arz etmektedir. Hâlbuki ilgili Yönetmeliğin m.18/x hükmünde tanımlama sürecinde gerçekleştirilecek iş ve işlemler esnasında, yabancıya, talebi üzerine veya re'sen, Müdürlük tarafından tercüman sağlanacağı; özel bir vurgu ile mağdurun kadın olması durumunda, varsa, tercümanın da kadın olmasının tercih edileceği düzenlenmektedir. Öte taraftan kanun koyucu, mülâkat aşaması tamamlandıktan ve ilgili yabancı mağdur olarak tanımlandıktan sonra kendisine, ana dilinde veya anlayacağı bir dilde destek hizmetleri hakkında bilgi verileceği hususunu düzenlemektedir (m.17/x11)¹⁰⁰.

97 Hükümle ilgili olarak değinmek istediğimiz bir diğer nokta, kamu sağlığı açısından risk teşkil eden hastalıkların hangi çeşit hastalıklar olduğunun belirtilmeyerek çok genel bir tarif verilmiş olmasıdır. Burada kast edilenin Dünya Sağlık Örgütü'nün Uluslararası Hastalık Dizini'nde (ICD) sayılan bulaşıcı hastalıklar olduğu düşünülmektedir. Öte taraftan ülkemizde, LGBT bireylerine yönelik sergilenen olumsuz tutum ve davranışlara binaen ve sağlık mevzuatında eşcinselliğin, transseksüelliğin veya cinsiyet uyumsuzluğunun bir hastalık olmadığına dair bağlayıcı düzeyde bir kabule ulaşılmadığından, bu kişilerin, insan ticaretine maruz kalmış olma ihtimaline odaklanılmaksızın, sadece cinsel yönelimleri sebebiyle ön yargılı ve otomatikman "hasta" varsayılarak, sınır dışı etme gibi, farklı bir muameleyle tabi tutulma ihtimalinin doğabileceği düşünülmektedir.

98 Mülâkat tutanağında yer alan kimlik bilgileri şu şekildedir: ad ve soyad, baba-ana adı, doğum yeri ve tarihi, nüfusa kayıtlı olduğu yer, ikametgah adresi, medeni hâli ve mesleği, ifadenin alındığı yer ve tarih, yurt dışı adresi, iletişim bilgileri (İnsan Ticareti İle Mücadele ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik Ek-1). Söz konusu mülâkatın, toplumsal cinsiyet duyarlılığına uygun yapıp yapılmadığına ilişkin bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte mülâkat tutanağında cinsiyet bilgisine yer verilmemiş olması, anılan bakış açısı itibarıyla olumlu değerlendirilmektedir.

99 Bu sorulardan bazıları şu şekildedir: 1. İnsan tacirleriyle ilk nerede, ne zaman ve nasıl temas kurduunuz? 2. Türkiye'ye nasıl getirildiniz (hangi yol, güzergâh kullanılarak)? 3. Türkiye'ye geldiğinizde kim tarafından karşılandınız? 4. Türkiye'de fuhuş yapmaya veya çalışmaya zorlandınız mı? Zorlandıysanız bu süreç nasıl gerçekleşti? 5. Türkiye'de bulunduğunuz süre içerisinde çalışma şartlarınızı açıklar mısınız? 6. Türkçe biliyor musunuz? Biliyorsanız nerede öğrendiniz. Dündar and Özer (n 4) 2-Ek 1. Mülâkat esnasında mağdurun kültür ve eğitim düzeyi, sosyal çevresi, gelir düzeyi, dini, politik ve sosyal görüşlerinin farklılık arz edeceği hususu göz önünde bulundurulacak doğru iletişim kanalları açılarak mağdura ulaşma ve psikolojik bir fayda ortaya çıkarma gayesinden hareket edilmektedir. Bu bağlamda özellikle cinsel şiddete maruz kalmış vakalar ile mülâkat ustalıkla ve incelikle yapılmalıdır. Mülâkatlar, konuşmaların duyulmayacağı kapalı ve mahremiyeti olan bir alanda gerçekleştirilmekte, görüşme süresince sadece mağdur, mülakat görevlisi, gerekli ise tercüman ve destek görevlisi hazır bulunmakta, cep telefonları kapatılmakta, kapalı alan bulunamıyorsa mahremiyete sahip bir yer seçilmektedir. Görüşme süresince mağdurun kişisel mahremiyetine ve gizliliğine önem verildiği hissettirilmeye çalışılmaktadır. Dündar and Özer (n 4) 39.

100 Yunanistan'da, ilk tespit aşamasında, potansiyel mağdurlara toplam on üç dile çevrilmiş bulunan bir bilgi formu verilmektedir. Arnavutluk'ta ise 2005 yılında kurulan yönlendirme mekanizması kapsamında potansiyel mağdurla mülâkatlar, kendi dilinde, özel bir yerde ve gizlilik çerçevesinde yapılmaktadır. Coşkun, *İnsan/Kadın Ticareti ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliği* (n 46) 52.

Bu süreçte kolluk kuvvetleri talep ederse il ya da ilçe Göç İdaresi Müdürlüğü'nde görevli uzman personelden en az birinin, muhtemel mağdurla yapılacak mülakatta hazır bulunmak üzere görevlendirilmesi mümkündür (m.17/v). İlgili personel tarafından muhtemel insan ticareti mağdurları ile gerçekleştirilen mülâkatlar esnasında, kolluk birimleri tarafından alınan ifadede yer almayan ve suç soruşturmasına ışık tutabilecek nitelikte bilgiler elde edilmişse bu bilgilerin kolluk veya Cumhuriyet Başsavcılığı'na ulaştırılması gerekmektedir (m.17/vii).

Hakkında insan ticareti suçunun mağduru olduğu yönünde rapor tanzim edilen (m.17/viii) kişilere il ya da ilçe Göç İdaresi Müdürlükleri tarafından onaylanan bir "insan ticareti mağduru tanımlama belgesi" verilmekte (m.17/ix) ve bu kişilere yönelik kayıt yapılmaktadır (m.17/x). Bu belgede insan ticareti mağdurunun adı-soyadı, uyuğu, baba ve ana adı, mağdurun doğum tarihi, doğum yeri, pasaport numarası, Türkiye'ye gelme amacı, öğrenim durumu, medeni durumu, çocuklarının sayısı, ülkesindeki adresi, vatandaşlık numarası ile belgenin düzenlendiği tarih bilgileri yer almaktadır (İnsan Ticareti İle Mücadele ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik Eki-2).

İnsan ticareti mağduru tanımlama belgesinin sahibine bahsettiği imkanlar şu şekildedir. Bu kişiler, 1. 05.12.2003 tarihli ve 2003/6565 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca sağlık kuruluşlarından ücretsiz faydalanma, 2. İnsan ticareti mağdurlarının desteklenmesine yönelik faaliyet gösteren sığıma evlerinde geçici olarak barınma, rehabilite edilme ve destek programına erişme, 3. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nce bir sivil toplum kuruluşu ya da hükümetler arası kuruluş ile işbirliği halinde sağlanacak güvenli ve gönüllü dönüş programına erişim haklarına sahip olmaktadır (İnsan Ticareti İle Mücadele ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik Eki-2).

Mağdur olduğu veya olabileceği yönünde kuvvetli şüphe duyulan yabancıların, tanımlama sürecinde sınır dışı işlemine konu edilmeyecekleri hususu, İnsan Ticareti İle Mücadele ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmeliği'nde ayrıca düzenlenmektedir (m.18/vii).

İnsan ticareti mağduru tanımlama belgesinin geçerliliğinin 6458 sayılı Kanun'un 48 inci maddesi uyarınca düzenlenecek İnsan Ticareti Mağduru İkamet İzni teslim edilene kadar olduğu belirtilmektedir (İnsan Ticareti İle Mücadele ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik Eki-2).

İnsan Ticareti İle Mücadele ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik'te, YUKK ve YUKK Uygulama Yönetmeliği hükümleri ile uyumlu olarak mağdur olduğu veya olabileceği yönünde kuvvetli şüphe duyulan yabancılara, yaşadıklarının etkisinden kurtulabilmesi ve yetkililerle işbirliği yapıp yapmayacağına karar verebilmesi amacıyla Valiliklerce otuz gün süreli ikamet izni verileceği düzenlenmektedir (m.20/ı). Ancak

İnsan Ticareti İle Mücadele ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik'te otuz günlük bu süre düşünme süresi olarak tanımlanmaktadır (m.3/e).

Yönetmelik'te, insan ticareti mağduru ikamet izninin, mağdur tanımlama belgesinin düzenlenmesinden ne kadar bir süre geçtikten sonra verileceği hususu belirtilmemektedir. Bir diğer ifade ile mağdur tanımlama belgesi ile kayıt altına alınan yabancıların, insan ticareti mağdurlarının, desteklenmesine yönelik faaliyet gösteren sığınma evlerinde geçici süre ile barındıkları dikkate alındığında otuz günlük düşünme süresinin hesabında, tanımlama aşamasında sığınma evlerinde geçirilen bu geçici zamanın sayılıp sayılmayacağı ile ilgili açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

İnsan Ticareti İle Mücadele ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik'te, YUKK ve YUKK Uygulama Yönetmeliği hükümlerinden farklı olarak, yabancı uyruklu mağdur ve çocuğuna, 02.07.1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu'na (RG:17.07.1964 (T), 11756 (S)) göre (m.88/1-g) ikamet izni verilmesi (m.20/v); mağdurun daha önceki dönemlerde vize ve ikamet süresi ihlalden kaynaklanan cezaları varsa bunların, ikamet izni düzenlemesine engel teşkil etmemesi (m.20/v); mağdur olan veya olduğu yönünde kuvvetli şüphe duyulan kişilere verilen düşünme süresi esnasında veya bu sürenin bitiminde destek programından faydalanmak istemediğini ve yetkililerle işbirliği yapmayacağını yazılı olarak açıkça beyan eden kişilerin de mağdur olarak tanımlanması ve bu durumdaki mağdurlara yabancılara ilişkin genel hükümlerin uygulanması hususları yer almaktadır.

İnsan Ticareti İle Mücadele ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik m.20/v1'da mağdur olan veya olduğu yönünde kuvvetli şüphe duyulan kişilere verilen düşünme süresi esnasında veya bitiminde destek programından faydalanmak istemediğini ve yetkililerle işbirliği yapmayacağını yazılı olarak açıkça beyan eden kişilerin de mağdur olarak tanımlanacağı ve fakat bu durumda, mağdurlara yabancılara ilişkin genel hükümlerin uygulanacağı ifade edilmektedir. Bu hüküm, insan ticareti mağduru ikamet izninin verilmiş amacının, ilgili yabancının yaşadıklarının etkisinden kurtulabilmesi ve yetkililerle işbirliği yapıp yapmayacağına karar verebilmesi olduğunu düzenleyen YUKK m48/1 hükmü ile birlikte düşünüldüğünde, iyileşmek istemediğini ve yetkililerle işbirliği yapmayacağını yazılı olarak açıkça beyan eden kişilere, mağdur olarak tanımlanmış olsalar bile, insan ticareti mağduru ikamet izni verilmeyeceği; bu kişilerin YUKK'ta düzenlenmiş olan diğer ikamet izinlerinden birine sahip olabilecekleri anlaşılmaktadır.

İnsan Ticareti İle Mücadele ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik'te insan ticareti mağduru ikamet izninin uzatılması¹⁰¹ ve iptal edilmesine ilişkin

101 Değerlendirme raporuna istinaden ikamet izni uzatılması uygun görülen mağdurların ikamet izni en fazla altı ay sürelerle uzatılır. Ancak bu süreler hiçbir şekilde toplam üç yılı geçemez (m.21/11).

sebepler¹⁰², YUKK ve YUKK Uygulama Yönetmeliği ile uyumluluk göstermektedir.

İnsan Ticareti Mağduru Tanımlama Belgesi onaylanmayan, ikamet izninin uzatılması kararı verilmeyen, ikamet izni iptal edilen veya destek hizmetlerinden faydalanmayı tercih etmeyen ve destek programı sonlandırılan yabancı uyruklu kişilerin, Türkiye’de yabancılara yönelik genel hükümlere tâbi olacakları bildirilmektedir (m.21/viii).

YUKK ve YUKK Uygulama Yönetmeliği hükümlerinden farklı olarak mağdur olarak tanımlanan yabancının, ülkesine gönüllü ve güvenli geri dönüşü sağlandıktan sonra Türkiye’de yeniden insan ticareti suçundan mağdur olması ihtimalinde, mağdur tanımlamasının Genel Müdürlüğün görüşleri doğrultusunda gerçekleştirileceği ifade edilmektedir. O hâlde, bir kez verilmiş insan ticareti mağduru ikamet izninin, somut olayın özellikleri göz önünde tutularak aynı kişiye yeniden verilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır (m.18/iv).

C. Uluslararası Hukuki Düzenlemeler

1. Genel Çerçeve

Uluslararası alanda insan ticaretinin önlenmesi, mağdurların korunması ve insan ticaretinden sorumlu olanların cezalandırılmasını içeren geniş bir yükümlülükler yelpazesinde benimsenmiş bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Devletler, daha çok, ikili veya çok taraflı uluslararası sözleşmeler yolu ile insan ticareti mağduru olan veya olma tehlikesi altında bulunan kişilerin mevcut durumdan kurtulmaları için gerekli koruma önlemlerini almak konusunda birbirlerine karşı yükümlülük altına girmektedir. Bu bağlamda insan ticareti mağdurlarının ikamet izinlerine ilişkin düzenlemelerin arka plânında, en başta, İnsan Hakları Evrensel Beyannâmesi m.3 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.2 ve 5 ile teminat altına alınmış olan “güvenli yaşam hakkı” yer almaktadır.

102 -29. madde kapsamında mağdur destek programının sonlandırıldığı durumlarda verilen ikamet izinleri uzatılmamakta veya iptal edilmektedir (m.21/iii).

-İnsan ticareti mağduru olduğu veya olabileceği yönünde kuvvetli şüphe bulunan yabancıların, kendi girişimleriyle suçun failleriyle yeniden bağ kurduklarının belirlendiği durumlarda ikamet izinleri iptal edilmektedir. Ancak; bu eylemi karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir, şiddet, korkutma, tehdit sonucu ya da psikolojik sebeplerle yapıp yapmadıkları araştırılmaktadır. Müdürlük ve sığınma evi görevlilerinin görüşlerini içeren değerlendirme raporunda bu nedenlerden birinin varlığı konusunda kanaat oluşursa, mağdurun ikamet izni iptal edilmemektedir (m.21/vi).

-Destek hizmetlerinden sadece gönüllü ve güvenli geri dönüş programı talep eden mağdurun ikamet izni, gönüllü ve güvenli geri dönüş işlemi gerçekleştirildikten sonra iptal edilmektedir (m.21/iv).

-Destek programı sürecinde mağdurun, gönüllü ve güvenli geri dönüş programından faydalanmak istemesi hâlinde, ikamet izni, gönüllü ve güvenli geri dönüş işlemi gerçekleştirildikten sonra iptal edilmektedir (m.21/v).

2. Türkiye'nin Taraf Olduğu Uluslararası Hukuki Düzenlemeler

a. Sınır Aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına Ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol (Palermo Protokolü)

Palermo Protokolü'nde insan ticaretine maruz kalan kişilerin, buldukları ülkede ikametlerine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmemekle birlikte, konunun genel çerçevesini çizen bazı standartlar tespit ettiği görülmektedir. Bu bağlamda devletlerin, insan ticareti mağdurlarının ikametlerine, her şeyden önce mağdurları korumak ve onlara yardım etmek yükümlülüklerinin bir gereği olarak izin verecekleri kabul edilmektedir (m.6/III-a). Bu bağlamda insan ticareti mağduru olan kişilerin ikamet izinlerinin düzenlenmesinde, diğer her türlü önlem de olduğu gibi, devletlerin uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan haklarını, yükümlülüklerini ve sorumluluklarını devam ettirmekte oldukları hususuna yer verilmektedir. Protokol'de öngörülen önlemlerin kişilere, insan ticareti mağdurları oldukları gerekçesiyle ayırım yapmayacak biçimde yorumlanacağı ve uygulanacağı ayrıca belirtilmektedir (m.14).

İnsan ticareti mağdurlarının ikamet izinlerinin niteliğini belirleme hususunda, taraf devletler serbest bırakılmakta; bu izinlerin geçici süreli ya da daimi izinler şeklinde düzenlenebileceği hükme bağlanmaktadır¹⁰³.

Palermo Protokolü'nde insan ticareti mağdurlarının ikametine ilişkin tek tip bir düzenleme yapılmamış olduğundan herhangi bir süre de zikredilmemiştir. Ancak taraf devletlerin kendi iç hukuklarındaki ikamet düzenlemeleri ne şekilde yapılırsa yapılsın ikamete ilişkin idari işlemlerin yürütülmesi esnasında özellikle dikkat edilmesi gereken bazı hususlar bulunmaktadır. Anılan doğrultuda, devletlerin alacakları önlemlerde insan ticareti mağdurlarının fiziksel, psikolojik ve sosyal yönden iyileşmelerini sağlamak amacı esastır. Söz konusu amaçla insan ticareti mağdurlarına uygun barınma olanağı sağlanması (m.6/2-a), insan ticareti mağdurlarının anlayabilecekleri bir dilde özellikle yasal haklarına ilişkin danışmanlık hizmeti ve bilgi verilmesi (m.6/2-b), bunlar yapılırken insan ticareti mağdurlarının yaşının, cinsiyetinin, özel ihtiyaçlarının ve özellikle çocukların özel ihtiyaçlarının dikkate alınması (m.6/IV) gerekmektedir.

Palermo Protokolü'nde, taraf devletlerin, kendi ülkesi içinde buldukları sürece, insan ticareti mağdurlarının fiziksel güvenliğini sağlamak için çaba göstereceklerine işaret edilmektedir (m.6/v). Bu noktada taraf devletlerin insan ticareti mağdurlarına yönelik olarak düzenleyecekleri ikamet izinleri ile de ilişkili tutulabilecek önemli bir gizlilik hükmüne yer verildiği görülmektedir. Palermo Protokolü m.6/1 hükmü

103 "Her Taraf Devlet, bu Protokol'ün 6. maddesi uyarınca alınacak önlemlere ek olarak, uygun hâllerde, insan ticareti mağdurlarının kendi ülkesinde geçici veya daimi olarak kalmalarına izin veren yasal veya diğer uygun önlemleri almayı düşünecektir" (m.7/1).

uyarınca, her taraf devlet, kendi iç hukukunun elverdiği ölçüde, diğer önlemlerin yanı sıra, insan ticaretine ilişkin işlemlerini gizli yürüterek insan ticareti mağdurlarının özel hayatlarını ve kimliklerini korumak zorundadır¹⁰⁴.

Palermo Protokolü'nde, YUKK, YUKK Uygulama Yönetmeliği ve İnsan Ticareti İle Mücadele Ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik hükümlerinde olduğu gibi insan ticaretine maruz kalan kişilerin tanımlanması sürecinde, mağduru kimin belirleyeceği belirtilmemektedir. Ancak bu süreçte, görev yapacak kişilerin konuya ilişkin bir eğitimden geçirilmiş olması ve bu eğitimde insan hakları, çocuk ve kadınlara özgü sorunların plânlanması gerektiği ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmektedir¹⁰⁵.

Palermo Protokolü'nde insan ticareti mağdurlarına sağlanan destek hizmetlerinin ne zaman sona ereceğine ve ikamet izinlerinin iptaline ilişkin düzenlemeler bulunmamakla birlikte, mağdurun korunmasına yönelik hükümlerde temas edildiği üzere, mağdurun iyileşme hedefine ulaşıldıktan sonra kendi ülkesine geri dönmesinin sağlanacağı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda her üye devlet, kendi vatandaşı olan veya diğer bir üye devletin ülkesine girişi sırasında kendi ülkesinde daimi ikamet hakkına sahip bulunan bir insan ticareti mağdurunun geri dönüşünü, o kişinin güvenliğini de gözeterek, sebepsiz veya makul olmayan bir gecikme olmaksızın kolaylaştırmak ve kabul etmek yükümlülüğü altında tutulmaktadır (m.8/1). Benzer şekilde bir üye devletin, bir insan ticareti mağduru, o üye devletin ülkesine girişi sırasında ülkesinde daimi ikamet hakkına sahip bulunduğu veya vatandaşı olduğu diğer bir üye devlete iade etmesi halinde, bu tür bir geri gönderme o kişinin güvenliğini, kişinin insan ticareti mağduru olmasına yol açan olaylarla ilgili yasal işlemlerin durumunu ve geri dönüşün mümkünse gönüllü olarak yapılması gerektiğini gözetmektedir (m.8/1)¹⁰⁶.

b. Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi

Avrupa Konseyi üyesi ülkeler arasında insan ticaretini, toplumsal cinsiyet eşitliğini güvence altına alarak anlamak, insan ticareti ile mücadele etmek, insan haklarını korumak, mağdurlar ile tanıkların desteklenmesi ve korunması için kapsamlı bir

104 Bu hükümle uyumlu olarak, İnsan Ticareti İle Mücadele Ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik'te "*İnsan ticareti ile mücadele ve mağdurların korunması süreci kapsamındaki yetkililer ve görevliler; edindikleri gizlilik taşıyan her tür bilgi ve belge ile kişisel sırları yetkililerden başkasına açıklayamaz, kendilerinin veya üçüncü kişilerin yararına kullanamaz*" (m.14/v) hükmüne yer verildiği görülmektedir.

105 "*Taraf Devletler, insan ticaretinin önlenmesinde kanun uygulayıcı makamlar, göçmenlikten sorumlu görevliler ve ilgili diğer görevlileri eğitecek ve verilen eğitimi güçlendireceklerdir. Eğitim, mağdurların insan tacirlerinden korunması dahil, bu tür ticaretin önlenmesinde, insan tacirleri hakkında kanuni takipte bulunulmasında ve mağdurların haklarının korunmasında kullanılan yöntemler üzerinde odaklanmalıdır. Eğitim, insan hakları ile çocuk ve kadınlara özgü sorunları göz önüne alma gereğini de hesaba katmalı ve sivil toplum örgütleriyle, diğer ilgili kuruluşlarla ve sivil toplumun diğer unsurlarıyla işbirliğini teşvik etmelidir*" (m.10/11).

106 Bu hükümlerle uyumlu olarak, İnsan Ticareti İle Mücadele Ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik'te "*Müdürlük tarafından, mağdurun kendi ülkesine veya üçüncü bir ülkeye gitmek istediği durumda, güvenli çıkışının sağlanması ve gerekli koruma önlemlerinin alınabilmesi amacıyla Genel Müdürlüğe bilgi verileceği (m.30/11); kişinin hayatı veya viucut bütünlüğü bakımından yakın bir tehlikenin mevcut olması hâlinde kolluk refakati talep edilebileceği (m.30/1v); mağdurların ülkemizden çıkış ve belge kontrol işlemleri, söz konusu mağdurlar pasaport kontrol noktasına götürülmeden, belgeler üzerinden tamamlanacağı ve kişilerin doğrudan uçağın veya diğer ulaşım vasıtalarının kapısına götürüleceği*" (m.30/1v) düzenlenmektedir.

çerçeve oluşturmak, etkili kovuşturma ve soruşturmayı teminat altına almak ve uluslararası işbirliğini teşvik etmek amaçları (m.1) ile 2005 yılında akdedilen İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi, ulusal veya sınır aşan olup olmamasına; örgütlü suç olup olmamasına bakılmaksızın insan ticaretinin her şekli için uygulama alanı bulmaktadır (m.2).

Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi, toplumsal cinsiyet kavramına en fazla referans veren hukuksal düzenleme olma özelliği ile öne çıkmaktadır. Bu çerçevede insan ticareti mağdurlarının ikametine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı üçüncü bölüm, “*toplumsal cinsiyet eşitliğini güvence altına almak, mağdurların haklarını teşvik edecek ve koruyacak önlemler*” başlığı ile takdim edilmektedir. Yine bu bölüm içinde toplumsal cinsiyet eşitliği kenar başlığını taşıyan ayrı bir hükme de yer verilmektedir. Buna göre, taraf devletler, üçüncü bölümde öngörülen tedbirleri uygularken, toplumsal cinsiyet eşitliğini teşvik etmeyi amaçlamakta; bu tedbirlerin geliştirilmesi, uygulanması ve değerlendirilmesinde toplumsal cinsiyet eşitliğinin yaklaşımına başvurmaktadır (m.17).

Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi uyarınca insan ticaretine maruz kalmış kişilere önleme, işbirliği ve koruma amaçları ile ikamet izni verilebilmesi için söz konusu kişilerin insan ticareti sebebiyle mağdur olduğuna kanaat getirilmesi için haklı sebeplerin varlığı yeterli görülmektedir. Buradan da anlaşılmaktadır ki, insan ticareti ikamet izninin verilmesi için, suça maruz kalan kişilerin mağduriyetlerinin idari ve adli mercilerce kesin olarak tespit edilmesi gerekmektedir. Çünkü bu Sözleşme’nin, konuyla ilgili diğer uluslararası hukuki düzenlemelerde olduğu gibi, odaklandığı nokta, insan ticaretinin önlenmesi; özellikle kadınlara ve çocuklara özel önem verilerek insan ticareti ile ilgili farkındalık çalışmalarında toplumsal cinsiyet eşitliği normuna işaret etmektedir¹⁰⁷.

İnsan ticareti ikamet izninin verilebilmesinin bir ön şartı niteliğinde olan mağdurun tanımlanması aşamasında görev yapacak kişilerin eğitilmiş ve vasıflı kişiler olması gerektiği hususu, Sözleşme’nin onuncu maddesinde ayrıca düzenlenmektedir.¹⁰⁸

İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi’nde, insan ticareti mağduru olduğu düşünülen kişiye iyileşmesi ve düşünmesi için üye devletlerce verilecek olan ikamet süresi, en az otuz gündür (m.13/1). Bu süre zarfında mağdur kabul edilen kişiye karşı herhangi bir sınır dışı etme kararı infaz edilmemekte; yetkili makamlar tarafından

107 Coşkun, *İnsan/Kadın Ticareti ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliği* (n 46) 39. Bu bağlamda taraf devletler, özellikle insan ticareti mağdurunun kimliğinin veya tanınmasına neden olabilecek verilerin, aile üyelerinin bulunmasının veya çocuğun sağlığının ve korunmasının güvence altına alınmasının gerektirdiği istisnai durumlar dışında, basın veya diğer yollarla kamuoyuna ifşa edilmemesini sağlayacak önlemleri almayı kabul etmektedir (m.11/1).

108 “Her bir taraf, insan ticaretinin önlenmesi ve bu suçla mücadeleyle görevli birimlerinde, başta çocuklar olmak üzere mağdurlara yardım ve tespitinde alanlarında eğitilmiş ve vasıflı kişilerin görevlendirilmelerini ve çocuk ve kadın mağdurların özel durumlarının gerekli ölçüde dikkate alındığı bu yöntemle mağdurların tespitini ve gerektiği takdirde Sözleşme’nin 14.maddesinde belirlenen şartlarla mağdura ikamet izni düzenlenmesini teminen insan ticareti ile mücadeleyle görevli muhtelif birimlerin birbirleriyle ve ilgili destek kuruluşları ile işbirliği yapmalarını sağlar” (m.10/1).

yürütülen sürece yönelik işlemler askıya alınmamaktadır. Otuz günlük süre boyunca mağdurların buldukları ülkede ikamet izni ile oturma hakları bulunmaktadır. (m.13).

Sözleşme’de en az otuz günlük düzenlenecek ikamet süresinin, iyileşme ve düşünme süresi olarak kabul edildiğinden ve bu sürenin tanziminde taraf devletlerin iç hukuklarına yollama yapıldığından ikamet süresinin taraf devletlerce somut durum şartlarına bağlı olarak uzatılabileceği anlaşılmaktadır¹⁰⁹. Bu doğrultuda otuz günlük sürenin kaç defa ve ne kadarlık sürelerle uzatılabileceğine yönelik bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir. Fakat insan ticareti mağduru ikamet izninin verilmesinden sonraki süreçte kamu düzeni gerekçesiyle veya mağdurun hatalı saptandığının anlaşıldığı durumlarda bu süreye riayet etme yükümlülüğünün bulunmadığı açıkça ifade edilmektedir (m.13/III).

İnsan ticareti mağdurunun çocuk olması halinde, ikamet izni, çocuğun yüksek menfaati göz önünde bulundurularak düzenlenmekte ve aynı saiklerle gerekli olduğu hâllerde uzatılmaktadır (m.14/II).

Sözleşme’ye göre insan ticareti mağduru olan kişilerin ikamet izinlerinin uzatılmaması ya da verilen ikamet izinlerinin geri alınması mümkündür. Ancak ikamet izinlerinin uzatılmamasına ya da geri alınmasına yönelik sebeplerin neler olduğu Sözleşme’de düzenlenmemiş olup bu sebepleri belirlemek üye devletlerin iç hukuklarına bırakılmıştır (m.14/III).

İnsan ticareti mağduru, bu kapsamda kendisine verilen ikamet izni süresi içinde bulunduğu devletin yasasında öngörülmüş olan diğer bir ikamet izni türü için başvuruda bulunabilmektedir. Ancak böyle bir ihtimalde mağdurun insan ticareti ikamet izninden yararlanmış olduğu ya da hâlen yararlanmakta olduğu hususu dikkate alınmaktadır (m.14/IV).

İnsan ticareti mağduru ikamet iznine sahip olan kişinin, oturma hakkı elde ettiği ülkeden uluslararası sözleşmeler ile teminat altına alınmış koruma statülerine bireysel olarak başvurma imkanı bulunmaktadır, bir diğer ifade ile Sözleşme uyarınca üye devletler, Sözleşme kapsamında verecekleri ikamet izninin, mağdurun sığınma talebinde bulunma ve bundan yararlanma hakkına hâlel getirmeyeceğini temin etmektedir (m.14/V).

109 Üye devletlerin yetkili makamları, mağdurların kişisel durumları bakımından ikametlerinin gerekli olduğunu değerlendirse ya da soruşturma veya adli işlemler sırasında yetkili birimlerle işbirliği yapması amacı ile ikametlerinin gerekli olduğuna kanaat getirirse ikamet süresi uzatılabilmektedir (m.14/I).

c. Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi)

Avrupa Konseyi üye devletleri ve sözleşmeye imza koyan diğer devletler, kadına karşı şiddet konusunda önemli standartlar oluşturan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin giderek genişleyen içtihat hukukunu göz önüne alarak; kadınlarla erkekler arasında de jure ve de facto eşitliğin gerçekleştirilmesinin kadına karşı şiddetin önlenmesinde temel bir unsur ve kadına karşı şiddetin yapısal özelliğinin toplumsal cinsiyete dayandığını ve kadına karşı şiddetin, kadınların erkeklere nazaran daha ast bir konuma zorlandıkları en önemli sosyal mekanizmalardan biri olduğunun bilinci ile 11 Mayıs 2011'de İstanbul'da "*Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi*"ni akdetmişlerdir¹¹⁰.

Sözleşme'nin amaçları beş bent halinde birinci maddede sayılmaktadır. Buna göre İstanbul Sözleşmesi ile;

- Kadınların her türlü şiddete karşı koruması ve kadına karşı şiddeti ve aile içi şiddetin önlenmesi, kovuşturulması ve ortadan kaldırılması;
- Kadına karşı her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına katkıda bulunulması ve kadınları güçlendirmek de dahil olmak üzere, kadınlarla erkekler arasında önemli ölçüde eşitliğin yaygınlaştırılması;
- Kadına karşı şiddet ve aile içi şiddetin tüm mağdurlarının korunması ve bunlara yardım edilmesi için kapsamlı bir çerçeve, politika ve tedbirlerin tasarlanması;
- Kadına karşı şiddeti ve aile içi şiddeti ortadan kaldırma amacıyla uluslararası işbirliğinin yaygınlaştırılması;

Kadına karşı şiddet ve aile içi şiddetin ortadan kaldırılması için bütüncül bir yaklaşımın benimsenmesi maksadıyla kuruluşların ve kolluk kuvvetleri birimlerinin birbiriyle etkili bir biçimde işbirliği yapmalarına destek ve yardım sağlanması hedeflenmektedir.

Kadına karşı şiddet, bir insan hakları ihlali ve ayrımcılık olarak görülmekte ve kadına karşı şiddetten ister kamu ister özel yaşamda meydana gelsin, söz konusu eylemlerde bulunma tehdidi, zorlama veya özgürlüğün rastgele bir biçimde kısıtlanması da dahil olmak üzere, kadınlara fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik zarar ve acı verilmesi sonucunu doğuracak toplumsal cinsiyete dayalı bütün şiddet eylemleri anlaşılmaktadır (m.3/a).

İstanbul Sözleşmesi'nde "göç ve iltica" ayrı bir bölüm olarak düzenlenmektedir. İnsan ticareti mağduru kadınların, ikametgah durumları iç hukuk tarafından eş veya

¹¹⁰ Kadınlara Yönelik Şiddet Ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi Ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kanunun Numarası: 6251, Kabul Tarihi: 24.11.2011, RG 08.03.2012/28227.

birlikte yaşanan bireye bağılı olarak düzenlenmişse bu kişilerin tek başlarına insan ticareti ikamet izni talebinde bulunabilmelerine yönelik düzenlemeler, üye devletlerce yapılmakta; eşten bağımsız ikamet izninin verilmesine ve süresine ilişkin koşullar iç hukuk tarafından belirlenmektedir (m.59/1). Bu çerçevede üye devletler, ikametgah durumu iç hukuk tarafından tanınan eş veya birlikte yaşanan bireye bağılı olan mağdurların ikametgah nedeniyle başlatılan sınır dışı işlemlerini bağımsız ikamet izni için başvurmalarına olanak sağlayacak şekilde durdurabilmelerini sağlamak üzere gereken yasal veya diğere tedbirleri almakla yükümlüdürler (m.59/11).

Sözleşme kapsamında verilecek ikamet izinlerinin, mağdurların, kişisel durumları sebebiyle ülkede kalmalarının gerekmesi ya da yetkili makamların mağdurların, soruşturma veya cezai işlemler sırasında ilgililerle işbirliği içinde olmaları amacıyla ülkede kalmalarına kanaat vermesi hallerinde ikamet izinleri yenilenebilmektedir (m.59/111).

Üye devletlerin ayrıca, evlilik amacıyla başka bir ülkeye getirildikleri için yaşadıkları ülkenin oturma iznini kaybeden zorla evlilik mağdurlarına, izinlerini geri alabilmelerini temin etmek üzere gereken yasal veya diğere tedbirleri alma yükümlülükleri bulunmaktadır (m.59/1V).

3. Türkiye'nin Taraf Olmadığı Uluslararası Hukuki Düzenlemeler

a. Avrupa Birliği İnsan Ticareti Mağduru Olan veya Yasa Dışı Göçle Mücadele Yetkilileri ile İşbirliği Yapan Üçüncü Ülke Vatandaşlarına Verilen İkamet İzni Hakkında 2004/81 Sayılı Konsey Yönergesi

2004/81 sayılı Yönerge, Avrupa Komisyonu'nun Şubat 2002'de hazırlamış olduğu, "İşbirlikçi Yasa Dışı Göç ya da İnsan Ticareti Mağduru Kişilerin Kısa Süreli Oturma İzinleri Hakkında" Yönerge taslağı doğrultusunda hazırlamış ve yürürlüğe girmiştir. Düzenlemenin amacı, insan ticareti mağduru olan kişilere Birlik üyesi devletlerde kalış hakkı sağlayan sınırlı bir süre için verilecek ikamet izinlerinin düzenlenmesidir. Bu bağlamda, üye devletlerin Yönerge'nin uygulama alanını genişleterek söz konusu sınırlı süreli ikamet iznini, yasa dışı göç sebebiyle mağdur olup da yasa dışı göçle mücadele eden yetkililerle işbirliği yürütmeyi kabul etmiş üçüncü ülke vatandaşlarına teşmil etmesi de mümkün kılınmıştır (m.1).

Üçüncü ülke vatandaşı ile kastedilen, Avrupa Birliği üyesi olmayan devletlerin vatandaşlarıdır (m.2/a). Yasa dışı göçü kolaylaştıran eylemlerden kasıt, İzinsiz Giriş, Transit Ve İkamete İlişkin 2002/90 sayılı Avrupa Konseyi Tüzüğü'nün birinci ve ikinci maddelerinde sayılan eylemlerdir. Buna göre üye devlet vatandaşı olmayan kişilerin, bir üye devletin yabancılar için öngördüğü ülkeye giriş ya da ülkeden geçiş kurallarını ihlal etmesini kasıtlı olarak sağlamak ile bu kişilerin üye devletlerden birinde yasa

dışı kalışlarını temin etmek karşılığında maddi kazanç temin etmek ya da söz konusu ihlalleri kışkırtmak ya da suç ortağı olmak bu kapsamda kabul edilen eylemlerdir (m.2/b). İkamet izni ile kastedilen ise üye devletler tarafından, Yönerge’de öngörülen şartları sağlayan üçüncü ülke vatandaşlarına verilen ve üye devletin topraklarında yasal olarak kalmaya imkan sağlayan her türlü izindir (m.2/e).

Yönerge’nin üçüncü maddesinde Yönerge’nin kapsamına giren kişi grupları sayılmıştır. Buna göre; üye ülke topraklarına yasa dışı yollarla girmiş olsa dahi insan ticareti mağduru olmuş üçüncü ülke vatandaşları, yasa dışı göçü kolaylaştıran eylemlere maruz kalmış üçüncü ülke vatandaşları ile ilgili üye devlet yasası uyarınca erginlik yaşına ulaşmış üçüncü ülke vatandaşları, Yönerge’nin uygulama alanı içinde değerlendirilmektedir.

Uygulama alanı içinde olduğu değerlendirilen üçüncü ülke vatandaşları, Yönerge’nin ihtiva ettiği imkan ve önlemler hakkında bilgilendirilmektedir (m.5). Bu bağlamda öncelikle, ilgili kişilere yaşadıklarının etkisinden sıyrılabilmeleri, suçlular hakkında bilgi vererek yetkili makamlarla işbirliği yürütmeleri için zaman tanınmaktadır. Yönerge’de, söz konusu zamanın her üye devletin iç hukukundaki anlayış ve uygulamalar çerçevesinde tayin edileceği ifade edilmektedir. Mağdura bahşedilen bu düşünme süresi, ona üye devletlerden birinde ikamet etme hakkı bahşetmektedir; dolayısıyla düşünme süresi, mağdurun içinde bulunduğu koşullardan kaynaklanan, insani temelli bir arınma ve netleşme dönemi olarak nitelendirilmeye müsait olduğu için mağdur yabancı için her hangi bir hukuki statü inşa etmemektedir. Zira bu dönemin, üye devletlerce her daim her an sonlandırılması mümkündür (m.6).

Avrupa Komisyonu’nun 2014 tarihli raporunda, üye devletlerce mağdura tanınacak olan sürenin işbirliği şartına bağlanamayacağı ifade edilmektedir. Uygulamada Macaristan, Estonya, İspanya, İsveç, Çek Cumhuriyeti, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi, Finlandiya, Fransa, Portekiz ve Lüksemburg otuz günlük süre tanımakta, kişisel durumun barındırdığı hassasiyet nazarında otuz günlük süreyi uzatabilmektedir. Bu süre Belçika’da kırk beş gün, Malta’da altmış gün, Hollanda, Polonya, Slovenya, Romanya ve Almanya’da ise üç aydır. Bu süreler, özellikle çocuk mağdurlar söz konusu olduğunda daha uzun süreli olarak belirlenebilmektedir.

Üye devletler, bu süre zarfında yeterli maddi gücü ve sosyal imkanı olmayan mağdurun hayatını standart altına almak için gerekli sosyal ve tıbbi olanakları üçüncü ülke vatandaşı yabancıya, kendi iç hukuklarının öngördüğü usulde sunmakla yükümlü tutulmaktadır (m.7).

Tayin edilen düşünme-arınma süresinin bitiminde, işbirliği niyetini açıkça ortaya koyan ve suçlularla hiçbir bağlantısı kalmadığından şüphe duyulmayan üçüncü ülke vatandaşına, üye devletler, kamusal düzen politikaları ve milli güvenliğin korunmasına

ilişkin sebeplere hanel gelmeksizin en az altı aylık ikamet izni verilebilmekte; aynı sınırlar içinde kalmak kaydı ile gerekli görülen hallerde ikamet izninin süresi uzatılabilmektedir (m.8). Ancak altı aylık süre, üye devletlerin iç hukuklarında daha farklı şekillerde düzenlenebilmektedir. Örneğin Macaristan'da geçici ikamet izni süresi, altı aya kadar; Hollanda'da ise bir yıla kadar biçiminde ifade edilmektedir¹¹¹.

İnsan ticareti mağduru olan üçüncü ülke vatandaşlarına verilen ikamet izinleri, Yönerge'nin on dördüncü maddesindeki sebeplere binaen iptal edilebilmektedir. Söz konusu hüküm uyarınca, ikamet izninin iptalini gerektiren sebepler, 1) ikinci maddede belirtilen suçlularla yeniden iletişime geçildiğinin anlaşılması, 2) mağdurun, yetkililere verdiği bilgilerin sahte/yanıltıcı olduğunun anlaşılması, 3) kamu düzeni ve milli güvenliğinin gerektirmesi, 4) mağdurun işbirliği yapmayı bırakması, 5) yetkili makamların işlemleri durdurması biçiminde belirlenmiştir.

İkamet Yönergesi, insan ticaretini yalnızca yasa dışı göçle ilişkilendirerek bu doğrultuda alınması gereken yasal önlemleri düzenlediği ve fakat insan ticareti mağdurlarının tümünü kapsayacak şekilde düzenleme hükümleri ihtiva etmediği gerekçesi ile eleştirilmeye açıktır. Kısa süreli ikamet izninin düzenlenmesinde insan ticareti mağdurlarının kendi içinde, yetkili makamlarla işbirliği yapanlar ve çeşitli nedenlerden ötürü işbirliği yapmayan ya da yapamayan mağdurlar biçimine ikiye ayırarak kavramsallaştırması, insan ticaretinin yalnızca suç ve bu suçla mücadele etmek için alınması gereken önlemler boyutunu ön plana çıkarmakta; buna karşılık devletlerin, mağdurun, zorla çalıştırma ve kölelik gibi maruz kaldığı insan hakları ihlallerini daha derin şekilde anlaması ve konu ile ilgili ortak uygulamalar geliştirilmesi boyutunu geri plânda bırakmaktadır.

VI. Sonuç

İnsan ticareti, kuvvet kullanarak veya kuvvet kullanma tehdidi ile veya diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma kişinin çaresizliğinden yararlanma veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlama yoluyla kişilerin istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınmasıdır ve çok ağır bir insan hakkı ihlalidir.

İnsan ticareti mağdurları, insan hakları ihlal edilen ve suç olarak nitelenen bir fiilin kurbanı olan kişilerdir. Bu kişilerin korunabilmeleri için onlara buldukları ülkede ikamet izni verilebilmektedir. İnsan ticareti mağduru olan kişilerin, durumları hassasiyet ihtiva ettiği için devletler, ikamet izinlerinin düzenlenmesinde uluslararası sözleşmeler ile taahhüt altına aldıkları yükümlülüklerine uygun hareket etmekte, ikamet izninin verilmesinden önce mağdurların iyileşme ve düşünmelerine imkan sağlayacak zamanı, mağdurlara tanımaktadırlar.

111 Coşkun, *İnsan/Kadın Ticareti ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliği* (n 46) 52.

Türk hukukunda, insan ticareti mağduru olduğu veya olabileceği yönünde kuvvetli şüphe duyulan yabancılara, diğer ikamet izinlerinin verilmesindeki şartlar aranmaksızın, yaşadıklarının etkisinden kurtulabilmeleri ve yetkililerle iş birliği yapıp yapmayacakların anlaşılması amacıyla ikamet izni verilmektedir.

İnsan ticareti mağduru ikamet izinlerine ilişkin mevcut hukuki düzenlemeler, özellikle suça maruz kalan kişilerin yeniden mağdur edilmemesi hedefi ile evrensel anlayış ve standartlarla uyumluluk göstermektedir. Bu çerçevede, ikamet izin süresi otuz gün olarak belirlenmiş olup, bu süre zarfında insan ticaretine maruz kalan kişilerin iyileşmeleri esas alınmaktadır. İnsan ticareti mağduru ikamet izni verilecek yabancıların, mağduriyetlerinin mutlaka bir mahkeme kararı ile tespit edilmiş olması aranmamakta suça maruz kaldıkları ya da kalabilecekleri yönünde kuvvetli şüphe ya da haklı kanaatin varlığı, kalış hakkının yaratılması bakımından yeterli görülmektedir.

Türkiye’de insan ticareti sebebiyle ikamet izni verilmesi ile toplumsal cinsiyet eşitsizliği arasındaki ilgi bağının, yabancı ve zorla fuhuşa sürüklenmiş, çoğu göçmen kadınların risk altındaki gruplar olarak değerlendirilmesinin ötesinde hem yasal olarak hem de uygulamada uzun yıllar boyunca kurulmadığı görülmektedir. Hâlbuki toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin en büyük sebep olarak görüldüğü, kadınların ve kız çocuklarının ticareti ile mücadelede devletlerin insan haklarını ve toplumsal cinsiyet eşitliğini koruma yükümlülükleri bulunmaktadır.

Toplumsal cinsiyet eşitliği ve farklı cinsiyet kimlikleri ile cinsel yönelim tercihlerine ilişkin sosyal bilinç üretimi, ancak doğru bilgilendirme ile mümkündür. Bu bakımdan toplumdaki, fuhuşa mecbur bırakılan kadınlara yönelik “ideal mağdur” algısının ve LGBT bireylere yönelik ayrımcı tutumların değiştirilmesi için gayret sarf edilmesi gerekmektedir. Eğitimin, ihtiva ettiği değiştirici etki sebebiyle her şeyden önce, insan ticaretine maruz kalan kişilerin mağdur olarak tanımlanması sürecinde görev yapacak kişilerin konuya ilişkin farkındalıklarının artırılması önem arz etmektedir.

Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan raporlara ve istatistik verilerine bakıldığında insan ticareti mağdurlarına ilişkin bilgilerin kısıtlı olduğu görülmektedir. İnsan ticareti ile mücadelede adli istatistiklere bakılarak dava sayıları hakkında bilgi edinmek mümkünken insan ticareti mağdurlarının ikametlerine ilişkin veri bulmak; özellikle toplumsal cinsiyet temelinde bir harita çıkarmak mümkün olmamaktadır. Örneğin risk altında görülen kaç kadının insan ticareti hakkında bilgilendirildiği, insan ticareti mağduru olduklarından ya da olacaklarından şüphelenilen kaç kadının ve kız çocuğunun otuz günlük düşünme süresinden faydalandırıldıkları; özellikle Suriye vatandaşı kadınların ve kız çocuklarının insan ticaretine maruz kalma riskleri bulunmakla birlikte söz konusu kişilerin insan ticareti mağduru ikamet izninden yararlandırılıp yararlandırılmadıkları bilinmemektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

Açıkgöz M and Arner Hakkı O, ‘Turkey’s New Law On Foreigners and International Protection: Ann Introduction, Briefing Paper 2’ (2014) TurkMİS, 1-25.

Akipek J and Akıntürk T, *Türk Medeni Hukuku-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku* (5th edn, Beta 2004).

Akyüz E, *Çocuk Hukuku- Çocukların Hakları ve Korunması* (3rd edn, Pegem Akademi 2013).

Allain J, ‘White Slave Traffic in International Law’ (2017) 1(40) Journal Of Trafficking And Human Exploitation<https://www.uitgeverijparis.nl/scripts/read_article_pdf.php?id=1001296109>

Altuğ Y, *Yabancıların Hukuki Durumu* (3rd edn , Sermet Matbaası 1968).

Arslan Ç, ‘İnsan Ticareti Suçu (TCK m.201/b)’ (2004) 53(4) AÜHFD, 19-83.

Asar A, *Göç Yönetimi* (2nd edn, Seçkin 2016).

Aybay R and Oral E, *Kamusal Uluslararası Hukuk* (1st edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2016).

Bozkurt G, ‘Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik’ (1981) 38(1) AÜHFD, 65-103.

Coşkun E, ‘Türkiye’de Göçmen Kadınlar ve Seks Ticareti’ (2014) 3 Çalışma ve Toplum Dergisi 185-206.

Coşkun E, *İnsan/Kadın Ticareti ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Haritalama ve İzleme Çalışması* (1st edn, CEİD Yayınları 2018).

Çelebi Ö, ‘Kuramların Sessizliği: Liberalizm, Realizm ve İltica Rejiminin Kuruluşu’, Çelebi Ö, Özçürümez S, Türkay Ş (eds), *İltica, Uluslararası Göç ve Vatansızlık: Kuram, Gözlem ve Politika*, (UNHCR, 2011).

Çelik E, *Milletlerarası Hukuk* (1st edn, Fakülteler Matbaası 1962).

Çelikel A and Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (20th edn, Beta 2014).

Çevikbaş Çakmakçılar M, İnsan Ticareti İle Müücadelede Suçun Önlenmesine İlişkin Denetim Mekanizmaları (Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019).

Çiçekli B, *Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar*, (1st edn, Seçkin 2009).

Çiçekli B, *Yabancılar Hukuku* (4th edn, Seçkin 2013).

Çörtöğlü Koca S, ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Yabancıların Türkiye’de İkameti ve Uzun Dönem İkamet İznine İlişkin Değerlendirmeler’ (2016) 2 Ankara Barosu Dergisi 44-88.

Değirmenci O, ‘Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu’ (2006) 67 TBB Dergisi 57-96.

Doğan V, *Türk Yabancılar Hukuku* (1st edn, Savaş 2016).

- Dündar T and Özer E, *İnsan Ticareti Suçunu Anlamak-STK'lar İçin Rehber* (İKGV, 2017).
- Ekşi N, 'İnsan Ticareti Mağduru Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Çalışma Hakları' (2012) 119(10) *Legal Hukuk Dergisi* 57-81.
- Ekşi N, 'Mahkeme Kararları Işığında İnsani İkamet İzni' (2018) 38(2) MHB 243-283.
- Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (3rd edn, Beta 2015).
- Erten R, 'Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme' (2015) XIX (1) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3-51.
- Esen E, *Türk Hukukunda Yabancıların İkamet İzinleri* (1st edn, Beta 2019).
- Gemalmaz M S, *Devlet, Birey ve Özgürlük* (3rd edn, Legal 2016).
- Göçmen İ, 'Bir Temel Hak Olarak İnsan Ticareti Yasağı: Avrupa Özelinde Bir İnceleme' (2014) 34(1) MHB 1-29.
- Gökçen S and Gül A, 'Kapitülasyonlar Kaldırıldıktan Sonra Osmanlı Devletindeki Ecanibin Durumu R 1333 M 1917 Senesi Ecanib İstatistikleri' (2010) 2 *Tarihin Peşinde Uluslararası Tarih ve Sosyal Araştırmalar Dergisi* 151-171.
- Gözler K, *İnsan Hakları Hukuku* (2nd edn, Ekin 2018).
- Kadın Dayanışma Vakfı, *İnsan Ticareti İle Mücadelede Sivil Toplum Kuruluşları ve Yerel Yönetimlerin Farkındalığının Artırılması Projesi* (2010).
- Karakoç İ, 'Uluslararası Hukukta Emredici Kural (Jus Cogens=Peremptory Norms) Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım' (2006) 8(1) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 87-122.
- Karan U, 'Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı: Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Karşılaştırmalı Analiz', (2018) 67(2), 415-462.
- Kızılsümer D, 'İnsan Ticareti İle Mücadele: Uluslararası Belgeler Ve Türkiye'nin Çabaları' (2007) 62(1) *Ankara Üniversitesi SBF* 113-145.
- OHCHR, *Abolishing Slavery and Its Contemporary Forms* (HR/PUB/02/4, 2002).
- Özer E, *Kimse Duymaz, Türkiye'de İnsan Ticareti Mağdurları Üzerine Bir Araştırma* (Ayizi 2012).
- Özkan I, *Göç, İltica ve Sığınma Hukuku* (1st edn, Seçkin 2013).
- Öztürk F and Ardor H N, 'Suç Sanayinin Bir Alanı İnsan Ticareti: Türkiye Açısından Bir Değerlendirme' (2007) 18(62) *Ekonomik Yaklaşım* 79-102.
- Öztürk N Ö, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi* (1st edn, Seçkin 2015).
- Pazarci H, *Uluslararası Hukuk Dersleri- I.Kitap* (8th edn, Turhan 1999).
- Polat E and Sucu Polat M, 'Konar-Göçerlikten Yerleşikliğe, Yüzer-Gezerlikten Yerelliğe Göç' (2017) 22 *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi (Göç Özel Sayısı)* 1329-1341.
- Redman R C, 'The League of Nations and the Right to be Free from Enslavement: The First Human Right to Be Recognized as Customary International Law - Freedom: Beyond the United States' (1994) 70 (2) *Chicago-Kent Law Review* 759, 800.
- Rijken C, De Volder E, 'The European Union's Struggle To Realize A Human Rights-Based Approach To Trafficking In Human Beings - A Call On The EU To Take Trafficking In Human Beings-Sensitive Action In Relevant Areas Of Law' (2009) 25(49) *Connecticut Journal Of International Law* 49-80.
- Sayın H, 'Modern Kölelik Olarak Meta-Göçmen İnsan Ticareti Üzerine Kavramsal Bir İnceleme' (2018) 2(2) *BÜİİFDH* 79-102.

- Seviş M R and Seviş V R, *Devletler Hususi Hukuku* (3rd edn, İsmail Akgün Matbaası 1962).
- Seviş V R, *Türkiye'nin Yabancılar Hukuku* (Fakülteler Matbaası 1981) 69-70
- Uluslararası Göç Örgütü, 'Uluslararası Göç Hukuku No.18', Bülent Çiçekli (ed), *Göç Terimleri Sözlüğü*, (IOM, 2009).
- UNHCHR, *Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking*, (U.N. Doc. E/2002/68/Add.1, 2002).
- UNHR, 'Human Rights and Human Trafficking' Fact Sheet No.36 (2014) 16-17. < https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36_en.pdf>
- UNHR, *Admission and Stay Based On Human Rights and Humanitarian Grounds: A Mapping Of National Practise* (2018).
- United Nations Department of Economic and Social Affairs, Population Division, United Nations Recommendations on Statistics of International Migration, Revision 1, 1998.
- UNODC, 'Global Report On Trafficking In Persons' (2016) <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf>
- Zeybek S O, 'Avrupa Düşüncesinin Tali Unsurları: Kölelik ve Sömürgecilik' (2014) 3(6) İnsan ve Toplum Dergisi 87-106.



Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 01.05.2020
Revizyon Talebi: 20.05.2020
Son Revizyon: 28.05.2020
Kabul: 01.06.2020
Online Yayın: 08.09.2020

Sığınmacıların Teminat Yatırma Yükümlülüğü

Obligation of Cautio Judicatum Solvi of Asylum Seekers

Musa Aygül* , Elif Hande Altıntaş*** 

Öz

Kural olarak, bir kimsenin dava açması, davaya katılması ya da icra takibinde bulunmasında teminat aranmaz. Ancak kanunun öngördüğü bazı istisnai durumlarda dava açmak ya da takip talebinde bulunmak için teminat şartı aranabilir. Teminatın arandığı hâllerden birisi de, MÖHUK m. 48'de düzenlenen, dava açanın, davaya katılanın ya da icra takibi yapan kimsenin yabancı olmasıdır. Davacıdan ya da icra takibi yapandan teminat istenmesi, mahkemeye erişim hakkı kapsamında adil yargılanma hakkı (AİHS m. 6 ve Anayasa m. 36) ile de ilgili bir konudur. Türkiye'de bulunan yabancılar da, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesinde olduğu gibi aksine bir düzenleme olmadığı müddetçe MÖHUK m. 48'in uygulama alanı içinde kalabilecek kişiler olarak değerlendirilebilir. Türkiye'nin 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesine koymuş olduğu coğrafi sınırlama sebebi ile özellikle mülteci statüsüne sahip olamamış ve ülkemize uluslararası koruma amacıyla gelen şartlı mülteci, ikincil koruma statü sahipleri ile geçici koruma sahipleri ve uluslararası koruma başvuru sahiplerinin teminat yükümlülüğüne ilişkin ise hukukumuzda özel bir düzenleme mevcut değildir. Çalışmada, uluslararası koruma altında kabul edilen bu kişilerin teminat yükümlülükleri, mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilmiş ve bu kişilerin MÖHUK m. 48 ya da HMK m. 84 kapsamında teminat yükümlülüklerin bulunup bulunmadığı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Teminat, mültecilerin teminat yatırma yükümlülüğü, Yabancıların teminat yatırma yükümlülüğü, Sığınmacıların teminat yatırma yükümlülüğü, Türk vatandaşlarının teminat yatırma yükümlülüğü

Abstract

In principle, no security is required for anyone who files a lawsuit, intervenes in a lawsuit, or initiates execution proceedings before a Turkish court. However, in some exceptional cases stated in legal regulations the person who files a lawsuit, intervenes in a lawsuit, or initiates execution proceedings could be required to provide security. One example in this regard is the situation, as regulated under Article 48 of the Act on Private International Law and International Civil Procedure (IPPL), that the person filing or intervening in a lawsuit or initiating execution proceedings before a Turkish court is a foreign national. This is, however, an issue related with the right to a fair trial within the scope of the right to access to the court (Art. 6 of the ECHR and Art. 36 of the Turkish Constitution). Unless the contrary is provided as in Art. 16 of the 1951 Geneva Convention, foreign nationals residing in Turkey could be regarded as persons falling within the scope of application of Art. 46 of the IPPL. There is no special regulation in Turkish law regarding the liability of *cautio judicatum solvi* of conditional refugees, holders of subsidiary protection status owners, holders of temporary protection and international protection applicants, who came to Turkey for international protection but could not acquire the status of refugees due to the geographical reservation of Turkey to the 1951 Geneva Convention. In this paper, the liability of *cautio judicatum solvi* of these individuals, who are considered under international protection, is evaluated in the light of the right to access to the court and fair trial, and the question of whether they are under the obligation of *cautio judicatum solvi* under Art. 48 of the IPPL or Art. 84 of the Turkish Code of Civil Procedure is examined.

Keywords

Security, obligation of refugees to provide security, obligation of foreigners to provide security, obligation of asylum seekers to provide security, obligation of Turkish citizens to provide security

* Sorumlu Yazar: Musa Aygül (Doç. Dr.), Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: musaaygul1@gmail.com ORCID: 0000-0003-0363-9101

*** Elif Hande Altıntaş (Arş. Gör.), Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: ehandedaltintas@gmail.com ORCID: 0000-0002-0060-7094

Atf: Aygül M, Altıntaş EH, "Sığınmacıların Teminat Yatırma Yükümlülüğü" (2020)40(2) PPIL 707. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0026>



Extended Summary

It is guaranteed in both the European Convention on Human Rights (ECHR) and the Turkish Constitution that everyone, including foreigners, has the right to access the courts. However, the rights guaranteed in the Constitution, as prescribed by the Constitution, could be restricted for citizens (Constitution Article 13) and foreigners (Constitution Article 16).

In the light of the right to access the courts, no security, in principle, is required for a person who files a lawsuit, intervenes in a lawsuit, or initiates execution proceedings before a Turkish court. Nevertheless, exceptions to this are provided by the legislature within the scope of the power of restriction granted by the Constitution.

Article 84/1-a of the Turkish Code of Civil Procedure presents the first exception to this effect. Pursuant to this provision, Turkish citizens who are not habitually resident in Turkey are stipulated to provide security when filing a lawsuit, intervening in a lawsuit alongside the plaintiff or initiating execution proceedings before a Turkish court.

Furthermore, according to Article 48 of the Turkish International Private and Procedural Law (MÖHUK - IPPL), foreign natural or juridical persons filing or intervening in a lawsuit or initiating execution proceedings before a Turkish court are also required to provide security. Since this includes all foreigners, asylum seekers coming to Turkey for the purpose of international protection are also under the obligation to provide security in such instances.

Article 16 of the 1951 Geneva Convention, to which Turkey is a contracting party, however, states that refugees are exempted from the *cautio judicatum solvi*. With a restrictive interpretation of the term ‘refugee’ in this provision, only individuals who have the status of refugee under the Law on Foreigners and International Protection (YUKK) are exempted from the *cautio judicatum solvi*.

There are, yet, other groups of people who have a different status from the refugees but could be considered as asylum seekers under the YUKK. These are conditional refugees, holders of subsidiary protection status, holders of temporary protection status and international protection applicants.

None of these group of individuals acquire the status of refugees based on different reasons. The first group is conditional refugees and holders of subsidiary protection status who could not acquire the status of refugees merely by virtue of the geographical reservation made by Turkey to the Geneva Convention. Holders of temporary protection status cannot acquire the status of refugees either, as they came to Turkey massively. Lastly, international protection applicants are not yet holders of international protection but they are granted with same rights as conditional refugees until a final decision is made on their applications. Albeit that they do not

have the status of refugees, all these asylum seekers should be treated as refugees and exempted from the *cautio judicatum solvi* in the light of the Geneva Convention and, more generally, of the right to access to the courts. There seems to be different reasons underlying this.

In the first place, the European Court of Human Rights described these people as “vulnerable” groups. Accordingly, the reasons that justify the exemption of refugees from the *cautio judicatum solvi* are also applicable for all asylum seekers (conditional refugees, holders of subsidiary protection status, holders of temporary protection and international protection applicants). Reasons which mark these people as “vulnerable” are, for example, the lack of awareness of these people on their rights, complex and formalistic court systems in the countries which they are present, expensive court and attorney fees, cultural conflicts in the pursuit of justice, legal discrimination, linguistic barriers, societal discrimination, political indifference and encampment.

Moreover, the Geneva Convention has a similar motive to provide an exemption for refugees from the *cautio judicatum solvi*. The same is actually applicable for conditional refugees, holders of subsidiary protection status, holders of temporary protection and international protection applicants who came to Turkey for international protection. Therefore, the term “refugee” under Article 16 of the Geneva Convention needs a broad interpretation to include all asylum seekers (conditional refugees, holders of subsidiary protection status, holders of temporary protection and international protection applicants). This interpretation appears to be more in line with the purposes of this provision and, in general, the Convention. The purpose of such an exemption is to acknowledge that refugees face many difficulties in practice when they wish to use their right to access the courts. All of these problems which refugees are facing are also present for conditional refugees, holders of subsidiary protection status, holders of temporary protection and international protection applicants. They also have the lack of awareness of their rights, linguistic and economic barriers, and they are faced with problems and complex and formalistic court systems in their new country of residence. Requiring these people with poor economic and social conditions to provide security may amount to a disproportionate restriction of the right to access the courts.

Last but not least, Article 4/1-a of the IPPL provides that the term “refugee” should be considered to cover all asylum seekers coming to Turkey for international protection. Thus, treating conditional refugees, holders of subsidiary protection status, holders of temporary protection status and international protection applicants as refugees and exempting them from the *cautio judicatum solvi* would also be in accordance with this provision of the IPPL.

Sığınmacıların¹ Teminat Yatırma Yükümlülüğü

Giriş

Milletlerarası hukuka göre günümüzde herkesin, tabiiyeti dikkate alınmaksızın medenî hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyumsuzluklar konusunda tarafsız bir mahkemeye müracaat hakkı olduğu kabul edilmektedir (AİHS m. 6). Anayasa'nın 36'ncı maddesinde de herkesin, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir.

Anayasa'da teminat altına alınmış haklar, yine Anayasa'da öngörüldüğü şekli ile hem vatandaşlar için (Anayasa m.13) hem de yabancılar için (Anayasa m.16) sınırlandırılabilir. İşte dava hakkı olarak isimlendirebileceğimiz medenî hak ve yükümlülükler ile ilgili olarak mahkemeye müracaat hakkı, belirli şartlarda hem vatandaşlar için hem de yabancılar için sınırlandırılabilir. Bu sınırlandırmalardan birisi de dava açan, davaya katılan ya da icra takibinde bulunan kişilerin teminat yatırması (*Catio Judicatum Solvi*) yükümlülüğüdür. Ancak getirilen bu sınırlandırmanın, dava hakkı ve hak arama özgürlüğünün özüne dokunacak nitelikte olmaması gerekir. Örneğin somut olayın özelliklerine göre davacıdan istenen teminatın, davacının dava açma hakkını imkânsız kılmaması gerekir. Ayrıca sınırlandırma, Anayasanın 13. maddesinde aranan ölçülülük kriterine de uygun olması gerekmektedir. Buna göre, dava açan, davaya katılan ya da icra takibi yapan kişiden teminat istenmesi, teminat istenmesindeki amacı gerçekleştirmede zorunluluk arz etmesi ve ölçüsüz bir oran içinde bulunmaması gerekmektedir. Dolayısıyla Türkiye'de mutad meskeni bulunan ya da ödeme gücü içinde olmaması sebebi ile davacının muhtemel yargılama giderlerini karşılayabilecek durumda olan yabancıdan, sırf yabancı olması gerekçesi ile teminat talep edilmesi, ölçülülük ilkesine aykırı bir sınırlama olarak değerlendirilebilir.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan herkes, yabancıdır. Bu kapsamda mülteciler, şartlı mülteciler, ikincil koruma sahipleri, geçici koruma altındaki kişiler ve bu koruma türleri için Türk yetkili makamlarına başvuru yapmış ancak statü incelemesi tamamlanmamış olan başvuru sahipleri yabancı statüsündedir. Bu kişilerin hukukî statüleri farklı olduğu için teminat yatırma yükümlülükleri de farklılaşabilmektedir. Örneğin Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesinde, teminat gösterme yükümlülüğü bakımından mülteciler, vatandaşlar ile aynı statüde kabul edilmişlerdir. Ancak uluslararası koruma altında

1 Çalışma kapsamında sığınmacı ifadesi, mülteciler ve talepleri kabul edilmişler de dahil olmak üzere, uluslararası koruma talebi ile başvuruda bulunmuş ancak statü tanımlama işlemi henüz gerçekleşmemiş herkesi ifade edecek şekilde kullanılmıştır. Nitekim milletlerarası hukukta sığınma kavramı, bir statü olarak kabul edilen mülteciği de içeren bir üst kavram olarak kullanılmaktadır. Bu anlamda sığınmacı, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesinin dışında kalan durumları da içine alacak şekilde geri gönderme yasağının kapsamında kalan bütün kişileri ifade etmektedir.

kabul edilen şartlı mülteciler, geçici koruma statüsü sahipleri, ikincil koruma statüsü sahipleri ile başvuru sahiplerinin teminat yükümlülükleri hakkında açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

I. Teminat Gösterme Yükümlülüğü

A. Genel Olarak

Kural olarak, bir kimsenin dava açması ya da davaya katılması ya da icra takibinde bulunmasında teminat aranmaz; ancak kanunun öngördüğü bazı istisnaî durumlarda dava açmak ya da takip talebinde bulunmak için teminat şartı aranmaktadır². Kanun koyucunun teminat aramasındaki amacı, dava açan ya da takip talebinde bulunan kişinin haksız çıkması halinde, karşı tarafın uğrayacağı muhtemel zararlarının veya masraflarının, davacıdan ya da takip talebinde bulunandan tahsil edilmesinin zor ya da imkânsız olması sebebiyle, bunların karşılanmasını güvence altına almaktır³. Teminat yükümlülüğünün, dava açan ya da takipte bulunan kişinin haksız olarak dava açmasını ya da takip yapmasını önleyeceği de ifade edilmektedir⁴.

Teminat gösterme yükümlülüğü, HMK'da bir dava şartı olarak düzenlenmiştir (HMK m. 114/1-ğ)⁵. Bu sebeple teminat gösterme yükümlülüğünün olduğu hallerde dava açan, davaya katılan ya da icra takibi yapan kişinin yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği, davanın başında ya da bu yükümlülüğün doğmasından sonra, hâkim tarafından resen incelenir. Mahkeme tarafından kararlaştırılan teminat ödenmez ise teminatın gösterilmesi için davacıya kesin bir süre verilir. Bu sürede teminat gösterilmez ise dava usulden reddedilir (HMK m.88/1) veya müdahale talebinden vazgeçilmiş sayılır (HMK m. 88/2). Teminatın tutarı ve şekli de hâkim tarafından serbestçe tayin edilir (HMK m. 87/1). Teminatın miktarı, hâkim ya da icra dairesince hâl ve şartlara bağlı olarak serbestçe takdir edilirken, davacının dava açmasına engel olmamalıdır⁶. Zira bu durum, AİHS'nin 6'ncı maddesinde düzenlenen hak arama ve mahkemeye ulaşma özgürlüğünün ihlâlini oluşturabilir (AİHS m. 6/1)⁷.

Kural, teminat göstermeksizin dava açmak ya da takip talebinde bulunmak olduğundan, teminat gösterme yükümlülüğü sadece kanunun öngördüğü hâllerde söz konusu olur⁸. Kanunlarda farklı amaçlarla teminat gösterme yükümlülüğü de

2 Hakan Pekcantez, Muhammet Özekes, Mine Akkan and Hülya Taş Korkmaz, *Medeni Usul Hukuku* (15th edn, On İki Levha 2017), 1193; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Vedat 2018), 444.

3 Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2th edn, Yetkin 2014), 283; Aysel Çelikel and B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017), 644; Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (22nd edn, Beta 2017), 497.

4 Mustafa Okur, *Dava ve Takiplerde Teminat* (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora 2009), 13 vd.

5 MÖHUK kapsamındaki teminatın da dava şartı olabileceğine ilişkin bkz: Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku* (Yabancılar) (3rd edn, Savaş 2018), 324; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku* (2nd edn, Yetkin 2018) 580.

6 Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 2) 447, 448.

7 Çelikel and Erdem (n 3) 652.

8 Pekcantez, Pekcantez Usul (n 2) 1193.

getirilebilir⁹. Ancak bu çalışmanın konusu, uluslararası koruma statüsüne başvurmuş ya da uluslararası koruma statüsü almış yabancılar olduğu için çalışmada, sadece HMK¹⁰ (m. 84/1-a) ve MÖHUK¹¹ (m. 48) kapsamında teminat yükümlülüğü incelenecektir¹².

B. HMK'ya Göre Teminat Yatırma Yükümlülüğü

HMK m. 84'te teminat gösterilecek hâller sayılmıştır. Teminat yatırma yükümlülüğü hem hukuk davalarında hem de İYUK m. 31'in yapmış olduğu atf sebebiyle idarî davalarda uygulanır. HMK'da teminat gösterme yükümlülüğünü öngören ilk hâl¹³, dava açan, davacı yanında müdahil¹⁴ olan ya da icra takibi yapan kişinin Türk vatandaşı olup, Türkiye'de mutad meskeninin¹⁵ bulunmamasıdır (HMK m. 84/1-a)¹⁶.

HMK'daki hukukî bir kavram olan ikametgâh ölçütünün yerine HMK'da, fiilî bir durumu ifade eden mutad mesken kavramı tercih edilmiştir¹⁷. Mutad mesken, kişinin fiilî yaşam ve hayat ilişkilerinin merkezi esas alınarak tespit edilmektedir¹⁸. Dolayısıyla HMK kapsamında teminat yükümlülüğünün tespitinde, davalının ya da

- 9 Örneğin, TTK'nın 448'inci maddesinde, genel kurul kararının iptali ve butlanı istemi nedeniyle açılan davada, talebin haksız çıkma ihtimali dolayısıyla meydana gelebilecek zararları güvence altına almak için teminat öngörülmüştür. Ayrıca bkz: Umar (n 3) 284.
- 10 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası : 6100, Kabul Tarihi: 12.1.2011, RG 04.02.2011/27836.
- 11 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718 Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007/26728.
- 12 Pekcanitez, Pekcanitez Usûl (n 2) 1193.
- 13 İkinci hâl, dava açan kişinin ödeme güçlüğü içinde olmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Murat Atalı, İbrahim Ermenek and Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku* (2nd edn, Yetkin 2019) 367.
- 14 Ferî müdahil sadece davacının yanında davaya ferî müdahil olarak katılması sebebiyle ortaya çıkacak giderlerle sınırlı olarak teminat yatırmakla yükümlü iken, aslî müdahil dava konusu şey üzerinde kısmen ya da tamamen üstün bir hak iddiasında olduğundan ve müstakil bir dava açtığından, davacı konumunda olup tüm dava giderleri oranında teminat yatırmakla yükümlü olacaktır. Pekcanitez, Pekcanitez Usûl (n 2) 1195. Tanrıver, HMK'nın 84'üncü maddesinde geçen, davacı yanında davaya müdahil olarak katılma ifadesinin, aslî müdahilin üstün hak talebi için ayrı bir dava açarak davacı olması sebebiyle sadece ferî müdahile ilişkin olduğunu ifade etmektedir: Tanrıver (n 5) 577. Bayraktaroğlu Özçelik, HMK'da yer alan davacı yanında davaya katılan ifadesinin MÖHUK kapsamında da kabul edilmesi gerektiğine işaret etmektedir: Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, "MÖHUK m.48 Uyarınca Yabancıların Teminat Gösterme Yükümlülüğü" in Feriha Bilge Tanrıbilir and Gülce Gümüşlü Tunçağıl (eds), *10. Yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun 7-8 Aralık 2017* (Adalet 2018), 457.
- 15 Mutad mesken kavramı kanunun gerekçesinde "*Tüm hayat ilişkilerinin belirli bir coğrafi alanda yoğunlaşması...*" olarak tanımlanmıştır: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), Dönem: 23, Yasama Yılı: 3 <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf>> Erişim Tarihi 27.03.2020, 34. Mutad mesken kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: İlyas Arslan, *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı* (1st edn, On İki Levha 2014); Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 2), 35 vd; Çelikel and Erdem (n 3) 185; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş 2020) 216, 217; Nomer (n 3) 120 vd; Umar (n 3) 282.
- 16 Zeynep Çalışkan, *Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat* (1st edn, Vedat 2013) 38. HMK m. 84'ün tüzel kişiler bakımından uygulanmayacağı hakkında bkz: Tanrıver (n 5) 576.
- 17 Mutad mesken kriterinin tercih edilmesinin Türk vatandaşlarının daha lehine olduğu yönündeki kanun gerekçesinin eleştirisi için bkz: Umar (n 3) 282; Çelikel/ Erdem'e göre ise, eski kanunda kullanılan yerleşim yeri kriteri yerine HMK'da mutad mesken kriterinin kullanılması, daha gerçekçi bir kriter olmuştur. Şöyle ki, kişinin yerleşim yerinin Türkiye'de bulunmasına rağmen Türkiye ile hiçbir bağının olmaması mümkündür. Bu kişinin davayı kaybetmesinin ardından doğabilecek muhtemel yargılama giderlerinin temin edilebilmesi ise risk taşıyacağından, mutad mesken kavramının tercihi yerindedir: Çelikel and Erdem (n 3) 646.
- 18 Nomer (n 3) 121, 122; Şanlı'ya göre mutad mesken, fiilen oturlan ve hayat ilişkilerinin merkezi olan yerdir: Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (2nd edn, Beta 2016) 37, 38. Şebnem Nebioğlu Öner, "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair La Haye Sözleşmesi: Amacı, Uygulanması ve Kısa Bir İçtihat Analizi" (2014) 115 TBB Dergisi, 477, 482.

borçlunun vatandaşlığının bir etkisi yoktur¹⁹. Gösterilebilecek teminatın kapsamı ise, yalnızca takip ve dava giderleri ile sınırlı olup, dava ya da takip nedeniyle oluşabilecek muhtemel zararları içermez²⁰.

HMK'ya göre eğer Kanunda sayılan muafiyet hâllerinden²¹ birisi de yoksa, mutad meskeni Türkiye dışında bulunan dava açan, davacı yanında müdahil olan ya da icra takibi yapan Türk vatandaşı, teminat yatırmak zorundadır²². HMK uyarınca şayet teminat gösterilmesini gerektiren hâl veya şartlar, davanın görülmesi sırasında ortaya çıkarsa, mahkeme teminat gösterilmesine karar verecektir (HMK m.84/2).

C. MÖHUK Kapsamında Teminat Yatırma Yükümlülüğü

MÖHUK m. 48 gereğince yabancı gerçek ya da tüzel kişiler²³, Türk mahkemelerinde dava açması, davaya katılması ya da takip yapması²⁴ hâlinde, teminat yatırmak zorundadır²⁵. Bu hüküm bakımından davalının vatandaşlığının bir önemi bulunmaz²⁶. Yabancılık sıfatına bağlı olarak yatırılan teminat, yargılama ve takip giderleri ile davalının zararını karşılar²⁷. Bu anlamda MÖHUK'taki teminatın kapsamı, HMK'dakinden farklıdır. HMK'da sadece davalının muhtemel yargılama giderleri için teminat arandığı halde, MÖHUK'ta davalının giderleri (zararı) yanında yargılama ve

19 Bayraktaroğlu Özçelik (n 14) 450; Tanrıver (n 5), 576 vd; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl (n 2), 1193 vd.

20 Pekcanitez, Pekcanitez Usûl (n 2) 1195; Tanrıver (n 5) 579.

21 Teminat gerektirmeyen hâller

Madde 85- (1) Aşağıdaki hâllerde teminat istenemez:

a) Davacının adli yardımından yararlanması.

b) Davacının, yurt içinde istenen teminatı karşılamaya yeterli taşınmaz malının veya aynı teminatla güvence altına alınmış bir alacağının bulunması.

c) Davanın, sırf küçüğün menfaatlerini korumaya yönelik olarak açılmış olması.

d) İlamla bağlı alacak için ilamlı icra takibi yapılmış olması. (HMK m. 85).

22 Tanrıver (n 5) 576; Umar (n 3) 281 vd; Atalı, Ermenek and Erdoğan (n 13) 367, 368.

23 Tüzel kişilerin yabancılığının tespiti hakkında bkz: Musa Aygül, *Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti* (1st edn, Seçkin 2007); Gülin Güngör, *Tâbiyet Hukuku* (6th edn, Yetkin 2018) 239 vd. Tuğrul Arat, *Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti* (1st edn, Sevinç 1970) 63 vd. İdare merkezinin bulunduğu ülke hukukuna göre tüzel kişiliği olmayan ancak taraf ehliyetine sahip olan kişi ya da mal toplulukları da Türkiye'de açacakları dava ya da takipte teminat göstermekle yükümlü olacaktır: Doğan (n 15) 92; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 2) 446; Nomer (n 3) 499. Aynı şekilde milletlerarası anlaşmalarla kurulan milletlerarası kurumlar, yabancı tüzel kişi kapsamında olduklarından, bunlar için de teminat gösterme yükümlülüğü söz konusudur: Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 2) 446. Bayraktaroğlu Özçelik'e göre idare merkezi hukukuna göre tüzel kişiliği bulunmadığı halde bu hukuka göre davada taraf olma ehliyetini haiz olan yabancı kişi ve mal topluluklarının da, MÖHUK m.48 uyarınca teminat göstermek zorunda olduklarının kabulü, hak arama hürriyetinin sınırlandırılması anlamını taşıyacaktır. Zira MÖHUK m. 48 ifadesi dar yorumlanmalıdır ve hükümde kapsama alınmamış bu kişilerden teminat alınmamalıdır: Bayraktaroğlu Özçelik (n 14) 452, 453.

24 Doğan'a göre ilamlı ve ilamsız takip arasında bir ayırım yapılmalıdır. İlamlı takip, teminat talep edilmesine engeldir. Zira ilamlı takipte, takip talebinde bulunan kişinin elinde ilam olduğundan haksız çıkma olasılığı çok düşük bir ihtimaldir: Doğan (n 15) 96, 97; Atalı, Ermenek and Erdoğan (n 13) 368.

25 Tanrıver (n 5) 576; Doğan (n 15) 90; Bülent Özden, "Türk Hukukunda Cautio Judicatum Solvi Kuralı" (1989) 9 (1) MHB, 27, 29.

26 Doğan (n 15) 92; Çelikel and Erdem (n 2) 649; Nomer (n 3) 498. Ancak davalı yabancı olur ve karşı dava açarsa bu halde teminat yatırması gerekecektir: Özden (n 25) 29.

27 Çelikel and Erdem, (n 3) 649; Doğan (n 15) 93; Bayraktaroğlu Özçelik (n 14) 448. Yargıtay 12 HD, 2012/1510, 05.06.2012; Yargıtay 12 HD, 2011/20907, 29.02.2012; Yargıtay 15 HD, 2019/1268, 14.02.2020; Yargıtay 12 HD, 2015/26555, 11.02.2016 (Lexpera İhtihat Bankası).

takip giderlerini de karşılayacak teminat aranmaktadır. Diğer bir ifade ile MÖHUK'ta, davalının muhtemel giderleri ve zararları yanında, devlete ödenmesi gereken harçları da karşılayacak miktarda teminat gösterilmesi şartı aranmıştır²⁸.

MÖHUK'a göre, dava açan, davaya katılan ya da icra takibi yapan kişi, karşılıklılık esasına göre teminattan muaf tutulur (MÖHUK m. 48/2)²⁹. Burada hâkime bir takdir hakkı tanınmamıştır. Yabancıların tabiiyetinde bulunduğu ülke ile Türkiye arasında teminattan muafiyete ilişkin karşılıklı işlem şartı gerçekleşmiş³⁰ ise yabancı kişi teminattan muaf tutulacaktır³¹.

II. Uluslararası Koruma Başvuru Sahipleri ve Uluslararası Koruma Statüsü Sahiplerinin Teminat Yatırma Yükümlülüğü

A. Uluslararası Koruma Kapsamında Olan Kişiler

Uluslararası koruma, vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu ya da yaşamını devam ettirdiği ülkede kendi devletinden koruma bulamayan veya koruma imkânı bulamayacağına inanan kişilerin başka bir ülkeden korunma talebinde bulunmasıdır³². Vatandaşlık koruması yerine ikame olarak sağlanan bu koruma, sığınmacılara güvenlik sağlar³³.

Türkiye'nin Cenevre Sözleşmesine koyduğu coğrafi sınırlama³⁴ sebebiyle Türk hukukunda mülteci tanımı³⁵ özellik arz etmektedir. Bu sınırlama sebebiyle

- 28 Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, (n 2) 448, 449; Uğur Tütüncübaşı, "Milletlerarası Usûl Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü" (2012) 12(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 183, 194; Nomer (n 3) 499; Çelikel and Erdem (n 3) 653. HMK ve MÖHUK arasında yer alan bu farklılık açısından Atalı, MÖHUK kapsamında yargılama giderleri için de teminat aranmasının adil yargılanma hakkını ihlâl edebileceğini ifade etmiştir. Murat Atalı, "Türk Medenî Usûl Hukuku Açısından Davada Yabancıların Durumu" Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler, Eskişehir, 15 - 16 May 2009, 545, 554. Yargıtay 12 HD, 2016/271999, 24.01.2017; Yargıtay 12 HD, 2015/20130, 05.10.2015; Yargıtay 12 HD, 2008/26037, 24.3.2009; Yargıtay 19 HD, 2015/3799, 26.01.2016; Yargıtay 12 HD, 2012/16820, 09.07.2012; Yargıtay 12 HD, 2013/17436, 02.07.2013 (Lexpera İçtihat Bankası).
- 29 Teminata ilişkin milletlerarası sözleşmeler için bkz: Çalışkan (n 16) 91; Doğan (n 15) 95, 96; Çelikel and Erdem, (n 3) 656 vd. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda Almanya ile Türkiye arasında var olan karşılıklılığa bağlı olarak davacının teminattan muaf olduğuna karar vermiştir. Yargıtay 17 HD, 2013/21469, 15.10.2015 (Lexpera İçtihat Bankası).
- 30 Karşılıklı işlem şartının gerçekleşmesinde kanunî ya da fiilî olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır: Özden (n 25) 33; Nomer (n 3) 500. Bayraktaroğlu Özçelik, teminat yatırma yükümlülüğünün mahkemeye başvurma hakkı ile doğrudan ilişkili olması sebebi ile karşılıklılık şartının dışında yabancıları teminattan muaf tutulabilecek durumların artırılması veya teminat göstermekten muafiyet konusunda mahkemeye takdir yetkisi verilmesinin düşünülebileceğini savunmaktadır: Bayraktaroğlu Özçelik (n 13), 465.
- 31 Doğan (n 15) 96.
- 32 Neva Övünç Öztürk, *Mültecinin Hukukî Statüsünün Belirlenmesi* (1st edn, Seçkin 2015) 27 vd.
- 33 Esasen sığınma, vatandaşı olduğu devletten kaçarak başka bir devletten koruma talep eden kişiyi ifade edecek şekilde yorumlanmalıdır: Doğan (Yabancılar) (n 5) 138. Sığınmaya ilişkin ayrıntılı bilgiler için bkz: Öztürk, (n 32) 48 vd; İbrahim Kaya and Esra Yılmaz Eren, *Türkiye'deki Suriyelilerin Hukukî Durumu-Arada Kalanların Hakları ve Yükümlülükleri* (1st edn, Seta 2014) 17.
- 34 Söz konusu sınırlama hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Işıl Özkan, *Göç, İltica ve Sığınma Hukuku* (1st edn, Seçkin 2013) 79, 80; Ersan Barkın "1951 Tarihli Mülteciğin Önlenmesi Sözleşmesi", 2014(1) Ankara Barosu Dergisi, 333, 351 vd; Doğan (Yabancılar) (n 5) 11; Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu* (5th edn, Beta 2018) 46.
- 35 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 4.4.2013, RG 11.4.2013/ 28615 madde 61: *Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirlene işlemleri sonrasında mülteci statüsü verilir.*

sadece Avrupa'dan gelen kişiler, mülteci olarak kabul edilmişlerdir (YUKK m. 61). Buna bağlı olarak, uluslararası koruma bakımından farklı statülere³⁶ ihtiyaç duyulmuştur³⁷. Kanuna göre uluslararası koruma, mülteci, şartlı mülteci ve ikincil korumayı ifade eder (YUKK m. 3/1-r). Ancak kanunî tanım içerisinde olmayan geçici koruma sahipleri ile uluslararası koruma başvuru sahipleri de bu kapsamda değerlendirilmelidir³⁸.

YUKK m. 62'de kanunî tanımı verilen şartlı mülteciler, mülteci statüsünün şartlarını taşımakla birlikte Avrupa dışından gelen ve güvenli üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar geçici bir süreliğine Türkiye'de kalmalarına izin verilen kimselerdir³⁹. İlk defa YUKK m. 63 ile Türk hukukuna dâhil olan ikincil koruma⁴⁰ ise, Cenevre Sözleşmesinde aranan mülteci (ya da şartlı mülteci) şartlarını taşımamakla birlikte uluslararası korumaya ihtiyaç duyan yabancılara sağlanan bir korumadır⁴¹. Kanunda hangi hallerde ikincil koruma statüsü verileceği açıkça düzenlenmiştir⁴².

- 36 Statü, bir kişinin uluslararası korunmasının hukuken tanınmasını ifade eder. Kanunlarda öngörülen statüyü sağlayan kişiler, statü şartlarını taşıdıklarının yetkili makamlarca tespitinin ardından, statüye yerleştirilir: Doğan (Yabancılar) (n 5) 144; Öztürk (n 32) 47.
- 37 Yukarıda ifade edildiği üzere, Türkiye'nin Cenevre Sözleşmesine koyduğu coğrafi sınırlama sebebiyle Türkiye, Avrupa dışından gelen kişilere mülteci statüsü tanımamaktadır: Ekşi (n 34) 44, 45. Bunun devletin menfaatine olduğu ifade edilmektedir: Kristen Walker, "Defending The 1951 Convention Definition Of Refugee" 2003 (17) Georgetown Immigration Law Journal, 583, 594. Sözleşmede böyle bir coğrafi sınırlamaya yer verilmesinin nedeni, Türkiye'nin konumu ile izah edilmektedir. Zira Türkiye, dünyada yaşanan olaylar sonucunda toplu nüfus hareketlerinden fazlasıyla etkilenen ülkeler arasında yer almaktadır: İltica ve Göç Alanındaki Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Eylem Planı, 36, <[http://www.goc.gov.tr/files/files/turkiye_ulusal_eylem_plani\(2\).pdf](http://www.goc.gov.tr/files/files/turkiye_ulusal_eylem_plani(2).pdf)> Erişim Tarihi 18.02.2018. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve İşçileri Komisyonu Raporları (1/619), Türkiye Büyük Millet Meclisi Yasama Dönemi: 24 Yasama Yılı: 2, ET 18.02.2018, Genel Gerekeçe, 6. Ayrıca bkz: Dana Baldinger, *Vertical Judicial Dialogues in Asylum Cases*, (1st edn, Brill Nijhof 2015) 17, 18.
- 38 Doktrinde de geçici korumanın uluslararası koruma kapsamına alındığı görülmektedir: Doğan (Yabancılar) (n 5) 138 vd; Ekşi (n 34) 41 vd ve 147 vd.
- 39 Neva Övünç Öztürk, "1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme Çerçevesinde Mülteci Statüsünün Sona Ermesine Yönelik Ölçütlerin İncelenmesi ve Türk Hukuku Üzerindeki Yansımalarının Değerlendirilmesi" (Sona Erme) 2016 65(2), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Dergisi, 65 (2), 2016, 393, 395, 396; Ekşi (n 34) 48. Her ne kadar şartlı mülteci olarak kabul edilecek kişiler, güvenli üçüncü ülkeye yerleştirilmek üzere ülkemize gelmekte iseler de uygulamaya bakıldığında, bu statüye sahip olanlardan çok az miktarı üçüncü ülkeye yerleştirildiğinden, şartlı mülteci statüsü verilen kişilerin Türkiye'de kalıcı olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır: Doğan (Yabancılar) (n 5) 145.
- 40 Ekşi (n 34) 51.
- 41 Siobhán McInerney-Lankford, "Complementary Protection in International Refugee Law - Book Reviews" 2008 (55), Netherlands International Law Review, 101, 101.
- 42 YUKK madde 63: – (1) *Mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde:*
a) *Ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek,*
b) *İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak,*
c) *Uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak,*
olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilir.

Kanunî tanım içerisinde yer almamakla birlikte uygulama⁴³ ve BMMYK değerlendirmeleri⁴⁴ dikkate alındığında, kendilerine geçici koruma statüsü⁴⁵ verilen Suriyeliler de kanaatimizce uluslararası koruma içinde mütalaa edilebilir. Doktrinde de kabul edildiği üzere, geçici koruma statüsünde, ülkesinin korumasından yararlanamayan ve kitlesel olarak⁴⁶ geçici süreliğine ülkemize korunma talebi ile gelen kişiler söz konusudur. Dolayısı ile bu kişilerin de uluslararası koruma kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir⁴⁷. Zira geçici korumanın, YUKK ile uluslararası koruma kapsamında tutulan mülteci ve şartlı mülteci statüsünden tek farkı, menşei ülkenin koşulları sonucunda oluşan uluslararası koruma talebinin bireysel seviyede değil, grup düzeyinde incelenmesidir⁴⁸. Uluslararası korumada olduğu gibi, geçici koruma ile sağlanan korumanın amacı da insan onurunu korumaktır⁴⁹. Bu nedenle geçici koruma da uluslararası koruma içinde mütalaa edilmelidir.

Kanunî tanım içerisinde yer almayan ancak mevzuatımızda bazı haklar verilen uluslararası koruma başvuru sahipleri⁵⁰ de en azından, başvuruları sonuçlandırılıncaya kadar uluslararası koruma içinde değerlendirilebilir. Çünkü mevzuatımıza göre uluslararası koruma başvuru sahipleri de, şartlı mülteciler ile aynı haklara sahip olabilmektedir⁵¹.

- 43 Geçici koruma statüsü verilen Suriyeliler ile ilgili mevzuata ve uygulamaya bakıldığında, bu kişilerin şartlı mülteciler ile birlikte değerlendirildiği görülmektedir. Örneğin UIK m. 16/1-f, m. 17'de şartlı mülteciler ile geçici koruma sağlanan kişilerin çalışma hakları aynı şartlara tâbi kılınmıştır. Yine geçici koruma statüsü sahipleri ile şartlı mültecilerin eğitim, sağlık vs. gibi hakları aynı şartlara tâbi tutulmaktadır. Musa Aygül, Yabancıların Çalışma Hakkı (Hürriyeti) ve Yabancılarla Çalışma İzni Verilmesinde İdarenin Takdiri Yetkisi (1th ed, Yetkin 2019) 171.
- 44 Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından 2003 yılında hazırlanan "Koruma Gündemi" başlıklı raporda, toplu sığınma vakalarının olması ihtimali üzerinde durulmuş ve bu durumun, uluslararası koruma kapsamında olduğu değerlendirilerek, olası vakalara ilişkin hazırlıklı olunması amaçlanmıştır: Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, "Koruma Gündemi", (3th edn, 2003), <https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2017/02/koruma_gundemi.pdf> Erişim Tarihi 28.3.2020, 12, 16, 25, 26.
- 45 Geçici koruma YUKK'da "*Ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancı*" olarak tanımlanmıştır (YUKK m. 91/1).
- 46 Kitlesel akın, aynı ülke ya da coğrafi bölgeden kısa bir süre içerisinde ve yüksek sayılarda gerçekleşen, bu sayılar sebebi ile bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işleminin yapılamadığı durumları ifade eder: Ekşi (n 34) 151.
- 47 Doğan (Yabancılar) (n 5) 146 vd; Ekşi de kitabında, uluslararası koruma türleri kapsamına geçici korumayı almıştır bkz: Ekşi, (n 34) 151.
- 48 Doğan (Yabancılar) (n 5) 148. Ancak Çelikel'e göre bu fark, geçici korumayı uluslararası korumanın dışında bırakarak ona geçici bir tedbir niteliği veren özelliğidir: Aysel Çelikel, Yabancılar Hukuku, (24th ed, Beta 2018) 170.
- 49 Volker Türk, "International Protection" (2012) 24(1) International Journal of Refugee Law 120, 121.
- 50 YUKK'ta başvuru sahibi, "*uluslararası koruma talebinde bulunan ve henüz başvurusu hakkında son karar verilmemiş olan kişi*" olarak tanımlanmıştır (YUKK m. 3/1 (d)).
- 51 Türkiye uygulaması dikkate alındığında, başvuru süreçleri yıllarca sürmekte ve yabancı, başvuru sonrasında kendisine verilen ve ikamet hakkı sağlayan "uluslararası koruma başvuru sahibi kimlik belgesi" ile yıllarca (YUKK m. 76) Türkiye'de kalabilmektedir. Şartlı mültecilere tanınan hakların bazıları, uluslararası başvuru sahiplerine de tanınmaktadır. Örneğin uluslararası koruma başvuru sahipleri, YUKK m. 89/4-a ve YUKK m. 89/4-ç hükmünde şartlı mülteciler ile birlikte değerlendirilmiştir. Ayrıca başvuru sahipleri ve şartlı mültecilerin çalışma hakları, "Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi ve Uluslararası Koruma Statü Sahibi Kişilerin Çalışmasına Dair Yönetmelik" in 5. maddesinde de aynı şartlara tâbi kılınmıştır. Yine 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda, başvuru sahipleri, statü sahipleri ile birlikte değerlendirilmiş (m. 3/27) ve aynı Kanunun 60. maddesinde başvuru sahipleri de uluslararası statüsü sahipleri ile birlikte genel sağlık sigortası kapsamına alınmışlardır.

B. Mültecilerin Teminat Yatırma Yükümlülüğü

Statüsü kabul edilmiş mülteciler hiç şüphesiz yabancıdır. Ancak Cenevre Sözleşmesi ile mültecilere bazı haklar tanınmıştır⁵². İşte bu kapsamda mültecilere, her bir taraf devletin mahkemelerine, serbestçe ve kolayca başvurabilme hakkı tanınmıştır (Cenevre Sözleşmesi m. 16/1)⁵³. Cenevre Sözleşmesinin 16. maddesinin ikinci fıkrasında açıkça, mültecilerin mutad meskeninin⁵⁴ bulunduğu taraf devlette, adlî yardım ve teminat dâhil, mahkemelere⁵⁵ müracaat bakımından vatandaş gibi muamele görecekları belirtilmiştir (Cenevre Sözleşmesi m. 16/2). Böylece Cenevre Sözleşmesine göre mülteci, mutad meskenin bulunduğu ülke vatandaşları ile aynı statüde dava açabilecek, Sözleşmeye taraf başka bir ülke toprağında ise, dava hakkı bakımından mutad meskeninin bulunduğu ülkenin vatandaşları ile aynı muameleyi görecektir⁵⁶.

Mutad meskeni Türkiye’de bulunan ve statüsü tanınmış mülteciler, Sözleşmeye göre teminat gösterme yükümlülüğü bakımından Türk vatandaşları ile eşit kabul edilmişlerdir. Buna göre, Türkiye’de mutad meskeni bulunan mülteciler⁵⁷, Türk vatandaşları gibi teminat göstermeksizin dava açabilecekler, davaya müdahil olabilecekler ya da takip yapabileceklerdir⁵⁸. Çünkü Sözleşmenin amacı, mültecilerin mutad meskenlerinin bulunduğu ülkede o ülke vatandaşları gibi hiçbir kısıtlama olmaksızın mahkemeye başvurmalarına olanak tanımaktır. Sonuç olarak mutad meskeni Türkiye’de olan bir mülteci, teminat yatırmak zorunda kalmadan dava açabilecek ya da takip yapabileceklerdir.

Mutad meskeni Cenevre Sözleşmesine taraf bir âkit devlette bulunan mültecilerin teminat yükümlülüğü ise, Cenevre Sözleşmesinin 16/3. maddesinde⁵⁹ düzenlenmiştir.

- 52 Doğan (Yabancılar) (n 5) 10. Devletler, sözleşmede tanınan haklardan daha ileri hakları mültecilere tanıyabilirler (m. 5, 7/1). Ancak mültecilere verilen haklar, Türkiye’de Türk vatandaşlarına verilen haklardan daha fazlasını mültecilere verildiği şekilde yorumlanamaz: Ekşi (n 34) 44.
- 53 Cenevre Sözleşmesi m. 16/1: “*Her mültecinin Âkid Devletlerin ülkesinde mahkemelere serbestçe ve kolayca müracaata hakkı vardır.*”
- 54 R.G. T. 5.9.1961, S. 10898. Cenevre Sözleşmesi m. 16/2: “*Her mülteci, mütat ikametgâhının bulunduğu Âkid Devlette, adli yardım ve teminat akçesinden muafiyet dâhil, mahkemelere müracaat bakımından vatandaş gibi muamele görür.*” Sözleşmenin İngilizce metninde “*habitual residence*” ifadesine yer verilmiştir. Sözleşmenin İngilizce metninde mutad mesken ifadesi kullanıldığı için biz de metin içerisinde mutad mesken ifadesini kullanmayı tercih ettik. Aynı yönde bkz: Bayraktaroğlu Özçelik (n 14) 463.
- 55 Sözleşmede sadece mahkemelere müracaattan söz edilmiş ise de, bu ifadenin icra dairelerini de kapsayacak şekilde yorumlanması gerekmektedir. Çünkü icra takibi yapabileme hakkı, hak arama özgürlüğünün bir uzantısı olarak kabul edilmektedir: Tanrıver (n 5) 406. Yargıtay da icra organlarının özel bir yargı organı olduğunu kabul etmektedir: Yargıtay 6 HD,5358/8667, 11.06.2012 (yayımlanmamıştır). “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, icra takibi de yargı prosedürünün ayrılmaz bir parçasıdır. Bu nedenle mahkeme hakkı “kişisel hak ve yükümlülükler” hakkında karara varılarken ilk derece ve üst mahkemelere erişim hakkının yanında icra takibine başvurma hakkını da aynı derecede koruma altına almaktadır*”: Çalışkan (n 16) 213.
- 56 James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law*, (1st edn, Cambridge University Press 2005) 912.
- 57 Kendilerine Türkiye tarafından uluslararası koruma sağlanan sığınmacıların mutad meskenlerinin Türkiye’de bulunması olağandır.
- 58 Bu kapsamda mülteciler ancak HMK m. 84/1-b kapsamında, dava açmadan önce iflâsına karar verilmiş olması, haklarında konkordato veya uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma işlemlerinin başlatılmış olması; borç ödemeden aciz belgesinin varlığı gibi sebeplerle, ödeme güclüğü içinde bulunduğu belgelenmesi durumlarında teminat yatırmak zorunda kalacaktır.
- 59 Cenevre Sözleşmesi m. 16/3: “*Mütat ikametgâhının bulunduğu memleketten gayri Âkid Devletlerde ve 2 nci fıkrada mezkûr konular hakkında, her mülteci mütat ikametgâhının bulunduğu memleket vatandaşlarına edilen muamelenin aynından istifade eder.*”

Buna göre mutad meskeni taraf bir devlette bulunan mülteci, Türkiye’de dava açarken mutad meskeninin bulunduğu taraf devletin vatandaşı gibi muamele görecektir. Bu halde mülteci, teminat gösterme yükümlülüğü bakımından, yabancı gibi muamele göreceği için, MÖHUK m. 48/2 gereği mutad meskeninin bulunduğu taraf devlet ile Türkiye arasında karşılıklılık şartının gerçekleştiği hallerde teminat yatırmak zorunda kalmayacak; aksi ihtimâlde ise, MÖHUK m. 48/1 gereği teminat yatırmak zorunda kalacaktır.

C. Şarhlı Mülteciler, İkincil Koruma Statüsü Sahipleri, Geçici Koruma Statüsü Sahipleri İle Uluslararası Koruma Başvuru Sahiplerinin Teminat Yatırma Yükümlülükleri

Mülteci dışında kalan ve yukarıda zikrettiğimiz uluslararası koruma statü sahipleri de hiç şüphesiz yabancı statüsündedir. Dolayısı ile MÖHUK m. 48’in lafzî yorumunun esas alınması halinde, bu kişilerin teminat yatırmaları gerekebilecektir⁶⁰. Davanın başında yatırılacak gider avansının yanında⁶¹, Türkiye’ye uluslararası koruma amacıyla gelen kişilerden bir de yargılama giderleri⁶² ile karşı tarafın muhtemel zararlarını karşılayacak teminat alınmasının, bu kişilerin mahkemeye erişim haklarını ihlâl edebileceği üzerinde durulmalıdır.

Anayasa’da vatandaş yabancı ayrımı yapılmaksızın herkese tanınmış olan hak arama özgürlüğü, dava açmak ve icra takibinde bulunmak yolları ile kullanılır⁶³. Dava açma hakkı, kişilerin hak arama özgürlüğü önündeki hukukî ve fiilî engellerin kaldırılması ile sağlanır⁶⁴. Yukarıda da izah edildiği üzere, dava açma hakkı, hem vatandaşlar hem de yabancılar için kanunla sınırlandırılabilir. Ancak bu sınırlandırmanın, dava hakkını ya da hak arama özgürlüğünü kısıtlayacak nitelikte olmaması gerekir⁶⁵.

Doktrinde MÖHUK m. 48’de yer alan hükmün mahkemeye erişim hakkını orantısız şekilde kısıtlayabileceği ileri sürülmektedir⁶⁶. Buna göre, karşılıklılık bulunmamak

60 “Davalı ... tarafından ön inceleme duruşmasında davacının Suriye’li olduğundan teminat yatırması gerektiği şeklinde dava şartı itirazı yapıldığı gibi, bu husus HMK md. 84, 114 ve MÖHUK md. 48 gereği dava şartı olmakla mahkememizce de re’sen dikkate alınmıştır... Davacı vekiline bu ara karar üzerine dosyaya hiçbir beyan-delil sunulmamıştır. Benzer bir dosyamızda Adalet Bakanlığından aynı konuda yazılan yazıya gelen cevapta anlaşma veya fiili mütekabiliyet olmadığı, mahkemenin takdirinde olduğu bildirildiğinden tekrar Bakanlığa yazı yazılmamış ise de incelenen dosya kapsamı, dava değeri, taraf ile vekil sayısı ve dosyanın tür itibarıyla yüksek yargılama gideri gerektiren bir dosya olduğu da değerlendirilerek, dosyanın 17.05.2019 tarihli celsesinde davacı vekiline bu yazı elden tebliğ edilmiş, açıklanmış ve takdiren 3.000,00 TL teminat yatırmak üzere kesin süre verilerek sonucu ihtar edilmişse de teminat kesin sürede yatırılmamıştır. Son celsede davacı vekiline müvekkilinin işsiz olduğu ve teminat yatıracak maddi gücü bulunmadığı beyan edilmişse de, tüm yargılama boyunca bu konuda dosyaya sunulmuş bir beyan ve delil de bulunmamaktadır. Tüm bu nedenlerle davanın HMK md. 84, 114, 115/2 ve MÖHUK md. 48 kapsamında dava şartı yokluğundan usulden reddine karar vermek gerekmektedir.” İstanbul 2 Asliye Ticaret Mahkemesi, 2018/725, 19.7.2019 (Lexpera İçtihat Bankası).

61 Bu hususun hak arama özgürlüğüne engel olabileceğine ilişkin çekince için bkz: Tanrıver (n 5) 637.

62 Yargılama giderleri, harçlar, masraflar ve vekalet ücretinden oluşur.

63 Tanrıver (n 5) 79; Okur (n 4) 1.

64 Muhammet Özkes, *Medeni Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı* (1st edn, Yetkin 2003) 54.

65 Tanrıver (n 5) 467.

66 Atalı, Ermenek and Erdoğan, (n 13) 367; Bayraktaroğlu Özçelik (n 14) 465.

kaydıyla, Türkiye’de dava açan, davaya katılan ya da icra takibinde bulunan yabancılar, teminat yatırmakla yükümlüdür⁶⁷. Teminat yükümlülüğü için, HMK’nın aksine, bu kimselerin Türkiye’de mutad meskenlerinin bulunup bulunmamasının ya da ödeme gücünün içerisinde olup olmamalarının da bir önemi bulunmamaktadır. Dolayısı ile AİHS’de korunan mahkemeye erişim hakkı bakımından yabancılardan, sadece yabancı olmaları sebebiyle teminat istenmesi, mahkemeye erişim hakkını orantısız bir şekilde kısıtlayabilir⁶⁸.

AİHM içtihatlarına göre ise, yabancılara teminat yükümlülüğünün getirilmiş olması tek başına mahkemeye erişim hakkını ortadan kaldırmamaktadır. AİHM, teminat yükümlülüğünün, davacının adil yargılanma hakkını ihlâl edip etmediğinin her bir somut olay açısından incelenmesi gerektiğine karar vermektedir. Buna göre yabancından istenen teminat, davacının maddî imkânları karşısında dava açmasını orantısız bir şekilde sınırlamakta ise yabancının mahkemeye erişim hakkı ve dolayısıyla da AİHS m. 6’daki adil yargılanma hakkı ihlâl edilmiş olabilecektir⁶⁹. Özellikle yabancılardan istenen teminatın miktarı, orantılılık ilkesine aykırı ise AİHM ihlâl kararı vermektedir⁷⁰.

Türkiye’ye karşı açılan *Ülger/Türkiye*⁷¹, *Mehmet ve Suna Yiğit/Türkiye*⁷² ve *Kaba/Türkiye*⁷³ davalarında AİHM, resmî belgeler ile malvarlıklarının bulunmadığını ispatlayan davacıların adil yardım taleplerinin reddedilmesini ve akabinde de mahkeme masraflarını ödeyemedikleri için açtıkları davaların reddedilmesini, adil yargılanma hakkının ihlâli olarak değerlendirmiştir⁷⁴.

Mülteciler dışında uluslararası koruma altında olan yabancılar, YUKK kapsamında belirsiz bir süre Türkiye’de ikamet hakkını haizdirler. Diğer bir ifade ile bu kişilerin yerleşim yerlerinin değilse bile mutad meskenlerinin Türkiye olarak kabulü gerekmektedir. Çünkü bu kişilerin, geçici de olsa, belirsiz bir süre yaşam merkezleri Türkiye’dir⁷⁵. Örneğin şartlı mülteciler, her ne kadar Kanunda ülkede geçici olarak bulunan ve bu sebeple sınırlı haklar ile donatılan kimseler olarak tanımlansa da

67 Bir davada davacı Suriye vatandaşının, yaşanan trafik kazası sebebi ile uğradığı zararların tazmini isteğiyle açtığı dava, teminat yatıramaması sebebi ile usulden reddedilmiştir: İstanbul 2. Asliye Ticaret Mahkemesi, 2018/725, 19.07.2019 (Lexpera İçtihat Bankası).

68 Atalı, Ermenek and Erdoğan (n 13) 367.

69 Çalışkan (n 16) 201.

70 AİHM, *Kreuz/Polonya* davasında, davacıdan istenen teminatın, davacının bir senelik maaşına denk olmasını, orantılılık ilkesine aykırı bulmuş ve davacının malî açıdan bu teminatı karşılayacak gücünün de olmaması nedeniyle ihlâl kararı vermiştir: Çalışkan (n 16) 200.

71 *Ülger/Türkiye* App No 25321/02 (ECHR 26 June 2007).

72 *Mehmet and Suna Yiğit/Türkiye* App No 52658/99 (ECHR 17 July 2007).

73 *Kaba/Türkiye* App No 1236/05 (ECHR 1 March 2011).

74 Kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Çalışkan (n 16) 211 vd.

75 Avusturya mahkemesine gelen bir boşanma davasında davalı eş, mülteci statüsündeki davacı eşinin Avusturya’da mutad meskeninin bulunmadığını zira davacının bir an önce Avusturya’dan ayrılmak istediğini iddia etmiştir. Mahkeme ise bu zamana kadar mültecinin sosyal ve ekonomik hayat ilişkilerinin Avusturya’da olmasından dolayı, davalının iddiasını, mültecinin Avusturya’da kalma amacı olmamasına rağmen reddetmiştir: Paul Weis, The Refugee Convention, 1951, The Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary by Dr Paul Weis <<https://www.unhcr.org/4ca34be29.pdf>> Erişim Tarihi 01.04.2020, 98.

gerçek durum farklıdır. Uygulamada, Türkiye’deki şartlı mültecilerin üçüncü ülkelere yerleştirilmeleri BMMYK tarafından gerçekleştirilmektedir⁷⁶. Bu yerleştirmeler ise, uzun yıllara sarî olabilmektedir⁷⁷. Diğer bir ifade ile şartlı mülteciler, uzun yıllar Türkiye’de kalabilmektedir⁷⁸. Yine kendilerine geçici koruma sağlanan Suriyeliler, 2011 yılından itibaren Türkiye’de bulunmaktadır. Hatta bu kişilerin bir kısmının artık Suriye’ye dönmeyeceği de ileri sürülmektedir⁷⁹. Suriyelilerin ülkelerine dönecekleri varsayılsa bile ne zaman dönecekleri de belirli değildir. Suriyelilere geçici koruma sağlanmasının sebebi ise, Türkiye’de geçici olarak kalacak olmalarından dolayı değil, kitlesel halde ülkeye gelmelerinden dolayı, onlar için bireysel değerlendirme yapılmasının mümkün olmamasıdır.

Kanaatimizce, Türkiye’de uluslararası koruma altında bulunan ve en azından belirsiz süreli olarak mutad meskenleri Türkiye’de bulunan bu kişilerden, aşağıdaki gerekçeler ile teminat alınmaması gerekmektedir.

Birinci olarak, maddî durumları da dikkate alındığında, pek çok olayda, uluslararası koruma statüsü altındaki kişilerden teminat aranması, bu kişilerin dava açma hakkının orantısız bir şekilde sınırlandırılması anlamına gelebilecektir. Bu da yukarıda görüldüğü üzere, AİHM tarafından adil yargılanma hakkının ihlâli olarak değerlendirilmektedir. Kaldı ki AİHM, *MSS v. Greece and Belgium (MSS/Yunanistan ve Belçika)* kararında uluslararası koruma altında olan kişileri, “kırılgan” gruplar olarak nitelendirmektedir. AİHM, bu hususu şu şekilde ifade etmiştir⁸⁰:

“Mahkeme başvurusunun sığınmacı ve bunun gibi, özellikle imkânları sınırlı ve savunmasız, özel korunmaya muhtaç nüfus grubunun bir üyesi statüsünde olmasına kayda değer bir önem atfetmektedir (bakınız, gerekli değişikliğin yapılması şartıyla, Orşuş ve Diğerleri/Hırvatistan [BD], no. 15766/03, m. 147, AİHM 2010-...). Mahkeme, Cenevre Sözleşmesi, BMMYK’nun uygulama ve etkinlikleri ile Avrupa Birliği Karşılama Yönergesi’nde belirlenen standartlarla kanıtlandığı üzere, uluslararası düzeyde ve Avrupa çapında bu özel korunma ihtiyacına ilişkin yaygın bir görüş birliğinin bulunduğundan bahseder.”

76 BMMYK, bu noktada Göç İdaresi Genel Müdürlüğü ve BM Uluslararası Göç Örgütü ile işbirliği içinde hareket etmektedir: UNHCR, “Üçüncü Ülkeye Yerleştirme” (*UNHCR Türkiye*) < <https://www.unhcr.org/tr/ucuncu-ulkeye-yerlestirme>> Erişim Tarihi 30.03.2020; UNHCR, “Türkiye’de Üçüncü Ülkeye Yerleştirme” (*UNHCR Türkiye* 2018) < <https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2018/12/Resettlement-Fact-Sheet-September-2018-TR.pdf>> Erişim Tarihi 30.03.2020.

77 BM Mülteci Örgütü, üçüncü ülkeye yerleştirilmenin bir hak olmadığını vurgulayarak sadece çok sınırlı sayıda şartlı mültecinin bu haktan yararlanabildiğini ifade etmektedir. Bunun gerekçesi olarak da her yıl üçüncü ülkeye yerleştirme kontenjanlarının çok sınırlı olduğu göstermekte ve dünyadaki mültecilerin %1’inden azının üçüncü ülkeye yerleştirildiğini ifade etmektedir: UNHCR, “Üçüncü Ülkeye Yerleştirme” (*UNHCR Türkiye*) < <https://www.unhcr.org/tr/ucuncu-ulkeye-yerlestirme>> Erişim Tarihi 30.03.2020.

78 Doğan, şartlı mülteci statüsü verilen kişilerin Türkiye’de kalıcı olduğunu söylemenin yanlış olmadığını ifade etmektedir: Doğan (Yabancılar) (n 5) 145.

79 Kuvvet Lordoğlu and Mustafa Aslan, “En Fazla Suriyeli Göçmen Alan Beş Kentin Emek Piyasalarında Değişimi: 2011-2014” 2016/2, Çalışma ve Toplum, 789, 806; Derya Kap, “Suriyeli Mülteciler: Türkiye’nin Müstakbel Vatandaşları”, Aralık 2014, Akademik Perspektif, 30; Ahmet İçduygu and Enes Ayaşlı, “Geri Dönüş Siyaseti: Suriyeli Mültecilerin Dönüş Göçü İhtimali ve Gelecek Senaryoları”, 04/2019, MİReKoc ÇalışmaNotları < https://mirekoc.ku.edu.tr/wpcontent/uploads/2019/05/Mirekoc_Rapor_GeriDonusSiyaseti.pdf> Erişim Tarihi 28.03.2020.

80 *M.S.S. / Belçika v Yunanistan* App No 30696/09 (ECHR 21 January 2011), Paragraf 251.

Burada AİHM, sadece sığınmacıların içindeki, refakatsiz çocuklar ya da özel ihtiyaç sahipleri gibi kişilerin değil, sığınmacıların tamamının “kırılğan” bir grup olduğunu vurgulamıştır⁸¹. Çünkü bu kişiler, ev sahibi ülkenin diline hâkim değildiler⁸² ve kendilerine destek olacak bir yapı da bulunmamaktadır. Sığınmacıların toplum hayatına katılması da, büyük oranda devletin katkısı ile mümkün olabilmektedir⁸³. Dolayısı ile uluslararası koruma altında bulunan kişiler de mülteciler gibi ve hatta onlardan daha da fazla kırılğan, imkânları sınırlı, savunmasız ve özel korumaya muhtaç kimselerdir⁸⁴. Bu kişiler de mülteciler gibi yabancı bir ülkede, ailelerinden uzakta, hiç tanımadıkları bir çevrede, ellerindeki son mevcut paralarını ulaşımlarını sağlayabilmek için harcayarak ekonomik zorluklar içinde yaşayan, psikolojik ve sağlık problemleri içerisinde olan bireylerdir⁸⁵ ve koruma talep ettikleri ülkenin dilinden, örf ve adetinden, hukuk sisteminden bihaberdirler⁸⁶. Türkiye’de, bu kişilerin mahkemelere erişimini sağlamak için hem Avukatlık Kanunundaki⁸⁷ hem de HMK’daki adli yardım müessesesi işletilmektedir. Uygulamada, çoğunlukla Türkiye’ye uluslararası koruma talebi ile gelen ve Türkiye’de ikamet eden kişilerin, açtıkları davalarda, adli yardım imkânından faydalandıkları görülmektedir. Adli yardım, tüm dava ve takip giderlerinden muafiyet sağladığından, adli yardımdan faydalanan kişilerin teminat yatırma yükümlülüğü söz konusu olmaz (HMK m. 85/1 (a), HMK m. 335/1 (a)). Kaldı ki pek çok olayda bu kişilerin adli yardımdan yararlanma talepleri, mahkemelerce kabul edilmektedir⁸⁸.

İkinci olarak, Cenevre Sözleşmesinin 16. maddesinin amacı dikkate alındığında da söz konusu madde, uluslararası koruma altındaki kişilere de teşmil edilmelidir⁸⁹. Mültecilerin normal bir yabancıdan farklı olarak teminat yatırma yükümlülüğünden muaf tutulmasının amacı, onların mahkemeye erişiminin önünde, pratik olarak pek çok

81 European Council on Refugee and Exiles, *The Concept of Vulnerability in European Asylum Procedures*, (1th ed, Aiada 2017), 10.

82 Kaliforniyalı bir hakim, bir konferansta yapmış olduğu konuşmada, dil bariyerinden dolayı bireylerin kendilerini etkili bir şekilde savunamadıklarını, yasal haklarını dile getiremediklerini ve sonucunda mal, mülk, sığındıkları yer hatta çocuklarını dahi kaybedebildiklerini ifade etmiştir: Carlos R. Moreno, “Language Access in Court” (2019) 14 California Legal History, 119, 120.

83 Aiada (81) 11.

84 Bu husus, bir idare mahkemesinin kararında da vurgulanmıştır: Ankara 1 İdare Mahkemesi 2016/2121, Ankara 10 Bölge İdare Mahkemesi 2017/ 742 <<http://ankarabarosu.org.tr/kurullar/mhk/pdf/6458.pdf>>Erişim Tarihi 28.03.2020.

85 Bu sebeple uluslararası koruma amacıyla yer değiştirmiş herkesin mülteciler gibi zorlu bir süreç içerisinde olduğu devamlı tekrar edilmelidir: Barbara Mikolajczyk, “Legal Aid for Applicants for International Protection” in Vincent Chetail, Philippe De Bruycker and Francesco Maiani (eds), *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law* (Brill Nijhoff 2016) 446.

86 İbid 446.

87 Avukatlık Kanunu’na göre gerçekleştirilen adli yardım, barolar aracılığı ile sağlanmaktadır. Baroların birçoğunda doğrudan mülteci hakları ile ilgili, komisyonlar ya da kurullar oluşturulmuştur. Ayrıca Barolar Birliğinin de bu alanda çalışmaları bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Türkiye, Sığınmacı ve Göçmenlerin Adli Yardıma Erişimi: Tespitler ve Öneriler, (Mülteci Hakları Merkezi Ocak 2019) 12 vd.

88 “Dava, Afgan uyruklu olan davacı tarafından, 6458 sayılı Kanun uyarınca uluslararası koruma başvurusunun reddine ilişkin Sivas Valiliği İl Göç İdaresi Müdürlüğü’nün 16.05.2018 tarih ve E.8116 sayılı işleminin iptali istemiyle açılmıştır... Davacının adli yardım talebinin İdare Mahkemesinin 21/06/2018 tarihli kararı ile kabulüne karar verildiği, davanın reddi kararı verilmesiyle HMK 339/2 maddesi uyarınca yargılama giderlerinin tahsilinin davacının mağduriyetine neden olacağı gerekçesiyle yargılama giderlerinden muaf tutulduğu görülmüştür.” Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10 İDD, 2019/487, 03.04.2019; Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 10 İDD, 2019/431, 03.04.2019 (Lexpera İçtihat Bankası).

89 Mikolajczyk (n 84) 449.

zorluğun olduğunun kabul edilmesidir⁹⁰. Sözleşmenin hazırlandığı dönemde birçok ülkede, adli yardımdan ancak vatandaşlar ya da karşılıklılık şartını sağlayan yabancılar yararlanabilmekte idi. Bu sebeple mülteciler, teminat gösterme yükümlülüğünden muaf tutulmuşlardır⁹¹. Uygulamada da mültecilerin, mahkeme masraflarını karşılayamadıkları, hukukî yollar ve temel hakları hakkında yeterli bilgiye sahip olmadıkları için mahkemelere erişemedikleri ifade edilmektedir⁹². Hatta pek çok ülkede adil yargılanma haklarının ve mahkemeye erişim haklarının sadece teoride garanti altına alındığı yazarlar tarafından ifade edilmektedir⁹³. Bu sebeplerle de mültecilerin mahkemelere erişim oranlarının çok düşük olduğu kaydedilmektedir. Mültecilerin mahkemelere erişimlerinin önündeki engeller içinde genel olarak, bu kişilerin temel haklarının farkında olmamaları⁹⁴, karmaşık ve şekli adli sistemler, bu sistemler karşısında yeterli alt yapının ve eğitilmiş yardımcı personelin bulunmaması⁹⁵, yüksek mahkeme ve avukatlık masrafları, adalet anlayışındaki kültürel çatışmalar, dil bariyerleri, mültecilere karşı toplumsal tepki ve ayrımcılık, politik kayıtsızlık ve mültecilerin kamplarda yaşaması gibi hususlar sayılmaktadır⁹⁶.

Türkiye’de mülteci statüsü verilme de, kendilerine Türkiye’de kaldıkları müddetçe uluslararası koruma sağlanan kişilerin mahkemelere erişim şartları, mülteciler ile aynı konumdadır. Dolayısı ile Türkiye’de kaldıkları süre boyunca bu kişiler, en azından MÖHUK m. 48 kapsamında, mülteciler gibi değerlendirilebilir. Çünkü bu kişiler, mahkemeye erişim hakları bakımından mültecilerden farklı bir konumda değildir; hatta izin almaksızın çalışma hakkını haiz mültecilere nazaran daha da dezavantajlı bir konumdadırlar. Mülteciler için geçerli olan sebepler, bu kişiler için de varittir. İlave olarak Cenevre Sözleşmesi m. 16/2 hükmü sadece mültecileri kapsayacak şekilde yorumlanmamalı, aksine sığınma talebinde bulunmuş ve ülkede mutad meskene⁹⁷ sahip herkesi korumaya yönelik bir hüküm olarak değerlendirilmelidir⁹⁸. Kaldı ki bu

90 Hatta doktrinde yazarlar tarafından, Cenevre Sözleşmesi m. 16’nın sadece mülteciler için değil, statü başvurusu reddedilmiş ve ülkede hala bulunarak bu idari işleme karşı dava açan kişiler için de kullanılması gerektiği savunulmaktadır: Baldinger (n 37) 25.

91 Weis (n 75) 95. “Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, Status of Refugees and Stateless Persons - Memorandum by the Secretary-General” (UNHCR *The UN Refugee Agency* 03 Ocak 1950) <<https://www.unhcr.org/protection/statelessness/3ae68c280/ad-hoc-committee-statelessness-related-problems-status-refugees-stateless.html>> Erişim Tarihi 28.03.2020. Ülkeler arasındaki adli yardım farklılıkları için bkz: Rosa da Costa, *Legal and Protection Policy Research Series Rights of Refugees in the Context of Integration: Legal Standards and Recommendations* (Division of International Protection Services 2006) 142.

92 Benjamin Wilson, *UNHCR and Access to Justice: Mixed Method Dispute Resolution for Encamped Refugees*, (October 23, 2017) Pepperdine University School of Law, dipnot 3 civarı.

93 Costa (n 91) 141.

94 Sadece kişilerin temel haklarının farkında olmaması değil, hükümet ve özel sektör tarafından mültecilerin sadece bir yabancı gibi düşünülmesi ve böylece sahibi oldukları hakların ileri sürülebilmesi ya da sürülse dahi reddedilmesi mahkemeye erişimi engellemektedir: Costa (n 91) 141.

95 İbid 141.

96 Wilson (n 92) dipnot 9 civarı; Costa (n 91) 142.

97 Mutad mesken kavramı da sadece yasal kalış izni almış ya da mültecilik statüsü verilen kişilerin mutad meskeni olarak değerlendirilmemelidir: Mikolajczyk (n 85) 449.

98 Mikolajczyk (n 85) 449; Marek Linha and André Møkelgjerd, *Analysis of Norway’s International Obligations, Domestic Law and Practice: Detention of Asylum Seekers* (NOAS 2014) 48.

kişilere teminat şartı aranmaksızın dava açma hakkını tanımak, Türkiye'nin Cenevre Sözleşmesini coğrafi kısıtlama ile kabul etmesindeki amaçlar ile de çatışmamaktadır. Bir diğer ifade ile bu kişilere mülteciler gibi dava açma hakkını tanımak, Türkiye'ye daha fazla mülteci gelmesine de sebebiyet vermeyecektir.

Üçüncü olarak, karşılaştırmalı hukuk uygulamaları esas alındığında da bu kişilerin teminattan muaf tutulmaları gerekmektedir. Karşılaştırmalı hukukta mülteci ve şartlı mülteci ayrımı olmadığı için bütün sığınmacılar, Cenevre Sözleşmesinin 16. maddesinin uygulama alanı içindedir⁹⁹. Bu sebeple mülteciler dışında kalan sığınmacılar da teminattan muaf tutulmalıdır.

Yargıtay, Afganistan vatandaşının açtığı bir davada, Cenevre Sözleşmesinin 16. maddesinin uygulanabileceğine şu ifadelerle karar vermiştir: *“Tarafların Afgan uyruklu oldukları ve Türkiye’de “mülteci” olarak buldukları anlaşılmaktadır... Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair 1951 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi hükümlerine göre de, mülteciler buldukları akit Devlet ülkesinde mahkemelere serbestçe ve kolayca müracaat etme hakkına sahip ve adli yardım ve teminat akçesinden muafiyet dahil, mahkemelere müracaat bakımından vatandaş gibi muamele görürler (Söz.md.16)*¹⁰⁰.

Dördüncü olarak, MÖHUK m. 48'in uygulanması bakımından, uluslararası koruma altındaki yabancıların MÖHUK m. 4/1-a kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği üzerinde durulmalıdır. MÖHUK m. 4/1-a'ya göre, uygulanacak hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hallerde, mülteciler hakkında yerleşim yeri, bulunmadığı takdirde mutad mesken o da yoksa dava tarihinde bulunduğu ülke hukukunun esas alınacağı kabul edilmiştir.

Ancak bu değerlendirme için öncelikle mülteciler dışında kalan uluslararası koruma sahiplerinin de bu maddenin kapsamına girdiğinin kabulü gerekmektedir. Doktrinde, bir görüşe göre, MÖHUK m. 4/1-a'da ifade edilen “mülteciler” ifadesinin kapsamına, şartlı mülteciler, ikincil koruma statü sahipleri ve geçici koruma statü sahipleri de girer¹⁰¹. Yine Yargıtay da bazı kararlarında Türkiye tarafından kendisine mülteci statüsü verilmemiş kişilerin de MÖHUK m. 4/1-a kapsamında olduğunu kabul etmiştir¹⁰².

99 Örneğin Alman İltica Kanununun 3. Bölümüne Cenevre Sözleşmesindeki mülteci tanımı aynen aktarılmıştır. Yine Fransa'da le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) da da mülteci tanımı 1951 tarihli Sözleşme ile uyumludur.

100 Yargıtay 2 HD 2012/13194, 24.01.2013 (Lexpera İçtihat Bankası).

101 Çelikel and Erdem (n 3) 69; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 2) 30. Ancak doktrinde mülteci ifadesinin uluslararası koruma altındaki diğer kişileri kapsayıp kapsamadığı noktasında görüş ifade etmeyen yazarlar da vardır: Doğan (n 14) 214, 215; Nomer (n 3) 117, 118.

102 *“Tarafların Afgan uyruklu oldukları ve Türkiye’de “mülteci” olarak buldukları anlaşılmaktadır... Mahkemece yapılacak iş; davanın kişi bakımından “yabancı unsur” ihtiva ettiği dikkate alınarak “Türk Milletlerarası Özel Hukuku” hükümlerine göre boşanmada uygulanacak yetkili hukuku re’sen belirlemek (5718 s.MÖHUK.md.2), aynı Kanun hükümleri uyarınca yetkili olan hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hallerde, Kanunda aksi öngörülmemiş ise, mülteciler hakkında yetkili hukuku 5718 sayılı Yasanın 4. maddesinin (a) bendine göre tespit etmek, bu yolla belirlenen yetkili yabancı hukukun Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde Türk hukukunu uygulamak (5718 s.MÖHUK.md.5), yetkili hukuk açıklanan şekilde aranıp belirlendikten sonra, tarafların delillerini toplayıp hasıl olacak sonucuna göre karar vermektir ibaretir...”* Yargıtay 2 HD, 2012/13194, 24.01.2013 (Lexpera İçtihat Bankası).

Uluslararası koruma altında olan kişilerin MÖHUK m. 4/1-a kapsamında sayılması yeterli değildir. Ayrıca söz konusu hükmün MÖHUK m. 48'in uygulanmasında da dikkate alınabileceği kabul edilmelidir. Halbuki doktrinde, MÖHUK m. 4 hükmünde yer alan “*yetkili olan hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hallerde*” ve madde başlığındaki “*vatandaşlık esasına göre yetkili hukuk*” ifadelerinden hareketle, söz konusu hükmün sadece kanunlar ihtilâfi kurallarında uygulanabileceği sonucu çıkarılmaktadır¹⁰³. Ancak kanaatimizce, MÖHUK m. 48 açısından MÖHUK m. 4/1-a da kıyasen uygulanabilmelidir¹⁰⁴.

Netice olarak, Türkiye’de mutad meskene sahip, uluslararası koruma altında bulunan tüm yabancıların, mülteciler gibi MÖHUK m. 48’de aranan teminattan muaf olmaları gerektiğini düşünmekteyiz.

Sonuç

Günümüzde Anayasa ve AIHS hükümleri ile yabancılar dâhil, herkesin tarafsız bir mahkemeye başvurma hakkı güvence altına alınmıştır. Ancak Anayasa’da teminat altına alınan hakların, yine Anayasa’nın öngördüğü şekilde, hem vatandaşlar (Anayasa m. 13) hem de yabancılar (Anayasa m. 16) için sınırlandırılabilmesi mümkündür. Bu kapsamda hem Türk vatandaşlarının hem yabancıların dava açma hakkı teminat yatırma yükümlülüğü ile sınırlandırılmıştır.

HMK m. 84/1-a’ya göre, Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşları teminat yatırma yükümlülüğü altında iken, MÖHUK m. 48’e göre, Türkiye’de dava açan, davaya katılan ya da icra takibinde bulunan yabancıların tamamı, teminat yatırmakla yükümlüdür. Bu kapsamda, Türkiye’ye uluslararası koruma amacıyla gelen tüm sığınmacılar, Türkiye’de dava açarken, davaya katılırken ya da icra takibinde bulunurken MÖHUK m. 48 hükmü gereğince teminat yatırmakla yükümlüdür.

Türkiye’nin de tarafı olduğu Cenevre Sözleşmesi, mültecileri, teminat yatırma yükümlülüğünden muaf tutmuştur. Ancak Sözleşmeye coğrafi sınırlama ile taraf olan Türkiye, ülkesine sadece Avrupa’dan uluslararası koruma amacıyla gelen sığınmacılara mülteci statüsü vermektedir. Buna rağmen, mülteciler dışında kalan uluslararası koruma altındaki şartlı mülteciler ve ikincil koruma sahipleri ile YUKK’da uluslararası koruma sahipleri arasında sayılmasa da ülkesinin korumasından yararlanamayan ve kitlesel olarak Türkiye’ye uluslararası koruma amacıyla sığınan geçici koruma statüsü sahipleri ve henüz uluslararası koruma başvuru süreci tamamlanmamış uluslararası koruma başvurusu sahipleri teminattan muafiyet bakımından mülteciler kapsamında

103 İnci Ataman Fıganmeşe, “Çifte Vatandaşlık Halinde MÖHUK’un 4. Maddesinin b ve c Bentlerinin Uygulama Alanı” 1999 19 (1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 95, 98-99.

104 Doktrinde, söz konusu hüküm, milletlerarası usul hukuku hükümlerinin uygulama alanına girmemesine rağmen MÖHUK m. 4/1-b hükmü açısından teminat yükümlülüğü konusunda aynı sonuca ulaşılacağı ifade edilmiştir: Ataman Fıganmeşe (n 103) 110-111.

kabul edilmelidir. Mülteciler dışında uluslararası koruma içinde kabul edilen diğer tüm sığınmacılar da mülteciler gibi teminattan muaf tutulmalıdırlar.

Öncelikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu kişileri “kırılgan” gruplar olarak nitelendirmiştir. Buna göre mülteciler için söz konusu olan ve teminattan muaf kılınmasını gerektiren sebepler, diğer sığınmacılar için de söz konusudur.

Cenevre Sözleşmesinde mültecilere teminattan muafiyet sağlanmasına neden olan tüm sebepler, Türkiye’ye uluslararası koruma amacıyla gelen şartlı mülteci, ikincil koruma ve geçici koruma sahipleri ile başvuru sahipleri için de mevcuttur. Dolayısıyla Sözleşmenin söz konusu hükmünün Türkiye’ye uluslararası koruma amacıyla gelen diğer sığınmacıları da kapsamına alacak şekilde yorumlanması, Sözleşmenin amacıyla da uygun olacaktır. Ekonomik durumları kötü olan bu kişilerden teminat istenmesi de bu kişilerin mahkemelere erişim hakkını orantısız olarak sınırlandırabilecektir.

Ayrıca MÖHUK m. 4/1-a hükmünde yer alan “mülteci” ifadesinin doktrinde ve mahkeme kararlarında da kabul edildiği gibi kıyasen Türkiye’ye sığınma amacıyla gelen herkesi kapsayan bir hüküm olarak değerlendirilmesi de mümkündür. Bu halde de şartlı mülteciler, ikincil koruma sahipleri, geçici koruma sahipleri ve uluslararası koruma başvuru sahipleri mültecilerle aynı statüye tabi tutularak teminattan muaf tutulmalıdır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliograph

- Arat T, *Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti* (1st edn, Sevinç 1970).
- Arslan İ, *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı* (1st edn, On İki Levha 2014).
- Atalı M, “Türk Medenî Usûl Hukuku Açısından Davada Yabancıların Durumu” *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler*, Eskişehir, 15 - 16 May 2009, 545.
- Atalı M, Ermenek İ and Erdoğan E, *Medenî Usûl Hukuku* (2nd edn, Yetkin 2019).
- Ataman Fıganmeşe İ, “Çifte Vatandaşlık Halinde MÖHUK’un 4. Maddesinin b ve c Bentlerinin Uygulama Alanı” 1999 19 (1-2), *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 95.
- Aygül M, *Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti* (1st edn, Seçkin 2007).
- Aygül M, *Yabancıların Çalışma Hakkı (Hürriyeti) ve Yabancılara Çalışma İzni Verilmesinde İdarenin Takdir Yetkisi* (1st edn, Yetkin 2019).
- Aysel Çelikel, *Yabancılar Hukuku*, (24th edn, Beta 2018).

- Baldinger D, *Vertical Judicial Dialogues in Asylum Cases*, (1st edn, Brill Nijhof 2015).
- Barkın E, “1951 Tarihli Mülteciliğin Önlenmesi Sözleşmesi”, 2014(1) Ankara Barosu Dergisi, 333.
- Bayraktaroğlu Özçelik G, “MÖHUK m.48 Uyarınca Yabancıların Teminat Gösterme Yükümlülüğü” in Feriha Bilge Tanrıbilir and Gülce Gümüşlü Tunçağıl (eds), *10. Yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun 7-8 Aralık 2017* (Adalet 2018).
- Benjamin W, *UNHCR and Access to Justice: Mixed Method Dispute Resolution for Encamped Refugees*, (October 23, 2017) Pepperdine University School of Law.
- Çalışkan Z, *Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat* (1st edn, Vedat 2013).
- Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017).
- Da Costa R, *Legal and Protection Policy Research Series Rights of Refugees in the Context of Integration: Legal Standards and Recommendations* (Division of International Protection Services 2006).
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş 2020).
- Doğan V, *Türk Yabancılar Hukuku* (Yabancılar) (3th edn, Savaş 2018).
- Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu* (5th edn, Beta 2018).
- European Council on Refugee and Exiles, *The Concept of Vulnerability in European Asylum Procedures*, (1st edn, Aiada 2017).
- Güngör G, *Tâbiyet Hukuku* (6th edn, Yetkin 2018).
- Hathaway JC, *The Rights of Refugees Under International Law*, (1st edn, Cambridge University Press 2005).
- İçduygu A and Ayaşlı E, “Geri Dönüş Siyaseti: Suriyeli Mültecilerin Dönüş Göçü İhtimali ve Gelecek Senaryoları”, 04/2019, MİReKoc Çalışma Notları, https://mirekoc.ku.edu.tr/wpcontent/uploads/2019/05/Mirekoc_Rapor_GeriDonusSiyaseti.pdfErşim Tarihi 28.03.2020.
- Kap D, “Suriyeli Mülteciler: Türkiye’nin Müstakbel Vatandaşları”, Aralık 2014, Akademik Perspektif, 30.
- Kaya İ and Yılmaz Eren E, *Türkiye’deki Suriyelilerin Hukukî Durumu-Arada Kalanların Hakları ve Yükümlülükleri* (1st edn, Seta 2014).
- Linha M and Møkkelgjerd A, *Analysis of Norway’s International Obligations, Domestic Law and Practice: Detention of Asylum Seekers* (NOAS 2014).
- Lordoğlu K and Aslan M, “En Fazla Suriyeli Göçmen Alan Beş Kentin Emek Piyasalarında Değişimi:2011-2014” 2016/2, Çalışma ve Toplum, 789.
- McInerney-Lankford S, “Complementary Protection in International Refugee Law - Book Reviews” 2008 (55), Netherlands International Law Review, 101.
- Mikolajczyk B, “Legal Aid for Applicants for International Protection” in Vincent Chetail, Philippe De Bruycker and Francesco Maiani (eds), *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law* (Brill Nijhoff 2016).
- Moreno CR, “Language Access in Court” (2019) 14 California Legal History, 119.
- Nebioğlu Öner Ş, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair La Haye Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması ve Kısa Bir İhtihat Analizi” (2014) 115 TBB Dergisi, 477.
- Nomer E, *Devletler Hususî Hukuku* (22th edn, Beta 2017).
- Okur M, *Dava ve Takiplerde Teminat* (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora 2009).

- Özden B, “Türk Hukukunda Cautio Judicatum Solvi Kuralı” (1989) 9 (1) MHB, 27.
- Özekes M, *Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı* (1st edn, Yetkin 2003).
- Özkan I, Göç, *İltica ve Sığınma Hukuku* (1st edn, Seçkin 2013).
- Öztürk NÖ, “1951 Tarihli Mültecilerin Hukukî Statüsüne İlişkin Sözleşme Çerçevesinde Mülteci Statüsünün Sona Ermesine Yönelik Ölçütlerin İncelenmesi ve Türk Hukuku Üzerindeki Yansımalarının Değerlendirilmesi” (Sona Erme) 2016 65(2), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Dergisi, 65 (2), 2016, 393.
- Öztürk NÖ, *Mültecinin Hukukî Statüsünün Belirlenmesi* (1st edn, Seçkin 2015).
- Pekcanitez H, Özekes M, Akkan M and Taş Korkmaz H, *Medenî Usûl Hukuku* (15th edn, On İki Levha 2017).
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Vedat 2018).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (2nd edn, Beta 2016).
- Tanrıver S, *Medenî Usul Hukuku* (2nd edn, Yetkin 2018).
- Türk V, “International Protection” (2012) 24(1) International Journal of Refugee Law, 120.
- Tütüncübaşı U, “Milletlerarası Usûl Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü” (2012) 12(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 183.
- Umar B, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2nd edn, Yetkin 2014).
- Walker K, “Defending The 1951 Convention Definition Of Refugee” 2003 (17) Georgetown Immigration Law Journal, 583.
- Weis P, The Refugee Convention, 1951, The Travaux Preparatoires Analysed With A Commentary By Dr Paul Weis <<https://www.unhcr.org/4ca34be29.pdf>> Erişim Tarihi 01.04.2020.
- Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, “Koruma Gündemi”, (3rd edn, 2003), <https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2017/02/koruma_gundemi.pdf>, Erişim Tarihi: 28.03.2020.
- Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), Dönem: 23, Yasama Yılı: 3 <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf>> Erişim Tarihi 27.03.2020.
- Türkiye, Sığınmacı ve Göçmenlerin Adli Yardıma Erişimi: Tespitler ve Öneriler, (Mülteci Hakları Merkezi Ocak 2019).
- UNHCR, “Üçüncü Ülkeye Yerleştirme” (UNHCR Türkiye) <<https://www.unhcr.org/tr/ucuncu-ulkeye-yerlestirme>> Erişim Tarihi 30.03.2020.



Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 22.05.2020
Revizyon Talebi: 15.06.2020
Son Revizyon: 22.06.2020
Kabul: 22.06.2020
Online Yayın: 08.09.2020

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı ve Sınırlarına Uygulanacak Hukuk

Recht auf Beweis” or “droit a la preuve” in International Arbitration and Law Applicable to Limit of the Right

Cemile Demir Gökyayla*

Öz

UNCITRAL Model Kanun, delillere uygulanacak kuralları ayrıntılı olarak düzenlememiş, delillere uygulanacak kuralları belirleme yetkisini, taraf iradelerine veya hakemlere bırakmıştır. UNCITRAL Model Kanununun 18'inci maddesi uyarınca yargılamada taraflara eşit muamele edilmelidir ve taraflara iddia ve savunmalarını hakeme sunabilmeleri için bütün imkânlar tanınmalıdır. Delillere uygulanacak kuralları belirleme konusunda taraf iradesinin ve hakem kararının sınırları ise 19'uncu 18'inci maddeler uyarınca *lex arbitri*'nin emredici kuralları, silahların eşitliği ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmesidir. İspat hakkı, hukuki dinlenilme hakkını içeriğine dâhil bir yargısal temel haktır. Tarafların eşitliği ve hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olarak tahkim yargılamasında taraflar ispat hakkı tanınmak zorundadır. İspat hakkının gereklerini *lex arbitri* belirleyecektir. Ancak, ispat hakkının sınırlarının belirlenmesi sadece *lex arbitri* uygulanmasıyla çözülemez. Bunun iki sebebi vardır. Öncelikle, nitelikleri gereği *lex arbitri*'deki ispat hakkının bazı sınırlarının tahkim yargılamasına uygulanması uygun olmayabilir. İkinci olarak, ispat hakkının sınırlanmasını gerektiren sebepler *lex arbitri* dışında başka bir hukuktan kaynaklanabilir. Bu çalışmanın amacı, ispat hakkının tahkimdeki sınırlarını ve bu sınırların tabi olduğu hukuku belirlemektir. Bu çalışma da uygun terminolojiyle ilgili problemlere de yer verilmiş ve tahkimde kullanılması gereken Türkçe kavram ve terimler de belirlenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Tahkim, delil, Hukuki dinlenilme hakkı, İspat hakkı, İspat hakkının sınırları, Sır, Sulh, Arabuluculuk, İbraz, İbraz muafiyeti, Hukuka aykırı deliller

Abstract

UNCITRAL Model Law does not stipulate detailed rules of evidence but grants the parties and the arbitral tribunal the power to agree or determine the rules of evidence subject to the mandatory provisions of *lex arbitri*. The Model Law also states that the parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case. Consequently, under the Model Law, the parties and the tribunal's power to rule the evidence is restricted by the mandatory rules of *lex arbitri*, rights to be heard and the equality of the parties. The right to be heard subsumes the right to present his case. From Civil Law perspective, “*Recht auf Beweis*” in German or “*droit a la preuve*” in French corresponds to the right to present his case. These are all procedural fundamental rights that the parties shall be given through arbitral proceedings. In principle, *lex arbitri* governs the parties' rights to be heard (involving presenting of his case). Whilst the right to present his case is a fundamental procedural right there are important limits of the same. The questions to be answered are (i) what the limits are in international arbitration and (ii) which law governs them. *Lex arbitri* cannot be the only law who governs these limits for two reasons. First, all of the limits provided in the domestic law of the place of arbitration should not apply to international arbitration because of their domestic nature. Second,

* Sorumlu Yazar: Cemile Demir Gökyayla (Doç. Dr.), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye.
E-posta: cemile.gokyayla@bilgi.edu.tr ORCID: 0000-0001-6506-9808

Atf: Demir-Gökyayla C, “Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı ve Sınırlarına Uygulanacak Hukuk” (2020) 40(2) PPIL 729.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0031>



the limits argued by the parties may base on law other than *lex arbitri*. This paper attempts to answer these questions and clarify some problems of terminology from Turkish law perspective.

Keywords

Arbitration, Evidence, Right of presenting his case, Right to be heard, *Recht auf Beweis*, Legal privilege, Legal impediment, Attorney-client privilege, Disclosure, Discovery, Settlement

Extended Summary

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration of 1985 and the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958 state that each party shall be given the right of presenting his case which corresponds to “*Recht auf Beweis*” or “*droit a la preuve*” in Civil law. The Turkish Constitution secures the right to be heard and the right of presenting his case as procedural fundamental rights. Article 8 of the Turkish International Arbitration Law states that the parties shall have the same rights and powers. Each party shall be given a [full] opportunity to assert his petitions and defenses. Article 27 of the Turkish Code of Civil Procedure (TCC) provides the right to be heard and stipulates that each party shall have the right of presenting his case.

Whilst the right of presenting his case is a fundamental human right there are serious restrictions to the same in domestic laws of each country. For example, TCC Article 189 provides the restriction before the municipal courts. These restrictions are (i) presenting all pleadings and evidence in due time and in accordance with the applicable rules of evidence; (ii) presenting evidence only to prove the facts relevant and material to the outcome of the case; (iii) statutory evidence requirement (when the laws states a particular form of evidence such as written document to prove certain matter. For example, legal transactions above a statutory threshold are to be proved with a written document and the witness evidence is inadmissible) (iv) disregarding by the judge the evidence obtained in an illegal way; (vi) the parties do not have the duty to produce evidence to prove confidential information, (witnesses’ right to or lawyers’, accountants’ or doctors’ duty to refuse giving evidence on the confidential information, state secrets or settlement negotiations).

The evidentiary rules in international arbitration are a mix of Civil and Common evidentiary rules. Ultimately, there is no discovery procedure like in the USA or the UK, but the scope of the document production under the IBA Rules is much larger than in many Civil law jurisdictions. Again, there is no deposition, but each fact witness needs to present a written statement as a precondition to testify in the evidentiary hearing. In Civil Law jurisdiction there is no such a written statement requirement.

The mixed evidentiary rules of international arbitration may be ineffective or dissatisfactory determining the limits of the right of presenting his case -in Civil

law terminology “*Recht auf Beweis*” or “*droit a la preuve*”-. For example, in an arbitration seated in Geneva, a French arbitrator needs to make a decision on the American party’s objection against a German party’s document production requests on the basis of attorney-client privilege recognized under the law of the State where the American lawyer practices. Indeed, rejecting the production of the document will limit the requesting party’s right of presenting his case, but allowing the production will at least prejudice the American party’s and his lawyer’s reasonable expectation to keep the documents confidential from the other party and the tribunal.

In international arbitration, the parties shall be given the right of presenting their case which is a fundamental procedural right protected under UNCITRAL Model Law, the New York Convention, the national laws, the institutional arbitration rules and the IBA Rules. In Model Law jurisdictions, *lex arbitri* governs the right of the presenting of case but there is no clear answer to the question of what the limits are, and which law governs these limits.

From the Turkish arbitration law perspective, in consideration of the IBA Rules, the followings constitute the limits of the right of presenting his case:

The first one is making all submissions within the time stated in the procedural timetable. The evidence not presented timely may be deemed inadmissible by the tribunal.

The second one, presentation of the evidence must be in accordance with the evidentiary rules applicable to the proceedings unless they violate right to be heard and equality of the parties of *lex arbitri*.

The third one, the parties have the right of presenting their case only to prove the facts relevant and material to the outcome of the case.

In the case of the fact to be proved is subject to a *res judicata* the parties do not have the right of presenting the same case and reargue the same facts.

On the other hand, all of the restrictions provided under the domestic law of the seat of arbitration or *lex causae* do not need to apply to an international arbitration in the same way before the municipal courts. For example, the restrictions arising out of the statutory evidence systems should not apply in arbitration. Accordingly, Turkish statutory evidence rules do not apply in arbitration. The Turkish Law of Mediation in Civil Cases expressly forbids presenting or producing the document created for the purpose of mediation in arbitration proceedings.

Inadmissibility of evidence because of “legal impediment” or “legal privilege” should be governed by the law most closely with evidence. Should different laws

apply to the parties' inadmissibility claims the most favorable law apply claims of each party disregarding the most closely connected law. Such an approach is a requirement of the equality.

IBA Rules on Taking of Evidence reflect the best practices of the arbitration lawyers having different backgrounds. The Rules have been widely accepted as a guideline in the field of commercial and investment arbitration. IBA Rules do not violate any Turkish mandatory provisions or Turkish public policy, and they apply often proceedings wherein Turkish parties are involved. From the Turkish law perspective, the Rules are able to solve most -if not all- of the problem related to the admissibility of the evidence including the question of legal privilege.

Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı ve Sınırlarına Uygulanacak Hukuk

I. Giriş

Milletlerarası tahkimde delillerin ikamesi, ibrazı, hakemler tarafından değerlendirilmesi ve bunların caiz delil olup olmadığına karar verilmesi esas itibarıyla usulî bir süreçtir. UNCITRAL Model Kanun'da¹ delillere ilişkin ayrıntılı düzenlemeler bulunmamaktadır. UNCITRAL Model Kanunu gibi UNCITRAL Tahkim Kurallarında² veya dünya üzerindeki önemli tahkim merkezlerinin tahkim kurallarında, örneğin Milletlerarası Ticaret Odası³, İstanbul Tahkim Merkezi⁴, Singapur Tahkim Merkezi⁵, Dubai Milletlerarası Tahkim Merkezi⁶, milletlerarası tahkimde delilleri tüm yönleriyle ele alan kapsamlı kurallar yer almamaktadır.

Bu boşluk Uluslararası Barolar Birliği'nin hazırladığı 1999 yılında yayımlanan Milletlerarası Tahkimde Delillerin İkametine İlişkin Kurallar⁷ ile doldurulmaya çalışılmıştır. Uluslararası Barolar Birliği'nin Kuralları, gözden geçirilerek 2010 yılında tekrar yayımlanmıştır. Bu Kuralların amacı milletlerarası tahkim yargılamasında delillerin ikamesi sürecini etkin bir şekilde yürütmektir. Uygulamada, hakemler delil ikamesi sürecini yönetirken Uluslararası Barolar Birliği'nin Kurallarından bir kılavuz olarak yararlanmaktadır. Taraflar da delillere ilişkin süreçlerde Kuralların uygulanacağı kararlaştırılmış olmasa bile Kuralları dikkate almaktadır. Kuralların, hem ticari *ad hoc* veya kurumsal tahkimlerde hem de yatırım tahkimlerinde geniş bir kabul gördüğü izlenmektedir.

IBA Kurallarının delillere ilişkin süreçleri yeterince etkili bir şekilde düzenlemediği kanaatinde olan tahkim uygulamacılarının inisiyatifiyle Aralık 2018'de Milletlerarası Tahkimde Yargılamanın Etkili Bir Şekilde Yürütülmesi Hakkında Kurallar (*Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration*)⁸ veya kısaca Prag Kuralları (*The Prague Rules*) olarak anılan Kurallar açıklanmıştır⁹.

1 UNCITRAL Model Law in International Arbitration <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf>Erişim Tarihi 19 May 2020.

2 United Nations Commission On International Trade Law <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf>> Erişim Tarihi 19 May 2020.

3 ICC International Chamber of Commerce <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/> Erişim Tarihi 19 May 2020.

4 İstanbul Tahkim Merkezi < https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2016/03/istac_tahkim_kurallari_v3_TR.pdf> Erişim Tarihi 19 May 2020.

5 Singapur International Arbitration Center < <https://www.siac.org.sg/our-rules>> Erişim Tarihi 19 May 2020.

6 Dubai International Arbitration Center < <http://www.diac.ae/idias/rules/>> Erişim Tarihi 19 May 2020.

7 International Bar Association <https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Practice> Erişim Tarihi 19 May 2020.

8 Prague Rules < https://praguerules.com/prague_rules/> Erişim Tarihi 19 May 2020.

9 Kabir Duggal and Rekha Rangachari, 'A Challenger Approaches: An Assessment of the Prague Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration', in Maxi Scherer (ed), *Journal of International Arbitration*, (Kluwer Law International 2020, Volume 37 Issue 1) pp. 27 - 48 at Kluwer Arbitration <<http://0-www.kluwerarbitration.com.opac.bilgi.edu.tr/document/kli-joia-370102?q=right%20to%20be%20heard>> Erişim Tarihi 19 May 2020.

Her iki Kural da delillerle ilgili meseleleri düzenlemektedir. Ancak, bunlar tarafların veya hakemlerin inisiyatifıyla uygulanacak kurallardır ve milletlerarası hukuktan kaynaklanan bağlayıcılığı bulunmamaktadır.

Bu çalışmanın konusu olan ispat hakkı, yargısal bir temel haktır. Yukarıda bahsettiğimiz kurallarda farklı terminolojilerle de olsa ispat hakkına ve sınırlarına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Diğer taraftan ispat hakkının yargısal bir temel hak ve sınırlanmasının yargısal bir temel hakkın sınırlanması olduğu dikkate alındığında ispat hakkının gereklerine aykırı davranılması, hakem kararının iptal edilmesine veya tenfizinin reddedilmesine neden olabilir. Konunun önemi, tahkimde ispat hakkına ve ispat hakkının sınırlarına uygulanacak kuralları ve millî hukukların müdahalesini gündeme getirmektedir.

Diğer taraftan, milletlerarası tahkimde ispat hakkı ve sınırları konusunda Türkçe terim birliği sağlanamamıştır. Bu da ispat hakkının ve sınırlarının milletlerarası tahkimde doğru terminolojiyle ifade edilmesini ve tartışılmasını zorlaştırmaktadır.

Bu çalışmanın amacı, ispat hakkı ve sınırlarına ilişkin terminoloji sorununu çözmeye, milletlerarası tahkimde ispat hakkı ve buna uygulanacak hukuku tespit etmeye çalışmaktır. Prag Kuralları, ayrı bir inceleme konusu olabileceği için bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

II. Terminoloji

HMK¹⁰, belirli delillerle ispatını gereken hususları ispat için sunulan diğer delilleri (senetle ispat zorunluluğu), süreye ve usule aykırı sunulan delilleri ve hukuka aykırı yollardan elde edilen delilleri caiz olan - olmayan delil olarak ele almıştır¹¹. HMK'nın 189'uncu maddesinde ispat hakkının sınırını ihlal eden deliller, caiz olmayan delil olarak ifade edilmiştir. Maddenin kenar başlığı ispat hakkıdır. Aşağıda ifade edileceği üzere maddede sayılan haller ispat hakkının sınırını teşkil etmektedir. İspat hakkının sınırını ihlâl eden deliller mahkeme tarafından değerlendirilmez. Maddenin üçüncü fıkrasında "*bir vakıanın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemece karar verilir*" denilmek suretiyle bir vakıanın ispatında değerlendirilemeyecek deliller caiz olmayan deliller olarak ifade edilmiştir. Caiz delil ifadesi Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay tarafından kullanılmaktadır¹²

Milletlerarası tahkimde terminoloji genellikle İngilizce gelişmektedir. Uluslararası Barolar Birliği'nin, tahkimle ilgili kural ve kılavuzları İngilizce hazırlanmakta ve diğer dillere tercüme edilmektedir. Milletlerarası Ticaret Odası'nın Tahkim Kuralları

10 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası:6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.01.2011/ 27836.

11 Serkan Kale and Salih Keser, "Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi", (2016) 21(2) MÜHFAD 701, 711.

12 Anayasa Mahkemesi, 94/89 10.07.2013 (RG 25.01.2014/28893); Yargıtay 4. HD, 5125/1595, 20.03.2019, kararda hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin caiz delil olmadığı ifade edilmiştir.

da İngilizce hazırlanmakta ve diğer dillere tercüme edilmektedir. ICSID Tahkim Kuralları¹³ da yine İngilizcedir. Dubai Milletlerarası Tahkim Kurallar İngilizce kaleme alınmıştır¹⁴. Bunun gibi örnekler çoğaltılabilir. Milletlerarası tahkim hukukunun İngilizce gelişmesi kavramların Müşterek Hukuk terminolojisiyle ifade edilmesine neden olmuştur. Böylece, Müşterek Hukuk'ta mahkemeler huzurunda yargılamada kullanılan terminoloji milletlerarası tahkimde de kullanılmaktadır. Bunun en güzel örnekleri, *discovery*, *disclosure*, *attorney-client privilege*, *evidentiary privileges* olarak sayılabilir ve bu örnekler çoğaltılabilir.

IBA Kuralları, delillerle ilgili Müşterek Hukuk terminolojisini kullanmıştır. Bu Kurallar Türkçe'ye çevrilmiştir. İngilizce ve Müşterek Hukuk'a ait terminoloji Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olan Türk hukukundaki bu kavram/kurumlara tekabül eden kavramlarla ifade edilmek yerine sözlük anlamıyla tercüme edilmektedir. Bunun en bariz örneği ise IBA Kurallarının Türkçe'ye resmi tercümesinde "*admissibility of evidence*" ifadesinin sözlük anlamıyla delillerin kabul edilebilirliği olarak Türkçe ifade edilmesidir (m. 9)¹⁵. IBA Kurallarından bağımsız olarak doktrinde de Müşterek Hukuk'taki "*admissibility of evidence*" kabul edilebilir veya kabul edilemez delil olarak ifade edilmiştir.¹⁶

Doktrinde ve IBA Kurallarının tercümesinde kabul edilebilir/edilemez delil terminolojisinin kullanılması konunun daha kolay anlaşılmasına ve bir terim birliğine hizmet edebilir. Kanımızca, tercüme ifade yerine Türk hukukundaki karşılığının ortaya çıkarılması daha uygundur. Zira, yargılama usulüne Türk hukukunun uygulandığı hallerde Türk hukukundaki karşılığı bilinmeden bir delilin kabul edilebilir olup olmadığının tespitinde hatalara neden olabilir. Kabul edilebilir-edilemez delil ifadesini kullandığımızda, sanki Türk hukukunda karşılığı olmayan bir müessese ile karşı karşıya kaldığımız izlenimi doğmaktadır.

Aygül, Türk hukukunda delillerin kabul edilebilirliği için caiz delil ifadesinin kullanıldığına dikkate çekmiştir¹⁷. Milletlerarası Tahkimde Belge İbrazı İsimli çalışmamızda, kabul edilebilir olan-olmayan delil ayrımının caiz olan – olmayan delil ayrımına yakın olduğunu belirtmiş ancak IBA Kuralları ve tahkim literatürüyle uyumlu

13 <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf> Erişim Tarihi 19 May 2020.

14 DIAC <<http://www.diac.ae/idias/rules/>> Erişim Tarihi 19 May 2020.

15 Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017) 404, Yazar, HMK'daki senetle ispat mecburiyetini, delilin kabul edilebilir-edilemez olması noktasından değerlendirmiştir; Musa Aygül, *Milletlerarası Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller* (2nd edn, Oniki Levha 2014) 399 meseleyi delillerin kabul edilebilirliği olarak ifade etmiştir; Ekin Hacıbekiroğlu, *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delilerin Değerlendirilmesi* (1st edn, Oniki Levha 2012) 131; Ferda Güvenalp, *Milletlerarası Tahkimde İddia ve Savunma Hakkının İhlali* (1st edn, Oniki Levha 2018)105; Cemile Demir Gökayla, *Milletlerarası Tahkimde Belge İbrazı* (1st edn, Vedat 2014) 22 vd.

16 Resmi Türkçe Tercümede, Kuralların, Uluslararası Barolar Birliğinin çalışma grubu tarafından İngilizce hazırlandığı ve Birliğin Konseyi tarafından kabul edildiği ifade edildikten sonra, İngilizce ve Türkçe tercümesi arasında bir çelişki olması hâlinde İngilizcesinin esas alınması gerektiği belirtilmiştir. <https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx> Erişim Tarihi 19 May 2020.

17 Aygül(n 12) 399.

olmak adına kabul edilebilir -edilemez- ifadesine sadık kalmayı tercih ettiğimizi ifade etmişik¹⁸. Müessesinin Türk hukukunda bir karşılığı varsa terimi doğru ifade etmek için bu karşılığının kullanılması gerektiğine inanmaktayız.

IBA Kurallarında veya milletlerarası tahkimle ilgili yayınlarda *inadmissible evidence* veya *admissibility of evidence* olarak ifade edilen deliller aslında ispat hakkının sınırları nedeniyle tarafların ibrazına zorlanamayacağı veya bir şekilde hâkimin/hakemin huzuruna gelmişse yargılamada değerlendirilemeyecek delillerdir. İspat hakkının sınırını ihlal ettikleri için değerlendirilemeyecek olan *inadmissible evidence* Türk hukukunda caiz olmayan delildir. Bir delinin caiz olup olmadığı meselesi ise ispat hakkı ve sınırıyla ilgilidir.

Bu çalışmada milletlerarası tahkimde bir delilin caiz olup olmadığına uygulanacak hukuk bu bakış açısıyla ele alınacaktır.

III. Tahkimde Delillerle İlgili Meselelere Uygulanacak Kurallar ve Sınırları

Deliller, kural olarak, yargılama usulüne ilişkin bir meseledir ve tahkim usulüne uygulanacak kurallara¹⁹ ve hukuka²⁰ tabidir²¹.

Delilleri değerlendirme yetkisinin hakemlere ait olduğu UNCITRAL Model Kanunu'nun 19/2 maddesinde açıkça belirtilmiştir. MTK²²'da bu yönde bir düzenleme bulunmamakla birlikte aksinin düşünülmesi de mümkün değildir. Delillerin değerlendirilmesi yargılamanın en önemli parçalarıdır. Yargılama yetkisi hakemlere ait olduğuna göre delillerin değerlendirilme yetkisi de hakemlerden başkasına ait olamaz²³.

IBA Kurallarının 9(1) maddesinde, delillerin caiz olup olmadığına karar verme ve delilleri değerlendirme yetkisinin hakemlere ait olduğu açıkça kaleme alınmıştır. Hâliyle, bir delilin caiz olup olmadığına, diğer bir ifadeyle ispat hakkının sınırlarını ihlâl edip etmediğine karar verme yetkisi de hakemlere aittir²⁴. Sorun, hakemlerin hangi kurallara göre delilin caiz olup olmadığına karar verebilecekleri noktasında toplanmaktadır.

18 Demir Gökyayla (n 15) 24.

19 Geniş anlamda delillerle ilgili meselelere uygulanacak kuralları ifade etmek üzere İngilizce milletlerarası tahkim literatüründe “*rules of evidence*” ya da “*evidentiary rules*” ifadesiyle karşılacaktır. Bunu Türkçe “delil kuralları” olarak ifade etmek doğru bir çeviri olsa da doğru terminoloji olmayacaktır. Delillere uygulanacak hukuk olarak ifade edilmesi de doğru olmayacaktır. Zira, hukuk belli bir devletin hukukunu ifade etmektedir. Oysa delillerle ilgili meselelere bir devletin hukuku dışında milletlerarası tahkimle ilgili hazırlanmış ve taraflarca seçildiklerinde bağlayıcı olan kurallar da uygulanabilir.

20 Tahkimde yargılama usulüne uygulanacak hukuk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Aygül (n 12) 5-126.

21 Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, (1st edn, Legal 2008) 132; Aygül (n 12) 129.

22 Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kanun Numarası:4686, Kabul Tarihi: 21.06.2001, RG 05.07.2001/ 244532.

23 Aynı yönde Aygül (n 12) 402.

24 Nathan D O'Malley, *Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide*, (1st edn, Informa 2012) 7.05; Aygül (n 12) 402; Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Vol. II (2nd edn, Kluwer Law International 2014) 2309; Roman Khodykin, Carol Mulcahy, Nicholas Fletcher, *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (1st edn, Oxford 2019) 12.10-12.17, 12.19.

MTK'nun 8'inci maddesi uyarınca, taraflar, tahkim usulüne uygulanacak kuralları, dolayısıyla delillere uygulanacak kuralları serbestçe ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler. Bu maddeden hareketle aşağıda delillerin tabi oldu olduğu kurallar açıklanmaya çalışılacaktır.

A. Milletlerarası Tahkim Kuralları

Kurumsal tahkim kurallarında yer alan delillere ilişkin kurallar, hakemlerin delilleri toplama ve değerlendirme yetkisini düzenlemektedir²⁵. Tahkim merkezleri, delillerle ilgili tüm süreçlerin yönetilmesi için ayrıntılı kurallar getirmemiş, delillere uygulanacak kuralların belirlenmesini tarafların anlaşmalarına ve/veya hakemlerin inisiyatifine bırakmıştır.

Son 100 yıl içinde²⁶ farklı hukuk kültürlerine sahip hakemlerin uygulamalarının, karşılaşılan sorunlara buldukları çözümlerin Uluslararası Barolar Birliği'nin inisiyatifıyla bir araya getirilmesiyle Milletlerarası Tahkimde Delillerin İkametine İlişkin Uluslararası Barolar Birliği Kuralları hazırlanmıştır. Bunun dışında ABD'deki tahkimle kuruluşlar (ICDR, CPR) tarafından delillere ilişkin süreçlerin yönetimi hakkında kılavuzlar yayınlanmıştır. 2018 yılında IBA Kurallarına alternatif olarak Prag Kuralları oluşmuştur.

Çeşitli kurumlar tarafından hazırlanan kurallar ve kılavuzlar konuyla ilgili *soft law* teşkil etmektedir. Diğer bir ifadeyle, uluslararası hukuktan ya da millî hukuklardan kaynaklanan bir bağlayıcılıkları yoktur. Bağlayıcılıklarını taraf iradelerinden almaktadırlar.

B. Adil Yargılanma Hakkının Gereklere

MTK, UNCITRAL Model Kanun örnek alınarak hazırlanmıştır. MTK'nın 8'inci maddesine tekabül eden Model Kanunun 19'uncu maddesi uyarınca “*bu kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla*” taraflar ve/veya hakemleri usule uygulanacak kuralları belirleyebilir. Böylece Model Kanunu benimseyen ülkelerde tahkim usulüne o yerdeki milletlerarası tahkimle ilgili emredici hükümlerinin uygulanacağı açık hükme bağlamıştır. Böylece, Model Kanun sisteminde herhangi bir devletin milletlerarası tahkimle ilgili mevzuatına tabi olmayan tahkim yargılaması yapılmasına izin verilmemiştir²⁷. MTK'nın 8'inci maddesi taraf iradelerini ve hakemlerin kararlarını, MTK'nın emredici kanun hükümleriyle sınırlamıştır. Taraflarca seçilen kurallar, tahkim yeri Türkiye ise ancak MTK'nın emredici hükümlerine aykırı değilse uygulanabilir²⁸.

25 Örneğin, ISTAC Tahkim Kurallarının 29'uncu maddesi tahkikat ve deliller kenar başlığını taşımaktadır. Bu madde uyarınca, hakemler davanın dayanağı olan vakiaları tespit edebilmek için uygun bulunduğu tüm yöntemleri kullanır. Hakemler, taraflardan birinin talebi üzerine veya kendiliğinden tarafları, tanıkları ve diğer kişileri dinleyebilir; bilirkişi atayabilir; keşif yapabilir; duruşmada bilirkişi veya uzmanlara doğrudan soru sorabilirler. Ayrıca yargılama süresince taraflardan ek bilgi ve belge sunmalarını isteyebilir.

26 O'Malley (n 24) 1.03.

27 Özel (n 21) 101; Aygül (n 15) 36.

28 Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat 2020) 232.

MTK'nın 8(B) maddesi, taraf iradelerinin sınırına ilişkin temel düzenlemeyi getirmiştir. Buna göre, “*tarafklar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler. Taraflara iddia ve savunmalarını ileri sürme olanağı tanınır*”. Bu ifadelerle, adil yargılanma hakkının gerekleri olan, hukuki dinlenme hakkı, ispat hakkı ve tarafların eşitliği ilkelerine uyulması teminat altına alınmıştır ve böylece bu ilkeler tahkim yargılamasında da koşulsuz kabul edilmiştir.²⁹

Adil yargılanma hakkı, 8'inci maddede sayılanlardan daha geniştir. Kanun'da sadece hukuki dinlenme hakkı ve tarafların eşitliği ilkelerinden söz edilmesi âdil yargılanma hakkının içeriğinin tahkimde daraltılması olarak anlaşılmamalıdır. Tahkim yargılamasının özelliklerine uygun olmayan -örneğin aleni yargılanma hakkı veya ceza yargılamasına münhasır olabilecek- haklar dışında âdil yargılanma hakkının içeriği tahkime de uygulanacaktır. Kamu düzenine aykırılık hem bir iptal sebebi hem de bir tenfiz engeli olmakla tahkimin niteliğine uygun olduğu ölçüde kamu düzenine uygun davranma zorunluluğu âdil yargılanma hakkını temin etmektedir.³⁰

Tahkimde delillerle ilgili taraflarca belirlenen kurallar ve hakemlerin verdikleri kararlar, adil yargılanma ilkesi çerçevesinde, silahların eşitliği ve hukuki dinlenme hakkının gereklerine uygun olmalıdır. Bu temel prensiplere uyulmuş olması, hem *lex arbitri* çerçevesinde iptal davasında ve/veya tenfiz aşamasında Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında Birleşmiş Milletler (New York) Sözleşmesi tahtında denetlenmektedir. Bu husus çeşitli hakem kararlarında da dile getirilmiştir³¹. Yargıtay da kararlarında, tahkimde adil yargılama hakkının gereklerine uyulması gerektiğini açıkça belirtmiştir³².

29 Milletlerarası tahkimde silahların eşitliği ve hukuki dinlenme hakkı hakkında ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz.: Born (n 24) 2170-2180.

30 Aynı yönde Aygül (n 15) 110 vd.

31 Turgut Kalpsüz, *Türkiye'de Milletlerarası Tahkim* (2nd edn, Yetkin 2010) s. 101; O'Malley (n 24) 2016-2164; İpek Sarıöz Büyükalp, *Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri*, (1st edn, Oniki Levha 2018) 38 dn. 83.

32 Yargıtay 20. HD, 2303/6174, 02.10.2018: “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 27. maddesinde yer bulan “Hukuki Dinlenme Hakkı” gereğince davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenme hakkına sahip olup, bu hakkın yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerçekleştirilmesini içermektedir. Mahkeme, iki tarafa eşit şekilde hukuki dinlenme hakkı tanıyarak hükmünü vermemelidir. Anayasanın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan hukuki dinlenme hakkı, adil yargılanma hakkı içinde teminat altına alınmıştır. Bu hakka, tarafın hâkime meramını anlatma hakkı ya da iddia ve savunma hakkı da denilmektedir. Ancak, hukuki dinlenme hakkı, bu ifadeleri de kapsayan daha geniş bir anlama sahiptir. Bu hak çerçevesinde, tarafların gerek yargı organlarıncaya gerekse karşı tarafa yapılan işlemler konusunda bilgilendirilmeleri zorunludur. Kişinin kendisinden habersiz yargılama yapılarak karar verilmesi, kural olarak mümkün değildir. Hukuki dinlenme hakkı, sadece belli bir yargılama için ya da yargılamanın belli bir aşaması için geçerli olan bir ilke değil, tüm yargılamalar için ve yargılamanın her aşamasında uyulması gereken bir ilkedir. Bu çerçevede gerek çekişmeli ve çekişmesiz yargı işlerinde gerekse bu yargılamalarla bağlantılı geçici hukuki korumalarda, icra takiplerinde, tahkim yargılamasında, hatta hukuki uyumsuzluklarla ilgili yargılama dışında ortaya çıkan çözüm yollarında, her bir yargılama, çözüm yolu ve uyumsuzluğun niteliğiyle bağlantılı şekilde hukuki dinlenme hakkına uygun davranılmalıdır.” Yargıtay 20 HD, 18686/22027, 08.12.2015; Yargıtay 21 HD, 4716/5490, 25.09.2019; Yargıtay 21 HD, 13566/28211, 23.12.2014.

C. Millî Usûl Hukuklarının Dışlanmış Olması

Milletlerarası tahkimde delillere ilişkin ayrıntılı düzenlemeler olmaması karşısında, tahkim yerindeki milli mahkemelerde muhakeme usulüne uygulanan kuralların (örneğin HMK Dördüncü Kısım) uygulanabileceği düşünülebilir. Ancak bu doğru bir yaklaşım olmaz. Muhakeme usulüne ilişkin kanun hükümlerinin milletlerarası tahkime doğrudan uygulanmaması gerekir. Nitekim, UNCITRAL Model Kanun ve onu takip eden MTK'nın 17'inci ve HMK'nın 444'üncü maddeleri, HMK hükümlerinin tahkim yargılamasında uygulanmayacağını ifade etmiştir³³. Buna göre Kanun'un tahkim kısmından düzenlenen konularda aksine bir hüküm bulunmadıkça HMK'nın mahkemelerde yargılamayı düzenleyen hükümleri uygulanmaz. Dolayısıyla, millî ve milletlerarası tahkimde, HMK'nın dördüncü kısmındaki ispat ve delillere ilişkin hükümler uygulanmaz³⁴.

Milletlerarası tahkim uygulamasında, hakemler, millî mahkemeler huzurundaki yargılama kurallarını, özellikle delillerle ilgili olanları, uygulamamaktadır. Esasında, tahkimi avantajlı kılan yönlerinden birisi de tahkimde milli mahkemeler huzurundaki ispatla ilgili katı kuralların uygulanmamasıdır. Birçok hakem kararında, millî mahkemeler huzurundaki delillere ilişkin düzenlemelerin tahkime uygulanmayacağı ifade edilmiştir³⁵.

IV. Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı

Milletlerarası tahkimde ispat, çok kısaca, bir iddianın doğru ve gerçek olup olmadığı konusunda hakemi inandırma faaliyeti olarak ifade edilebilir.

Davayı kazanabilmek için dayanılan (koşul) vakıaların doğru ve gerçek olduğu konusunda hakemin inandırılması gerekir. Hakem ikna edilemezse, ispat yükünü taşıyan taraf ispat edememenin sonuçlarına katlanır, kısaca davasını kaybeder. Tarafların iddialarını ispat edebilmek için eşit şartlarda herhangi bir engelle karşılaşmaksızın delillerini yargılamaya getirebilmeleri çok önemlidir. Tarafların yargılama sonucunda kendi lehlerine bir sonuç elde edebilmeleri için ispat hakkına sahip olmaları zorunlu bir unsurdur. Bu itibarla, ispat hakkı, AİHS'nin 6'ncı ve Anayasa'nın 36'ncı maddeleriyle âdil yargılanma hakkı çerçevesinde teminat altına alınmış yargılamaya ilişkin bir temel hak³⁶. Hukuki dinlenilme hakkı adil yargılanma hakkının bir unsurudur. İspat hakkı

33 Akıncı (n 28) 233, 296; Hacıbekiroğlu (n 15) 80, Hacıbekiroğlu (n 15) 77-78 mülga HMUK'nın 526'ncı maddesi nedeniyle, HUMK'taki delillere, ilişkin kuralların tahkime de uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışmalıydı. HMK'nun 444'üncü ve MTK'nın 17'inci maddesinin lafzı karşısında delillere ilişkin HMK'nı hükümlerinin tahkimde uygulanmayacakları açıklığı kavuşturulmuştur.

34 Ali Yeşilirmak, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. III (15th edn, Onikilevha 2017)* 2594.

35 O'Malley (n 24) 7.06-7.08, 12.22; Born (n 24) 2310; Annabelle Möckesch, *Attorney-Client Privilege in International Arbitration* (1st edn, Oxford 2017) 1.13.

36 Barış Toraman, "Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler"(2014) 16 DEÜHFD 1483, 1486, Oğuz Atalay, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. II (15th edn, Onikilevha 2017)* 1585-1588.

ise hukuki dinlenilme hakkının bir gereğidir.³⁷ HMK'nın 27'inci maddesinde ispat hakkı hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olarak açıkça ifade edilmiştir. MTK'nın 8'inci maddesinde de taraflara iddia ve savunmalarını ileri sürme hakkının tanınacağı düzenlenmiştir. Hiç şüphesiz ki tahkim yargılamasında da bu hakka riayet edilmesi zorunludur³⁸.

İspat hakkı, doktrinde, “gerçeği yargılamada ortaya çıkarmak amacıyla, gözleme dayalı olarak uyumsuzluk hakkında vicdani kanaatine göre karar verecek hâkimle ispat faaliyetinin objeleri ve süjeleri arasında engel yaratılmamasını talep hakkı” olarak tanımlanmıştır³⁹. İspat hakkının sınırlarını da dikkate alan başka bir tanıma göre ise ispat hakkı “somut bir vakıa iddiası hakkındaki caiz bir delilin elde edilmesi yahut ikamesi ile bunun dikkate alınmasını talep hakkıdır”⁴⁰.

Türk hukukunda, nelerin ispat hakkının içeriğine dahil olacağı kanunlarda düzenlenmemiştir. İspat hakkın uygulama alanı ve kapsamı çok geniştir.⁴¹ İspat hakkının gereğinin yerine getirilmiş sayılması için hukuki dinlenilme hakkına, silahların eşitliği ilkesine uygun davranılmalı, makul sürede yargılanma hakkı, doğrudanlık ve aleniyet⁴² ilkelerine uyulmalıdır⁴³.

V. Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkının Sınırları

İspat hakkı, yukarıda ifade ettiğimiz gibi, AİHS’de ve Anayasa’da korunan bir temel haktır. Bir temel hak olmasına rağmen ispat hakkının da evrensel sınırları bulunmaktadır. HMK’nın 189’uncu maddesi ispat hakkı kenar başlığını taşımakta ve Türk mahkemelerindeki yargılamada ispat hakkının sınırlarını düzenlemektedir. Madde uyarınca, ispat hakkı kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak kullanılmalıdır (HMK. 189/1), hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınmaz. Son olarak, kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat olunamaz.

Doktrinde, Türk mahkemeleri huzurundaki yargılamada ispat hakkının beş sınırı sayılmıştır. Bunlar, (i) ispat hakkının belirtilen süre ve usule uygun olarak kullanılması, (ii) hukuka uygun yollardan kullanılması, (iii) senetle ispat zorunluluğu, (iv) caiz olmayan delillerin kullanılmaması, (v) ispat hakkının diğer temel haklarla çatışması⁴⁴.

37 Toraman (n 36) 1496.

38 Kalpsüz (n 31) 137-142, ve 193; Aygül (n 15) . 114; Sarıöz Büyükalp (n 31) 12-18 adil yargılanma hakkının temel hak niteliğini, terminolojik ve kavramsal yaklaşımı incelemektedir. Hacıbekiroğlu (n 15) 43 ise ispat hakkının tahkime hâkim olan adil yargılanma, hukuki dinlenilme, tarafların eşitliği ilkeleriyle örtüştüğünü ve ispat hakkının HMK’nın 189’uncu maddesinde kanuni bir hak olduğunu ifade etmiş ancak tahkimde de uygulanması gerektiğine ilişkin herhangi bir açıklama yapmamıştır.

39 Pınar Çiftçi, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları* (1st edn, Adalet 2018) 8; Atalay (n 36) 1588.

40 Toraman (n 20) 1493.

41 Çiftçi (n 39) 158 vd, 169-335, Yazar ispat hakkının unsurlarını ispat kataloğu olarak ifade etmiştir.

42 Tahkimde aleniyet ilkesi kabul edilmediği için bu konuya aşağıda ayrıca değinilecektir VI, F, I.

43 Atalay (n 36) 1589-1590.

44 ibid 1590.

IBA Kurallarının bazı maddelerinde, özellikle 9(2) ve (3) maddelerinde, milletlerarası tahkimde ispat hakkının sınırlarına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemeler yukarıda ifade ettiğimiz gibi delillerin kabul edilebilirliği noktasından değerlendirilmiş ancak ispat hakkının sınırı olarak nitelendirilmemiştir. Oysa, bu kurallar ispat hakkının sınırını teşkil etmektedir.

Çalışmanın devamında, Türk medenî usûl hukukunda belirtilen ve IBA Kurallarında düzenlenen ispat hakkının sınırları bir arada ele alınacak ve tahkime uygulanabilir olup olmadıkları bakımından değerlendirilecektir.

A. İspat Hakkının Süreyle Sınırlanması

Mahkemeler önünde yapılan yargılamada, ispat hakkı ancak HMK’da düzenlenen usule ve sürelerle uygun olarak kullanılabilir (HMK.m.189/1).

MTK’nun 10 (D) maddesi uyarınca “*tarafarca kararlaştırılan ya da hakem veya hakem kurulunca belirlenen süre içinde davacı, (...) dava dilekçesini; davalı ise, cevaplarını içeren dilekçesini hakem veya hakem kuruluna verir. Taraflar dilekçelerine yazılı delillerini ekleyebilir ve ileride sunacakları delillere yollama yapabilirler*”. MTK’nun 12 (B) maddesi uyarınca “*tarafalar, delillerini hakem veya hakem kurulunca belirlenen süre içinde verirler.*” Görüldüğü gibi, MTK tarafların yazılı beyanlarını ve delillerini sunmaları için uyulması gereken süreleri belirtmemiş, onun yerine bu sürelerin belirlenmesi için taraflara ve hakemlere yetki vermiştir. Hakemler, süreleri belirlerken, sürenin delillerin sunulması için yeterli olmasına dikkate etmek ve silahların eşitliği ilkesine riayet etmek zorundadır⁴⁵.

ISTAC Tahkim Kuralları uyarınca taraflar tahkim anlaşmalarında veya tahkim başladıktan sonra yazılı beyanların hangi süre içinde sunulacağı konusunda anlaşabilir. Anlaşamazlarsa, hakemler bu süreleri belirler⁴⁶. Kuralların 27’inci maddesi, usuli zaman çizelgesini düzenlemektedir. Birinci fıkra uyarınca, “*görev belgesi düzenlenirken Tek Hakem veya Hakem Kurulu, tarafların görüşlerini aldıktan sonra bir zaman çizelgesi oluşturarak, özellikle dilekçelerin verilme tarihi, duruşma tarihi ve uygun gördüğü diğer usuli işlemlerin tarihlerini belirler*”. Üçüncü fıkra uyarınca, “*gerekli görülen hallerde Tek Hakem veya Hakem Kurulu, tarafların da görüşünü alarak usuli zaman çizelgesinde belirtilmiş tarihleri ve süreleri değiştirebilir*”. Görüldüğü gibi ISTAC Tahkim Kuralları, tahkim yargılamasında süreleri belirleme yetkisini taraflara ve hakeme bırakmıştır.

ISTAC Tahkim Kuralları, taraflarca uyulması gereken süreler de düzenlemiştir. Örneğin, 8’inci madde uyarınca Tahkim Talebine Cevap dilekçesi sunmak için

45 Kalpsüz (n 31) 87.

46 Akıncı (n 28) 259.

davalının 30 gün süresi bulunmaktadır. İspat hakkını doğrudan ilgilendirmeyen hakem seçimi, hakemin reddi süreleri de düzenlemiştir. ISTAC Kurallarındaki süreler, tarafların süreleri belirlemekteki irade serbestilerinde dayanağını bulmaktadır.

ISTAC Tahkim Kurallarından başka, IBA Kurallarının 3.1, 4.1, 5.1 maddeleri uyarınca, taraflar belge, tanık ve taraf bilirkişisi delillerini hakemlerin belirlediği süre içinde sunmak zorundadır. Süreleri sınırlama yetkisinin kaynağı yine taraf iradeleridir. IBA Kurallarında bu süre sınırlamasına uyulmamasının yaptırımını açıkça düzenlenmemiştir.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı gibi, tahkimde, mahkemelerden farklı olarak dilekçeler ve delillerin sunulması için uyulan süreler, kanun hükmünden değil taraf iradelerinden veya hakemlerin kararlarından doğmaktadır. Bu sürelere uyulmamasının yaptırımını Kanun’da ve kurumsal tahkim kurallarında ya da IBA Kurallarında gösterilmemiştir.

Uygulamada, usulî zaman çizelgesi hazırlanmakta ve tarafların yazılı beyanlarını ve delillerini hangi tarihte sunacakları kararlaştırılmaktadır. Bazı hakemler ise İngilizce “*cut-off date*” -“yapılacak bir şeyin konfirme edilmesi veya tamamlanması gereken son tarih⁴⁷”- olarak ifade edebileceğimiz bir tarih belirlemektedir. Yazılı beyanlarının ve delillerinin teatisi aşaması tamamlandıktan sonraki ama duruşmadan önceki bir tarihten (*cut-off date*) sonra tarafların yeni delil sunmaları yasaklanmaktadır. Böyle bir tarihin belirlenmiş olması, duruşmadan çok kısa bir süre önce veya duruşmada delil sunulmasını engelleyeceği için aslında her iki tarafa adil bir savunma imkânı tanımaktır⁴⁸. Uygulamada, duruşmada ya da duruşmadan bir gece önce ya da duruşma sabahı henüz duruşma başlamadan elektronik postayla deliller sunulabilmektedir. Bu şekilde sürpriz denilebilecek bir delille karşı beyanda bulunmak veya bu delili çürüten başka bir delil sunmak mümkün olmayabilir. Bu delilin kabul edilmesi hâlinde de yeterli süresi olmadığı için bu delile karşı kendisini savunamayan tarafın hukukî dinlenilme hakkı ihlâl edilebilir. Bu nedenle, taraflara yeterli sürelerin tanınmış olması koşuluyla, ispat hakkının süreyle kısıtlanması hukuki dinlenilme hakkını ihlâl etmez.

Tarafların ispat faaliyetlerini süreyle sınırlayan bir diğer durum ise hakemlerin tahkikatın sona erdiğini taraflara bildirmesidir. ISTAC Tahkim Kurallarının 32’inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca “*tahkikatın sona erdiği bildirildikten sonra, kararda hükme bağlanacak konular hakkında taraflar, iddia ve savunmada bulunamaz; delil sunamaz. Lüzum görülen istisnai hallerde Tek Hakem veya Hakem Kurulu’nun talebi veya izni ile tarafların yeni beyanda bulunması ve belge sunması mümkün olabilir*”.

47 Tureng İngilizce Türkçe Sözlük <<https://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/yap%C4%B1lacak%20bir%20%C5%9Feyin%20konfirme%20edilmesi%20veya%20tamamlanmas%C4%B1%20gereken%20son%20tarih>> Erişim Tarihi 19 May 2020.

48 Born (n 24) 2263.

Taraflarca kararlaştırılan bir tarihten sonra ve/veya hakemler tahkikatın sona erdiği taraflara bildirdikten sonra tarafların delil sunmak istemeleri hâlinde, önce hakemlerden izin almaları gerekmektedir. Uygulamada hakemler, delil sunmak isteyen tarafın ispat hakkıyla diğer tarafın hukuki dinlenilme -sunulan delillere karşı delil sunma/delili çürütme- hakkı arasında bir denge kurmak zorundadır. Zira delil sunulmasına izin verilmezse ispat hakkı ihlal edilecek, izin verilirse de tahkikat tamamlandıktan sonra yeni bir delille karşılaşan tarafa cevap verme imkânı kalmadığı için o tarafın hukuki dinlenilme hakkı -silahların eşitliği ilkesi (MTK.m.8/2) ihlal edilecektir. Yeni delil sunulmasına izin verilmesi ve bu delile cevap hakkı verilmesi hâlinde tahkikat aşaması tamamlanamayabilir ve yargılama uzayabilir. Bu da tarafların tahkimden beklentilerinden birisi olan hızlı bir yargılama yapılmasını engelleyebilir. Görüldüğü gibi, burada tarafların adil yargılanma hakkının birden çok unsuru/gereği arasında bir denge sağlanması gerekmektedir.

Öncelikle, delillerin belirlenen süre içinde sunulması gerektiği -diğer bir ifadeyle yargılamanın her aşamasında delil sunulamayacağı- MTK'nın 10'uncu ve 12'inci maddelerinde açıkça düzenlenmiştir. Bu sürelerin taraflar veya hakemlerce kararlaştırılmasına Kanun'da cevaz verilmiştir. ISTAC Tahkim Kuralları, taraflar ISTAC Tahkim Kurallarının uygulanması konusunda anlaşmışları için hakemler ve taraflar üzerinde bağlayıcıdır (MTK.m.8). Dolayısıyla taraf anlaşması hükmündedir. Sonuç olarak, tahkimde ispat hakkının taraflarca ya da hakemlerce kararlaştırılan sürede kullanılması hususunda anlaşılması, böylece ispat hakkının kullanılmasının süre itibarıyla sınırlanması MTK'nın emredici bir hükmünü ihlâl etmemektedir.

Sonuç olarak, tahkimde ispat hakkının süreyle sınırlanması, tahkim usulüne uygulanacak hukuk ve kurallara tabidir ancak bu verilen süreler ispat hakkının gereğince ve yeterince kullanılmasına izin vermek zorundadır. Aksi, hâlde ispat hakkının sınırlanması sonucunda hukuki dinlenilme ve silahların eşitliği ilkeleri ihlâl edileceği için hakem kararı iptali edilebilir veya kararın tenfizi reddedilebilir.

B. İspat Hakkının Kullanılmasının Uyuşmazlık Konusu Vakıalarla Sınırlanması

Taraflar ispat haklarını sadece uyuşmazlık konusu vakıaları ispat edebilmek için kullanabilirler. Bu sınır, ispat hakkının konu bakımından sınırlandırılması olarak ifade edilmektedir⁴⁹. Hâkim, dava konusu veya uyuşmazlık konusu olmayan vakıalar hakkındaki delilleri değerlendirmek zorunda değildir. Bu da ispat hakkının ihlali anlamına gelmez zira ispat hakkı, talep sonucunun dayandığı ve taraflar arasında uyuşmazlık konusu olan vakıaların ispatlanabilmesiyle sınırlıdır⁵⁰.

49 Atalay (n 36) 1593.

50 Toraman, (n 36) 1500; Atalay (n 36) 1593; Güvenalp (n 12) 82-83, iddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülmesinin sınırları ifadesini kullanarak, iddia ve savunma hakkının, objektif olarak dava konusuyla ilgili ve hükmünün temelini oluşturan vakıalarla sınırlı olduğunu ifade etmiştir.

İspat hakkı, tahkim yargılamasında talep sonucunun dayandığı ve taraflar arasında uyuşmazlık konusu olan vakıaların ispatlanabilmesiyle sınırlı olmalıdır. Nitekim, IBA Kurallarının 9.2 maddesi uyarınca, hakemler davayla yeterli ilgisinin bulunmadığı ve dava sonucuna etkili olmadığı için herhangi bir delili değerlendirme dışı bırakabilir⁵¹ ve belge ibrazı talebini reddedebilir. Böylece, IBA Kuralları da ispat hakkını, davayla ilgili ve uyuşmazlığın çözümüne etkili vakıaların ispatıyla sınırlamıştır. Bu nedenle, uyuşmazlıkla ilgili olmayan veya uyuşmazlığın sonucuna etkili olmadığı için belge ibrazı talebinin reddedilmesi ve delilin değerlendirilmemesi ispat hakkının ihlali sayılmayabilir.

İsviçre Federal Mahkemesi, 2004 yılında verdiği bir kararında⁵² uyuşmazlığın konusuyla ilgili olmayan delillerin hakemlerce değerlendirilmemiş olmasının hukuki dinlenilme hakkını ihlali etmediğini ifade etmiştir. Karara göre, sunulmak istenen delil, uyuşmazlıkla ilgili değilse, vakıayı ispatlamak için yeterince ikna edici değilse, vakıa zaten ispatlanmışsa ya da hakemlerin hâli hazırda yaptığı incelemeleri sonucunda vicdani kanaati oluşmuş ve sunulmak istenen delil vicdani kanaatini değiştirmeyecekse delilin sunulmasına izin verilmeyebilir.

Milletlerarası tahkim uygulamasında, hakemler, yargılamanın başında bir delilin uyuşmazlıkla ilgili olmaması veya davanın sonucuna etkili olmaması nedeniyle caiz olmadığına karar vermekte çekingen davranmaktadır. Buna karşılık, özellikle yargılamanın ilerleyen aşamalarında, bir vakıa hakkında başka bir delil sunulmasının sonuca etkili olmayacağına karar verdiklerinde delilin caiz olmadığına karar verebilirler⁵³. Milletlerarası tahkimde, delillerin zamanında sunulması ve belge ibrazı taleplerinin doğru zamanda yapılması önemlidir. Özellikle tahkikat aşaması sona erdikten sonra yeni bir belge ibraz talebi veya delil sunulması talebi reddedilebilir. Bu konuda, ISTAC Tahkim Kurallarının 32'inci maddesi örnek gösterilebilir. Yukarıda ifade edildiği gibi, 32'inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca, hakemler tahkikatın sona erdiğini taraflara bildirdikten sonra, kararda hükme bağlanacak konular hakkında taraflar, iddia ve savunmada bulunamaz; delil sunamaz. Lüzum görülen istisnai hallerde ancak hakemlerin talebi veya izniyle tarafların yeni beyanda bulunması ve belge sunması mümkün olabilir.

Diğer taraftan, olası bir iptal veya tenfiz yargılamasında, belge ibrazının reddedilmesi veya delilin değerlendirilmediği gerekçesiyle ispat hakkının ihlal edildiğinin iddia edilmesi hâlinde devlet mahkemelerinden IBA Kurallarındaki (m. 9.2) ifadesiyle söz konusu delilin davayla ilgili olup olmadığına -Türk literatüründeki ifadesiyle talep sonucunun dayandığı ve taraflar arasında uyuşmazlık konusu olan vakıalarla ilgili olup olmadığına- karar vermesi beklenir ki, bu içeriğin tetkiki anlamına gelebilir. Zira, hâkim, hakemin dikkate almadığı veya ibrazına gerek görmediği delilin uyuşmazlığın

51 Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.65, IBA Kuralları uyarınca hakemler bu yetkilerini tahkimde bütün deliler için ve yargılamanın tüm aşamalarında kullanabilir.

52 IW. Ltd v. D. GmbH, E. GmbH, Tribunal fédéral, Ire Cour civile, 4P.196/2003, 7 January 2004 in (2004) 22(3)ASA Bulletin 592, 597.

53 O'Malley (n 24) 9.08.

çözümüne etkili olup olmadığını incelemek zorunda kalabilir. Bu da hakemin delilleri ve vakıalara ilişkin takdirinin denetlenmesi anlamına gelebilir. Hakem kararına itiraz eden taraf, söz konusu delil dikkate alınsaydı hakem kararının farklı olacağını iddia etmektedir. Bu iddianın incelenmesi, mahkemenin yargılamayı baştan ele almasını gerektirebilir ki böyle bir denetim tenfiz ve iptal davasının amacı veya aracı olamaz. Bu durumda, ispat hakkını ihlal edildiğini düşünen taraf tahkim yargılamasında ispat hakkını kullanmak için gereken iddia ve savunmaları ısrarla yapmalıdır. Gerekliğinde hakem kararının tamamlanması veya yorumlanması yollarına başvurmanın uygun olup olmayacağını mütalaa etmelidir. Hakem kararının verilmesinden önce ve/veya sonra çaba göstermeyen tarafın, iptal veya tenfiz aşamasında hakemlerin delilleri takdirinin yanlış olduğuna ilişkin iddiaları içeriğin tetkikini gerektirebileceği için dinlenmeyebilir.

C. Kesin Hükümden Kaynaklanan Sınırlamalar

Kesin hüküm konusu bir vakia tekrar uyuşmazlık konusu yapılamayacağı için hakkında kesin hüküm bulunan vakıaları ispatlamak delil gösterilmesine izin verilmeyebilir. Kesin hüküm konusu olan vakia hakkında delil gösterilmesine izin verilmemesi ispat hakkının ihlali anlamına gelmeyebilir. Böylece, kesin hükmün varlığı kesin hükmün konusu olan vakia hakkında ispat hakkının bir sınırını teşkil etmektedir.⁵⁴ Mahkemelerde görülmekte olan davalarda aynı konuda kesin hükmün varlığı hâlinde dava şartı yokluğu nedeniyle reddedilmek zorundadır (HMK.m.114).

Milletlerarası tahkim uygulamasında, kesin hüküm nedeniyle hakemlerin aynı uyuşmazlık konusu hakkında yargılama yetkisine sahip olmadıkları yönünde kesin hüküm itirazıyla karşılaşmaktadır⁵⁵.

Milletlerarası tahkimde kesin hüküm itirazının ne şekilde ele alınması gerektiği hakkında UNCITRAL Model Kanun'da, MTK'da, ISTAC Tahkim Kurallarında, ICC Tahkim Kurallarında veya DIAC Tahkim Kurallarında özel bir düzenleme bulunmamaktadır⁵⁶. Hakemler, genellikle tahkim yeri hukukunun mahkeme kararları arasındaki kesin hükmü düzenleyen kurallarını tahkimde de uygulamaktadır ancak milletlerarası tahkim yargılamasının tahkim yerinin usul hukukundan bağımsız olması gerektiği için bu kuralları uygulamaktan kaçınan hakemler de bulunmaktadır⁵⁷.

Hakemler, kendi huzurlarında görülmekte olan bir davada bir mahkeme ya da başka bir hakem kararının kesin hüküm etkisini kabul etmişlerse kesin hüküm konusu olan vakıalar hakkında delil gösterilmesine izin verilmemesi veya sunulan delillerin değerlendirilmemesinin ispat hakkının ihlâl etmeyebileceği kanaatindeyiz. Burada yine tahkim yeri hukukunun ispat hakkı anlayışı belirleyici olacaktır.

54 Atalay (n 36) 1593.

55 Silija Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicate Before, International Commercial Arbitral Tribunals* (1st edn, Oxford 2016) 3.02 vd.

56 Farklı devletlerin milletlerarası tahkimle ilgili mevzuatında karşılaştırmalı bir inceleme için bkz: Schaffstein (n 55) 4.13 vd.

57 Schaffstein (n 55) 4.138.

D. Kanuni Delil Sınırlamalarının Tahkime Etkisi

HMK'nın 189'uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, Devlet mahkemelerindeki yargılamada kanunun belirli bir delille ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat olunamaz. HMK'nın 192'inci maddesi uyarınca ise Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğu öngörmemiş olduğu hallerde Kanunun'da düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir. HMK uyarınca, Kanunen emredilen hallerde başka bir delile dayanılmaması ispat hakkının bir diğer sınırlandırmasıdır⁵⁸.

Türk hukukunda ispat hakkını sınırlayan bu gibi kuralların tamamının milletlerarası veya milli tahkime uygulanması gerektiğini düşünülemez. Milletlerarası tahkimde hakemlerin, tahkim yeri ya da tarafların yerleşim yerleri hukukunun devlet mahkemelerinde yargılamayı düzenleyen usul hükümleriyle, özellikle bir delilin caiz bir delil olup olmadığına ilişkin olanlarla bağlı olmadığını yukarıda açıklamıştık.⁵⁹ Yine de konu aşağıda detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

a) Senetle İspat Mecburiyeti

HMK'daki delillere ilişkin düzenlemeler tahkimde uygulanamayacağı için, HMK'nın senetle ispat zorunluluğunu düzenleyen 200'üncü vd. maddelerinin tahkim yargılamasına uygulanamayacağı açıktır⁶⁰. Bununla birlikte, aşağıda konuyu ispat hakkının sınırını teşkil etmesi bakımından da ele almaya ve senetle ispat kuralının tahkimde uygulanmamasının gerekçelerinden birisini daha açıklamaya çalışacağız.

Kanuni delil sınırlamalarının en önemlisi, üçbinaltıyüzaltmış Türk lirasının üzerindeki hukuki işlemlerin Türk mahkemeleri önünde ancak senetle ispat edilmesine izin verilmesidir. Hukuki işlemlerin tanıkla ispatlanabilmesi için diğer tarafın muvafakat etmesi gerekir (HMK.m.200). HMK'daki senetle ispat kuralı, ispat hakkının en kapsamlı sınırlamalarından birisidir. Yine de kanun koyucu, hukuk kültürümüzün bir gereği olarak özellikle kötü niyetli alacak davalarını ve savunmalarını fiilen engelleme işlevi olduğu için senetle ispat zorunluluğunu korumuş ve ispat hakkını bu şekilde sınırlamayı tercih etmiştir⁶¹. Senetle ispat mecburiyetinin altında yatan belirleyici etken, esasen tanık deliline itibar edilmemesidir. Taraflar, delil sözleşmesiyle tanıkla ispat yasağının aksini kararlaştırabilirler (HMK.m.193). Bu delil sözleşmesi, kamu düzenini ihlal etmez ve geçerlidir⁶². Senetle ispatı zorunluluğu için de caiz delil caiz olmayan delil ayrımı yapılmaktadır, senetle ispat zorunluluğu olan hallerde senet dışındaki deliller, caiz delil değildir.⁶³

58 Atalay (n 36) 1610.

59 III, C.

60 Akıncı (n 28) 295; Aygül (n 15) 404.

61 Toraman (n 36) 1515-1516; Atalay (n 36)1610.

62 Tanıkla ispat yasağının sebepleri ve bu yasağın hukuki niteliğinde hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: İlhan Postacıoğlu, *Şehadetle İspat Mecburiyeti ve Hudutları* (2nd edn, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi 1964) 16 vd; Necmeddin Berkin, "Senetle İspat Mecburiyeti ve Kaidenin İstisnaları", İHFİM (1950) 16(3-4) 799 – 821; Rabi Koral, "Taktirî İspat Vasıtaları", İHFİM (1946) 12 (4) 1165, 1174.

63 Kale and Keser (n 17) 709.

Senetle ispat kuralının adil yargılanma hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinde açılan dava, reddedilmiştir⁶⁴. Kanun koyucunun bu seçiminin isabetli olup olmadığı bu çalışmanın konusu değildir. Bu çalışmada, ispat hakkının bu sınırının tahkimdeki etkisini incelemekle yetinilmektedir.

Anayasa'nın 13'üncü maddesi uyarınca “*temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir (...)*.” Temel haklar bakımından özgürlük asıl, sınırlamalar istisnadır. İspat hakkının mutlaka ayrıca ve açıkça kanunla sınırlanması gerekir. Yine, ispat hakkının kapsamı ve sınırlanması konusunda bir tereddüt yaşanması hâlinde hakkın varlığı geniş, sınırlanmasının ise dar yorumlanması gerekir. Temel ilke ispat hakkının var olduğudur⁶⁵.

Senetle ispat zorunluluğunun tahkim yargılamasında uygulanacağına dair herhangi bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bu durumda tahkimde hukuki işlemleri ispat hakkı, senetle ispat zorunluluğunun uygulanması suretiyle sınırlanamaz. Böylece tahkimde hukuki işlemler tanık deliliyle veya diğer takdiri delillerle de ispatlanabilir.

1981 yılında kurulan *Iran United States Claims Tribunal*⁶⁶, bir kararında İran hukukunda yer alan senetle ispat zorunluluğunun tahkime uygulanıp uygulanmayacağını ele almıştır. İran Medeni Kanun'un 1306-1310'uncu maddeleri uyarınca değeri 500 Riyalin üzerindeki hukuk işlemlerin tanıkla ispat edilememesine ilişkin kuralın, uyuşmazlığın esasına İran hukuku uygulansa bile hakem heyeti tarafından dikkate alınması gerekmediği sonucuna varılmıştır. Hakem heyeti, kararında, bütün yargı makamlarının yargılama usulüne ve delillere kendi kurallarını uygulama hakkı/yetkisi olduğunu belirtmiştir⁶⁷. Hakem heyeti, bir sözleşmenin ispatı için bir delilin caiz olup olmadığını usule ilişkin bir mesele olup olmadığını tartışmalı olduğundan bahisle ifanın kanıtlanmasının sözleşmenin kanıtlanması için yeterli olmasının milletlerarası hukukun genel prensiplerinden olduğunu belirterek sözleşmenin var olduğu sonucuna varmıştır. Görüldüğü gibi, hakem heyeti, kanuni delille ispata ilişkin kuralların usule mi esasa ilişkin bir mesele olup olmadığına dair nihai bir vasıflandırma yapmadan her iki ihtimali de kararında değerlendirmiştir.

b) Belgenin Dilinin Türkçe Olması Zorunluluğu ve Tahkime Etkisi

805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun⁶⁸'un birinci, ikinci ve üçüncü maddelerinde Türk ve yabancı şirket ve

64 AYM, 2013/1213, 04.12.2012 (RG 27.12.2013/ 28864).

65 Çiftçi (n 39) 519, 522, 525-526.

66 Iran United State Claim Tribunal <<http://www.iusct.net/>> Erişim Tarihi 19 May 2020.

67 DIC of Delaware Inc, Underhill of Delaware Inc v Tehran Redevelopment Corp , The Government of the Islamic Republic of Iran, Case No. 255; Award No. 176-255-3 of 26 April 1985 at JUSMUNDI <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-dic-of-delaware-inc-and-underhill-of-delaware-inc-v-teheran-redevelopment-corporation-and-the-government-of-the-islamic-republic-of-iran-award-award-no-176-255-3-friday-26th-april-1985#decision_4068> Erişim Tarihi 19 May 2020.

68 İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 805, Kabul Tarihi: 10.4.1926, RG 22.04.1926/353.

kurumların Kanun'da sayılan belgelerinin Türkçe olarak düzenlenmesi mecburiyetine ilişkin hükümler bulunmaktadır.

Türkçe düzenlenmesi gereken belgelerin Türkçe olmamasının yaptırımı, dördüncü maddede düzenlenmiştir. Bu belgelerin Türkçe olmamasının yaptırımı bu belgelerin, bunları Türkçe düzenlemeyen şirket ve müesseselerin lehine delil teşkil etmemesidir⁶⁹.

Görüldüğü gibi burada da kanundan doğan bir ispat hakkı sınırlaması söz konusudur. İlgili taraf, yabancı dilde düzenlenmiş bir belgeyle iddiasını ispatlayamaz. Yabancı dildeki belge HMK'nun 189'uncu maddesi uyarınca caiz delil değildir. Bu belgeyle ispat edilmek istenen iddia başka bir delille ispatlanmalıdır.

69 Emre Esen, "İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun'un Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi" (2020) 40(1) PPIL 203, 225.

Yargıtay 11 HD, 4747/1344, 22.2.2018: "Mahkemece asıl ve birleşen davanın reddine dair verilen karar Dairemizce '805 sayılı İktisadi MüesseselerdeKullanılması Hakkındaki Kanun'un 1. maddesi gereğince, Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, dahilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini tutmağa mecburdurlar. Bu itibarla mahkemece,de bulunan taraflar arasında olarak düzenlenen sözleşmenin bu kanun kapsamında geçerli olup olmadığının tartışılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir" gerekçesiyle bozulmuş (...) Ancak, 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkındaki Kanun'un 1. maddesinde "Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, Türkiye dahilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmağa mecburdurlar." aynı Yasa'nın 4. maddesinde "Bu kanunun mevkii meriyete vaz'ından sonra birinci ve ikinci maddeler ahkamina muhalif olarak tanzim kılınmış olan evrak ve vesaik şirket ve müesseseler lehine nazarı itibara alınmaz." hükümleri düzenlenmiştir. (...) Yukarıda yapılan açıklamalardan sonra somut uyuşmazlığın incelenmesinde, 805 sayılı Yasa'nın 1. ve 4. maddeleri göz önünde bulundurulduğunda, satıcı lehine düzenleme içeren sözleşme hükümlerinden hareketle hüküm tesis edilemeyeceğinin kabulü gerekir."

Yargıtay 11 HD, 15066/11597, 5.11.2015: "Oysa, 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkındaki Kanun'un 1. ve 4. maddesi hükmü açık olup, anılan yasal hükümler çerçevesinde taraf şirketler arasında yabancı dilde yazılmış sözleşme hükümlerine değer verilemeyeceğinin kabulü gerekir. Bu bağlamda mahkemece, asıl davadaki uyuşmazlığın BK. hükümleri çerçevesinde ele alınması ve tarafların hukuki durumunun bu çerçevede tayin ve takdir edilmesi gerekirken davaya dayanak sözleşme hükümlerine 805 sayılı yasa hükümlerine rağmen değer verilerek asıl davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın asıl davada davalılardan şirket yararına bozulması gerekmiştir."

Yargıtay 11 HD, 3122/4073, 16.03.2012: "Dosya kapsamından, davanın her iki yanının da Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetinde bulunan şirketler olup aralarındaki varlığı ihtilafsız sözleşme(ler)in -ifa yerlerinin Türkiye dahilinde olduğu da gözetildiğinde- 805 sayılı Yasa'nın 1. maddesi uyarınca Türkçe olması zorunlu iken İngilizce düzenledikleri anlaşılmaktadır. Aynı yasanın 4. maddesinde sözleşmelerin Türkçe düzenlenmesi konusundaki gerekliliğe uyulmamasının müeyyidesi yer almakta olup, mahkemece söz konusu yasa hükümleri nazara alınarak yasadaki belirtilen mutlak geçersizlik sonucu doğuran maddi bir hukuk kuralı niteliğinde olup olmadığı, aksi halde ispat hukukuna ilişkin bir kural mahiyetinde bulunup bulunmadığı, bu anlamda davalı yan dayanağı sözleşmenin özellikle tahkime ilişkin hükümlerinin onun lehine nazara alınıp alınmayacağı, tahkim itirazında bulunmanın ve buna ilişkin sözleşme hükmüne dayanmanın "bir tarafın lehine" bir durum tevhit eder nitelikte olup olmadığı, öte yandan davacının davalının tahkim itirazına karşı çıkmasının MK'nun 2. maddesinde yer alan iyiniyet kuralına aykırı olup olmadığı hususları değerlendirilip tartışılmadan taraflar arasındaki 22.4.2007 tarihli sözleşmenin ilgili hükümlerine değer ifade edilerek davalının tahkim itirazının kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, davacı yan vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir."

Yargıtay 11 HD, 2051/5292, 04.05.2009: "davalı bankanın döviz alımına dayanak yaptığı sözleşmenin İngilizce olarak düzenlendiği, 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkındaki Kanunun 1. maddesi uyarınca, Türk ticari müessese ve şirketlerin Türkiye dahilinde yapacakları her türlü işlemi Türkçe yapmak zorunda oldukları, aynı yasanın 4. maddesi uyarınca 1. maddede belirtilen şirket ve müesseselerin işlemlerini Türkçe düzenledikleri takdirde söz konusu sözleşme ve belgeler dayanamayacaklarının düzenlendiği, 805 sayılı yasanın 1 ve 4. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde davalı bankanın dosyaya ibraz ettiği ve davacının imzasını taşıyan belgeye dayanmasının mümkün olmadığı, davacı tarafından yatırılan bedeli davacının emir ve talimatı olmadan döviz çevirdiği ve davacının bu işlemlen kaynaklanan zararından sorumlu olduğu, (...) talebin reddine karar verilmiştir. (...). Karara Yargıtay tarafından onaylanmıştır."

Yargıtay'ın belgenin yabancı dilde düzenlenmesini bir geçersizlik sebebi olarak değerlendirdiği kararına da rastlanmaktadır. Ancak, bu kararların 805 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesine uygun olmadığı görülmüştür: Örneğin, Yargıtay 11 HD, 10605/10371, 15.09.2011: "805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkındaki Kanun'un 1. maddesi gereğince, Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, Türkiye dahilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmağa mecburdurlar. Bu itibarla mahkemece, Türkiye'de bulunan taraflar arasında İngilizce olarak düzenlenen sözleşmenin bu kanun kapsamında geçerli olup olmadığının tartışılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir." Aynı yönde Yargıtay 11 HD, 8049/15338, 04.12.2007

Yabancı dildeki belgelerin delil olarak kullanılamaması, senetle ispat mecburiyetine benzer bir düzenlemedir. Yukarıda senetle ispat zorunluluğu için ifade ettiğimiz gerekçelerle 805 Sayılı Kanundan doğan sınırlamalar da tahkimde uygulanmamalıdır⁷⁰. Böylece, tahkim yargılamasında sunulan delillerin tahkim dilinde veya tahkim diline tercüme edilmiş olması o delilin caiz bir delil olarak kabul edilmesi için yeterlidir.

c) Arabuluculuk Kanunu’ndan Doğan Sınırlamalar

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun⁷¹ 5’inci maddesinde sayılan belgelerin tahkimde delil olarak ikame edilmesini açıkça yasaklamıştır⁷². Kanunun 5’inci maddesi yasağın kapsamını oldukça geniş bir şekilde düzenlemiştir. Maddenin 3’üncü fıkrası, bu nitelikteki belgelerin, tahkim yargılaması sırasında ikamesini ve ibrazının talep edilmesini de yasaklamıştır.

Kanunun 5’inci maddesinin 4’üncü fıkrası, herhangi bir arabuluculuk faaliyeti sırasında ve arabuluculuk nedeniyle üretilen belgelerin sadece o arabuluculuğu takip eden tahkimde kullanılmasını yasaklamakla yetinmemiştir. Bunun ötesinde, arabuluculuk faaliyeti sırasında ve arabuluculuk nedeniyle üretilen belgelerin de arabuluculuğun başarısız olması nedeniyle devam eden yargılama dışında herhangi bir hukuk davası ve tahkimde de delil olarak kullanılmaları açıkça yasaklanmıştır. Bu hükümlerle, sadece arabuluculuk konusu uyuşmazlıkla ilgili ve o tarafların açtıkları davalar değil, tarafların başka davalarında hatta üçüncü kişilerin davalarında bu bilgi ve belgelerin kullanılması yasaklanmıştır.

2012 yılında Arabuluculuk Kanunu’nun 5’inci maddesinin birinci fıkrasının “arbuluculuk sürecine katılmamış ve bu faaliyet içinde yer almamış olan üçüncü kişiler için de kabul edilmesinin hak arama hürriyetine aykırılık oluşturduğu, ayrıca dava açıldığında ya da tahkim yoluna gidildiğinde gizlilik kuralı gereğince maddede belirtilen beyan ve belgelerin de delil olarak ileri sürülememesinin delil serbestisi ilkesine aykırılık oluşturduğu”, üçüncü fıkrasının da “mahkemelerin bile arabuluculuk faaliyetleri dolayısıyla hazırlanan belgeleri isteyemeyeceği ve delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alamayacaklarının belirtildiği, böyle bir düzenlemenin hukuk devleti ilkesi ve mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığıyla ve ayrıca hak arama hürriyetiyle bağdaşmasının mümkün olmadığı, arabuluculuk müessesesinde gizliliğin gereksiz olup sonuç olarak tutulan uyuşmazlık tutanağının mahkemelere sunulabilme imkânının tanınması gerekirken bu yapılmayarak mahkemelere bu madde ile yardımcı

70 Esen (n 69) 207, 805 sayılı Kanun’un miadını doldurduğunu, milletlerarası ticari ilişkilere uygulanmaması gerektiğini ifade etmektedir.

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

72 5’inci maddede sayılan belgeler şunlardır:

- Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteğine ilişkin belgeler,
- Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler,
- Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakia veya iddianın kabulü,
- Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler.

değil, alternatif yargı mercii ihdas edildiği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 9. ve 36. maddelerine aykırı olduğu” iddialarıyla Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmıştır. Anayasa mahkemesi bu hükümlerin “kurallarla getirilen yasaklar ve sınırlamaların sadece arabuluculuk faaliyetleri nedeniyle elde edilen bilgiler ile hukuk davaları ve tahkim için söz konusu olduğu dikkate alındığında, kurallarda öngörülen düzenlemenin hak arama hürriyetini aşırı derecede zorlaştıran ya da ortadan kaldıran, dolayısıyla hakkın özüne dokunan bir sınırlama niteliğinde” bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir⁷³. Bu nedenle, ispat hakkını sınırladığı düşünülen Kanun hükmünün haklı ve makul bir sınırlama olduğu Anayasa Mahkemesi tarafından ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında caiz delil ifadesini kullanmıştır: “ayrıca, maddenin iptal konusu olmayan (5) numaralı fıkrasında da bir hukuk davasında veya tahkimde ileri sürülen caiz delillerin, sırf arabuluculukta kullanılmış olmaları sebebiyle, kullanılmayacak hâle gelmeyeceği ifade edilmiştir. Bir başka ifadeyle, arabuluculuk faaliyeti söz konusu olmasaydı dahi, taraflar bir delili ellerinde bulunduruyor veya elde edebiliyor ve aynı zamanda mahkeme veya tahkimdeki yargılamada o uyumsuzluk için caiz delil olarak kullanabiliyorsa, sırf daha önce bir arabuluculuk faaliyetinde kullanılması, o delilin geçerliliğini etkilemeyecektir”.

E. İbraz Muafiyetinden Doğan Sınırlamalar

1. Terminoloji

IBA Kurallarının 9.2 maddesinde, kendisinden bir belgeyi ibraz etmesi istenen tarafın bu ibraz talebine itiraz etmek için dayanabileceği sebepler düzenlenmektedir⁷⁴. 9.2.(b) alt bendinde bu sebeplerden bir tanesi İngilizce “(b) legal impediment or privilege under the legal or ethical rules determined by the Arbitral Tribunal to be applicable” olarak ifade edilmiştir. IBA Kuralları'nın resmi tercümesinde, 9.2(b) alt bendi “Hakem Heyetince tahkime uygulanmasına karar verilen hukuk veya etik kurallarına göre bir hukuki engel veya imtiyaz” olarak ifade edilmiştir. Bu çeviride “(legal) privilege” için “(hukuki) imtiyaz” ifadesi kullanılmıştır⁷⁵. Tercüme, sözlük anlamı bakımından doğru olmakla beraber İngilizce IBA Kurallarında yararlanmadan kavramın tam olarak anlaşılmasına izin vermemektedir. Milletlerarası Tahkimde Belge İbrazi isimli çalışmamızda IBA Kurallarının Türkçeye tercümesi kavramın içeriğini tam olarak yansıtmaya da pratik kaygılarla tercümede kullanılan ifadelerle sadık kalmayı tercih etmiş ve bu tercihin, IBA Kurallarının Türkçe tercümesinin daha kolay anlaşılmasına yardımcı olacağına olan inancımızı ifade etmiştik.

Müşterek Hukuk'ta “discovery” veya “disclosure” esnasında ibrazdan muafiyet sağlanan deliller hakkında “legal privilege” veya “evidentiary privilege” ifadeleri

73 AYM, 94/89, 10.07.2013.

74 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Demir Gökyayla (n 15) § 11.

75 Doktrin müesseseyi imtiyaz olarak ifade etmiştir, Nomer (n 129 406; Güvenalp (n 12) 99 .

kullanılmaktadır. Bu tür delillere, IBA Kurallarındaki tercümeğe uygun olarak “*imtiyazlı delil*” demiştik. Milletlerarası tahkimde “imtiyazlı delil”, imtiyaz sahibi kişiye elinde bulundurduğu bir delili bir yargılamada sunmaktan çekinme hakkı veren veya delilin kullanılmasını yasaklayan kurallar uyarınca yargılamaya sunul(a)mayan deliller olarak ifade edilebilir. “*Legal privilege*”, “*discovery*” veya “*disclosure*” olarak ifade edilen usullerinin bulunduğu Müşterek Hukuk’a ait bir müessesedir. Çünkü, bu sistemde tarafların davayla ilgili bütün belgeleri birbirlerine vermeleri gerekebilir. Bu durumda, bazı delillerin yargılamanın diğer tarafına veya mahkemeye sunulmasından kaçınma imkânı sağlayan bir müesseseye ihtiyaç duyulmaktadır⁷⁶. Kanımızca, “*discovery*” ve “*disclosure*”, yargılamanın taraflarına diğer tarafın elindeki tüm belgelere ve tanıklara ulaşma hakkını sağladığı için ispat hakkına hizmet etmektedir. İşte “*legal privilege*” de ispat hakkının sınırını belirlemektedir.

“*Legal privilege*”, Türkçe, delil ibraz muafiyeti veya ayrıcalıkları olarak ifade edilmiştir ve ispat hakkının bir sınırı olarak nitelendirilmiştir. Kurum, “*çeşitli ilişkiler sebebiyle tarafların veya üçüncü kişilerin yargılama ve özellikle ispat sürecinde sahip oldukları kaçınma sebepleri*” olarak tanımlanmıştır. Bu kaçınma sebepleri varsa taraflar ya da üçüncü kişiler delil ibraz etme yükümlülüğünden kurtulabilmektedirler⁷⁷. Türk hukukunda terim birliği sağlamak için “delil imtiyazı” kavramının içeriğini daha iyi yansıttığı için Türkçe delil ibraz muafiyeti denilmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Aşağıda görüleceği gibi ispat hakkını sınırlayan birçok durum, delil ibraz muafiyeti kavramı altında toplanabilir.

2. Delil İbraz Muafiyetine Uygulanacak Hukuk

Milletlerarası tahkimde, kendisinden bir belgeyi ibraz etmesi istenen tarafın ibraz muafiyeti olduğunu iddia etmesi hâlinde, hakemlerin muafiyet olup olmadığına karar vermesi gerekir. Bu konuda, milletlerarası tahkimde ibraz muafiyetini düzenleyen milletlerarası bağlayıcı sözleşmeler bulunmamaktadır. IBA Kurallarının delil ibrazından muafiyeti düzenleyen 9(2) ve (3) hükümleri, delil ibraz muafiyetine hakemlerin uygulanmasına karar verdiği hukuk veya etik kuralların uygulanacağını ifade etmiş ancak uygulanacak kuralların/hukukun nasıl belirleyeceğine ilişkin bir kanunlar ihtilafı kuralı öngörmemiştir. Her ne kadar konuyla ilgili doktrinde, ibraz muafiyetine ilişkin genel prensiplerin uygulanması gerektiği savunulsa da -böyle kuralların var olmadığı gerçeği karşısında- ileri sürülen ibraz muafiyetinin var olup olmadığına milli bir hukuka göre karar verilmesi gerekebilir. Bu durum, bir ibraz muafiyetinin hangi hukuka tabi olduğu ve hangi kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması suretiyle yetkili hukukun bulunması gerektiği sorularını gündeme getirmektedir.

76 Demir Gökyayla (n 15) 135-136.

77 Çiftçi (n 39) 730.

Hakemler, tahkim yeri hukukunun devlet mahkemelerinde uygulanan kanunlar ihtilafı kurallarıyla bağlı değildir. Tahkim yeri hukuku, milletlerarası tahkimde ibraz muafiyetine uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları öngörmüşse hakemler bu kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili hukuku bulabilir. Ancak, UNCITRAL Model Kanunu dahil milli hukuklar bu konuda suskundur. IBA Kurallarının 2010 yılında yapılan revizyonu sırasında ibraz muafiyetine uygulanacak hukukun belirlenmesinden ya da bu konuya bir kanunlar ihtilafı kuralı getirilmesinden imtina edilmiştir. Aşağıda ibraz muafiyetine uygulanacak hukukun tespitine ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır.

a) İbrahim Muafiyetinin Vasıflandırılması

İbrahim muafiyetine uygulanacak hukukun tespit edilebilmesi için, öncelikle ibraz muafiyetinin usul hukukuna mı yoksa maddi hukuka mı ilişkin bir mesele olduğu konusunda vasıflandırma yapılması gerekir. İbrahim muafiyetinin sadece yargılama usulüne ilişkin bir mesele olarak kabul edilmesi hâlinde tahkim usulüne uygulanacak hukuka tabi tutulması gerekir. Tahkim usulüne uygulanan hukuk ise taraflarca belirlenen kurallar ve tahkim yeri hukukunun emredici kanun hükümleri (*lex (loci) arbitri*) olacaktır (MTK.m.1 ve 8; UNCITRAL Model Kanunu.m.1).

Maddi hukuka ilişkin bir mesele olarak mütalaa edilirse o zaman tarafların ibraz muafiyetine ilişkin iddialarının tabi olacağı hukuk, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması suretiyle bulunacaktır. İbrahim muafiyetinin maddi hukuka ilişkin bir mesele olarak vasıflandırılması ibraz muafiyetinin uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka tabi tutulması gerektiği anlamına gelmemekte sadece tahkim usulüne uygulanan hukuka tabi olmadıkları şeklinde anlaşılmaktadır. İbrahim muafiyetinin maddi hukuka ilişkin bir mesele olarak kabul edilmesi hâlinde kanunlar ihtilafı kurallarıyla tarafların farklı gerekçelerine dayanan ibraz muafiyeti iddialarına uygulanacak hukukun tespiti gerekecektir⁷⁸.

b) Önerilen Bağlama Noktaları

(1) Tahkim Yeri Hukuku (*Lex Arbitri*)

İbrahim muafiyetiyle ilgili meselelere, tahkim yeri hukukunun ibraz muafiyetine ilişkin hükümlerinin uygulanması önerilmiştir. Böylece her iki tarafın da ibraz muafiyeti iddialarına aynı hukuk uygulanabilir ve taraflar arasında eşitlik sağlanabilir. Bu görüşe göre, tahkim yeri hukukunda bir boşluk olması durumunda taraflar arasında bu konuda bir anlaşma yoksa hakemler ibraz muafiyetiyle ilgili iddialar hakkında kendi belirleyecekleri kurallara göre karar vereceklerdir. Tahkim yeri hukukunun

⁷⁸ Jeffrey Maurice Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* (1st edn, Kluwer Law International 2012) 802-803; Demir Gökyayla (n 15) 141-143; Aksi görüş için bkz.: Möckesch (n 35), 8.12-8.25, yazar meselenin usule ilişkin olduğu görüşündedir.

uygulanmasının önerilmesinin nedeni, meselenin tahkimde yargılama usulüne ilişkin kabul edilmesidir.⁷⁹

İbraz muafiyeti iddialarına tahkim yeri hukukunun uygulanmasının önemli sakıncaları tespit edilmiştir⁸⁰. Şöyle ki, tahkim yeri tesadüfen belirlenmiş olabilir. Örneğin, tahkim yeri bir tahkim merkezinin divanı tarafından, taraflarca her iki tarafa eşit mesafede olduğu için veya tahkim yeri hukukunun milletlerarası tahkimin prensiplerine uygun olduğu için belirlenmiş olabilir. Tahkim yeri, taraflarca seçilmişse taraflar tahkim yeri hukukunun ibraz muafiyete yaklaşımını hiç dikkate almadan seçmiş olabilir.

Bu gibi durumlarda, ibraz muafiyetinin konusu olan delil tahkim yerinde hazırlanmamıştır veya teati edilmemiştir, ibraz muafiyetinin şartları bu ülkede oluşmamıştır. Buna rağmen, tahkim yeri hukuku uygulanırsa tarafların söz konusu delilin ibraz muafiyetine sahip olacağına ilişkin haklı beklentileri boşuna çıkarılmış olur. Örneğin, avukatın sır saklama yükümlülüğü kapsamında olduğu için avukatın faaliyette bulunduğu veya baro siciline kayıtlı olduğu yer hukukuna göre ibraz muafiyetine sahip olan bir belge seçilen tahkim merkezince belirlenen tahkim yeri hukukunun göre muafiyete sahip olmayabilir.

Böyle bir sonucun isabetli olmadığı açıktır. Nitekim, IBA Kuralları.m.9(3)(c) maddesinde, hakemlerin ibraz muafiyeti hakkında karar verirken, tarafların söz konusu belgeler (deliller) meydana getirilirken -avukat davanın riskli yönlerini açıkladığı mütalaasını hazırlarken- beklentilerini dikkate almalarını istemektedir. Avukat, mütalaasının müvekkili aleyhine delil teşkil edebileceğini -işini yaptığı yer hukukunda muafiyet varsa- düşünmemiştir. Bu nedenle, ibraz muafiyetine tahkim yeri hukukunun uygulanması birçok ihtimalde âdil bir sonuç vermeyebilir⁸¹.

Diğer taraftan, tahkim yeri hukukunun ibraz muafiyetiyle ilgili doğrudan uygulanan kurallarının olması hâlinde ibraz muafiyetine hangi hukuk uygulanırsa uygulansın bu kuralların da dikkate alınması veya uygulanması gerekip gerekmediği hakemlerce değerlendirilmelidir⁸². Aksi halde hakem kararının tahkimle ilgili emredici usul hukuku kurallarının ihlal edilmesi söz konusu olabilir ki bu ihlal hakem kararının iptaline neden olabileceği (MTK.m.8, MTK.m.15/A/1f, 15/A/1g veya 15/A/2b) gibi tenfize engel de olabilir (New York Sözleşmesi.m.V/1/d veya V/2/b).

Doktrinde, tahkim yerinin usule ilişkin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması gerektiği ifade edilmiş ve bunun için birkaç gerekçe gösterilmiştir. Bunlardan bir tanesi, hakemlerin yargılama yetkilerini tahkim yeri hukukundan

79 Bu yönde Güvenalp (n 15) 108

80 Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.114

81 Demir Gökyayla (n 12) 144.

82 O'Malley (n 24) 9.21.

almış olmaları nedeniyle tahkim yerini doğrudan uygulanan kurallarına uyulması gerektiği; bir diğeri, tahkim yerini tarafların belirlemeleri hâlinde tahkim yerinin doğrudan uygulanan kurallarına uymayı da kabul ettikleri; üçüncüsü, tahkim yerinin doğrudan uygulanan kurallarının yargılama standardını korumaya hizmet etmeleri; dördüncüsü ise New York Sözleşmesinin tahkim yeri hukukuna atfettiği önem olarak ifade edilmiştir⁸³.

Burada asıl zorluk arz eden husus, tahkim yerinin ibraz muafiyetine ilişkin hangi emredici kurallarının doğrudan uygulanan kural olarak mütalaa edilmesi gerektiği ve doğrudan uygulanan bir kural söz konusuysa muafiyet iddiasının bu hükümlerin uygulama alanına girip girmediğinin belirlenmesidir.

Bir kuralın doğrudan uygulanan bir kural olup olmadığı kuralın kendisi tarafından ifade edilmez. Dolayısıyla, tahkim yargılamasında ibraz muafiyetine ilişkin kuralın doğrudan uygulanan kural olup olmadığına hakemler karar verecektir⁸⁴.

Kanımızca, ispat hakkının bir insan hakkı, temel hak olmasıyla ibraz muafiyeti tanınan hallerde başka bir temel hakkın korunuyor olması hususuna yoğunlaşmak uygun olur. Bu sayede hakemler, tahkim yeri hukukunun bir temel hakkı korumaya hizmet etmeyen, tahkim yerine özgü kurallarını doğrudan uygulanan kural olarak mütalaa etmemelidir. İspat hakkı bir insan hakkı olduğuna ve ancak başka bir insan hakkının korunması amacıyla sınırlanabileceğine göre, hakemler tahkim yerinin ibraz muafiyetine ilişkin kurallarının temel bir hakkı koruma amacı olup olmadığını incelemelidir.

Diğer taraftan, varlığı iddia edilen ibraz muafiyeti, tahkim yerindeki doğrudan uygulanan kuralın uygulama alanına giriyor olmalıdır. Örneğin, tahkim yeri Londra'da olmasına rağmen, tarafların ve vekillerinin hiçbirisinin veya uyuşmazlığın İngiliz hukuku veya İngiltere ile hiçbir ilgisi yoksa -örneğin *charterparty* deki standart tahkim anlaşması uyarınca tahkim yeri İngiltere'deyse- Türkiye'deki bir baroya kayıtlı avukat ile Türkiye'deki müvekkili arasındaki ilişkinin gizliliğine ilişkin İngiliz hukukundaki kuralın taraflar üzerinde yaptırım gücü olmayacaksa hakemlerin yine bu kuralın uygulanmasından elde edilen adil yargılanma hakkına ilişkin menfaati dikkatle değerlendirmeleri gerekir.

(2) Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk

İbraz muafiyetine uyuşmazlığın esasına uygulanan hukukun uygulanması da teklif edilmiştir. Bu görüşe göre, taraflar, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçmişlerse bu seçilen hukuk ibraz muafiyetinde uygulanmalıdır. Ancak uyuşmazlığın

83 Möckesch (n 35) 8.47; İbrahim Doğan Takavut, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar* (1st edn, Oniki Levha 2018) 120-121.

84 Takavut (n 83) 122.

esasına uygulanan hukukun uygulanması da tıpkı tahkim yeri hukuku gibi âdil bir sonuç vermeyebilir. Zira tarafların uygulanacak hukuku seçerken bu hukukun ibraz muafiyetine de uygulanacağına dair bir iradeleri hatta farkındalıkları bile olmayabilir. Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk hakemler tarafından belirlenmiş de olabilir (MTK.m.12). Görüldüğü gibi, uyuşmazlığın esasına uygulanan hukuk, ibraz muafiyetinin konusu olan delille herhangi bir ilgisi bulunmayan bir hukuk olabilir⁸⁵. İbrahim muafiyetine uyuşmazlığın esasına uygulanan hukukun sırf uyuşmazlığın esasına uygulandığı için uygulanması doğru olmayacaktır.

(3) Delille En Yakın İrtibatlı Hukuk

Milletlerarası tahkimde, ibraz muafiyetine, muafiyete konu olan delille objektif olarak en yakın bağlantı içinde olduğu devlet hukukunu uygulanması önerilmiştir. Bu hukuk, uyuşmazlığın esasına veya tahkim usulüne uygulanacak olan hukuktan farklı bir hukuk olabilir.

Delilin bulunduğu/saklandığı yer hukuku, belgenin (delilin) yaratıldığı/hazırlanacağı/kaleme alındığı/gönderildiği yer hukuku, ilgili tarafların yerleşim yeri, avukatın baroya kayıtlı olduğu yer hukuku delille ilgili yakın irtibatlı hukuku tespit etmek için kriter olabilir⁸⁶.

IBA Kuralları 9(3)(c) hükmü uyarınca, ibraz muafiyeti olup olmadığına karar verilirken tarafların haklı beklentilerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Delille en yakın irtibatlı hukukun uygulanması tarafların haklı beklentilerini karşılayacaktır. Deliller kuvvetle muhtemel bu hukukun uygulama alanında hazırlanmış olacaklardır. Örneğin, avukat, baroya kayıtlı olduğu veya mesleğini icra ettiği yer hukukunu dikkate alarak müvekkiliyle arasındaki iletişimin karşı tarafın eline geçmeyeceğine kanaat getirmiş olabilir. İbrahim muafiyetine farklı bir hukukun uygulanması avukatın ve müvekkilinin haklı beklentilerine uygun düşmeyecektir.⁸⁷

En yakın irtibatlı hukukun uygulanmasının olumsuz bir sonucu ise her iki tarafın farklı delillerin ibraz muafiyetine sahip olup olmadığına farklı hukukların uygulanması ihtimalidir. Örneğin, davacı, İngiltere’de mesleğini yapan bir avukatla temsil edildiği için avukatıyla olan iletişiminin ibraz muafiyetine İngiliz hukuku uygulanabileceken İstanbul Barosu’na kayıtlı bir avukatla temsil eden tarafın avukatıyla olan yazışmalarının gizliliği Türk hukukunda avukatın sır saklama yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilir. Aynı nitelikteki delillerin ibraz muafiyetine farklı hukuklar uygulandığı için bir taraf avukatıyla olan yazışmalarını ibraz etmek zorunda kalırken diğeri ibraz muafiyetinden yararlanabilir. Bu durumda tarafların-silahların eşitliği ilkesi

85 Waincymer (n 78) 803; Demir Gökyayla (n 12) 145; krş. Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.116.

86 Waincymer, 803-804; O’Malley, 9.43; Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.117.

87 O’Malley (n 24) 9.42; Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.117.

ihlâl edilebilir. Diğer taraftan, delille en yakın irtibatlı hukukun uyuşmazlık çıktıktan sonra hakemlerce belirlenecek olması da taraflar için bir belirsizlik yaratabilir.⁸⁸

En yakın irtibatlı hukukun uygulanması ve bu nedenle taraflar arasında bir eşitsizlik meydana gelmesi hâlinde hakemlerin nasıl karar vermeleri gerektiği hakkında çeşitli çözüm önerileri bulunmaktadır. Bunlara aşağıda değinilecektir.

(a) “En Çok Gözetilen Muafiyet” Yaklaşımı

En çok gözetilen muafiyet yaklaşımına göre, yukarıdaki örnekte olduğu gibi aynı nitelikteki delillere farklı hukukların uygulanması nedeniyle taraflar arasında eşitsizlik meydana gelecekse daha geniş ibraz muafiyeti sağlayan hukuk her iki tarafın ibraz muafiyeti iddiası hakkında da uygulanmalıdır. Böylece o delile uygulanacak hukuka göre ibraz muafiyeti olmayan taraf da diğer tarafın yararlandığı muafiyetten yararlanabilir. Bu sayede taraflar arasında silahların eşitliği ilkesi temin edilebilir.⁸⁹. Yukarıdaki örnekten yola çıkarsak her iki tarafın avukatıyla olan ibraz muafiyeti talepleri hakkında da İngiliz hukukuna göre karar verilecektir.

New York'ta bulunan Milletlerarası Uyuşmazlıkların Çözümü Enstitüsü (CPR) tarafından hazırlanan Ticari Tahkimde Belge İbrazi ve Tanık Delili Protokolünde,⁹⁰ belge ibrazı ve tanık delilinin tahkimde ne şekilde uygulanması gerektiğine ilişkin bilgiler yer almaktadır. Protokolün, özellikle veya sadece ABD hukukundan bahsetmemekle beraber, ABD hukukunda delillere ilişkin düzenlemelerin tahkimde uygulanma(ma)sını düzenlemek için yapıldığı anlaşılmaktadır. Protokol, bağlayıcılığı olmayan, kılavuz niteliğinde bir çalışmadır. Kısım 1/b'de, avukatla müvekkili arasındaki iletişimin ibrazına farklı hukukların uygulanması hâlinde en geniş ibraz muafiyeti sağlayan hukukun uygulanması önerilmiştir.

Amerikan Tahkim Birliği (AAA) ve onun uluslararası uzantısı olan Milletlerarası Uyuşmazlıkların Çözümü Merkezi (ICDR) taraflar arasındaki bilgi teatisinin düzenlenmesine ilişkin hakemlere yönelik bir kılavuz hazırlamıştır⁹¹. 7'inci maddesinde, birden fazla hukukun uygulandığı hallerde en geniş ibraz muafiyetini sağlayan hukukun uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.

Daha geniş muafiyet tanıyan hukukun her iki tarafa da uygulanmasının IBA Kuralları.m.9(3) de ifade edilen prensiplere uygun olduğu kanaatindeyiz. Bu prensipler

88 Demir Gökyayla (n 15) 146-148; Khodykin, Muleahy, Fletcher (n 24) 12.118.

89 Waincymeyer (n 78) 805-806; Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.119.

90 Protocol on Disclosure of Documents & Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration, CPR web site <https://www.cpradr.org/resource-center/protocols-guidelines/protocol-on-disclosure-of-documents-presentation-of-witnesses-in-commercial-arbitration/_res/id=Attachments/index=0/CPR-Protocol-on-Disclosure-of-Documents-and-Witnesses.pdf> Erişim Tarihi 19 May 2020.

91 CDR Guidelines For Arbitrators Concerning Exchanges of Information, ICDR web site <<https://wcart.files.wordpress.com/2012/07/icdr-guidelines-for-arbitrators-concerning-exchanges-of-information.pdf>>.

şunlardır: IBA Kuralları 9(3)(e) hükmü uyarınca hakemler ibraz muafiyetinin olup olmadığı hakkında karar verirken “*özellikle Tarafların farklı hukuk ve etik kurallarına tabi olmaları durumunda, Taraflar arasındaki adaleti ve eşitliği sürdürme ihtiyacı*”nı dikkate almalıdır. Kuralların 9(2)(g) hükmü uyarınca ise hakemler “*Hakem Heyeti tarafından zorlayıcı addedilen usul ekonomisi, oranlılık, adalet veya tarafların eşitliği mülahazaları*” nedeniyle belge ibrazı istemini reddedebilir⁹².

En çok gözetilen muafiyet görüşüne karşı bazı haklı eleştiriler yapılmaktadır. Bu görüşe karşı yapılan eleştirilerden en önemlisi, kapsamı ve uygulama alanı bakımından bir ibraz muafiyetine uygulanmayacak bir millî hukukun neden uygulanması gerektiğine ilişkin tatminkâr bir cevap vermemesidir⁹³. Örneğin, Türk bir avukatla müvekkili arasındaki ilişkiye, Türkiye’de ABD hukuku uygulanmayacak olmasına rağmen diğer taraf ibraz muafiyeti iddiasına ABD hukuku uygulandığı için ABD hukuku uygulanacaktır. Müvekkil avukatın ABD hukukunu ihlal ettiğini Türk mahkemeleri huzurunda (*lex causae* olmayacağı için) ileri süremez. Ancak, tahkim yargılamasında avukatla müvekkil arasındaki yazışmaların ABD hukukuna tabi olması nedeniyle ibraz muafiyeti hakkına sahip olacaktır.

En geniş ibraz muafiyetini savunan yazarların haklı olarak işaret ettikleri nokta, milletlerarası tahkimde belge ibrazının Kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki düzenlemelerden daha geniş olmasıdır. Örneğin, Türk hukukunda, ibraz mükellefiyeti, çok dar, münferit bir belge için önce o belgeye delil olarak dayanılması şartıyla bağlıdır. Oysa, IBA Kurallarına göre, milletlerarası tahkimde, davayla ilgili ve sonucuna etkili olmak koşuluyla bir belge kategorisinin ibraz edilmesi istenebilir. İbraz edilen belgeler lehe delil teşkil etmiyorsa ibrazını isteyen taraf belgeleri delil olarak kullanmak zorunda değildir (IBA Kuralları 3(3)(a), HMK.m.219). Milletlerarası tahkimde daha geniş bir ibraz mükellefiyeti olduğuna göre ibraz muafiyetinin de daha geniş olması gerekir⁹⁴.

Türk hukukunda Müşterek Hukukta düzenlendiği gibi “*previlege*” müessesesi olmadığı için en çok gözetilen yaklaşımının Türkiye’den taraflar için daha adil bir çözüm üretebileceği kanaatindeyiz.

(b) “En Az Gözetilen Muafiyet” Yaklaşımı

En çok gözetilen muafiyet yaklaşımı, taraflara daha geniş bir ibraz muafiyeti tanıyacağı için yargılamaya daha az delil sunulmasına neden olacaktır ki bu durum hakikatin ortaya çıkmasını engelleyebilir. Bu nedenle, en geniş kapsamda değil bilakis en dar kapsamda muafiyet sağlayan hukuk uygulanmasının daha doğru olduğu da ifade edilen görüşler arasındadır. Böylece en yakın irtibatlı hukuka göre daha geniş bir ibraz

92 Demir Gökyayla (n 15) 148-150.

93 Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.119.

94 Waincymeyer (n 78) 805-806.

muafiyetinden yararlanabilecek olan taraf da bu muafiyetten yararlanamayacak ve delili ibraz etmesi gerekecektir. En az gözetilen imtiyaz yaklaşımı, maddi hakikatin ortaya çıkmasına daha çok hizmet edebilir.⁹⁵

Kanımızca en az gözetilen muafiyet yaklaşımı, ibraz muafiyeti müessesinin amacıyla bağdaşmayabilir. Bir delili ibrazdan muaf tutulmasının nedeni ilgililerin bir temel hakkını, -iletişimin gizliliği, özel hayata saygı gibi- korumaktır. Bu nedenle, söz konusu delile dayanmak isteyen tarafın sahip olduğu ispat hakkının sınırını teşkil etmektedir. İbraz muafiyetinin reddedilmesi hâlinde, bir temel hakkı korumak için ibraz muafiyetinden yararlanmasına izin verilen taraf tahkimde ibraz muafiyetinden yararlanamayacaktır. Bu durum kararın -bir temel hak ihlal edilerek verildiği için-kamu düzenine aykırı kabul edilmesine ve iptaline ya da tenfiz edilmemesine neden olabilir. Ayrıca, ibraz muafiyetinden yararlanamayan tarafın söz konusu belgeyi ibraz ettiği için tabi olduğu hukuk uyarınca idarî ve/veya cezai sorumluluğu doğabilir. Bu risk özellikle mesleki sır saklama yükümlülüğü nedeniyle ibraz edilmemesi gereken belgeler için söz konusudur. Başka bir sakınca ise ilgililerin delilin ibrazdan muaf olduğuna dair haklı güvenlerinin dikkate alınmamasıdır. Oysa, yukarıda ifade ettiğimiz gibi, IBA Kuralları tarafların bu konudaki haklı beklentilerinin dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. Kaldı ki, hukuk sistemleri ne pahasına olursa olsun gerçeğin ortaya çıkması beklentisini ispat hakkını sınırlayarak yumuşatmıştır. Kanımızca bu görüşe yöneltilen haklı eleştiriler karşısında en az gözetilen imtiyaz yaklaşımı bu sakıncaların ortaya çıkmayacağı ve belgelerin ibrazında önemli menfaatler olması hâlleriyle sınırlı olarak uygulanabilir.⁹⁶

(4) Milletlerarası Tahkimde Genel Kabul Gören Prensiplerin Uygulanması Yaklaşımı

İbraz muafiyetine uygulanacak hukuku, kanunlar ihtilafı kurallarından hareketle bulmak yerine milletlerarası tahkimde genel kabul gören prensipleri dikkate alarak bir delilin ibraz muafiyetinden yararlanıp yararlanmayacağına karar verilmesi de önerilen çözümler arasındadır. Bu görüşe göre, bir ibraz muafiyeti olup olmadığı hakkında karar vermek için mutlaka bir devletin hukukunun uygulanması gerekmez. İbraz muafiyetiyle ilgili olarak milletlerarası tahkimde bağlayıcı ve emredici milletlerarası standartlar geliştirilmelidir. Böylece, tahkimde ibraz muafiyeti hakkında arzu edilen öngörülebilirlik ve hakkaniyet sağlanabilir⁹⁷.

Buna çok yakın başka bir görüş ise “*the survey method*” ya da “*cumulative method*” olarak isimlendirilmiştir. Buna göre hakemler, birçok hukuk kaynağını araştırmalı ve hepsinde ortak olan ibraz muafiyeti sebeplerini tahkimde de uygulamalıdır.⁹⁸ Tabi

95 Demir Gökyayla (n 15) 151; Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.120.

96 Demir Gökyayla (n 15) 151; Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.110.

97 Demir Gökyayla (n 15) 151-153.

98 O'Malley (n 24) 9.48-9.53.

buradaki bir diğer problem de hangi hukukların dikkate alınması gerektiği ve birinden farklı hükümler varsa daha dar kapsamlı mı daha geniş kapsamlı mı ibraz muafiyeti sağlanması gerektiğine karar verilmesidir⁹⁹.

Konuyla ilgili genel kabul göre milletlerarası prensiplerin geliştirilmesi oldukça zordur. Her ne kadar ilk bakışta oldukça doğru bir yaklaşım gibi görünse de uygulamada çok faydalı olmayabilir¹⁰⁰.

Bu kapsamda IBA Kurallarının 9(2)(b) maddesi, “hukuki engel ve imtiyaz” ifadeleriyle ispat hakkının sınırı olarak ibraz muafiyetini düzenlemektedir¹⁰¹. IBA Kurallarının 9(3) maddesinde ibraz muafiyeti hakkında hakemlere ışık tutmak için bir kılavuz hüküm hazırlanmıştır¹⁰². Bu hükümden hareketle, en azından milletlerarası asgari ibraz muafiyetinin sınırlarının çizilebileceği düşünülebilir. Diğer taraftan, ibraz muafiyeti, yargısal bir temel hak olan ispat hakkını sınırlamaktadır. Bu nedenle, bir delilin ibrazdan muaf olup olmadığı sorusunun bütün millî hukuklar dışlanmak suretiyle sadece taraf iradesi dışında bir bağlayıcılığı olmayan temel prensiplere veya milletlerarası tahkim uygulamasında geliştirilen uygulamalara bırakılmasının doğru olmayacağı kanaatindeyiz. Zira bir temel hakkın -ispat hakkının- sınırı, farklı hukuk kültürlerine mensup hakemlerin farklı yaklaşımlarına terk edilmemelidir. O nedenle, hakemlerin birçok ihtimalde yetkili millî hukukları uygulamaları gerekeceğini düşüncesindeyiz.

(5) Taraf İradesi

Doktrinde, avukat-müvekkil arasındaki iletişimin ibrazdan muaf olup olmadığına uygulanacak hukukun taraflarca seçebileceği ifade edilmiştir¹⁰³. Tarafların uygulanacak hukuku seçmeleri hâlinde hakemlerin bu seçilen hukuku uygulamaları gerektiği ve bu sayede tarafların ibraz muafiyetine uygulanacak hukukun öngörülebilir olmasının sağlanabileceği belirtilmiştir. Bu hukuk seçiminin uyuşmazlık çıkmadan önce özellikle sözleşme müzakereleri aşamasında veya uyuşmazlık çıktıktan sonra yapılmasının beklenemeyeceği bu görüşteki yazarlarca kabul edilmektedir¹⁰⁴.

99 Waincymer (n 78) 805.

100 Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.110-111.

101 “Hakem Heyeti, Taraflardan birinin talebi üzerine veya resen, aşağıdaki gerekçelerden herhangi biri ile Belge, yazılı beyan, sözlü ifade veya keşif şeklindeki delilleri veya bunların ibrazını tahkim yargılaması dışında tutabilir: (...) (b) Hakem Heyetince tahkime uygulanmasına karar verilen hukuk veya etik kurallarına göre bir hukuki engel veya imtiyaz varsa”.

102 IBA Kurallarının 9(3) maddesine göre “9(2)(b) bendi kapsamında hukuki engel veya imtiyaz mülhaza edilirken Hakem Heyeti, uygulanabilir olduğuna karar verilen her türlü emredici hukuk ve etik kuralları izin verdiği ölçüde, aşağıdakileri dikkate alabilir: (a) Hukuki danışmanlık sağlamak veya edinmek amacıyla ve buna bağlı olarak ihdas edilmiş bir belgenin, yapılan bir beyanın veya sözlü iletişimin gizliliğinin korunması ihtiyacının bulunması, (b) Uzlaşma görüşmeleri amacıyla veya buna bağlı olarak ihdas edilmiş bir belgenin, yapılan bir beyanın veya sözlü iletişimin gizliliğinin korunması ihtiyacının bulunması, (c) İddia edilen hukuki engel veya imtiyazın meydana geldiği anda Tarafların ve onların danışmanlarının beklentileri, (d) İlgili herhangi bir hukuki engelden veya imtiyazdan rıza, önceki ifşaat, dokümanın, yazılı beyanın, sözlü iletişimin veya bunlarda yer alan tavsiyelerin teyit edici kullanımı veya başka bir yolla olası herhangi bir feragat; ve, (e) Özellikle Tarafların farklı hukuk ve etik kurallarına tabi olmaları durumunda, Taraflar arasındaki adaleti ve eşitliği sürdürme ihtiyacı.”

103 Aygül (n 15) 405.

104 Waincymer (n 78) 802; Möckesch (n 35) 8.05-8.011; Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.104.

Bu görüşten hareketle tarafların genel olarak bütün ibraz muafiyeti sebeplerine uygulanacak hukuku seçmelerinin, en azından teorik olarak mümkün olabileceği düşünülebilirse de ibraz muafiyeti temel insan haklarıyla ilgili olabildiği için tahkim yerinde ve/veya tenfiz yerinde kamu düzenine ilişkin hatta doğrudan uygulanan kurallar olabileceği unutulmamalıdır¹⁰⁵. Taraflarca seçilen hukukun uygulanması ulaşılan sonuç iptal ve/veya tenfiz davasında kamu düzenine aykırı olup olmadıkları noktasında denetlenebilir. Burada özellikle tahkim yerindeki doğrudan uygulanan kurallarının olası etkisine dikkat etmek gerekir.

(6) Bağımsız Yaklaşım

Bazı hakemler, kararlarında hakemlerin bir millî hukuku uygulamak zorunda kalmadan ibraz muafiyeti olup olmadığına âdil ve hakkaniyete uygun buldukları şekilde karar verebileceklerini ifade etmişlerdir. Hakemlerin, tarafların beklentilerini ve silahların eşitliği ilkesini birlikte esas alarak bir karar vermelerinin mümkün olduğu belirtilmiştir.¹⁰⁶

Ancak, ibraz muafiyeti açısından bu iki ilke birbiriyle her zaman bağdaşmayabilir. Zira en geniş korumadan yararlanma beklentisi içinde olan tarafa bu hak tanınırsa silahların eşitliği ilkesi ihlal edilebilir. Diğer taraftan tarafların eşitliği her iki tarafa kendi hukukunun mu yoksa aynı hukukun uygulanmasıyla sağlanabilir, sorusunun cevabı da olmayabilir.¹⁰⁷ Bu kadar önemli bir soruna, tek başına tarafların eşitliği ve haklı beklentilerinden hareket ederek çözümü bulunamayabilir. Hakemlerin kararlarının, *lex arbitri* emredici kurallarına ve kamu düzeninin denetimine tabi olduğu unutulmamalıdır. Tenfiz yerinin kamu düzeninin de dikkate alınması gerekebilir.

(7) Değerlendirme

Yakın tarihli araştırmalar, milletlerarası tahkimde ibraz muafiyetine uygulanacak hukuk hakkında genel kabul gören bir kanunlar ihtilafı kuralı olmadığını göstermektedir. Aynı şekilde, hangi durumların ibrazdan muafiyet sağlayacağına ilişkin genel prensipler ya da genel kabul gören uygulamalar da geliştirilmemiştir¹⁰⁸. IBA Kurallarının 9(2) ve (3) maddelerinin lafzı, ibraz muafiyetine bir millî hukukun uygulanmasına işaret etmektedir¹⁰⁹.

Kanımızca, ibraz muafiyetine uygulanacak hukuk, delilin ibrazını isteyen tarafın ispat hakkının sınırlamaktadır. Hem ispat hakkı hem de ispat hakkının sınırlanmasının

105 Milletlerarası tahkimde avukat-müvekkil ilişkisi ve doğrudan uygulanan kurallar ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Möckesch (n 55) 8.45.

106 Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.

107 Waincymeyer (n 78) 807-808.

108 Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.124.

109 Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.126.

nedeni temel insan haklarından adil yargılanma hakkının ya da kişinin giz/özel hayat alanına saygı duyulmasına ilişkin hakkının korunmasıdır. Hakemler, konuya temel haklar açısından yaklaşırsa daha âdil çözümler bulunabileceği kanaatindeyiz.

3. İbrazdan Muafiyet Sebepleri

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi¹¹⁰ IBA Kuralları'nın 9(2) ve 9(3) çok genel bir çerçeveye, milletlerarası tahkimde ibraz muafiyetini düzenlemektedir. 9(3) maddesi, avukatla müvekkili arasındaki iletişim, sulh görüşmelerinde yapılan beyanların ibrazdan muaf olabileceklerini zikretmiştir. Ancak, ibrazdan muafiyet nedenleri sadece bu iki hâl ile sınırlı değildir. IBA Kurallarında zikredilmemiş olsa da hakemler olası bütün ibraz muafiyeti sebeplerini dikkate alabilir¹¹¹.

a) Sır (Gizlilik) Nedeniyle Muafiyet

Bir vakıanın başka bir kişinin sır alanına giren bir bilgiyle/delille ispatlanmak istenmesi hâlinde, sırrın korunması gerekçesiyle bu kişiler delili ibrazdan muaf tutulabilir. Böylece, o delile dayanmak isteyen taraf ispat hakkını kullanamaz, diğer bir ifadeyle ispat hakkı sınırlanmış olur. İspat hakkının sır gerekçesiyle sınırlanmasının haklı sebebi sırrı korumaya ilişkin diğer temel haklardır. Sır nedeniyle ispat hakkının sınırlayan kanun hükümleri, HMK'da ve diğer çeşitli kanunlarda bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de mesleki sır saklama yükümlülüğü olan kişiler hakkında kararlar vermiştir.¹¹² Avukatlar, hekimler, mali müşavirler, muhasebeciler, banka görevlileri, HMK anlamında bilirkişiler, işçiler sır nedeniyle ibraz muafiyetine sahiptirler¹¹³. Mesleki sırlar dışında, Devlet sırları ve ticari sırlar da ibraz muafiyetine sahip olabilir.¹¹⁴

Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde mesleki sır sayıldığı için meslek sahibine açıklanması yasaklanan bilgiler IBA Kurallarında “*legal impediment*” “*legal privilege*” ifadesiyle sağlanmak istenen ibraz muafiyetine karşılık gelmektedir¹¹⁵. Mesleki sır olarak ifade edilen durumlar delil ibraz muafiyeti kapsamında değerlendirilebilir. Bu çevrede avukatlar, doktorlar, mali müşavirlerle olan iletişim milletlerarası tahkimde IBA Kurallarının 9(2) ve (3) hükümleri kapsamında ibraz muafiyeti kapsamında sayılmaktadır.¹¹⁶

110 V, E, 1.

111 Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.88.

112 Bu konuda daha fazla bilgi için bkz: Çiftçi (n 39) 732.

113 Mesleklerin sır saklama yükümlülüğü hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz: Çiftçi (n 39) 736-759.

114 Çiftçi (n 39) 759-765.

115 Waincymer (n 78) 801; Çiftçi (n 39) 735, terminoloji olarak delil ibraz ayrıcalığı veya muafiyeti ifadelerini kullanmış, *legal privilege* karşılığı olarak da mesleki sırlardan doğan ayrıcalık ifadesini kullanmıştır.

116 Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.89.

Kanımızca sulh görüşmeleri de yargılama merciine açıklanması istenmeyen bilgiler içerdiği için gizli kalması gereken bilgilerdir ve ibraz muafiyetinden yararlanmalıdır.

Sulh görüşmelerinin ve avukatla müvekkil arasındaki iletişimin gizliliğinden kaynaklanan ibraz muafiyeti iddiaları milletlerarası tahkim uygulamasında sık karşılaşılan durumlardır ve IBA Kurallarının 9(3) maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Konunun önemi nedeniyle alt başlıklar hâlinde inceleyeceğiz.

(1) Avukatla Müvekkili Arasındaki İletişimin İbraz Muafiyetine Sahip Olması

Milletlerarası tahkim uygulamasında, gizlilik nedeniyle ibrazdan muafiyet olup olmadığına ilişkin en sık karşılaşılan sorunlardan bir tanesi avukatla müvekkili arasındaki bilgi akışının -iletişimin- ibraz edilmesi ya da tanık ifadesi verilmesi sırasında bu kapsamdaki bilgilere yönelik sorular sorulmasıdır. Avukatla müvekkili/danışanı arasındaki bilgi alışverişinin açık olması gerekir. Avukatın görüşlerinin/tavsiyelerinin yargılamada gizli kalması gerekir. Hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde gizlilik kabul edilse de gizliliğin kapsamı bir hukuktan diğerine değişmektedir. Şüphesiz en bariz fark, Kıta Avrupası hukukunda gizliliğin sır saklama yükümlülüğü olarak ele alınmasına karşın Müşterek Hukukta konunun ibrazdan muaf tutma gerekçesi olarak ele alınmasıdır¹¹⁷. Bu iki kavram birbirinden farklıdır. Zira Müşterek Hukukta ibraz muafiyeti delillerin ibrazı edilmesi gerekip gerekmediğini belirlemek içindir. Kıta Avrupası sistemlerde ise söz konusu avukatın bir bilgiyi yargılama dışında bir sır olarak saklama yükümlülüğüdür¹¹⁸. Bu fark, iki hukuk sisteminin delillerin ibrazına farklı yaklaşımlarından kaynaklanmaktadır.

IBA Kuralları, avukatla müvekkil arasındaki iletişime ilişkin özel hüküm içermektedir. 9(3) maddesine göre, “9.2(b) bendi kapsamında hukuki engel veya imtiyaz mülahaza edilirken Hakem Heyeti, uygulanabilir olduğuna karar verilen her türlü emredici hukuk ve etik kuralları izin verdiği ölçüde, aşağıdakileri dikkate alabilir: (a) Hukuki danışmanlık sağlamak veya edinmek amacıyla ve buna bağlı olarak ihdas edilmiş bir belgenin, yapılan bir beyanın veya sözlü iletişimin gizliliğinin korunması ihtiyacının bulunması”. Bu hükmün, hakemlerin millî hukuklara başvurmak zorunda kalmadan, avukat ile müvekkili arasındaki iletişimin ifşa edilmesini, bu yönde delillerin ibrazını reddedebileceği anlamına geldiği, milletlerarası tahkimin yerleşmiş bir genel prensibi olduğu ifade edilmiştir¹¹⁹.

Avukatla müvekkil arasındaki iletişimin ibrazdan muaf olmadığına karar verirken, hakemlerin *lex arbitri*’nin hukuki dinlenilme ve silahların eşitliğini düzenleyen

117 Möckesch (n 35) 1.01-1.10.

118 Möckesch (n 35) 1.36.

119 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk.: O’Malley (n 24) 9.25-9.31.

emredici hükümlerine öncelik vermeleri ve başka bir hukuka dayanan muafiyet iddialarının reddedilmesi gerektiği de ifade edilmiştir¹²⁰.

Kanımızca, avukatla müvekkil arasındaki iletişimin gizli olması da doğrudan adil yargılanma hakkıyla ilgilidir. Avukat ve müvekkil söz konusu uyuşmazlığın bütün ayrıntılarını, bu görüşmelerin karşı tarafın eline geçmeyeceğinden emin olarak konuşabilmelidir. O nedenle, hakemlerin, avukatla müvekkili arasındaki iletişimin ibrazına karar verirken bir tarafın ispat hakkıyla avukatın müvekkiliyle olan iletişiminin gizliliğine ilişkin menfaati arasında makul bir denge kurulmalıdır.

(2) Sulh Görüşmelerinin İbrazdan Muaf Olması

Gizlilik nedeniyle muafiyet kapsamında sayılabilecek diğer bir durum ise sulh müzakerelerinde teati edilen bilgi ve belgelerin ibrazının yasaklanmasıdır. Arabuluculuk Kanunu'nun 5'inci maddesi de bu amaca hizmet etmektedir ve maddeye yukarıda değinilmiştir¹²¹. HMK'nın 188'inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, sulh görüşmeleri sırasında yapılan ikrar tarafları bağlamaz. HMK, ibrazdan muafiyete ilişkin özel bir düzenleme getirmemiştir.

IBA Kuralları 9(3)(b) maddesi ise, sulh görüşmelerinden elde edilen delillerin ibrazdan muaf olduklarını açıkça düzenlemiştir. Buna göre, "*uzlaşma görüşmeleri amacıyla veya buna bağlı olarak ihdas edilmiş bir belgenin, yapılan bir beyanın veya sözlü iletişimin gizliliğinin korunması ihtiyacının bulunması*" hâlinde hakemler delilin ibrazdan muaf olduğuna karar verebilirler¹²².

(3) Diğer Gizli Bilgilerin İbrazdan Muaf Olması

Gizli kalması gereken vakıaların ispatı için delil gösterilmesine izin verilmemektedir. Tarafların gizli kalması gereken vakıaları ispatlamak için delil göstermelerine izin verilmemesi ya da delillerin değerlendirilmemesi ispat hakkının ihlâlini teşkil etmez. Bu kapsamda örneğin, devlet sırları sayılabilir¹²³.

IBA Kurallarının 9.2 (e) ve (f) alt bendi gizli bilgilerin ifşa edilmesine neden olacak deliller hakkında ibraz muafiyeti düzenlenmektedir. Bu maddelere göre, Hakem Heyeti tarafından zorlayıcı addedilen ticari ve teknik gizliliğe ilişkin gerekçeler varsa, özel politik veya kurumsal hassasiyetler varsa (buna bir hükümet veya uluslararası kamu kurumu tarafından sır olarak addedilmiş olan deliller de dâhildir) ilgili taraf delil ibrazından muaf tutulabilir. IBA Kuralları uyarınca hakemlerin gizli olduğuna karar verdikleri belgelerin ibrazı istenemez¹²⁴.

120 Möckesch (n 35) 8.52.

121 Bkz.: VI, E, c.

122 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: O'Malley (n 24) 9.32-9.39.

123 Atalay (n 36) 1593, 1594.

124 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Demir Gökyayla (n 15) 184-188; Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.90.

Belgenin/bilginin gizli olup olmadığına karar verilirken uygulanması gereken hukuk, tahkim yeri hukuku ya da uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk değil, yukarıda açıkladığımız gibi delille en sıkı irtibatlı olan hukuktur. Burada yine en çok gözetilen muafiyet yaklaşımı benimsenebilir¹²⁵.

b) Kendi ve Yakınları Aleyhine Ceza Soruşturmasına Neden Olabilecek Delillerin İbrazından Muafiyet

Adil yargılanmanın önemli evrensel unsurlarından bir tanesi olan ceza hukukundaki susma ve kendi suçlamama hakkı, medeni yargılamada kendi aleyhine tanıklık yapmaktan muafiyet ve kendi aleyhine delil sunmaktan kaçınma hakkı olarak kendini göstermektedir¹²⁶. Bu kapsamda, tanığın, kendi veya Kanun'da sayılan yakınları hakkında ceza kovuşturmasına neden olacak hallerde tanıklıktan veya isticvaptan çekinme hakkı vardır ve yemin etmeye zorlanamaz (HMK.m.250/1 1, b; HMK.m.175; HMK.m.226/1 c). Böylece, medeni yargılamadaki ispat hakkı, susma hakkıyla ve kendini suçlamama hakkıyla sınırlanmıştır.

Ancak, ceza soruşturmasına neden olabileceği gerekçesiyle delil ibraz muafiyetinin sadece, isticvap, tanıklık ve yeminle mi sınırlı olduğu yoksa belge ibrazından da muafiyet sağlayıp sağlamadığı konusunda Türk doktrininde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, belgenin ibrazı ceza soruşturmasına neden olacak olsa bile ceza yargılaması dışındaki davalarda belge ibraz edilmesi gerekir. Aksi hâlde, belgenin ibraz etmeyen taraf aleyhine olduğu sonucuna varılabilir (HMK.m.220). Diğer bir görüşe göre ise, ceza soruşturması tehdidi tanıklıktan kaçınma sebebi olduğu gibi belge ibrazından da muafiyet sağlamalıdır¹²⁷.

Delilin ibrazının ceza kovuşturmasına neden olma riskinin milletlerarası tahkimde ibraz muafiyeti sebebi olup olmadığı konusunda görüş birliği bulunmadığı ifade edilmiştir.¹²⁸

Tahkim yargılamasının gizli ve özel bir yargılama olması nedeniyle ceza kovuşturması tehdidi olmayacağı düşünülerek ceza soruşturmasına neden olma riski olan belgelerin de ibraz edilebileceği akla gelebilirse de bunun gerçekçi bir yaklaşım olmayacağı kanaatindeyiz. Kişilerin aleyhine ceza soruşturması riskini göze alarak belge ibraz edeceklerini düşünmüyoruz. Belgenin, bu riski almayan kişinin aleyhine delil teşkil ettiği sonucuna varılmasının da adil olmayacağı kanaatindeyiz.

¹²⁵ V, E, 2, (3), (a).

¹²⁶ Çiftçi (n 39) 765.

¹²⁷ Çiftçi (n 39) 767.

¹²⁸ Waincymer (n 78) 814.

c) Tanıklıktan Çekinme Hakkı Olan Kişilerin Delil İbrazından Muafiyeti

Kanunlarda açıkça belirtilen hallerde tanık olarak gösterilmiş olan kişi tanıklık yapmaktan çekinebilir (HMK.m.247-253). Tanıklıktan çekinme sebeplerinin de ibraz muafiyeti kapsamında değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

IBA Kurallarının 4. maddesinde tanık delili düzenlenmiştir. Tanık deliliyle ilgili düzenlemede tanıklıktan çekinme hakkına ilişkin özel bir düzenleme yapılmamıştır. Bununla birlikte Kuralların 4.9 maddesi uyarınca taraflar rızasıyla tanıklık yapmayan kişinin zorla tanıklık yapmasını sağlamak için hakemlerden gereken önlemleri almasını veya talep eden tarafa tanığın zorla ifade vermesinin temin için izin vermesini talep edebilir.

4.10 maddesi uyarınca da hakemler taraflarca tanık gösterilmeyen bir kişinin tanıklık yapmasına karar verebilir. Ancak, tanık delilini sunmaya zorlanan taraf, Kuralların 9.2 maddesindeki sebeplerle tanık delilini sunmaya itiraz edebilir. Bu sebeplerden tanığın çekinme hakkıyla ilgili olabilecek olanlar şunlardır:

- Hakem Heyetince tahkime uygulanmasına karar verilen hukuk veya etik kurallarına göre bir hukuki engel veya imtiyaz (muafiyet) varsa,
- Hakem Heyeti tarafından zorlayıcı addedilen ticari ve teknik gizliliğe ilişkin gerekçeler varsa, (Hakem Heyeti tarafından zorlayıcı addedilen özel politik veya kurumsal hassasiyetler varsa (buna bir hükümet veya uluslararası kamu kurumu tarafından sır olarak addedilmiş olan deliller de dâhildir); veya
- Hakem Heyeti tarafından zorlayıcı addedilen usul ekonomisi, oranlılık, adalet veya tarafların eşitliği mülahazaları.

Tanık delilini sunmaya zorlanan taraf, tanığın uygulanacak hukuka göre sahip olduğu tanıklıktan çekinme hakkının, 9(2)(a) maddesinde düzenlenen muafiyet sebebine dayanarak tanığın dinlenmesine itiraz edilebilir.

Diğer bir ihtimal ise IBA Kurallarının 4(9) maddesi uyarınca kendi rızasıyla tahkimde ifade vermeyen bir tanığın devlet mahkemeleri huzurunda (zorla) dinlenmesi için taraflara gereken teşebbüslerde bulunma izninin verilmesi hâlidir. Bu konuda 2020 yılının başında verilen bir İngiliz İstinaf Mahkemesi kararı güzel bir örnek teşkil etmektedir. Tahkim yeri New York olan bir tahkimde davacılar alacak davası açarlar. Davalılar ise kendi yaptıkları bazı ödemelerin bu alaktan mahsup edilmesi gerektiğini iddia eder. Bunun üzerine davacılar, bu ödemelerin rüşvet olduğunu ve alacaklarından mahsup edilemeyeceğini iddia ederler ve ödemenin rüşvet teşkil ettiğini ispatlamak için ilgili birimlerle yapılan müzakereleri bizzat yürüten kişinin davalılar tarafından tanık olarak hazır edilmesini isterler. Söz konusu kişi, kendi rızasıyla tanıklık yapmaz. Hakemler davacılar söz konu kişileri devlet mahkemeleri huzurunda dinletmek için izin verirler. Tanık İngiltere’de yaşadığı için tanığın İngiliz

mahkemeleri huzurunda dinlenilmesi talep edilir ancak tanık direnir ve ilk derece mahkemesi talebi reddeder. İngiliz İstinaf Mahkemesi¹²⁹, İngiliz Tahkim Kanununun mahkemelerin tahkim yargılamasıyla ilgili yetkilerini düzenleyen 44(2)(a) maddesi uyarınca tanıkların İngiliz mahkemeleri huzurunda ifade vermek zorunda olduklarına karar vermiştir¹³⁰.

MTK'nın 12B) maddesi uyarınca, hakem veya hakem kurulu, delillerin toplanmasında asliye hukuk mahkemesinden yardım isteyebilir. Bu takdirde mahkeme, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerini uygular. HMK'nın 432'inci maddesi ise farklı bir şekilde kaleme alınmıştır. Madde uyarınca “*tarafardan biri, hakem veya hakem kurulunun onayı ile delillerin toplanmasında mahkemeden yardım isteyebilir*”¹³¹. İki madde arasındaki fark, bu çalışmanın konusu değildir. Ancak, kanımızca her iki Kanun da, üçüncü kişi tanıkların mahkemelerce dinlenilmesine izin vermektedir¹³². Bu kanun hükümleri sayesinde Türkiye’deki bir tanığın Türk mahkemeleri huzurunda dinlenmesini prensip olarak mümkün olduğu kanısındayız.

Türk mahkemelerinde dinlenen bir tanığın tanıklıktan çekinme hakkı Türk hukukuna tâbidir. Tanık, başka bir hukukun, örneğin milli hukukunun tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını talep edemez¹³³.

F. Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmemesi

Taraflarca dayanılmak istenen bir delil, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş olabilir. Anayasa'nın 38'inci maddesinin 6'ncü fıkrası uyarınca kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez. HMK'nın 189'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, hukuka aykırı olarak elde edilmiş deliller mahkeme tarafından vakıanın ispatında dikkate alınmaz. Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller, bu şekilde elde edilmemiş olsalardı mahkeme tarafından değerlendirilebilecek, ispata yarayan delillerdir. Ancak, bu delillerin elde edilme yöntemleri hukuka aykırı olduğu için böyle bir delil mahkeme tarafından değerlendirilmeye alınmayacaktır. Bireylerin, özel yaşam alanı veya kişilik hakları ihlal edilerek elde edilen deliller hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller olarak kabul edilmektedir, örneğin işkence yaparak elde edilen deliller bu konuda en bariz örneklerden birisidir. Anayasalarda teminat altına

129 *A and B v. C, D and E [2020] EWCA Civ 409*, BAILII <<https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2020/409.html>> Erişim Tarihi 19 May 2020.

130 Ben Ko, “Brought to the party: the English Court’s jurisdiction over non-party witnesses in arbitral proceedings” *Global Arbitration News* 03 May 2020, <<https://globalarbitrationnews.com/brought-to-the-party-the-english-courts-jurisdiction-over-non-party-witnesses-in-arbitral-proceedings/>> Erişim Tarihi 19 May 2020; Richard Lissack QC and Leonora Sagan, “A and B v C, D and E [2020] EWCA Civ 409 considers the Court’s jurisdiction to make orders against a non-party to an arbitration” *Fountain Court Chambers* 30 March 2020 <https://www.fountaincourt.co.uk/a-and-b-v-c-d-and-e-2020-ewca-civ-409-considers-the-courts-jurisdiction-to-make-orders-against-a-non-party-to-an-arbitration/> Erişim Tarihi 19 May 2020.

131 Yeşilirmak (n 34) 2714.

132 Kalpsüz (n 31) 90; Hacibekiroğlu (n 15) 82.

133 Nomer (n 15) 404; Aysel Çelikel and Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017) 505; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019) 199.

alınan ve korunan haklar medeni usul hukukunda korunmak zorundadır. Diğer taraftan, delillerin hukuka uygun yöntemlerle elde edilmesi medeni usul hukukuna da hâkim olan dürüstlük kuralının bir gereğidir. Hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delilleri sunmak dürüstlük kuralına da aykırıdır¹³⁴.

Milletlerarası tahkim uygulamasında hukuka aykırı yollardan elde edilen ses ve görüntü kayıtlarının caiz delil olup olmadığına ilişkin her iki yönde de hakem kararları bulunmaktadır¹³⁵.

Öncelikle, hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller, *lex arbitri*'nin emredici kanun hükümlerine aykırı oldukları ve/veya milletlerarası kamu düzenini ihlal ettikleri için caiz delil kabul edilmeyebilir¹³⁶.

IBA Kurallarında, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağına dair açık hüküm bir bulunmamaktadır. Ancak, 9(2)(g) hükmü uyarınca, hakemler, usul ekonomisi, oranlılık ilkesi, hakkaniyet ve tarafların eşitliği gerektiriyorsa bir delili değerlendirmeyi reddedebilir. Kanımızca, hukuka aykırı yollardan elde edilen deliler bu hüküm çerçevesinde, değerlendirme dışı bırakılabilir. Zira, tarafların ispat hakkıyla delil elde edilirken ihlal edilen temel hak arasındaki dengede ihâl edilen temel hak aleyhine oransızlık olması hâlinde hakemler delili değerlendirmeyebilir. Yine hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delilin değerlendirilmesi hakkaniyete veya tarafların eşitliği ilkesine aykırıysa hakemler bu delili değerlendirmemelidir¹³⁷.

Hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılması dürüstlük kuralına aykırıdır. Sonuç olarak, dürüstlük kuralına dayanarak hakemler hukuka aykırı yollardan elde edilen delilleri değerlendirmeye almayabilir.¹³⁸

Burada karşımıza bir delilin hukuka aykırı yollardan elde edilip edilmediğinin hangi hukuka göre belirlenmesi gerektiği sorusu çıkmaktadır. Bir delilin hukuka aykırı yollardan elde edilmesinin yargılamadaki sonuçları tahkim usulüne uygulanan hukuka tabi tutulabilir. Ancak, delil elde edilmesinin hukuka uygun olup olmadığı meselesine tahkim usulüne uygulanan hukukun uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz. Bir delilin hukuka aykırı yollardan elde edilmesine uygulanacak hukuk, delil ibraz muafiyetine uygulanacak hukuk ile benzer özellikler göstermektedir. Yukarıda, delil ibraz muafiyetine uygulanacak hukuk incelenmiştir. Bir delilin hukuka aykırı yollardan elde edilmesine delille en yakın irtibatlı hukukun uygulanması daha isabetli olur¹³⁹.

134 Atalay (n 36) 1593-1596; Güvenalp (n 15) 102.

135 Hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerle ilgili ayrıntılı tartışmalar bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır. Bu konuda bkz.: Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.27 vd.

136 Aygül (n 15) 405; Güvenalp (n 15) 105.

137 Aynı yönde Güvenalp (n 15) 106.

138 Waincymer (n 78) 797.

139 V, E, 2, (3)(a)

Yukarıda ibraz muafiyetine uygulanan hukukun tespitinde olduğu gibi tarafların delilleriyle irtibat halinde olan hukuklar farklı hukuklar olduğunda bir tarafın diğer tarafa göre haksız bir avantaj elde etmesi riski vardır. Örneğin, her iki taraf da diğerinin hukuka aykırı yollardan delil elde ettiğini iddia ediyorsa ve aynı fiil (telefonla yapılan gizli ses kaydı) birisinin hukukuna göre hukuka uygun diğerine göre ise hukuka aykırıysa taraflar arasında eşitsizlik ortaya çıkabilir. Bu eşitsizliğin giderilmesi gerekip gerekmediği tartışılabilir. Taraflar bir delili elde ederken o delilin elde edildiği yer hukukuna aykırı yollardan elde etmemiş olabilir. O yer hukuku dışında, örneğin hukuka aykırılığın daha geniş yorumlandığı başka bir hukukun uygulanması hâlinde hukuka aykırı delil etme niyeti olmayan ve delili hukuka aykırı yollardan elde etmeyen taraf delilinden mahrum kalmış olacaktır. Bu da taraflar için beklenmedik bir durum olabilir. Burada bir eşitsizliğin giderilmesi en çok gözetilen muafiyet yaklaşımının veya buna benzer başka bir yaklaşımın benimsenmesinin ispat hakkının aşırı sınırlandırılmasına neden olabileceği kanaatindeyiz. Bu nedenle, her iki tarafa da aynı ibraz muafiyetinin tanınmasının veya her iki tarafa da tanınmasının her zaman âdil sonuçlar doğurmaması riski vardır. Bu durumda somut olayın özelliklerine göre delilin ibraz edilmesi hâlinde ihlâl edilecek hak ile ibraz edilmemesi hâlinde ihlâl edilecek ispat hakkı arasında âdil bir denge kurulması gerektiği kanaatindeyiz.

G. Delil Sözleşmesinden Doğan Sınırlamalar

HMK'nın 193'üncü maddesi uyarınca uyuşmazlığın tarafları yazılı olarak kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri gibi; belirli delillerle ispatı öngörülmemen vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler. Maddenin ikinci fıkrası uyarınca ise taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir.

Delil sözleşmesi doktrinde “*belli bir vakıanın, belli bir delille veya diğer deliller yanında kararlaştırılan türdeki delillerle ile de ispat edilebileceği konusunda taraflar arasında, davadan önce veya yargılama sırasında yapılan usûlî bir sözleşme*” olarak tanımlanmıştır¹⁴⁰. Sadece belirli delillerle ispatın mümkün olduğu (münhasır) delil sözleşmeleri, ispat hakkını sınırlar¹⁴¹.

Delil sözleşmesi usûlî bir sözleşme olduğuna göre, delil sözleşmeleri de tahkim usulüne uygulanacak kurallara tabidir. MTK'da, HMK'da ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda

¹⁴⁰ Atalay (n 36) 1741.

¹⁴¹ Çiftçi (n 39) 153, 793 vd, Yazar, delil sözleşmelerini, ispat hakkını genişleten ve daraltan delil sözleşmesi olarak ikiye ayırmaktadır. İspat hakkını daraltan delil sözleşmelerinin yargısal bir temel hakkı sınırladığı gerekçesiyle geçersiz olduğu kanaatindeyiz bkz: 798-799.

Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun¹⁴²'da tarafların delil sözleşmesi yapmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır.

Münhasır delil sözleşmesinin en tipik örneği, “hakem-bilirkişi sözleşmesi”dir¹⁴³. Taraflar tahkim anlaşmasıyla birlikte hakem-bilirkişi sözleşmesi de yapabilir. Hakem bilirkişiler, bir hukuki meselenin çözümlenebilmesi belirli bir olayı kendi uzmanlıklarını kullanarak tespit ederler. Hakem-bilirkişiler, hakem değildir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmezler¹⁴⁴.

Münhasır delil sözleşmesi milletlerarası tahkimde taraf iradelerinden kaynaklanan bir ispat hakkı sınırdır. Ancak, HMK'nın 193'üncü maddenin ikinci fıkrasında taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmelerinin geçersiz olduğu belirtilmiştir. İspat hakkının bir insan hakkı olduğu, hukuki dinlenilme, adil yargılama hakkının bir unsuru olması karşısında tahkimde de ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmelerin geçersiz olduğu düşünülebilir.

H. Tahkimde Gizlilik ve İspat Hakkı

Alenî yargılama ilkesinin ispat hakkının unsuru olduğu ve ancak istisnai hallerde, temel hakların korunması için, aleniyetin sınırlandırabileceği ifade edilmiştir. Buna göre aleniyetten vazgeçilmesi ispat hakkının sınırlandırılmasıdır¹⁴⁵. Tahkimde gizlilik taraf iradelerinden kaynaklanmaktadır. Taraflar, aleni yargılama -devlet mahkemeleri huzurunda yargılanma- yerine gizli yargılamayı tercih etmektedir. Hatta, tahkimde duruşmaların gizli olması sayesinde, tarafların kamuoyunda bilinmesi istemedikleri vakia ve delillere de iddia ve savunmalarını ispat etmek için dayanabilirler. Bu açıdan bakıldığında, tahkimin gizli olmasının ispat hakkını sınırlayan bir durum olmadığını düşünüyoruz.

VI. Sonuç

İspat hakkı, Kıta Avrupası medeni usûl hukuku sistemlerinde Almanca “*Recht auf Beweis*” veya Fransızca “*droit à la preuve*” olarak ifade edilmektedir. İspat hakkı, HMK'nın 27'inci maddesinde hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olarak düzenlenmiştir.

İspat hakkı, AİHS ve Anayasa tarafından güvence altına alınmış yargısal bir temel hak olmasına rağmen Kıta Avrupası hukuklarında ispat hakkının kullanılmasının bir

142 Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun, Kanun Numarası: 4501, Kabul Tarihi: 21.01.2000, RG 22.01.2000/239 .

143 Atalay (n 36) 1752.

144 Akıncı (n 28) 28.

145 Çiftçi (n 39) 227-230, 634vd.

takım önemli sınırları bulunmaktadır. HMK'nın 189'uncu maddesi, Türk medeni usûl hukukunda ispat hakkının sınırlarını düzenlemektedir. Bunlar kısaca, hakkın süresinde ve usule uygun olarak ve sadece davada ispatlanması gereken uyuşmazlık konusu vakıalar hakkında kullanılması; bir kesin hükmün konusu olmayan vakıalar hakkında kullanılması, kanuni delil sisteminin veya varsa delil sözleşmesinin gereklerine uygun delil kullanılması; hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin hükme esas alınmamasıdır.

Diğer bir sınır ise, gizli kalması gerektiği için ve benzer sebeplerle ibraz edilmesi talep edilemeyen delillerdir. Bu deliller diğer taraf ibraz edilmelerini talep etse bile mahkemeye getirilmesi gerekmeyen delillerdir. Bu deliller için ibraz muafiyetine sahip delil ifadesi kullanılabilir. Türk hukukunda ibraz muafiyetine sahip olan deliller hakkında bir düzenleme yoktur ki olması da gerekmez. Zira, ibraz muafiyet, Müşterek Hukuktaki “*legal impediment*” veya “*legal privilege*” müesseselerinin Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde ifade edilme şeklidir. Müşterek Hukukta var olan bu müessese Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde bulunmamaktadır. Müşterek Hukukta, bir dava açıldığında daha yargılamanın başında taraflar birbirlerinin elindeki belgelerin ve tanıkların davayla ilgili olmaları koşuluyla kendilerine verilmesini talep edebilirler. Taraflar rızalarıyla bu bilgi ve belgeleri vermezse mahkemelerden bu bilgi ve verilmesine karar verilmesi talep edilebilir. “*Legal impediment*” ve “*legal privilege*” davayla ilgili olsalar bile diğer tarafa verilmeleri gerekmeyen belge ve bilgilerdir. Kıta Avrupası'nda bu şekilde “*discovery*” ya da “*disclosure*” olmadığı için “*Legal impediment*” ve “*legal privilege*” müesseselerine de gerek yoktur. Onun yerine, tanıklıktan çekinme, mesleki sırların açıklanmasına ilişkin yasaklar, arabuluculuk aşamasındaki belgelere ilişkin özel hükümler ve sulh görüşmelerindeki ikrarın bağlayıcı olmadığına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Böylece birbirinden çok farklı esaslara dayanan yargılama usulleri farklı ülkelerde uygulanmaktadır ve milletlerarası istinabe gibi çok özellikli haller dışında bir etkileşim içinde değillerdir.

Milletlerarası tahkim ise çok farklıdır. Milletlerarası tahkimde Müşterek Hukuktaki ve Kıta Avrupası Hukukundaki kavramlar, değerler, müesseseler bir araya gelmek zorunda kalmıştır. Milletlerarası tahkimde, Kıta Avrupası Hukukuna ve Müşterek Hukuk sistemlerinden gelen hukukçular aynı hakem heyetinde bir arada yargılama yapmaktadır. Tarafların vekilleri farklı hukuk sistemlerinden gelebilmektedir. İşin doğası gereği her hukukçu kendi hukukundan esinlenerek tahkim yargılama usulünü etkilemektedir. Bu durum, 20'nci Yüzyılda Müşterek Hukukun ve Kıta Avrupası Hukukunun aynı potada eridiği yepyeni bir yargılama usulünün doğmasına neden olmuştur. Bu “melez” yargılama sistemi, özellikle Milletlerarası Tahkimde Delillerine İkamesi İlişkin IBA Kurallarında somutlaşmıştır. Müşterek Hukuktan ve Kıta Avrupası hukukunda gelen hakemler ve avukatlar IBA Kurallarını aynı şekilde anlamakta ve uygulamaktadır.

Bu melez yapı bazı zorlukları bir arada getirmektedir. Bunlardan en çetrefilli olanlarından bir tanesi ispat hakkının sınırlarının belirlenmesidir. Müşterek Hukuk sisteminde “*right of presenting his case*” ve Kıta Avrupası’ndaki ispat hakkı aynı işleve sahiptir. “*Legal impediment*” ve “*legal privilege*” ise Müşterek Hukukta ispat hakkının sınırını teşkil etmektedir. Sorun, Fransız bir hakemin tahkim yeri İsviçre olan bir yargılamada Amerikalı bir avukatın “*attorney-client privilege*” nedeniyle ibraz etmek istemediği bir hukuki görüşün ibraz edilip edilmeyeceğine nasıl karar vereceği noktasında toplanmaktadır.

Biz bu çalışmada kavramları tahkim yargılamasındaki işlevlerini dikkate alarak farklı bir sistemle ele almak istedik. Hem İngilizce hem Türkçe tahkim literatüründe “ispat hakkı” ve “ispat hakkının sınırları” ifadeleri kullanılmamaktadır. Biz, Türkçe tahkim literatüründe ispat hakkı ve sınırları ifadesinin kullanılması gerektiği kanaatindeyiz. Aksi hâlde, Türk medeni usûl hukukunda ve tahkim yargılamasında aynı işleve sahip müesseseler, İngilizceden doğrudan tercüme edilen kelimelerle ifade edilmektedir. Örneğin, hukuki engel veya hukuki imtiyaz gibi Türkçe nasıl bir müesseseyi ifade ettiği bile anlaşılmayan kalıplarla karşılıyoruz. Oysa, çoğu ihtimalde caiz olan-olmayan delil ifadesini kullanarak aynı durumu ifade etmemiz mümkün olabilir.

Milletlerarası tahkimde hâkim olan hukuki dinlenilme hakkının ve eşitlik hakkının bir gereği olarak taraflar ispat hakkına sahip olmalıdır ancak milletlerarası tahkimde de bu hakkın sınırları bulunmaktadır. İlk sınır, ispat hakkının hakemlerce veya taraflarca belirlenen süre içinde kullanılmasıdır. Süresinde ve kararlaştırılan usule uygun sunulmayan delil caiz delil değildir.

İspat hakkı, sadece davayla ilgili ve davanın sonucuna etkili vakıalar için kullanılabilir. İspatlanmak istenen vakıa hakkında bir kesin hüküm bulunmamalıdır.

Türk hukukunda kanuni delil sisteminden doğan sınırlamalar veya delinin kaleme alındığı dil ile ilgili sınırlamalar milletlerarası tahkimde uygulanmaz. İspat hakkı bir temel hak olduğuna göre ancak kanunla sınırlanabilir. Kanuni delil sistemi ya da delilin diline ait sınırlamaların tahkimde de uygulanacağına ilişkin kanun hükmü bulunmamaktadır. Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu’nda tahkimde kullanılmasının caiz olmayan delillere ilişkin özel hüküm vardır ve bu hüküm milletlerarası tahkimde de uygulanır.

Müşterek Hukuktaki “*legal impediment*” ve “*legal privilege*” Türkçe ibraz muafiyeti olarak ifade edilmelidir. Bir durumun, ibraz muafiyeti teşkil edip etmediğine veya bir delilin hukuka aykırı yollardan elde edilmediğine *lex arbitri* yerine söz konusu delille en yakın irtibatlı hukuk uygulanmalıdır. Aynı tür deliller için tarafların farklı hukuka tâbi olmaları hâlinde tarafların eşitliği ilkesine ve beklentilerine uygun olarak en geniş ibraz muafiyeti sağlayan hukuk her iki tarafa da uygulanmalıdır.

Milletlerarası Tahkimde Delillerin İkamesi Hakkında Uluslararası Barolar Birliği Kuralları, 1999 yılında yayınlanan ilk versiyonundan itibaren son 20 yılda milletlerarası tahkim uygulamasında büyük bir kabul görmüştür. Hem ticarî hem de yatırım tahkimlerinde Kurallar bir kılavuz görevi görmektedir. *Lex arbitri*'nin Türk hukuku olduğu tahkimlerde de IBA Kuralları sıkça ve başarıyla uygulanmaktadır. Her ne kadar Kurallarda ispat hakkı ve sınırları ifadeleri kullanılsa da Kurallar ispat hakkının nasıl kullanılacağına ve sınırına ilişkin birçok problemi çözmeye elverişlidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

- Atalay O, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. II (15th edn, Onikilevha 2017)
- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat 2020)
- Aygül M, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller* (2nd edn, Oniki Levha 2014)
- Born G, *International Commercial Arbitration* Vol. II (2nd edn, Kluwer Law International 2014)
- Çelikel A and Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017)
- Çiftçi P, *İspat Hakkı ve Sınırlamaları* (1st edn, Adalet 2018)
- Demir Gökyayla, *Milletlerarası Tahkimde Belge İbrası* (1st edn, Vedat 2014)
- Doğan V, “Milletlerarası Özel Hukukta İspata Uygulanacak Hukukun Tespiti” (1998) 6(1-2) SÜHFD in Prof. Dr. Süleyman ARSLAN’a ARMAĞAN 787-819
- Esen E, “İktisadi Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun’un Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi” (2020) 40(1) PPIL 203–229
- Güvenalp F, *Milletlerarası Tahkimde İddia ve Savunma Hakkının İhlali* (1st edn, Oniki Levha 2018)
- Hacıbekiroğlu E, *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi* (1st edn, Oniki Levha 2012)
- Kale S and Keser S, “Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi” (2016) 21(2) MÜHFHAD 701-726
- Kabir D and Rekha R, “A Challenger Approaches: An Assessment of the Prague Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration” (2020) 37(1) in Maxi Scherer (ed), *Journal of International Arbitration* 27-48
- Kalpsüz T, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim* (2nd edn, Yetkin 2010)
- Khodykin R and Mulcahy C and Fletcher N, *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (1st edn, Oxford 2019)
- Möckesch A, *Attorney-Client Privilege in International Arbitration* (1st edn, Oxford 2017)
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku*, (22nd edn, Beta 2017)

- O'Malley N D, *Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide*, (1st edn, Informa 2012)
- Özel S, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (1st edn, Legal 2008)
- Postacıoğlu İ. *Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları* (1st edn, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi 1964)
- Sarıöz Büyükalp İ, *Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usûl Hukuku Üzerindeki Etkileri* (1st edn, Oniki Levha 2018)
- Schaffstein S, *The Doctrine of Res Judicate Before, International Commercial Arbitral Tribunals* (1st edn, Oxford 2016)
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019)
- Takavut, İ D, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar* (1st edn, Oniki Levha 2018)
- Waincymer J M, *Procedure and Evidence in International* (1st edn, Kluwer Law International 2012)
- Toraman B, "Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler" (2014) 16 DEÜHFD 1483-1523
- Yeşilirmak A, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. III* (15th edn, Onikilevha 2017)



Public and Private International Law Bulletin

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

Submitted: 06.04.2019
Revision Requested: 21.04.2019
Last Revision Received: 30.04.2020
Accepted: 21.05.2020
Published Online: 07.10.2020

Possible Ratification of the Hague Convention by Turkey and Its Effects to the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments*

Lahey Konvansiyonu'nun Türkiye Tarafından Onaylanmasının Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizine Etkileri

Ceyda Süral Efeçinar**

Abstract

The recognition and enforcement of foreign court judgments in Turkey have been regulated by the International Private and Procedural Law Act, which was entered into force on 4 December 2007 (hereinafter referred to as "PILA") in Articles 50-59. According to the Turkish Constitution Article 90/V, international conventions shall have the same effect as national laws. In Article 1/2 PILA, it is emphasized that the provisions of international conventions prevail over the provisions of PILA. Therefore, if Turkey ratified the Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters (hereinafter referred to as the "Convention"), its provisions would prevail over PILA in cases within the scope of the Convention. In this study, the provisions of the Convention and PILA are compared in order to determine to what extent the recognition or enforcement of foreign court decisions would be facilitated in Turkey in the event that Turkey ratified the Convention. It is hypothetically accepted that not only Turkey, but also all other South East European countries mentioned in the study would ratify the Convention.

Keywords

Recognition and Enforcement, Foreign Judgments, The Hague Judgments Convention, Private International Law, International Litigation

Öz

Türkiye'de yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi, 4 Aralık 2007'de yürürlüğe giren Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un ("MÖHUK") 50-59. maddelerinde düzenlenmektedir. Anayasa'nın 90/V. maddesi uyarınca, milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. MÖHUK'un 1/2. maddesi uyarınca da milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır. Dolayısıyla, Türkiye'nin Hukuki ve Ticari Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizine İlişkin Lahey Konvansiyonu'nu ("Konvansiyon") onaylaması halinde, Konvansiyon kapsamına giren hallerde Konvansiyon hükümleri, MÖHUK hükümlerine göre öncelikli olarak uygulanacaktır. Bu çalışmada, Konvansiyon ve MÖHUK hükümleri karşılaştırılarak, Türkiye'nin Konvansiyon'a taraf olması halinde Türkiye'de yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizinin kolaylaşp kolaylaşmayacağı sorusuna cevap aranmıştır. Çalışmada, sadece Türkiye'nin değil, adı geçen diğer Güney Doğu Avrupa ülkelerinin de Konvansiyon'a taraf olacağı varsayılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Tanıma ve Tenfiz, Yabancı Mahkeme Kararları, Lahey Konvansiyonu, Milletlerarası Özel Hukuk, Milletlerarası Usul Hukuku

* Bu konu ilk olarak 7-8 Kasım 2019 tarihinde University of Tirana Faculty of Law ile Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) tarafından düzenlenen Matrimonial and Registered Partnership Property Regimes in the EU Private International Law / HCCH Judgments Convention konulu 16. Annual Regional PIL Conference kapsamında tebliğ olarak sunulmuş; daha sonra üzerinde daha kapsamlı bir çalışma yapılarak yayın haline getirilmiştir.

** Correspondence to: Ceyda Süral Efeçinar (Assoc. Prof. Dr.), Kadir Has University, Faculty of Law, Department of Private Law, Istanbul, Turkey. E-mail: ceyda.sural@khas.edu.tr ORCID: 0000-0002-7016-943X

To cite this article: Sural Efeçinar C, "Possible Ratification of the Hague Convention by Turkey and Its Effects to the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments" (2020) 40(2) PPIL 775. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0015>



Introduction

The recognition and enforcement of foreign court judgments in Turkey have been regulated by the International Private and Procedural Law Act, which was entered into force on 4 December 2007 (hereinafter referred to as “PILA”)¹ in Articles 50-59.

According to the Turkish Constitution Article 90/V, international conventions shall have the same effect as national laws. In Article 1/2 PILA, it is emphasized that the provisions of international conventions prevail over the provisions of PILA.² Turkey is party to a number of bilateral³ and multilateral⁴ conventions dealing with the recognition and enforcement that provide for a facilitated procedure. Some multilateral conventions in force in Turkey are: the Hague Convention of 1 March 1954 on Civil Procedure,⁵ the Convention on the Contract for the International Carriage of Goods (CMR),⁶ the Convention concerning International Carriage by Rail (COTIF),⁷ the International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage,⁸ the Hague Convention of 15 April 1958 concerning the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to the Duty of Maintenance Towards Children,⁹ the Hague Convention of 2 November 1973 concerning the Recognition and Enforcement of Decisions relating to the Duty of Maintenance,¹⁰ the CIEC Convention of 8 September 1967 Concerning the Recognition of Decisions Pertaining to the Bond of Marriage,¹¹ the European Convention of 20 May 1980 Concerning the Recognition and Enforcement of Decisions on the Custody of Minors and the Re-establishment of the Custody of Minors,¹² and the Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption.¹³

1 The law has entered into force as of the date of its publication in the OG 12.12.2007/2678.

2 However, Kadıköy Fourth Commercial Court of First Instance, in its decision dated 17 June 2008, applied the provisions of the PILA instead of the bilateral agreement between Turkey and Uzbekistan, on the ground that the conditions for enforcement provided by the bilateral agreement (the enforcing court is entitled to review the jurisdiction of the foreign court) is stricter than those provided in the PILA. Kadıköy 4 ATM, 1020/386, 17.06.2008. See, Nuray Ekşi, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a İlişkin Yargıtay Kararları* (On İki Levha 2010) 109. This decision is criticized in the doctrine because international conventions prevail regardless of their content due to Article 1/2 of the PILA. Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Beta 2013) 483. On the other hand, another view in the doctrine supports the idea that more favorable PILA provisions shall be applicable if the provisions of an international convention are stricter and/or PILA has entered into force after the relevant international convention. Cemal Şanlı and Emre Esen and İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Beta 2019) 550.

3 For further information on the bilateral conventions, see Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (n 2) 417-478.

4 For further information on the multilateral conventions, see *ibid* 353-417.

5 OG 23 May 1972 No 14191.

6 OG 4 January 1995 No 22161.

7 OG 1 July 1985 No 18771.

8 OG 24 June 2001 No 24472.

9 OG 11 January 1973 No 14418.

10 OG 16 February 1983 No 17961.

11 OG 14 September 1975 No 15356.

12 OG 2 November 1999 No 23864.

13 OG 20 January 2004 No 25352.

Therefore, if Turkey ratified the Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters (hereinafter referred to as the “Convention”), its provisions would prevail over PILA in cases within the scope of the Convention.

In this study, the provisions of the Convention and PILA are compared in order to determine to what extent the recognition or enforcement of foreign court decisions would be facilitated in Turkey in the event that Turkey ratified the Convention. It is hypothetically accepted that not only Turkey, but also all other South East European countries¹⁴ mentioned in the study would ratify the Convention.

The explanations on provisions of the Conventions are limited in order to answer the question comprising the title of this study. The history of the Hague Judgments Project, the reasons and motivations under the system brought by the Convention. or its relation to other Hague conventions do not constitute a part of this study.

I. Prerequisites of Recognition and Enforcement

A. Scope of Claims Pertaining to Civil and Commercial Matters

According to Article 1/1 of the Convention, it applies to the recognition and enforcement of judgments in civil or commercial matters. It does not extend to revenue, customs, or administrative matters.

Article 2 of the Convention, however, lists certain matters that are excluded from its scope which include the following:¹⁵ (a) the status and legal capacity of natural persons; (b) maintenance obligations; (c) other family law matters, including matrimonial property regimes and other rights or obligations arising out of marriage or similar relationships; (d) wills and succession; (e) insolvency, composition, resolution of financial institutions, and analogous matters; (f) the carriage of passengers and goods; (g) transboundary marine pollution, marine pollution in areas beyond national jurisdiction, ship- source marine pollution, limitation of liability for maritime claims, and general average; (h) liability for nuclear damage; (i) the validity, nullity,

14 Certain group of countries is chosen on purpose. It is not possible to scrutinize whether Turkish court judgments are *de facto* being enforced in each and every country within the limits of an article. Selection of a certain group helps substantialize the conclusions of this study. South East European countries are preferred with two reasons. First is a subjective reason. I am proud to be part of annual regional private international law conferences organized in different universities located in South East European countries which had been an ignition for a number of my studies also in the past years. Second is an objective reason. Turkey has vast relations with these countries especially due to the historical, geographical and cultural acquaintance between Turkey and these countries. Therefore, it is hoped that studying the effects of a possible ratification of an international convention on recognition and enforcement of foreign judgments given in these countries will be helpful for scholars and practitioners.

15 According to Article 2/2: “A judgment is not excluded from the scope of this Convention where a matter to which this Convention does not apply arose merely as a preliminary question in the proceedings in which the judgment was given, and not as an object of the proceedings. In particular, the mere fact that such a matter arose by way of defence does not exclude a judgment from the Convention, if that matter was not an object of the proceedings.”

or dissolution of legal persons or associations of natural or legal persons, and the validity of decisions of their organs; (j) the validity of entries in public registers; (k) defamation; (l) privacy; (m) intellectual property; (n) activities of armed forces, including the activities of their personnel in the exercise of their official duties; (o) law enforcement activities, including the activities of law enforcement personnel in the exercise of their official duties; (p) anti-trust (competition) matters, except where the judgment is based on conduct that constitutes an anti-competitive agreement or concerted practice among actual or potential competitors to fix prices, make rigged bids, establish output restrictions or quotas, or divide markets by allocating customers, suppliers, territories or lines of commerce, and where such conduct and its effect both occurred in the State of origin; (q) sovereign debt restructuring through unilateral State measures.

The list is quite comprehensive. This is understandable because as stated in the Preamble of the Convention the desire is “*to facilitate rule-based multilateral trade and investment, and mobility, through judicial co-operation*”. Therefore, family law matters; wills and succession; and issues, which are subject to other specific international instruments such as carriage of passengers and goods, marine pollution, and nuclear damage,¹⁶ are out of the scope.

The scope of PILA provisions on recognition and enforcement of foreign judgments is provided in Article 50 PILA. This provision requires that a decision must be granted in a civil action; Turkish law determines whether an action is a civil action.¹⁷ Court judgments regarding administrative and criminal matters are not subject to recognition and enforcement under PILA.¹⁸ Therefore, it is common for both the Convention and PILA that they concern civil and commercial matters, but as PILA is the general law concerning recognition and enforcement, it will be applied for recognition or enforcement of all foreign judgments concerning civil and commercial matters without any such restriction provided in the Convention.

B. Judgments Rendered by a Court

In Article 3/1/b of the Convention, a “judgment” is defined as “*any decision on the merits given by a court, whatever that decision may be called, including a decree or order, and a determination of costs or expenses of the proceedings by the court (including an officer of the court)*”. Therefore, the Convention is not applicable to

16 Andrea Bonomi, ‘Courage or Caution? A Critical Overview of the Hague Preliminary Draft on Judgments’ (2015/2016) 17 Yearbook of Private International Law 6.

17 Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (Beta 2017) 509; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 2) 542; Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfiz* (n 2) 125; Pelin Güven, *Tanım – Tenfiz* (Yetkin 2013) 39; Işıl Özkan and Uğur Tütüncübaşı, *Uluslararası Usul Hukuku* (Adalet 2017) 180; Ceyda Süral and Zeynep Derya Tarman, ‘Recognition and Enforcement of Foreign Court Decisions in Turkey’ (2013/2014) 15 Yearbook of Private International Law 487.

18 Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfiz* (n 2) 121; Süral and Tarman (n 17) 487.

decisions issued by any authorities other than the courts. This is in line with the fact that family law matters, wills and succession, insolvency, and validity of entries in public registers are all out of the scope of the Convention. These are examples of certain matters that can be brought before or decided by authorities other than the courts in various national laws.¹⁹

According to Article 50 PILA, to seek recognition and enforcement, firstly the existence of a foreign court's decision is required. Whether the foreign decision is a court decision shall be determined in accordance with the law of the country where it was rendered.²⁰ Decisions issued by administrative bodies such as the municipality,²¹ governorship, consulate or notary cannot be enforced in Turkey pursuant to PILA.²² Therefore, there is a gap in Turkish law pertaining to the recognition and enforcement of foreign judicial decisions rendered by authorities other than the courts. This gap will not be fulfilled by the ratification of the Convention.

According to Article 11 of the Convention, judicial settlements which a court of a Contracting State has approved, or which have been concluded in the course of proceedings before a court of a Contracting State, and which are enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin, shall be enforced in the same manner as a judgment.

According to Turkish law, if parties have reached a settlement agreement in the course of litigation, and petitioned the court to record terms of the settlement agreement in a court judgment; such a court judgment will be enforceable under PILA. On the other hand, the settlement agreement, in and of itself, does not benefit from such enforceability.²³

However, recognition and enforcement of judicial settlements became more important in light of the latest developments in Turkish civil procedure law. A new legislation came into effect on 1 January 2019 providing for mandatory mediation

19 For example, municipalities in Denmark or notaries in Romania are competent to give divorce decisions. Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 2) 539.

20 Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 2) 538; Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfiz* (n 2) 109; Güven, *Tanuma – Tenfiz* (n 17) 29; Süral and Tarman (n 17) 488.

21 Second Civil Chamber of the Court of Cassation, in its decision dated 13 April 1995, decided that a foreign divorce decision issued by the Copenhagen municipality could not be recognised in Turkey. Yargıtay 2 HD, 3612/4567, 13.4.1995. (Kazancı Caselaw Database) <www.kazanci.com>

22 Özkan and Tütüncübaşı (n 17) 177. However, some international conventions such as the Hague Convention of 2 November 1973 concerning the Recognition and Enforcement of Decisions relating to the Duty of Maintenance include provisions to allow the enforcement of decisions issued by administrative bodies. Furthermore, according to Article 27A of the Civil Registration Services Act, the divorce decisions or decisions pertaining to the nullity, cancellation or existence of a marriage, which are final and binding, and rendered by competent foreign judicial or administrative authorities may be registered provided that both parties apply in person or through their attorneys, and there is no contradiction with Turkish public policy. According to Article 30/2 of this same Act, the enforcement of decisions or documents related to adoption issued by foreign judicial or administrative authorities which, according to the law of the country concerned, were finalized, or have effects as such, shall be subject to recognition or enforcement by a competent Turkish court. O.G. 29.04.2017/30052.

23 Nomer (n 17) 512; Süral and Tarman (n 17) 488.

as a prerequisite for commercial disputes.²⁴ As per this recently adopted legislation, parties to a commercial dispute pertaining to monetary receivables shall first refer their case to mediation. Previously, on 1 January 2018, applying to a mediator was made a prerequisite when filing a lawsuit concerning monetary claims by employees or employers arising out of employment contracts, collective labor agreements, or reinstatement claims.²⁵ As a result of this recent legislation, it is expected that more disputes will be resolved by judicial settlement. According to Article 18/4 of the Law on Mediation of Civil Disputes²⁶, if the parties reach a settlement at the end of a mediation process, the settlement agreement signed by the mediator and the parties along with their attorneys are deemed to serve as a court judgment and can be enforced in the same manner. This provision makes judicial settlements reached at the end of voluntary or mandatory mediation subject to recognition or enforcement within the meaning of Convention Article 11. Therefore, ratification of the Convention may contribute to cross-border efficiency of mediation by realizing that settlements reached at the end of mediation would be recognized or enforced in other contracting states.²⁷

Furthermore, ratification of the Convention may end discussions concerning the recognition or enforcement of settlement agreements enacted as a result of mediation conducted in foreign contracting states in Turkey. Currently, recognition or enforcement of settlement agreements reached at the end of mediation conducted in foreign countries is not possible according to PILA as settlement agreements are not “court judgments”.²⁸ However, if the executive effect of a settlement agreement is approved by a court; would recognition or enforcement then be possible? There are differing views in the doctrine. According to one view, such settlement agreements would not be subject to recognition or enforcement under PILA even if the executive effect of these settlements were approved by a foreign court; because such approval would not change the fact that these settlements were not “court judgments”²⁹ but

24 The Law on Starting Legal Proceedings for Monetary Receivables Arising from Subscription Agreements. O.G. 19.12.2018/30630.

25 Labor Courts Law. OG 25.10.2017/30221.

26 OG 22.06.2012/28331.

27 Please note that the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation exclude from its scope the settlement agreements that have been approved by a court and are enforceable as a judgment in the state of that court (Article 1/3). Therefore, even after the entry into force of this Convention, not all settlement agreements enacted at the end of mediation according to the Law on Mediation of Civil Disputes will be subject to this Convention. For further information on the Singapore Convention in Turkish, see, Mustafa Erkan, *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi* (On İki Levha 2020).

28 Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Savaş 2020) 162. It is opined in the doctrine that the provisions of certain international conventions such as the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards may be adapted and applied to the recognition or enforcement of settlement agreements reached at the end of mediation. Necla Öztürk, ‘Arabuluculuğun Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu : Genel Bakış’ (2015) 31(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 241.

29 If settlement agreements reached as a result of mediation are deemed as « court judgments », then they shall be recognized or enforced in Turkish law. However, in this case, a provision shall be added to the Law on Mediation of Civil Disputes referring to the PILA provisions for recognition and enforcement of settlement agreements reached at the end of mediation conducted in foreign countries or new provisions shall be added to the PILA providing for recognition and enforcement of such settlement agreements. Hatice Selin Pürselim, ‘Yabancılık İçeren Arabuluculuk Usulü ve Bağlayıcılığı Hakkında Düşünceler’ (2014) 20(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 16. For suggestions on adoption of such new provisions in Turkish law, see, Güven Yazar, *Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk* (On İki Levha 2019) 203-212.

“agreements” reached as a result of mediation.³⁰ Another view opines that in such a case, not the settlement agreement but the executive effect rendered by a court would be recognized or enforced; so such agreements must be considered as “court judgments” and eligible for recognition or enforcement under PILA.³¹ Ratification of the Convention may, indeed, serve to strengthen this second opinion; as the idea that settlement agreements that are approved and enforceable in the same manner as a court judgment shall be considered as “court judgments”, is inherent in the Convention.

C. Final and Enforceable Judgments

According to Article 4/4 of the Convention, recognition or enforcement may be postponed or refused if the judgment is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking ordinary review has not expired. Therefore, the requested court has the option to grant a period of time to the claimant until the judgment becomes final in the state of origin. The requested court also has the option of refusing recognition or enforcement. In such case, a refusal would not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.³²

However, Article 50 PILA stipulates that only foreign court judgments, which are final according to the law of the state of origin shall be recognized and/or enforced before the courts of Turkey. Therefore, if at the outset or during the course of action for recognition or enforcement, the judge discovered that the judgment was not final, he/she would not have the option to grant any period but must immediately deny recognition or enforcement.³³ Therefore, ratification of the Convention would result in a novel application in Turkey; a judge would have the option to grant a period of time for the finalization of the foreign court judgment if he/she discovered that the judgment was not final in the state of origin, instead of immediately denying recognition or enforcement.

According to Article 4/3 of the Convention, a judgment shall be recognized only if it has effect in the State of origin and shall be enforced only if it is enforceable in the State of origin. According to Article 50 PILA, the foreign judgment, for which an *exequatur* is sought, must be both final and enforceable under the law of the state where the judgment was rendered.

30 Faruk Kerem Giray, ‘Tenfize İlişkin Üç Soru : Tenfize Konu Yabancı İlamın Hukuk Devletinden Sadır Olması Gerekir Mi ? Arabuluculuk Neticesinde Yapılan Sulh Anlaşması Tenfiz Edilebilir Mi ? Yabancı Mahkemeden Sadır Ödeme Emri Kararı Tenfiz Edilebilir Mi ?’ (2019) 39(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 632.

31 Doğan (n 27) 163.

32 This optional approach might result in disparities in the application of the Convention; courts in European Union Member States will be more easily prepared to grant immediate recognition or enforcement; whereas, less recognition-friendly countries will opt for a refusal. Bonomi (n 16) 9.

33 For further information, see Banu Şit, ‘Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kesinleşme Şartı’ (2011) 15 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69.

The Convention excludes interim measures of protection from the definition of a judgment in its Article 3/1/b. Similarly, the recognition and enforcement of foreign provisional and protective measures is not accepted under PILA.³⁴ This gap caused many problems and difficulties in international commercial practice and it is disappointing that the Convention did not deal with this problem.³⁵ The rapidity is very vital when interim measures are at stake; but they do not have global circulation, which means that it may be necessary to require these measures be decided in a number of different forums. This is burdensome and not in line with the nature of interim measures, which need to be decided and enforced rapidly. Had the Convention dealt with the enforcement of interim measures, an important gap would have been removed and a major practical problem would have been eliminated.

II. Grounds for Refusal of Recognition and Enforcement

There are only four grounds³⁶ provided by Article 54 PILA that render the recognition and/or enforcement of a foreign judgment impossible. A Turkish judge shall not review the merits of the foreign judgment but shall only review whether any of these four grounds exist in the court judgment. A Turkish judge shall not verify whether the foreign judge complied with the applicable procedural rules or whether the applicable law was correctly implemented to the facts of the dispute. This is called “prohibition of *revision au fond*”.³⁷

The principle of prohibition of *revision au fond* is expressly provided in Article 4/2 of the Convention. Accordingly, “*There shall be no review of the merits of the judgment*

34 Nomer (n 17) 512; Güven, *Tanıma – Tenfiz* (n 17) 67; Süral and Tarman (n 17) 489. Also see, Yargıtay 19 HD, 4717/6504, 12.06.2008. (Kazancı Caselaw Database) <www.kazanci.com>. According to some scholars, only if such an interim measure is resolving the relevant dispute in a final and binding manner according to law of the court which rendered it, its recognition or enforcement shall be possible within the meaning of Article 50 PILA. Nomer (n 17) 512; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 2) 547; Özkan and Tütüncübaşı (n 17) 183. However, resolution of a dispute in a final and binding manner is contrary to the provisional nature of such measures. Therefore, instead of requiring an interim measure to resolve a dispute in a final and binding manner, the extent of such finality shall be questioned. Do the possible alteration or cancellation of interim measures mean that they are formally not final and binding? The answer is in the negative according to the German and Swiss laws and must be so also in Turkish law. Deniz Defne Kırılı Aydemir, *Milletlerarası Usul Hukukunda İhtiyati Tedbirler* (On İki Levha 2013) 362-373. Although some scholars question the denial of recognition and enforcement of provisional measures rendered by foreign courts, it is still the majority view and practice that such measures may not be enforced in Turkey. On the other hand, it must be noted that in certain international instruments, the recognition and enforcement of provisional or protective measures are possible. For example, according to the 1958 Hague Convention concerning the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations towards Children Article 2, provisional measures may also be declared enforceable. Turkey is a party to this Convention. In its decision dated June 20, 2005, the 2nd Civil Chamber of the Court of Cassation decided that the first instance court may not deny enforcement based on the fact that the foreign judgment has not been finalized as the enforcement had been requested according to the 1958 Hague Convention. Yargıtay 2 HD, 7158/9535, 20.06.2005. (Kazancı Caselaw Database) <www.kazanci.com>. Another example is the EU Regulation on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Brussels I Recast). According to Article 2/a, ‘judgment’ includes provisional, including protective, measures ordered by a court or tribunal.

35 Bonomi (n 16) 6.

36 These grounds may be categorized in two groups: those that can be taken into consideration by the judge on his/her own motion; and those that need to be claimed by the respondent. The breach of right of defense as provided in PILA Article 54/ç and exorbitant jurisdiction of the court of origin fall in the second category. You may find further information in the relevant explanations below.

37 Nomer (n 17) 516; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 2) 536; Doğan (n 28) 115; Güven, *Tanıma – Tenfiz* (n 17) 81; Özkan and Tütüncübaşı (n 17) 176; Süral and Tarman (n 17) 495.

in the requested State. There may only be such consideration as is necessary for the application of this Convention.”

Similar to PILA, there are certain grounds for refusal of recognition or enforcement provided in the Convention. Some of the grounds provided in PILA correspond to the grounds for refusal of recognition and enforcement accepted in the Convention; whereas there are additional grounds in the Convention. Furthermore, the grounds provided in PILA consist of absolute impediments to the recognition or enforcement. In other words, a Turkish judge shall deny recognition or enforcement provided that the grounds listed in Article 54 exist. However, grounds brought by the Convention are grounds in the existence of which recognition or enforcement “may be” refused. In other words, a judge has discretion to deny recognition or enforcement despite the existence of grounds provided by the Convention, Article 7.³⁸ However, in Article 5 of the Convention, the judge has no discretion to disregard where indirect jurisdiction rules take place, and that comprises an eligibility requirement for recognition or enforcement according to the Convention.

A. Grounds that are Common for PILA and the Convention

1. Breach of Right of Defense

In Article 54(ç) PILA some procedural requirements pertaining to the defense rights of the person against whom enforcement is sought are formulated as conditions to enforcement. If the defendant has not been duly served to appear before the court according to the law of the state of which the judgment is rendered and given an opportunity to be represented or if the judgment was rendered in the absence of the defendant in contrary to the law, and if the defendant has objected to the enforcement before the Turkish court then it is assumed that the defendant was not duly granted the right or possibility of defending himself (Article 54(ç) PILA).³⁹

There is a similar provision in Article 7/1/a of the Convention: “*Recognition or enforcement may be refused if the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including a statement of the essential elements of the claim; (i) was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable them to arrange for their defence, unless the defendant entered an appearance and presented their case without contesting notification in the court of origin, provided that the law of the State of origin permitted notification to be contested; or (ii) was*

38 The Convention adopts a minimum standard approach and, in the long run, it can cause approximation of the national legal systems with the principles provided in the Convention. Ilija Rumenov, ‘Implications of the New 2019 Hague Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments on the National Legal Systems of Countries in South Eastern Europe’ (2019) 3 EU and Comparative Law Issues and Challenges Series 402.

39 This provision is applied in the following decisions: Yargıtay 2 HD, 532/6718, 08.04.2009; 11 HD 2822/9027, 28.05.2012; 11 HD 3175/5547, 06.04.2012. (Kazancı Caselaw Database) <www.kazanci.com>

notified to the defendant in the requested State in a manner that is incompatible with fundamental principles of the requested State concerning service of documents".⁴⁰

2. Public Policy

Article 54(c) PILA allows for the refusal of recognition and enforcement of foreign judgments based on the ground that it is manifestly contrary to Turkish public policy.⁴¹ The limits of the public policy concept are neither clear, nor defined in Turkish law.⁴² A prominent decision of the Court of Cassation draws a framework for the public policy concept.⁴³ Accordingly, the public policy concept includes basic values of Turkish law, a general understanding of Turkish moral and ethics, a basic understanding of the justice and general politics which form the basis of Turkish laws, fundamental rights and freedoms provided in the Constitution, rules based on common international principles and principle of good faith in private law, legal principles that define moral principles and understanding of justice acknowledged by all civilized societies, civilization level of the public, the political and economic regime and human rights and freedoms. A foreign court decision whose effects or consequences are manifestly incompatible with Turkish public policy cannot be recognized or enforced in Turkey.⁴⁴

Manifest incompatibility with public policy of the requested State is a ground for refusal of recognition and enforcement in the Convention (Article 7/1/c).

Along with this, there are other grounds listed in the Convention pertaining to cases that are considered within the scope of incompatibility with public policy in Turkish practice. In Turkish practice, if the foreign judgment has been obtained by means of fraud, for example, by taking into account the presence of false witnesses or false documents, a Turkish judge has to assess the new evidence that had not been submitted before the court of origin at the stage of recognition or enforcement.⁴⁵ The fact that the judgment had been obtained by fraud constitutes a ground for refusal of recognition and enforcement according to Article 7/1/b of the Convention.⁴⁶

40 For a criticism of inclusion of a separate ground of refusal concerning notification of a defendant and that it shall be caught by the right to a fair trial aspect of public policy defense, see, Paul Beaumont and Lara Walker, 'Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters in the Brussels I Recast and Some Lessons from It and the Recent Hague Conventions for the Hague Judgments Project' (2015) 11 Journal of Private International Law 44-54.

41 For further information, see Cemile Demir Gökyayla, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni* (Seçkin 2001); Bilgin Tiryakioğlu, "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzenine Aykırılık", in Süheyla Balkar Bozkurt (ed) *Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler*, (On İki Levha 2018) 83-94.

42 Nomer (n 17) 527; Süral and Tarman (n 17) 501.

43 Yargıtay HGK, 1/1, 20.02.2012. (Kazancı Caselaw Database) <www.kazancı.com>

44 Nomer (n 17) 527; Aysel Çelikel and Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Beta 2017) 727; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 2) 569; Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (n 2) 280; Özkan and Tütüncübaşı (n 17) 209; Süral and Tarman (n 17) 501.

45 Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 2) 575; Süral and Tarman (n 17) 505.

46 For a criticism of inclusion of a separate ground of refusal concerning procedural fraud and that it shall be caught by the right to a fair trial aspect of public policy defence, see, Beaumont and Walker (n 40) 54-56.

Furthermore, it is accepted in Turkish case law that Turkish public policy may intervene, when there is a foreign judgment that is inconsistent with a prior judgment rendered by a Turkish court in a legal dispute between the same parties on the same cause of action.⁴⁷ Inconsistency of the judgment with a judgment given by a court of the requested State in a dispute between the same parties is also a ground for refusal of recognition and enforcement according to Article 7/1/e of the Convention.

Recognition or enforcement of a judgment awarding exemplary or punitive damages that do not compensate a party for actual loss or damage may be refused according to the Convention Article 10.⁴⁸ In Turkish law, the matter is assessed from the perspective of public policy. There are differing views in the doctrine. According to one opinion, court judgments rendering punitive damages that are issued in common law jurisdictions will not be enforced in Turkey due to their punitive character.⁴⁹ In contrast, another view defends that punitive damages shall not be construed as contrary to Turkish public policy provided that they are not excessive.⁵⁰

B. Additional Grounds Brought by the Convention

1. Jurisdiction

Turkish courts cannot review the basis of jurisdiction of a court that rendered the foreign judgment. Only in two cases, can jurisdiction be a ground for refusal of recognition or enforcement. According to Article 54(b) PILA, foreign judgments given on issues that Turkish courts have exclusive jurisdiction to resolve may not be enforced. Additionally, if the foreign court's jurisdiction is based on an exorbitant jurisdiction rule,⁵¹ and the party against whom enforcement is sought objects to the enforcement, the foreign judgment may not be enforced in Turkey.⁵²

47 Nomer (n 17) 534; Çelikel and Erdem (n 44) 729; Özkan/Tütüncübaşı (n 17) 214; Süral and Tarman (n 17) 505. Some scholars in the doctrine opine that in this case, recognition or enforcement shall be denied due to lack of a prerequisite for filing a lawsuit. According to Article 114/i of the Civil Procedure Law, in order for a court to hear a dispute, it shall not have been finally decided between the same parties. Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 2) 578; Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (n 2) 318.

48 Recent decisions by European courts show that public policy precludes the recognition and enforcement of a punitive damages award only if the awarded amount is excessive. The Convention, however, acknowledges only one option if the judgment awards punitive damages: to deny enforcement. It would have been better if the Convention accepted the current practice of European courts and enable the court of origin to opt for an intermediate solution between full recognition and denial, consisting in reducing the size of the award. Bonomi (n 16) 29.

49 Nomer (n 17) 510; Süral and Tarman (n 17) 487.

50 Pelin Güven, "Tanıma Tenfiz Konu Olabilecek Kararlar", in Süheyla Balkar Bozkurt (ed) *Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler* (On İki Levha 2018) 35.

51 For example, Article 14 of the French Civil Code grants jurisdiction to the French court on the sole ground that the claimant is a French national. Article 23 of the German Code of Civil Procedure lays down that, where no other German court has jurisdiction, actions relating to property instituted against a person who is not domiciled in the national territory come under the jurisdiction of the court for the place where the property or subject of the dispute is situated. Dutch Code of Civil Procedure Article 127 provides that a foreigner, even if he does not reside in the Netherlands, may be sued in a Netherlands court for the performance of obligations contracted towards a Dutch citizen either in the Netherlands or abroad. Ceyda Süral, *Avrupa Birliği'nde Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Güncel 2007) 127. For further information on exorbitant jurisdiction rules see Nuray Ekşi, "Devletler Özel Hukukunda Aşırı Yetki Kuralları" in *Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan*, (Marmara Hukuk Fakültesi 1999); Nuray Ekşi, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, (2nd Ed, Beta 2000) 50 et seq.; Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (n 2) 235 et seq.

52 For further information on the review of the jurisdiction of the court of origin at recognition or enforcement stage, see, Begim Süzen, *Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi* (On İki Levha 2016).

For a jurisdictional rule to be deemed as granting exclusive jurisdiction to Turkish courts, its purpose shall be to ensure that all disputes arising out of the relevant matter are resolved by the Turkish courts only.⁵³ In line with this purpose, the parties should always be able to find a competent Turkish court to resort to for the resolution of the matter.⁵⁴

Turkish courts have exclusive jurisdiction to resolve disputes arising out of rights *in rem* over immovable property located in Turkey. Therefore, any foreign judgment concerning rights *in rem* over immovable property in Turkey shall not be enforced.⁵⁵ As a matter of fact, the exclusive jurisdiction of the State to resolve disputes arising out of rights *in rem* over immovable property located within its territory is recognized in the Convention. According to Article 6, “*a judgment that ruled on rights in rem in immovable property shall be recognised and enforced if and only if the property is situated in the State of origin.*” This provision means that, in its application of the Convention, the Turkish court will not only deny recognition or enforcement of a foreign judgment if the immovable property subject to the judgment is located in Turkey; but will also inquire whether the relevant property is situated in the foreign country where the judgment was rendered.

Whether exclusive jurisdiction forms an impediment to enforcement in disputes where one of the parties are protected due to its vulnerable position has been discussed in Turkey. These are disputes arising out of employment contracts, consumer contracts and insurance contracts. Articles 44, 45, and 46 PILA, respectively, provide for jurisdiction of certain Turkish courts in these disputes.⁵⁶ According to Article 47, the jurisdiction of these courts shall not be set aside by any jurisdiction agreement. Therefore, it is set forth that Turkish courts have exclusive jurisdiction in these matters.⁵⁷ However, it must be noted that Turkish courts’ exclusive jurisdiction is limited with the purpose of protecting the vulnerable party. Consequently, that purpose shall always be taken into account at the enforcement stage. For example, if the consumer is a habitual resident in Turkey, any foreign judgment rendered against him by a foreign court may not be enforced in Turkey. However, if the consumer seeks the enforcement

53 Nomer (n 17) 523; Çelikel/Erdem (n 44) 715.

54 Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 2) 561; Süral and Tarman (n 17) 498.

55 Nomer (n 17) 523; Çelikel and Erdem (n 44) 715; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 2) 561; Özkan and Tüttüncübaşı (n 17) 196; Süral and Tarman (n 17) 498.

56 The Turkish court that is located where the employee habitually carries out his work shall have jurisdiction in disputes arising out of employment contracts. In lawsuits initiated by the employee, the Turkish courts located at the domicile of the employer or domicile or habitual residence of the employee shall also have jurisdiction (Article 44 PILA). A consumer may bring proceedings against the other party in the Turkish courts located either in his domicile or habitual residence or the place of business, domicile or habitual residence of the other party. The other party may bring proceedings against the consumer in the Turkish court where the consumer habitually resides (Article 45 PILA). The Turkish courts located at the principal place of business or the agency or branch that had concluded the relevant insurance contract have jurisdiction over disputes arising out of insurance contracts. Proceedings may be brought against the policyholder, the insured or the beneficiary in the Turkish courts located at their domicile or habitual residence (Article 46 PILA).

57 In contrast see Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (n 2) 207, 210, 214.

of a foreign judgment in his/her favor and against the other party, the enforcement of such judgments will not be refused due to exclusive jurisdiction.⁵⁸

The Convention brought a similar protection to consumers and employees in Article 7/2. If the jurisdiction of the court of origin is based on a choice of court agreement or on the fact that the consumer or employee did not contest the jurisdiction of the court of origin but argued on the merits; then the judgment will not be eligible for recognition or enforcement. Furthermore, the jurisdiction of the court of origin may not be based on the fact that the State of origin is where a contractual obligation shall be performed. It must be noted that, in the Convention's system, it is not taken into consideration whether the judgment is in favor of or against the vulnerable party or which party is requesting recognition or enforcement. In cases where the jurisdiction of the court of origin is based on an express or tacit agreement or it is located in the place of performance of a contractual obligation, the judgment of the court of origin will not be eligible for recognition or enforcement regardless of the fact that it is the vulnerable party who seeks recognition or enforcement.

The exclusive jurisdiction of the court of a requested State and exorbitant jurisdiction of the court of origin are not the only impediments to recognition or enforcement according to the Convention. Article 5 lists eligibility requirements for recognition or enforcement of a judgment.⁵⁹ These requirements concern the basis of jurisdiction of the court of origin. Accordingly, there must be a certain connection admitted by the Convention between the court of origin and the dispute which is, for example, based on habitual residence of the party against whom enforcement is sought, an express or tacit choice of court agreement, or a location of place of performance of a contractual obligation, or a branch, agency, or principal place of business.⁶⁰ It is beyond the scope of this study to explore each and every connection required for recognizing a judgment according to the Convention, but suffice it to say that the connections required between the dispute and the court are connections widely accepted in comparative law⁶¹ and in Turkish law. However, the basis for jurisdiction that are acceptable for recognizing a judgment provided in Article 5 can be more limited than the basis for jurisdiction for initiating an action in the court of origin.⁶² What Article 5 means is that the court

58 Nomer (n 17) 522; Çelikel and Erdem (n 44) 718; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 2) 562; Süral and Tarman (n 17) 500. For an opposing view, see, Doğan (n 28) 128.

59 It is opined in the doctrine that this is necessary for any world-wide convention since courts are unlikely to accept the jurisdictional findings of every other court in the world. William E. O'Brian Jr, 'The Hague Convention on Jurisdiction and Judgments: The Way Forward' (July 2003) 66 *The Modern Law Review* 503.

60 Rumenov (n 38) 388-389; David P. Stewart, 'The Hague Conference Adopts a New Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters' (October 2019) 113 *American Journal of International Law* 778-779.

61 Rumenov (n 38) 389.

62 This is an approach of indirect jurisdiction. Louise Ellen Teitz, 'Another Hague Judgments Convention? Bucking the Past to Provide for the Future' (Spring 2019) 29 *Duke Journal of Comparative & International Law* 501. Another option would be to provide that a Contracting State must recognize and enforce a foreign judgment if its own courts would have exercised jurisdiction in corresponding circumstances. This would not realize the goal of accessibility and transparency of the law on recognition and enforcement of judgments; and the application of the Convention would vary for each Contracting State. David Goddard, 'The Judgments Convention – The Current State of Play' (Spring 2019) 29 *Duke Journal of Comparative & International Law* 483.

in the requested State shall first review the basis of jurisdiction of the court of origin and deny recognition or enforcement if the jurisdiction is based on a ground other than that provided in Article 5. To clarify with an example, if the judgment is ruled on a non-contractual obligation arising from death, physical injury, damage to or loss of tangible property, the act or omission directly causing such harm shall occur in the State of origin, irrespective of where that harm occurred. In other words, the only court that has jurisdiction shall be a court located in the place of occurrence of the act or omission according to the Convention. However, the court of origin may be located in the State where the harm occurred or may occur⁶³; or where the claimant suffering the damage or loss is a habitual resident;⁶⁴ in which cases it is possible to say there is admissible connection between the court of origin and the dispute. To be more specific, a factual example may be given. A farmer living in Germany loses his/her harvest due to the pollution of a river by a factory located in Austria. An Austrian court may find itself competent in a dispute arising between the farmer and the factory as Austria is where the harm occurred; but a court of a third contracting state shall deny recognition or enforcement according to the Convention as it is not Austria but Germany where the act directly causing the harm occurred. So, the judgment will not be eligible for recognition or enforcement according to the Convention.

This will not always mean that recognition or enforcement shall be denied. Article 15 of the Convention permits recognition or enforcement of judgments under national law. The foreign judgment may still be recognized or enforced according to national law. Consequently, the system of the Convention brings an additional burden of reviewing the jurisdiction of the court of origin at the outset of recognition or enforcement proceedings to determine whether the judgment is eligible to be recognized or enforced according to the Convention. If not, recognition or enforcement of the judgment may still be possible according to the national law. However, it is clear that the ratification of the Convention will complicate and lengthen the recognition or enforcement proceedings.

A Turkish judge, who does not examine the jurisdiction of the court of origin according to PILA, will first have to inquire into the jurisdiction of the court of origin to determine whether the judgment is eligible to be recognized or enforced under the Convention; and if not, then he/she will resort to PILA to decide on recognition or enforcement.

63 The reason of the divergence of the Convention from the European system is the effect of American jurisdiction rules on tort. For further information on this, see, Audrey Feldman, 'Rethinking Review of Foreign Court Jurisdiction in Light of the Hague Judgments Negotiations' (2014) 89 *New York University Law Review* 2190-2227.

64 According to Brussels I Regulation Article 7/2, courts where the harmful event occurred or may occur shall have jurisdiction in matter relating to tort, delict or quasi-delict. In Turkish law, in addition to a similar provision, it is also provided that courts located in the domicile of the person suffering harm shall have jurisdiction (Article 16 of the Turkish Civil Procedure Code).

2. Incompatibility with a Choice of Court Agreement

According to Article 7/1/d of the Convention, recognition or enforcement may be refused if the proceedings in the court of origin were contrary to an agreement, or a designation in a trust instrument, under which the dispute in question was to be determined in a court of a State other than the State of origin.

There is no similar ground of refusal in Turkish law. However, it is discussed in the doctrine that omission of a valid choice of court agreement or an arbitration agreement would mean that the jurisdiction of the court of origin is exorbitant.⁶⁵ According to this view, a valid choice of court agreement or an arbitration agreement will annihilate the relationship between the parties or the dispute and the court of origin. In other words, if the defendant claimed that another court has jurisdiction due to a valid choice of court agreement between the parties, or asserted existence of an arbitration agreement before the court of origin; and such claim had been disregarded or wrongly evaluated by that court, the same defendant may claim denial of recognition or enforcement before a Turkish court due to exorbitant jurisdiction of the court of origin. Otherwise, the recognition or enforcement of the foreign judgment will be realized by disrespecting the wills of the parties pertaining to the choice of court or arbitration. However, according to a contrary view in the doctrine, a Turkish court is not obliged to control whether any choice of court or arbitration agreement had been violated by the court of origin.⁶⁶

3. Inconsistency with an Earlier Judgment of Another Contracting State

According to Article 7/1/f of the Convention, recognition or enforcement may be refused if the judgment is inconsistent with an earlier judgment given by a court of another State between the same parties on the same subject matter, provided that the earlier judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in the requested State.

Obviously, this ground is a suitable ground for a multilateral convention, and it cannot be found in any national law. Therefore, there is no similar ground of refusal in Turkish law.

4. *Lis Pendens*

According to Article 7/2 of the Convention, recognition or enforcement may be postponed or refused if proceedings between the same parties on the same subject matter are pending before a court of the requested State, where (a) the court of

65 Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 2) 567-568; Burak Huysal, 'Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflar ile Gerçek Bağlantısının Tanıma ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi' (2011) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 490-494.

66 Ekşi (n 2) 279. Sützen makes a distinction between the existence of a choice of court agreement and an arbitration agreement; and opines that the court of origin may still have jurisdiction over the dispute according to its national law despite a choice of court agreement; whereas, the wills of the parties pertaining to arbitration shall always be upheld by the requested court. Sützen (n 52) 199-200.

the requested State was seized before the court of origin,⁶⁷ and (b) there is a close connection between the dispute and the requested State.

There is no similar provision in PILA. It is opined in the doctrine that while a proceeding for recognition or enforcement of a foreign judgment is pending, there is no prohibition to initiate a lawsuit in Turkish courts between the same parties on the same subject matter. In such a case, both actions will continue and when one of them is finalized, it will deter the other due to the existence of a final and binding judgment on the same matter between the same parties.⁶⁸ However, in practice, in the event that the request for recognition of a foreign judgment is made prior to an action on the merits of the same dispute, the Court of Cassation decides that the court reviewing the merits shall stay proceedings until the court reviewing recognition comes to a decision.⁶⁹

C. Ground for Refusal of Enforcement in Turkish Law: Reciprocity

According to Article 54(a) PILA, a multilateral or bilateral agreement between Turkey and the State from whose courts the foreign judgment was given may provide for the mutual enforcement of foreign judgments. If no such agreement is in place, a statutory provision must be in place in the relevant foreign State enabling the enforcement of Turkish court decisions in the relevant foreign state; or at least the Turkish court decisions shall *de facto* be enforced in that State.⁷⁰

Reciprocity is not one of the grounds for refusal of recognition (Article 58(1) PILA). The distinction between recognition and enforcement becomes important if there is no reciprocity between Turkey and the State from whose courts the judgment has been rendered.⁷¹

Reciprocity must exist between Turkey and the foreign State where the court of origin is located. The nationality of the parties is of no significance. In other words, the existence of reciprocity cannot be required between Turkey and the State that the parties to the dispute are nationals of.⁷²

67 If the proceedings in the requested state had been initiated after those in the state of origin, a denial of recognition would unfairly reward one of the parties' abusive attempts to avoid the effects of the foreign judgment. Bonomi (n 16) 11.

68 Çelikel and Erdem (n 44) 731; Özkan and Tütüncübaşı (n 17) 214; Güven, *Tanıma – Tenfiz* (n 17) 147-148.

69 Yargıtay 11 HD, 4627/3589, 09.05.2019. (Kazancı Caselaw Database) <www.kazanci.com>

70 According to some scholars, if the Turkish court decisions are not *de facto* being enforced in a foreign state despite the existence of an agreement or a statutory provision, then the requirement of reciprocity shall be deemed not to exist. Nomer (n 17) 519; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 2) 559. For further information on reciprocity, see, Özüm Demirkol, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Karşılıklık Esası* (On İki Levha 2017).

71 For example, although divorce judgments are subject to recognition, the Second Civil Chamber of the Court of Cassation, in its decision of 10 October 2004, mistakenly stated that the enforcement of a divorce judgment given by the Bulgarian court must be refused due to non-existence of reciprocity between Turkey and Bulgaria. Yargıtay 2 HD, 9389/11706, 12.10.2004. (Kazancı Caselaw Database) <www.kazanci.com>. See Ali İhsan Özüğür, *Türk Medeni Kanununun Yeni Düzenlemeleri ile Açıklamalı İçtihatlı Velayet-Vesayet-Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku* (Seçkin 2003) 1297. Notwithstanding, divorce judgments are not subject to enforcement; therefore, their recognition is sufficient to accept the *res judicata* effect of the divorce judgment in Turkey.

72 Çelikel and Erdem (n 44) 710-711; Özkan and Tütüncübaşı (n 17) 189; Süral and Tarman (n 17) 496.

The reciprocity shall be deemed as evident if the foreign court judgment may be enforced in the relevant foreign state with similar conditions as Turkish law. In other words, the foreign state does not require the existence of further conditions to enforce Turkish judgments. For example, if the relevant State does not apply the prohibition of *revision au fond* principle, reciprocity will be deemed not to exist.⁷³

The non-existence of reciprocity shall be sufficient for the rejection of enforcement of the foreign judgment. A Turkish judge shall first examine the condition of reciprocity and only if this condition is fulfilled, will further review take place.⁷⁴

In practice, courts always inquire into the existence of reciprocity from the Ministry of Justice.⁷⁵ Although its opinions are not binding on the courts,⁷⁶ the courts always prefer to act in accordance with the opinion of the Ministry. However, in some cases the opinion may not be clear or sufficient to determine the statutory or *de facto* situation in the relevant foreign law.⁷⁷ The court may also seek assistance of the comparative law and private international law departments or institutes of the law faculties, the diplomatic representatives of the relevant foreign countries, or experts. The parties may also assist the court by providing expert opinion on the statutory provisions or the case law of the relevant foreign law.⁷⁸

The requirement of reciprocity has been criticized in Turkish doctrine.⁷⁹ It is not easy for a Turkish judge to ensure the existence of reciprocity; the information provided by Turkish authorities may not be reliable on this matter and the application in different countries may rapidly change.⁸⁰ Furthermore, most states would first expect the other State to start enforcing its judgments.⁸¹ Additionally, other grounds of non-enforcement aim to protect either the interests of Turkish citizens or public policy. However, reciprocity in no way serves the interests of persons, as it is an entirely

73 Nomer (n 17) 520; Çelikel and Erdem (n 44) 706; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 2) 551; Özkan and Tütüncübaşı (n 17) 189; Süral and Tarman (n 17) 496.

74 Nomer (n 17) 519; Özkan and Tütüncübaşı (n 17) 189; Süral and Tarman (n 17) 496.

75 Çelikel and Erdem (n 44) 711; Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (n 2) 107; Güven, *Tanım – Tenfiz* (n 17) 87; Süral/Tarman (n 17) 496.

76 Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (n 2) 169; Süral/Tarman (n 17) 496.

77 For example, Second Civil Chamber of the Court of Cassation, in its decision of 16 February 2011, states that the opinion of the Ministry of Justice General Directorate of International Law and Foreign Relations found in the case file does not indicate whether there is a statutory impediment to the recognition of Turkish judgments in North Carolina and does not provide any information on the *de facto* situation. Yargıtay 2 HD, 11237/2718, 16.02.2011. (Kazancı Caselaw Database) <www.kazanci.com>. See Kazancı Caselaw Database at <www.kazanci.com>.

78 Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 2) 559; Süral and Tarman (n 17) 496.

79 According to one view, non-existence of reciprocity shall not preclude enforcement; instead, in case of non-existence of reciprocity, the prohibition of *revision au fond* shall be set aside and the merits of the case shall be reviewed by the Turkish court. Kerem Giray, “Karşılıklılık Koşulu ve Uluslararası Antlaşmalarla MÖHUK’un Tanıma-Tenfiz Sistemine Getirilen Farklılıklar” in Süheyla Balkar Bozkurt (ed) *Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler* (On İki Levha 2018) 76.

80 Nomer (n 17) 519; Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (n 2) 174.

81 Nomer (n 17) 519.

political criterion.⁸² On the other hand, others believe reciprocity does serve a purpose, especially in enforcing of foreign judgments concerning property rights, as the exercise of jurisdiction and execution of judgments are part of the sovereignty of the State; all states are free to exercise such power only with respect to judgments of foreign states which would mutually exercise the same power.⁸³

When scrutinizing the bilateral agreements enacted with countries located in South East Europe, Turkey has bilateral agreements on judicial cooperation in civil and commercial matters with Albania⁸⁴, Macedonia⁸⁵, Bosnia Herzegovina⁸⁶ and Croatia⁸⁷. All four of these agreements contain provisions pertaining to mutual recognition and enforcement of court judgments. Therefore, the existence of reciprocity shall not be a problem for judgments rendered by the courts of any of these four countries. These bilateral conventions will continue to apply as according to Article 23/2 of the Convention, it shall not affect the application by a Contracting State of a treaty that was concluded before the Convention.

Turkey enacted bilateral judicial cooperation agreements in civil and commercial matters also with Bulgaria⁸⁸ and Hungary⁸⁹; however, these agreements do not contain provisions concerning mutual recognition or enforcement of judgments. There is no agreement between Turkey and Kosovo, Montenegro, Serbia, or Slovenia. In practice, the Court of Cassation accepts that there is *de facto* reciprocity between Turkey and Bulgaria; thus, does not deny enforcement of Bulgarian court judgments due to non-existence of reciprocity.⁹⁰ However, it is not possible to state the same for other countries because there is no reported case-law of the Court of Cassation. Therefore, reciprocity may be an impediment to the enforcement of court decisions rendered in Hungary, Kosovo, Montenegro, Serbia, and Slovenia.

82 Ata Sakmar, *Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları* (Istanbul 1982) 88; Nomer (n 16) 520; Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (n 2) 177.

83 Tuğrul Arat, 'Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi' (1964) 21 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 502; Çelikel and Erdem (n 44) 705; Güven, *Tanım – Tenfiz* (n 17) 86.

84 The Agreement on Judicial Cooperation in Civil, Commercial and Criminal Matters between Turkish Republic and Albanian Republic. O.G. 09.11.1997/23165.

85 The Agreement on Judicial Cooperation in Civil and Criminal Matters between Turkish Republic and Macedonian Republic. O.G. 14.05.2000/24049.

86 The Agreement on Judicial Cooperation in Civil and Commercial Matters between Turkish Republic and Bosnia Herzegovina. O.G. 07.01.2008/26749.

87 The Agreement on Judicial Cooperation in Civil and Commercial Matters between Turkish Republic and Croatian Republic. O.G. 24.05.2000/24058.

88 The Agreement on Judicial Cooperation in Civil and Criminal Matters between Turkish Republic and People's Republic of Bulgaria. O.G. 24.05.1978/16296.

89 The Agreement on Judicial Cooperation in Civil and Commercial Matters between Turkish Republic and People's Republic of Hungary. O.G. 23.07.1990/20583.

90 Yargıtay 2 HD, 11442/1293, 06.02.2007; 15 HD 3538/4341, 08.11.2018 (Kazancı Caselaw Database) <www.kazanci.com>.

III. Procedural Issues Provided in the Convention

According to Article 13/1 of the Convention, the procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and enforcement of the judgment, are governed by the law of the requested State unless the Convention provides otherwise. Article 9, 12, and 14 of the Convention concern procedural issues provided by the Convention. These provisions are not different from Turkish law except for Article 14 concerning security, bond, or deposit.

A. Severability

According to Article 9 of the Convention, recognition or enforcement of a severable part of a judgment shall be granted where recognition or enforcement of that part is applied for, or only part of the judgment is capable of being recognized or enforced under the Convention.

Partial recognition or enforcement of a foreign court decision is also possible in Turkish law. According to Article 56 PILA, the court may decide on enforcement of the whole or part of the foreign judgment; or refuse enforcement. The decision of enforcement is written under the foreign judgment and undersigned and stamped by a judge.

B. Documents to be Produced

Article 12/1 of the Convention lists the document to be produced by the party seeking recognition or applying for enforcement. These are: (a) a complete and certified copy of the judgment; (b) if the judgment was given by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party; (c) any documents necessary to establish that the judgment has effect or, where applicable, is enforceable in the State of origin; (d) if recognition or enforcement of a judicial settlement is sought, a certificate of a court (including an officer of the court) of the State of origin stating that the judicial settlement or a part of it is enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin. Article 12/4 provides that if the documents are not in an official language of the requested State, they shall be accompanied by a certified translation into an official language, unless the law of the requested State provides otherwise.

These documents correspond with those listed in Article 53 PILA which lists documents that need to be attached to the petition for enforcement. According to Article 52 PILA, such petitions shall include the following information: (i) the names, surname and addresses of the person seeking enforcement, the person against whom enforcement is sought and their statutory representatives as well as the relevant attorneys-at-law

if any; (ii) the state where the court that rendered the foreign judgment is located, the name of the court and the date, number and summary of the judgment; (iii) if partial enforcement is sought, an indication as to which part is sought to be enforced.

C. Expedited Procedure

Leaving procedural issues to national laws, Article 13/1 of the Convention obliges the court of the requested State to act expeditiously.

According to Article 55/1 PILA, the court must examine the claim of enforcement and pleas against it in a simple litigation procedure provided in Articles 316-322 of the Turkish Code of Civil Procedure⁹¹ (hereinafter referred to as “TCCP”) that is a more facilitated procedure than the principal litigation procedure provided in Articles 118-186 TCCP.

D. Security, Bond or Deposit

According to Article 14/1 of the Convention, no security, bond or deposit, however described, shall be required from a party who in one Contracting State applies for enforcement of a judgment given by a court of another Contracting State on the sole ground that such party is a foreign national or is not domiciled or resident in the State in which enforcement is sought.

On the other hand, in Turkish law, the foreign parties must deposit a security according to Article 48 PILA. Foreign natural or legal persons filing or participating in suits or pursuing enforcement proceedings before Turkish courts shall be required to provide the security determined by the court in order to cover litigation and proceeding costs and the loss and damages of the opposing party. The court shall exempt the plaintiff, the intervening party or the party pursuing enforcement proceedings from providing security on the basis of reciprocity (Article 48 PILA). Furthermore, Turkish citizens who do not have their domicile in Turkey shall deposit a security to cover the possible expenses of the respondent when they initiate legal proceedings before Turkish courts (Article 84 TCCP). Foreign claimants⁹² and those who do not reside in Turkey shall be exempt from security in the following cases: (i) if he or she is in receipt of legal aid; (ii) if he or she has real property or a credit guaranteed with a right *in rem*, the value of which is sufficient to cover the amount of the warranty; (iii) if the proceedings are initiated solely with the purpose of protecting a child’s rights; and (iv) for the execution proceedings based on a court decision (Article 85 TCCP). The judge

91 O.G. 04.02.2011/27836.

92 The provisions of the TCCP pertaining to warranty shall be applicable also to the warranty prescribed in the PILA. Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (n 2) 92; Uğur Tütüncübaşı, ‘Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü’ (2010) 12(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 210; Zeynep Çalışkan, *Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat* (Vedat 2013) 44. An opposing view states that the requirements of exemption provided in the TCCP and in the PILA are different from each other. Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 2) 471.

determines the amount and type of the security (Article 87(1) TCCP). If the security is not deposited within the definite period granted by the judge, the proceedings shall be rejected (Article 88(1) TCCP).

It must be noted, however, that according to the bilateral conventions referred to above between Turkey and several of South East European countries concerning mutual cooperation on civil and commercial matters⁹³, the citizens of certain countries shall be exempt from the obligation to provide any security, bond, or deposit. The bilateral agreements with Albania, Bosnia Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Hungary, and Macedonia, all provide for exemption from any security, bond or deposit.

Furthermore, Turkey is a party to the Hague Convention on Civil Procedure 1954.⁹⁴ The foreign claimants who are nationals of a contracting state to this Convention shall be exempt from security. Montenegro, Serbia, and Slovenia are parties to this multilateral convention.

Therefore, it is possible to say that the obligation to provide security according to Turkish law is not a real impediment for the recognition or enforcement of foreign decisions rendered in South East European countries.

Conclusion

Article 2 of the Convention excludes a comprehensive list of matters from the scope of the Convention. Especially, the recognition and enforcement of foreign judgments concerning family law matters; wills and succession; and insolvency give rise to problems in Turkish practice and relevant discussions in the doctrine. The Convention does not contribute to resolution of these problems or discussions. It states that the Convention will, in practice, mostly affect the recognition and enforcement of judgments rendered as a result of disputes between parties in a contractual relationship, actors of cross-border trade. Even for these disputes or parties, it is not easy to give a firm answer to the question which comprises the title of this study.

There will be certain advantages of the ratification of the Convention:

1. The ratification of the Convention by Turkey will eliminate the impediment of reciprocity, which is criticized in Turkish doctrine as being an entirely political criterion, provided that a significant number of other states also ratify the Convention.⁹⁵

93 See, notes 86-91 above.

94 According to Article 17 of the Convention, no security, bond or deposit of any kind, may be imposed by reason of their foreign nationality, or of lack of domicile or residence in the country, upon nationals of one of the Contracting States, having their domicile in one of these States, who are plaintiffs or parties intervening before the courts of another of those States. According to the Court of Cassation, this provision only concerns real persons and not legal entities; therefore, legal entities located in other contracting states can not be exempt from the obligation to provide security. Yargıtay 12 HD, 26555/3489, 11.02.2016; 12 HD, 17436/24686, 02.07.2013. (Kazancı Caselaw Database) <www.kazanci.com>. For further information, see, Emre Esen, 'Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Yabancı Tüzel Kişilerin Teminat Yükümlülüğünden Muafiyeti' (2018) 9(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-26.

95 Rapidity of ratifications effect the ultimate success of the Convention. On one hand, it is detailed, complicated, and full of contingencies and compromises; on the other hand, the text of the Convention was adopted by all states that participated in its negotiation, and adherence is not restricted to members of the Hague Conference. Stewart (n 60) 783.

2. Although foreigners filing or participating in suits or pursuing enforcement proceedings before Turkish courts are under the obligation to provide a certain amount of security in Turkish law; Turkey is a party to multilateral and bilateral agreements according to which such obligation is abolished. Still, the Convention may contribute to eliminating the impediment of the obligation to deposit a security provided that a significant number of other states also ratify the Convention.
3. Bearing in mind that mediation is a prerequisite of court action in the resolution of labor and commercial disputes in Turkey, the ratification of the Convention by Turkey may contribute mostly to the efficiency of mediation proceedings. Judicial settlements reached at the end of mediation, which shall be enforced in the same manner as a judgment in Turkish law, will also be subject to recognition or enforcement in other contracting states according to the Convention. This might encourage parties, especially those who plan to enforce the decision or refer to the property of the other party located in another country, to settle through mediation in Turkey.

On the other hand, it must be noted that the Convention brings an additional burden of scrutinizing the jurisdiction of the court of origin at the recognition or enforcement stage. Even if a judge can still resort to his/her national law for recognition or enforcement, the eligibility requirement based on jurisdiction of the court of origin provided in Article 5 will definitely complicate and lengthen the recognition or enforcement proceedings.

Moreover, the Convention is not dealing with two issues which give rise to many problems in Turkish practice: First, the recognition and enforcement of decisions rendered by foreign authorities other than the courts; and second, the recognition and enforcement of interim measures, which are very significant in safeguarding the interests of parties in international commercial practice, and whose lack of global circulation hinder their efficiency. Had the Convention dealt with these two issues, it would contribute to the resolution of two major practical problems. In such a case, the answer of the question asked in the title of this study would definitely be in the affirmative.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Bibliography/Bibliyografya

- Arat, T., ‘Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi’ (1964) 21 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- Beaumont, P. and Walker, L., ‘Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters in the Brussels I Recast and Some Lessons from It and the Recent Hague Conventions for the Hague Judgments Project’ (2015) 11 Journal of Private International Law 31-63.
- Bonomi, A., ‘Courage or Caution? A Critical Overview of the Hague Preliminary Draft on Judgments’, (2015/2016) 17 *Yearbook of Private International Law* 1-31.
- Çalışkan, Z., *Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat* (Vedat 2013)
- Çelikel, A. and Erdem, B., *Milletlerarası Özel Hukuk* (Beta 2017)
- Demir Gökyayla, C., *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni* (Seçkin 2001)
- Demirkol, Ö., *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Karşılıklılık Esası* (On İki Levha 2017)
- Doğan, V., *Milletlerarası Özel Hukuk* (Savaş 2020)
- Esen, E., ‘Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Yabancı Tüzel Kişilerin Teminat Yükümlülüğünden Muafiyeti’ (2018) 9(1) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1-26
- Ekşi, N., *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Beta 2013)
- __ , *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları* (On İki Levha 2010)
- __ , *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, (2nd Ed. Beta 2000)
- __ , “Devletler Özel Hukukunda Aşırı Yetki Kuralları” in *Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan*, (Marmara Hukuk Fakültesi 1999)
- Erkan, M., *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi* (On İki Levha 2020)
- Feldman, A., ‘Rethinking Review of Foreign Court Jurisdiction in Light of the Hague Judgments Negotiations’ (2014) 89 New York University Law Review 2190-2227
- Güven, P., “Tanıma Tenfize Konu Olabilecek Kararlar”, in Süheyla Balkar Bozkurt (ed) *Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler* (On İki Levha 2018) 29-37.
- __ , *Tanıma – Tenfiz* (Yetkin 2013)
- Giray, K., ‘Tenfize İlişkin Üç Soru : Tenfize Konu Yabancı İlamın Hukuk Devletinden Sadır Olması Gerekir Mi ? Arabuluculuk Neticesinde Yapılan Sulh Anlaşması Tenfiz Edilebilir Mi ? Yabancı Mahkemeden Sadır Ödeme Emri Kararı Tenfiz Edilebilir Mi ?’ (2019) 39(2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 609-643.
- __ , “Karşılıklılık Koşulu ve Uluslararası Antlaşmalarla MÖHUK’un Tanıma-Tenfiz Sistemine Getirilen Farklılıklar” in Süheyla Balkar Bozkurt (ed) *Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler* (On İki Levha 2018) 69-81.
- Goddard, D., ‘The Judgments Convention – The Current State of Play’ (Spring 2019) 29 *Duke Journal of Comparative & International Law* 473-490
- Huysal, B., ‘Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflar ile Gerçek Bağlantısının Tanıma ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi’ (2011) *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 467-503
- Kırlı Aydemir, D. D., *Milletlerarası Usul Hukukunda İhtiyati Tedbirler* (On İki Levha 2013)

- Nomer, E., *Devletler Hususi Hukuku* (Beta 2017)
- O'Brian, W.E., 'The Hague Convention on Jurisdiction and Judgments: The Way Forward' (July 2003) 66 *The Modern Law Review*, 491-509
- Özkan, I. and Tütüncübaşı, U., *Uluslararası Usul Hukuku* (Adalet 2017)
- Öztürk, N., 'Arbuluculuğun Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu : Genel Bakış' (2015) 31(2) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 203-256
- Özğür, A.İ., *Türk Medeni Kanununun Yeni Düzenlemeleri ile Açıklamalı İçtihatlı Velayet-Vesayet-Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku* (Seçkin 2003)
- Pürselim, H.S., 'Yabancılık İçeren Arbuluculuk Usulü ve Bağlayıcılığı Hakkında Düşünceler' (2014) 20(2) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 3-21
- Rumenov, I., 'Implications of the New 2019 Hague Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments on the National Legal Systems of Countries in South Eastern Europe' (2019) 3 *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series* 385-404
- Sakmar, A., *Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları* (Istanbul 1982)
- Stewart, D. P., 'The Hague Conference Adopts a New Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters' (October 2019) 113 *American Journal of International Law* 772-784.
- Süral, C., *Avrupa Birliği'nde Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Güncel 2007)
- Süral, C. and Tarman, Z.D., 'Recognition and Enforcement of Foreign Court Decisions in Turkey' (2013/2014) 15 *Yearbook of Private International Law* 486-508.
- Süzen, B., *Tanım ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi* (On İki Levha 2016)
- Şanlı, C. and Esen, E. and Ataman Fıganmeşe, İ., *Milletlerarası Özel Hukuk* (Beta 2019)
- Şit, B., 'Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kesinleşme Şartı' (2011) 15 *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*
- Teitz, L.E., 'Another Hague Judgments Convention? Bucking the Past to Provide for the Future' (Spring 2019) 29 *Duke Journal of Comparative & International Law* 491-511
- Tiryakioğlu, B., "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzenine Aykırılık", in Süheyla Balkar Bozkurt (ed) *Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Güncel Gelişmeler*, (On İki Levha 2018) 83-94.
- Tütüncübaşı, U., 'Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü' (2010) 12(2) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 183-223
- Yarar, G., *Milletlerarası Özel Hukukta Arbuluculuk* (On İki Levha 2019)



Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 30.04.2020
Revizyon Talebi: 16.05.2020
Son revizyon teslimi: 19.05.2020
Kabul: 18.08.2020
Online Yayın: 27.10.2020

Uluslararası Hukuk ve Karşılaştırmalı Hukukta İdari Gözetime Alternatif Tedbirler

Alternatives to Immigration Detention in Comparative Law and International Law

Meltem İneli Çiğer*

Öz

İdari gözetime alternatif tedbirleri, idari gözetime göre yabancıların temel hak ve özgürlüklerini daha az kısıtlayan tedbirler ve yükümlülükler olarak tanımlamak mümkündür. 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda 6 Aralık 2019 tarihinde yapılan değişiklik ile mevzuatımıza idari gözetime alternatif tedbirler getirilmiştir. İdari gözetime alternatif tedbirlerin kanunumuzda düzenlenmesi ülkemizdeki göçmenlerin özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından oldukça önemli bir gelişme teşkil etse de Türk hukuk doktrininde bu konuda yapılan çalışmaların sayısı oldukça sınırlıdır. Makalenin amacı uluslararası hukuk ve karşılaştırmalı hukukta idari gözetime alternatif tedbirleri incelemek suretiyle doktrine katkıda bulunmaktır. Makalenin ilk kısmında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de dahil olmak üzere ilgili uluslararası hukuk belgeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları incelenmek suretiyle idari gözetime alternatif tedbirlere ilişkin uluslararası hukuk çerçevesi ve insan hakları temelli idari gözetim alternatiflerinin unsurları ortaya konulacaktır. Makalenin ikinci kısmında ise idari gözetime alternatif tedbirlerin Birleşik Krallık, Kanada ve Avusturya hukukunda ne şekilde düzenlendiği ve uygulamada hangi hususlara dikkat edildiği incelenecektir. Bu incelemeler ışığında makalenin sonuç kısmında ise ülkemizde idari gözetime alternatif tedbirlerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili bazı tespit ve önerilere yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler

Göç bağlamında idari gözetime alternatif tedbir- AİHS m. 5- özgürlük ve güvenlik hakkı- Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m 57/A- teminat- elektronik izleme- elektronik kelepçe

Abstract

The term 'alternatives to detention' refers to the range of measures that fall short of full deprivation of liberty or administrative detention. The Turkish Law on Foreigners and International Protection (Law No 7196) was amended on 6 December 2019. With this amendment, alternatives to immigration detention were introduced to the Turkish asylum laws. Introduction of these alternatives constitutes an important development especially considering its implications for the right to liberty and security of migrants in Turkey. Despite this importance, there are very few academic sources written in Turkish on this matter. The aim of this article is to contribute to the existing literature by examining alternatives to immigration detention in international law and comparative law. In doing so, the first part of the article will examine the international law framework and identify elements of alternatives to immigration detention that are in line with fundamental rights through an analysis of the relevant literature and the European Court of Human Rights jurisprudence. Whereas, the second part of the article will analyse how the alternatives to immigration detention are regulated and implemented in the United Kingdom, Canada and Austria. In light of this analysis, the conclusion will make a number of recommendations on the regulation and implementation of the alternatives to immigration detention in Turkey.

Keywords

Alternatives to immigration detention- ECHR art 5- right to freedom and security- Turkish Law on Foreigners and International Protection art 57/A- deposit- electronic monitoring – electronic tagging

Yazar makalenin taslak çalışmaları esnasındaki değerli yorumları için Meltem Hamit'e teşekkür etmek istemektedir.

* **Sorumlu Yazar:** Meltem İneli Çiğer (Dr. Öğr. Üyesi), Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye. E-posta: meltemciger@sdu.edu.tr ORCID: 0000-0003-4440-4042

Atf: İneli Çiğer M, "Uluslararası Hukuk ve Karşılaştırmalı Hukukta İdari Gözetime Alternatif Tedbirler" (2020) 40(2) PPIL 799.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0025>



Extended Summary

The right to liberty and security is secured under Article 5 of the European Convention on Human Rights (ECHR). Article 5 of the ECHR provides “*Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law: (f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.*” One of the exceptions, contained in sub-paragraph (f) of Article 5(1), permits states to control the liberty of aliens in an immigration context; nevertheless, the ECHR requires that any deprivation of liberty should be in keeping with the purpose of Article 5, namely to protect the individual from arbitrariness.

The European Court of Human Rights (ECtHR) has found in a number of cases, especially those concerning vulnerable individuals, that the Contracting Parties have violated the European Convention on Human Rights by arbitrarily detaining persons in cases where less coercive measures could have been used. Established case law of the Court suggests that immigration detention should be a measure of last resort especially in the case of vulnerable individuals and immigration detention should follow after an actual verification that no other measure involving a lesser restriction of their freedom could be put in place. These measures involving a lesser restriction of migrants’ freedom and security include alternatives to immigration detention. According to the International Detention Coalition (IDC), alternatives to immigration detention can be defined as “Any law, policy or practice by which persons are not detained for reasons relating to their migration status.” (IDC 2015) Alternatives to immigration detention may include the following measures: obligation to surrender passports or travel documents, residence restrictions, release on bail and provision of sureties by third parties, regular reporting to the authorities, placement in open facilities with caseworker support, electronic monitoring. (FRA 2015)

On 6 December 2019, the Turkish Law on Foreigners and International Protection (Law No 7196) was amended with the adoption of Law no 7196. With the amendment of article 57 of the Law on Foreigners and International Protection and the newly added article 57/A, alternatives to immigration detention were introduced to the Turkish laws. Introduction of the alternatives to immigration detention constitutes an important development especially considering its possible effect on the right to liberty and security of asylum seekers and migrants in Turkey, especially those detained in Removal Centres. Turkey, at the time of writing, has 28 Removal Centres that have the capacity to hold 20,000 persons in total. Despite this important point there are very few academic sources written in Turkish on alternatives to immigration detention. The article examines how international law and the United Kingdom, Canadian and Austrian laws confront alternatives to immigration detention. By

examining alternatives to immigration detention in international law and comparative law, the article aims to fill the gap in Turkish legal literature concerning alternatives to immigration detention.

The article consists of two main parts. The first part of the article will examine the international law framework concerning alternatives to immigration detention and identify elements of a policy on alternatives to immigration detention that is in line with the fundamental human rights through an analysis of international instruments and the jurisprudence of the European Court of Human Rights. Whereas, the second part will analyse how the alternatives to immigration detention are regulated and implemented in the United Kingdom, Canada and Austria. In light of this analysis, the conclusion will offer a number of recommendations on the regulation and implementation of the alternatives to immigration detention in Turkey.

Uluslararası Hukuk ve Karşılaştırmalı Hukukta İdari Gözetime Alternatif Tedbirler

Giriş

6.12.2019 tarihli ve 7196 sayılı Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik yapılmasına Dair Kanun¹ ile 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun (YUKK)² bazı maddelerinde değişiklik yapılmış ve kanuna bazı ek maddeler getirilmiştir. YUKK m. 57'de yapılan değişiklik ile kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye'den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturan yabancılar veya bu kapsamda olup idari gözetimi sonlandırılan yabancılar hakkında idari gözetime alternatif yükümlülükler getirilebileceği düzenlenmiştir. Belirli adreste ikamet etme, bildirimde bulunma, aile temelli geri dönüş, geri dönüş danışmanlığı, kamu yararına hizmetlerde gönüllülük esasıyla görev alma, teminat ve elektronik izleme olmak üzere YUKK m. 57/A ile hukukumuzda idari gözetime alternatif yedi tedbir getirilmiştir. Söz konusu alternatiflere ilişkin detaylı düzenlemenin yakın zamanda ikincil mevzuat ile yapılması beklenmektedir.

Makalenin yazım tarihinde Türkiye'de yabancıların sınır dışı amacıyla idari gözetim altında tutulması için kurulmuş toplam 20.000 kişi kapasiteli olmak üzere 28 Geri Gönderme Merkezi bulunmaktadır.³ İdari gözetime alternatif tedbirler Geri Gönderme Merkezlerinde tutulan çok sayıda yabancıların salıverilmesi ve gelecekte birçok yabancıların özgürlüğünün kısıtlanmaması anlamına gelmekte ve bu nedenle oldukça önemli bir araştırma konusu teşkil etmektedir. İdari gözetime alternatif tedbirlerin uygulanması ile Geri Gönderme Merkezlerinde tutulan çok sayıda yabancıların salıverilmesi ve hakkında sınır dışı kararı verilen yabancıların özgürlük ve güvenlik hakkının daha az kısıtlanması söz konusu olacaktır. Bu husus dikkate alındığında idari gözetime alternatif tedbirler oldukça önemli bir araştırma konusu teşkil etmektedir.⁴ İdari gözetime alternatif tedbirleri konu edinen birçok yabancı

1 Kanun Numarası: 7196, Kabul Tarihi: 06.12.2019, RG 24.12.2019/30988.

2 Kanun Numarası: 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Kabul Tarihi: 04.04.2003, RG 11.04.2013/28615.

3 Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, İstatistikler- Geri Gönderme Merkezleri, <<https://www.goc.gov.tr/geri-gonderme-merkezleri33>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

4 YUKK'da yapılan değişiklikleri değerlendiren kaynaklar için bkz. Antalya Barosu İnsan Hakları Merkezi, Dünya Evimiz Derneği, Uluslararası Dayanışma Derneği, Göç Araştırmaları Derneği (GAR), Göçmen Dayanışma Derneği, Hak İnişiyatifi Derneği, Halkların Dayanışma Köprüsü Derneği, İltica ve Göç Araştırmaları Derneği (İGAM), İnsan Hakları Derneği (İHD), İnsan Hakları Gündemi Derneği (İHGD), İzmir'de Suriyeli Mültecilerle Dayanışma Derneği, Kaos GL, Kırkayak Kültür, Medya ve Mülteci Hakları Derneği, Mültecilerle Dayanışma Derneği (Mülteci-der), Uluslararası Mülteci Hakları Derneği, Van Barosu, Yurttaşlık Derneği, Yuva Derneği, YUKK Değişiklikleri Hakkında Ortak Değerlendirme (2019) <<https://www.gocarastirmalardemegi.org/attachments/article/144/yukk-degisiklikleri-hakkinda-ortak-degerlendirme.pdf>> Erişim Tarihi 30 April 2020; Ankara Barosu Duyurusu, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, <<http://ankarabarosu.org.tr/HaberDuyuru.aspx?DUYURU&=4306>> Erişim Tarihi 30 April 2020; Uluslararası Mülteci Hakları Derneği, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı İncelemesi (2019) <<https://www.umhd.org.tr/wp-content/uploads/2019/11/kanun-tasla%C4%9F%C4%B1-incelemesi.pdf>> Erişim Tarihi 30 April 2020; Barış Teksoy, 'İdari Gözetim Altına Alınan Yabancıların Elektronik ve İletişim Cihazlarının İncelenmesine İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi' (2020) 75(2) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 517-556.

kaynak⁵ ve idari gözetimi konu edinen birçok Türkçe kaynak⁶ mevcut olmakla birlikte makalenin yazım tarihinde idari gözetime alternatif tedbirleri kapsamlı şekilde inceleyen oldukça sınırlı sayıda Türkçe kaynak bulunmaktadır.⁷ Makalenin amacı idari gözetime alternatif tedbirlere ilişkin uluslararası hukuk çerçevesi ve insan hakları temelli idari gözetim alternatiflerinin unsurlarını belirleyip bu tedbirlerin Birleşik Krallık⁸, Kanada ve Avusturya mevzuatında ne şekilde düzenlendiğini ortaya koyarak Türk hukuk doktrinine katkıda bulunmaktır. Makalede karşılaştırmalı hukuk analizi bakımından Birleşik Krallık, Kanada ve Avusturya hukukunun seçilme nedeni söz konusu devletlerin idari gözetime alternatif tedbirleri yasa ve ikincil yasal düzenlemeler ile detaylı şekilde düzenleyip, kapsamlı uygulama rehberleri hazırlamış olmalarıdır.

Makalenin ilk kısmında uluslararası hukukta idari gözetime alternatif tedbirlere ilişkin ilkeler ve insan hakları temelli etkin idari gözetim alternatiflerinin unsurları tespit edilmiş, özellikle bu tedbirlere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında ne şekilde yer verildiği ortaya konulmuştur. İkinci kısımda ise idari gözetime alternatif tedbirlerin Birleşik Krallık, Kanada ve Avusturya hukukunda ne şekilde düzenlendiği ve bu ülkelerde nasıl uygulandığı incelenmiştir. Sonuç ve

- 5 Bu kaynaklardan bazıları için bkz. Forced Migration Review No. 44 - Detention, 'Alternatives to Detention, and Deportation', Refugee Studies Centre, (2013); Council of Europe, 'Human Rights and Migration. Legal and practical aspects of effective alternatives to detention in the context of migration' Analysis of the Steering Committee for Human Rights (CDDH), 7 December 2017 <<https://rm.coe.int/legal-and-practical-aspects-of-effective-alternatives-to-detention-in-16808f699f>> Erişim Tarihi 30 April 2020 (bundan sonra CDDH Report); International Detention Coalition (IDC), *There are Alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention* (revised edition 2015), <<https://idcoalition.org/wp-content/uploads/2015/10/There-Are-Alternatives-2015.pdf>> Erişim Tarihi 30 April 2020, s.7; European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), 'Alternatives to detention for asylum seekers and people in return procedures' (2015) <<https://fra.europa.eu/en/publication/2015/alternatives-detention-asylum-seekers-and-people-return-procedures>> Erişim Tarihi 30 April 2020; Alice Bloomfield, 'Alternatives to detention at a crossroads: Humanisation or criminalisation?' (2016) 35(1) Refugee Survey Quarterly 29-46; Philippe De Bruycker, Alice Bloomfield, Lilian Tsourdi, Joanna Pétin (Eds.) *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU Time for Implementation* (2015) <<https://odyssey-network.eu/wp-content/uploads/2015/02/FINAL-REPORT-Alternatives-to-detention-in-the-EU.pdf>> Erişim Tarihi 30 April 2020; EMN, 'The use of detention and alternatives to detention in the context of immigration policies Synthesis Report' (2014) <<https://www.refworld.org/docid/546dd6f24.html>> Erişim Tarihi 30 April 2020.
- 6 Nuray Ekşi, *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim* (1st edn, Beta Yayınevi 2014); İlke Göçmen, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Avrupa Birliği ve Türkiye Göç Hukuku* (1st edn, Seçkin Yayınevi 2015) s. 337-389; Işıl Özkan, *Göç ve Sığınma Hukuku* (3rd edn, Seçkin Yayınevi 2018); Döndü Kuşçu, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri* (Onikilevha Yayınları 2017) 124-151; Bülent Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteciler Hukuku* (6. Baskı, Seçkin 2016) 172 vd.; Merve Akbulut, *Türk ve Yabancılar Hukukunda İdari gözetim* (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2018); Başak Türkgenç, *Türkiye'de İdari Gözetim Kurumu: Hukuki Rejim ve Uygulama* (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2018); Simin Yalçıntaş Deli, *Uluslararası İnsan Hakları ve Mülteci Hukuku İle 6458 Sayılı Kanuna Göre Sığınmacıların İdari Gözetimi* (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2020).
- 7 İdari gözetime alternatif yükümlülükler de dahil olmak üzere 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Aralık 2019 tarihinde yapılan değişiklikleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında değerlendiren çalışma için bkz. Meltem İneli Çiğler, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yabancılar ve Uluslararası Koruma' Kanunu'nda Aralık 2019'da Yapılan Bazı Değişikliklerin Değerlendirilmesi' (2020) 26(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi *Gelecek Sayı*; idari gözetime alternatif tedbirlere değinen yayımlar için bkz. International Detention Coalition (IDC) ve Mülteci Hakları Merkezi (MHD), 'İdari gözetime Alternatifler Göç yönetimi kapsamındaki gerekli olmayan idari gözetimi önlemeye yönelik El kitabı (Gözden geçirilmiş baskı)' (2015) <https://www.mhd.org.tr/images/yayinlar/Mhm_Idari_Gozetime_Alternatifler.pdf> Erişim Tarihi 30 April 2020; Kuşçu (n 6) 131; Akbulut (n 6) 48-55; Yalçıntaş Deli (n 6) 230, 231.
- 8 Bu makalede İngiliz hukuku yerine Birleşik Krallık hukuku terimi kullanılmıştır, bunun nedeni incelemeye esas olan Birleşik Krallık Göç Yasası'nın (Immigration Act 2016) sadece İngiltere için değil İskoçya, Galler, Kuzey İrlanda ve İngiltere için de yürürlükte olmasıdır.

değerlendirmeler kısmında ise birinci ve ikinci kısımda yapılan değerlendirmeler ışığında ülkemizde idari gözetime alternatif tedbirlerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili bazı tespit ve önerilere yer verilmiştir.

I. Uluslararası Hukukta İdari Gözetime Alternatif Tedbirler

A. Genel olarak, Uluslararası Hukukta İdari Gözetime Alternatif Tedbirler

İdari gözetime alternatif tedbir kavramının herkesçe kabul edilmiş evrensel bir tanımı bulunmamakla birlikte; bu terim genellikle idari gözetime göre temel hak ve özgürlükleri daha az kısıtlayan tedbirleri ve yükümlülükleri kapsamaktadır.⁹ İdari gözetime alternatif tedbirlerin idari gözetime göre daha insani olduğu, temel hak ve özgürlüklere daha az kısıtlama ve kamu maliyesine daha az yük getirdiği kabul etmektedir.¹⁰ İdari gözetime alternatif tedbirler arasında bildirim yükümlülükleri, seyahat dokümanına el konulması şartı, devlet tarafından belirlenen yerlerde, açık ve yarı açık merkezlerde veya geri dönüş evlerinde kalma zorunluluğu, ikamet sınırlamaları, vaka yönetimi, geri dönüş danışmanlığı ve geri dönüş yardımları, teminat, garantör/destekçi gösterme ve elektronik kelepçe, ses ve uydu teknolojileri ile izleme yer almaktadır.¹¹ Alternatif tedbirler bunlar ile sınırlı olmayıp, söz konusu listeyi genişletmek mümkündür.

İdari gözetime alternatif tedbirleri emredici kurallar ile düzenleyen uluslararası bir sözleşme bulunmamaktadır. Buna rağmen, göçmenlere ilişkin olarak uygulanan idari gözetimin özellikle hassas durumda olan bireyler için son çare olması gerektiğini belirten ve devletlerin idari gözetime alternatif tedbirleri uygulamasını tavsiye eden çok sayıda uluslararası hukuk belgesinden söz etmek mümkündür.¹² Örneğin; Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu A/RES/63/184 sayılı kararında devletleri göçmenlerin insan haklarını ve onuruna saygı göstermeye ve imkânlar dahilinde idari gözetime alternatif tedbirler uygulamaya çağırmıştır.¹³ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu bu çağırışı A/RES/64/166 sayılı¹⁴ ve A/RES/67/172¹⁵ sayılı kararlarında yinelemiştir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi ise göç bağlamında idari gözetimin gerekli, makul ve orantılı (ölçülü) olması ve periyodik olarak gözden geçirilmesi gerektiğini ve idari gözetimden önce bildirim yükümlülüğü, teminat ve kaçma

9 IDC (n 5) 7.

10 ibid 3.

11 CDDH Report (n 5) para 100-114.

12 Bkz. bu kaynakların ayrıntılı bir incelemesi için Robyn Sampson, Grant Mitchell, 'Global trends in immigration detention and alternatives to detention: Practical, political and symbolic rationales' (2013) 1(3) Journal on Migration and Human Security 97-121; FRA (n 5).

13 Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2008 [on the report of the Third Committee (A/63/430/Add.2)] 63/184. Protection of migrants A/RES/63/184, para 9.

14 Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2009, [on the report of the Third Committee (A/64/439/Add.2 (Part II))] 19 March 2010, A/RES/64/166, para 4.

15 Resolution adopted by the General Assembly on 20 December 2012, [on the report of the Third Committee (A/67/457/Add.2 and Corr.1)] 3 April 2013, A/RES/67/172, para 4.

kaybolmayı önleyecek nitelikte daha hafif tedbirlerin uygulanması gerektiğini belirtmiştir.¹⁶ Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Yürütme Komitesi (*Executive Committee of the High Commissioner's Programme*) (*ExCom*) sığınmacıların ve çocukların Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'ne erişimi ve idari gözetim kararına itiraz etme imkânı olmadan çok uzun süre idari gözetim altında tutulmasını kınamış ve devletlerin idari gözetime alternatif tedbirleri daha etkin şekilde uygulaması gerektiğine dikkat çekmiştir.¹⁷

İdari gözetime alternatif tedbirlere atıfta bulunan uluslararası hukuk belgeleri arasında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin verdiği tavsiye niteliğindeki kararlar da yer almaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 2003 tarihli bir tavsiye kararında sığınmacıların idari gözetimine dair kararın ancak bunun gerekli olduğuna dair titizlikle yapılmış kişisel bir değerlendirmeden sonra alınması gerektiğini ve idari gözetim kararından önce alternatif tedbirlerin kişi için uygulanabilir olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁸ Benzer şekilde Bakanlar Komitesi 2005 yılında yayınladığı kılavuz ilkelerde, sınır dışı amacıyla idari gözetimin ancak daha hafif bir tedbir ile sınır dışı etme amacına ulaşılması mümkün değil ise uygulanması gerektiği yer almaktadır.¹⁹ Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi 1707 (2010) sayılı kararında sığınmacılar ve düzensiz göçmenlerin idari gözetiminin istisnai olması gerektiğini belirtip idari gözetime ancak idari gözetim alternatiflerinin incelenip bunların arasından etkili olabilecek bir tedbir bulunmaması durumunda hükmedilebileceğini ifade etmiştir.²⁰

Avrupa Konseyi'nin 1989 yılında yürürlüğe giren, İşkencenin ve İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi²¹ ile kurulan Avrupa İşkencenin ve İnsanlık dışı veya Onur kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi (*CPT*) ise yabancıların idari gözetimine ancak titizlikle yapılan münferit bir değerlendirmeden sonra karar verilmesi ve idari gözetimin ancak son çare olarak uygulanması gerektiğini ve imkânlar dahilinde idari gözetime alternatif tedbirlerin geliştirilip uygulanması gerektiğini ortaya koymuştur.²²

16 UN Human Rights Committee, General comment No. 35: Article 9, Liberty and security of person, 30 October 2014, CCPR/C/GC/35 18, m. 9.

17 Executive Committee of the High Commissioner's Programme (ExCom) ExCom Conclusions No. 85 (XLIX), 9 October 1998.

18 Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation Rec(2003) 5 of the Committee of Ministers to Member States on Measures of Detention of Asylum Seekers, 16 April 2003, Rec(2003)5, <<https://www.refworld.org/docid/3f8d65e54.html>> para 4 and 6.

19 Council of Europe, Committee of Ministers, 'Guidelines on human rights protection in the context of accelerated asylum procedures' (2009) para XI.

20 Council of Europe, Parliamentary Assembly, Assembly debate on 28 January 2010 (7th Sitting) (see Doc. 12105, report of the Committee on Migration, Refugees and Population, rapporteur: Mrs Mendonça). Text adopted by the Assembly on 28 January 2010 (7th Sitting), <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17813&lang=en>> Erişim Tarihi 30 April 2020, para 9.

21 İşkencenin ve Gayri İnsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelelerin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi 1 Şubat 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme Türkiye için 1 Şubat 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 3411 Sayılı Onay Kanunu 2 Mart 1988 gün ve 19737 Sayılı Resmî Gazete'nin Mükerrer sayısında yayımlanmıştır.

22 European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 'Immigration detention' March 2017, CPT/Inf(2017)3, <<https://rm.coe.int/16806fbf12>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

Birleşmiş Milletler'in 164 üyesinin yer aldığı Marakeş Konferansı'nda çoğunluk oyu ile 10 Aralık 2018'de kabul edilen Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç için Küresel Mutabakat²³ (*Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*) BM Genel Kurulu'nda 17 Aralık 2018'de onaylanmıştır. Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç için Küresel Mutabakat uluslararası hukuk bakımından bağlayıcı olmamakla birlikte, uluslararası göçe yönelik iş birliğinin iyileştirilmesine dair devletlerin ortak taahhütlerini ve Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç için 23 Hedefi (*Objectives for Safe, Orderly and Regular Migration*) içermektedir.²⁴ 13 No'lu Hedef "Göçmenlerin göz altına alınmasının son çare tedbiri olarak kullanılması ve alternatif tedbirlerin üzerinde çalışılması" olarak belirlemiştir.²⁵ Bu hedef kapsamında Mutabakat metnini kabul eden devletler ayrıca uluslararası hukuka uygun idari gözetim alternatiflerinin uygulanmasına öncelik vermeyi, göçmenlerin idari gözetimine ilişkin olarak insan hakları temelli yaklaşımlar benimsemeyi ve idari gözetimi son çare olarak uygulamayı taahhüt etmiştir.²⁶

İdari gözetime alternatif tedbirleri konu alan ve yukarıda incelenen uluslararası hukuk belgeleri devletler için bağlayıcı olmayıp tavsiye niteliğindedir ve bu belgeleri esnek hukuk (*soft law*) olarak nitelendirmek mümkündür.²⁷ Esnek hukuk kurallarının nihai olarak bağlayıcı hukuki kurallara dönüşme ihtimali mevcuttur ve bu kurallar örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumu ve kanıtı bakımından önem arz etmektedir.²⁸ Yukarıda incelenen tavsiye ve görüş niteliğindeki birçok uluslararası hukuk belgesi, devletlerin özellikle sığınmacı ve çocuklar gibi hassas durumdaki yabancılar için idari gözetimi son çare olarak uygulaması ve idari gözetime karar verilmeden önce idari gözetime alternatif tedbirlerin değerlendirmesi gerektiğine vurgu yapmaktadır. Esnek hukuk belgelerinde vurgulanan bu ilkeler aşağıda incelenen AİHM kararlarında da yer bulmuştur.

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdari Gözetime Alternatif Tedbirler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 5 özgürlük ve güvenlik hakkını düzenlemektedir. Yabancıların, özellikle hakkında sınır dışı etme kararı alınan kişilerin,

23 UNGA 2018 Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration. A/RES/73/195. Mutabakat metninin Türkçe çevirisi için bkz. <<https://www.goc.gov.tr/kurumlar/goc.gov.tr/files/k%c3%bcresel%20g%c3%b6%c3%a7%20mutabakat%c4%b1.pdf>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

24 ibid.

25 ibid para 29; Izabella Majher, 'Immigration Detention under the Global Compacts in the Light of Refugee and Human Rights Law Standards' (2019) 57(6) *International Migration* 91-114.

26 İbid para 29.

27 Esnek hukuk için bkz. M. Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları* (13th edn, Beta 2019) 100-106; Süleyman Dost, 'Uluslararası Hukukta Bağlayıcı Olmayan Hukuk' (2019) 14 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 35-74.

28 Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk* Çeviren Yücel Acer, İbrahim Kaya, M. Turgut Demirtepe, G. Engin Şimşek (TÜBA 2018) 83, 84.

idari gözetimi uluslararası hukuk tarafından yasaklanmamıştır.²⁹ AİHS m. 5(1)(f) bir kişinin sınır dışı ya da iade işlemine tabi olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulmasını özgürlük ve güvenlik hakkının meşru istisnalarından biri olarak saymaktadır. Kısaca, bir yabancı hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işlemi olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması doğrudan AİHS m. 5'i ihlal etmemektedir. Ne var ki, idari gözetim kişi özgürlüğü ve güvenliği ile hareket (seyahat) özgürlüğüne ciddi kısıtlamalar getirmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre idari gözetim devletlerin Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Sözleşme ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere taraf olduğu insan hakları sözleşmelerinden doğan uluslararası sorumluluklarına uygun olmalı ve gözetim altında tutulan bireylere birtakım asgari güvenceler sağlanmalıdır.³⁰

Uluslararası insan hakları hukukuna göre idari gözetimin gerekli, makul ve orantılı (ölçülü) olması gerekmektedir.³¹ İdari gözetim kararı, iç hukuk tarafından yetkilendirilmiş hukuki veya idari bir kişi veya kurum tarafından alınmalıdır.³² İdari gözetim yabancıya alıkonma amacına hizmet etmeye yetecek makul bir süre ile sınırlı olmalı ve meşru bir amaca hizmet etmelidir, bu tür bir amaçtan yoksun bir idari gözetim kararı keyfi alıkonulma anlamına gelecek ve AİHS gibi kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını güvence altına insan hakları sözleşmelerini ihlal edecektir.³³

AİHM içtihadına göre bir sınır dışı etme amacıyla idari gözetim uygulamalarının keyfi olarak kabul edilmemesi için şu hususlara dikkat edilmelidir: idari gözetim iyi niyet çerçevesinde uygulanmalı ve kişinin tutulma amacına hizmet etmelidir, idari gözetim yeri ve koşulları insan hakları standartlarına uygun olmalıdır, idari gözetim süresi tedbirin amacına ulaşması için ihtiyaç duyulan makul süreyi aşmamalıdır, sınır dışı işlemleri gereken özen gösterilerek yürütülmelidir ve hakkında idari gözetime hükmedilen kişinin ülkeden çıkış yapacağına dair gerçekçi bir beklenti olmalıdır.³⁴

İdari gözetime alternatif tedbirler, AİHM tarafından idari gözetimin gerekli ve orantılı bir tedbir olarak uygulanıp uygulanmadığına ilişkin olarak yapılan değerlendirmede dikkate alınmaktadır.³⁵ AİHM özellikle çocuklar ve çocuklu aileler gibi hassas durumdaki kişiler hakkında idari gözetim kararı alınmadan önce alternatif tedbirlerin

29 *Saadi v. Italy* [GC] App no 37201/06, (ECHR, 28 February 2008) para 43; *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey* App no 30471/08 (ECHR, 22 September 2009) para 128.

30 *Khlaifia and Others v. Italy* [GC] App no 16483/12 (ECHR, 15 December 2016) para 163. M.S.S. v. Greece ve Belgium [GC] App no 30696/09, (ECHR, 21 January 2011) para 216-218.

31 Bkz. A.B. and Others v France App no 11593/12 (ECHR, 12 July 2016); A v. Australia, Communication No. 560/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (30 April 1997); UN Human Rights Committee (HRC), General Comment No. 35, Article 9 (Liberty and security of person), 16 December 2014, CCPR/C/GC/35, <<https://www.refworld.org/docid/553e0f984.html>> Erişim Tarihi 30 April 2020, para 18.

32 Bunun aksi AİHS m. 5(1)'e aykırı olacaktır. Bkz. *Shamsa v. Poland* App no 45355/99 and 45357/99 (ECHR, 27 November 2003).

33 *Saadi v. Italy*, para 74; *Rustamov v. Russia* App no 11209/10 (ECHR, 3 July 2012) para 150.

34 *Saadi v. Italy*, para 74; *Suso Musa v. Malta* App no 42337/12 (ECHR, 23 June 2013), para 93; CDDH Report (n 5) para 14.

35 Bloomfield (n 5) 36.

değerlendirilmesinin zorunlu olduğuna dair birçok karar vermiştir.³⁶ AİHM, *Rahimi/Yunanistan* kararında hakkında sınır dışı etme kararı alınan 15 yaşındaki Afganistan vatandaşı refakatsiz bir çocuğun düzensiz göçmenler için kurulmuş bir merkezde 2 gün boyunca 18 yaşından büyük göçmenlerle birlikte kötü şartlarda tutulmasını AİHS m. 3'e aykırı bulmuştur.³⁷ Mahkeme, ayrıca idari mercilerin başvuru konusunu merkezde gözetim altında tutulmasının son çare olarak olup olmadığının ve idari gözetim yerine daha az kısıtlayıcı bir tedbir uygulanıp uygulanamayacağını incelenmediğini bu nedenle çocuğun yüksek menfaatinin gözetilmediğine karar vermiştir. Yine benzer şekilde, AİHM *Popov/Fransa* kararında ise idari gözetim altına alınan çocuklu bir ailenin idari gözetimine ilişkin verdiği kararda idari gözetimin *gerekli olması* gerektiğine dikkat çekerek söz konusu davada çocuklu ailenin idari gözetiminin son çare olup olmadığının değerlendirilmemesini ve idari gözetime alternatif tedbirlerin araştırılmamasını AİHS m. 5(1)'e aykırı bulmuştur.³⁸

AİHM *G.B. ve diğerleri/Türkiye* kararında ise bir anne ve üç çocuğunun 2014 yılında Kumkapı ve Gaziantep Geri Gönderme Merkezlerinde tutulması ile ilgili olarak AİHS m. 3, m. 5 ve m. 13'ün ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁹ Söz konusu kararda Mahkeme uluslararası hukukta sadece çocuklar hakkında değil aynı zamanda onların aileleri hakkında da idari gözetim kararı alınmaksızın idari gözetim alternatiflerine hükmedilmesi yönünde bir eğilim olduğunu ve çocuğun yüksek menfaati için idari mercilerin imkânlar dahilinde idari gözetim yerine alternatiflerine hükmetmesi gerektiğini belirtmiştir.⁴⁰

AİHM sadece çocuk ve çocuklu ailelerin değil hasta bireylerin idari gözetimine ilişkin yapılacak değerlendirmede de idari gözetime alternatif tedbirlerin dikkate alınmasını öngörmektedir. Örneğin, AİHM *YohEkale Mwanje/Belçika* kararında HIV pozitif olan Kamerun vatandaşı başvuru konusunu sınır dışı edilmesi öncesinde 7 hafta boyunca idari gözetim altında tutulmasını özellikle idari gözetim boyunca sağlık durumunun kötüleşmesi ve idari gözetim yerine geçici ikamet izni gibi alternatiflerin gözden geçirilmemesi nedeniyle AİHS m. 5'i ihlal ettiğini belirtmiştir.⁴¹

İdari gözetime alternatif tedbirlere atıf yapılan diğer AİHM kararları da öngörülebilir ve makul bir sürede sınır dışı edilme ihtimali olmayan kişilerin idari gözetimine ilişkin olanlardır. AİHM *Louled Massoud/Malta* kararında, deniz yoluyla ülkeden kaçmanın kişinin hayatını tehlikeye atmadan mümkün olmadığı ve hava yolu ile ülkeden ayrılmanın sıkı kontrollere bağlı olduğu Malta'da, Cezayir vatandaşı olan

36 *Popov v. France* App no 39472/07 and 39474/07 (ECHR, 19 January 2012) para 119, 141; *A.B. and others v. France* App no 11593/12 (ECHR, 12 July 2016) para 120, 123, 124.

37 *Rahimi v. Greece* App no 8687/08 (ECHR, 5 July 2011).

38 *Popov v. France* App no 39472/07 ve 39474/07 (ECHR, 19 January 2012).

39 *G.B. and others v. Turkey* App no 4633/15 (ECHR, 17 October 2019).

40 *ibid* para 168.

41 *YohEkale Mwanje v. Belgium* App no 10486/10 (ECHR, 20 December 2011) para 124.

başvurucunun yakın bir tarihte sınır dışı edilme ihtimalinin bulunmamasına rağmen idari mercilerin idari gözetime alternatif hiçbir tedbiri uygulamayarak kişiyi 18 ay ve 9 gün süre ile idari gözetim altında tutmasını keyfi tutulma sayıp söz konusu idari gözetimin AİHS m. 5(1) ve m. 5(4)'ü ihlal ettiğine karar vermiştir.⁴² AİHM, *S.Z./Yunanistan* kararında ise pasaportundan Suriye vatandaşı olduğu açık olan başvuruçunun, Suriye'deki iç savaş nedeniyle 2013 yılında sınır dışı edilmesinin mümkün olmadığı hususu ve kişi hakkında hükmedilebilecek idari gözetime alternatif tedbirler göz önünde bulundurulmadan idari gözetim altında tutulmasını AİHS m. 5(1) (f) ve m. 5(4)'e aykırı bulmuştur.⁴³ Özetlemek gerekir ise; AİHM'ne göre öngörülebilir ve makul bir süre içerisinde sınır dışı edilmesi mümkün olmayan kişiler hakkında idari gözetime değil imkânlar dahilinde idari gözetime alternatif tedbirlere hükmedilmelidir.

AİHM idari gözetime alternatif tedbirleri her ne kadar idari gözetimin gerekli ve orantılı olup olmadığına ilişkin değerlendirme kapsamında incelese de şu ana kadar göç bağlamında uygulanan idari gözetime alternatif bir tedbirin insan haklarına ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygunluğuna dair somut bir karar vermemiştir.⁴⁴

1. İnsan Hakları Temelli İdari Gözetime Alternatif Tedbirlerin Unsurları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bugüne kadar idari gözetime alternatif bir tedbirin AİHS'ne uygunluğuna dair bir karar vermemiştir. Buna rağmen, idari gözetime alternatif tedbirlerinin bazıları kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı başta olmak üzere gibi bazı temel insan haklarını sınırlayabilecek niteliktedir. Bu nedenle idari gözetim gibi idari gözetime alternatif tedbirlerin düzenlenmesi ve uygulanması da devletlerin taraf oldukları insan hakları sözleşmelerine uygun olmalı ve birtakım asgari insan hakları güvencelerini gözetmelidir.⁴⁵ İnsan hakları temelli idari gözetim alternatiflerinin unsurları ve idari gözetime alternatif tedbirler düzenlenirken ve uygulanırken gözetilmesi gereken asgari insan hakları güvenceleri bu çalışmada sekiz başlıkta incelenmiştir.

İlk olarak, idari gözetime alternatif tedbirler ve bu tedbirlere ilişkin kurallar kanunlar ile belirlenmelidir.⁴⁶ İdari gözetime alternatif tedbirler ile ilgili yasal düzenlemelerde mevcut alternatiflerin çeşitleri, alternatiflere karar verilirken yapılması gereken

42 *Louled Massoud v. Malta* App no 24340/38 (ECHR, 27 October 2010).

43 *S.Z. v. Greece* App no 66702/13 (ECHR, 21 June 2018) paras 57-60, 73.

44 İltica başvurusu reddedilen başvuruçunun gönüllü geri dönüş yardımı olarak menşe ülkeye geri dönmesine müteakip öldürüldüğü davada gönüllü geri dönüş programları ve yardımlarının devletlerin AİHS m. 2 ve m. 3 kapsamındaki sorumluluklarına etkisinin değerlendirildiği karar için bkz. *N.A. v. Finland* App no 25244/18 (ECHR, 14 November 2019).

45 *Khlaifia and others v. Italy*, para 163; UNHCR-OHCHR, Global Roundtable on Alternatives to Detention of Asylum-seekers, Refugees, Migrants and Stateless Persons, Summary Conclusions, Geneva, 2011 <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/Events/SummaryConclusions.pdf> Erişim Tarihi 30 April 2020, para 18.

46 İdari gözetimin kanunlar ile düzenlenmesi gereği için bkz. *Amuur v. France* App no 19776/92 (ECHR, 25 June 1996); UNHCR-OHCHR (n 45) para 18; UNHCR, Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention (2012) <<https://www.refworld.org/docid/503489533b8.html>> Erişim Tarihi 30 April 2020, Annex A.

değerlendirme ve bu değerlendirmede izlenecek usul, alternatiflerin uygulanması sırasında kişilere sağlanması gereken asgari hak ve güvenceler ve alternatiflerin uygulanmasından sorumlu olan yetkililer açıkça belirtilmelidir.

İkinci olarak, AIHM ve İnsan Hakları Komitesi'nin verdiği kararlarda da belirtildiği üzere özgürlük ve güvenlik hakkı ve hareket özgürlüğüne ciddi bir kısıtlama getiren idari gözetimin gerekli, makul ve orantılı olması gerekmektedir.⁴⁷ İdari gözetime alternatif tedbirlerin insan haklarını kısıtlayabileceği göz önünde bulundurularak idari gözetime alternatif tedbirlerin de gerekli, makul ve orantılı olması gerekmektedir.⁴⁸ Yani, idari gözetim alternatifleri meşru bir amaca hizmet etmeli, tedbirlerin temel insan haklarına getirdiği kısıtlama ile idarenin bu tedbirin uygulanmasından elde edileceği yarar arasında hakkaniyete uygun bir denge bulunmalıdır.

Üçüncü olarak, idari gözetime alternatif tedbirler sadece hakkında idari gözetim kararı alınabilecek kişiler için uygulanmalı, idari gözetim altına alınmaması gereken kişiler hakkında alternatif tedbirler de uygulanmamalıdır.⁴⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. Maddesi işkence yasağını "*hiç kimse işkenceye, gayri insani yahut onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulamaz*" demek suretiyle düzenlemiştir. AIHM 1989 tarihli *Soering/Birleşik Krallık* kararında ilk defa yabancıların gönderileceği ülkede kötü muameleye maruz kalma riski olduğu hallerde gönderen devletin bunda bir sorumluluğu olabileceğine hükmetmiştir.⁵⁰ AIHM içtihatlarıyla zenginleşen insan hakları hukuku bir devletin yetki alanına giren kişilerin işkence, gayri insani yahut onur kırıcı ceza veya muamele riski olan bir ülkeye gönderilmesini yasaklamıştır. Uluslararası hukukta bugün örf ve âdet kuralı haline gelmiş olan geri gönderme yasağı⁵¹ kapsamında menşe ülkeye ve/veya üçüncü bir ülkeye geri gönderilmesi mümkün olmayan kişiler kural olarak idari gözetim altına alınmamalı⁵² ve bu kişiler hakkında idari gözetim alternatiflerine de hükmedilmemelidir.

Dördüncü olarak, idari gözetim ve alternatiflerine dair değerlendirmede hassas durumdaki kişiler tespit edilmeli ve bu kişiler hakkında kural olarak idari gözetim yerine alternatif tedbirler uygulanmalıdır. Uluslararası hukuk bakımından hassas durumdaki birey kavramının tek bir tanımı olmasa da aşağıdaki gruplar hassas

47 Bkz. *A.B. and others v. France* App no 11593/12 (ECHR, 12 July 2016); *A v. Australia*, Communication No. 560/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (30 April 1997); UN Human Rights Committee (HRC), General comment no. 35, Article 9 (Liberty and security of person), 16 December 2014, CCPR/C/GC/35, <<https://www.refworld.org/docid/553e0f984.html>> Erişim Tarihi 30 April 2020, para 18.

48 UNHCR-OHCHR (n 45) para 18; UNHCR, Guidelines (n 46); Cathryn Costello and Esra Kaytaç, 'Building empirical research into alternatives to detention: perceptions of asylum-seekers and refugees in Toronto and Geneva' UNHCR, June 2013, PPLA/2013/02, <<https://www.refworld.org/docid/51a6fec84.html>> Erişim Tarihi 30 April 2020, s. 11; Bloomfield (n 5) 44.

49 Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU Time for Implementation (n 5) 66.

50 *Soering v. UK* App no 14038/88 (ECHR, 7 July 1989).

51 AIHS'nin 3. maddesi gibi Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesi de İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 3. maddesi de işkenceyi yasaklamaktadır. Bu sözleşmelerin yaptırım mekanizmalarını oluşturan İnsan Hakları Komitesi ve İşkenceye Karşı Komitenin kararları da geri gönderilmeme ilkesinin gelişmesinde önemli rol oynamıştır.

52 *S.K. v. Russia* App no 52722/15 (ECHR, 14 February 2017).

durumdaki bireyler olarak nitelendirilebilmektedir: refakatsiz çocuklar ve aileleri ile seyahat eden çocuklar, hamile ve bebek emziren kadınlar, beraberinde çocuğu olan yalnız anne ya da babalar, yaşlılar, işkence, kötü muamele, cinsel saldırı ya da diğer ciddi psikolojik, bedensel ya da cinsel şiddet mağdurları, insan ticareti mağdurları, cinsel yönelimi nedeniyle risk altındaki LGBTİ bireyler (Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Transgender ve İnterseks), zihinsel ya da fiziksel sağlık problemleri olan bireyler, intihara eğilimli kişiler, madde bağımlıları, mülteci, sığınmacı ve/veya vatansızlar.⁵³

AİHM'ne göre, hassas durumda olan yabancılara devlet tarafından özel koruma sağlanması gerekmektedir; bu da devletlerin hassas durumdaki yabancıları idari gözetim altına almaya ilişkin takdir yetkisinin sınırlarını daraltmaktadır.⁵⁴ Hassas durumdaki bireylerin tespit edilmesi devletlerin sorumluluğundadır ve devletler hassas durumdaki bireylerin belirlenmesi için özel tarama prosedürleri geliştirmeli ve uygulamalıdır.⁵⁵ Hassas durumdaki bireyler prensip olarak idari gözetim altına alınmamalı, bu kişiler için kural olarak idari gözetim yerine alternatif tedbirlere hükmedilmelidir.⁵⁶

Beşinci olarak, idari gözetime alternatif tedbire ilişkin değerlendirme her kişi için ayrı ayrı yapılmalı, bu değerlendirmede kişilerin hassas durumda olup olmadığı içinde buldukları özel şartlar ile birlikte dikkate alınarak insan haklarına en az kısıtlama getiren alternatif tedbire karar verilmelidir.⁵⁷

Altıncı olarak, idari gözetime alternatif tedbirler kontrol ve cezalandırma odaklı olmamalıdır.⁵⁸ Elektronik kelepçe gibi bazı idari gözetime alternatif tedbirler infaz hukukundan alınmış ve bu tedbirler hükümlüler için hapis alternatifi olarak ortaya çıkmıştır. İdari gözetime alternatif tedbirlerin mevzuatta düzenlenmesi ve uygulanmasında hakkında idari gözetim alternatifleri uygulanan kişilerin çoğunluğunun herhangi bir suçtan hüküm giymemiş düzensiz göçmenler olduğu dikkate alınmalıdır.⁵⁹

Yedinci olarak, hakkında idari gözetime alternatif tedbirlere hükmedilen yabancıların AİHS m. 13 ile güvence altına alınan etkili başvuru hakkı gözetilmelidir.⁶⁰ Bunun bir

53 IDC ve MHD, *İdari Gözetime Alternatifler* (n 7) 23; UNHCR-IDC, Vulnerability Screening Tool, 2016, <<https://www.unhcr.org/protection/detention/57fe30b14/unhcr-ide-vulnerability-screening-tool-identifying-addressing-vulnerability.html>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

54 *Strock v. Germany* App no 61603/00 (ECHR, 16 June 2005) para 102; CDDH Report (n 5) para 52.

55 *Thimothawes v. Belgium* App no 39061/11 (ECHR 4 April 2017).

56 Bkz. *Popov v. France* App no 39472/07 and 39474/07 (ECHR, 19 January 2012) para 140-141; *A.M. and others v. France* App no 24587/12 (ECHR, 12 July 2016); UNHCR, APT & IDC, Immigration Detention Monitoring: Practical Manual, 2014, Section 4.8 Persons in Situations of Vulnerability/Risk, 2014 <https://www.apr.ch/content/files_res/monitoring-immigration-detention_practical-manual.pdf> Erişim Tarihi 30 April 2020.

57 Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, François Crépeau, 2 April 2012, A/HRC/20/24, para 53, 73; Committee on the Rights of the Child (CRC), Report of the 2012 Day of General Discussion on the Rights of All Children in the Context of International Migration, 28 September 2012 <<https://www.refworld.org/docid/51efb6fa4.html>> Erişim Tarihi 30 April 2020, para 79.

58 CDDH Report (n 5) para 182.

59 *ibid* para 182.

60 UNHCR-OHCHR (n 45) para 18; UNHCR, Guidelines (n 46) Annex A; Costello and Kaytaz (n 48) 11; Bloomfield (n 5) 44.

gereği olarak yabancılar haklarında alternatif tedbire hükmedilme gerekçesi, alternatif tedbir ile ilgili hak ve yükümlülükleri, uyulması gereken kurallar ve bu kurallara uymamanın sonuçları, alternatif tedbire karşı gidilebilecek kanun yolları ve şikâyet mekanizmaları ile ilgili anlayacakları bir dilde yazılı şekilde bilgilendirilmelidir.⁶¹ Bu usule ilişkin garantinin yanı sıra, hakkında idari gözetime alternatif tedbirlere hükmedilen yabancılar imkanlar çerçevesinde avukata ve adli yardıma erişim sağlanmalıdır.⁶² İdari gözetime alternatif tedbirler periyodik gözden geçirme ve bağımsız izleme ve değerlendirme de dahil olmak üzere insan hakları denetimine tabi olmalı ve hakkında alternatif tedbirlere hükmedilen kişiler gecikmeksizin etkin şikâyet mekanizmalarına ve etkin çözümlere erişebilmelidir.⁶³

Son olarak, hakkında idari gözetime alternatif tedbirlere hükmedilen yabancıların aşırı yoksulluğa düşmemesi için gerekli tedbirler alınmalıdır. AİHM, *M.S.S./Yunanistan ve Belçika* kararında idari gözetimin ardından bildirim yükümlülüğü ile salıverilen Afgan bir sığınmacının Atina’da kalma şartlarının AİHS m.3’e uygunluğunu değerlendirmiştir.⁶⁴ Mahkeme ilk olarak AİHS m. 3’ün devletlere yetki alanına giren her kişi için sığınacak bir yer (ev) sağlama veya sığınmacılara parasal yardım yapma gibi bir yükümlülük getirmediğini fakat devletlerin bazı durumlarda özellikle sığınmacılar gibi özel korumaya ihtiyaç duyan özellikle hassas durumdaki bir gruba mensup kişilere karşı bazı sorumlulukları olduğunu belirtmiştir.⁶⁵ Mahkeme ayrıca, söz konusu kararda başvurunun yemek ve temizlik ihtiyacı gibi temel ihtiyaçlarını giderecek yaşayacak bir yeri olmadan aylarca parklarda yaşayıp aşırı yoksulluğa düşmesini küçük düşürücü muamele olarak kabul etmiş ve Yunanistan’ın başvurunun bu durumunu iyileştirmek için üstüne düşen görevi yerine getirmeyerek AİHS m. 3’ü ihlal ettiğine karar vermiştir.⁶⁶ Kısaca, devletler imkan dahilinde hakkında idari gözetim alternatiflerine hükmedilen yabancıların aşırı yoksulluğa düşmemesi ve evsiz kalmaması için gerekli tedbirleri almalıdır.⁶⁷ Söz konusu kararda da görüldüğü üzere hakkında idari gözetime alternatif tedbirlere hükmedilen hassas durumdaki yabancıların aşırı yoksulluğa düşmemesi ve hayatlarını idame edebilmeleri için kişilere asgari bazı haklar tanınmalı (ör: iş piyasasına erişim) veya aynı veya nakdi yardım sağlanmalıdır.⁶⁸

61 CDDH Report (n 5) para 187.

62 Bloomfield (n 5) 44.

63 ibid.

64 *M.S.S. v. Greece ve Belgium* App no 30696/09 (ECHR, 21 January 2011).

65 ibid para 249- 251.

66 ibid para 263, 264.

67 Ayrıca bkz. CDDH Report (n 5) para 223.

68 Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, François Crépeau, 2 April 2012, A/HRC/20/24, para 68; CDDH Report (n 5) para 171-178.

C. Karşılaştırmalı Hukukta İdari Gözetime Alternatif Tedbirler

1. Birleşik Krallık Hukukunda İdari Gözetime Alternatif Tedbirler

Birleşik Krallık hukukunda ‘*immigration bail*’ kavramı, ki bu kavramı Türkçe’ye göç bağlamında salıverilme veya göç kefaleti olarak çevirmek mümkündür, esasen kişinin salıverilme şartlarını ve bu kapsamda kişi hakkında hükmedilen bildirim, elektronik izleme gibi Birleşik Krallık hukukunda yer alan idari gözetime alternatif tedbirleri kapsamaktadır. Göç bağlamında idari gözetime alternatif tedbirler 2016 tarihli Birleşik Krallık Göç Yasası- Ek 10 (*Immigration Act 2016- Schedule 10*)⁶⁹ ile düzenlenmiştir. İdari gözetime alternatif tedbirlere ilişkin uygulamada dikkat edilmesi gereken ilkeler ise Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığı (*UK Home Office*) tarafından yayınlanan ve son olarak Şubat 2020 tarihinde güncellenen Uygulayıcı El Kitabında⁷⁰ yer almaktadır.

Birleşik Krallık’ta idari gözetime alternatif tedbirlere karar vermeye, halihazırda verilen tedbirleri sona erdirmeye ve değiştirmeye yetkili kurum İçişleri Bakanlığı (*the Home Secretary*) ve İlk derece Mahkemelerinin Göç ve İltica Daireleridir (*First-tier Tribunal- Immigration and Asylum Chamber*).⁷¹ Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığı’na ait bu yetki uygulamada İçişleri Bakanlığına bağlı göç bürosunda çalışan kamu görevlileri (*immigration officer*) bir diğer deyişle göç memurları tarafından kullanılmaktadır.

Birleşik Krallık mevzuatında idari gözetime alternatif tedbirler: belirli yer ve tarihte göç memuru veya mahkeme önüne çıkma, göç memuruna veya belirli bir kişi veya kuruma bildirimde bulunma, ikamet sınırlamaları, elektronik kelepçe ile izleme, eğitim ve çalışma özgürlüğüne getirilen kısıtlamalar olarak sıralanmıştır.⁷² Kanunda sayılan bu tedbirler sınırlayıcı olmayıp yabancılar hakkında yetkili makamın uygun göreceği başka tedbirler de uygulanabilmektedir.⁷³ Belirli saatlerde uygulanan sokağa çıkma yasağı veya kişiden seyahat belgelerini idari makamlara teslim etmesinin istenmesi de uygulamadaki idari gözetime alternatif tedbirler arasındadır.⁷⁴

Yabancı tarafından hakkında idari gözetime alternatif tedbirlere hükmedilmesi için bir form doldurularak başvuru yapılması gerekmektedir.⁷⁵ Fakat 4 aydan fazla süredir idari gözetim altında tutulan yabancıların idari gözetim alternatiflerine tabi tutulup

69 Bkz. United Kingdom: Immigration Act 2016, House of Commons Library, 12 May 2016, <<https://www.refworld.org/cases,UKHCL,58a6fca84.html>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

70 UK Home Office, Immigration Bail Version 5.0 (2020) <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/869352/Immigration-bail-v5.0ext.pdf> Erişim Tarihi 30 April 2020.

71 UK Immigration Act 2016- Schedule 10, para 1, 6.

72 ibid para 3.

73 ibid para 3.

74 Immigration bail Version 5.0, 11.

75 BAIL 401 Formu. Bkz. UK Home Office Website, ‘Immigration detention bail’, <<https://www.gov.uk/bail-immigration-detainees/apply-for-bail>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

tutulmayacağı başvuru aranmaksızın doğrudan ilk derece mahkemesince görüşülerek karara bağlanır. ⁷⁶ Birleşik Krallık Göç Yasasında idari gözetime alternatif tedbirlere karar verilirken şu kıstasların değerlendirilmesi öngörülmüştür:

- “(a)Kişinin idari gözetime alternatif yükümlülüklerle uymama olasılığı,
(b)Kişinin Birleşik Krallık'ta veya diğer bir ülkede herhangi bir suçtan mahkûm olup olmadığı,
(c)Kişinin idari gözetime alternatif tedbirlere tabi tutulduğu sırada suç işleme olasılığı,
(d)Kişinin idari gözetime alternatif tedbirlere tabi tutulduğu sırada kamu sağlığını tehlikeye sokma veya kamu düzeni açısından tehdit oluşturma ihtimali,
(e) Kişinin idari gözetim altında tutulmasının o kişinin menfaati açısından veya diğer kişilerin korunması açısından gerekli olup olmadığı, ve
(f)İçişleri Bakanı veya İlk Derece Mahkemesinin gerekli gördüğü diğer hususlar.”⁷⁷*

Belirli yer ve tarihte göç memuru veya mahkeme önüne çıkma tedbiri bir sefere mahsus olarak belirli kişi ve makamlara bildirimde bulunma anlamına gelmektedir.⁷⁸ Örneğin: idari gözetim altındaki kişinin gönüllü olarak ülkesine geri dönmeyi kabul etmesi nedeniyle salıverilmesi durumunda kişiden Birleşik Krallık'ı terk ederken havalimanındaki belirli bir merciinin önüne çıkması istenebilir. Bunun yanı sıra, alternatif bir tedbir olarak kişinin Birleşik Krallık'ta çalışma ve eğitimine dair izinlerinin kısıtlanması söz konusu olabilir fakat bu tedbirler uygulanırken 18 yaş altı çocukların temel eğitim hakkı hiçbir şekilde kısıtlanmamalıdır.⁷⁹ Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığı'na göre idari gözetime alternatif tedbir olarak ikamet sınırlamaları veya belirli bir adreste ikamet etme zorunluluğu ancak kişinin tedbirlere uymama veya kamu güvenliğine tehdit oluşturma ihtimalinin yüksek olduğu durumlarda uygulanmalıdır. ⁸⁰ Bildirim yükümlülüğü ise, hakkında bu tedbire hükmedilmiş kişilerin göç bildirim merkezlerine veya belirli polis merkezlerine bildirimde bulunması şeklinde gerçekleşmektedir. ⁸¹

Elektronik kelepçe yoluyla izleme tedbiri, 2016 Göç Yasasında açıkça düzenlenmiş ve elektronik izleme tedbirinin amacının kişilerin bulunduğu konum, bir yerde bulunduğu veya bulunmadığı bilgisinin elde edilmesi olduğu belirtilmiştir.⁸² Elektronik kelepçe tedbirinin kişinin işlediği suç nedeniyle kamu düzenine veya kamu güvenliğine ciddi bir zarar verme olasılığının bulunduğu veya kişinin ulusal güvenliğe tehdit oluşturacağı durumlarda kullanılması önerilmektedir.⁸³ Özellikle cinayet, tecavüz, terör suçları gibi ağır bir suç işlemiş kişilerin elektronik izleme ile

⁷⁶ Immigration bail Version 5.0, 11,12.

⁷⁷ UK Immigration Act 2016- Schedule 10, para 3.

⁷⁸ Immigration bail Version 5.0, 12.

⁷⁹ ibid 13.

⁸⁰ ibid 17.

⁸¹ İbid 19.

⁸² UK Immigration Act 2016- Schedule 10, para 4.

⁸³ Immigration bail Version 5.0, 20.

salıverilmesi durumunda bu kişiler hakkında ayrıca sokağa çıkma yasağı tedbirinin de uygulanması gerekmektedir.⁸⁴ Çocuklara elektronik kelepçe takılması yasaktır. Bunun yanı sıra, Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığı'na göre hamile ve yeni doğum yapmış kadınlar, yaşlılar, daha önce işkence görmüş bireyler elektronik kelepçe tedbirine tabi tutulmamalı, elektronik izlemenin kişinin psikolojik durumuna ciddi bir tehdit oluşturacağı durumlarda da bu tedbir uygulanmamalıdır.⁸⁵ Hakkında elektronik kelepçe tedbirinin uygulandığı kişilere tedbire karar veren kişi veya kurum tarafından uymaları gereken kurallar ile ilgili kapsamlı bilgi verilmeli, bu kurallara uymamanın sonuçları açıklanmalıdır.⁸⁶

Elektronik kelepçenin ceza hukuku bağlamında kullanımı İngiliz Yüksek Mahkemesi tarafından 2015 yılında verilen bir karara konu olmuştur. Bu Kararda İngiliz Yüksek Mahkemesi Terörizm Önleme ve Soruşturma Yasası⁸⁷ kapsamında Eş-Şebab terör örgütüne ekonomik destek sağlama suçundan yargılanmış ve aklanmış uluslararası koruma sahibi Somali uyruklu bir kişi hakkında elektronik izleme tedbirine hükmedilmiş ve evinde kendisinin ve ailesinin elektronik cihaz kullanmasına sınırlama getirilmiştir. Başvurucunun travma sonrası stres bozukluğu yaşadığı ve şizofreni hastası olduğu doktor raporu ile kanıtlanmış⁸⁸ bunun üzerine Mahkeme kişinin psikolojik bozuklukları göz önünde bulundurulduğunda sürekli elektronik izlemenin orantısız olduğuna karar verip bunun AİHS m. 3 ihlaline neden olacağına karar vermiştir.⁸⁹

Elektronik kelepçenin diğer idari gözetime alternatif tedbirler ile birlikte kullanımı ise 2016 tarihli bir İngiliz İstinaf Mahkemesi kararına konu olmuştur. İngiltere'de ağır yaralama suçu işlemiş ve hakkında kamu güvenliğine tehdit oluşturduğu gerekçesiyle sınır dışı kararı verilen Somali asıllı başvurucunun adli gözetim kararı ilk derece mahkemesi tarafından alternatif tedbirlere çevrilmiştir. Başvurucu hakkında belirli bir adreste ikamet etme, Londra Beckett House adresindeki polis merkezine her pazartesi bildirimde bulunma ve elektronik izleme tedbirlerine hükmedilmiştir.⁹⁰ İstinaf Mahkemesi, ilk derece mahkemesi tarafından hükmedilen tedbirler arasında 'belirli bir adreste ikamet' tedbirinin olduğunu fakat belirli bir adreste ikamet etme tedbirinin İçişleri Bakanlığı yetkililerinin uygulamasında olduğu üzere saat 18.00-22.00 arasında bu adreste bulunma zorunluğunu içermediği ve özellikle bu tedbirin dışarı çıkma

84 ibid 23, 24.

85 ibid 21.

86 ibid 22.

87 United Kingdom, Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011 (c.23).< <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/23/contents/enacted>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

88 DD v Secretary of State for Home Department [2015] WLR 2217, para 42.

89 ibid para 78-79; bkz. Ayrıca Stevie Martin, 'The role of legitimacy and proportionality in the (supposedly absolute) prohibition on inhuman and degrading treatment: the United Kingdom's High Court decisions in DD v Secretary of State' Ejil:Talk!, 22 December 2015 < <https://www.ejiltalk.org/the-role-of-legitimacy-and-proportionality-in-the-supposedly-absolute-prohibition-on-inhuman-and-degrading-treatment-the-united-kingdoms-high-court-decisions-in-dd-v-secretary-of-state/>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

90 R (on the application of Abdiweli Gedi) vs Secretary of State for the Home Department, [2016] EWCA Civ 409 (Admin), 17 May 2016, para 6.

yasağını kapsamadığını tespit etmiş, bu nedenle başvuru hakkında hükmedilen tedbirlerin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.⁹¹

Kişinin idari gözetime alternatif yükümlülüklerle tabi tutulması durumunda bu yükümlülükleri ihlal etmesini önlemek amacıyla yabancidan veya var ise yabancının garantörlüğünü üstlenen üçüncü bir kişiden teminat ödemesi de istenebilir.⁹² Birleşik Krallık hukukunda teminat tek başına idari gözetime alternatif olarak kullanılmamaktadır.⁹³ Ancak diğer alternatifler ile birlikte teminata karar verilebilir. İdari gözetime alternatif tedbirlere uyulmaması durumunda, kişi hakkında daha ağır yükümlülükler getirilebilir, suç duyurusunda bulunulabilir, kişiye para cezası verilebilir veya kişi hakkında idari gözetime karar verilebilir.⁹⁴ Teminat bedelinin İlk Derece Mahkemeleri veya İçişleri Bakanlığı (uygulamada Bakanlık temsil yetkili göç memuru) tarafından belirlenmesi ve teminat bedelinin kararı veren kuruma (Mahkemeye veya Bakanlığa) ödenmesi öngörülmüştür.⁹⁵ Yabancı hakkında hükmedilen alternatif tedbirlere ilişkin yükümlülüklerle uymadığında teminat bedelinin idareye geçmesi öngörülmüştür.

Hakkında teminata hükmedilen her kişi için teminat bedelinin ayrı ayrı yapılacak bir inceleme sonucunda ve hakkında tedbir uygulanan kişi veya kişi yerine bu bedeli ödeyecek Mali Tedbir Destekçisinin maddi imkânları dikkate alınarak belirlenmesi öngörülmüştür.⁹⁶ Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığı tarafından yayımlanan Uygulayıcı El Kitabında ayrıca 500 İngiliz Sterlininden az bir teminat miktarı belirlenmemesi gerektiği belirtilmiştir.⁹⁷ Yabancı hakkında teminat yükümlülüğü getirildiğinde ayrıca kişiye: ödenmesi gereken toplam tutar, toplam tutarın ne zaman ödenmesi gerektiği ve ödeme şekli ve yöntemi hakkında bilgi verilmesi zorunlu tutulmuştur. Yabancı adına teminat bedelini karşılayacak kişilerin taşınması gereken özellikler şunlardır: 18 yaşından büyük olmak, hakkında tedbire hükmedilen kişi ile bir yakınlığı bulunmak veya kişiyi koruma amacı güden güvenilir bir kurum veya sivil toplum kuruluşu adına hareket ediyor olmak, teminat miktarını karşılamaya dair yeterli maddi gücü olmak, ev sahibi olmak veya düzenli bir ikametgahı olmak, herhangi bir suçtan infaz edilmemiş cezası bulunmamak, göçe ilişkin yerine getirilmemiş herhangi bir yükümlülüğünün/kabahatinin bulunmaması.⁹⁸

91 ibid para 33-39.

92 Immigration bail Version 5.0, 11.

93 Bkz. UK Immigration Act 2016- Schedule 10, para 5; Immigration bail Version 5.0 (2019) 11.

94 Immigration bail Version 4.0 (2019)12.

95 Bkz. UK Immigration Act 2016- Schedule 10, para 5.

96 Immigration bail Version 5.0, 28.

97 ibid 28.

98 ibid 28, 29.

2. Kanada Hukukunda İdari Gözetime Alternatif Tedbirler

Kanada hukukunda idari gözetim ve idari gözetime alternatif tedbirler en son 2019 yılında değişikliğe uğramış olan 2001 Göç ve Mülteci Koruma Yasası⁹⁹ 6. Bölüm (*Immigration and Refugee Protection Act (IRPA)*) vd. ve Göç ve Mülteci Koruma Yönetmeliği¹⁰⁰ (*Immigration and Refugee Protection Regulations (IRPR)*) ile düzenlenmiştir. Söz konusu idari gözetime alternatif tedbirlere ilişkin uygulamada dikkat edilmesi gereken ilkeler Kanada Vatandaşlık ve Göçmenlik Kurumu (*Citizenship and Immigration Canada*) tarafından yayınlanan 34 No'lu Uygulama Kılavuzunda yer almaktadır.¹⁰¹

Kanada Göç ve Mülteci Koruma Yönetmeliği bir yabancı hakkında idari gözetim kararı gözden geçirilirken şu hususların dikkate alınmasını öngörmektedir: a) idari gözetime karar verilme nedeni, b) idari gözetimde geçirilen süre, c) idari gözetimde geçirilecek sürenin uzunluğunu ve varsa, bu süreyi belirlemeye yardımcı olabilecek unsurlar, d) Bakanlık, Kanada Sınır Ajansı veya ilgili kişi tarafından açıklanamayan herhangi bir gecikme veya açıklanamayan özen eksikliği olup olmadığı, e) idari gözetime alternatif tedbirlerin varlığı ve f) 18 yaşından küçük bir çocuğun yüksek yararı.¹⁰² Kanada hukukunda ancak yabancı hakkında idari gözetime alternatif tedbirlerin uygulanmasının mümkün veya uygun olmaması durumunda idari gözetime karar verilmesi öngörülmüştür. Yine, Kanada Yüksek Mahkemesi idari gözetime karar verilirken idari gözetim alternatiflerinin varlığı, etkinliği ve vakaya uygunluğunun değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁰³ Uygulamada özellikle yaşlı, hamile, hasta, engelli, psikolojik rahatsızlığı ve davranış bozukluğu olan kişilere ilişkin olarak idari gözetimin son çare olarak uygulanması gerektiği de ayrıca uygulamada kabul görmektedir.¹⁰⁴

Kanada Göç ve Mülteci Koruma Yasası hakkında sınır dışı kararı bulunan yabancının salıverilme koşullarına uymasını sağlamak amacıyla teminat ve güvence gösterilmesi de dahil olmak üzere gerekli görülen tedbirlere karar verilebileceğini düzenlemektedir.¹⁰⁵ Kanada 22 Haziran 2018 tarihinde Genişletilmiş İdari Gözetime Alternatif Tedbirler Programını Uygulamaya başlamıştır. Bugün Kanada'da uygulanan

99 Canada, Immigration and Refugee Protection Act (S.C. 2001, c. 27) <<https://laws.justice.gc.ca/eng/acts/i-2.5/FullText.html>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

100 Canada, Immigration and Refugee Protection Regulations (SOR/2002-227) <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/SOR-2002-227/page-50.html#docCont>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

101 Citizenship and Immigration Canada, ENF 34 Alternatives to Detention Program, <<https://www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/english/resources/manuals/enf/enf34-eng.pdf>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

102 Canada, Immigration and Refugee Protection Regulations, m. 248.

103 Sahin v Canada (Minister of Citizenship and Immigration) [1995] 1 FC 214; Alice Edwards, 'Measures of first resort: alternatives to immigration detention in comparative perspective' (2011) 7 The Equal Rights Review 117, 128.

104 IDC, 'Alternatives to detention in Canada' <<https://idcoalition.org/alternatives-to-detention-in-canada/>> Erişim Tarihi 30 April 2020; Alice Edwards, Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and 'Alternatives to Detention' of Asylum-Seekers, Stateless Persons, and Other Migrants, (Geneva: UNHCR, 2011).

105 Canada, Immigration and Refugee Protection Act, m. 44(3) ve m. 56.

idari gözetime alternatif tedbirler arasında bildirim yükümlülüğü, teminat, ses teknolojileri ve elektronik kelepçe ile izleme, belirli yerde ikamet etme ve toplum temelli programlar/vaka yönetimi (*case management*) yer almaktadır.¹⁰⁶

Kanada'da uygulanan toplum temelli programlar ve vaka yönetimi özellikle incelenmesi gereken idari gözetime alternatif bir tedbir teşkil etmektedir. Bu programlarda esas olan kişiye bildirim, üçüncü kişinin garantörlüğü veya teminat şartı gibi yükümlülükler getirilerek kişinin aile ve akrabalarının yanında kalması veya idare ile anlaşması bulunan veya protokol imzalamış olan toplum hizmetlerinde uzmanlaşmış sivil toplum kuruluşu veya diğer kuruluşlar aracılığı ile toplum içerisinde kalacak yer sağlanmasıdır¹⁰⁷. Bu programlar kapsamında kişilere genellikle bildirim yükümlülüğü getirilmekte ve ihtiyaçlarına göre vaka yönetimine, barınma ve sağlık hizmetlerine, çocuk koruma ve bakım yardımına, bağımlılık tedavisi ile iş ve ev bulma konusunda bilgilendirme ve yardım hizmetlerine erişim sağlanmaktadır.¹⁰⁸ Edwards, vaka yönetimi kapsamında yabancılara Kanada göç hukukuna ilişkin bilgi verilmesi ve hukuki destek sağlanmasını toplum temelli programların olumlu bir yönü olduğunu ifade etmektedir.¹⁰⁹ Söz konusu programların göçmen haklarını gözetin, insani ve etkin idari gözetim alternatiflerinden olduğu kabul edilmektedir.¹¹⁰

Kanada'da yürürlükte olan bir diğer alternatif tedbir ise elektronik izlemedir. Elektronik izleme ses teknolojileri veya elektronik kelepçe ile yapılabilmektedir. Hakkında ses teknolojileri ile izleme tedbirine hükmedilen yabancıların idareye cep telefonu veya sabit hatlı telefonlar ile belirli aralıklarla bildirimde bulunması gerekmektedir.¹¹¹ Kanada otoriteleri bu bildirimden sonra bildirimde bulunan kişilerin kimliklerini biyometrik yöntemlerle doğrulamaktadır.¹¹²

Ses teknolojileri dışındaki elektronik izleme (elektronik kelepçe kullanımı yolu ile elektronik izleme) Kanada Ceza İnfaz Kurumları Servisi (*Correctional Service of Canada*) ile birlikte sadece Büyük Toronto Bölgesinde Mart 2020'ye kadar pilot program olarak uygulanmaktadır.¹¹³ Kanada Göç ve Mülteci Koruma Yasası ve Göç ve Mülteci Koruma Yönetmeliği'nde elektronik izleme ile ilgili detaylı hükümler yer almamaktadır. İdari gözetime alternatifler programına ilişkin uygulama rehberinde yabancıların toplum içerisinde serbest bırakılmasının yüksek risk teşkil ettiği, bununla birlikte öngörülen idari gözetim süresinin kişinin serbest bırakılması lehinde olduğu

106 Canada Border Services Agency, Alternatives to Detention Program, < <https://www.canada.ca/en/border-services-agency/news/2018/07/alternatives-to-detention-program.html>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

107 ibid.

108 Alternatives to Detention Program ENF 34, 7-11; Edwards, 'Measures of first resort' (n 103) 131.

109 Edwards, 'Measures of first resort' (n 103) 130.

110 Alternatives to Detention Program ENF 34, 7-11.

111 Canada Border Services Agency (n 106).

112 ibid.

113 Bu tarihten sonra söz konusu programın devam edip etmeyeceğine dair bir karar verilecektir. Canada Border Services Agency (n 106).

hallerde, elektronik kelepçenin teminat veya garantör uygulamaları ile birlikte uygulanması öngörülmüştür.¹¹⁴

Hakkında sınır dışı kararı bulunan bir kişi ve birden çok kişinin teminat tedbirine tabi tutulması ile ilgili düzenleme Göç ve Mülteci Koruma Yönetmeliği m. 47-49 arasında yer alırken teminat bedelinin ödenmesi ve idareye aktarılmasına ilişkin hususlar Göç ve Mülteci Koruma Yasası m. 145 vd. düzenlenmiştir. Bir yabancıya ilişkin olarak teminata hükmedilmesi durumunda, yabancı idare tarafından alternatif tedbirler ve teminata ilişkin uyulması gereken kural ve yükümlülükler ve söz konusu kural ve yükümlülükler uymamanın teminat bedelinin ve gösterilen güvencenin kaybı ile sonuçlanacağı hususu hakkında yazılı olarak açıkça bilgilendirilmelidir.¹¹⁵

Yabancıya ilişkin teminatı yabancının kendisinin veya bir garantörün ödemesi öngörülmüştür.¹¹⁶ Kanada hukukunda teminat gösteren kişinin şu özelliklere sahip olması aranmaktadır: Teminat gösteren kişi; Kanada vatandaşı veya Kanada’da süresiz ikamet izni olan bir kişi olmalı ve teminat gösterildiği sırada Kanada’da ikamet etmeli, hakkında teminata hükmedilen kişinin tabi tutulduğu tedbirlere uymasını sağlayabilme yetisine sahip olmalı ve bunu yerine getirme kabiliyetine ilişkin kanıt sunabilmeli, başka kişiye ilişkin olarak teminat yükümlülüğü altına girmemiş olmalı ve fiil ehliyetine sahip olmalıdır.¹¹⁷ Bir kişinin teminat kapsamında ödediği veya ödeyeceği paranın yasadışı yollardan elde edildiğine dair makul bir şüphe var ise idare teminat bedelinin yatırılmasına izin vermemekle yükümlüdür.¹¹⁸

3. Avusturya Hukukunda İdari Gözetime Alternatif Tedbirler

Avusturya mevzuatında idari gözetime alternatifler 2005 tarihli Yabancılar Polisi Kanunu (*FPG- Fremdenpolizegesetz 2005*)¹¹⁹ ile düzenlenmektedir. Yabancılar Polisi Kanunu m. 76, sınır dışı edilmek üzere idari gözetimin amacına daha hafif bir tedbir¹²⁰ ile ulaşılamaması koşuluyla yabancıların idari gözetim altında tutulabileceğini ve çocukların sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına alınamayacağını düzenlemektedir. İdari gözetim kararını vermeye yetkili merci Avusturya Federal Yabancılar ve İltica Dairesidir.

Yabancılar Polisi Kanunu m. 77 idari gözetime alternatif tedbirleri düzenlemektedir. İlgili maddede idari gözetime alternatif tedbire ilişkin kararın yazılı olarak verilmesi

114 Canada, Alternatives to Detention Program ENF 34 (2018) <<https://www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/english/resources/manuals/enf/enf34-eng.pdf>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

115 Canada, Immigration and Refugee Protection Regulations, m. 49.

116 Canada, Immigration and Refugee Protection Act, m. 145.

117 Canada, Immigration and Refugee Protection Regulations, m. 47

118 ibid m. 49.

119 Österreich, FPG- Fremdenpolizegesetz 2005 <<https://www.jusline.at/gesetz/fpg/paragraf/77>> Erişim Tarihi 30 April 2020.

120 Avusturya mevzuatında geçen ‘gelinderes Mittel’ (Türkçesi: ‘daha hafif tedbir’) idari gözetime alternatif tedbir anlamına gelmektedir.

düzenlenmiştir.¹²¹ Söz konusu hüküm sınır dışı edilmek üzere idari gözetimde tutulma amacının alternatif tedbirler ile yerine getirilebileceğine dair emare olması durumunda idari gözetime değil alternatif tedbirlere karar verilmesi gerektiğini düzenlemektedir. İlgili Kanun'da üç idari gözetime alternatif tedbire yer verilmektedir: periyodik aralıklarla polis birimlerine bildirim yükümlülüğü, Federal Yabancılar ve İltica Dairesine yeterli bir maddi/finansal teminat verilmesi ve Federal Yabancılar ve İltica Dairesi tarafından belirlenen yerlerde konaklama yükümlülüğü.¹²²

Yabancılar Polisi Kanunu yabancıların idari gözetime alternatif yükümlülükleri ihlal etmesi durumunda yabancı hakkında sınır dışı edilmek üzere idari gözetim kararı verileceğini belirtmektedir.¹²³ Avusturya mevzuatında 24 saatten az aralıklarla bildirim yükümlülüğü getirilemeyeceği düzenlenmiştir.¹²⁴ Kanunda finansal teminata ilişkin düzenlemenin Federal İçişleri Bakanlığı tarafından yönetmelikle yapılacağı öngörülmüştür.¹²⁵ Söz konusu düzenleme 2005 tarihli Yabancılar Polisi Kanunu Uygulama Yönetmeliği¹²⁶ (*Fremdenpolizeigesetz-Durchführungsverordnung*) m. 13'te yer almaktadır. İlgili Yönetmelik finansal teminat tutarının daima mevcut vakaya uygun, makul ve orantılı olması gerektiğini belirtmektedir.¹²⁷ Bunun yanı sıra, azami teminat miktarı Avusturya Genel Sosyal Sigorta Kanunu'na (*ASVG*) atıfta bulunarak belirlenmektedir.¹²⁸ Yönetmelikte ayrıca teminatın yatırılmasından sonra yabancılara yazılı bir belge verilmesi ve teminatın şartına dair gereklilikler ortadan kalktığında teminatın yabancıya iade edilmesi düzenlenmiştir.¹²⁹ Yabancı hakkında hükmedilen yükümlülüklerle uymaması durumunda teminatın Federal Hükümet hazinesi irat edilmesi de ayrıca öngörülmüştür.¹³⁰

Sonuç ve Değerlendirmeler

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile tek bir madde ile düzenlenen ve Türkiye'de yeni uygulanmaya başlanan idari gözetime alternatif tedbirlere ilişkin olarak detaylı düzenlemenin yakın tarihte yapılması gerektiği açıktır. İdari gözetime alternatif tedbirlere ilişkin hususların hukukumuzda düzenlenmesinde başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere taraf olduğumuz uluslararası insan hakları sözleşmeleri ve imkânlar dahilinde ilgili esnek hukuk belgeleri dikkate alınmalıdır.

121 FPG- Fremdenpolizeigesetz 2005, m. 77(8).

122 ibid m. 77 (3).

123 ibid m. 77(4)

124 ibid m. 77.

125 Ibid m. 77(7).

126 Österreich, FPG-DV- Fremdenpolizeigesetz-Durchführungsverordnung <<https://www.jusline.at/gesetz/fpg-dv/paragraf/13>> Erişim Tarihi 30 April 2020. (Yabancılar Polisi Kanunu Uygulama Yönetmeliği)

127 ibid m. 13(1).

128 Azami teminat miktarı Avusturya Genel Sosyal Sigorta Kanunu'nun (ASVG) 293'üncü madde 1'inci fıkraya bb bendi uyarınca gösterge niteliğindeki oranın azami yüzde 200'dür.

129 FPG-DV - Fremdenpolizeigesetz-Durchführungsverordnung, m. 13 (2) ve (3).

130 ibid m. 13 (4).

Bunun yanı sıra, ülkemizden uzun süre önce idari gözetime alternatif tedbirleri mevzuatında düzenleyen ve bu tedbirlere ilişkin uygulama rehberleri yayınlayan ülkelerin deneyiminden çıkartılacak bazı dersler ve iyi uygulamalar mevcuttur. Bu hususlar ışığında makalede uluslararası hukuk ve karşılaştırmalı hukukta idari gözetime alternatif tedbirler incelenmiştir.

Makalenin ilk kısmında uluslararası bir sözleşme ile idari gözetime alternatif tedbirlerin bütüncül bir şekilde açık ve kapsamlı olarak düzenlenmediği belirtilmiştir. BM Genel Kurulu, BM İnsan Hakları Komitesi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin verdiği tavsiye niteliğindeki kararlar ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından da onaylanan Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç için Küresel Mutabakat gibi esnek hukuk kapsamındaki birçok uluslararası hukuk belgesinde idari gözetimin son çare bir tedbir olarak uygulanması ve özellikle hassas durumdaki yabancıların idari gözetimine karar verilmeden önce idari gözetime alternatif tedbirlerin değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapılmaktadır. İncelenen esnek hukuk belgeleri ve AİHM kararları ışığında Yabancılar ve Koruma Kanunu'na hassas durumdaki yabancı kavramının getirilip bu kavramın AİHM içtihadına uygun olarak tanımlanması gerekmektedir. YUKK m. 3(1)'de tanımlanan özel ihtiyaç sahibi kavramı sadece uluslararası koruma başvurusu sahibi ve uluslararası koruma statüsü sahibi kişileri kapsamaması nedeniyle uluslararası koruma talebinde bulunmayan göçmenlere uygulanmamaktadır. Bu da uygulamada hassas durumdaki yabancılar için kanunda ek bazı güvencelerin yer almaması anlamına gelmekte ve kanundaki bir boşluğa işaret etmektedir. Söz konusu boşluğun doldurulması amacıyla kanuna hassas durumdaki yabancı kavramının getirilip, özellikle hassas durumdaki yabancılar hakkında öncelikle idari gözetime alternatif tedbirlere hükmedilmesi gereğinin eklenmesi yerinde olacaktır. Böyle bir düzenleme sadece Türkiye'nin AİHS kapsamındaki sorumluluklarına değil Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç için Küresel Mutabakat kapsamındaki taahhütlerine uygun olacaktır.

AİHM bir idari gözetim uygulamasının AİHS m. 3 ve m. 5'e uygunluğuna karar verirken idari gözetime alternatif tedbirlerin idarece incelenip incelenmediğini dikkate alınmaktadır. AİHM birçok kararında özellikle çocuklar, çocuklu aileler, ciddi hastalığı bulunan kişiler gibi hassas durumdaki yabancılar hakkında idari gözetim kararı alınmadan önce alternatif tedbirlerin değerlendirilmesinin zorunlu olduğuna karar vermiştir. İncelenen uluslararası sözleşmeler ve mahkeme kararları ışığında idari gözetime alternatif tedbirlere karar verilirken ve bu tedbirler uygulanırken gözetilmesi gereken asgari insan hakları güvenceleri ile insan hakları temelli etkin idari gözetim alternatiflerinin makalede şu şekilde sayılmıştır:

- İdari gözetime alternatif tedbirler kanunlar ile belirlenmelidir.
- İdari gözetime alternatif tedbirler gerekli, makul ve orantılı olmalıdır.

- İdari gözetime alternatif tedbirler yalnızca hakkında idari gözetim kararı alınabilecek kişiler için uygulanmalıdır.
- İdari gözetim ve alternatiflerine dair değerlendirmede hassas durumdaki kişiler tespit edilmeli ve bu kişiler hakkında kural olarak idari gözetim yerine alternatif tedbirler uygulanmalıdır.
- İdari gözetime alternatif tedbirler arasında insan haklarına en az kısıtlama getiren tedbire karar verilmelidir.
- İdari gözetime alternatif tedbirler kontrol ve cezalandırma odaklı olmamalıdır.
- Hakkında idari gözetime alternatif tedbirlere hükmedilen kişilere etkin başvuru hakkına erişim sağlanmalıdır.
- Hakkında idari gözetime alternatif tedbirlere hükmedilen yabancıların aşırı yoksulluğa düşmemesi için gerekli tedbirler alınmalıdır.

İdari gözetime alternatif tedbirlere ilişkin olarak yapılacak detaylı düzenlemede söz konusu ilkelerin göz önünde bulundurulması mevzuatımızı AİHS'ne uygun hale getirebilecek niteliktedir.

Makalenin ikinci kısmında ise Birleşik Krallık, Kanada ve Avusturya mevzuatı ve uygulamasında idari gözetime alternatif tedbirler incelenmiştir. Birleşik Krallık hukuku incelendiğinde idari gözetime alternatif tedbirlere ilişkin hususların ve özellikle elektronik kelepçe ile izleme tedbirinin 2016 tarihli Birleşik Krallık Göç Yasası ile detaylı şekilde düzenlendiği ve Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığı'nın alternatiflerin uygulanmasına ilişkin olarak 76 sayfalık bir Uygulama Kılavuzu yayımlandığı görülmektedir. Birleşik Krallık hukuku ve uygulamasında idari gözetime alternatif tedbirlere ilişkin olarak yapılabilecek tespit ve önerilerin üç başlık altında değerlendirilmesi mümkündür.

İlk olarak Birleşik Krallık Göç Yasası'nda özellikle idari gözetime alternatif tedbirlere karar verme yetkisi ve bu yetki kullanılırken dikkat edilmesi gereken hususlar açıkça düzenlenmiştir. YUKK m. 57 ve m 57/A'da henüz idari gözetime alternatif tedbirlere karar verilirken dikkat edilmesi gereken hususlara dair bir düzenleme yapılmamıştır. Söz konusu düzenlemenin açık ve kapsamlı olarak yapılması ve bu hususlara ilişkin detaylı bir Uygulama Kılavuzunun yayınlanması YUKK m. 57 ve m. 57/A'nın doğru şekilde uygulanması ve idari gözetim ve idari gözetime alternatif tedbirler hakkında yeknesak karar verilmesi açısından önemli bir adım teşkil edecektir.

İkinci olarak, Birleşik Krallık hukukunda 4 aydan fazla süre boyunca idari gözetim altında tutulan kişilerin salıverilmesine ilişkin olarak İlk Derece Mahkemelerinin Göç ve İltica Dairelerinin, başvuru aramaksızın, karar vermesi öngörülmüştür. Bu tür bir düzenlemeye benzer bir şekilde idari gözetim süresinin belirli bir süreyi aştığı durumlarda Sulh Ceza Hakimlerinin idari gözetim kararlarının yerindeliliğini başvuru olmaksızın incelemesine ilişkin bir hükmün mevzuatımıza eklenmesi Geri Gönderme

Merkezlerinde tutulan özellikle idari gözetime itiraz hakkı ile ilgili yeterli bilgisi veya adli yardıma erişimi olmayan yabancıların idari gözetim kararının bir mahkeme tarafından gözden geçirilmesi anlamına gelecek ve keyfi tutulmaların ve AİHS m. 5 ihlallerinin önüne geçecektir.

Üçüncü olarak, Birleşik Krallık Mahkemeleri idari gözetime alternatif tedbirlere özellikle elektronik kelepçenin kullanılmasına ilişkin verdiği kararlarda idari gözetime alternatif tedbirlerin yerindeliğini incelerken bu tedbirlerin temel insan haklarını ne ölçüde kısıtlama getirdiğini ve bu tedbirlerin uygulanması ile kazanılan yararı değerlendirip orantılılık (ölçülülük) denetimi yapmaktadır. Hassas durumdaki yabancılar hakkında elektronik kelepçe uygulanmasının ilk bakışta orantılı olarak kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu yönde, Birleşik Krallık İçişleri tarafından yayınlanan Uygulama Kılavuzunda elektronik kelepçenin çocuklar, hamile ve yeni doğum yapmış kadınlar, yaşlılar, daha önce işkence görmüş kişiler ve psikolojik sorunları olan kişiler üzerinde uygulanmaması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Guild'e göre elektronik kelepçe tedbirinin göçmenler için kullanılması AİHS m. 3, m. 5 ve m. 8 bakımından sorun yaratabilecek niteliktedir.¹³¹ Elektronik kelepçenin kişi haklarına getirdiği önemli kısıtlamalar dikkate alındığında yabancılar hakkında elektronik kelepçe tedbirine sadece son çare olarak hükmedilmesi ve elektronik kelepçe tedbirinin hassas durumdaki yabancılar için kullanılmaması gerektiği açıktır.

Kanada hukuku incelendiğinde idari gözetime alternatif tedbirlerin Mülteci Koruma Yasası 6. Bölüm ve Göç ve Mülteci Koruma Yönetmeliği ile düzenlendiği görülmektedir. Kanada hukuku ve uygulamasında idari gözetime alternatif tedbirlere ilişkin olarak yapılabilecek tespit ve önerileri üç başlık altında toplamak mümkündür.

İlk olarak, Kanada'da yürürlükte olup mevzuatımızda da yer alan ses teknolojileri ile izleme gibi modern teknolojilerin bildirimde veya izlemede kullanılması iyi bir uygulama olarak kabul edilmekte ve insan haklarına en az kısıtlama getiren alternatiflerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.¹³² Bu yöntem özellikle ikamet yeri bildirim yerlerine uzak olan kişiler, engelli bireyler, yaşlı bireyler, hamileler, emziren anneler ve aile bireylerine karşı bakım yükümlülüğü bulunan yabancılar için uygun bir yöntem teşkil etmektedir. Kanada hukuku ve uygulamasında, hakkında teminat tedbirine hükmedilen yabancının alternatif tedbirler ve teminata ilişkin uyulması gereken kural ve yükümlülükler ile bu kural ve yükümlülükleri uymamanın teminat bedelinin ve gösterilen güvencenin kaybı ile sonuçlanacağı hususu hakkında yazılı olarak açıkça bilgilendirilmesi öngörülmüştür. Bu olumlu uygulamanın Türkiye'de de yer alması, hakkında teminat tedbirine hükmedilen yabancılar bakımından ileride yaşanabilecek hak kayıplarını önleyebilecek niteliktedir.

131 Bkz. E. Guild'in argümanlar için Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU Time for Implementation (n 5) 102, 103.

132 UNHCR-OHCHR (n 45) para 21.

İkinci olarak, Birleşik Krallık hukukuna benzer şekilde Kanada mevzuatında teminatı gösterenin üçüncü bir kişi olması durumunda teminat gösteren kişinin sahip olması gereken özellikler açıkça belirtilmiştir. Bu düzenlemenin amacı yabancı için güvence gösteren kişinin insan ticareti, göçmen kaçakçılığı gibi suçların faili olmasını ve yabancıların bu suçların mağduru olmasını engellemektir. Söz konusu düzenlemeye paralel bir düzenleme hukukumuzda da yapılmalıdır.

Üçüncü olarak, Kanada hukuku ve uygulamasında yürürlükte olan toplum temelli çözümler ve vaka yönetimi hem insan haklarına uygun hem de etkin bir idari gözetim alternatifini olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar bu tedbir YUKK'a getirilen idari gözetime alternatif tedbirleri arasında yer almasa da kanunda öngörülen Geri Dönüş Danışmanlığı kapsamında Kanada'da uygulanan vaka yönetimi tedbirinin kullanılmaması için de herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Son olarak idari gözetime alternatif tedbirlerin Avusturya mevzuatında ne şekilde düzenlendiği incelenmiş ve bu tedbirlerin Avusturya 2005 tarihli Yabancılar Polisi Kanunu ve bu Kanunun Uygulama Yönetmeliği ile düzenlendiği belirtilmiştir. Avusturya hukukunda idari gözetime alternatif tedbirlerin düzenlenmesine ilişkin yapılabilecek tespit ve önerileri iki başlık altında incelemek mümkündür.

İlk olarak, Avusturya hukukunda bildirim yükümlülüğününün 24 saatten az aralıklarla ile getirilemeyeceği düzenlenmiştir. Çeşitli ülke uygulamalarında yabancılara günde bir, haftada bir, iki haftada bir, üç hafta bir ve ayda bir bildirim zorunluluğu getirildiği görülmektedir.¹³³ Bazı araştırmalar çok sık olarak belirlenen bildirim yükümlülüklerinin yabancılarda strese ve bazı psikolojik sorunlara neden olduğunu ortaya koymaktadır.¹³⁴ Bildirimde bulunma tedbirinin temel insan haklarına ciddi bir kısıtlama getirmemesi ve bildirim yükümlülüğüne daha çok yabancının uyması için şu hususlara dikkat edilmesi önerilmektedir: Bildirimde bulunma sıklığı kişinin içinde bulunduğu durumları dikkate alınmalı (kişinin sağlık durumu, hamilelik durumu, engelli olup olmadığı, çocuk ve yaşlı gibi aile bireylerine karşı bakım yükümlülüğü vb.) ve her halükârda yapılacak bildirimler arasındaki süreler çok kısa tutulmamalıdır, bildirimde bulunulacak yer kişinin ikamet ettiği yerden çok uzak olmamalı ve kural olarak pahalı ulaşım yöntemlerinin kullanılmasını gerektirmemeli eğer bu mümkün değilse kişinin ulaşım masrafları idarece karşılanmalıdır, bildirimde bulunulacak yer mümkünse polis merkezleri dışında yabancıya vaka yardımı sağlayabilecek idari merciler olarak belirlenmelidir (özellikle menşe ülkede polis şiddetine maruz kalmış kişiler ile işkence ve şiddet mağdurları için

133 Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU Time for Implementation (n 5) 89.

134 Rutgers School of Law Newark Immigrants Rights Clinic, 'Free but Not Freed: A Report Examining the Current Use of Alternatives to Immigration Detention' Rutgers School of Law Newark Immigrants Rights Clinic & American Friends Service Committee (2012) <<https://www.yumpu.com/en/document/read/30360387/freed-but-not-free-finalpdf-rutgers-school-of-law-newark>> Erişim Tarihi 30 April 2020; Mary Bosworth, 'Alternatives to Immigration Detention: A Literature Review' University of Oxford Department of Criminology (2018) <https://arts.monash.edu/_data/assets/pdf_file/0004/1627897/ALTERNATIVESTODETENTIONReview.pdf> Erişim Tarihi 30 April 2020, 17.

bu hususa dikkat edilmelidir).¹³⁵ Avusturya mevzuatında olduğu gibi Türk mevzuatında da bildirim aralıklarına ilişkin kurallar konulması ve bildirimler arasındaki sürelerin çok kısa tutulmaması gereğinin mevzuatımızda düzenlenmesi bildirim yükümlülüğünün keyfi olarak uygulanmaması için önem arz etmektedir.

İkinci olarak hem Avusturya hem de Birleşik Krallık ve Kanada hukukunda teminat idari gözetime alternatif bir tedbir olarak yer almaktadır. Teminat, göç bağlamında nispeten daha az kullanılan bir idari gözetim alternatifidir bunun nedeni de çoğunlukla hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıların finansal teminat gösterecek yeterli maddi gücünün olmamasıdır.¹³⁶ Teminat bedelinin belirlenmesi Birleşik Krallık ve Kanada hukukunda göç alanında çalışan kamu görevlilerine veya ulusal mahkemelere bırakılmışken, Avusturya hukukunda teminat bedeline ilişkin Avusturya Sosyal Güvenlik Kanunu'na atıf yapılarak teminatın azami miktarı kanun ile belirlenmiş ve teminatın mevcut vakaya uygun, makul ve orantılı olması gerektiği düzenlenmiştir. Bu tür bir düzenlemenin ülkemizde de yapılarak teminatın azami miktarının kanunlar ile belirlenmesi ve teminat miktarının genel olarak yabancıların kişisel durumu ve mali gücü dikkate alınarak belirlenmesi yerinde olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

- 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, R.G. Sayı: 28615, R.G. Tarih: 11/4/2013.
- 7196 sayılı Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, R.G. Sayı: 30988, R.G. Tarih: 24/12/2019.
- Antalya Barosu İnsan Hakları Merkezi, Dünya Evimiz Derneği, Uluslararası Dayanışma Derneği, Göç Araştırmaları Derneği (GAR), Göçmen Dayanışma Derneği, Hak İnisiyatifi Derneği, Halkların Dayanışma Köprüsü Derneği, İltica ve Göç Araştırmaları Derneği (İGAM), İnsan Hakları Derneği (İHD), İnsan Hakları Gündemi Derneği (İHGD), İzmir'de Suriyeli Mültecilerle Dayanışma Derneği, Kaos GL, Kırkayak Kültür, Medya ve Mülteci Hakları Derneği, Mültecilerle Dayanışma Derneği (Mülteci-der), Uluslararası Mülteci Hakları Derneği, Van Barosu, Yurttaşlık Derneği, Yuva Derneği , YUKK Değişiklikleri Hakkında Ortak Değerlendirme, 4 Aralık 2019 <<https://www.gocarastirmalariderneği.org/attachments/article/144/yukk-degisiklikleri-hakkinda-ortak-degerlendirme.pdf>> Erişim Tarihi 30 April 2020.
- Bloomfield A, 'Alternatives to detention at a crossroads: Humanisation or criminalisation?' (2016) 35(1) Refugee Survey Quarterly 29-46.

¹³⁵ CDDH Report (n 5) para 220; IDC ve MHD, *İdari Gözetime Alternatifler* (n 7) 68.

¹³⁶ FRA (n 5) 2.

- Bosworth M, 'Alternatives to Immigration Detention: A Literature Review' University of Oxford Department of Criminology, 2018, <https://arts.monash.edu/__data/assets/pdf_file/0004/1627897/ALTERNATIVESTODETENTIONReview.pdf> Erişim Tarihi 30 April 2020.
- Canada Border Services Agency, Alternatives to Detention Program, < <https://www.canada.ca/en/border-services-agency/news/2018/07/alternatives-to-detention-program.html>> 30 April 2020.
- Canada, Immigration and Refugee Protection Act (S.C. 2001, c. 27) <<https://laws.justice.gc.ca/eng/acts/i-2.5/FullText.html>> 30 April 2020.
- Citizenship and Immigration Canada, ENF 34 Alternatives to Detention Program, <<https://www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/english/resources/manuals/enf/enf34-eng.pdf>> 30 April 2020.
- Committee on the Rights of the Child (CRC), Report of the 2012 Day of General Discussion on the Rights of All Children in the Context of International Migration, 28 September 2012, <<https://www.refworld.org/docid/51efb6fa4.html>> 30 April 2020.
- Costello C, and Kaytaz E, 'Building empirical research into alternatives to detention: perceptions of asylum-seekers and refugees in Toronto and Geneva' UNHCR, June 2013, PPLA/2013/02, <<https://www.refworld.org/docid/51a6fec84.html>> 30 April 2020.
- Council of Europe, 'Human Rights and Migration. Legal and practical aspects of effective alternatives to detention in the context of migration' Analysis of the Steering Committee for Human Rights (CDDH), 7 December 2017 <<https://rm.coe.int/legal-and-practical-aspects-of-effective-alternatives-to-detention-in-/16808f699f>> 30 April 2020.
- Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation Rec(2003) 5 of the Committee of Ministers to Member States on Measures of Detention of Asylum Seekers, 16 April 2003, Rec(2003)5, <<https://www.refworld.org/docid/3f8d65e54.html>> 30 April 2020.
- Council of Europe, Parliamentary Assembly, Assembly debate on 28 January 2010 (7th Sitting) (see Doc. 12105, report of the Committee on Migration, Refugees and Population, rapporteur: Mrs Mendonça). Text adopted by the Assembly on 28 January 2010 (7th Sitting), < <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17813&lang=en>> 30 April 2020.
- Council of Europe: Committee of Ministers, Guidelines on human rights protection in the context of accelerated asylum procedures, 1 July 2009, <<https://www.refworld.org/docid/4a857e692.html>> 30 April 2020.
- Çiçekli B, *Yabancılar ve Mülteciler Hukuku* (6th edn, Seçkin 2016).
- D. Kuşçu, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri* (Onikilevha 2017).
- De Bruycker P, Bloomfield A, Tsourdi E (Lilian), Pétin J, (Eds.) *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU Time for Implementation* (2015) < <https://odysseus-network.eu/wp-content/uploads/2015/02/FINAL-REPORT-Alternatives-to-detention-in-the-EU.pdf>> 30 April 2020.
- Dost S, 'Uluslararası Hukukta Bağlayıcı Olmayan Hukuk' (2019) 14 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 35-74.
- Edwards A, 'Measures of first resort: alternatives to immigration detention in comparative perspective' (2011) 7 The Equal Rights Review 117-142.
- Ekşi N, *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim* (Beta Yayınevi 2014).

- European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 'Immigration detention' March 2017, CPT/Inf(2017)3, <<https://rm.coe.int/16806fbf12>> 30 April 2020.
- European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), 'Alternatives to detention for asylum seekers and people in return procedures' (2015) <<https://fra.europa.eu/en/publication/2015/alternatives-detention-asylum-seekers-and-people-return-procedures>> 30 April 2020.
- ExCom Conclusion No 85 (XLIX), 9 October 1998.
- Forced Migration Review No. 44- Detention, alternatives to detention, and deportation, Refugee Studies Centre, September 2013.
- Göçmen İ., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Avrupa Birliği ve Türkiye Göç Hukuku* (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2015).
- Immigration and Refugee Protection Regulations (SOR/2002-227) <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/SOR-2002-227/page-50.html#docCont>> 30 April 2020.
- International Detention Coalition (IDC) ve Mülteci Hakları Merkezi, *İdari gözetime Alternatifler Göç yönetimi kapsamındaki gerekli olmayan idari gözetimi önlemeye yönelik El kitabı* (Gözden geçirilmiş baskı 2015) <https://www.mhd.org.tr/images/yayinlar/Mhm_Idari_Gozetime_Alternatifler.pdf> 30 April 2020.
- International Detention Coalition (IDC), *There are Alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention* (revised edition, 2015) <<https://idcoalition.org/wp-content/uploads/2015/10/There-Are-Alternatives-2015.pdf>> 30 April 2020.
- Majher I, 'Immigration Detention under the Global Compacts in the Light of Refugee and Human Rights Law Standards' (2019) 57(6) *International Migration* 91-114.
- Martin S, 'The role of legitimacy and proportionality in the (supposedly absolute) prohibition on inhuman and degrading treatment: the United Kingdom's High Court decisions in DD v Secretary of State' Ejil:Talk!, 22 December 2015 <<https://www.ejiltalk.org/the-role-of-legitimacy-and-proportionality-in-the-supposedly-absolute-prohibition-on-inhuman-and-degrading-treatment-the-united-kingdoms-high-court-decisions-in-dd-v-secretary-of-state/>> 30 April 2020.
- Österreich, FPG- Fremdenpolizeigesetz 2005 <<https://www.jusline.at/gesetz/fpg/paragraf/77>> 30 April 2020.
- Österreich, FPG-DV- Fremdenpolizeigesetz-Durchführungsverordnung <<https://www.jusline.at/gesetz/fpg-dv/paragraf/13>> 30 April 2020.
- Özkan I., *Göç ve Sığınma Hukuku* (3. Baskı, Seçkin Yayınevi 2018).
- Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, François Crépeau, 2 April 2012, A/HRC/20/24, <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-24_en.pdf> 30 April 2020.
- Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2008 [on the report of the Third Committee (A/63/430/Add.2)] 63/184. Protection of migrants A/RES/63/184.
- Resolution adopted by the General Assembly on 20 December 2012, [on the report of the Third Committee (A/67/457/Add.2 and Corr.1)] 3 April 2013.
- Rutgers School of Law Newark Immigrants Rights Clinic, 'Free but Not Freed: A Report Examining the Current Use of Alternatives to Immigration Detention' Rutgers School of Law Newark Immigrants Rights Clinic & American Friends Service Committee (2012) <<https://www.yumpu.com/en/document/read/30360387/freed-but-not-free-finalpdf-rutgers-school-of-law-newark>> 30 April 2020.

- Sampson R, and Mitchell G, 'Global trends in immigration detention and alternatives to detention: Practical, political and symbolic rationales' (2013) 1(3) *Journal on Migration and Human Security* 97-121.
- Sur M, *Uluslararası Hukukun Esasları* (13th edn, Beta 2019).
- Teksoy B, 'İdari Gözetim Altına Alınan Yabancıların Elektronik ve İletişim Cihazlarının İncelenmesine İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi' (2020) 75(2) *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 517-556.
- Uluslararası Mülteci Hakları Derneği, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı İncelemesi, Kasım 2019 < <https://www.umhd.org.tr/wp-content/uploads/2019/11/kanun-tasla%C4%9F%C4%B1-incelemesi.pdf>> 30 April 2020.
- UN Human Rights Committee (HRC), General comment no. 35, Article 9 (Liberty and security of person), 16 December 2014, CCPR/C/GC/35, <<https://www.refworld.org/docid/553e0f984.html>> 30 April 2020.
- UN Human Rights Committee, General comment No. 35: Article 9, Liberty and security of person, 30 October 2014, CCPR/C/GC/35 18.
- UNHCR-OHCHR, Global Roundtable on Alternatives to Detention of Asylum-seekers, Refugees, Migrants and Stateless Persons, Summary Conclusions, Geneva, 2011 <<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/Events/SummaryConclusions.pdf>> 30 April 2020.
- UNHCR, APT & IDC, Immigration Detention Monitoring: Practical Manual, 2014, Section 4.8 Persons in Situations of Vulnerability/Risk, 2014 < https://www.apr.ch/content/files_res/monitoring-immigration-detention_practical-manual.pdf> 30 April 2020.
- UNHCR, Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention, 2012, <<https://www.refworld.org/docid/503489533b8.html>> 30 April 2020.
- United Kingdom Home Office, Immigration bail Version 5.0 (2020) <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/869352/Immigration-bail-v5.0ext.pdf> 30 April 2020.
- United Kingdom Terrorism Prevention and Investigation Act 2011 < <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/23/contents/enacted>> 30 April 2020.
- United Kingdom: Immigration Act 2016, House of Commons Library, 12 May 2016, <<https://www.refworld.org/cases,UKHCL,58a6fca84.html>> 30 April 2020.

Mahkeme Kararları

- A.B. and Others v France* App no 11593/12 (ECHR, 12 July 2016)
- A.M. and others v. France* App no 24587/12 (ECHR, 12 July 2016)
- Abdolkhani and Karimnia v. Turkey* App no 30471/08 (ECHR, 22 September 2009)
- Amuur v. France* App no 19776/92 (ECHR, 25 June 1996)
- DD v Secretary of State for Home Department [2015] WLR 2217
- G.B. and others v. Turkey* App no 4633/15 (ECHR, 17 October 2019)
- Khlaifia and Others v. Italy* [GC] App no 16483/12 (ECHR, 15 December 2016)
- Louled Massoud v. Malta* App no 24340/38 (ECHR, 27 October 2010).
- M.S.S. v. Greece ve Belgium [GC] App no 30696/09, (ECHR, 21 January 2011)

Popov v. France App no 39472/07 and 39474/07 (ECHR, 19 January 2012)

R (on the application of Abdiweli Gedi) vs Secretary of State for the Home Department, [2016] EWCA Civ 409 (Admin), 17 May 2016

Rahimi v. Greece App no 8687/08 (ECHR, 5 July 2011)

Rustamov v. Russia App no 11209/10, (ECHR, 3 July 2012)

S.K. v. Russia App no 52722/15 (ECHR, 14 February 2017)

S.Z. v. Greece App no 66702/13 (ECHR, 21 June 2018)

Saadi v. Italy [GC] App no 37201/06, (ECHR, 28 February 2008)

Shamsa v. Poland App no 45355/99 and 45357/99 (ECHR, 27 November 2003)

Soering v. UK App no 14038/88 (ECHR, 7 July 1989)

Strock v. Germany App no 61603/00 (ECHR, 16 June 2005)

Suso Musa v. Malta App no 42337/12 (ECHR, 23 June 2013)

YohEkale Mwanje v. Belgium App no 10486/10 (ECHR, 20 December 2011)



Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Uluslararası Ticari Tahkimde Uygulanacak Hukuk

Law Applicable in International Commercial Arbitration

İşıl Özkan*

Öz

“Uluslararası Ticari Tahkimde Uygulanacak Hukuk” başlıklı bu makalede tahkimin çeşitli unsurlarına farklı hukuk kurallarının uygulanması prensibinden hareket edilmiştir. Tahkim sözleşmesi yapma ehliyeti, konu bakımından tahkime elverişlilik ve tahkim sözleşmesinin şekline uygulanacak hukuk incelenecek konular arasındadır. Ehliyet tarafların milli hukukuna, konu bakımından elverişlilik ise hakem kararının tanınması ve tenfizi istenilen ülke hukukuna tabidir.

Daha sonra esasa uygulanacak hukuk, tarafların hukuk seçimi yapıp yapmadıklarına göre belirlenmiştir. Taraflar bir hukuk seçimi yapmamışlarsa, hakemler uygulanacak hukuku çeşitli kriterlere göre belirleyebilirler. Bu kurallar lex arbitri'nin kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenen bir devlet hukuku olabileceği gibi akitle en sıkı ilişkili hukuk veya lex mercatoria olabilir. Taraflarca hukukun genel prensiplerinin veya uluslararası ticari adet ve uygulamaların seçilmesi lex mercatoria'nın uygulanması için yeterlidir. Kaldı ki tarafların açık veya zımni bir hukuk seçimi yapmamaları durumunda da hakemler uygun gördükleri bir hukuku (proper law) veya lex mercatoria'yı uygulayabilir.

Usule uygulanacak hukuk ise esasa uygulanacak hukuktan farklı olarak genellikle tahkim yeri hukukuna tabidir. Hakemler lex arbitri'nin kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenen bir devlet hukukunu veya doğrudan seçtikleri bir devlet hukukunu uygulayabilecekleri gibi, ICC vd. kurumsal tahkim kurallarından da sıklıkla yararlanırlar. Tarafların arzusu da bu konuda rol oynar.

Anahtar Kelimeler

Lex Mercatoria, esasa uygulanacak hukuk, usule uygulanacak hukuk, hakem kararının verildiği yer hukuku, hukuk seçimi, hakkaniyet ve nasafet kuralı, dolaylı yol, doğrudan yol, teamül ve uygulamalar

Abstract

In this article titled “Law Applicable in International Commercial Arbitration”, different legal rules to be applied to the various elements of arbitration are discussed. The legal capacity to make an arbitration agreement, the eligibility to arbitration in terms of subject matter and law to be applied to the form of the arbitration agreement are amongst those subjects that will be examined. The capacity is subject to the national law of parties and the eligibility to arbitration in terms of subject matter is subject to the law of country in which the award will be recognised and executed.

Then the law to be applied to the base will be determined according to whether the parties made a choice of law. If the parties have not chosen a law, the arbitrators can determine the applicable law according to various rules. These rules would be a conflict of law rules of lex arbitri or the proper law of contract. Lex mercatoria is the most applied one among these rules. The will of the parties to resolve according to the general principles of law or according to the usage and practice is sufficient for the arbitrators to apply lex mercatoria.

Unlike the law to be applied to the base, the law to be applied to the procedure is generally subject to the place of arbitration law. It would be determined by the arbitrators if the parties did not choose a law. The will of the parties may

* Sorumlu Yazar: İşıl Özkan (Prof. Dr.), Yaşar Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye.
E-posta: isil.ozkan@yasar.edu.tr ORCID: 0000-0002-6414-8827

Atf: Özkan I, “Uluslararası Ticari Tahkimde Uygulanacak Hukuk” (2020) 40(2) PPII 831.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0039>



also play a role. In the case that the parties didn't choose the rule of law for the procedure, the arbitrator or arbitrators can apply any proper law of contract including institutional rules of procedure like ICC.

Keywords

Lex mercatoria, law to be applied to the base, law to be applied to the procedure, lex loci arbitri, choice of law, ex aequo et bono, indirect line, voie indirecte, direct line, voie directe, usage and practices

Extended Summary

In this article, the author separated arbitration eligibility into two: objective (in terms of subject) and subjective (in terms of person), and determined the law to be applied respectively. Then, the law to be applied to the form was examined, and the validity of the agreement made in an electronic environment was defended. It was clearly stated that the choice made by the parties regarding the law to be applied to the base cannot determine the law to be applied to the procedure. Legal choices are emphasized. It is emphasized that the general principles of law or the choice of lex mercatoria are valid in addition to a national law. The indirect line (voie indirecte) and the direct line rules and the *tronc commun* rule are included in case the parties do not choose the law.

The author defended that the subject of law to be applied to the procedure determined the nationality of the arbitral award in Turkish law based on the Law on the Supreme Court of Appeals in 1951, but that it was of secondary importance because the New York Convention was mainly based on the geographical criterion, and the main thing is to determine the nationality according to the place where the decision will be made. This issue is important for the recognition and execution of an award in another country. The author further argues that the arbitrators are not bound by the law of the place of arbitration (*lex loci arbitri*), the procedure should be freely specified by the arbitral tribunal. The author also included the provisions under the institutional arbitration rules on the section of laws dispute rule. Finally, it is stated that the referees cannot make decisions based *ex aequo et bono* unless they are expressly authorized by the parties.

The purpose of this article is to determine the law to be applied to international commercial arbitration differently according to various elements of arbitration and to emphasize the geographical criterion which is accepted as essential in the New York Convention rather than the procedural law criterion which is thought to be applied incorrectly in Turkish law. Only then, can Turkey be regarded as an arbitration-friendly country.

Uluslararası Ticari Tahkimde Uygulanacak Hukuk

Giriş

Uluslararası ticari tahkimde tarafların tahkim sözleşmesi yapma ehliyeti farklı bir hukuka, sözleşmenin şekli ve konu bakımından tahkime elverişlilik farklı bir hukuka tabidir. Ehliyet gerçek kişiler ve tüzel kişiler bakımından ayrı ayrı hukuklara göre belirlenir. Devletler ve devlet kurumları da tahkim sözleşmesinin tarafı olabilirler. Hukuk kişilerinin tahkim yargılamasında taraf olması ve usulüne uygun biçimde temsil edilmesi önem kazanmıştır¹. Objektif anlamda tahkime elverişlilik ise uyumsuzluk konusunun tahkim yoluyla çözülmeye elverişli olmasıdır. Genellikle, ceza hukuku, vergi hukuku, idare hukuku, rekabet kuralları, iş ve tüketici davaları ve taşınmazın aynına ilişkin davalar tahkim yoluyla çözülemez².

Diğer yandan, esas soruna uygulanacak hukukun taraflarca seçilmiş olması, açıkça belirtilmedikçe, aynı hukukun yargılama usulünü düzenleyeceğini göstermez. İşin esasına uygulanacak hukuk, kendiliğinden usul konularını da kapsamaz. Taraflar bir hukuk seçimi yapmamışlarsa, hakemlerin *lex arbitri*'nin kanunlar ihtilafı kurallarına göre mi, yoksa kendi seçtikleri bir hukukun kanunlar ihtilafı kuralına göre mi hareket edeceği tartışmalıdır³.

Bazı hukuklar “en sıkı ve gerçek ilişkili hukuku”uygularken, bazıları basamaklı bir çözüm yolu seçerek, son basamakta tahkim yeri hukukunu uygulamaktadır⁴. Bir diğer sorun uyumsuzluğun esasına; bir devletin ulusal hukukunun mu, yoksa tacirler arasındaki ticari adet ve uygulamalar olarak ifade edilen “*lex mercatoria*”nın mı uygulanacağıdır. Usul hukuku konusunda ise ulusal usul kuralları yanında kurumsal tahkim kuralları da oluşturulmuştur. Kurumsal tahkim kuralları bu konuda esnek davranarak, kendi kurallarındaki boşlukları tamamlayıcı olarak ulusal hukuk kurallarının uygulanmasına izin vermektedir⁵.

Biz bu makalede tüm bu sorunları ele alarak, öncelikle tahkime konu bakımından ve kişi bakımından elverişliliği ele alacağız. Tahkim sözleşmesinin şekline uygulanacak hukuk belirlendikten sonra, esasa uygulanacak hukuk üçüncü başlığımızı oluşturacaktır. Dördüncü başlık ise usule uygulanacak hukuka ayrılmıştır. Bu incelemeleri yaparken tarafların hukuk seçim yapmaları ve yapmamaları durumlarını ayrı ayrı inceleyeceğiz. Son olarak, hakemlerin hakkaniyet ve nesafete göre (*ex aequo et bono*) karar verebilmesinin şartlarını açıklayacağız.

1 Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, (Vedat Kitapçılık 2010) 18.

2 Huysal (n 1) 15-16.

3 Süleyman Yasir Zorlu, “Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuka”Geçerlilik” Yaklaşımı”, in eds. Sibel Özel and Mustafa Erkan, *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler*, (On İki Levha Yayıncılık 2018) 241-242.

4 Zorlu (n 3), 247-248.

5 Musa Aygül, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller*, (2nd, On İki Levha Yayıncılık 2014) 60-61.

Sonuç olarak, bugün gelinen süreçte, hakemlerin tarafların seçimi ile bağlı olduğunu, tarafların hukuk seçimi yapmamaları halinde ise hakemlere çok geniş bir takdir yetkisi verildiğini vurgulayacağız.

I. Tahkime Elverişlilik

A. Konu Bakımından Elverişlilik (Objektif)

1. Genel Olarak

Bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülebilmesi için, konusu itibarıyla tahkim yolu ile çözülmeye elverişli olması gerekir. Ceza hukuku, aile hukuku, kira sözleşmelerinde kira tespiti ve tahliye davalarında, fikri hak uyuşmazlıklarında, rekabet hukukunda, haksız fiiller, acentelik, iflas davalarında, iş hukuku ve tüketici sözleşmelerinden doğan davalarda, taşınmazın aynı ve sözleşmeye bağlı rüşvet ve yolsuzluk iddialarında tahkime gidilemeyeceği öne sürülmüştür⁶.

Tahkime elverişlilik konusunda devletlerin düzenlemeleri farklılık göstermektedir. Bu konuda üç yaklaşım bulunmaktadır: Amaç kamu düzeni ile ilgili konularda veya özel korumaya ihtiyaç duyulan kişi grupları için bu korumanın sadece mahkemelerce yapılabilmesidir. Bu yaklaşımlardan birincisi irade serbestisi esasına dayanmaktadır. Tarafların serbestçe tasarruf yapabilecekleri konular esas alınmıştır. Türkiye, Almanya, İsveç, Belçika, Avusturya bu sistemi benimsemiştir⁷. İkinci sistemde “malvarlığı ilişkilerinden kaynaklanma”, “ekonomik ilişkiler”den kaynaklanma aranır. Bu sistem İsviçre tarafından kabul edilmiştir. Ancak malvarlığı kavramının anlamı konusunda sorunlar çıkmıştır⁸.

Üçüncü sistemde konular liste halinde sayılarak belirtilir. Fransa ve İtalya bu gruba girer. Fransa’da genellikle kamu düzenine girmeyen uyuşmazlıklarda tahkim yoluna gidilebilir.

Fransa’da uygulanan üç metot şöyledir: Birincisi kamu düzeni ile ilgili sorunlar içeren ihtilaflardır. Bunlardan ilki, örneğin boşanma gibi özel bir yargıcın çözümüne elverişli olmayan konulardır. İkincisi bazı hassas alanlarda hakemlerin değişmesi sosyal olarak kabul edilebilir değildir. Kartel hukuku (*anti trust law*) buna örnek gösterilebilir. İkinci metot melezdir. Taraflardan birisinin kamu düzeni kuralını ihlaline dayanır. Buna örnek yine kartel hukukudur. Bu bakış tahkime güvensizlik içerir ve uygulanabilir değildir.

Üçüncü metot, toplum çıkarının korunduğu hassas alanlarda görülür. Bu durumda mahkemeler kamu düzenini yeniden inceler. Bu metot uluslararası kamu

⁶ Huysal (n 1) 16.

⁷ Huysal (n 1) 28-29.

⁸ Huysal (n 1) 29-30.

düzeni bakımından daha önemlidir. Zira bunu hakemler belirleyemez. Tüm bu konular mahkemelerin kontrolüne tabidir⁹. İtalya’da tahkim yoluna gidilemeyecek uyuşmazlıklar sayılmıştır. İsviçre gibi bazı ülkeler iç ve dış tahkimde konu bakımından ayırım yapmıştır¹⁰.

Türk hukukunda HMK 408.maddeye göre, “taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradesine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir”. MTK 15/A/2-a maddesi de “hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı” belirlenmesini iptal sebebi saymıştır. Kanunun 1. maddesine göre, “iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda tahkim uygulanmaz”. İki tarafın iradesine tabi olmayan idare hukuku, ceza hukuku, iflas hukuku ihtilafları ile işçiyi korumak amacı taşıyan iş hukuku-ihtilaflarında tahkim uygulanmaz. Sinaî ve fikri mülkiyet haklarında üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak şartıyla tahkim kabul edilmektedir¹¹. Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşmelerinde ise tahkim kabul edilmiştir¹².

2. Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk

Bu konuda tahkime elverişliliğin tahkimin hangi aşamasında ortaya çıktığının belirlenmesi gerekir.

Bunlar hakem heyeti önündeki safha, mahkemeye başvuru safhası, tenfiz aşaması ve hakem kararının iptali safhasıdır¹³. Hakem heyeti önündeki safhada hakemlerin tahkime elverişliliği, tahkim sözleşmesinin tabi olduğu hukuka göre belirlenmesi ya da konunun tahkim yeri hukukuna tabi olması gibi fikirler ileri sürülmüştür¹⁴. Lew’a göre, tahkimin esasına uygulanacak hukuk, aynı zamanda tahkim sözleşmesine de uygulanmalıdır.

Bu hukuk tarafların açık veya zimni olarak belirleyeceği hukuk olacaktır¹⁵. Tanınmış Fransız yazar Derains aynı görüştedir¹⁶. Ancak bu görüş ayrılabilirlik prensibine uygun değildir¹⁷. New York Sözleşmesi V/1/a maddesi ve UNCITRAL Model Kanunun 34/2/a

9 Emmanuel Gaillard and John Savage (eds), *Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 1999) 332-333.

10 Huysal (n 1) 30-31.

11 Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, (4th, Vedat Yayıncılık 2016) 73 vd.

12 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (125. madde), Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi:18/10/1982, RG. 9.11.1982/ 17863 (Mükerrer) ve Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun (3. madde), Kanun Numarası: 4501, Kabul Tarihi: 21.01.2000, RG. 21.01.2000/23941.

13 Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, (Legal 2008) 54.

14 Özel (n 13) 55.

15 Julian D.M. Lew, “The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause”, *ICCA Congress Series No.14*, (Kluwer Law International 1998) 136.

16 Yves Derains, “The ICC Arbitral Process - Part VIII: Choice of the Law applicable to the Contract and International Arbitration” (1995) 6 (1) The ICC International Court of Arbitration Bulletin 10, 16-17.

17 Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, (5th, Oxford University Press 2009) 167.

maddesi böyle bir seçim yoksa, tahkimin yapıldığı yer hukukunun uygulanmasını kabul etmiştir. Tahkim yeri hukuku, mahkemelerce sıklıkla kabul görmüştür¹⁸.

Mahkemeye tahkim itirazı yapılması halinde, TMK tahkime elverişliliğin lex fori (Türk hukukuna) göre belirleneceğini 15/A/2/a maddesinde benimsemiştir. Bu yaklaşım New York Sözleşmesine de uygundur.

Hakem kararının tanınması ve tenfizi aşamasında, New York Sözleşmesi V/2/a maddesi ve UNCITRAL Model Kanununun 36./1/b/i maddesi tahkime eşverişsizlik nedeniyle redde, talepte bulunulan ülkenin hukukunun uygulanacağını kabul etmiştir. Hakem kararının iptali için ancak tahkim yeri mahkemesi yetkilidir. Tahkime elverişlilik bu devletin kanununa göre çözümlenecektir¹⁹.

B. Tarafların Tahkime Başvurma Ehliyeti (Subjektif Elverişlilik)

Genel olarak, tarafların tahkim anlaşması yapma ehliyetleri, kendi milli hukuklarına tabidir. Taraflardan birinin bu ehliyete sahip olmaması, hakem kararının iptali veya kararın tanınıp, tenfiz edilmesinin reddi sebebidir. Tahkim anlaşması yapmak veya sözleşmeye tahkim şartı koymak ehliyeti tarafların ister gerçek kişi, ister tüzel kişi olsun doğrudan veya başka bir kişi aracılığı ile bu anlaşmayı yapma hakkını ifade eder. Bu konu ise kişinin milli hukukuna bağlıdır²⁰. New York Sözleşmesinin V (1). (a) maddesinde ehliyete “uygulanacak hukuk, tarafların haklarında uygulanması gereken hukuktur” ibaresi kabul edilmiştir. Uluslararası Tahkim Konusundaki 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesinin VI (2). maddesi, tahkim anlaşmasının geçerliliğini, mahkemenin tarafların ehliyetine uygulanacak hukuka göre belirleyeceğini kabul eder. Bu kanun iptal aşamasında, devlet mahkemesinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir. Tenfiz aşamasında, tenfiz mahkemesinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenir. MÖHUK 9/1. maddeye göre, gerçek kişiler için bu hukuk milli hukuklarıdır. 9/2. maddedeki işlem güvenliği ilkesine göre, milli hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, tahkim anlaşmasının yapıldığı yer hukukuna göre ehil ise yaptığı sözleşme ile bağlıdır²¹.

Tüzel kişilerin ehliyeti konusunda kuruluş yeri ve merkez yeri sistemleri kabul edilmektedir. AB ülkelerinde de kabul edilen bu esaslar Türk hukukuna da benimsenmiştir. MÖHUK 9/4. madde tüzel kişilerin ehliyetini statüdeki idare merkezine bağlamıştır. Fiili idare merkezinin Türkiye’de olması halinde tek yanlı bir bağama kuralı olarak Türk hukukunun uygulanacağını kabul etmiştir²².

18 Blackaby, Partasides, Redfern and Hunter (n 17) 170 vd.

19 Özel (n 13) 57-58.

20 Konstantin Razumov, “The Law Governing the Capacity to Arbitrate”, in Albert Jan van den Berg (ed), *Planning Efficient Arbitration Proceedings*, (Kluwer Law International 1996) 260.

21 Özel (n 13) 68.

22 Özel (n 13) 69.

Diğer bir sorun tahkim anlaşmasının taraflarından birinin devlet veya devlet kuruluşu olmasıdır. Avrupa Sözleşmesi II (1). maddedeki kamu hukuku tüzel kişilerine tahkim anlaşması yapmak yetkisi tanınmıştır. Bunun istisnası aynı devletin yargısına tâbi olan kamu tüzel kişileridir (1/1. madde). Diğer yandan hakemler iki tür devlet faaliyetini ayırır. (*Jure imperii*) hükümet tasarrufu ve (*jure gestonis*) ticari ve ekonomik tasarruflar. Devletin yargı dokunulmazlığı nedeniyle, sadece ekonomik ve ticari faaliyetlerinden dolayı yargılanması kabul edilmiştir²³.

Avrupa Sözleşmesi'nin II/1. maddesi devlet ve devlet kuruluşlarının tahkim anlaşmasına taraf olabileceğini düzenlemiştir. Bu şekilde devletin yargı dokunulmazlığı ileri sürmesi engellenmiştir²⁴. Genellikle kabul edilen görüşe göre, Devlet tahkim anlaşması yapmışsa, tahkimi reddemez. ICSID Sözleşmesi 25. maddede bu husus açıkça belirtilmiştir. Bunun için devletin geçerli bir tahkim anlaşmasına taraf olması gerekir²⁵.

1985 tarihli UNCITRAL Model Kanun ise sadece “taraflar” ifadesini kullanmış, tahkime gitme ehliyetini düzenlememiştir²⁶.

Tarafların bir temsilciyle temsil edilmesi yetkisi ise farklıdır. Bir şahıs veya şirket adına tahkim anlaşması yapma yetkisi, acentaya veya bir organa uygulanacak hukuka, bazen her ikisine bağlıdır. Bazı ülkelerin kanunları bazı formaliteler arar. Örneğin Yunanistan ve İtalya’da acentanın yazılı olarak yetkilendirilmesi gerekir²⁷.

Acentanın geçerli bir temsilci olup olmadığı akde en uygun hukuka (*proper law*) göre değil, temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkiye göre belirlenir. Avrupa’da mahkemeler bu konuda LRA prensibini uygulamaktadır²⁸. Örneğin taraflardan biri İtalyan olan tahkim anlaşması aracı vasıtasıyla Paris’te yapılmış ve tahkimin Londra’da yapılması kararlaştırılmıştır. İtalyan hukuku temsilin yazılı olmasını aradığı halde, yetki sözlü olarak verilmiştir. Bu husus Fransız hukukunca kabul edildiği için, İtalyan mahkemesi yetkiyi kabul etmiştir. Zira İtalya’da amaç tahkim anlaşması lehine karar vermektir²⁹.

Tahkim pratiğinde davalının, temsilcisinin şirketi temsile yetkili olmadığını iddia ettiği olaylar da bulunmaktadır. Hakem mahkemesi davalıya milli hukukunu uygulayarak (*lex corporacionis*), anlaşmayı imzalayan kişinin ticari kayıtlarda yetkilendirilen kişi olmadığı için anlaşmanın geçersizliğine karar vermektedir. Ancak

23 Razumov (n 20) 265.

24 Ziya Akıncı, *Millîterarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi*, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1994) 117.

25 Farklı görüşler için bkz. Özel (n 13) 72.

26 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006, Vienna, 2008.

27 Razumov (n 20) 262.

28 Razumov (n 20) 262.

29 Decision of 25 January 1977, Toral Soc: H.p:a (Italy) v. Achille Lauro (Italy) ICCA YCA /V (1979) p. 281.

sonradan fax ile teyit edilmişse, temsilciyi yetkili kabul etmektedir³⁰. Bazen de iki taraflı anlaşmalarla New York Sözleşmesinin çatışması halinde, New York Sözleşmesi VII. (1) maddesi, bu Sözleşmenin diğer iki taraflı ve çok taraflı anlaşmaları etkilemeyeceğini kabul etmiştir. Taraflar bu anlaşmalardan birini seçebilir³¹.

Türk hukukunda BK. 388/III. maddesi özel bir yetki verilmesini gerektirmektedir. MÖHUK 30/2. maddeye göre, bu durumda temsilcinin işyeri hukuku, böyle bir yer bulunmuyorsa, yetkinin fiilen kullanıldığı yer hukuku uygulanır. Bu durumda iş yeri Türkiye’de olan bir avukata yetki verilmişse özel vekaletname gerekiyken, iş yeri İngiltere’de bulunan bir avukat için bu gerekemeyecektir³². Yargıtay Hukuk Genel Kurulu İngiltere’de GAFTA tarafından verilen hakem kararının tenfizini özel yetki olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir³³.

Uluslararası hakemler; devlet veya devlet kuruluşlarının tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda iç hukuklarınca yasaklandığı iddiası ile karşılaşabilirler. İsviçre PIL 177/2. madde açıkça tahkim anlaşmasına taraf olan devletlerin; ihtilafın hakemde görülmesi veya tahkim anlaşmasına taraf olma ehliyeti bakımından, kendi milli hukukunu ileri süremeyeceğini kabul etmiştir. Aynı husus, devlet kuruluşları için de kabul edilmiştir. ICC’de görülen bir davada İranlı acenta, memurlarının tahkim anlaşması yapmak konusunda iç hukuk kurallarına uymadığını iddia etmiştir. Fakat tahkim mahkemesi uygulanabilir, bulmuştur. İran hukukunda böyle bir akit yapma ehliyetsizliğinin söz konusu olmadığını belirlemiştir. Kendi organlarıyla bu anlaşmayı imzalayan bir devlet kuruluşu ihlal iddiasında bulunamaz. Milli hukuk, iç ya da uluslararası akitler için farklı hükümler getirebilir³⁴.

II. Şekle Uygulanacak Hukuk

Tahkim anlaşmasının şekli, diğer konulardan bağımsız olarak belirlenmelidir. Bu konuda maddi bir uluslararası özel hukuk kuralı getirilmiştir. Aranacak şekil şartı yazılı olmasıdır. New York Sözleşmesinin II/1.maddesine göre, hakem anlaşması yazılı şekilde yapılmalıdır. New York Sözleşmesinin II/2. maddesi bu kapsamı genişletmektedir. New York Sözleşmesi tahkim anlaşmasının yazılı şekil şartına tabi olduğunu belirtirken, aynı maddenin 2. fıkrasında, “yazılı anlaşma” teriminden, “karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgraflarda mündemiç bulunan veya taraflarca imzalanmış bir mukaveleye dercedilmiş olan bir hakem şartı veya bir hakem mukavelesi anlaşılır” ifadesi yer almaktadır. Bu ifade tahkim anlaşmasının mektup, telgraf vs ile de yapılabileceğini öngörmektedir. New York Sözleşmesinin tenfizini

30 Razumov (n 20). 263.

31 Işıl Özkan, *Uluslararası Özel Hukuk Anlaşmalar* (Turhan Kitapevi 2019) 67 vd.

32 Özel (n 13) 77.

33 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2000/19-1122, K. 2000/1256, 11.10.2000.

34 Razumov (n 20) 266.

reddi şartlarını düzenleyen V/1/a maddesinde de “II. madde hükmünde derpiş edilen hakem anlaşması”ndan bahsedilmektedir. Bu durumda tahkim anlaşmasının yazılı olmaması halinde tenfiz talebi reddedilecektir³⁵.

UNCITRAL Model Kanun da benzer bir yaklaşım getirmiştir. 7/2. maddeye göre, tahkim anlaşması yazılı olmalıdır. Tarafların sözlü anlaşmasının her hangi bir şekilde kayıtlı olması da yazılı şekil şartı yerine geçer (7/2.md.) Elektronik iletişim vasıtalarıyla yapılan anlaşmalarda geçerlidir(7/4.md.).

TMTK 4. madde yazılılık şartına iletişim aracı ile veya elektronik ortamda yapılan anlaşmaları da dahil etmiştir. Ancak yazılı kayıt verme şartı kabul edilmemiştir³⁶. Türk hukukunda yazılılık şartı, yazılı metin ve imza gerektirmektedir. 5070 sayılı Elektronik imza Kanunu³⁷ 5. maddesi ile güvenli elektronik imza kabul edilmiş ve BK. 14/1. madde ile elle atılan imza ile aynı ispat gücüne sahip olduğu kabul edilmiştir.

III. Esasa Uygulanacak Hukuk

Esasa uygulanacak hukuku belirlerken, esas (*merits*) ile uyumsuzluğun konusunun birbirinden ayrılması gerekir. Ayrıca esas ya da uyumsuzluğun konusu usuli konulardan ayrılmalıdır. Yargı yetkisi, tahkim anlaşmazlığının varlığı ve geçerliliği, hakemlerin atanması usuli konulara girer. Uyumsuzluğun esası iddiadan, savunma ve karşı iddiadan ve hakemlerin uyumsuzluk konusu dışında bu iddia, savunma ve karşı iddiaların yerinde olup olmadığını anlamasından ibarettir³⁸.

Esasa uygulanacak hukuk, tahkime uygulanacak hukuktan farklıdır. Açıkça belirtilmedikçe, usule uygulanacak hukuk olarak kabul edilmez³⁹. ICC tahkiminde (2017) taraflar uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuku belirtmekte serbesttir (21/1. md.).

Taraflar hukuk seçimi yapmamışlarsa; hakem kurulu uyumsuzluğa uygun gördüğü hukuk kurallarını uygular (21/1. md.). Hukuk kuralları deyimi, bir veya birden çok devletin kuralları, ulus ötesi kurallar, *lex mercatoria*, hukukun genel ilkeleri, UNIDROIT Prensipleri gibi kuralları da içerir. 1998 tarihinden önce hakemler bir devletin bağlama kurallarını seçmek zorundaydı. Hakemler ticari örf ve adetleri göz önünde bulundurur (21/2. md.). Hakem kurulları ancak taraflarca yetki verilmişse, dostane aracı yetkisine sahip olur veya hak ve nesafete (*ex aequo et bono*) karar verebilir (21/3. md.)⁴⁰.

35 Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, (Kluwer Law International 1981) 287; Akıncı, *Tenfiz* (n 24) 120.

36 Bu husus doktrinde eleştirilmiştir. Bkz. Akıncı, *Tahkim* (n 11) 92.

37 Kanun Numarası: 5070, Kabul Tarihi: 15.1.2004, RG. 23.1.2004/25355.

38 Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration, Law and Practice*, (3rd, Juris 2014) 630-631.

39 Ali Yeşilirmak, , ICC Tahkim Kuralları ve Uygulanması, (On İki Levha 2018) 29.

40 Yeşilirmak (n 39) 99-100.

Kurumsal tahkim kuralları; tahkim anlaşmasına dair bir kanunlar ihtilafı kuralı içermemektedir. Tek istisna WIPO Tahkim Kurallarıdır (2014 kuralları 61. md.). Buna göre tahkim anlaşması, paragraf a (hukuk seçimi) veya paragraf b’de (tahkim yeri hukukunda) belirtilen hukuk veya hukuk kurallarının şekil, varlık, kapsama dair şartlarına uygunsa etkilidir⁴¹.

İngiliz mahkemeleri ise sulamerica tahkikat⁴² olarak adlandırılan üç aşamalı bir test uygulamaktadır⁴³. Bu test açık hukuk seçimi, zımni hukuk seçimi ve en sıkı ilişkili hukuk olarak sıralanmıştır⁴⁴. TMTK 4/3. madde ise sadece açık hukuk seçimini kabul etmiş, zımni seçime yer vermemiştir. Hukuk seçimi yoksa tahkim sözleşmesinin geçerliliğine, Türk hukuku uygulanacaktır⁴⁵.

A. Tarafların Hukuk Seçimi Yapması Halinde

1. Milli Bir Hukuk Seçilmesi

Uluslararası tahkimde, başlıca kriter, tarafların esasa uygulanacak hukuku seçmeleridir. Bu prensip hem yazarlar arasında⁴⁶, hem de hakemler⁴⁷ tarafından kabul edilmiş bir kuraldır. Ancak kuralın istisnaları vardır. Eğer hukuk seçimi tarafların uygulanabilecek emredici kurallardan kaçınmak için birlikte yaptıkları bir hukuka karşı hile ise, bu seçim eski Roma hukukuna göre batıldır (*fraus omnia corrumpit*)⁴⁸. Seçimin açık yapılması esastır. Seçilen hukuk, uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra değiştirilebilir. Hukuk seçimi durumunda atfın (*renvoi*) reddedilmesi esastır. Taraflara zımni hukuk seçimi imkanı da verilebilir⁴⁹. Bu konuda TMTK 12 (A) maddesi ile MÖHUK 24/1. maddesi farklı hükümler getirmektedir. MÖHUK zımni seçime imkan tanırken, TMTK açık hukuk seçimi aramaktadır.

Taraflar genellikle taraflardan birinin milli hukukunu seçer. Bu seçim hukukun genel prensipleri ve uluslararası ticari âdetlerle tamamlanır. Bu seçim tarafların niyetine göre normal kriterlerle yorumlanır.

Taraflarca bir devlet hukukunun seçilmesi halinde, bunun maddi hukuk kuralı olarak anlaşılması gerektiği, en azından Kara Avrupa’sı sisteminde akitler hukuku alanında kanunlar ihtilafı kurallarının dışarıda bırakıldığı kabul edilmektedir. UNCITRAL

41 <https://www.wipo.int/ame/en/arbitration/rules/2014> Enesa Engelhanian (2012) EWCA civ. 6 38 (16),

42 Sulamerica Cia Nacional de Sequros v. Enesa Engelharia (2012) EWCA civ. 638 s. 30-31.

43 Gary Born, “The Law Governing International Arbitration Agreements An International Perspective” (2014) 26 SAJLJ 814 , 841.

44 Zorlu (n 3), 246.

45 Özel (n 13) 80-81.

46 A. V. Dicey, Lord Collins of Mapesbury, A. Briggs, A. Dickinson, J. Harris, J. D. Mcclean vd (eds), *Dicey, Morris & Collins on The Conflict of Laws* v.3, (15th, Sweet & Maxwell 2012), 1776.

47 Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd. v. James Milner and Partners Ltd. (1970) A.C. 583-603.

48 Henri Batiffol and Paul Lagarde, *Droit International Privé*, T. II. (1976) 245.

49 Akıncı, *Tahkim* (n 11) 168.

Model Kanunu'nun 28/1. maddesinde bu husus açıkça yer almaktadır. Ayrıca kural 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu 46 (2). maddesinde de bulunmaktadır. Şüphesiz hakemler akitte yer alan hangi konuların bu kapsama girdiğini belirler⁵⁰.

Taraflardan birinin hukukunun seçiminde anlaşma sağlanamazsa, tarafsız (*neutral*) bir hukuk sistemi seçilebilir. Seçilen bu hukuk sistemi ile uyumsuzluğun bir bağı aranır da, uygulamada eğer tarafların bu hukukun seçiminden etkili bir çıkarları varsa, seçim geçerli sayılır⁵¹.

Ayrılabilirlik (*seperability*) prensibine göre, esas akde uygulanacak hukukla hakem anlaşmasına uygulanacak hukuk farklı olabilir. Her birinin geçerliliği kendi hukukuna tabidir. Cenevre Sözleşmesi I (a). maddesi bu hususu açıkça belirtir. New York Sözleşmesi V (1) (A), tahkim anlaşması tarafların seçtiği hukuka göre geçersiz ise, tenfizinin reddedilebileceğini kabul etmektedir⁵².

a. Tarafsız Bir Milli Hukuk Seçimi

Yapılan hukuk seçiminin geçerli olması için, seçilen hukukun akit ile bağlantılı olması gerekir⁵³. Ancak çağdaş uluslararası tahkimde bu yaklaşım genellikle reddolunur⁵⁴. Bugün için tarafların, tarafsız (*neutral*) bir hukuk seçmeleri tercih edilir.

Batılı şirketler ile SSCB veya komünist Çin arasındaki akitlerde, İsviçre hukuku da aynı nedenle seçilebilir. Diğer bir yaklaşım genellikle, kendi hukuk sistemlerine benzer hukukların seçimidir.

Hukuk seçimi ile hukuk kurallarının (*rule of laws*) seçimini birbirinden ayırmak gerekir. Taraflar ulusal bir hukuk seçebilecekleri gibi, ulusal hukuk dışında anasyonel kurallar da seçebilirler. Hakemler bu tür kuralları da irade muhtariyeti ilkesine göre, bir hukuk seçimi olarak uygulamak zorundadırlar⁵⁵.

Tarafların hukuk seçiminin sınırlarını doğrudan uygulanan kurallar ve milletlerarası kamu düzeni oluşturur⁵⁶.

b. Çeşitli Hukukların Seçimi (*Dêpeçage*)

Taraflar, uyumsuzluğun farklı alanlarına farklı hukuklar seçebilir (*dêpeçage*). Bu prensip ortak bir prensip olarak taraflarca kabul edilebilir. Bu yaklaşım, hatta

50 Gaillard and Savage (n 9) 790.

51 Rubino-Sammartano (n 38) 634.

52 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration Volume I: International Arbitration Agreements*, (Kluwer Law 2009), 411-412.

53 US, Restatement (Second) of Conflict of Laws, pa:187 (1971).

54 1980 Rome Convention Art. 3.

55 Özel (n 13) 128.

56 Özel (n 13) 129-130.

mahkemelerde kabul görür. (Roma Sözleşmesi 3/1. madde). Bu seçimin geçerliliği hakemlerce değerlendirilir.

Taraflara uygulanacak “hukuk kurallarını” (*rules of law*) seçme imkânı tanınması ile tarafların hangi hukukun, akdin hangi kısmına uygulanacağını belirtmesi gereği ortadan kalkmıştır⁵⁷. Aramco kararında bu usul uygulanmıştır⁵⁸. Pek çok tahkim kuralı açıkça dâpeçage’yi kabul eder⁵⁹.

c. İstikrarlı Hukuk Seçimi

İstikrar şartı (*stabilization clause*) uygulanacak hukuku belli bir zaman dilimine sabitler. Bu konu özellikle Devletin taraf olduğu akitlerde önem taşır. Devletle müzakere ederken, özel taraf kendisini, akdin tarafına karşı korumak ister. Devletler genellikle kendi hukukunun uygulanmasında ısrar ederler. Bu durumda taraflar, uygulanacak devlet hukukunu, akdin imzalandığı tarihle sınırlamak isterler. Eğer devlet egemen gücünü kullanıp mevzuatı değiştirmişse bu, kuvvetin kötüye kullanılması anlamına gelir. Ancak uygulanacak hukukun dondurulması sadece devletle ilgili akitlerle sınırlı değildir. Bazen de uygulanacak hukukun soyutluğu (anlaşılmazlığı) (*intangibility*) şartı nedeni ile dondurmak gerekir. Bu şart devletin mevzuatı değiştirmesine engel teşkil etmez. Sadece akde etkisi yoktur. Hakem davalarında sıklıkla bu şart kullanılır⁶⁰. Şartın geçerliliği hakem mahkemesince değerlendirilir⁶¹.

2. Uluslararası Hukukun Genel Prensiplerinin Seçimi

Sadece devlet akitlerinde veya andlaşmalarında değil, özel kişiler ve devletler arasındaki akitlerde de uluslararası hukuk seçilebilir. Uluslararası kamu hukukunun seçimi tarafların bir milli maddi hukuk kuralımı seçmekten kaçınmak arzusundan doğar. Örneğin Dünya Bankası gibi bir uluslararası örgütün tarafsızlığı nedeniyle uluslararası hukukta kabul görmüş hukuk prensipleri seçilebilir. Bu kuralların tesbiti yeterince gelişmemiş olmasına karşın bu seçim genellikle kabul edilir⁶².

Çok uygulanır olmamakla birlikte, taraflar uluslararası hukukun genel prensiplerini seçebilir. Genellikle bu prensipler milli bir hukukla tamamlanır. Yatırım tahkiminde bu atıf açıkça yapılır. Bu prensipler hukuk sistemini sınırlayabilir veya boşlukları doldurur⁶³. Hukukun genel ilkeleri çağdaş toplumların genellikle kabul ettiği ve uyguladığı modern hukuk kurallarıdır⁶⁴.

57 Gaillard and Savage (n 9) 794.

58 Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co. (ARAMCO), 27 Int’l L-Rep. (1963), pd: 117, 166.

59 28/1 AAA: 22.3, 1988 LCIA; 24/1 1999, Stockholm Chamber of Commerce; ICC 1998, and A/1 (Rules of Law).

60 Gaillard and Savage (n 9) 795-796.

61 Gaillard and Savage (n 9) 797.

62 Wolfgang Kuhn, “Express and Implied Choice of the Justice and in the Practice of International Arbitration” in Albert Jan van den Berg (ed), *Planning Efficient Arbitration Proceedings*, (Kluwer Law International 1999) 381.

63 Rubino-Sammartano (n 38) 635-636.

64 Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. v. Shaikh of Abu Dhabi, Case. No.37, ILR 1951.

Milli bir hukukla birlikte uygulanan hukukun genel prensipleri bazı zorluklar yaratır. Bunlardan biri Cenevre şehrinde toplanan bir hakem heyetinin karşısına çıkmıştır⁶⁵. Bir İtalyan firma ile Suriye şirketi arasındaki ihtilafta, tahkim sözleşmesinin 19. maddesinde “Tahkim İsviçre’nin Cenevre şehrinde ve hukuk ve adaletin genel prensiplerine göre yapılacaktır” ifadesi yer alıyordu. 25. maddede ise şöyle bir hüküm vardı: “Bu anlaşma Suriye hukukuna tâbidir”.

Hakemler özel hukuk şahısları ile hükümetler arasındaki sözleşmelerde, uluslararası ticaret usulleri ve genel deneyimin sonucu olarak hakem şartının amacının özel hukuk kişisini çifte riske karşı korumak olduğunu kabul etmişlerdir. Bu risklerden birincisi Suriye hukukunun sonradan dengeyi bozacak şekilde değişmesidir (bunun için stabilisation şartı bulunmaktadır) (19/6. madde). Diğer yandan, Suriye hukukunun bazı hükümleri hukuk sistemlerini aşarak, yabancı özel kişi tacir için, bu davada bulunmayan, fakat aleyhine sonuçların doğmasına neden olabileceği psikolojisi yaratabilir.

25 ve 19/6. maddeyi birlikte ele alan heyet, ihtilafın Suriye hukukuna göre, fakat hukuk ve adaletin genel prensipleri çekincesi ile çözüleceğini kabul etmiştir. Ticari âdetlerin kısmi olarak uygulanmasını benimsemiştir⁶⁶.

3. Lex Mercatoria’nın Seçimi

Tarafların arzusunun lex mercatoria’nın uygulanması olduğu açıkça ifade edilmişse, bu husus hakemler tarafından genellikle kabul edilir. Ancak bazı mahkemeler bunu kabul etmeyebilir. Lex mercatoria’nın seçimi geçerli olsa dahi, onun içeriğini belirlemek zordur. Taraflar açık değil, zımnî (üstü örtülü) seçim yapmışsa hakemlerin rolü zorlaşır. Seçimin unsurları açıkça belirlenmelidir⁶⁷.

Taraflar hukukun genel prensiplerine (*rule of laws*) ya da milletlerarası teamüllere atıf yapmışsa, hakem heyeti lex mercatoria’yı uygulayacaktır. Hakemler sözleşme hükümlerini iyi niyetle yorumlamalıdır. Hukuk kuralları ifadelerinin kullanıldığı her yerde lex mercatoria ya da diğer ulusüstü anasyonel kurallara izin verilmiştir. Hukuk (*law*) terimi ise ulusal hukuk sistemlerini ifade için kullanılır. MTO “tahkim hukuku kuralları” terimini kullanarak lex mercatoria’ya izin vermiştir⁶⁸.

Bunun için “uluslararası ticaret hukuku”, “ulusüstü hukuk”, “uluslararası akitler hukuku”, ya da sadece lex mercatoria ifadeleri yeterlidir. Burada tarafların niyeti önemlidir. Eğer tarafların niyeti açık değilse, tarafların hakem mahkemesinin bir hukuka veya hukuk sistemine bağlanmasını istediği varsayılır (özellikle Alman hukukunda)⁶⁹.

65 ICC Proceedings, No:3380 (1980).

66 Rubino-Sammartano (n 38) 637.

67 Rubino-Sammartano (n 38) 638.

68 Özel (n 13) 151.

69 van den BERG (n 35) 382.

13 Ocak 2011 tarihli ve 2011-48 sayılı Fransız Hukuk Yargılaması Kanunu 4. kitabında, hakem mahkemesinin hukuk kurallarına göre karar vereceği ifade edilmiştir (1478. madde)⁷⁰.

İsviçre hukukunda *lex mercatoria* hukuk kuralı olarak seçilebilmekte ve hakem heyetince uygulanabilmektedir (IPRG) 178/2. madde).

Türk hukukunda da tarafların hukuk kurallarını seçebileceği kabul edilmiştir⁷¹. UNCITRAL Model Kanun ticari teamüllerin dikkate alınmasını öngörmektedir. MTK 12/c Model Kanundan farklı bir yaklaşım izlemiştir. Ticari örf ve âdetler ve ticari teamüller ancak sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında ve eksik kalan noktaların doldurulmasında dikkate alınmalıdır⁷².

4. Kanunlar İhtilafı Kuralı Seçimi

Uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralını taraflar seçebilir. Örneğin AAA (eski 29/1. madde) “mahkeme tarafların uygulanacağını belirttiği hukukun tespit ettiği esasa uygulanacak hukuku uygular” ifadesini taşımaktadır. Yeni şeklinde AAA kurallarına gönderme yapılmıştır (R-1-a). Benzer bir hüküm ICC Kurallarında da (21/1. madde) vardır. “Taraflar hukuk seçimi yapmamışsa, hakem mahkemesi uygun bulduğu hukukun belirlediği kuralları uygular”. UNCITRAL Model Kanun 28/1. maddede “Hakem mahkemesi ihtilafı, tarafların uygulanmasını seçtiği hukukun kurallarına göre çözer” ifadesi getirmektedir. Genel eğilim bu seçimin açık yapılması yönündedir. Bazı durumlarda dar değil, daha geniş yorum yapılabilir (zımnî seçim)⁷³.

Tarafların açık veya zımnî bir seçimi bulunmuyorsa, hakemler uygulanacak hukuku, uygun buldukları kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirler. Bu konu çeşitli kurallarda özel olarak belirtilmiştir. ICSID Sözleşmesi 42/1. maddesinde “taraflar seçim yapmamışsa, Âkit devletin kanunlar ihtilafı kuralları dahil, seçilen kurallara göre mahkeme uygulanacak hukuku belirler.” İfadesi yer alır. Kopenhag Uluslararası Tahkim Mahkemesi kuralları ise; “Taraflar aksini kararlaştırmadıkça Danimarka hukuku, Danimarka devletler özel hukuku ve usul hukuku kuralları dahil uygulanır” hükmünü getirmektedir.

CAS Spor Tahkim Mahkemesi Kuralları 2/5. paragrafta “tahkim anlaşmasında veya şartında özel bir hüküm yoksa CAS İsviçre hukukunu uygular” ifadesi bulunur⁷⁴.

Redfern ve Hunter ise modern eğilimin, hukuk seçimi boşluğu halinde hakemlerin

70 Ergun Özsunay, *21. Yüzyıl Tahkim Hukukunda Üç Önemli Reform* (Vedat Kitapçılık, 2014) 85.

71 Özel (n 13) 153.

72 Özel (n 13) 157; Kars. Akıncı, *Tahkim* (n 11) 170.

73 Julian, D.M Lew, “Relevance of Conflict of Law Rules in the Practice of Arbitration”, in Albert Jan van den Berg (ed), *Planning Efficient Arbitration Proceedings*, (Wolters-Kluwer Law International 1996) 451-452.

74 Lew ,Relevance (n73)s.453.

uygun buldukları kanunlar ihtilafı kuralını uygulaması gerektiğini kabul yönünde olduğunu belirtmektedir⁷⁵.

Kanunlar ihtilafı kurallarının seçiminde tahkim yerinin (*lex loci arbitri*) etkisi konusunda iki doktrin çatışır. Geleneksel doktrine göre, tahkim yeri zımni bir hukuk seçimini göstermez. Tahkim yeri genellikle pratik nedenlerle seçilir. Tahkim yerinin taraflarca değil, hakemlerce seçimi nadirdir. Bu yer seçilinceye kadar uygulanacak hukuk belirsizdir. Ayrıca hakemler farklı yerlerde toplanıp farklı bir yerde karar verebilir. Tahkimin yeri yargılama sırasında değişebilir. O zaman uygulanacak hukuk değişmeli midir? Milli mahkemenin bir *lex fori* olmasına karşın uluslararası hakem mahkemelerinin bir *lex fori* yoktur⁷⁶.

Diğer bir görüş (İngiltere) tahkim yeri seçiminin, aynı zamanda uygulanacak hukukun seçimi olduğunu kabul eder (*lex loci arbitri*). Bu görüş İngilizlerin yargı yetkisi ile esasa uygulanacak hukuku birleştirme çalışmalarıyla ilgilidir. En azından tarafların tahkim yerini seçimi, uygulanacak hukuk konusunda niyetlerini de gösterir⁷⁷.

B. Tarafların Hukuk Seçimi Yapmaması Halinde

Tarafların bir hukuk seçimi yapmamaları durumunda, hakemlerin toplandığı yerin kanunlar ihtilafı kurallarına göre ihtilafın çözümlenmesi görüşü, tahkimde pek geçerli değildir. Zira, tahkimin bir *lex fori*'si yoktur. Bu görüş Sapphire kararında⁷⁸ vurgulanmıştır. Roma Sözleşmesinin 4(1). maddesi açık seçim olmaması halinde, akdin en sık ilişkili hukukça yönetileceğini ifade etmektedir. Hakem tarafların ortak niyeti ve kararlarında doktrinde genellikle kullanılan bağlama noktalarına bakmalıdır. Bu ise “doğrudan yol” doktrinine giden bir önceki yaklaşımdır⁷⁹.

Usul kurallarının etkisi bakımından, birinci doktrin bu kuralların esasa uygulanacak hukukun seçimine bir etkisi olmayacağı yönündedir. Zira ikisi açıkça birbirlerinden farklıdır. Taraflar usul hukukunu daha çok hakemlere bırakırlar.

Aksi görüşe göre, usul hukuku, esasa uygulanacak hukukun seçimini etkiler. Hakemler her iki hukuku da kendileri belirler. Bu durum tarafların niyetlerinden farklı sonuçlara yol açabilir⁸⁰.

Eğer taraflar uygulanacak hukuku açıkça veya zımni olarak seçmemişlerse, hakem mahkemesi geleneksel görüşe göre, ilgili kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak

75 Blackaby, Partasides, Redfern and Hunter (n 17) 204.

76 Berthold Goldman, “La *lex mercatoria* dans les du droit international et l’arbitrage international; realite et perspectives” (1979) 106 J.D.I, 475, 491.

77 Rubino-Sammartano (n 38) 639

78 Sapphire International Petroleum Ltd. v. The National Iranian Oil Company (1964) 13 ICLU 1011-1012.

79 Blackaby, Partasides, Redfern and Hunter (n 17)234.

80 Rubino-Sammartano (n 38) 639-640.

maddi hukuku belirler. Burada sorun, hangi kanunlar ihtilafi kuralının uygulanacağıdır. Önceki görüş hakem yerinin kanunlar ihtilafi kuralı iken, bugün akdin en sıkı ilişkili olduğu ülkenin kurallarının uygulanması kabul edilmektedir. ICC’de görülen davalarda, hakemler maddi hukuku belirlemek için çeşitli yollar denerler⁸¹.

Washington Sözleşmesi hakem divanının âkit devlet hukukunu uygulamasını kabul etmektedir. 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi hakemlere, uygulanacak kanunlar ihtilafi hukukuna göre seçecekleri uygun bir hukuku (proper law) uygulama yetkisi vermiştir. Ancak buradaki kanunlar ihtilafi kuralları, zorunlu olarak hakemlerin toplandığı yerin kuralları değildir. Benzer bir yaklaşım UNCITRAL kurallarında da vardır. “Uygulanabileceği varsayılan kanunlar ihtilafi kurallarına göre belirlenen hukuk” ifadeleri yer almaktadır. Bazı milli hukuklarda da benzer kurallar bulunur (Fransa, Kanada, Hindistan, Kenya, Hollanda)⁸². Tarafların bir hukuk sistemi kurallarına, bir para birimine veya dile ya da başka bir milli unsura yaptığı göndermeler, esasa uygulanacak hukukun belirlenmesinde rol oynayabilir.

Bir hakem kararı pek çok unsurun aynı yönde birleştiğini gösterebilir. Örneğin, malların teslim yeri, alıcının vatandaşlığı, ödeme yeri gibi unsurlar, akde uygulanacak hukukun (*proper law*) Fransız hukuku olacağını göstermektedir⁸³.

Viyana Mal Satım Sözleşmesi hükümleri, tarafların açık bir hukuk seçimi olmadığı zaman uygulanabilir⁸⁴.

AB Roma Sözleşmesi hükümleri de Fransa’da uygulanmıştır⁸⁵.

Taraflar a-national (milli olmayan) kuralları da seçebilirler. “Ulusötesi hukuk” (*transnational law*) terimine sıklıkla başvurulmaktadır⁸⁶.

Doğrudan yol (*voï directe*) (*direct line*) başka bir methodtur. Bu metoda göre, hakemler bir hukuk sisteminin kanunlar ihtilafi kurallarını seçmek zorunda değillerdir. Akdin en sıkı ilişkili olduğu hukuku uygulayabilirler⁸⁷. Bu durumda ifa yeri kriteri en iyi formül olabilir. Ayrıca hakemler akdin farklı yönlerine farklı hukukları uygulayabilir (*depaçage*)⁸⁸. 2011 tarihli ICC kuralları, hakemlikte “hukuk kuralları” (*rules of law*) seçimine izin vermektedir⁸⁹.

81 Kuhn (n 62) 386.

82 Blackaby, Partasides, Redfern and Hunter (n 17) 234-235.

83 ICC Proceedings No. 6560 (1990) YCA 1992, 229.

84 ICC Proceedings No. 7153 (1992) YCA 1992, 229.

85 ICC Proceedings No. 7205; Clunet 1993, 1032.

86 Primares Coal Inc. v. Compania Valenciana de Cementos Portland, Sep. 1, 1988, ICC Case No. 5953 Pov enb. 1999, 70.

87 ICC Proceedings No. 4434 (1983); Clunet 1983, 893.

88 Rubino-Sammartano (n 38) 655.

89 ICC Award No. 9419 (1998), Bull LIA / ICC 1999, 107.

UNIDROIT prensipleri boşlukları doldurmak için kullanılabilir⁹⁰. Ayrıca uygulanacak hukukun yorumunda rol alabilir⁹¹.

Olumsuz seçim halinde; taraflar ne birinin milli hukuklarını ne de 3. bir devlet hukukunu seçmiştir (*Le Tronc Commun*). Bu sessizlik Cenevre’de toplanan hakemlerin verdiği Komgrop kararında ortaya çıkmıştır⁹². Dava, Fransız şirketi (A) ile onun Yugoslav alt temsilcisi (B) arasında Sovyet şirketi tarafından verilen bir işle ilgilidir. Taraflar uygulanacak hukuku seçmemişler, Yugoslav şirketi Fransız hukukunun uygulanmasını istemiş, Fransız şirketi ise İsviçre hukukunun uygulanmasını istemiştir. Hiçbir taraf Sovyet hukukunun uygulanmasını önermemiştir. Fransız şirketi, akdin yapıldığı sırada tarafların Fransız hukukunun dışında tutulması konusunda anlaşmış olduğunu ifade etmiştir. Hakemler, son hakem kararlarına göre ve ICC kurallarına dayanarak hukukun genel prensiplerini uygulamıştır. Hakemler, ihtilaf tarafların hukuklarında yer alan ortak hükümlerle çözümlenebilirler⁹³. Channel Tunnel davasında⁹⁴ “*tronc commun*” doktrini tam olarak uygulanmıştır. İhtilaf İngiliz ve Fransız hukukunda kabul edilen ortak prensiplere göre çözülmüştür. Ortak prensipler ve kamu düzenine gönderme yapılmıştır.

TMTK 4/3. maddeye göre, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçmemeleri durumunda, Türk hukuku uygulanır. Yargıtay 15. HD nin bir tenfiz kararına⁹⁵ konu olayda, tarafların Anlaşmalarında uyuşmazlığın MTO Tahkim kurallarına göre çözeceği hükme bağlanmış, ayrıca Türkiye’de yürürlükte olan kanunlara tabi olacağı kararlaştırılmıştır. Yargıtay Zürih’te İsviçre Usul kuralları uygulanarak verilen kararın Türk hakem kararı olduğunu kabul etmiştir. Gerekçe olarak anlaşmada yer alan “Türk kanunları uyarınca” ifadesinin hem Türk maddi hukuk kurallarını, hem de usul kurallarını kapsadığını belirtmiştir. Bunun nedeni Yargıtay’ın 1951 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında⁹⁶ kabul edilen “otoritesi altında karar verilen hukuk” prensibine bağlılığını sürdürmesidir.

IV. Usule Uygulanacak Hukuk

A. Tarihi Gelişim

Karşılaştırmalı hukukta hakemlerin usule uygulanacak hukuku belirleme yetkisi bulunduğu bugün genellikle kabul edilmektedir. Ancak bu yetki bazı sınırlamalara

90 ICC Award No. 9029 (1998), Bull LIA / ICC 1999, 9.

91 Rubino-Sammartano (n 38) 663.

92 ICC Proceedings No. 3540 (1980) Clunet 1981, 915.

93 ICC Proceedings No. 2886 (1977) Clunet 1978, 966.

94 The Channel Tunnel Group Ltd. and France Monche SAV. Balfour Beatty Construction Ltd. 10 S. Int. And. 3, 59.

95 Yargıtay 15. HD,6209/527, 1.2.1996; Erol Ertekin and İzzet Karataş, *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması* (Yetkin Yayınları 1997) 535 vd.

96 Yargıtay HGK, 126/109, 7.11.1951; Ertekin and Karataş (n 95) 432-434.

tâbidir⁹⁷. Bazı hukuk sistemleri tarafların anlaşması olmadığı durumlarda, açık bir şekilde, hakemlerin usul kurallarını mahkemelerin hukukuna bağlı olmaksızın, serbestçe kararlaştırabilmelerini kabul etmektedir⁹⁸.

Diğer hukuk sistemleri hakemlere açıkça usulü belirleme yetkisi vermemekle birlikte üstü örtülü olarak sessiz kalmak suretiyle bu hakkı sağlamaktadır. Buna örnek olarak Amerika Federal Kanunu, İsveç kanunu, mevcut İngiliz sistemi gösterilebilir⁹⁹.

Pek çok sivil hukuka dahil milli sistem hakeme, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, mahkemenin hukukunun usul kurallarını uygulama görevi vermiştir. Müşterek hukuk ülkeleri ise bu yaklaşımdan kaçınmıştır. Bunun nedeni her bir mahkemenin kendi özel kuralları olmasıdır. Diğer bir neden hakem mahkemelerinin en az formaliteye sahip olmaları gerektiği yönündeki inançtır¹⁰⁰.

Sivil hukuk ülkelerinde usul kanunları Alman hukukunun etkisiyle tahkimde normal yargıya benzer hükümleri değiştirerek kabul etmişlerdir. Bunun aksini düşünenler devlet yargısı ile tahkimi birbirinden ayırmışlardır. Avusturya, Hollanda ve İskandinav ülkeleri benzeri bir yaklaşım benimsemiştir. İspanya, Portekiz ve Latin Amerikan ülkeleri hakemin arabulucu olmadığı oluşumlarda, tahkimi mahkeme usulüne benzetme eğilimindedir. Benzer yaklaşım İtalyan, Belçika ve Yunan uygulamalarında görülmektedir. Sivil hukuk ülkeleri arasında kuzey ülkeleri Alman hukukunun, güney ülkeleri ise Roma geleneğinin etkisinde kalmıştır. Ancak bu farklar artık kalmamıştır. Tüm Avrupa ülkeleri usul konusunda hakemin yetkisini kabul etmektedir. UNCITRAL Model Kanununun kabulünden sonra Latin Amerika'dan Meksika'ya bu eğilim yayılmaktadır¹⁰¹.

B. Sınırlamalar

Hakemlerin bu özgürlüğü iki yönden sınırlanabilir: Birincisi taraflar tarafından belli bir usul hukuku seçilebilir (Alman, Fransız, İsviçre ve İngiliz hukuku). İkincisi seçilen hukukun koyduğu kurallar taraflar ve hakemlerden kendisinin belli kurallarla tamamlanmasını isteyebilir. Birinci sınırlama tarafların serbest arzusunun doğal sonucudur. İkincisi emredici güce sahip kuralların doğrudan müdahalesidir. Normal kurallar, emredici kurallar arasındaki ayrım sivil hukuk ülkesinde geçerlidir. En sınırlayıcı kurallar taraflar veya hakemleri öngördüğü şekilde hareket etmekten men eden kurallardır (a). Diğer kurallar daha az kısıtlayıcıdır, taraflar ileri sürmezse, hakemler kendiliğinden dikkate almak zorunda değildir (b). Bu iki kural dışında

97 Pierre Mayer, "Comparative Analysis of Power of Arbitrators to Determine Procedures in Civil and Company Law Systems" in Albert Jan van den Berg (ed), *Planning Efficient Arbitration Proceedings*, (Wolters -Kluwer Law International 1996) 24.

98 Art. 1034 (2) ZPO; Art. 464 (1) French New Code of Civil Procedure (2011 Değişikliği); Swiss PIL Art. 182 (2), 30.

99 UK Arbitration Act (1996), act 30/8.

100 Mayer (n 97) 25.

101 Mayer (n 97) 25-26.

uygulanan iki tarafın rızasına bağlı olan (c) veya hakemin rızasına bağlı olan (d) kurallar bulunur. Son olarak, bazı diğer kurallar hakemi hukuki yönden değil, fakat psikolojik olarak bağlar (e)¹⁰².

UNCITRAL kuralları evrensel olarak kabul edilmiş prensiplerin gerekli olduğunu, vazgeçilmez ulusal kuralların bu temel prensiplerce *audiater et altera pars* olarak sınırlandırdığını kabul etmektedir¹⁰³. Bu durumda hakem mahkemesi hakkaniyet ve verimlilik ilkesine göre karar verebilir¹⁰⁴

Hukuk, sıklıkla hakemlerden tarafların aksini kararlaştırması hali hariç olmak üzere, belli konulara saygı gösteren bir usul uygulanmasını ister. Çok sık kullanılmasa da mahkemenin duruşma kayıtlarını tutması istemi gibi (Eski Zurich Kantonunda olduğu gibi). Ya da Belçika hukukunda olduğu gibi tanığın yeminle dinletilmesi veya Hollanda hukukunda olan, her bir tarafça atanan bilirkişinin aynı oturumda dinlenmesi gibi. Ayrıca 3. kişilere belgelerin açıklanmaması, tabii hakim ilkesine uyulması da aranır. Üç temel prensip bulunmaktadır. Bunlar hukuki dinlenilme hakkı, “*audi alteram partem*” prensibi (savunma için makul süre verme), ve taraflara eşit muamele etmek¹⁰⁵.

Bu konuda sivil hukuk ülkeleri ile müşterek hukuk ülkeleri arasında fark vardır. Tabii hâkim, adil yargılanma hakkı gibi ilkeler müşterek hukuka uzaktır. Zira yargılamanın hasımlı yönü ve deliller önemlidir. Sivil hukuk ülkeleri nadiren hakemlerden mahkemelerde uygulanan usulün uygulanmasını ister, müşterek hukuk ülkeleri karşıt yaklaşım gösterir¹⁰⁶. Usuli yumuşak hukuk (*soft law*) tahkimde esneklik sağlamakta ve hakemlerden taraflara sadakat göstermeleri istenmektedir. Bu istem ad hoc adalet olarak adlandırılabilir¹⁰⁷.

C. Uluslararası Tahkimde Sınırlamaların Gevşetilmesi

Uluslararası tahkim, hakemlere usulü belirlemede sınırsız bir özgürlük tanınmasını gerektirir. Eğer taraflar farklı sisteme sahip ülkelerden geliyorsa, hakem kendisini bu sistemlerden ayırmalıdır. Bunun için melez bir sistem yaratmak gerekir. En kolay çözüm, devletlerin kendi ülkesindeki uluslararası tahkim için daha liberal kurallar getirmeleridir. Sınırlı sayıda devlet bu çözümü seçmiştir. Bunlar Fransa, Portekiz, İsviçre, Ürdün, Cezayir, Tunus ve Mısır’dır. Onları Hollanda, İspanya, İtalya, İsveç ve İngiltere takip etmiştir¹⁰⁸.

102 Mayer (n 97) 27.

103 David Caron and Lee M. Caplan (eds), *The Uncitral Arbitration Rules: A Commentary* (2nd, Oxford University Press 2013) 83.

104 Aygül (n 5) 100 vd.

105 Mayer (n 97) 31.

106 Mayer (n 97) 32.

107 William W. Park, “The Procedural Soft Law on International Arbitration: Non- Governmental Instruments” in Loukas Mistelis And, Julian D. M. Lew (eds), *A Pervasive Problems in International Arbitration*, (Kluwer Law International 2006) 53.

108 Mayer (n 97) 34-35.

İkinci bir yol olarak, kanun koyucu tarafların milli hukuk dışında farklı bir usulü seçmesine izin vermektedir. Müşterek hukuk ülkesinde bu eğilim, ülkesel yargıya karşı ileri sürülmektedir. Ancak İngiliz usul hukukunun emredici hükümleri uygulanmaya devam edecektir¹⁰⁹.

Üçüncü yol, kanun koyucunun hakeme, taraflar bir seçim yapmadığı takdirde, hakem mahkemesinin toplandığı yer dışındaki, bir yerin usul kurallarını uygulama imkanı tanınmasıdır. Fransız Yeni Usul Kanunu (1464) ve İsviçre’de (1822) bu imkan verilmiştir.

Dördüncü olarak, tenfiz aşamasında, (bu ülke kuralları dahilinde alınan karar) tenfizi istenen ülke dışında tenfiz mahkemesinin sınırlayıcı olabilen kendi usul kurallarına tâbi olmayacaktır. Tenfiz hakimi, ülkesinin tabii hakim ilkesinin temel prensiplerine göre karar verecektir¹¹⁰. Dalmia Dairy davasında¹¹¹ İngiliz İstinaf Mahkemesi, İsviçre’deki hakimin tanığın sözlü ifadesini reddetmesini tabii hakem ilkesine aykırı bulmamıştır.

Beşinci olarak, bazı devletler tarafların iptal davasından feragatine izin vermektedirler. Bunlara, BK, İsviçre ve İsveç örnek gösterilebilir.

Altıncısı, uluslararası tahkime farklı geleneklere sahip farklı ülkelere gelenlerin mahalli hukuku onu zorlamadıkça, hakemin kendi yargılama stilini inatla uygulaması zordur. A fortiori farklı hukuki geleneklerden gelen hakemlerden oluşan bir mahkemede geçerlidir. Bunun istisnası genellikle çoğunluğun veya başkanın oyu geçerlidir. Bu durumda hakemlerin toplandığı yer önemli değildir¹¹².

D. Çeşitli Tahkim Kurallarında Hakemlerinin Gücü

UNCITRAL Model Kanununun 19/1. maddesi usul hukuku konusunda tarafların serbestçe seçim hakları olduğunu kabul etmiştir. Bu husus tahkim usulünün *Magna Carta*’sı olarak görülmektedir¹¹³.

Aynı kanununun 19/2. maddesi ise böyle bir anlaşma olmaması halinde, hakem mahkemesinin uygun gördüğü hukuk kurallarını uygulayacağını amirdir. Bu hüküm hakemlere en uygun usulü uygulaması imkanı vermektedir¹¹⁴.

ICC Kurallarının (2017) 19. maddesi¹¹⁵ “Hakem mahkemesinde yargılama bu kurallara göre yapılır. Kurallarda boşluk olması durumunda tarafların kararlaştırdıkları,

109 Mayer (n 97) 35-36.

110 Mayer (n 97) 36.

111 Dalmia Dairy Industries Ltd c. National Bank of Pakistan (1978), 2 Lloyd’s Rep. 223.

112 Mayer (n 97) 37.

113 Gerald Hermann, “Power of Arbitration to Determine Procedures Under the UNCITRAL Model Law” in Albert Jan van den Berg (ed), *Planning Efficient Arbitration Proceedings*, (Wolters/Kluwer Law International 1996) s. 42.

114 Mayer (n 97) 43.

115 <https://cdn.icewboorg> Erişim Tarihi: 26.07.2019.

eğer böyle bir durum yoksa, hakem mahkemesinin kararlaştırdığı hukuk uygulanır. Bu hukukun uygulanmasında bir ulusal hukukun usul kurallarına yollama yapılıp yapılmaması önem taşımaz”¹¹⁶ hükmünü getirmektedir. LCIA (*The London Court of International Arbitration*) Hakem Kuralları (2014) usulün yürütülmesi başlığı altındaki 14/5. maddesi, hakem mahkemesine genel görevlerinde en geniş takdir yetkisini vermektedir. Bu yetki hakem mahkemesinin uygulanmasına karar verdiği hukuk kurallarının emredici hükümleri ile sınırlıdır. Taraflar her zaman iyi niyet gereği yapılması gereken her şeyi yapabilir. Bunun içine hakem mahkemesinin genel ödevlerinden vazgeçmesi de dahildir (16/2 madde)¹¹⁷.

Tahkim yerinin taraflarca açık olarak belirlenmemesi halinde, bu yerin hakem mahkemesi tarafından belirlenebileceği ICC (18/1. madde), LCIA kurallarında ve AAA¹¹⁸ tarafından kabul edilmiştir. CIETAC “kuralları ise tahkimin Çin’de yapılacağını kabul eder” (17/2) (143). Aynı şekilde CIETAC kuralları (2015) dışındaki tüm kurallar hakem mahkemesine kendi yargı yetkisi hakkında karar verme hakkı tanınmıştır (6. madde) (kompetenz-kompetenz). CIETAC’da a) bu yetki komisyona tanınmıştır, ancak taraflar alt Komisyona yetki verse de alt Komisyon yetkiyi hakem mahkemesine devredebilir (16/1. madde). Hakemler ayrıca tahkim şartını akitten bağımsız olarak değerlendirmektedir. Akit batıl olsa da, tahkim şartı geçersiz sayılmayacaktır¹¹⁹ (*separability*).

E. Hukuk Seçimi

Usul hukuku genellikle milli tahkim mevzuatlarında tahkim yeri ile aynılık taşır. Ancak nadiren de olsa taraflar başka bir usul hukukunu seçebilir. Bu seçim, hakem kararının iptali ve iç hukuktaki emredici hükümler bakımından öncelik taşır. Yabancı bir usul hukuku seçilmesi pek tavsiye edilmez¹²⁰. “Usul hukuku” konusunda üzerinde anlaşılmalı bir tanım bulunmamaktadır. Hakem mahkemesi taraflara ve davaya uygun usul hukukunun uygulanmasını tercih edebilir¹²¹. Usul hukuku ile tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk birbirinden ayrılmaktadır. Doğru olan tahkim yeri usul kurallarının uygulanmasıdır.

Alt - usuli kategoriler, tarafların anlaşmasıyla belirlenebilir. Fakat tahkim yerinin hükümleri ve sınırlarına tabi olur¹²². Tahkim usulüne uygulanacak hukuk, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuktan ayrı, özerk bir hukuktur. *Lex arbitri*, tahkim yargılamasını idare eden hukuktur. *Lex arbitri* hangi konulara hangi hukukun

116 Özsunay (n 70) 225.

117 Sir Michael Kerr, “London Court of International Arbitration” in Albert Jan van den Berg (ed), *Planning Efficient Arbitration Proceedings*, (Wolters-Kluwer Law International 1996) 215.

118 American Arbitration Association, R-7/b; ILL 6/3-9. md.; LCIA, 23/2. md.

119 Hong Kong Arbitration Center CIETAC’s New Arbitration Rules (2012).

120 Born, *Volume I* (n 52) 1310.

121 Dicey, Morris and Collins (n 46) 833.

122 Born, *Volume I* (n 52) 1312.

uygulanabileceğini gösterir. Coğrafi değil, hukukidir. *Lex arbitri*'nin ülkesindeki mahkemeler tahkimi denetlemek ve iptal etmek yetkisine haizdir.

Lex arbitri'nin belirlenmesinde mülk ilkesi benimsenirse, tahkim yeri hukuku esas alınır¹²³. Usul kanunu kriteri benimsenirse, tarafların seçtiği veya hakemlerin uyguladıkları usul kanunu *lex arbitri* olarak kabul edilir. Ancak usul kanunu kriteri giderek terkedilmektedir¹²⁴. Bir görüşe göre *lex arbitri*, tahkim yerinden bağımsız olmalıdır¹²⁵ (*delocalised*). Bu görüşe göre hakem kararları tahkim ve tenfiz yerlerinde olmak üzere iki kere kontrol edilmemelidir¹²⁶.

Bir diğer görüşe göre, *lex arbitri* milli bir hukuk sistemi olmalıdır. Mülk ilkesi prensibinin benimsenmesi gerekir. New York Sözleşmesi de bu prensibi benimsemiştir¹²⁷. Taraflar tahkim yerini seçerek *lex arbitri*'yi belirleyebilir. Ancak bir başka görüş tahkim yerinden bağımsız olarak “*lex arbitri*ler” seçilmesine izin verilmesini savunur¹²⁸. Hakem mahkemeleri tarafların tahkim yerini seçmeleri halinde, o yerin usul kurallarını uygularken, son yıllarda tarafların bir seçim yapmamaları halinde, tahkim yeri hukukundan farklı bir usulün uygulanabileceği yönünde kararlar vermeye başlamışlardır¹²⁹. 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi¹³⁰ tahkim usulüne uygulanacak hukuku açıkça düzenlemiştir (VI/2b. md.). Tarafların anlaşmasında açıklık yoksa, hakem kararının verileceği devlet kanunu uygulanır.

Taraflar, hakemlerin uygulayacakları usul kaidelerini serbestçe belirleyebilirler. Böyle bir anlaşma yoksa, hakem mahkemesi usul hukukunu tespit eder.

Taraflar, tahkim usulüne uygulanacak bir milli hukuk seçebilirler. *Lex arbitri*'nin emredici hükümlerini ihlal etmemek şartıyla seçilen hukuk uygulanır. Farklı bir milli hukuk seçilse de *lex arbitri*'nin denetimi devam eder¹³¹.

Taraflar kurumsal tahkim kurallarını da seçebilir (İsviçre DÖHK 182/1. md). Taraflar kurumsal tahkim merkezi kurallarını seçerlerse, hakem mahkemesi uygulanacak hukukun getirdiği sınırlamalar içinde bu kuralları uygulayabilir. UNCITRAL Tahkim Kuralları ad hoc tahkimde en çok uygulanan kurallardır¹³².

123 Aygül (n 5) 26-27.

124 Aygül (n 5) 33.

125 Jean-Francois Poudret and Sebastian Besson (Çev: Berthis Stephan Ponti) *Comparative Law of International Arbitration* (Sweet and Maxwell 2007) 83.

126 İnci Ataman-Figenmeşe, “Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelere Mükerrer Kontrolde Tâbi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri” (2011) 31(2) MHB 35, 63 vd.

127 Özel (n 13) 61; Akıncı, *Tahkim* (n 11) s. 127; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (6th, Beta 2016) 265.

128 Poudret and Besson (n 125) 84-85.

129 Gaillard and Savage (n 9) 635.

130 RG. 25.9.1991-21000, 643.

131 Aygül (n 5) 57.

132 Caron and Caplan (n 103) 19.

F. Usul Hukukunun Tahkim Mahkemesince Belirlenmesi

New York Sözleşmesine göre, tahkim yerini belirleyen bir anlaşma uygulanacak usul hukukunun bu yerin hukuku olduğunu kabul eder. Zira bu ülke, tahkimle en sıkı ilişkili ülkedir¹³³.

Her akit sıklıkla bir hukuk seçimi şartı ihtiva eder. Ancak bu aynı hukukun usule uygulanacağı anlamına gelmez¹³⁴. Hatta usul hukuku konularının yorumunda bile kullanılmaz.

Tarafların bir milli usul hukukunu seçmesi halinde, bu hukuk o devletin hukuk usulü kuralları değil, tahkime ilişkin milli kurallardır. Bazı mahalli tahkim kurumları kendi milli hukuk kurallarını uygular. Daha çok kurumsal kurallar doğrudan uygulanır. ICC kuralları buna istisna teşkil eder. “Tahkim mahkemesinde bu kurallar uygulanır. Kurallarda boşluk olması halinde taraflar veya hakem divanı uygulanacak milli hukuku belirler”. (15/1. md. / yeni 19. md.)¹³⁵.

New York Sözleşmesine göre uluslararası bir hakem kararı, ancak tahkim yeri mahkemesince veya hakem kararının milliyeti hangi hukuka bağlıysa, bu mahkemece iptal edilebilir (V (1) (e) md. Bu madde konusundaki yorumlar ve uygulamada “hangi hukuka göre verilmişse” ifadesi usule uygulanan hukuku gösterir. Bu durumda eğer tahkim A devletinde, B devletinin usulüne göre yapılmışsa, sözleşme B devletine iptal yetkisi veriyor demektir. Eğer (B) devleti mahkemesi kararı iptal ederse, sözleşme başka bir devlet mahkemesine kararın tenfizinin reddi imkânı tanımaktadır. Ancak bu konu milli mahkemelerce kendi usul kurallarının dışında bir hukukun uygulanmasına yol açarak şanssız bir uygulamaya neden olmaktadır. Hindistan, Pakistan ve Endonezya mahkemeleri dışarıda verilen kararları bu nedenle iptal edebilmektedir. Oysa UNCITRAL Model Kanununun 34. maddesi sadece milli ülkede verilen kararların iptalini ön görmektedir¹³⁶.

1. Tahkim Yeri Usul Hukukunun Uygulanması

Klasik görüşe göre tahkim usulü, tahkim yeri hukukuna tâbidir. Modern görüş ise hakemlerin tahkim usulünü bağımsız olarak belirleyebilecekleri yönündedir. Klasik görüşe göre, hakemler tahkim yerinin emredici kuralları ile bağlıdır¹³⁷.

Günümüzde de taraflarca bir seçim yapılmaması halinde, hakemlerin tahkim yeri hukukundan başka bir hukuk uygulayamayacakları savunulmaktadır¹³⁸. Bu konu

133 Caron and Caplan (n 103) 31; Born, *Volume I* (n 52) 1329.

134 Aksi yönde Türk Yargıtay kararı, METEX US v. Türkiye Elektrik Kurumu, Yargıtay. 15 HD, E. 1996/3249, K. 1996/5584, 25.10.1996. ICC kararının yerli karar sayan diğer bir karar Yargıtay 15. HD. E. 1998/3507, K. 1998/4108, 6.11.1998 Nuray Ekşi, “Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiyede Tanınması ve Tenfizi” (2009) 67(1) Ankara Barosu Dergisi 54, 60.

135 ICC Rules (2017), art. 19, Arbitration and Mediation (<https://cdn.icewboorg>).

136 Born, *Volume I* (n 52) 1338-1340.

137 Bkz. Aygül (n 5) 72.

138 Poudret and Besson (n 125) 463; Gaillard and Savage (n 9) 636 vd.; Rubino-Sammartano (n 38) 478.

tahkim kararının karakteri ile ilgilidir. Ancak bu uygulama zamanla değişmiştir¹³⁹. Tahkim yeri taraflarca seçilmiş olsa bile, bu o yer kurallarının seçildiği anlamına gelmez. Tahkim yeri hukuku, hakem mahkemesinin *lex fori*'si değildir¹⁴⁰.

New York Sözleşmesi V/1-d maddesi tahkim yeri hukukunun uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. V/1-e maddesi ise tahkim yeri usul kurallarından farklı bir hukukun uygulanabileceğini kabul etmiştir¹⁴¹.

2. Usulün Hakem Mahkemesince Belirlenmesi

Hakemler, kendilerine verilen takdir yetkisi içerisinde tahkim usulüne uygulanacak hukuk kurallarını belirleyebilir. Tahkim usulüne uygulanacak kurallar taraflar ile görüşüldükten sonra, hakem mahkemesince belirlenmektedir. Hakemlerin bu yetkisinin sınırları *lex arbitri*'ye göre belirlenir¹⁴². UNCITRAL Model Kanun'un 19/2. maddesi taraflar arasında anlaşma olmaması halinde, hakem mahkemesinin uygun gördüğü kuralları belirleyebileceğini amirdir. Alman hukukunda (Medeni Usul K. 1042/4) da aynı yaklaşım benimsenmiştir. Fransız Medeni Usul Kanunu 1494/I maddesine göre, hakemler tahkim usulüne göre uygulanacak hukuku belirleyebilirler. İsviçre, MÖHK 182/2 ve Hollanda'da Model Kanundaki yaklaşım kabul edilmiştir. 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanununun 34 maddesi ve ABD hukukunda da durum böyledir¹⁴³.

Türk hukukunda MTK, hakem mahkemelerinin takdir yetkisini sınırlamaktadır. Taraflar bir seçim yapmamışsa, MTK hükümlerinin uygulanacağı emredici biçimde düzenlenmiştir (8/A/2). Taraflar arasında bir anlaşma olmaması durumunda; MTK hükümlerinin uygulanacağı doktrinde genellikle kabul edilmiştir¹⁴⁴. MTK'da hüküm bulunmayan durumlarda hakem mahkemesi takdir yetkisine sahiptir.

MTK 17/1'e göre, kanunda düzenlenen konularda aksine hüküm bulunmadıkça, HMK uygulanmaz. Bu konu hakem mahkemesinin takdir yetkisine girer. Milletlerarası kurumsal tahkim kuralları seçilmiş olsa bile, bu kurallarda hüküm bulunmayan hallerde, hakem mahkemesi uygulanacak kuralları belirleyebilir¹⁴⁵. Taraflar yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkta tahkim yerini Türkiye olarak seçmişlerse, zorunlu olarak TMTK uygulanacaktır. Türkiye'de milli veya yabancı tahkim kurallarına tabi olsa da görülen dava sonucu verilen karar, Türk Hakem kararıdır¹⁴⁶.

139 Rubino-Sammartano (n 38) 479; Poudret and Besson (n 125) 463.

140 Rubino-Sammartano (n 38) 499; Aygül (n 5) 74.

141 Rubino-Sammartano (n 38) 483; Aygül (n 5) 75.

142 Blackaby, Partasides, Redfern and Hunter (n 17) 369.

143 Mayer (n 97) 25; Born, *Volume I* (n 52) 1760; Gaillard and Savage (n 9) 649.

144 Şanlı (n 127) 334-335; Akıncı, *Tahkim* (n 11) 123; Turgut Kalpsüz, *Türkiye'de Milletlerarası Tahkim*, (2nd, Yetkin Yayınları 2010) 102.

145 Aygül (n 5) 81.

146 ŞANLI, s. 335.

UNCITRAL Tahkim Kurallarının 17. maddesine göre, tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki düzenleme hakkına uymak şartıyla hakem mahkemesi tahkim yargılamasını uygun gördüğü şekilde yönetir¹⁴⁷. ICC ve LCIA Tahkim Kurallarında hakem mahkemesine takdir yetkisi tanınmıştır¹⁴⁸.

V. Hakemlerin Hakkaniyet ve Nesafete Göre Karar Vermesi

Hakemlerin hukuk kurallarıyla bağlı olmaksızın sadece hakkaniyete göre karar vermeleri, ancak taraflarca dostane aracı (*amiable compositeur*) olarak hareket etmesi için yetki verilmesi halinde mümkündür. Bu durumda hakem veya hakemler hakkaniyet ve nesafet ilkelerine göre karar vermekte ve bu karar taraflar için kesin ve bağlayıcı bir etki yaratmaktadır. Bu nedenle arabuluculuktan farklıdır¹⁴⁹.

UNCITRAL Model Kanun'un 28/3. maddesi, hakemlerin ancak taraflarca açıkça yetkilendirilmiş olması durumunda *ex aequo et bono* karar verebileceğini kabul etmiştir. MTO Tahkim Kuralları (2017) 21/3.madde benzer bir hüküm getirmektedir. Dostane aracı ifadesi ile hakkaniyet ve nesafete göre karar verme ilkesi, Fransız hukukunda genellikle aynı anlama gelmektedir¹⁵⁰. Ancak aksi görüşler de ileri sürülmüştür. Tahkimin tabi olduğu hukuka göre, iki kavram aynı anlama gelebileceği gibi, farklı anlamlar da taşıyabilir¹⁵¹. İtalyan hukukunda iki kavram arasında farklılıklar bulunur. Usuli hakemlik ile akdi hakemlik birbirinden ayrılmıştır. İkincisinde yargısal olarak değil, uzlaştırma yoluyla hakemlere sorunu çözmek yetkisi verilmiştir¹⁵².

Türk hukukunda TMTK 12. C/3. maddesi UNCITRAL Model Kanunu esas almış hakem veya hakemlerin taraflarca açıkça yetkilendirilmesi halinde, hakkaniyet ve nesafete göre veya dostane arabulucu olarak karar verebileceğini kabul etmiştir. Türk hukukunda iki kavram arasında bir fark görülmemektedir¹⁵³.

Türk hukukunda bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında¹⁵⁴ yer alan “bugün için kökleşmiş Yargıtay içtihatlarına göre, hakemlerin hak ve nesafet kurallarını gözönüne alarak karar verecekleri kabul edilmektedir... taraflar... uyuşmazlığın maddi hukuk kurallarına göre çözümlenmesi gerektiğini öngörebilirler. Böyle bir durumda artık hakemlerin hak ve nesafet kurallarına göre değil, tarafların... uygulanmasını istedikleri maddi hukuk kuralları uyarınca karar vermeleri gerekir” ifadesi, doktrindeki görüşün aksini savunur görünmektedir. Ancak Yargıtayın son zamanlardaki kararlarında bu kararın aksi yönde bir yaklaşım izlendiği söylenebilir¹⁵⁵.

147 Caron and Caplan (n 103) 29.

148 Born "Arbitration Agreements" (n 43) 74; Rubino-Sammartano (n 38) 488.

149 Özel (n 13) 159.

150 Rubino-Sammartano (n 38) 712.

151 Özel (n 13) 160.

152 Rubino-Sammartano (n 38) 713.

153 Özel (n 13) 163; Akıncı, *Tahkim* (n 11) 209.

154 Yargıtay İBK, E. 1993/4, K. 1994/1, 28.01.1994 (kazancı.com).

155 Yargıtay HGK, E. 20131847, K. 2015/2020, 30.9.2015 (hukukmedeniyeti.org); Yargıtay İBGK E. 1993/3, K. 1994/1, 28.01.1994, Nuray Ekşi, *Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları*, (Anıkan Yayıncılık 2007) 402 vd.

Sonuç

Türk literatüründe tahkim konusu, hemen her yönüyle ele alınıp incelenirken, Yargıtay içtihatlarının Türkiye’yi tahkim dostu bir ülke olarak tanıtmadığı bir gerçektir. 1976 Keban barajı kararından itibaren bir süre ICC kararları tanınıp, tenfiz edilmemiş ve Türk kamu düzenine aykırı sayılmıştır. Uzun yıllar devletin yabancı yatırımcıyla yaptığı imtiyaz sözleşmelerine tahkim yolu kapatılmıştır. Hakem kararının milliyeti konusunda Yargıtay’ın 1951 tarihli içtihadı birleştirme kararında kabul edilen usul hukuku kriteri uygulanmaya devam etmektedir.

Oysa Türkiye 1992 yılından beri New York Sözleşmesine taraftır. Sözleşme esas olarak coğrafi kriteri benimsemiştir. Usul hukuku kriteri tali niteliktedir. 2001 yılında kabul edilen MTK hükümlerine göre yurt dışında verilen kararlar, Türk kararı sayılıp, iptal edilebilmektedir¹⁵⁶. Yargıtayın son zamanlardaki kararlarında uluslararası sözleşmelere gönderme yapıldığı ve özellikle insan hakları sözleşmeleri dikkate alınarak hüküm kurulduğu memnuniyetle gözlenmektedir. Kamu düzeni kavramı da daha esnek uygulanmaktadır.

Bu makalenin doktrinde daha önce de belirtilmiş olan bazı eksikliklerin giderilmesine hizmet edeceğini umuyoruz. Örneğin taraflar tahkim yerini belirlerken, usule uygulanacak hukuku zimni olarak seçtikleri kabul edilebilir. Esasa uygulanacak hukuku seçmeleri, hakem kararının milliyetini belirlemede bir rol oynamaz. Mahkemeler *lex mercatoria* kurallarını uygulamaktan genellikle kaçınırken, hakemlere bu konuda yetki verilmesi halinde, ulusal bir hukuk sistemine bağlı olmaksızın karar verebilecekleri kabul edilmiştir. Tüm bu gelişmeler uluslararası ticaret hukukunun kendi kurallarını yaratması sonucunu doğurmuştur.

Ancak hakem kararının verildiği ülke mahkemesi hakem kararını iptal edebilir. Hakem kararının tanınması ve tenfizi ise sadece kararın verildiği devletten başka bir devlet mahkemesinden istenebilir. Devlet mahkemeleri çeşitli konularda hakemlere yardım edebilirler. Yine de kendi yetkilerini belirleme yetkisi hakemlere aittir (*competence-competence*). Hakemlerin dostane arabulucu olarak karar vermeleri ancak tarafların bu konuda açıkça yetki vermesi halinde mümkündür. Tüm bu sorunlar, tahkimde uygulanacak hukuk kurallarının esnekliğine bağlı olarak çözümlenebilir. Umarım bir gün Türkiye “tahkime dost” devletler arasında yerini alır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

¹⁵⁶ 19. HD. E. 2006/2651, K. 2006/3599, 6.4.2006, Nuray Ekşi, *4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’na İlişkin Yargıtay Kararları*, (On İki Levha 2009) 20 vd.

Bibliyografya/Bibliography

- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim*, (4th, Vedat Yayıncılık 2016).
- Akıncı Z, *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi*, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1994).
- Ataman-Figenmeşe İ, “Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrolle Tâbi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri” (2011) 31(2) MHB 35-81.
- Aygül M, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller*, (2nd, On İki Levha Yayıncılık 2014).
- Batiffol H, Lagarde P, *Droit International Prive*, T. II. (1976).
- Born G B, *International Commercial Arbitration Volume I: International Arbitration Agreements*, (Wolters-Kluwer Law 2009).
- Born G, “The Law Governing International Arbitration Agreements An International Perspective” (2014) 26 SAJLJ 814-847.
- Caron D.D, Caplan L M, *The Uncitral Arbitration Rules: A Commentary* (2nd, Oxford University Press 2013).
- Derains Y, “The ICC Arbitral Process - Part VIII: Choice of the Law applicable to the Contract and International Arbitration” (1995) 6 (1) The ICC International Court of Arbitration Bulletin
- Dicey A V, Morris J H C and Collins L A (eds), *Dicey, Morris & Collins on The Conflict of Laws* V.3, (15th, Sweet & Maxwell 2012).
- Ekşi, Nuray, *4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na İlişkin Yargıtay Kararları*, (On İki Levha 2009).
- Ekşi, Nuray, *Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları*, (Arıkan Yayıncılık 2007).
- Ekşi, Nuray, “Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiyede Tanınması ve Tenfizi” (2009) 67(1) Ankara Barosu Dergisi 54-74.
- Ertekin E, Karataş İ, *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması* (Yetkin Yayınları 1997).
- Gaillard E, John Savage (eds), *Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 1999).
- Goldman B, “La lex mercatoria dans les du droit internationalé et l’arbitrage internationaux; realite et perspectives” (1979) 106 J.D.I. 221-270
- Hermann G, “Power of Arbitration to Determine Procedures Under the UNCITRAL Model Law” in Albert Jan van den Berg (ed), *Planning Efficient Arbitration Proceedings*, (Kluwer Law International 1999).
- Huysal B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, (Vedat Kitapçılık 2010).
- Kalpsüz T, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*, (2nd, Yetkin Yayınları 2010).
- Kerr Sir M, “London Court of International Arbitration” in Albert Jan van den Berg (ed), *Planning Efficient Arbitration Proceedings*, (Kluwer Law International 1996).
- Kuhn W, “Express and Implied Choice of the Justice and in the Practice of International Arbitration” in Albert Jan van den Berg (ed), *Planning Efficient Arbitration Proceedings*, (Kluwer Law International 1996).
- Law J DM, “Relevance of Conflict of Law Rules in the Practice of Arbitration”, in Albert Jan van den Berg (ed), *Planning Efficient Arbitration Proceedings*, (Kluwer Law International 1996)

- Lew J DM, “The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause”, *ICCA Congress Series No.14*, (Kluwer Law International 1998)
- Mayer P, “Comperative Analysis of Power of Arbitrators to Determine Procedures in Civil and Company Law Systems” in Albert Jan van den Berg (ed), *Planning Efficient Arbitration Proceedings*, (Kluwer Law International 1996).
- Özel S, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, (Legal 2008).
- Özkan I, *Uluslararası Özel Hukuk Andlaşmalar* (Turhan Kitapevi 2019).
- Özsunay E, *21. Yüzyıl Tahkim Hukukunda Üç Önemli Reform* (Vedat Kitapçılık, 2014).
- Park W W, “The Procedural Soft Law on International Arbitration: Non- Governmental Instruments” in Loukas Mistelis And, Julian D. M. Lew (eds), *A Pervasive Problems in International Arbitration*, (Kluwer Law International 2006).
- Poudret, J F, Besson S (çev: Berthis Stephan Ponti) *Comparative Law of International Arbitration* (Sweet and Maxwell 2007).
- Razumov K, “The Law Governing the Capacity to Arbitrate”, in Albert Jan van den Berg (ed), *Planning Efficient Arbitration Proceedings*, (Kluwer Law International 1996).
- Redfern A, Blackaby N, Partasides C and Hunter M, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, (5th, Oxford University Press 2009)
- Rubino-Sammartano M, *International Arbitration, Law and Practice*, (3rd, Juris 2014).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (6th, Beta 2016).
- Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006, Vienna, 2008.
- van den Berg, A J, *The New York Arbitration Convention of 1958*, (Asser/Kluwer Law International 1981).
- Van den Berg, A J., *Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration* (Kluwer Law International 1996).(*Planning Efficient Arbitration Proceedings*)
- Yeşilirmak A, *ICC Tahkim Kuralları ve Uygulanması*, (On İki Levha 2018).
- Zorlu S Y, “Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuka”Geçerlilik” Yaklaşımı”, in eds. Sibel Özel and Mustafa Erkan, *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler*, (On İki Levha Yayıncılık 2018).



Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 01.08.2020
Kabul: 01.09.2020
Online Yayın: 02.12.2020

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Uluslararası Tarım Ürünleri Ticaretinde Tahkim, FOSFA ve GAFTA, Londra

Jacques Covo*

Her yıl 375 milyon ton tahıl, uluslararası pazarlarda satılmaktadır. İhracatçı ülkeler listesinde ilk sırada ABD; ikinci ve üçüncü sırada ise Arjantin ve Ukrayna yer almaktadır. Avrupa Birliği ise 2019 – 2020 sezonunda 36 milyon ton ile ihracatta beşinci sırada yer alan bir güçtür. Karadeniz havzası ülkeleri de dünyada ticarileştirilmiş 107 milyon ton ile buğday, arpa ve mısırdan oluşan üç pazara hakimdirler. Ayrıca Karadeniz üzerinden Kazakistan, Rusya ve Ukrayna da tarım ürünleri ihraç etmektedirler. Bu bilgileri edindiğim 9.1.2020 tarihli Fransız gazetesi ‘L’Oise Agricole’ e göre, 2020 yılının ilk 6 ayında ABD, Brezilya, Güney Afrika (ki, son ikisi mısır ticaretinde, büyük ihracatçılarıdır) ve Avrupa Birliği’nin yaklaşık 356 milyon ton tahıl ihraç edeceği öngörülmüştür. Çoğunluğu FOB veya CIF tek-tip *ihracat* sözleşmelerine tâbî, deniz aşırı satışlar olan bahse konu bu miktarlar, dünya tahıl üretiminin yaklaşık %20’sine tekabül etmektedir. Dolayısıyla bu sözleşmelerden doğabilecek hukuki sorunların boyutunu ve tâbî olabilecekleri tahkimin önemini anlamak kolaydır.

GAFTA’nın İnternet sitesinde verilen bilgiye göre, uluslararası tahıl ticareti uyuşmazlıklarının %80’i, Londra’da yerleşik GAFTA “The Grain & Feed Trade Association” veya “Tahıl ve Yem Ticareti Derneği”nin kurumsal-sektörel tahkimi çerçevesinde çözülmektedir. Sözü geçen ürünlerin uluslararası ticaretini yapan şirketler, faaliyetlerini bu kurumun tek-tip sözleşmeleri bazında yürütmektedirler. Bu sözleşmeler, emtianın özellikleri, menşei ve nakliye yöntemi ile ilgili, zamanın ihtiyaçlarını karşılamak üzere, kurumların Sözleşmeler Hukuku Komisyonları çerçevesinde güncelleştirilir.

Yine Londra’da yerleşik FOSFA “Federation of Oils Seeds & Fats Association International” veya “Uluslararası Yağlı Tohumlar ve Bitkisel Yağlar Federasyonu” bu kurumun değerlendirme alanındaki ürünler olan, yağlı tohumlar ve bitkisel yağlar için (bunlara branşta hayvansal yağlar da eklenir) uluslararası alanda en önemli kurumdur. Branşın, dünya pazarında işlem gören temel yağlı tohum ürünü, senede 127 milyon ton ile soya fasulyesi ve soya küspesidir. Bu

* Sorumlu Yazar: Jacques Covo (FOSFA ve GAFTA Temyiz Tahkimi Daireleri ve Sözleşmeler Hukuku Komisyonları Eski Üyesi/ Hukuk Danışmanı ve Uluslararası Tahkim Hakemi), Cenevre, İsviçre. E-posta: j.covo@bluewin.ch ORCID: 0000-0003-1175-4433

Atf : Covo J, “Uluslararası Tarım Ürünleri Ticaretinde Tahkim, FOSFA ve GAFTA, Londra” (2020) 40(2) PPIL 859.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0099>



ürünlere kolza ve palmye tohumları takip eder. Söz konusu ürünlerin ticareti başlıca dört ülkenin elindedir.

Bu dört ülke, 80 milyon ton ile ABD, 57 milyon ton ile Brezilya, 32 milyon ton ile Arjantin ve 15,5 milyon ton ile Çin'dir. Soya fasulyesi için, ABD 35 milyon ton farkla Brezilya (30 milyon ton) ve Arjantin'in (5,5 milyon ton) ilerisinde bulunarak, dünyanın önde gelen ihracatçı ülkesi olmuştur. Bu tutarlara bitkisel ve hayvansal yağlar ticaretinin hacmi de dâhil edildiğinde, (tahıl için olduğu gibi) oldukça büyük olan bu işlem hacmi, bundan kaynaklanan çok sayıda hukuki sorunu ve dolayısıyla tahkimin önemini vurgulamaktadır. Sektörün uluslararası ticaretinden doğan tahkimlerinin büyük çoğunluğu FOSFA dairesinde gerçekleştirilmektedir.

Genellikle sektörel meslek odaları ve/veya kurumları tahkiminde olduğu gibi, FOSFA ve GAFTA sistemleri, hukukçu olmayan ve fakat vaka uzmanı olan tacirlerin hukukî kararlar verdiği bir tahkim sistemidir. Bu "uzman hakemlerin" uzmanlıkları, her şeyden evvel günlük iş hayatına, meslek odalarının yayınladığı tek tip sözleşmelere ve bunlarla alâkalı mahkeme içtihatları ve kanunlardan edindikleri bilgiye dayanır.

Bu bilgi, adeta bir "korporatist hukuk" veya kuruma özel bir hukuk teşekkül eder. Fiilen FOSFA ve GAFTA sektörel-kurumsal tahkimlerinin manası, bu kurumların tek-tip sözleşmelerinde geçerli olan İngiliz hukuku arka planda olmak üzere, tacir tarafından yürütülen ve hakkaniyet ve nefaset kurallarının ve hakemlerin ticari açıdan ahlâkî vicdanlarının önemli rol oynadığı tahkimdir. Mamafih, tahkim kararların hukuka uygun olarak verilmesi zaruridir.

Ticari uyuşmazlıkların etkili ve kesin çözümlenmesini ve taraflar arasındaki hesapların nihai olarak çözümlenmesini sağlamak üzere ve tacirlerin talebi üzerine, FOSFA ve GAFTA Tahkim Kurallarında belirli kısa zamanaşımı süreleri vardır. Bu süreler içinde başlatılmayan dava, davanın reddedilmesine neden olabilir. Bu bağlamda, hakemlerin, süreleri genişletebilmeleri için keyfi, fakat fiilen hakkaniyete ve adalete dayalı, yetkileri vardır. FOSFA da bu çeşit kararlara karşı temyiz etmek mümkündür (bknz s. 845 §2). Halbuki GAFTA 'da sadece süreyi uzatmayan karar temyiz edilebilir. Mamafih taraflar tahkime gitme hakkını kaybetme tehlikesine meydan vermemek için hakemlerin sözü geçen yetkisini göz ardı ederek işlemlerini geçerli olarak başlatmak üzere zamanaşımı kurallarına harfiyen uymalıdır.

Genel olarak, zamanaşımı, sevkiyat sürelerinin bitiminden veya malların armatörün temsilcisi olan geminin kaptanı tarafından boşaltma limanında denizaşırı satın sözleşmesi çerçevesinde satın alınan konşimentonun yasal sahibine tesliminden itibaren başlar.

Ancak zamanaşımı kurallarına *uyan* taraf dilekçesini bir yıl içinde sunmadığı takdirde veya tahkim kurallarının tahkim talebini "yenileme" şartı uyarınca talebini

yenilemediği (“renew”) taktirde, dava zamanaşımına uğrar (FOSFA Tahkim Kuralları, Kural no. 3, GAFTA Tahkim Kuralları, Kural no. 23).

Yukarıda sözü geçen zamanaşımı süreleri 1 Eylül 2018 tarihinde yürürlüğe giren GAFTA Tahkim Kuralları Kural no. 2.2’ a) b) c) uyarınca aşağıdaki gibidir.

- a) CİF, CİF “Free-Out” (boşaltma masrafları ve navlun mukavelesinden satım sözleşmesine aktarılan ‘sürestarya/dispeç’ maddesine ilişkin masraflarının alıcıya ait olduğu demektir) C&F, C&F Free-Out sözleşme şartlarından kaynaklanan ihtilaflar için: (i) varsa süre uzatımı da dahil, sevkiyat sözleşme süresinin sona ermesi veya (ii) geminin varış limanında son boşaltma işleminin tamamlanma tarihinden sonra ve bu süreler arasında hangi süre daha *sonra* sona eriyorsa o günden itibaren, en geç *bir yıl* içinde,
- b) FOB sözleşmesi şartlarından kaynaklanan ihtilaflar için (i) son konşimento tarihi veya (ii) varsa süre uzatımı da dahil olmak üzere, teslimat süresinin sona ermesinden sonra, bu süreler arasında hangi süre daha *önce* sona eriyorsa o o günden itibaren en geç *bir yıl* içinde,
- c) FOB veya CIF dışındaki diğer herhangi bir şarttan kaynaklanan ihtilaflar için, sözleşmenin teslimat veya varış süresinin son gününden sonra, bu süreler arasında hangi süre daha *önce* sona eriyorsa o günden itibaren en geç *bir yıl* içinde,

Zamanaşımına uğrar.

Kalite ile ilgili tahkimler hakkında her bir kurumun hususi şartları olmasına rağmen, uzun zamandan beri deniz aşırı (FOB/ CİF) satım sözleşmelerinde ürünün kalite veya durumu hakkında sözleşmeye uygunluğu sistematik şekilde bir gözetim şirketinin *yükleme* limanında yapacağı tespitten sonra vereceği kalite *sertifikası* bazında nihai olacak şekilde karara bağlanır. Bu hususta İngiliz hukukuna tâbî FOSFA ve GAFTA tek-tip sözleşmelerinde, sözü geçen sertifika ancak, sahtekarlık, dolandırıcılık veya gizli anlaşma (“collusion”) kanıtlanırsa geçersiz sayılabilir. Bunun sebebi İngiliz İstinaf Mahkemesi kararı uyarınca; iki kişi, bir üçüncü kişiye itimat edip, onun sunacağı verileri kabul etmeye mutabık oldukları taktirde sunulacak veriler nihaidir (Toepfer v. Continental Grain 1974.1.Lloyd’s Reports s. 11). Gözetim şirketinin sertifikasında ikrar edebileceği hata geçersizdir, dolayısıyla sertifikanın sözleşmeye uygunluğunu etkilemez.

“GAFTA Tahkim Kuralları no.125” Kural no. 3 uyarınca, hakem heyetinin üç kişiden oluşması için (tek hakemli tahkim yargılaması uygulamada enderdir) prosedür şöyledir:

- a) Davacı, tahkim talebinde bulunabilmek için, zamanaşımının sona ermesinden önce bir hakem tayin etmeli ve bu şekilde tayin edilmiş olan hakemin isim bilgilerine dair davalıya bildirimde bulunmalı veya kendi adına bir hakem tayin edilmesi için GAFTA ‘ya başvurarak, başvurunun bir suretini davalıya göndermelidir.

- b) Davalı, Davacı hakemin adına dair bildirim yapılmasından sonra en geç dokuz (9) gün içinde ikinci bir hakem tayin etmeli ve bu şekilde tayin edilen hakemin isim bilgilerine dair davacıya bildirimde bulunmalıdır.
- c) Davalının, davada tek bir hakemin tayin edilmesini kabul etmemesi ancak bunun yerine kural 3.1 (b) uyarınca bir hakem tayin etmiş ve buna dair (davacıya) yazılı bir bildirimde bulunmuş olması halinde, davacı bu tayine dair bildirim yapılmasını müteakip en geç dokuz (9) gün içinde ikinci bir hakem tayin etmeli ve bu şekilde tayin edilen hakemin isim bilgilerine dair davalıya bildirimde bulunmalıdır.
- d) İki hakemin tayin edilmesi halinde GAFTA, Gafta Tahkim Kuralı 1 uyarınca, sunulan dilekçelerin ibrazını takiben, kurulacak mahkemeye başkanlık etmek üzere üçüncü bir hakem tayin edecek ve adını taraflara resmi olarak bildirecektir.

FOSFA'da ise hakem heyetinin kuruluşu ile ilgili, tahkim kurallarının

“Tahkim talebi ve zamanaşımı ile ilgili prosedürler” başlığını taşıyan Kural no. 1'a) ve b) uyarınca şöyledir:

- a) CIF, CIF Free-Out, CFR ve benzeri sözleşme şartlarında, *kalite ve/veya durum* talepleri ile ilgili olarak tahkim talebinde bulunan taraf (davacı) tayin ettiği hakemin adını içeren talep bildirimini diğer tarafa (davalı) ve Federasyona, malların boşaltma işleminin tamamlanmasından sonra, en geç, doksan (90) gün içinde veya FOB, Ex-Tank, Ex-Mill ve Ex-Store şartlarında, teslim işleminin tamamlanmasından sonra, en geç, doksan (90) gün içinde göndermelidir.
- b) Kalite ve/veya durum *dışındaki* talepler ile ilgili olarak, tahkim talebinde bulunan taraf tayin ettiği hakemin adını içeren talep bildirimini diğer tarafa (davalı) ve Federasyona, sözleşmenin sevkiyat süresinin sona ermesinden sonra göndermelidir. Bu şart tüm teslim şekilleri için geçerli olmakla birlikte teslim şekillerine göre alternatif süreler aşağıdaki gibidir:

CIF, CIF Free-Out, C&F ve benzeri sözleşmelerde, malların boşaltma işleminin tamamlanmasından sonra veya sözleşmenin teslimat süresinin sona ermesinden sonra en geç yüz yirmi (120) gün içinde;

FOB, Ex-Tank, Ex-Mill ve Ex-Store sözleşmelerinde ise, teslimat işleminin tamamlanmasından sonra en geç yüz yirmi (120) gün içerisinde, ve başka sözleşmeler için de teslimat süresinin son gününden sonra yüz yirmi (120) gün içinde *gönderilmelidir*.

Kural no. 2 uyarınca, Kural no.1(a) ve 1(b) kapsamındaki talepler için karşı taraf bir tahkim talebi bildirimini aldıktan sonra hakem tayin etmeli ve otuz (30) gün içinde adını davacıya ve Federasyona bildirmelidir.

Kural 2’c uyarınca iki hakem taraflar tarafından tayin edildiğinden veya bir taraf hakem tayin etmediği takdirde ikinci hakemin FOSFA tarafından tayin edilmesinden sonra FOSFA başkan olarak görev alacak üçüncü hakemi tayin eder.

Tahkim yargılamasında taraflar sözlü duruşma talep edebilir ve tanık çağırabilir. Bu tür talepler ender olmakla birlikte, hakemler tarafından da nadiren reddedilir. Böylece ‘ilk’ tahkimde, kararlar tarafların dilekçeleri ve sunulan kanıtlar temelinde verilir; temyiz tahkimi yargılamasında ise ‘uygulamada, taraflar hemen hemen her davada sözlü duruşma çerçevesinde temsil edilirler’ denilebilir.

FOSFA ve GAFTA tahkimleri iki aşamalı bir sisteme dayanmaktadır; taraflardan biri tahkim kararından tatmin olmamışsa, Temyiz Kurulu (‘Board of Appeal’) olarak adlandırılan yeni bir tahkim kuruluna başvurabilir. Temyiz, sözü geçen her bir kurum tarafından atanan ve ilk tahkimde yapılan hataları düzeltebilecek beş deneyimli hakem tarafından vakaların ayrıntılı olarak bir kez daha incelenmesini sağlar. Birinci tahkime kıyasla, temyiz tahkimi tamamen yeni bir duruşma niteliğindedir (‘*hearing de novo*’). Böylece ticaretin beş kıdemli üyesinden oluşan Temyiz Kurulu (Board of Appeal) tarafından önemli veya çetrefilli davaların tekrar ve kapsamlı bir şekilde incelenmesi gerektiğinde, ilk mercideki hataların düzeltilmesini sağlar.

Genel olarak FOSFA ve GAFTA tahkimlerinde taraflar temsilcileri olarak, dava ile bağlantısı olmayan aktif bir hakemin hizmetini kullanırlar. Gafta Tahkim Kuralı no. 12.2 uyarınca sözlü duruşma halinde, taraflar çalışanlarından biri veya (daha önce davada yer almayan) bir GAFTA Kalifiye Hakemi (GAFTA Qualified Arbitrator) veyahut bir başka temsilci tarafından temsil edilebilir. Mamafih, yasal temsil taraflarca yazılı şekilde kabul edilmedikçe mümkün değildir. Böylelikle yasal olarak vasıflı bir avukat veya tamamen özel sektörde görev almış bir hukukçu, tarafları GAFTA tahkim yargılamasında ‘da temsil edemez.

Temyiz tahkim yargılamasında tarafların davalarını daha iyi değerlendirdikleri söylenir. Bu hususta, daha evvel FOSFA ve GAFTA’da hakemlik yapmış, şimdilerde emekli olan bir İngiliz hakem arkadaşım, bir gün şunları söylemişti: ‘‘Tahkimlerimizde en mühim ve tek gerçek duruşma temyiz duruşmasıdır’’. Kanaatimce bu lafın hakikat payı büyüktür. Zira, temyiz tahkiminde yeni argümanlar, yeni itirazlar, yeni deliller ve yeni tanıklar sunulabilir. Yukarıda belirttiğimiz üzere yeni bir duruşmadır.

Sözü geçen temyize gidilebilmesi için, bu iki kurumun tahkim kurallarının özel zamanlaşımı şartlarına uyulması gerekmektedir. Bu durumda FOSFA temyiz tahkimine başvurmak için aşağıdaki iki zaman sınırına riayet edilmesi zorunludur:

- Kararın verilmesini müteakip kırk iki (42) gün içinde hakemlerin ücretleri ve masrafları (diğer taraf ödeme yapmadıysa) ödenmiş olmalıdır.

- Temyize gitme bildirimini, en geç, kararın taraflara bildirilmesinden sonraki 28. gün, öğlen saat 12.00'ye kadar, FOSFA tarafından alınmış olmalıdır.

Bu bağlamda, dosyasından emin olmayıp, tahkim kararını dahi görmeden, temyiz hakkını kullanmakta veya *kaybetmemeye* kararlı olan taraf, sözü geçen 42. günü beklemeden ödemeyi gerçekleştirir. Böylelikle FOSFA, tahkim kararını bekletmeden yayınlacaktır. Aksi taktirde karar, ödeme yapılmaksızın, FOSFA tarafından yayınlamayacak ve ilaveten karşı tarafın ödeme inisiyatifini almaması ihtimalinin gerçekleşmesi halinde, temyiz hakkı kaybedilmiş olacaktır.

GAFTA'da temyiz tahkimine başvurma süresi, ilk kararın yayınlanmasından sonra otuz (30) gündür (Tahkim Kuralı no. 10). Bu sürenin son günü en geç öğlen saat 12.00'ye kadar başvuru yapılması ve aynı zamanda temyiz için öngörülen masraf avansının ödenmesi gerekmektedir (bkz s.848 §1). Hakemlerin, zımnen hakkaniyete dayalı sebeplerden süreleri uzatma yetkisi, bu temyiz etme süreleri için de mevcuttur.

Yukarıda bahsettiğimiz yasal temsil (bkz s.845 §3) FOSFA'da yalnız Temyiz Kurulunun izni ile mümkündür. Ancak bu tip vaziyetler ender görülür.

Sektörün uzman hakemlerin yanında, son seneler sektörün şirketlerinde maaş ile çalışan hukukçular da vakitlerini meslek odalarına verdiler, çalışmalarına katıldılar, hakemlik kurslarını takip ettiler ve hakem olabilirler. İşlerin büyümesi, hayli teknik hukukî problemlerin ortaya çıkması dolayısıyla duyulan ihtiyaçtan meslek odaları ve/veya kurumları hakemlik yapmak üzere, son seneler kapılarını emekli hukukçulara da açmaya başladılar.

Tarihi açıdan, eski zamanlarda sözü geçen iki kurumda, hakemlerin atamasında çok farklı bir sistem kullanılmakta olduğunu belirtmek önemlidir. FOSFA 1 Nisan 2018 tarihinde (GAFTA 'da çoktandır kabul edildiği gibi) Tahkim Kurullarında düzenleme yaparak üçüncü hakemin de hakem heyeti başkanı olarak atanacağını kabul etti. Bu düzenlemeden *önce* İngiliz tahkim tarihine önemli bir rol oynamış sistemde, taraflar birer hakem tayin eder, hakemlerin ikisi birlikte karar verir, ancak dava hakkında aynı görüşü paylaşmazlarsa üçüncü bir hakem ("Umpire") atayarak, kendi görüşlerini ona sunarlardı. Nihai karar yalnızca üçüncü hakem tarafından verilir ve bu karara "Umpire Tahkim Kararı" denirdi. Bu "Umpire" (veya "Umpirage") sistemi hakkında, GAFTA'nın bu sistemini kullandığı yıllarda, şimdi emekli olan, dönemin GAFTA genel sekreteri David Mackie, şunları yazmıştı:

"İngiliz emtia ticaretinde 'kendi' hakemin atayan tarafın, o hakemden kendisi için elinden geleni yapmasını ve onun için olabildiğince elverişli bir tahkim kararı çıkarmasını beklediği çok uzun zamandır kabul görmüş bir şeydir. Bu beklentide bir sorun görülmemektedir zira, karşı tarafın hakemi de kendisini atayan taraf için, yine elinden geleni yapacak ve hakemlerin bir anlaşmaya varamaması halinde, bu iki hakem, davayı üçüncü hakeme götürecektir ve"

birer vekil olarak kendi davalarını savunacaklardır. Bu da genellikle ‘tahkim’ olarak kabul ediliyordu, ancak şimdilerde daha çok, en azından üçüncü bir hakemi çağırınca kadar, bir tür dostane arabuluculuk gibi görünmektedir. Bu sistemin çeşitli dezavantajları vardır. Bu sistem hakemler tarafından, savunuculuğu, avukatlığı teşvik etmektedir. Aynı zamanda, tecrübeli ve yetenekli hakemler tayin eden taraflar, daha az tecrübeli hakemler atayan taraflar karşısında avantaj sağlarlar. Bu hem âdil değildir hem de tecrübenin yayılmasını kısıtlar ve işin az sayıda ünlü kişinin elinde toplanmasına yol açma eğilimi gösterir. Böylelikle, ‘meşgul hakem’ sorununa ve sonuçta gecikmelere yol açar. Ayrıca, taraflarla hakemler arasında resmî olmayan, ancak ticari ve istenmeyen bağlantılara da yol açabilir.”

Uluslararası sektörel olmayan tahkime nazaran, sektörel arbitrajlarda “ticari ve istenmeyen” bir bağlantı ile karşılaşmak, diyebilirim ki normaldir; zira hakem belirli bir alanda uzman olduğu gibi, sektörün içinde taraflardan birisiyle, neredeyse, zorunlu bir işbirliği yapar. Sık sık da sektörel hakem, taraflardan birisiyle veya şirketiyle rakip konumdadır.

Bu mevzuda Paris İstinaf Mahkemesi (Cour d’Appel) 1995 senesinde, sektörel arbitraj birliğinin hakemler listesinde bulunmamanın ve bundan dolayı müşterimin davasındaki hakemlerle daha evvel diğer arbitraj davalarında hakemlik yapabilmiş olmamanın, uluslararası kamu düzenine ve usûl kamu düzenine aykırı olmadığına karar verdi. Mahkeme kararında şu ifadeler yer verildi:

“Davalı şirketini tahkimde temsil eden Bay COVO’ nun aynı zamanda tahkim prosedürü safhasında davacı şirketin yöneticisi olduğunu, GAFTA tarafından kurulan bu hakemler listesine dâhil olduğu ve böylece tahkim kurulu üyeleri ile birlikte diğer katılımlarda bulunabildiğini;

Buna rağmen Bay COVO ile diğer Tahkim Kurulu üyelerinin aralarındaki entelektüel veya maddi bağlarını tahkim kararı yok saymıştır; alınan kararda ne olduğu bilinmediği ve de öyle ki davalı şirket, bundan dolayı bu hususun bir Araştırma konusu olmasını ve tam gerçeğin ortaya çıkarılmasını istemektedir.

GAFTA hakemleri listesinde kayıtlı Bay COVO’ yu, kendisinin mektup üzerinde yazdıklarıyla tanıyan davalı şirket, önemine binaen hakemlerin bağımsızlık veya tarafsızlık konusuna tahkim prosedürü boyunca, hiçbir zaman itiraz etmemiştir; tahkim mahkemesinin oluşumuna da itirazda bulunmamıştır.

Dolayısıyla, bugün artık şikâyet konusu geçersizdir ve herhangi bir inceleme / araştırma emri verilemez.”

GAFTA ve FOSFA Tahkim Kuralları uyarınca tahkim kararına uymayan ve dolayısıyla borcunu ödemeyen tarafın ismi branşın tüm üyelerine sirkülasyon sağlanır. Ayrıca davanın masrafları kuruma taraflarca ödenmezse, kurum kendi inisiyatifi ile temerrüde düşen tarafın adını aynı şekilde duyurabilir.

Kurumsal meslek odaları tahkiminde olduğu gibi, FOSFA ve GAFTA’ da tahkim çok daha ekonomiktir. Sektöre özel olmayan hususlarda tahkim enderdir. Örneğin, bir ortak girişim “joint venture” sözleşmesinden doğabilecek ihtilaflar için, sektörel

olmayan Paris, Londra, Viyana veya Stockholm gibi şehirlerde yerleşik, dünyanın ünlü kurumsal tahkim merkezlerinde oluşabilecek masrafları göz önüne alarak, iki tacir sektörel tahkimi tercih edebilir. Burada dikkat edilecek nokta, daha evvel belirttiğimiz üzere, meslek odalarında hakemlerin hukukçu olmamalarından dolayı, kendi iş alanları ile ilgili olmayan bir davayı değerlendirmek veya yargılamak için ideal şahıslar olamayabilecekleri hususudur. Bu bağlamda, örneğin birçok katılımcının bulunması olağan olan uluslararası nitelikli projelerde, sektörel tahkim olmaz. Bu branşlarda en önde gelen kurumsal tahkim merkezleri, Paris’te yerleşik “Uluslararası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce - ICC)” ve Londra’da yerleşik “Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (London Court of International Arbitration - LCIA)”dır.

Masraflara gelince, ilgili davanın tamamını bilmeden tahkim maliyetlerinin kesin göstergelerini vermek mümkün olmasa da uygulamada, FOSFA ve GAFTA ‘da tarafların temsilcilerinin sözlü duruşmalarda dilekçe ve beyanlarını hazırlama masraflarını ele almadan, kurumların masrafları hakkında şunu söyleyebiliriz. Her bir kuruma yapılacak *avans* ödeme aşağıdaki gibidir:

a) GAFTA:

iki taraf kuruma üye ise £ 12.000 (on iki bin İngiliz Sterlini)

bir taraf üye ise £ 13.500 (on üç bin beş yüz İngiliz Sterlini)

taraflar üye değilse £ 15.000 (on beş bin İngiliz Sterlini)

Ödemeler 60 gün içinde yapılmalıdır, aksi takdirde başvuru geri çekilmiş sayılır. Temyiz tahkimi için £17.000 (on yedi bin İngiliz Sterlini) dir.

b) FOSFA:

İlk tahkim için avans uygulamada £5.000 (beş bin İngiliz Sterlini) olup bu tutar dava dilekçesinin sunulmasını takip eden 30 gün içinde ödenmelidir aksi takdirde dava askıya alınır ve 14 günlük yeni bir süre içerisinde ödenmezse başvuru geri çekilmiş sayılır. Temyiz tahkimi için avans uygulamada £10’000 (on bin İngiliz Sterlini) dir.

Bu sene sözü yine ortalama olmak üzere, GAFTA’da ilk tahkim için nihai ücret £13.000 (on üç bin İngiliz Sterlini), temyiz hakemliği için £ 27’000 idi. FOSFA da ise ilk tahkimde £ 9.000 (dokuz bin İngiliz Sterlini),temyiz tahkiminde ise £15.000 (on beş bin İngiliz Sterlini) idi.

İki kurumda avansların farklı oluşu uygulamada nihai masraflar üzerine herhangi bir etkisi yoktur; daha yüksek avans öngören GAFTA’nın rakamları esas alınırsa, iki kurum için nihai tahkim masrafları %25 fazla veya az olabilir.



Zorunlu Arabuluculuğun Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde İrdelenmesi

The Review of Mandatory Mediation in Terms of the Right of Access to Justice

Sibel Özel*

Öz

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi (ADR) olan arabuluculuk tarafların üçüncü bir kişinin yardımıyla uyuşmazlıklarını çözümlenmeye çalıştıkları bir süreç anlamına gelmektedir. Bu itibarla zorunlu arabuluculuk kavramı arabuluculukla bağdaşmaz görünmektedir; zira tarafların prosedüre katılımlarının gönüllü olması zorunludur. Ancak sürece başlamak ile süreçte kalmak arasında fark olduğu ileri sürülmüştür. Buna göre tarafları arabuluculuğa zorlamak onları sulh olmaya zorlamak anlamına gelmemektedir.

Zorunlu arabuluculuk mahkemede dava açmak için gerekli bir şart olarak yani dava şartı arabuluculuk olarak gerçekleştirilebilir. İkinci görünüm şekli, mahkemenin yönlendirmesiyle gerçekleşen zorunlu arabuluculuktur. Burada hâkime tarafların rızasına bakmadan onları arabuluculuğa gönderme yetkisi verilmiştir. Üçüncü olarak zorunlu-benzeri olarak ifade edilebilecek bir yöntemle arabuluculuğa zorlama sağlanabilir; zira bu yöntemde mahkeme öncesinde arabuluculuğa gitmeyen taraf yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilir.

Bu makalede Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Sözleşmesi m. 6 ve 13'de anlamını bulan yargısal koruma prensibini bünyesinde barındıran adalete erişim hakkı çerçevesinde zorunlu arabuluculuk irdelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

ADR, arabuluculuk, Zorunlu arabuluculuk, Adalete erişim, Yargısal koruma

Abstract

Mediation as a method of ADR (alternative dispute resolutions) is a process whereby parties attempt to solve their disputes with the assistance of a third person. Therefore, it seems strange to call something “mandatory mediation” because it requires for parties’ voluntary participation during the process. However, it is argued that there is a distinction between voluntariness into and within the process. Thus, that coercing parties to attempt mediation is not necessarily tantamount to enforcing settlement.

Mandatory mediation may appear as a condition for the admissibility of an action before courts. The second type of mandatory mediation appears as court-referred mediation that gives judges power to refer parties’ mediation regardless of their consent. The third is described as quasi-compulsory because it is indirectly compelled through adverse cost orders if not undertaken prior to commencing proceedings.

This paper reviews mandatory mediation in terms of access to justice which is constituted by the principle of judicial protection enshrined in Art 6 and 13 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Keywords

ADR, Mediation, Mandatory mediation, Access to justice, Judicial protection

* **Sorumlu Yazar:** Sibel Özel (Prof. Dr.), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye.
E-posta: sibelozel@marmara.edu.tr ORCID: 0000-0003-4027-6258

Atf: Özel S, “Zorunlu Arabuluculuğun Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde İrdelenmesi” (2020) 40(2) PPIL 867.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0051>



Extended Summary

Mandatory mediation seems to be stranged at first sight since mediation as a method of alternative dispute resolution covers a process whereby parties try to solve their conflicts with the assistant of a third person. In this respect the voluntary participation of the parties is essential for the process. However, it has been seen that voluntary mediation was not preferred as an ADR in many countries, including Italy. Therefore, mandatory mediation has been adopted by law in countries so as to reduce the burden of courts.

Mandatory mediation draws attention to the distinction between the starting of the process and the conclusion of the process by settlement. Hence, it is acceptable to force parties to undertake a mediation process, provided that they are not compelled to stay in the process and solve their dispute. One of the main objectives of mandatory mediation that is adopted by law is to reduce the burden of courts and the cost of litigation. However, it achieves its goal only if the parties reach a settlement at the end of the process. Otherwise, it would be waste of time and money. On the other hand, had the parties reached the settlement through out of court proceedings, it would be an open question whether the outcome of the process serves justice because a settlement is confidential and produces no precedent. Consequently, the settlement has no effect on the community at large, and it will be of out of public discussion regarding if justice is served because the settlement itself will be considered as justice between parties even though it is not. Besides, as far as cases in which parties are not interested in a mediated settlement but simply want a judicial determination of their rights are concerned, mediation -voluntary or mandatory- would not be a correct solution. Accordingly, in terms of all sorts of disputes in general, mediation cannot be an alternative to court litigation as well as arbitration whereby parties are tried and forced by a judgment unless they voluntarily enter and participate in order to reach the settlement during the process.

It is adopted that mandatory mediation should not conflict with the principle of judicial protection enshrined in Art 6 and 13 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as well as Art 36 of the Turkish Constitution. In this respect the Court of Justice of the European Union and the Turkish Constitutional Court made their judgment that mandatory mediation that is a necessary condition for the admissibility of actions before courts will not incompatible with the right of effective judicial protection provided that such a requirement does not prevent parties from exercising their right to access to the judicial system. In conclusion, mandatory mediation can be preferred by law as long as the outcome of the process is not binding on parties who have control over the whole process; it does not cause a substantial delay for bringing legal proceedings; it suspends the period of the time-barring of claims.

I argue that mandatory mediation can be adopted for some disputes but not all commercial matters, let alone international ones. Turkish Mediation Act nr. 6325 does not provide in which disputes the parties shall start the necessary mediation process before filing a case in a Turkish court; instead it explains the procedure for mandatory mediation in Art 18/A and allows other laws to provide mandatory mediation. In this respect Turkish Labor Law, the Commercial Code, and the Consumer Protection Act have adopted mandatory mediation for the cases they involve. As a principle, it should be for the Turkish Mediation Act to decide which disputes will be subject to mandatory mediation before filing a case in the courts rather than other relevant laws in terms of legal predictability and certainty.

In my opinion, an International Mediation Act should be enacted based on UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting From Mediation, and this Act should be considered as an implementing legislation for the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting From Mediation (Singapore Convention), which Turkey acceded. This Act can also provide a mandatory mediation for certain international disputes which are not complex and less than a certain amount of money. Again, court-referred mediation can be preferred.

I don't think mandatory mediation for all international commercial disputes would promote ADR and reduce the burden of Turkish courts, but it only delays access to the judicial process by wasting time because the current Turkish Mediation Act does not satisfy the requirements of international mediation needs. Likewise, the Commercial Code adopts mandatory mediation for all commercial cases defined as large.

On the other hand, under the current Mediation Act only accredited Turkish citizens can be a mediator, and no other person, including foreigners, would be able to be chosen as a mediator in an international commercial mediation process conducted in Turkey. This condition may be considered as an obstacle for ad hoc mediation processes, including the mediation conducted by an institution in Turkey. Therefore, a new international mediation act based on UNCITRAL Model Law should be enacted and provided with the international mediation needs, just like the International Arbitration Act.

Zorunlu Arabuluculuğun Adalet Erişim Hakkı Çerçevesinde İrdelenmesi

I. Giriş

Hukuki uyuşmazlıkların, devlet mahkemeleri veya tahkim kurulu önünde karara bağlanması yanında alternatif uyuşmazlık çözüm yolları (ADR-Alternative Dispute Resolution) başlığı altında yer alan yöntemler¹ aracılığıyla çözümü her geçen gün hız kazanmakta ve teşvik edilmenin ötesinde yasal olarak da benimsenmektedir.

Avrupa Birliği bünyesinde 2002 yılında kabul edilen Medeni Hukuk ve Ticaret Hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle ilgili Green Paper-Yeşil Kitap² alternatif uyuşmazlık çözüm sistemlerini tarafsız üçüncü bir kişi tarafından yönetilen mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm prosedürü olarak tanımlamıştır³. Mahkeme dışı olmasına rağmen tahkim, yargılama prosedürü benzeri bir yapıda olduğu için alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kategorisinde yer almamaktadır⁴.

Milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümünde üst sırada yer alan tahkim, bu konumunu 1958 New York Konvansiyonu çerçevesinde, hakem kararlarının tüm dünyada kolayca gerçekleşen tenfizine borçludur⁵. Tahkime de alternatif olarak savunulan arabuluculuk için tarafların yaptığı sulh anlaşmasının milletlerarası icrasını mümkün kılacak 2019 Singapur Konvansiyonu⁶ ile arabuluculuk sonucu varılan sulh anlaşmalarının özel hukuk sözleşmesinin ötesine geçerek icra kabiliyeti kazanması hedeflenmektedir. Böylelikle arabuluculuğun milletlerarası nitelikli hukuki ve ticari uyuşmazlıklarda bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak işlevinin artması sağlanacaktır.

Arabuluculuk nasıl adlandırılırsa adlandırılınsın, tarafların uyuşmazlıklarını onlara çözüm dayatma yetkisi olmayan 3. kişi ya da kişilerin (arabulucu) yardımıyla, dostane

1 Bkz Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019) 557 vd.

2 Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law COM (2002) 196 final, 19.04.2002. <eur.lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A5200> Erişim Tarihi 28 July 2020. Ayrıntılı bilgi için bkz. Antonio Maria Marzocco and Michele Nino, 'The EU Directive on Mediation in Civil and Commercial Matters and the Principle of Effective Judicial Protection' (2012) 19 (2) LexET Scientia Int'l.J.105, 109 vd.

3 ibid 6, pr 2.

4 ibid; Marzocco and Nino (n 2) 109.

5 Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 tarihinde New York'ta Yapılan Sözleşme, Onay Kanun Numarası: 3731, Kabul Tarihi: 08.05.1991, RG. 25.09.1991/21002.

6 United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting From Mediation (2018) bkz. <http://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/texts/UNCITRAL/Arbitration/mediation_convention_v1900316_eng.pdf> Erişim Tarihi 28 July 2020. Konvansiyonla ilgili bilgi için bkz. Mustafa Erkan, *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi*, (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2020) 77 vd; Sibel Özel, 'Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu' (2019) 25 (2) M.Ü.H.F Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı) 1190, 1191 vd; Talat Kaya, 'Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi' (2019) 25 (2) M.Ü.H.F Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı) 979, 983 vd.

çözüme ulaştırmak için çaba gösterdikleri süreç anlamına gelmektedir⁷. Dolayısıyla üçüncü kişi, taraflara çözüme ulaşma konusunda yardımcı olmakta ve hatta çözüm önerisi getirebilmektedir. Ancak önemli nokta arabulucunun tarafları bağlayıcı bir karar verme yetkisinin olmaması ve getirdiği çözüm önerisinin de taraflarca kabul zorunluluğunun bulunmamasıdır.

Bu itibarla prosedür alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri başlığı altında yer alsada arabuluculuğun teknik anlamda devlet mahkemelerine alternatif getirdiğini söylemek doğru olmayacaktır. Zira arabuluculuk yargılama işlevi görmemekte, daha ziyade yargı sisteminin bir parçası olarak kabul edilmektedir⁸. Türk Anayasa Mahkemesi de arabuluculuk kurumunun mahkemelerin yerine geçecek bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak düzenlenmediğini; mahkemelere ait olan uyuşmazlıkları çözme yetkisinden farklı olduğunu; bu yönüyle arabuluculuğun bir yargı faaliyeti veya yargıyla rekabet içinde bulunan bir yöntem olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir⁹. Yine Anayasa Mahkemesi başka bir kararında alternatif uyuşmazlık çözümü kavramında geçen “alternatif” teriminin, mahkemelere alternatif olarak kullanılamayacağını; arabuluculuğun bir yargılama faaliyeti olmadığını; tarafların sorunlarını kendilerinin çözmelerini amaçlayan, gönüllülük esasına dayanan bir dostane çözüm yolu ve esas itibarıyla adil bir karardan ziyade her iki tarafı da tatmin eden bir çözüme ulaşılmasını hedefleyen yöntemler bütünü olduğunu vurgulamıştır. Dolayısıyla arabuluculuk yargısal sistem yerine ikame edilmeyen tam tersine bu sisteme ilave edilmiş tamamlayıcı yöntemler topluluğudur¹⁰.

Arabuluculuk taraflara hızlı, ucuz, kolay bir şekilde, pek çok hususun gizli kalmasını sağlayarak¹¹, bir çözüme ulaşma imkânı vermektedir. Bu noktada taraflar

7 Singapur Konvansiyonu m 2(3)'de yer alan bu tanım UNCITRAL Model Kanun m 1(3)'de de aynen yer almaktadır. UNCITRAL Model Kanun 2002 versiyonunda conciliation-uzlaştırıcılık terimi kullanılmış iken 2018 versiyonunda mediation-arabuluculuk terimi tercih edilmiştir. Model Kanun her iki terimin de aynı içerikte kullanıldığına vurgu yapmıştır. Bkz. UNCITRAL Model Law on International Mediation and International Settlement Agreements Resulting From Mediation, 2018 (amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation 2002) <<http://www.uncitral.org/pdf/english/commission/session/51st-session/AnnexII.pdf>> Erişim Tarihi 28 July 2020. Başlangıçta conciliation-uzlaştırıcılık tarafsız bir uzlaştırıcının taraflara çözüm önerisi getirdiği bir yöntem (bkz. Edna Sussman, ‘The Singapore Convention the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement Agreements’ (2018) (3) ICC Dispute Resolution Bulletin 42, 49-50); buna karşılık mediation-arabuluculuk, arabulucunun taraflara dostane çözüme ulaşmaları için yardım ettiği bir prosedür olarak (bkz. Vidur Dhawan, ‘Commercial Mediation in the UAE and the Laws Concerning Mediation’ (2019) 6 Uncourt 38, 38) tanımlandığı halde, UNCITRAL Model Kanun ve Singapur Konvansiyonunda vurgulandığı üzere arabuluculuk-uzlaştırıcılık ayrımı ortadan kalkmış ve arabuluculuk terimi daha geniş anlamıyla hem taraflara yardımcı olan hem de çözüm önerisi getiren 3. Kişileri kapsar şekilde kullanılmaya başlanmıştır. 2012 tarihli Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) da (Kanun Numarası: 6325, Kabul Tarihi: 07.06.2012, RG. 22.06.2012/28331) başlangıçta arabulucuya çözüm önerisi getirme yetkisi vermez iken; 2017 değişikliği ile bu yetkiyi tanımıştır.

8 Stella Vettori, ‘Mandatory Mediation: An Obstacle to Access to Justice?’ (2015) 15 (2) Afr. Hum.Rts. L.J. 355, 362; Maria A Failing, ‘Parallel Justice: Creating Causes of Action for Mandatory Mediation’ (2015) Revista Forumul Jucedicator 60, 74.

9 Anayasa Mahkemesi E. 2017/178, K. 2018/82, 11.07.2018 T, pr 21. (RG. 11.12.2018-30622).

10 Anayasa Mahkemesi E. 2012/94, K. 2013/89, 10.07.2013 T, s. 22. (RG. 25.01.2014-28893).

11 Tobi Dress, ‘International Commercial Mediation and Conciliation’(1988) 10 (3) Loy. L.A. Int’l&Comp.L.J. 569, 574,581; Vettori (n 8) 362; Claudia Florinel Augustin Ignat, ‘Mediation Clause in Commercial Contracts (The Advantages of Mediation Clauses in Commercial Contracts)’ (2013) 2 (1) Persp. Bus.L.J 113, 114. Ayrıca bkz. Failing (n 8) 91 vd; İlker Koçyiğit and Alper Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk (1st edn, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını 2019) 12 vd.*

tamamıyla serbesttir ve hukuk kurallarının getirdiği çözümlerle sınırlı olmaksızın kendi çözümlerini yaratabilmektedir¹². Arabuluculuğun bu avantajları olumlu sonuçlanan süreçler için geçerlidir. Eğer arabuluculuk sürecinde taraflar uyuşmazlığı çözüme kavuşturma yolunda anlaşmamışsa, mecburen tahkime ya da devlet yargısına başvuracaklardır. Bu durumda da arabuluculuk boşuna zaman ve para kaybı anlamına gelmektedir. Bu itibarla arabuluculuğun her türlü uyuşmazlık için doğru bir yöntem olmadığı ve özellikle taraflar arasındaki güç dengesinin eşit olmadığı hallerde güçlü tarafın arabuluculuk prosedürünü manipüle edebileceği ve karşı tarafı anlaşmaya zorlamak amacıyla baskı kurabileceği ileri sürülmektedir¹³.

Arabuluculuk ile ilgili en önemli eleştiri tarafların yaptıkları sulhun gizli olmasının bir sonucu olarak emsal teşkil etmemesi ve bu nedenle de toplumsal fayda sağlamamasıdır. Bir başka ifadeyle sulh anlaşmasıyla sağlanan adalet sadece tarafları ilgilendirmekte ve toplum için adalet temin etmemektedir¹⁴.

Aslında adalet kavramı arabuluculuk ile birlikte değerlendirildiğinde ilk soru arabuluculuğun adalet dağıtıp dağıtmadığı ve eğer dağıtıyorsa bu adaletin usulden mi yoksa esastan mı (ya da her ikisi) olduğu noktasında belirginleşmektedir. NOONE/AMON-OJELABI'nin Avustralya'daki arabuluculuk paydaşları arasında yaptığı bir araştırmaya göre arabuluculuğun usulî adaleti sağlaması gerektiği ileri sürülmüştür. Esastan adaletle ilgili hususlar tarafların kendi adalet standartlarına bırakılmıştır¹⁵. Arabuluculuğun adaleti sağlaması gerekli mi sorusunda genel olarak bütün katılımcılar arabuluculuğun adaletle ilgilenmesi gerektiğini söylerken; hukuk geçmişi olan ve deneyimli üç arabulucu, adaletin güzellik gibi ona bakan gözde olduğunu; farklı kişilere farklı anlam ifade edeceğini, tarafların bakış açısıyla değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁶.

Arabuluculuğun usulî adaleti gerçekleştirilmesi yönünde fikir birliği oluşmuştur. Buna göre prosedür adil ve hakkaniyet uygun olmalıdır¹⁷. Esastan adalet ise arabuluculuk sonucunun adil olmasını ifade etmektedir ki bu husus tartışmaları beraberinde getirmektedir. Zira arabulucu sonucun kalitesi konusunda bir rol üstlenmemektedir. Taraflar uzlaşıp uyuşmazlığı geride bırakmaya karar verdiğinde önemli bir şey başarmış olmaktadır¹⁸. Bununla birlikte, arabulucuların taraflara öneri getiremediği arabuluculukta bile, sonuç adaletsiz olacaksa arabulucuların tarafları

12 Vettori (n 8) 363.

13 ibid 363.

14 ibid 364. Aslında arabuluculuktaki asıl hedef adalet değil, uyuşmazlığın çözümüdür. Gizlilik içinde yürütülen prosedür sonucu toplumsal adalet ve ekonomik refahın bağlı olduğu hukuki belirlilik de sağlanamayacaktır. ibid 360.

15 Mary Anne Noone and Lola Akin-Ojelabi, 'Ensuring Access to Justice in Mediation within the Civil Justice System' (2014) 40 (2) Monash U.L. Rev. 528, 535-536.

16 ibid 536. Burada paydaşların adaleti stibjektif bir değere indirgediklerine ve arabuluculukta tarafların sulh olması halinde başka bir değerlendirme yapmanın gereksizliğine dikkat çekilmelidir.

17 ibid 537.

18 ibid 538-539.

haksız anlaşma yapmaktan vazgeçirebileceği ya da onları daha adil bir sonucun gerçekleşebileceği bir arabuluculuk prosedürüne yönlendirebileceği savunulmuştur¹⁹. Dolayısıyla arabuluculuk paydaşları arabuluculuğun adaleti sağlama gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. Usulî veya esastan adalet açısından ise farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Kimi usulî adaleti yeterli görürken; bir kısmı da arabuluculuğun da adalet sisteminden kaynaklanması nedeniyle esastan adaletle de ilgilenilmesi gerektiğini savunmuştur²⁰.

Sonuç itibarıyla arabuluculuk adaleti sağlama açısından da yargı sisteminin bir parçası olarak ön plana çıksa da asıl işlevini devlet yargısının üzerindeki ağır iş yükünü azaltma noktasında göstermektedir²¹. Bu durum arabuluculuğun teşviki yanında zorunlu arabuluculuğu da beraberinde getirmiştir. Zira gönüllü arabuluculuk taraflar üzerinde beklenen teşviki göstermediğinde, zorunlu arabuluculuk kabul edilmektedir²².

Zorunlu arabuluculuk her şeyden önce gönüllülük esasına dayanan arabuluculuk kavramıyla tezat teşkil etmektedir. Ancak bu tezatlık arabuluculuğa başlama zorunluluğu ile arabuluculuk sonucu sulh olma zorunluluğunun ayırt edilmesiyle aşılmıştır. Dolayısıyla zorunlu arabuluculuk prosedüre başlama zorunluluğunu ifade etmekte ve hiçbir biçimde taraflara uzlaşma zorunluluğu getirmemektedir. Bu çalışmada çeşitli biçimlerde gerçekleşen zorunlu arabuluculuk ele alınacak ve zorunlu arabuluculuğun adalete erişim hakkını ihlal edip etmediği irdelenecektir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi²³ m. 6, Adil Yargılanma Hakkı başlığı altında herkesin davasının yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkı olduğunu öngörmektedir. Aynı şekilde Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 36 hak arama hürriyetini düzenlemiş ve herkesin yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğunu hükme bağlamıştır. Dolayısıyla arabuluculuğun zorunlu olması durumunda AİHS m. 6 ve AY m. 36'ın ihlal edilip edilmediğinin de irdelenmesi gerekmektedir. Makale meseleyi hem Avrupa Birliği hem de Türk hukuku açısından ele almayı hedeflemektedir.

19 ibid 539.

20 ibid 540. Usulî adaletin sağlanması aşamaları için bkz. Id. s. 546 vd; esastan adaletin nasıl sağlanacağı konusunda bkz. Id. s. 552 vd. FAILINGER Amerikan Common Law sisteminin adaleti sağlayamadığı durumlarda mahkeme bağlantılı zorunlu arabuluculuğun özellikle haksız fiillerle ilişkin davalarda adaleti gerçekleştireceğini savunmaktadır. Bkz. Failingler (n 8) 61 vd.

21 10.07.2013 T, E. 2012/94, K. 2013/89 nolu Anayasa Mahkemesi kararı (n 10) s. 22. “Yargı görevinin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlandıkça yargının iş yükünün azaltılması, adalete erişimin kolaylaştırılması ve usul ekonomisi gibi çeşitli nedenlerle yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması da gözetilerek uyumsuzlukların çözümü için arabuluculuk gibi yöntemlere başvurulabilmektedir”. 11.07.2018 T, E. 2017/178, K. 2018/82 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı (n 9) pr 16.

22 İtalya bunun tipik örneğidir. Gönüllü arabuluculuk beklenen sonucu gerçekleştirmediği için çok geniş bir alanda zorunlu arabuluculuk kabul edilmiştir. William Herbert, Giuseppe de Palo, Ava V. Baker and Apostolos Anthimos, ‘International Commercial Mediation’ (2011) 45 (1) Int’l Law. 111, 113.

23 İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi, Onay Kanun Numarası: 6366, Kabul Tarihi: 10.03.1954, RG. 19.03.1954/8662.

II. Zorunlu Arabuluculuk

A. Genel Olarak

Arabuluculuk, üçüncü bir kişinin yardımıyla tarafların uyuşmazlıklarını çözümlenme süreci olarak tanımlandığında, bu sürecin her aşamasının taraf iradesiyle gerçekleştiği hususu çok açıktır. Ancak tümüyle taraf iradesine bırakıldığında tarafların tercih etmediği bu uyuşmazlık çözüm yöntemi, hâkimlerin tavsiyesi ile teşvik edildiği gibi bazı hallerde kanun koyucu tarafından zorunlu hale getirilmektedir. Bu durumda devlet yargısına başvurulmadan önce tüketilmesi gereken bir aşama olarak düzenlenmektedir. Zorunluluk örtülü olarak da kendini gösterebilir. Arabuluculuğa gitmeyen taraf devlet yargısında haklı çıktığında dava masraflarını ödemeye mahkûm edilecekse artık arabuluculuğun ihtiyari olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır; zira getirilen müeyyide ile arabuluculuk zorunlu hale gelmiş sayılır.

Dolayısıyla zorunlu arabuluculuk, arabuluculuğa başlama ile arabuluculuk sonucu sulh olma arasındaki farklılıktan doğarak, arabuluculuğa başvuruyu zorunlu hale getiren ancak tarafları sulh olma mecburiyetine tâbi tutmayan bir süreç olarak karşımıza çıkmaktadır²⁴. Zorunlu arabuluculuğun hangi tür uyuşmazlıklar için ve hangi şekilde kabul edileceği ülkeden ülkeye değişmektedir. Her ülkenin kendi kültürel yapısı ve yargı yükünü azaltma gayreti bu tercihte rol oynamaktadır²⁵. Zira zorunlu arabuluculuğun taraf iradesi ve gönüllülük esasına tezat oluşturmasına rağmen, uygulamanın genişletilmesine önemli katkısı olduğu ileri sürülmektedir²⁶.

Bu bağlamda AB düzenlemesi özel bir önem arz etmektedir. Hukuki ve Ticari Meselelerde Arabuluculuk ile ilgili 2008/52 AB Yönergesi²⁷ sınır-ötesi uyuşmazlıklar için arabuluculuk düzenlemesi yapmış ve bu Yönerge AB üyesi ülkelerin iç hukuklarına kendi tercihleri uyarınca dahil olmuştur.

Yönerge m. 5(2) “Bu Yönerge, ulusal kanunların, bu kanun tarafları yargı sistemine erişim hakkından mahrum bırakmadığı sürece, yargı prosedürüne başlamadan önce veya sonra, ulusal kanunların zorunlu arabuluculuk uygulaması veya teşvik ya da müeyyideler getirmesine engel olmaz” hükmünü getirmiştir. Dolayısıyla her AB üyesi kendi tercihine göre Yönergeyi iç hukukuna dahil ederken hukuki ve ticari meselelerde

24 Vettori (n 8) 358; Daniele Cutolo and Mark Alexander Shalaby, ‘Mandatory Mediation and the Right to Court Proceedings’ (2010) 4 (1) Dis. Resol. Int’l. 131, 143.

25 Aynı hukuk sisteminde olmasına rağmen İngiltere ve Avustralya’nın zorunlu arabuluculuğa farklı bakış açıları için bkz. Melissa Hanks, ‘Perspectives on Mandatory Mediation’ (2012) 35 (3) U.N.S.W.L.J. 929, 939 vd.

26 Bu noktada İtalya örneği verilmektedir. Zira arabuluculuğun İtalya’da uygulanması ancak zorunlu olmasıyla mümkün hale gelmiştir. Bkz. Hanks (n 25) 951; Herbert, de Palo, V. Baker and Anthimos (n 22) 113.

27 Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters [2008] OJ L 136/3. Yönerge ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Marzocco and Nino (n 2) 106 vd; Christina Lenz, ‘A Comparison of the Implementation of the EU-Mediation Directive (2008/52/EC) in the Member States and Switzerland’ (2013) 3 Y.B. on Int’l. Arb. 347, 351 vd; Herbert, de Palo, V. Baker and Anthimos (n 22) 111 vd; Hanks (n 25) 932 vd. Yönergenin uygulanmasına ilişkin olarak bkz. Report on the Implementation of Directive 2008/52/EC of the Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters (the Mediation Directive) (2016/2066 (INI)) 27.06.2017 A8-0238/2017.

zorunlu arabuluculuğu kabul edip etmemekte serbest bırakılmıştır. Buradaki tek sınır tarafların yargıya başvuru hakkının korunmasıdır.

Yönergedeki bu imkân en bariz şekilde İtalya tarafından hayata geçirilmiştir. Bunun en önemli nedeni İtalyan yargı sisteminin yavaşlığı ve bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde AİHS m. 6'ın ihlal edilmesinden dolayı maruz kaldığı tazminat davalarıdır²⁸. 2009 yılında çıkan bir kanunla arabuluculuğa gitmeyi reddeden tarafın mahkemede davayı kazanması halinde mahkeme masraflarını ödeme yükümlülüğü getirilmiştir. 2010 yılında çıkarılan Yönergenin uyum kanunu olan 28 nolu Kanun Hükmünde Kararname ile kategorik olarak aynî haklar; sigorta; bankacılık ve finans anlaşmaları; kazanç paylaşımları; miras, aile hukuku; kira hukuku; komşuluk uyuşmazlıkları; haksız ödünçler; araba ve tekne kazalarından kaynaklanan tazminat talepleri; tıbbi ihmal davaları; basın ve medyada kişilik hakkı ihlalleri zorunlu arabuluculuğa tâbi tutulmuştur. Diğer hukuki ve ticari meselelerde ise ihtiyari arabuluculuk söz konusudur. 20 Mart 2011 tarihinde yürürlüğe giren bu mevzuat özellikle avukatlar arasında çok büyük bir tepkiyle karşılaşılmıştır²⁹.

28 nolu Kanun Hükmünde Kararname İtalyan Anayasa Mahkemesi tarafından kısmen anayasaya aykırı bulunmuş ve bu karar uyarınca 2013 yılında 69 nolu Kararname yürürlüğe girmiştir. Buna göre 28 nolu kararnamede belirtilen konularda dava şartı arabuluculuk devam etmektedir. Bunun dışındaki hukuki ve ticari meseleler ihtiyari arabuluculuğa tâbidir. Devredilmez ve bölünemez haklar (örneğin vücut bütünlüğü, din özgürlüğü, ifade özgürlüğü vb) ile ilgili uyuşmazlıklar ihtiyari arabuluculuk ile çözümlenebilir³⁰.

Geniş bir alanda İtalya'nın kabul ettiği zorunlu arabuluculuk kavramı, diğer AB üyesi ülkelerde aynı şekilde kabul görmemiştir. Örneğin Slovenya ihtiyari arabuluculuğu esas almış ve hukuki meselelerde zorunlu arabuluculuğu kabul etmemiştir. Yönergenin uyum kanunu mahkemelerin arabuluculuk ile ilgili farkındalığı artıracak programlar ve çalışmalar yapılmasını ve taraflara uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi imkânının verilmesini öngörmüştür. 15 Haziran 2010 tarihli kanun, arabuluculuğun faydalı olacağına inandığı takdirde mahkemelerin tarafları arabuluculuğa yönlendirebileceğini ancak tarafların buna katılım mecburiyetinin olmadığını kabul etmiştir. Diğer yandan arabuluculuk zorunlu olmamasına rağmen, hâkim tarafların arabuluculuk ile ilgili bilgilendirilmesini isterse, tarafların bu bilgilendirme oturumuna katılmaları zorunludur³¹. Dolayısıyla İtalya'da arabuluculuk bir dava şartı iken, Slovenya'da hâkimler tarafları bu konuda bilgilendirmekle yetinmektedir³².

28 Ayrıntılı bilgi için bkz. Hanks (n 25) 936-937.

29 ibid 937-938.

30 Roberta Altavilla, 'Relazione Mediazione'. İstanbul Barosu'nun 29.03.2019 tarihli Mukayeseli Hukukta Dava Şartı Arabuluculuk başlıklı Panelinde sunulan bildiri. Müellif arabuluculuğun sorunları çözmediğini, dava sayısının azalmadığını, arabuluculuk kullanımının zorunlu dahi olsa alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak algılanmadığını belirtmiştir.

31 Herbert, de Palo, V. Baker and Anthimos (n 22) 114.

32 ibid 115.

Avusturya’da arabuluculuk ihtiyari olarak görüldüğü için tarafların rızaları ihtilafına arabuluculuğa başvurmaları kabul edilmemiştir. Avusturya Yüksek Mahkemesi bu hususu belirlemiştir³³. İhtiyariliğin bir sonucu olarak arabuluculukta yer almayan taraf için müeyyide veya olumsuz sonuçlar da kabul edilmemiştir³⁴. 2004 tarihli Medeni Kanunu değiştiren Kanun m. 3 ile komşuluk hukukundan kaynaklanan, gürültüden veya havadan mahrumiyet ile ilgili uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabuluculuk veya diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuru kabul edilmiştir. Dolayısıyla komşuluk hukukunda da zorunlu arabuluculuk kabul edilmemiştir; taraflar dava açmadan önce diğer ADS yöntemlerine başvurabilirler³⁵. Avusturya’da zorunlu arabuluculuk sadece eğitimcinin stajyerinin sözleşmesini olağanüstü feshetmek istemesi halinde kabul edilmektedir³⁶.

Almanya’da da hukuki ve ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk yoktur³⁷.

İsviçre Medeni Usul Kanunu m. 214’e göre mahkeme yargı prosedürü devam ederken her zaman taraflara arabuluculuğu tavsiye edebilir. Taraflar ayrıca mahkemeye birlikte başvurarak da arabuluculuğa gidebilirler. Arabuluculuk sonuçlanana veya talep geri çekilinceye kadar yargılama prosedürü durdurulur³⁸.

Avrupa Birliği çıkardığı özel bir yönerge³⁹ ile tüketici uyuşmazlıkları için zorunlu arabuluculuk öngörmüştür. Bu 2013/11 nolu Yönergede tüketici uyuşmazlıkları için, prosedür sonucu bağlayıcı olmamak ve ADR prosedürü süresince zamanaşımı sürelerinin dolması neticesi yargı yoluna müracaat hakkını engellemek kaydıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri (ADR) getirilmesi kabul edilmiştir (m. 12). Dolayısıyla tüketici uyuşmazlıklarında arabuluculuk veya diğer ADR yöntemleri daha sonra devlet yargısına başvuru hakkı engellenmemek şartıyla zorunlu olarak tesis edilebilir⁴⁰.

Türk hukukunda da zorunlu arabuluculuk kabul edilmiştir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)⁴¹ 2018 değişikliği ile m. 18/A uyarınca ilgili kanunlarda arabuluculuğa başvurulması dava şartı olarak kabul edilmiş ise süreç uygulanacak hükümleri düzenlemiştir. Dolayısıyla HUAK hangi uyuşmazlıklarda

33 Avusturya Yüksek Mahkemesi, 15 Temmuz 1997 kararı, 1 Ob161/97a; 14 Aralık 2011 kararı, 3 Ob196/11m. Nakleden Marianne Roth and Marianne Stegner, ‘Mediation in Avustria’ (2013) 3 Y.B. ON. INT’L. ARB. 367, 369.

34 ibid 369.

35 ibid 369-370.

36 ibid 370.

37 Anlam Altay, ‘Alman Hukukunda Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk’. İstanbul Barosu’nun 29.03.2019 tarihli Mukayeseli Hukukta Dava Şartı Arabuluculuk başlıklı Panelinde sunulan bildiri.

38 Lenz (n 27) 364.

39 Directive 2013/11/EU of the European Parliament and the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on Consumer ADR) OJ. 18.06.2013 L 165/63.

40 Konuya ilişkin AB düzenlemeleri ve üye ülkelerdeki durum ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Cutolo and Shalaby (n 24) 134 vd.

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

arabuluculuğun dava şartı olarak zorunlu olduğunu belirtmemiş ve bu hususu ilgili kanunlara bırakmıştır. Buna göre İş Mahkemeleri Kanunu⁴² m. 3'e göre bireysel ve toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Türk Ticaret Kanunu⁴³ m. 5/A'ya göre ticari davalar, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerinde dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁴⁴ m. 37/A'ya göre tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

Zorunlu arabuluculuk tarafların sulh olmasıyla sonuçlanırsa beklenen faydayı gerçekleştirecek, mahkemelerin iş yükünü azaltacak ve taraflara çabuk, hızlı ve kendilerince adil sonucu garantileyecektir. Ancak uzlaşma yoluna gitmek istemeyen taraflar açısından devlet yargısına gitmenin önkoşulu olarak getirilen dava şartı arabuluculuk sadece para ve zaman kaybı olacak ve beklenen faydayı sağlamayacaktır⁴⁵. Diğer yandan çok taraflı ticari uyuşmazlıkların arabuluculuk için uygun olmadığı, iki taraflı prosedüre nazaran daha fazla zorluk içerdiği düşünüldüğünde; milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda iradi arabuluculuğun dahi ucuz, kolay ve çabuk bir çözüm yolu garantilemediği ortaya çıkmaktadır⁴⁶. Bu itibarla ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk özellikle çok taraflı kompleks uyuşmazlıklarda esaslı bir çözüm yöntemi olarak uygulanamayacaktır.

B. Zorunlu Arabuluculuğun Görünümleri

1. Dava Şartı Arabuluculuk

Zorunlu arabuluculuğun ilk görünümü arabuluculuğun bir dava şartı olarak kabulüdür. Devlet mahkemesinde dava açabilmek için öncelikle arabuluculuk prosedürünün başlatılması gerekli ise arabuluculuk bir dava şartı olarak tarafların iradesine bağlı olmadan zorunlu hale gelmiş olmaktadır⁴⁷.

AB arabuluculuk yönergeleri AB üyesi ülkelerin arabuluculuğu dava şartı olarak zorunlu tutmalarına engel bir düzenleme getirmemiştir⁴⁸. Bu nedenle İtalya dava şartı arabuluculuğu çok geniş bir alanda uygulamayı tercih etmiştir⁴⁹.

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

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

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

45 Vettori (n 8) 364.

46 Bkz. S.I Strong, 'Beyond International Commercial Arbitration? The Promise of International Commercial Mediation' (2014) 45 WASH UJ&Pol'y. 11, 21 vd.

47 Hanks (n 25) 930; Marzocco and Nino (n 2) 115.

48 Marzocco and Nino (n 2) 116.

49 Hanks (n 25) 936 vd. İtalya yargılamaların uzun sürmesi nedeniyle AIHM'de 2000 yılına kadar 600 milyon Avro tazminat ödemeye mahkûm olmuştur (ibid 936). 2002-2006 arası bu miktar 41 milyon Avrodur. (Cutolo and Shalaby (n 24) 133). Zorunlu arabuluculuktan sonra bu yöndeki hak ihlali nedeniyle AIHM'de mahkûmiyet kararları azalmıştır. Ancak bu sayıların gerçek bir analiz sunmadığı, sadece umut verici bir başlangıç teşkil ettiği de not edilmektedir. Hanks (n 25) 939.

Dava şartı arabuluculukta devlet yargısında uyuşmazlığın görülebilmesi arabuluculuk prosedürünün başlaması ve sulh olunmaması şartına bağlı olduğu için hâkim davalı itiraz etmese bile bu hususu re'sen nazara alarak davayı reddedecektir. HUAK arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edildiği durumlarda uygulanacak hükümleri m. 18/A'da açıklamaktadır. Buna göre davacı, dava şartı arabuluculuğun zorunlu olduğu bir davayı açtığı anda, arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış örneğini dava dilekçesine eklemelidir. Bunun sunulmamış olması davanın usulden reddini gerektirir. Bu amaçla davacıya bir haftalık kesin süre içinde söz konusu belgeyi mahkemeye sunması aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtar edilir. Arabuluculuğa başlamadan davanın açılması halinde başka bir işlem yapılmaksızın dava, dava şartı yokluğundan usulden reddedilir (HUAK m. 18/A(2)).

HUAK m. 3 arabuluculuğun temel özelliği olan iradiliği, arabuluculuğa başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbestlik olarak tanımladıktan sonra dava şartı olan arabuluculuğa ilişkin m. 18/A hükmünü saklı tutmuştur⁵⁰. Dolayısıyla dava şartı arabuluculuk, prosedüre başlama konusunda tarafların iradesine önem vermemekte, devlet yargısına gidebilmenin ön koşulu olarak prosedüre başlamayı zorunlu kılmaktadır. Bununla birlikte prosedüre devam etmek ve sulh olma zorunluluğu yoktur. Taraflar bu prosedürü devam ettirmeyebilir, her an vazgeçebilirler. HUAK m. 18/A(11) prosedürün başlangıcına katılmayan taraf için bir müeyyide öngörmüştür. Buna göre taraflardan biri geçerli bir mazeret göstermeden ilk toplantıya katılmaması nedeniyle arabuluculuk faaliyeti sona ererse, toplantıya katılmayan taraf son tutanakla belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderlerinin tamamından sorumlu olur ve taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez⁵¹. Eğer her iki taraf da ilk toplantıya katılmadığı için arabuluculuk sona ermişse tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır. Dolayısıyla Türk hukuku dava şartı arabuluculuğun kabul edildiği davalarda ilk toplantıya katılmayan tarafı haklı çıksa bile yargılama giderlerinden sorumlu tutarak, arabuluculuğu işler hale getirmeyi hedeflemektedir.

2. Mahkeme Kararıyla Arabuluculuk

Zorunlu arabuluculuğun bir diğer görünümü tarafların hâkim kararıyla arabuluculuğa gitmesidir. Burada hâkim tarafların isteyip istemediğine bakmaksızın onları arabuluculuğa gönderme yetkisine sahiptir ve re'sen uygun gördüğü davalarda bu yetkisini kullanmaktadır⁵². Hâkim tarafları arabuluculuğa gönderme kararı verdiğinde

50 Ayrıntılı bilgi için bkz. Koçyiğit and Bulur (n 11) 48 vd.

51 Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar için dava şartı arabuluculuk getirilmesine rağmen Tüketicinin Korunması Kanunu m 73(A)(2) açıkça HUAK m 18/A(11)'in tüketici aleyhine uygulanamayacağına hükmetmiştir. Buna göre tüketicinin ilk toplantıya katılmaması nedeniyle arabuluculuk faaliyeti sona erdiğinde, tüketici yargılama giderlerinden sorumlu olmayacaktır.

52 Hanks (n 25) 931.

davayı askıya almakta ve bir tarih belirleyerek tarafların arabuluculuk prosedürüne başlamasını öngörmektedir. Bu zaman içinde taraflar arabuluculuğa gitmezse dava kaldığı yerden devam etmektedir⁵³.

Mahkeme kararıyla arabuluculuk Avustralya’da yaygın bir uygulama alanına sahiptir⁵⁴. 1980li yıllarda belirli uyuşmazlıklar için ihtiyari arabuluculuk uygulamasının başladığı Avustralya’da, 2000’den itibaren federal seviyede zorunlu arabuluculuk uygulamaları gelişmiştir. Buna göre Avustralya mahkemeleri tarafların rızası olmaksızın arabuluculuğa gitme emri vermeye yetkili kılınmıştır. Arabuluculuk mahkemeyle bağlantılı bir şekilde yani mahkeme görevlisi hatta bazı davalarda hâkim tarafından gerçekleştirilmektedir. 2010 yılında eski bir Yüksek Mahkeme hâkiminin saptamasına göre taraflar davalarında zayıflık olabileceğini kabul etmek istemedikleri için arabuluculuğa gitmeyi teklif etmemektedir. Ancak buna mecbur bırakıldığında en gönülsüz olanların en aktif katılımcı oldukları deneyimlenmiştir⁵⁵. Mahkeme kararıyla arabuluculuk mahkemelerin dava yükünü azaltmış ve taraf memnuniyetini artırmıştır. Böylelikle mahkemeler komplike davaların çözümünde rol almakta, hukuki yorumlarda bulunmakta ve emsal kararlar oluşturmakta; buna karşılık daha az karmaşık davalarda taraflar arabuluculuğa zorlanarak masraflar azaltılmakta ve taraflar arasındaki ilişkilerin sürdürülmesine ve daha geniş çapta çözümlerin kabulüne olanak sağlanmaktadır⁵⁶.

3. Arabuluculuğa Başvurmayan Tarafın Davayı Kazansa Bile Yargılama Giderlerinden Sorumlu Tutulması

Tarafları arabuluculuğa zorlamak için prosedüre başlamayan ya da katılmayan tarafın bunun olumsuz sonuçlarına katlanması da bir çeşit zorunlu arabuluculuk görünümü olarak kabul edilmektedir. Burada daha ziyade zorunlu benzeri bir arabuluculuk vardır⁵⁷.

İngiliz Usul Kanunu (CPR) kural 44(3)(5) ile dava masrafları belirlenirken mahkemenin tarafların davranışları dahil tüm unsurları dikkate alacağı belirlenmiştir. Bu unsurlardan biri dava öncesi süreçte tarafların davranışlarıdır. İngiltere’de arabuluculuk tümüyle iradi nitelikte görüldüğü için mahkemelerin isteksiz tarafları arabuluculuğa zorlayamayacağı ve re’sen onları arabuluculuğa gönderemeyeceği kabul edilmiştir⁵⁸. Dolayısıyla dava öncesi arabuluculuk sürecindeki davranış biçimi yargılama giderlerinin ödenmesi şeklinde bir sonuca bağlanarak arabuluculuğun gelişimi hedeflenmiştir⁵⁹.

53 Marzocco and Nino (n 2) 117.

54 Hanks (n 25) 931.

55 ibid 945-946. Kararlar için bkz. ibid, 946 dn. 128 vd.

56 ibid 947.

57 ibid 939.

58 ibid 939.

59 2010 yılında İngiltere yüksek mahkemelerindeki dava sayısı % 80, bölge mahkemelerindeki dava sayısı ise % 25 azalmıştır. ibid 940.

Halsey kararıyla⁶⁰ arabuluculuğu reddeden tarafın daha sonra davayı kazanmasına rağmen mahkeme masraflarını ödemesine hükmedilmiştir. Bu kararda mahkeme tarafların iradeleri hilafına onları arabuluculuğa gönderme yetkisi olup olmadığını irdelemiş ve tarafları arabuluculuğa teşvik etmek ile onlara arabuluculuğa gitme emri vermenin birbirinden farklı hususlar olduğuna vurgu yapmıştır. Mahkemeye göre isteksiz tarafları arabuluculuğu yönlendirmek mahkemeye erişim hakkının ihlalidir⁶¹.

Temyiz mahkemesi isteksiz tarafları arabuluculuğa zorlamanın zaman ve para kaybı olduğunu kabul etmiş ve mahkemenin rolünün zorlama değil, teşvik olması gerektiğini belirtmiştir⁶². Temyiz mahkemesine göre alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmayı reddeden kazanan tarafa dava masraflarının yüklenebilmesi için, kaybeden tarafın masrafların kazanan taraf üzerine yüklenmesi gerektiğini ispatlaması gerekmektedir. Bunun için kazanan tarafın ADR'yi reddetmekle mantıksız, anlamsız hareket ettiğinin gösterilmesi zorunludur⁶³.

Temyiz mahkemesi arabuluculuğun başarıyla sonuçlanma ihtimali olmadığını ispatlama yükümlülüğünün arabuluculuğa gitmeyi reddeden tarafa ait olmadığını vurgu yapmıştır. Dolayısıyla davayı kaybeden taraf arabuluculuğun başarılı sonuçlanacağını ispatlarsa, dava masraflarına kazanan tarafın katlanması kabul edilmiştir⁶⁴.

Halsey kararı mahkemenin tarafları arabuluculuğa gönderme yetkisi olmadığını belirtmesine rağmen AB Yönergesi ve aşağıda inceleyeceğimiz Allasini kararı sonrası İngiltere'de de 2012 yılında değeri 100000 pounda kadar olan sözleşmesel ve haksız fiil davalarında hâkim açıkça muaf tutmadıkça davaların otomatik olarak arabuluculuğa gitmesi kabul edilmiştir⁶⁵. AB Yönergesinin sınır-ötesi uyuşmazlıklarda uygulanmasını temin eden uyum kanunu 2011'de kabul edilmiştir. Bu kanun yönergenin hükümlerinin ötesine geçmemiş ve İtalya gibi zorunlu arabuluculuğu kabul etmemiştir. Dava masraflarının arabuluculuğu haksız yere reddeden kazanan tarafa yüklenmesi üzerinden zorunlu benzeri bir yöntem tercih edilmiştir⁶⁶.

III. Zorunlu Arabuluculuğun Adalet Erişime Etkileri

A. AB Hukuku

AB Hukuku çerçevesinde ele alınan “etkili hukuki koruma” prensibi üye ülkelerin anayasal geleneklerinden ve özellikle AIHS m. 6 ve 13 ile Avrupa Birliği Temel

60 Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust (2004) EWCA Civ. 576 (11 May 2004).

61 ibid pr 9. Kararın eleştirileri için bkz. Hanks (n 25) 942.

62 Halsey kararı (n 60) pr 11.

63 ibid pr 13.

64 ibid pr 28.

65 Hanks (n 25) 944.

66 ibid 944. Wright v. Wright kararında ((2013) EWCA Civ 243) Halsey kararında işaret edilen kuralın yeniden değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapılmış ve tarafları arabuluculuğa yönlendirmenin onlar için mahkemeye erişim hakkının “kabul edilemez engeli” olup olmadığının cesur bir yargıç tarafından sorgulanması gerektiği belirtilmiştir (Wright kararı pr 3).

Haklar Bildirgesi⁶⁷ m. 47 hükümlerinden türeyen genel bir prensipten oluşmaktadır. Dolayısıyla bireyler AB hukuk sisteminden kaynaklanan hakların etkili hukuki korumasından yararlanmaktadır⁶⁸.

AİHS m. 6 adil yargılanma hakkı başlığı altında herkesin yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde yargılanma hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. AİHS m. 13 ise etkili başvuru hakkı başlığı ile hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvuru hakkını garanti altına almıştır. Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi m. 47'de de etkili bir hukuki yola başvurma ve adil yargılanma hakkı başlığı ile AİHS m. 6 ve 13 tekrarlanmıştır.

Bu itibarla etkili hukuki korunma prensibi çerçevesinde değerlendirilen adalete erişim hakkının zorunlu arabuluculuk ile ihlal edilip edilmediğinin irdelenmesi gerekmektedir. Zira arabuluculuğun zorunlu tutulması, tarafları AİHS kapsamında tarafsız ve bağımsız mahkemede yargılanma ve etkili hukuki yola başvurma hakkından en azından bir süre mahrum etmektedir. Zorunlu arabuluculuğu kabul eden AB üyesi ülkelerin ulusal mevzuatlarının AB hukukuna aykırılık teşkil edip etmediği meselesi ABAD kararlarıyla açıklığa kavuşturulmuştur.

Bu bağlamda en önemli karar 2010 yılında verilen Alassini kararıdır⁶⁹. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) önüne gelen uyuşmazlıkta 2002/22 AB Yönergesinin (Universal Service Directive)⁷⁰ İtalyan iç hukukuna geçirildiği 2003 tarihli kanun hükmünde kararnamenin AB hukukuna aykırı olup olmadığı bir ön sorun olarak sorulmuştur. Söz konusu kararname telekomünikasyon operatörleri ile nihai kullanıcılar arasındaki uyuşmazlıklar için zorunlu arabuluculuk şartı getirmiştir⁷¹. AB düzenlemesi olan Universal Service Yönergesi m. 34 ile üye devletlerin tüketiciler ile ilgili uyuşmazlıklarda şeffaf, basit ve ucuz mahkeme dışı çözüm yollarını temin etmeleri kabul edilmiştir. Bu itibarla Yönergeyi etkin bir şekilde uygulayacak olan üye devletlerin bu tür kuralların niteliğini belirleme yani uyuşmazlık çözüm yolları için getirilecek prosedürün zorunlu olmasına karar verme hakkı olduğu kabul edilmiştir⁷². Mahkeme öncesi uyuşmazlık çözüm prosedürünün zorunlu olması Universal Service Yönergesinin etkisi güçlendirecektir⁷³.

67 Charter of Fundamental Rights of the European Union Bkz. <<https://www.europarl.europa.eu>> Erişim Tarihi 10 July 2020; Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi Türkçe metin için bkz. <<https://www.avrupa.info.tr>> Erişim Tarihi 10 July 2020.

68 Marzocco and Nino (n 2) 118-119.

69 Alassini and others, T. 18.03.2010, C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-320/08 (2010) ECR I-2213. Kararlar için bkz. Marzocco and Nino (n 2) 121 vd.

70 Directive 2002/22/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on Universal Services and user's rights relating to electronic communications networks and services (Universal Service Directive) OJ. 2002 L. 108 p. 51.

71 Alassini and others kararı (n 69) pr 16.

72 ibid pr 44.

73 ibid pr 45.

Zorunlu arabuluculuk prosedürünün etkili hukuki korunma hakkıyla bağdaşır bağdaşmayacağı meselesi ABAD tarafından incelenmiş ve zorunlu arabuluculuk prosedürünün pratikte bireyleri Yönergeden kaynaklanan haklarını kullanmaktan alıkoymadığı veya aşırı zorlaştırmadığı sonucuna varılmıştır⁷⁴. Zira (i) arabuluculuk prosedürünün sonucu taraflar için bağlayıcı değildir ve bu nedenle mahkemeye başvuru hakkı engellenmemektedir⁷⁵; (ii) arabuluculuk prosedürü mahkemede dava açma açısından esaslı bir gecikmeye yol açmamaktadır. Zira prosedürün azami 30 gün içinde sonuçlandırılması şartı vardır ve bu sürenin ardından taraflar arabuluculuk sürecini tamamlamasalar bile dava açma hakkına sahiptir⁷⁶; (iii) arabuluculuk prosedürü süresince dava zamanaşımı süresi işlememektedir⁷⁷; (iv) Co.re.com önündeki arabuluculuk prosedüründe ücret alınmamaktadır. Diğer organlar önündeki arabuluculukta da önemli bir masraf çıkarılmamaktadır⁷⁸.

Diğer yandan ABAD, arabuluculuk prosedürünün sadece elektronik ortamda gerçekleşmesi zorunlu olsaydı, internete erişim imkânı olmayan bireyler açısından Yönergedeki hakların kullanımının imkânsız veya çok zor olacağına vurgu yapmıştır⁷⁹. Aynı şekilde ihtiyati tedbirlerin gerekli olduğu durumlarda, arabuluculuk prosedürünün mahkemelerden tedbir alınmasına engel olmadığı da belirlenmiştir⁸⁰. Dolayısıyla ulusal hukukun, arabuluculuk prosedürünün sadece elektronik ortamda yapılmasını şart koşmayarak ve istisnai hallerde mahkemeden ihtiyati tedbir alınmasına izin vererek etkili hukuki koruma prensibine uygun olduğu sonucuna varılmıştır⁸¹.

Netice itibarıyla Mahkeme, Universal Service Yönergesinin zorunlu arabuluculuğu engellemediği ve arabuluculuk sonucu verilen kararlar taraflar için bağlayıcı olmadığı; tarafların mahkemede dava açmasını esaslı bir şekilde geciktirmediği; dava zamanaşımı süresini durdurduğu; masrafa yol açmadığı-veya çok az masraflı olduğu-ve arabuluculuk prosedürünün sadece elektronik ortamda yapılması şart koşulmadığı ve acil durumlarda mahkemeden ihtiyati tedbir alınmasına izin verildiği hallerde etkili hukuki korunma prensibinin ihlal edilmediği kanaatine varmıştır⁸².

ABAD yine tüketici uyuşmazlıklarının mahkeme öncesi zorunlu arabuluculuğa götürülmesine ilişkin ulusal hukukun AB hukukuna ve özellikle de adalete erişim hakkına aykırı olup olmadığını 14 Haziran 2017 tarihli C-75/17 kararıyla⁸³ irdelemiştir.

74 ibid pr 53.

75 ibid pr 54.

76 ibid pr 55.

77 ibid pr 56.

78 ibid pr 57.

79 ibid pr 58.

80 ibid pr 59.

81 ibid pr 60-61.

82 ibid pr 67.

83 Menini/Rampanelli v. Banco Popolare Societa Cooperativa 14.07.2017, Case 7-75/16.

İtalyan 28/2010 nolu kanun hükmünde kararnamenin 5. Maddesine göre sigorta, bankacılık ya da finans sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar avukat eşliğinde mahkeme öncesi zorunlu arabuluculuğa tâbidir⁸⁴. İtalyan mahkemesi bu kanun hükmünde kararnamenin 2013/11 AB Yönergesine⁸⁵ aykırı olduğuna ilişkin görüş bildirerek, meseleyi ABAD'a iletmiştir. İtalyan mahkemesine göre Yönerge, üye ülkeler arasında Yönergenin hedeflediği amaçların gerçekleşmesi için tek, münhasır ve uyumlu bir sistem yaratmayı temin etmektedir⁸⁶; ancak ulusal hukukla getirilen zorunlu arabuluculuk tüketiciyi ihtiyari olan arabuluculuğa kıyasla daha elverişsiz pozisyona düşürmektedir⁸⁷.

ABAD, 2013/11 Yönergesinin 1. Maddesinde belirtildiği üzere tüketicilerin gönüllülük esasına göre ticari işletmelere karşı şikâyetlerini ADR prosedürlerini kullanarak yapabileceklerini belirtmiştir⁸⁸.

2013/11 Yönergesinin dava konusu ADR prosedürüne uygulanabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir⁸⁹:

- (i) Prosedürü ticari işletme değil, tüketici başlatmalıdır.
- (ii) 2013/11 Yönergesine göre arabuluculuğun bir ADR kurumu önünde gerçekleşmesi gerekmektedir. Ön sorun talebinde İtalyan kanununun öngördüğü arabuluculuk prosedürünün bir ADR kurumu önünde yapılıp yapılmayacağı belirtilmemiştir.

ABAD 2013/11 Yönergesinin 1. Maddesinin ilk cümlesinde gönüllülük esasına vurgu yapılmasına rağmen, ikinci cümlede açıkça Yönergenin üye devletleri zorunlu arabuluculuğa ilişkin düzenleme yapmaktan men etmediğini hükme bağlamıştır. Buradaki tek şart tarafların yargı sistemine başvurma hakkından mahrum edilmemiş olmasıdır⁹⁰. Bu yorum arabuluculuğu tanımlayan 2008/52 Yönergesi⁹¹ ile desteklenmektedir. Zira bu Yönergenin 5(2) maddesi ulusal hukukların zorunlu arabuluculuk getirmesine, söz konusu mevzuatın tarafları yargı sistemine başvurma hakkından men etmediği sürece izin vermiştir⁹².

Dolayısıyla ABAD'a göre en önemli mesele arabuluculuk sisteminin zorunlu veya ihtiyari olması değil, tarafların yargı sistemine başvuru hakkının korunmasıdır⁹³. Bu itibarla ön sorun olarak ABAD önüne getirilen meselede zorunlu arabuluculuğu

84 ibid pr 16.

85 Bkz (n 39).

86 Case 7-75/16 (n 83) pr 23.

87 ibid pr 24.

88 ibid pr 39.

89 ibid pr 41.

90 ibid pr 48.

91 Bkz. (n 27).

92 Case 7-75/16 (n 83) pr 49.

93 ibid pr 51.

kabul eden ulusal hukuk, 2013/11 Yönergesinin amaçlarının yerine getirilmesini engellememektedir⁹⁴. Ancak (i) ADR prosedürünün sonucu taraflar için bağlayıcı olmamalı, (ii) bu prosedür süresince zamanaşımı süreleri geçmemelidir⁹⁵. Dolayısıyla üye devlet hukukunun 2013/11 Yönergesine aykırı olmaması için bu iki hususu bünyesinde barındırması gerekmektedir. Mahkeme ADR prosedürünün sonucunun bağlayıcılığı ile ilgili açıklama yaparak, 2013/11 Yönergesinin 9(2)(a) maddesinin getirdiği zorunluluğu vurgulamıştır. Üye devletler Yönergenin bu maddesi uyarınca tarafların, tatmin olmadıkları takdirde prosedürün her aşamasında çekilme imkânını sağlamak zorundadır. Bu itibarla m. 9(2)(b)'ye göre ADR prosedürünün sonunda taraflara sadece çözüm önerisi getirilebilir ve taraflar bu öneriyi kabul edip etmemekte veya bu öneriyi uyup uymamakta serbesttir⁹⁶.

Zamanaşımı ile ilgili olarak da Yönerge m. 12 hükmüne atıf yapılarak ADR prosedürüne başvuran tarafların daha sonra zamanaşımı geçtiği için devlet yargısına başvurma hakkından mahrum edilmemelerinin zorunlu olduğu belirtilmiştir⁹⁷.

Sonuç itibariyle ABAD söz konusu ulusal mevzuatın yargı sistemine erişim hakkını engellemediğine karar vermiştir⁹⁸. Diğer yandan Mahkeme ulusal mevzuatı 2013/11 Yönergesinin 8(b) maddesi açısından da değerlendirmeye almıştır. Buna göre taraflar bir avukat ya da hukuk danışmanı tutma zorunluluğu olmadan arabuluculuk prosedürüne başlayacaktır; ancak prosedür tarafları bağımsız hukuk tavsiyesi veya yardım almaktan da mahrum etmeyecektir⁹⁹. Bu itibarla ulusal hukukun arabuluculuk prosedürüne katılan tüketiciyi avukat tutmak zorunda bırakmaması gerekir¹⁰⁰.

İtalyan kanunu geçerli bir sebep olmadan arabuluculuk prosedürüne katılmayan tarafın daha sonra mahkeme yargılamasında para cezasına çarptırılmasını öngörmektedir. Bu durum ABAD tarafından 2013/11 Yönergesinin 9(2) maddesine aykırı görülmüştür. Zira tüketicinin her aşamada vazgeçme hakkı korunmalıdır¹⁰¹.

Görüldüğü üzere zorunlu arabuluculuk getiren ulusal mevzuatı yargı sistemine erişim hakkının ihlali olarak görmeyen ABAD¹⁰², tüketicilerin arabuluculuk prosedüründe avukat tutma zorunluluğunu ve sadece geçerli bir sebep olması halinde çekilme imkânını Yönergeye aykırı bulmuştur¹⁰³. Bu itibarla dava şartı olan zorunlu arabuluculuk tek başına AİHS m. 6 ve 13 anlamında adil yargılanma ve etkili başvurma hakkını kapsayan

94 ibid pr 52. ABAD Alissi kararlarına özellikle atıf yapmıştır. ibid pr 52, 61.

95 ibid pr 56.

96 ibid pr 57.

97 ibid pr 59.

98 ibid pr 62.

99 ibid pr 64.

100 ibid pr 65. Oysa İtalyan mevzuatı avukat tutma mecburiyeti getirmektedir. ibid pr 16.

101 ibid pr 70.

102 ibid pr 71.

103 ibid.

adalete erişim hakkına aykırı değildir. Ancak bunun için zorunlu arabuluculuğun bazı şartları yerine getirmesi gerekmektedir: ihtiyari arabuluculuğun en önemli özelliği olan karara varma zorunluluğunun bulunmaması burada da kendisini göstermektedir. Arabuluculuğa başvuru zorunluluğu karara varma zorunluluğundan farklıdır. Dolayısıyla taraflar sulh olmadığında mahkemeye başvuru hakları devam etmelidir. Arabuluculuğa başvuru zorunluluğu devlet yargısına başvuru hakkına engel olmamalıdır. Bunun için arabuluculuk süresince zamanaşımı sürelerinin durması gerekmektedir. Diğer yandan arabuluculuk prosedürünün bir süre ile sınırlanması da yargıya erişim hakkının esaslı bir gecikmeye yol açmaması açısından önemlidir. Arabuluculuk prosedürünün elektronik ortamda yapılması zorunluluğu, internete erişim imkânı olmayan kişiler açısından adalete erişimi zorlaştırdığı için kabul edilmemektedir. Aynı şekilde arabuluculuk prosedürü acil durumlarda mahkemelerden ihtiyari tedbir talep etmeye de engel olmamalıdır.

Diğer yandan arabuluculuk prosedürünün parasız ya da ucuz olması da adalete erişim hakkının korunduğuna işaret etmektedir. ABAD, AB hukukunun tüketiciciyi korumak için getirdiği düzenlemelerde tüketicinin arabuluculuk prosedüründen istediği an vazgeçebilmesinin önemine vurgu yapmış ve geçerli bir neden göstermeden vazgeçen tarafın daha sonra mahkemede para cezasına çarptırılmasını da AB hukukuna aykırı görmüştür. Aynı şekilde tüketicilerin zorunlu arabuluculukta avukat tutma zorunluluğu da AB Yönergesinin ihlali olarak kabul edilmiştir.

B. Türk Hukuku

Türk Anayasası m. 36 hak arama hürriyeti başlığı altında herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğunu hükme bağlamıştır.

6325 sayılı HUAK'ın çeşitli maddelerinin anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde açılan davada, Mahkeme 10.07.2013 tarihli kararıyla¹⁰⁴ kanunun anayasaya aykırılığını irdelemiştir.

Anayasa Mahkemesi "... yargının iş yükünün azaltılması, adalete erişimin kolaylaştırılması ve usul ekonomisi gibi nedenlerle yargıya ilişkin anayasal kuralların etkinliğinin sağlanması bakımından gerekli görülmesi durumunda uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi yasama organının takdir yetkisi içindedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru zorunluluğu¹⁰⁵, bu yollar sırf kişilerin hak aramalarını imkânsız hale getirmek amacıyla oluşturulmuş etkisiz ve sonuçsuz yöntemler olmadığı sürece hak arama özgürlüğüne aykırı kabul edilemez"¹⁰⁶ diyerek Anayasanın 2,9 ve 36. Maddelerine aykırılık görmemiştir.

104 Anayasa Mahkemesi Kararı, 10.07.2013 T, E. 2012/94, K. 2013/89 (n 10)

105 Anayasa Mahkemesinin kararının verildiği tarihte HUAK'ta zorunlu arabuluculuk yoktu. Mahkeme arabuluculuğun zorunlu olmasının da hak arama özgürlüğünün ihlali olmadığına vurgu yapmıştır.

106 Anayasa Mahkemesi Kararı, 10.07.2013 T, E. 2012/94, K. 2013/89 (n 10) 22.

Mahkemeye göre alternatif uyuşmazlık çözüm yolları yargısal sistemin yerine geçmemektedir; tam tersine ilave ve tamamlayıcı yöntemler topluluğudur¹⁰⁷. Taraflar arabuluculuğa başvurma, süreci devam ettirme, sonuçlandırma ve süreçten vazgeçme konusunda serbest olduğu için devletin yargılama yetkisi bertaraf edilemez ve yargıya başvuru yolu her zaman açıktır¹⁰⁸.

Arabuluculuğun gizli yapılması da AY m. 141'e aykırı görülmemiştir. Zira aleniyet ilkesi mahkemelerde yapılan duruşmalı yargılamalar için söz konusudur ve arabuluculukta duruşma yapılmamaktadır¹⁰⁹.

HUAK m. 5(1)'de öngörülen bazı beyan ve belgelerin hukuk davası veya tahkimde delil olarak ileri sürülemeyeceğine ilişkin hüküm de hak arama özgürlüğüne aykırı olarak değerlendirilmemiştir. Zira bu kurallar, arabuluculuk faaliyeti sonucu yargıya başvurmayı engelleyici bir hüküm içermemektedir. HUAK'da düzenlenen kurallar hak arama hürriyetini aşırı derece zorlaştıran ya da ortadan kaldıran bir başka ifadeyle hakkın özüne dokunan sınırlamalar değildir¹¹⁰.

Anayasa Mahkemesi HUAK'da arabulucuya yargısal işlemler yapma yetkisinin tanınmadığını, aksine arabulucunun yargısal işlemler yapamayacağı hususunun hüküm altına alındığını belirtmiştir¹¹¹.

HUAK 2018 değişikliği ile ilgili kanunlarda arabuluculuğa başvurulması dava şartı kabul edilmiş ise, zorunlu arabuluculuğun uygulanacağını belirtilmiştir. Yukarıda açıklanan 10.07.2013 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı ihtiyari arabuluculukla ilgili HUAK hükümlerinin Anayasaya aykırı olmadığını, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının adalete erişim hakkını ihlal etmediğini vurgulamıştır. Dava şartı arabuluculuğun anayasaya aykırılığı iddiası ise 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununda kabul edilen değişiklik üzerine yapılmıştır.¹¹²

Anayasa Mahkemesi, 11.07.2018 tarihli karar¹¹³ ile iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğun AY m. 2,9,13 ve 36'ya aykırı olmadığına karar vermiştir¹¹⁴.

Mahkemeye göre yargı görevinin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, yargının iş yükünün azaltılması, adalete erişimin kolaylaştırılması ve usul ekonomisi gibi nedenlerle uyuşmazlıkların çözümü için arabuluculuk gibi yöntemlere

107 ibid 22.

108 ibid.

109 ibid 23.

110 ibid 24.

111 ibid 26.

112 İş Mahkemeleri K. m 3'te yapılan değişiklikle dava şartı arabuluculuk kabul edilmiştir.

113 Anayasa Mahkemesi kararı, 11.07.2018 T, E. 2017/178, K. 2018/82. (dn 9)

114 ibid pr 29.

başvurulabilmektedir¹¹⁵. Uyuşmazlığın daha kısa sürede, daha az masrafla ve her iki tarafın tatmini sağlanarak yargılamaya taşınmadan çözümlenmesi, tarafların yıpranmasını engelleyebileceği gibi, mahkemelerin iş yükünü azaltarak yargı teşkilatının daha etkin ve verimli çalışmasına da hizmet edecektir¹¹⁶.

Anayasa Mahkemesi arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun kişilerin hak aramalarını imkânsız hale getiren veya aşırı derecede zorlaştıran etkisiz ve sonuçsuz bir sürece neden olmadıkça, hak arama hürriyetinin özüne dokunmadığını; arabuluculuk sürecinin işleyişinde ve sonucu üzerinde taraf iradelerinin egemen olduğunu; tarafların istedikleri zaman süreci sonlandırabileceğini ve süreç sonunda anlaşmaya varıp varmamak konusunda tercih hakkına sahip olduğunu vurgulamıştır¹¹⁷.

Mahkemeye göre arabuluculuk sürecinin zorunlu haller dahil en fazla dört hafta içinde bitirileceği dikkate alındığında, işçinin hak ve alacağını elde etmesi önemli ölçüde zorlaştırılmamaktadır¹¹⁸.

Geçerli mazeret göstermeksizin arabuluculuk görüşmesine katılmayan tarafın tüm yargılama giderlerine mahkûm edilmesinin hak arama özgürlüğünün özüne dokunduğu ve AY m. 13 ve 36'ya aykırı olduğu iddiaları da kabul edilmemiştir¹¹⁹. Mahkemeye göre kural, mazeret nedeniyle ilk toplantıya katılmama durumunu kapsam dışı tutmuş, sadece keyfi bir şekilde arabuluculuk sürecini sekteye uğratabilecek davranışları engellemeyi hedeflemiştir¹²⁰. Diğer yandan ilk toplantıya mazeretsiz katılmayan tarafın yargı yoluna başvurmasına engel bir durum olmadığı¹²¹ ve bu hüküm ile dava şartı arabuluculuk kurumunun işlerliğinin sağlanması amaçlandığı için, hak arama hürriyetinin özüne dokunulmadığı ve ölçüsüz bir sınırlama olmadığı hususu vurgulanmıştır¹²².

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının adalete erişimi engellemediğini; tarafların arabuluculuğa başvurma, süreci devam ettirme ve vazgeçme konusunda serbest olduğunu, bu nedenle de devletin yargılama yetkisinin bertaraf edilmediğini hükme bağlamıştır. Dava şartı arabuluculukta ise hak arama imkânsız veya aşırı derecede zor olmadığı sürece, zorunlu arabuluculuğun hak arama hürriyetinin özüne dokunmadığı belirlenmiştir. Zira tarafların arabuluculuk sürecinin

115 ibid pr 16.

116 ibid pr 19.

117 ibid pr 24.

118 ibid pr 26.

119 ibid pr 36. Karşı oy yazısında ekonomik açıdan zayıf olan işçinin bu hükümle temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırıldığı ve hak arama hürriyetinin engellendiği belirtilmiştir.

120 ibid pr 33.

121 ibid pr 34.

122 ibid pr 35. Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar için dava şartı arabuluculuk getiren kanun değişikliği tüketiciyi koruma amacıyla HUAK m 18/A(11) hükmünün tüketici aleyhine uygulanamayacağını belirtmiştir. Bu nedenle tüketici ilk arabuluculuk toplantısına katılmadığı için arabuluculuk prosedürü sona erse bile, mahkemede yargılama giderlerinden sorumlu tutulmayacaktır. Böylelikle kanun koyucu tüketiciyi işçiden daha fazla korumuş olmaktadır.

işleyişi ve sonucu üzerinde kontrolü bulunmaktadır ve istedikleri zaman bu süreci sonlandırabilirler. Zorunlu arabuluculuğun en fazla dört hafta içinde bitirilmesi gereği de adalete erişimin zorlaştırılmadığının bir göstergesi olarak kabul edilmiştir.

Geçerli mazeret olmadan arabuluculuk görüşmelerine katılmayan tarafın daha sonra mahkemede tüm yargılama giderlerine mahkûm olması da hak arama hürriyetinin ihlali olarak yorumlanmamıştır. Geçerli mazeret kabulü ve dava açma önünde bir engel bulunmaması nedeniyle adalete erişime aykırılık görülmemiştir.

Devlet mahkemelerinin aşırı iş yükünün azaltılması işlevi, zorunlu arabuluculuğun en önemli tercih nedeni olarak görülmektedir. İlk oturuma katılmak koşuluyla taraflar arabuluculuğu sürdürmeden dava açma ve bu davada yargılama giderlerine mahkûm olma tehdidi olmadan iddia ve savunmalarını ortaya koyma imkânına sahip oldukları için, zorunlu arabuluculuk adalete erişim hakkına engel olmamaktadır.

IV. Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 1(2) “yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere” diyerek, içinde yabancılık unsuru bulunan arabuluculuk faaliyetlerini de kapsama alanına almıştır. Dolayısıyla Türkiye’de, milli ve milletlerarası arabuluculuk ayrımı olmaksızın tüm arabuluculuk faaliyetleri aynı kanuna tâbidir. Bu durum iç tahkim ile yabancılık unsuru taşıyan milletlerarası tahkim arasındaki ayrımı temel alan ve bu nedenle iki ayrı düzenlemeyi kabul eden ülkemiz açısından incelenmesi gereken bir ayrıntıyı işaret etmektedir. Milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğun bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak gelişmesi ve milletlerarası tahkime de alternatif olarak Türkiye’de milletlerarası arabuluculuk hizmetlerinin verilmesi ve kurumsal merkezlerin oluşması hedefleniyorsa, ayrı ve kapsamlı bir milletlerarası arabuluculuk kanununun düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Halihazırda HUAK yabancılık unsuru taşıyan bütün arabuluculuk faaliyetlerine uygulanacağı için dava şartı arabuluculuk ile ilgili hükümler Türk mahkemelerinde açılan ya da açılacak olan bütün davalarda işlerlik kazanacaktır.

HUAK hangi uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğun kabul edildiğini belirlememiş, bu durumu ilgili kanunlara bırakmıştır. İlgili kanunlarda dava şartı arabuluculuğun öngörüldüğü durumlarda ise HUAK m. 18/A ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği¹²³ uygulanacaktır.

Türk Ticaret Kanunu m. 5/A, TTK m. 4’te ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasını dava şartı olarak belirlemiştir. Buna göre çok geniş bir alandaki davalar için Türkiye’de bir mahkemede

123 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği, RG 02.06.2018/30439.

dava açılabilmesi ve yargılama yapılabilmesi için öncelikle bir arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmaktadır. Bu zorunluluk Türk mahkemesinin bir yetki sözleşmesi ile yetkilendirilmesi halinde de geçerlidir.

TTK m. 4(1)'e göre her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ile tarafların tacir olup olmadığına bakmaksızın

- a) TTK'da düzenlenen konulardan¹²⁴
- b) TMK'nın rehin karşılığı ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki m. 962-969'da düzenlenen hususlardan
- c) 6098 sayılı Borçlar Kanununun malvarlığına veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki m. 202 ve 203, rekabete ilişkin m. 444-447, yayın sözleşmesine dair m. 487-501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen m. 515-519, komisyon sözleşmesine ilişkin m. 532-545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörölmüş bulunan m. 547-554, havale hakkındaki m. 555-560, saklama sözleşmelerini düzenleyen m. 561-580'deki hususlardan
- d) Fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuattaki hususlardan
- e) Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerdeki hususlardan
- f) Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finans kurumlarına ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde öngörülen hususlardan

Doğan hukuk davaları ticari dava sayılmıştır¹²⁵.

TTK dışında diğer özel kanunlarda belirtilen davalar da ticari davadır. Örneğin 1163 sayılı Kooperatifler K. m. 99'a göre bu kanunda düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları ticari davadır. Aynı şekilde İİK m. 154/4'te iflas davası, İİK m. 182, 254 iflasın kaldırılması ve iflasın kapanması, İİK m. 235/1 iflasta sıra cetveline itiraz ticari davadır¹²⁶.

Göröldüğü üzere çok geniş bir alanda tanımlanan ticari davalarda, dava şartı olarak zorunlu arabuluculuk kabul edilmiştir. Bir tarafın tüketici olduğı ve bankaya karşı açılan davalar dahi ticari dava tanımına girdiğı için zorunlu arabuluculuğa tâbi

124 TTK'da düzenlenen hususlara ilişkin uyumsuzluklar ticari işletme ile ilgili olup olmadığına bakılmaksızın ticari davadır. Buna göre acentelik, şirketler, menkul kıymetler, kambiyo senetleri, eşya taşıma, yolcu taşıma ile ilgili davalar ticari davadır.

125 Ticari davaları tanımlayan Yargıtay kararları için bkz. Koçyiğit and Bulur (n 11) 90 vd. Dava şartı arabuluculuğa tâbi örnekler için bkz. ibid 103 vd.

126 Bkz. Koçyiğit and Bulur (n 11) 101.

tutulmuştur¹²⁷. Ticari davalarda arabuluculuğun bu derece geniş bir alanda zorunlu tutulması iç hukuk kapsamında dahi eleştirilere açıktır. Aynı kıstasların yabancılık unsuru taşıyan davalar için de geçerli olması, kanaatimizce daha fazla eleştiriyi hak etmektedir.

Zorunlu arabuluculuk Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere mahkemelerin iş yükünü azaltma amacı gütmektedir. Arabuluculuk Daire Başkanlığı verilerine¹²⁸ göre: 2013-19.12.2019 arası dönemde ihtiyari arabuluculukta arabulucu görevlendirmesi yapılan dosya sayısı: 239.927. Anlaşma: 217.859 (%97), anlaşamama: 7.837 (%3). İş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk istatistikleri (02.02.2018-19.12.2019): Arabulucu görevlendirmesi yapılan dosya sayısı: 739.255. Anlaşma: 460.090 (%65), anlaşamama: 246.797 (%35). Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk istatistikleri (02.02.2018-19.12.2019): Arabulucu görevlendirmesi yapılan dosya sayısı: 146.413. Anlaşma: 73.046 (%57), anlaşamama: 55.773 (%43).

Bu verilere göre ihtiyari arabuluculukta tarafların anlaşma oranı %97 gibi yüksek bir orandır. Buna karşılık dava şartı arabuluculukta iş uyuşmazlıklarında anlaşma oranı %65, ticari uyuşmazlıklarda ise %57'dir. Ticari uyuşmazlıklarda anlaşma oranı düşüktür. Bu arada bu dosyaların hangi tip davalar olduğu; yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığı da belirtilmemiştir. Arabuluculuk başarısını salt sayısal olarak anlamaya bağlayan görüşü esas aldığımızda bile ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğun anlaşma ile sonuçlandığı durumların %57'de kaldığını görmekteyiz. Ticari davaların çok geniş tutulduğu ve tüketicilerin açtığı davaların dahi bu kapsamda ele alındığı dikkate alındığında anlaşma yapılan dosyaların karmaşık ticari davalar olmadığı anlaşılır. Dolayısıyla daha basit nitelikli ticari davalarda davacıların alacaklarının bir kısmından vazgeçmesi ile anlaşma sonuçlanmış olmaktadır. Ancak karmaşık, çok taraflı ve özellikle milletlerarası nitelikli ticari uyuşmazlıkların zorunlu arabuluculuk ile sonuçlandırıldığına ilişkin istatistiki veriler yoktur. Kanaatimizce bu nitelikteki davaların HUAK kapsamında zorunlu arabuluculuk ile çözümlenmesi oldukça zordur. Zira Yönetmelik m. 24'e göre arabulucu, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu başkanlıklarına bildirilecek listeden adliye arabuluculuk bürosu tarafından puanlama yöntemiyle belirlenir. Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmalarına izin verilmektedir.

Dolayısıyla ticari davalarda dava şartı arabuluculuk HUAK ve Yönetmelik hükümlerine göre gerçekleşecek ve arabulucu ancak Adalet Bakanlığınca oluşturulacak arabulucular siciline kaydedilmiş gerçek kişi olacaktır¹²⁹. Bu sicile kaydedilebilmek

127 Bankacılık işlemleri da ticari dava olarak kabul edildiği için tüketicilerin bankaya karşı tüketici mahkemelerinde açtığı davalar da dava şartı arabuluculuk nedeniyle reddedilmiştir. 13. Tüketici Mahkemesi'nin E. 2019/323, K. 2019/84, 30.01.2019 tarihli kararı.

128 Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı İstatiksel Veriler <adb.adalet.gov.tr/sayfalar/istatistikler/index.html> Erişim Tarihi 22 August 2020.

129 HUAK m 2(a); Yönetmelik m 4(b).

için Türk vatandaşı olmak, mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak, arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı sınavda başarılı olmak gerekmektedir¹³⁰. Görüldüğü üzere Türk mahkemelerinde dava açmadan önce arabulucuya gitmek zorunda olan taraflar, yabancılık unsuru taşıyan ticari uyuşmazlıklarda Türk vatandaşı olan ve Türkiye’de arabuluculuk eğitimi alarak yazılı sınavda başarılı olan arabuluculardan birini seçmek zorundadır. Bu durum arabuluculuğun şansını baştan azaltmaktadır. Diğer yandan bu şekilde arabuluculuğun tahkim ile yarışması da beklenemez. Zira milletlerarası tahkim kanunumuz hakem seçimini kısıtlamamış, yabancıların hakem olmasına izin vermiştir.

Kanaatimizce milletlerarası ticari uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmesinin gelişimi HUAK kapsamında dava şartı arabuluculuk ile mümkün değildir. Ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk ihtiyaridir; zorunlu olaksa da ancak belirli ticari uyuşmazlıklarda olması, diğer davalarda hâkime tarafları arabulucuya yönlendirme ya da bilgilendirme yetkisi verilmesi uygun olacaktır. Ancak her şeyden önce milletlerarası ticari uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözümünün ayrı bir kanunla düzenlenmesi önemlidir. Bu çerçevede UNCITRAL Model Kanun¹³¹ baz alınarak milletlerarası nitelikli ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk ve arabuluculuk sonucu varılan sulh anlaşmalarının icrası birlikte düzenlenmelidir. Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesini (Singapur Konvansiyonu)¹³² kabul eden Türkiye’nin, bu Sözleşmenin iç hukukuna dahilini öngören uyum kanununu çıkarırken¹³³, milletlerarası ticari uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümünü de aynı kanunda düzenlemesi yerinde olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliograph

Altavilla R, ‘Relazione Mediazione’ İstanbul Barosu’nun 29.03.2019 tarihli Mukayeseli Hukukta Dava Şartı Arabuluculuk başlıklı Panelinde sunulan bildiri.

Altay A, ‘Alman Hukukunda Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk’ İstanbul Barosu’nun 29.03.2019 tarihli Mukayeseli Hukukta Dava Şartı Arabuluculuk başlıklı Panelinde sunulan bildiri.

130 HUAK m 20; Yönetmelik m 30.

131 UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting From Mediation, 2018 (amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation 2002) <http://www.uncitral.org/pdf/english/commission/session/51st-session/Annex_II.pdf> Erişim Tarihi 09 August 2020.

132 Bkz. (n 6).

133 Özel (n 6) 1208.

- Cutolo D and Shalaby MA, 'Mandatory Mediation and the Right to Court Proceedings' (2010) 5 Disp. Resol. Int'l. 131.
- Dhawan V, 'Commercial Mediation in the AUAE and the Laws Concerning Mediation' (2019) (6) Uncourt 38.
- Dress T, 'International Commercial Mediation and Conciliation'(1988) 10 (3) Loy. L.A. Int'l&Comp.L.J. 569.
- Erkan M, *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi*, (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2020).
- Failing MA, 'Parallel Justice: Creating Causes of Action for Mandatory Mediation' (2015) Revista Forumul Judecatoritor 60.
- Hanks M, 'Perspectives on Mandatory Mediation' (2012) 35 (3) U.N.S.W.L.J. 929.
- Herbert W, de Palo G, Baker AV and Anthimos A, 'International Commercial Mediation' (2011) 45 (1) Int'l Law. 111.
- Ignat CFA, 'Mediation Clause in Commercial Contracts (The Advantages of Mediation Clauses in Commercial Contracts)' (2013) 2 (1) Persp. Bus.L.J 113.
- Kaya K, 'Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi' (2019) 25 (2) M.Ü.H.F Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı) 979-1008.
- Koçyiğit İ and Bulur A, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk* (1st edn, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını 2019).
- Lenz C, 'A Comparison of the Implementation of the EU-Mediation Directive (2008/52/EC) in the Member States and Switzerland' (2013) 3 Y.B. on Int'l. Arb. 347.
- Marzocco AM and Nino M, 'The EU Directive on Mediation in Civil and Commercial Matters and the Principle of Effective Judicial Protection' (2012) 19 (2) LexET Scientia Int'l.J.105.
- Özel S, 'Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu' (2019) 25 (2) M.Ü.H.F Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı) 1190-1210.
- Report on the Implementation of Directive 2008/52/EC of the Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters (the Mediation Directive) (2016/2066 (INI)) 27.06.2017 A8-0238/2017.
- Roth M and Stegner M, 'Mediation in Avustria' (2013) 3 Y.B. ON. INT'L. ARB. 367.
- Strong SI, 'Beyond International Commercial Arbitration? The Promise of International Commercial Mediation' (2014) 45 WASH UJ&Pol'y. 11.
- Sussman E, 'The Singapore Convention the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement Agreements' (2018) (3) ICC Dispute Resolution Bulletin 42.
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019).
- Vettori S, 'Mandatory Mediation: An Obstacle to Access to Justice?' (2015) 15 (2) Afr. Hum.Rts. L.J. 355.



Tarımsal Önalım Hakkı ile İlgili Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 15.01.2019 Tarih ve 2018/3645E.-2019/3391K. Sayılı Kararı'nın Değerlendirilmesi

Evaluation of the Decision of the 14th Civil Chamber of the Supreme Court Regarding the Right
to Agricultural Pre-Emption, Dated 15.01.2019 and Numbered 2018/3654 E.-2

Cevdet Yavuz* , Osman Açıkgoz** 

Öz

Hukumumuzda, tarım arazilerinin korunması ve parçalanmasının önlenmesine yönelik yeterli düzenlemelerin olmadığı göz önünde bulundurularak, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu ile Türk Medeni Kanunu'nun bazı hükümlerinde, 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanunla değişiklikler yapılmış ve bir takım yeni düzenlemeler getirilmiştir. Söz konusu değişikliklerin ve düzenlemelerin temel olarak amacı, 5403 sayılı Toprak Koruma Arazi Kullanımı Kanunu'ndaki eksikliklerin giderilerek toprağın korunması ve geliştirilmesidir. Zira tarımsal arazilerin parçalanmasını önlemeye yönelik yasal düzenlemelerin gecikmeli olarak hayata geçirilmesi, satış ve miras yoluyla küçülme ve parçalanmanın hızla devam etmesine yol açmış, tarımsal üretim ile ekonomik verimlilik bundan olumsuz yönde etkilenmiştir. Bu olumsuzlukları göz önünde bulunduran Kanun Koyucu, tarımsal araziler bakımından “mülkiyetin devri sistemi” ni yeniden düzenlemiştir. Tarımsal arazilerin mirasçılar arasında paylaşılmasını önlemeye yönelik olarak içerik ve yöntem bakımından farklı tedbirler getirilmiştir. Bu çerçevede, hukukumuza kazandırılan önemli düzenleme ve yeniliklerden birisi de “tarımsal önalım hakkı”nın düzenlenmiş olmasıdır. Buna göre, tarımsal araziler -sınırdaş tarımsal arazi malikleri dışında- üçüncü kişilere satıldığında, satışı gerçekleştiren tarımsal araziye sınırı olan (sınırdaş) diğer tarımsal arazi malikleri lehine yasal (tarımsal) önalım hakkı doğmaktadır. Hakkın kullanılmasında, TMK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin önalım hakkını kullanması halinde ise “tarımsal bütünlük” ölçütüne (kriterine) başvurulacağı ifade edilmiştir. Aynı kanunla 5403 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (h) ve (ı) bentleri de değiştirilmiş, tarımsal arazilerin bölünme sınırını oluşturan “Asgari tarımsal arazi büyüklüğü” ile “Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü” ölçütleri (kriterleri) getirilmiştir. Söz konusu ölçütlerin tarımsal önalım hakkının doğumunda ve kullanılmasında ifade ettiği anlam ve işlevin belirlenmesi, inceleme konumuzu oluşturan Yargıtay kararı bakımından önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler

Tarım Arazileri, Tarım arazilerinde yasal (tarımsal) önalım hakkı, Tarımsal bütünlük, Asgari tarımsal arazi büyüklüğü, Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü

Abstract

Considering that there are not enough regulations in our law to protect agricultural land and to prevent fragmentation, amendments have been made to the Law on the Amendment to the Land Protection and Land Use Law and Law No. 6537 on the Land Protection and Land Use Law, and certain articles in the Turkish Civil Code (TCC). The main purpose of these changes and regulations is to protect and improve the soil by eliminating the deficiencies in Land Protection Land Use Law No. 5403. Because the delayed implementation of legal regulations aimed at preventing the fragmentation of agricultural lands led to rapid shrinkage and fragmentation through sales and inheritance, agricultural production and

* Sorumlu Yazar: Cevdet Yavuz (Prof. Dr.), İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye. E-posta: cyavuz@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0003-2321-8064

** Osman Açıkgoz (Doç. Dr.), İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye. E-posta: oacikgoz@29mayis.edu.tr019/339
ORCID: 0000-0003-4806-0937

Atfı: Yavuz C ve Açıkgoz O, “Tarımsal Önalım Hakkı ile İlgili Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 15.01.2019 Tarih ve 2018/3645E.-2019/3391K. Sayılı Kararı'nın Değerlendirilmesi” (2020) 40(2) PPIL 893. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0049>



economic efficiency were adversely affected. Considering these negativities, the Lawmaker has reorganized the “*transfer of ownership system*” in terms of agricultural lands. Different measures have been introduced in terms of content and method to prevent the sharing of agricultural lands between the heirs. One of them is that the “*right to agricultural preemption*” is regulated. Accordingly, when agricultural lands are sold to third parties, *other than the standard boundary agricultural landowners*, legal (agricultural) right of preemption arises in favor of other agricultural landowners (boundary) that have a border to the agricultural land sold. It has been stated that the provisions of TCC will be applied in exercising the right. It is stated that if more than one boundary agricultural landowner uses his right to preemption, the criterion of “*agricultural integrity*” will be applied. With the same law, the subparagraphs (h) and (i) of the first paragraph of Article 3 of Law No. 5403 were amended and the criteria of “*Minimum agricultural land size*” and “*Sufficient income agricultural land size*” that constitute the division boundary of agricultural lands were introduced. The determination of the meaning and function expressed by the mentioned criteria in the birth and use of the right to agricultural pre-emption is important in terms of the Supreme Court decision, which constitutes our examination topic.

Keywords

Agricultural land, Legal right of first refusal to agricultural land, Agricultural integrity, Minimum agricultural land size, Agricultural land size with sufficient revenue

Extended Summary

In the incident, which was the subject of the Supreme Court decision, the legal problem was caused by the judicial authorities interpreting the importance and function of “*minimum and sufficient income agricultural land size*” and “*agricultural integrity*” in the entitlement and use of right of agricultural preemption differently.

It should be noted that the size of the minimum and sufficient income agricultural land is the criteria that agricultural lands cannot be divided and shared under the determined rates. In other words, it is related to whether agricultural lands can be transferred under the minimum and sufficient income size ratios specified in the law. Therefore, when the sale of agricultural land meets the minimum and sufficient income size ratios, there is no obstacle to the use of the right of agricultural preemption by the boundary owner or the boundary owners. In this context, “... *it is aimed to combine the agricultural lands under the amount determined by giving the Lawmaker priority to purchase, with the neighboring parcels, reaching the minimum agricultural land size, if the parcels below the smallest agricultural parcel size are subject to sale...*” as stated in the majority decision of the Supreme Court. It is not possible to agree with this justification because there is no such restriction in the text of the law, in the justification or in the relevant regulation regarding the use of the right of agricultural preemption. As a matter of fact, the purpose of the agricultural preemption right as we agree in said decision was expressed as “... *The restrictions introduced by the Law No. 6537 bring important restrictions to the disposition authority, which is one of the powers of the owner; with these restrictions, it is aimed to prevent the division of agricultural areas and increase agricultural yields.*”. The majority decision of the Supreme Court that the right to agricultural preemption can only be used if the sale of agricultural land below the minimum and sufficient agricultural land size is incompatible with the purpose and spirit of the law. This is because the limitations

imposed in the law on the minimum and sufficient income agricultural land sizes refer to the lower limits of the plots resulting from the division of agricultural lands, not the lower or upper boundaries where the right of agricultural preemption can be exercised. In other words, the resulting parcels of agricultural land subject to division cannot be below the minimum and sufficient income rates specified in the law. Therefore, as stated in the majority decision of the Supreme Court, the right of agricultural preemption can be used both in agricultural land sales below the minimum and sufficient income agricultural land size and in agricultural land sales above the minimum and sufficient income agricultural land size, as stated in the decision of the District Court of Justice.

“...The essence of the right to property should not be harmed in the interpretation and application of the provisions of the law on the right to preemption, which restricts the property right on the immovable property. Accepting that the neighboring agricultural landowner can exercise the right of pre-emption for each agricultural land sold, regardless of its size, prevents the owner of agricultural land with the minimum agricultural land size to be transferred to the person requested by the owner over his real value. Such an application means that the restriction on the transfer of ownership is extended to against the core of the property right...”, stated in the majority decision of the Supreme Court is not a justification in which we can agree because the right to agricultural preemption granted to border owners does not directly restrict the disposition authority of the owner. There is an indirect restriction. As a matter of fact that, within the framework of the freedom of contract, the owner has the right and opportunity to sell his agricultural land at any time to the person he wants at the price he agreed. When the sale process takes place, the boundary owner gains the right to obtain the agricultural land in question preemptively within the framework of the conditions agreed with the third party all the time. Therefore, an action that harms the essence of the right to property is not a loss occurred by the owner in this context since there is no interference with whom the agricultural land will be sold for and for which price.

It is not possible to accept the justification stated in the majority decision that *“... When the law is taken into consideration as a whole, the Lawmaker does not aim to enlarge the agricultural land in an unlimited and borderless manner...”*. This is because the Lawmaker does not give agricultural preemption right to the border owners to combine the lands under the minimum and sufficient income agricultural lands, but to prevent this situation that negatively affects agricultural production and economic efficiency as agricultural land continues to shrink by sale and inheritance. In order to realize this aim, it has regulated the minimum and sufficient income agricultural land sizes (division limits) to express the smallest plots on which agricultural lands can be divided and aimed to increase agricultural productivity by

preventing division and shrinkage in this way. On the other hand, considering the realities of our country, it is also a separate reality that when the right of preemption is used in agricultural lands over minimum and sufficient incomes, this will not cause unlimited and borderless agricultural lands.

Another point that needs to be criticized in the Supreme Court decision is the statement that “... *Even if the quality of the immovable property purchased by the defendant has not been determined by the expert report resulted from the court's discovery...*”. One of the conditions of the birth of the right to agricultural preemption is that the land subject to preemption and the land that granted the right to preemption have the nature of “agricultural land”. If the land subject to the sale of the preemptive land lacks qualifications suitable for agricultural activities, the right to agricultural preemptive will not arise. Therefore, if there is a hesitation about the agricultural nature of the land subject to sale (for example, the property of the immovable property is raw soil, a garden with storage, a house with a garden, a field with a house, etc.), on-site discovery should be made by the court, when necessary, to the opinion of the provincial/district Directorate of Agriculture and Forestry.

As a result, minimum and sufficient income agricultural land size amounts are the legal restrictions imposed to express the minimum amount that agricultural land can be divided. According to this, agricultural lands cannot be divided, shared, and the number of shares and stakeholders cannot be increased below the said amount. Therefore, the size ratios regulated in the law should not be considered as the upper or lower boundaries in which the right to agricultural preemption can be exercised. Agricultural preemption right can be used for agricultural land sales both above and below the mentioned amounts.

Tarımsal Önalım Hakkı ile İlgili Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 15.01.2019 Tarih ve 2018/3645E.-2019/3391K. Sayılı Kararı'nın Değerlendirilmesi

I. Hukuki Olay

A. Karar¹

“Dava, 5403 sayılı Kanun’un 8/İ maddesinde düzenlenen önalım hakkına dayalı tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir.

Davacı vekili, dava dilekçesinde dava konusu 122 ada 3 parsel sayılı taşınmazın sınır olan 122 ada 2 parsel sayılı taşınmazın maliki olduğunu, davalı tarafından dava konusu taşınmazın 31.12.2014 tarihinde satın alındığını belirterek 5403 sayılı Yasa’dan kaynaklı önalım hakkına dayalı tapu iptali ve tescili isteminde bulunmuştur.

Davalı vekili, davacının önalım hakkı bulunmadığını, davanın reddini savunmuştur.

İlk derece mahkemesince, 5403 sayılı Yasa kapsamında hazırlanan Tarımsal Arazi Büyüklükleri Cetveli’nde Karacabey ilçesinde, yeterli gelire tarımsal arazi büyüklüğünün sulu tarımda 65 dekar olarak belirlendiği, davacı ve davalıya ait her iki taşınmazın da tek başlarına 65 dekarın üzerinde olduğu, ayrı ayrı tarımsal bütünlük arz ettikleri gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı vekilinin istinaf istemi üzerine, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesince oy çokluğu ile “...davalı, Karacabey ilçesi için öngörülen 65 ve 140 dekarın üzerinde tarla satın almış, tarımsal büyüklük itibariyle kritere uygun, ancak; davalının satın aldığı taşınmaz ile sınırdaş tarımsal arazi bulunmadığından önalım hakkı bulunmamaktadır. Yasanın düzenlenmesinde, tarım arazilerinin asgari limiti belirlenmiş, tarımsal arazi satışında diğer sınırdaş paydaş² önalım hakkını kullanarak mevcut arazisi ve satın aldığı arazi ile bütünlük oluşturarak daha geniş bir tarım arazisine kavuşmaktadır. 1 sayılı cetvelde tarımsal arazi büyüklük, Tarım Bakanlığı ve İlçe Tarım Müdürlüğü’nün tarımsal arazilerin belirlenmesinde kullanılan bir ölçüttür. Davalı, belirlenen ölçütün üzerinde miktar itibariyle olsa bile tarımsal arazi satın alması durumunda diğer sınırdaşların önalım hakkını kullanma hakkı mevcuttur. Nitekim, davacı satılan tarımsal araziye sınırdaş olup, önalım hakkını kullanmıştır...” gerekçesiyle davacı vekilinin istinaf başvuru talebinin kabulü ile İDM kararının kaldırılmasına, dava konusu Bursa ili, Karacabey ilçesi, Sazlıca Köyü 122 ada 3 parsel sayılı taşınmazın davalı adına olan payının iptali ile davacı adına tapuya kayıt

1 Yargıtay kararına erişim için bkz <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>> Erişim Tarihi 8 May 2020.

2 Kanaatimizce, “paydaş” kavramı hatalı olarak kullanılmıştır. Söz konusu kavram, paydaşlık ilişkisine dayalı önalım hakkı ile ilgilidir. Tarımsal önalım hakkında önalım hakkı sahibi (önalıcı) kişi, “sınırdaş tarımsal arazi maliki/sınırdaş malik”tir. Konuyla ilgili geniş açıklamalar için bkz Osman Açıkgöz, *Tarım Arazilerinde Yasal Önalım Hakkı (Tarımsal Önalım Hakkı)* (1st edn, On İki Levha 2018) 52 vd

ve tesciline, önalım bedeli olarak Karacabey Vakıflar Bankasına yatırılan 306.000,00 TL'nin karar kesinleştiğinde davalıya ödenmesine karar verilmiştir.

Karar, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun (TMK) 731. maddesine göre, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları, tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur. Mülkiyetin devri konusunda kısıtlama hükmü içeren, yasal önalım hakkını düzenleyen TMK.'nun 732. maddesi uyarınca, paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler. Kanundan kaynaklanan önalım hakkının doğması ve kullanılması için, tapu siciline şerh edilmesi gerekli değildir. Önalım hakkının varlığı, kanuna dayandığı için bunun herkes tarafından bilindiği varsayılır. Bu nedenle de, paylı mülkiyete tabi bir taşınmazda bir pay satın alan kimse, hak sahibi bir paydaşın önalım hakkını kullanarak bu payı kendisinden alma hak ve ihtimalinin bulunduğunu daima göz önünde tutmak, bunu bilmek zorundadır. Kanunun 733. maddesi uyarınca, yapılan pay satışının, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilmesi gerekir. Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her hâlde satışın üzerinden iki ay geçmekle düşer. Önalım hakkının kullanılmasıyla bu hakkı kullanan paydaş ile davalı arasında, kapsam ve şartları satıcı ile payı satın alan davalı arasında yapılan sözleşmenin aynı olan bir satım ilişkisi kurulur. Önalım bedeli, tapuda gösterilen satış bedeli ile davalı tarafından ödenen harç ve masrafların toplamından ibarettir. Türk Medenî Kanununun sistemine göre, yasal önalım hakkının kullanılabilmesi için pay satışı yapılan taşınmazın paylı mülkiyete tâbi olması ve pay satışının, paydaşlar dışında üçüncü bir kişiye yapılmış olması gerekir. Kural bu olmakla birlikte, 15/05/2014 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6537 sayılı Kanunla, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununa, 8. maddesinden sonra gelmek üzere 8/İ maddesi eklenmiştir. Bu maddeyle, tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdaş arazi maliklerin de önalım hakkına sahip oldukları; önalım hakkına sahip birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin bulunması halinde hâkimin, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar vereceği ve önalım hakkının kullanılmasında Türk Medenî Kanunu hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Kanun Koyucunun, 4721 sayılı Kanunda (TMK.) yer alan önalım hakkıyla ilgili takip ettiği amaç, paydaşlar arasına yabancı (üçüncü) kişilerin girmesini önlemek, payları mümkün olduğu ölçüde bir veya birkaç paydaş elinde toplayarak, ekonomik olmayan ve paydaşlar arasında anlaşmazlıklara neden olan paylı mülkiyet ilişkisini sona erdirmektir. 6403 sayılı Kanunun, komşu parsel maliklerine tanıdığı önalım hakkının amacı, 4721 sayılı Kanunla benzerlik gösterse de aynı olduğu söylenemez.

6403 sayılı Kanunun;

1. “Amaç” başlıklı 1. maddesinde; Kanunun amacı, tarım arazilerini sınıflandırmak, asgari tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerini belirlemek ve bölünmelerini engellemek, tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazilerin çevre öncelikli sürdürülebilir kalkınma ilkesine uygun olarak planlı kullanımını sağlayacak usul ve esasları belirlemek olarak sayılmış,
2. “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde, “asgari tarımsal arazi büyüklüğü” kavramı, üretim faaliyet ve girdileri rasyonel ve ekonomik olarak kullanıldığı takdirde, bir tarımsal arazide elde edilen verimliliğin, söz konusu tarımsal arazinin daha fazla küçülmesi hâlinde elde edilemeyeceği Bakanlıkça belirlenen en küçük tarımsal parsel büyüklüğü olduğu ifade edilmiş;
3. “Tarım arazilerinin sınıflandırılması, asgari tarımsal arazi büyüklüklerinin belirlenmesi” başlıklı 8. maddesinin üçüncü fıkrasında; asgari tarımsal arazi büyüklüğünün mutlak tarım arazilerinde, marjinal tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde 2 hektardan, dikili tarım arazilerinde 0,5 hektardan, örtülü tarımı yapılan arazilerde 0,3 hektardan küçük belirlenmeyeceği; Bakanlığın asgari tarımsal arazi büyüklüklerini günün koşullarına göre artırabileceği; tarım arazilerinin bakanlıkça belirlenen büyüklüklerin altında ifraz edilemeyeceği ve hisselendirilemeyeceği belirtilmiştir.

6537 sayılı Kanunla getirilen kısıtlamalar, malike ait yetkilerden biri olan tasarruf yetkisine önemli kısıtlamalar getirmekte, bu kısıtlamalarla tarımsal alanların bölünmesinin önüne geçilmesi ve tarımsal verimin artırılması amaçlanmaktadır.

Kanun Koyucu, belirlenen en küçük tarımsal parsel büyüklüğünün altındaki parsellerin satışa konu edilmeleri halinde, satın almada öncelik hakkını komşu parsel malikine tanımak suretiyle belirlenen miktarın altındaki tarım arazilerinin komşu parsellerle birleştirilmesini ve asgari tarımsal arazi büyüklüğüne kavuşturulmasını hedeflemiştir. Taşınmaz mal üzerindeki mülkiyet hakkını kısıtlayan önalım hakkına ilişkin kanun hükümlerinin yorumunda ve uygulamasında, mülkiyet hakkının özüne zarar verilmemesi gerekir. Bu yapılırken, önalım hakkının kullanılmasıyla güdülen amacın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin araştırılması gerekir. Satışı yapılan her tarımsal arazi hakkında, büyüklüğü ne olursa olsun, komşu tarım arazisi malikinin önalım hakkının kullanabileceğini kabul etmek, asgari tarımsal arazi büyüklüğünü haiz bir tarım arazisinin maliki tarafından istenilen kişiye, gerçek değeri üzerinden devredilmesine engel olur. Böyle bir uygulama, mülkiyet devri konusundaki kısıtlama hükmünün mülkiyet hakkının özüne aykırı olacak şekilde genişletilmesi anlamına gelir. Kanun bir bütün olarak nazara alındığında, kanun koyucunun tarım arazilerinin hadsiz ve hudutsuz bir şekilde büyütülmesini amaçlamadığı, belirlenen büyüklüğün altındaki tarım arazilerinin komşu tarım arazileriyle birleştirilmesini hedeflediği açıktır.

Davalı tarafından satın alınan ve davaya konu taşınmazın niteliği mahkemece yapılan keşif sonucu aldırılan bilirkişi raporunda tespit edilmemiş ise de 5403 sayılı Kanun'un 8. maddesinde belirtilen asgari tarımsal büyüklük miktarı ile hedeflenen miktarın çok üzerinde olduğu hatta kanunun 8/A maddesinde belirtilen yeter geliri tarımsal arazi büyüklüğünün de çok üzerinde olduğu anlaşıldığından, bu taşınmaz hakkında önalım hakkının kullanılması için haklı bir sebep bulunmamaktadır. 4721 sayılı Kanun'un (TMK.) 2. maddesinde belirtildiği gibi; herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.

Açıklanan nedenlerle, ilk derece mahkemesinin davanın reddine yönelik kararı yerindedir. Bölge Adliye Mahkemesince, davacı tarafın istinaf talebinin kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve davanın kabulüne ilişkin kararı doğru görülmemiş bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir...”

B. Karşı Oy

“Dava, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 sayılı Yasa ile yapılan değişikliğe dayalı, tarımsal arazilerde satış halinde sınırdaş tarımsal arazi malikinin önalım hakkına ilişkindir.

Dava konusu Bursa ili Karacabey İlçesi, S... Mahallesi,...ada...Nolu tarla vasfındaki taşınmaz 31.12.2014 tarihinde satışa konu olmuş, sınırdaş tarımsal arazi maliki davacı tarafından süresi içerisinde belirtilen yasanın 8/İ maddesi gereğince yasal önalım hakkı dava açılarak kullanılmıştır.

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda 6537 sayılı Yasa ile 30.04.2014 tarihinde değişiklik yapılarak, arazinin parçalanarak bütünlüğünün bozulmasını engellemek amacıyla sınırdaş arazi malikine önalım hakkı tanınmıştır. Yasanın metninde ve gerekçesinde önalım hakkı ile ilgili Türk Medenî Kanunu hükümlerine atıf yapılmış, farklı bir koşul getirilmemiştir. Bu nedenle tarımsal arazinin devri halinde sınırdaş tarımsal arazi malikleri dava yoluyla önalım hakkını kullanabileceklerdir. Önalım hakkını kullanan birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin bulunması halinde tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine tarımsal arazinin devrine karar verileceği Yasanın 8/İ-2.bent son cümlesi ile belirtilmiş ise de önalım hakkını kullanan sınırdaş tarımsal arazi malikinin birden fazla olmaması halinde tarımsal bütünlük oluşturması gerektiğine dair bir koşul konulmamıştır.

Sayın çoğunluğun, yasanın metninden anlaşılmayan ve sadece birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin önalım hakkını kullanması halinde izlenecek yöntemin genişletici yorum ile önalım hakkını kullanan arazi malikinin birden fazla olmadığı durumda da davacıya ait taşınmazın davaya konu edilen taşınmaz ile tarımsal bütünlük

oluşturması gerektiği şeklinde bozma gerekçesine katılamamaktayız. Hükmün onanması gerektiği görüşündeyiz”.

II. Yargılama Sürecinde Verilen Kararlar ve Uyuşmazlığın Çözümünde Yararlanılan Ölçütler

A. İlk Derece Mahkemesi'nin Kararı

İlk derece mahkemesi, uyuşmazlık hakkında karar verirken, Karacabey ilçesinde yeterli gelir tarımsal arazi büyüklüğünün sulu tarımda 65 dekar olarak belirlendiğini, davacı ve davalıya ait her iki taşınmazın da tek başlarına 65 dekarın üzerinde olduğunu, dolayısıyla ayrı ayrı tarımsal bütünlük arz ettikleri gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

İlk derece mahkemesi, Karacabey ilçesi için belirlenen “*yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü*” ile önalım hakkına konu edilen tarım arazisi ile sınırdaş tarım arazisi arasında “*tarımsal bütünlük*” ölçütünü esas alarak uyuşmazlık hakkında karar vermiştir.

B. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi'nin Kararı

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi, 5.4.2018 tarihli, 2017/1764 E. ve 2018/633 K. sayılı kararında³, oy çokluğu ile, davacının istinaf talebinin kabulüne karar vermiştir. Davalının Karacabey ilçesi için belirlenen 65 ve 140 dekarın üzerinde tarla satın aldığını, satın alma işleminin tarımsal büyüklük kriterine uygun olduğunu, yasanın düzenlenmesinde tarım arazilerinin asgari limitinin belirlendiğini, tarımsal arazinin satışı üzerine diğer sınırdaş malikin önalım hakkını kullanarak mevcut arazisi ile satın aldığı araziyi bütünleştirerek daha geniş bir tarım arazisine kavuştuğunu, 1 sayılı cetvelde tarımsal arazi büyüklüğünün Tarım Bakanlığı ve İlçe Tarım Müdürlüğü'nün tarımsal arazilerin belirlenmesinde kullanılan bir ölçüt olduğunu, davalının miktar itibarıyla de olsa belirlenen ölçütün üzerinde tarımsal arazi satın alması durumunda diğer sınırdaş maliklerin önalım hakkını kullanabileceğine hükmetmiştir. Nitekim davacının, satışı gerçekleşen tarımsal araziye sınırdaş olması nedeniyle önalım hakkını kullandığını ifade etmiştir. Bu çerçevede uyuşmazlığı çözerken “*asgari tarımsal arazi büyüklüğü*” ile “*yeter gelirli tarımsal arazi*” ölçütlerinden yararlanmıştır. Satışı gerçekleşen önalım konusu tarımsal arazi ile sınırdaş tarımsal arazi arasında “*tarımsal bütünlük*” olması gerektiği yönündeki ilk derece mahkemesinin ret gerekçesini benimsememiştir. Tarım Bakanlığı ve İlçe Tarım Müdürlüğü'nce belirlenen oranın üzerindeki tarımsal arazi satışlarında da tarımsal önalım hakkının kullanılabilmesine hükmetmiştir.

3 Anılan kararın, tarihi ile esas ve karar sayıları, Yargıtay'ın “www.yargitay.gov.tr” web sitesinin dosya sorgu sayfasından alınmıştır. Erişim Tarihi 8 May 2020.

C. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin Çoğunluk Kararı

Hukuk Dairesi çoğunluk kararında; 6537 sayılı Kanun ile malike ait yetkililerden birisi olan tasarruf yetkisine önemli kısıtlamalar getirildiği, bu kısıtlamalarla tarımsal alanların bölünmesinin önüne geçilmesi ve tarımsal verimin artırılmasının amaçlandığı belirtildikten sonra, belirlenen en küçük tarımsal parsel büyüklüğünün altındaki parsellerin satışa konu edilmesi halinde Kanun Koyucu'nun satın almada öncelik hakkını komşu parsel malikine tanımak suretiyle belirlenen miktarın altındaki tarım arazilerini komşu parsellerle birleştirip asgari tarımsal arazi büyüklüğüne kavuşturmayı hedeflediği belirtilmiştir.

Devamla, taşınmaz mal üzerindeki mülkiyet hakkını kısıtlayan önalım hakkına ilişkin kanun hükümlerinin yorumunda ve uygulamasında mülkiyet hakkının özüne zarar verilmemesi gerektiği, bu yapılırken önalım hakkının kullanılmasıyla güdülen amacın gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerektiği, büyüklüğü ne olursa olsun satışı yapılan her tarımsal arazide komşu tarımsal arazi malikinin önalım hakkını kullanabilmesini kabul etmenin asgari tarımsal arazi büyüklüğünü haiz bir tarım arazisinin maliki tarafından istenilen kişiye gerçek değeri üzerinden devredilmesine engel olacağı, böyle bir uygulamanın mülkiyetin devri konusundaki kısıtlama hükmünün mülkiyet hakkının özüne aykırı olacak şekilde genişletilmesi anlamına geleceği ifade edilmiştir.

Kanun bir bütün olarak nazara alındığında, kanun koyucunun tarım arazilerini hadsiz ve hudutsuz bir şekilde büyütmeyi amaçlamadığı, belirlenen büyüklüğün altındaki tarım arazilerini komşu tarım arazileri ile birleştirmeyi hedeflediği, davalı tarafından satın alınan ve davaya konu edilen taşınmazın niteliği mahkemece yapılan keşif sonucu aldırılan bilirkişi raporunda tespit edilmemiş ise de 5403 sayılı Kanun'un 8. maddesinde belirtilen asgari tarımsal büyüklük miktarı ile hedeflenen miktarın çok üzerinde olduğu, hatta Kanunun 8/A maddesinde belirtilen yeter gelirlili tarımsal arazi büyüklüğünün de çok üzerinde olması nedeniyle önalım hakkının kullanılması için haklı bir sebep bulunmadığına hükmedilmiştir. Bu çerçevede uyuşmazlık hakkında karar verirken, davanın reddi yönündeki ilk derece mahkemesinin kararını her ne kadar yerinde bulmuşsa da söz konusu mahkemenin hüküm kurarken esas aldığı “*yeter gelirlili tarımsal arazi büyüklüğü*” ile “*tarımsal bütünlük*” ölçütlerinden farklı olarak “*asgari tarımsal arazi büyüklüğü*” ölçütünden yararlanmıştı. Buna göre tarımsal önalım hakkı, “*asgari tarımsal arazi büyüklüğü*” altındaki tarım arazisi satışlarında kullanılabilir. Kanun koyucunun, belirlenen miktarın altındaki tarım arazilerini komşu parsellerle birleştirerek asgari tarımsal arazi büyüklüğüne kavuşturmayı hedeflediği belirtilmiştir. Satışı gerçekleşen tarım arazisinin, 5403 sayılı Kanun'un 8. maddesinde belirtilen asgari tarımsal büyüklük miktarı ile kanunun 8/A maddesinde belirtilen yeter gelirlili tarımsal arazi büyüklüğünün çok üzerinde olması nedeniyle önalım hakkının kullanılması için haklı bir sebep bulunmadığı ifade edilmiştir.

D. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin Karşı Oy Yazısı

Karşı oy yazısında; 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile tarım arazilerinin parçalanarak bütünlüğünün bozulmasının önlenmesi amacıyla sınırdaş tarımsal arazi malikine önalım hakkı tanındığı, yasanın metninde ve gerekçesinde önalım hakkı ile ilgili Türk Medenî Kanunu hükümlerine atıf yapıldığı dolayısıyla tarımsal önalım hakkının kullanılması ile ilgili farklı bir koşul getirilmediği, bu nedenle tarımsal arazilerin devrinde sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin dava yoluyla önalım hakkını kullanabileceği ifade edilmiştir.

Birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin önalım hakkını kullanması halinde, tarım arazisinin tarımsal bütünlük gösteren sınırdaş malike devrine karar verileceğinin yasanın 8/İ-2. bent son cümlesinde belirtildiği, sınırdaş tarımsal arazi malikinin birden fazla olmadığı durumlarda ise tarım arazileri arasında tarımsal bütünlük olması gerektiğine dair bir koşulun yasada yer almadığı ifade edilmiştir. Bu çerçevede uyuşmazlık hakkında görüş bildirirken, “*tarımsal büyüklük*” yani “*yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü*” ölçütünden yararlanmıştır. Kanun metninden anlaşılmayan ve sadece birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin önalım hakkını kullanması halinde izlenecek yöntemin, genişletici yorum ile birden fazla sınırdaş malikin olmadığı durumlara teşmil edilmesinin yerinde olmadığı ifade edilmiştir.

III. Hukuki Sorunun Tespit Edilmesi

Hukuki sorun, temelde 6537 sayılı Kanun ile 5403 sayılı TKAKK m. 8/İ'de düzenlenen tarımsal önalım hakkının doğumu ve kullanımı koşullarıyla ilgilidir⁴. Bu çerçevede somut olay bakımından şu hususların açıklığa kavuşturulması gerekir. Tarımsal önalım hakkı, Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin çoğunluk kararında belirtildiği gibi sadece asgari ve yeter gelirli büyüklük miktarının altındaki tarımsal arazi satışlarında mı kullanılacak yoksa Bölge İdare Mahkemesi kararında belirtildiği gibi asgari ve yeter gelirli büyüklük miktarlarını karşılayan tüm tarımsal arazi satışlarında mı kullanabilecek midir?

Yargılama mercileri uyuşmazlığı çözerken; 5403 sayılı TKAKK m. 8 ve 8/A'da düzenlenen, “*asgari tarımsal arazi büyüklüğü*” ile “*yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü*” kavramları ve m. 8/İ'nin üçüncü cümlesinde geçen “*tarımsal bütünlük*” kavramı⁵ çerçevesinde değerlendirmeler yaparak hüküm tesis etmişlerdir. Bu bağlamda söz konusu kavramların (ölçütlerin), tarımsal önalım hakkının doğumu ve kullanılmasında ifade ettikleri anlam ve işlevin belirlenmesi, inceleme konusu karar bakımından ayrıca önem taşımaktadır.

4 Tarımsal önalım hakkının doğumu ve kullanılması koşulları hakkında kapsamlı açıklamalar için bkz Açıkgöz (n 2) 73 vd

5 “...önalım hakkına sahip birden fazla sınırdaş malik bulunması hâlinde hâkim, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş malike önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verir...”

IV. Hukuki Sorunun Değerlendirilmesi

A. Uyuşmazlığın Çözümünde Esas Alınan Ölçütlerin Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

Yargılama mercileri uyuşmazlığı çözerken, temelde “*asgari tarımsal arazi büyüklüğü*” ile “*yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü*” ölçütlerinden (kriterlerinden) yararlanmışlardır. Diğer yargılama mercilerinden farklı olarak İlk Derece Mahkemesi, “*tarımsal bütünlük*” ölçütünden de yararlanmıştı.

Asgari ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü, 6537 sayılı Kanun’un 3. maddesi ile 5403 sayılı TKAKK’nın 3. maddesinin birinci fıkrasının (h) ve (ı) bentleri değiştirilerek getirilmiştir⁶. Söz konusu kavramlar, tarımsal arazilerin belirli bir büyüklüğün altına düşmesini engelleyen bölünme yasağı ile ilgilidir. 5403 sayılı TKAKK’nın ilk halinde de tarımsal arazilerin belirli bir büyüklüğün altına düşmesini engelleyen bölünme yasağı mevcuttu. Ancak 6537 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, tarımsal arazilerin bölünebileceği en küçük birimi ifade etmek üzere TKAKK m. 8/A’da, “*yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü*” ölçütü (*kriteri*) getirilmiştir. Bununla birlikte, yeter gelirli tarımsal arazinin belirlenmesi bakımından alt sınır teşkil etmek üzere de “*asgari tarımsal arazi büyüklüğü*” kavramına yer verilmiştir⁷. Her iki kavramın tarımsal önalım hakkının doğumu ve kullanılmasındaki anlam ve işlevinin belirlenmesi somut olay bakımından önem taşımaktadır.

2. Asgari Tarımsal Arazi Büyüklüğü

Asgari tarımsal arazi büyüklüğü; üretim faaliyet ve girdileri rasyonel ve ekonomik olarak kullanıldığı takdirde tarımsal bir araziden elde edilen verimliliğin, arazinin daha fazla küçülmesi hâlinde elde edilemeyeceği Bakanlıkça belirlenen en küçük

6 Konuyla ilgili geniş açıklamalar için bkz Açıköz (n 2) 73 vd; İsmet İpek Kavasoglu, ‘Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla Bölünmesinin Önlenmesine Yönelik Yasal Düzenlemenin Örtü Altı İşletmeleri Üzerindeki Etkilerinin Araştırılması: Antalya İli Örneği’ (Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi 2018) 32-33; Osman Levent Özyay, *Tarım İşletmelerinin ve Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali* (1st edn, Yetkin 2015) 89.

7 Ş. Barış Özçelik, ‘5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Hakkında Kanun’da 6537 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirmeler’ (2015) 19 (1), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 87, 89; Murat Aydoğdu, ‘Toprak Sistemimiz ve Bir Yerel Mahkeme Kararının Düşündürdükleri: 5403 Sayılı Toprak ve Arazi Kullanımı Kanunu’nun Müşterek (Ortak) Mülkiyet İlişkinde ve Ortaklığın Giderilmesi (İzalei Şuyu) Davasında Hangi Kapsamda Uygulanması Gerektiği Konusundaki Değerlendirmeler’ (2017) 19 (Özel Sayı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, 10.

tarım parsel büyüklüğüdür⁸. Bir başka ifadeyle tarımsal arazilerin türlerine göre Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı tarafından belirlenmiş büyüklük oranının altında verimliliğin olmadığı parsel büyüklüğüdür. Asgari büyüklük oranını karşılayan tarımsal bir arazi -özel mülkiyet konusu olsa bile- kanunun emredici hükmü gereği bölünemez eşya niteliği kazanır (TKAKK m. 8/II)⁹. Söz konusu büyüklük oranı, yurt çapında Bakanlık tarafından yapılacak belirleme açısından geçerli olan alt sınırı oluşturur¹⁰. Asgari büyüklük oranını karşılayan tarımsal bir arazi, bölünüp parçalanarak satış işlemine konu edilemez. İdare tarafından belirlenen asgari büyüklüklerin altında tarımsal arazilerin bölünmesi veya hisselerine ayrılması, kanun koyucu tarafından açıkça yasaklanmıştır. Bu durumda tarım arazisini satmak isteyen malik, bir bütün olarak ancak devredebilir. Dolayısıyla tarımsal arazilerin iradi yolla devrinde karşılaşılan en büyük kısıtlama mahiyetindedir¹¹.

Asgari tarımsal arazi büyüklüğü tespit edilirken; bölge ve yörelerin ekonomik, ekolojik, toplumsal ve teknik özellikleri dikkate alınır¹². Bu amaçla, çeşitli ölçülerden yararlanılır. Bunlardan ilki, tarımsal toprağın geliri ile diğer sektörlerden elde edilen gelirin karşılaştırmasıyla elde edilen “gelir ölçüsü”dür. Karşılaştırma neticesinde, tarımsal arazinin geliri ile diğer sektörlerden elde edilen gelir eşit ise yeter gelire sahip tarımsal bir arazinin olduğu kanaatine varılır. Örneğin, iki işçinin yıllık gelirine eşit şekilde gelir veren tarımsal bir arazi, yeter büyüklükte bir tarımsal arazidir. İkincisi, önceden tespit edilen belirli sayıdaki işgücüne istihdam imkânı ile gelir sağlayan “iş gücü ölçüsü”dür. Bu imkânı sağlayan topraklar, yeter büyüklükte tarımsal arazi mahiyetindedir. Üçüncüsü ise “toprağın yüzölçümü”dür. Buna göre, yüzölçüm bakımından tespit edilen büyüklükteki ve onun üzerindeki araziler, yeter büyüklükte tarımsal arazi olarak kabul edilir. Bu ölçütlerden hangisinden yararlanılırsa yararlanılsın, bir çiftçi ailesine yetecek kadar istihdam imkânı ile gelir sağlayan tarımsal araziler, yeterli toprak büyüklüğüne sahip araziler olarak kabul edilir. Bunun altındaki küçük araziler ise zaman, emek, enerji ve teknoloji israfına neden olduğu için yeniliklerin uygulanmasına engel

8 Tanımlar için bkz Mustafa Dural and Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku*, (11th edn, Filiz 2017) 511; Cevdet Yavuz and Murat Topuz, ‘Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Türk Medeni Kanunu’nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler’ (2015) 21 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan 663, 677-679; Mehmet Ayan, *Miras Hukuku*, (9th edn, Seçkin 2016) 328; Zahit İmre and Hasan Erman, *Miras Hukuku* (13th edn, Der 2017) 506-507; Hayrunnisa Özdemir, *Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Paylaşılması Şerhi* (1st edn, Yetkin 2019) 156; Serap Altun, ‘Bölünemeyen Tarımsal Arazilerde Mülkiyet Hakkının Devri’ (Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi 2019) 23; Kavasoglu (n 6) 33; Özçelik (n 7) 90; Kemal Erdoğan, ‘Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali’ (2016) 24 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 123, 142; Hayriye Şen Doğramacı, ‘6537 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanunun Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi’ (2016) 13 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69, 80; Özyay (n 6) 45; Arzu Kalenderoğlu, ‘5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamındaki Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla Devri’ (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi 2019) 21.

9 İmre and Erman (n 8) 507; Ayan (n 8) 329; Kalenderoğlu (n 8) 22; Altun (n 8) 17.

10 Özçelik (n 7) 90.

11 İmre and Erman (n 8) 507; Alper Uyumaz and Onur İlhan, ‘Tarımsal Arazilerde Mülkiyetin Devri’ (2018) 24 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 861, 863; Şen Doğramacı (n 8) 80; Altun (n 8) s. 18.

12 İmre and Erman (n 8) s. 507.

olur. Dolayısıyla toprağın verimli şekilde işletilebilmesi için asgari büyüklüğe sahip olması gerekir¹³.

Asgari büyüklükteki tarımsal arazilerin ne şekilde belirleneceği ise TKAKK m. 8/III¹⁴ te ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir¹⁵. Bu düzenleme, asgari tarımsal arazi büyüklüklerine ilişkin hukuki sınırlamaları içerir¹⁶. Buna göre; mutlak tarım arazileri, marjinal tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde 2 hektar (20 dekar/dönüm), dikili tarım arazilerinde 0,5 hektar (5 dekar/dönüm), örtü altı tarım arazilerinde 0,3 hektarın (3 dekar/dönüm) altında ifraz edilemez ve hisselendirilemez¹⁷. Bu çerçevede; belirtilen tarımsal arazi türleri söz konusu büyüklüklerin altında ifraz edilemez, pay ve paydaş sayısı artırılamaz¹⁸. Diğer bir ifadeyle, tarımsal araziler belirlenen sınırlamalardan daha küçük parsellere bölünerek paylaştırılmaz ya da söz konusu sınırlamalardan daha küçük paylar oluşturularak paylı mülkiyete geçilemez¹⁹. Çünkü asgari tarımsal arazi büyüklüğü, toprakların yeter gelirliliği için alt sınırı teşkil eder²⁰. Örneğin, mirasa konu olan bir dikili tarım arazisinin miktarı yedi dönüm (0,7 hektar) ise bu arazinin bölünerek paylaşılması mümkün değildir. Zira asgari büyüklük miktarıyla ilgili kanundaki düzenleme dikkate alındığında, dikili tarımsal arazinin bölünmesi halinde bölünen her bir parçanın kanundaki asgari tarımsal arazi büyüklük miktarı olan beş dönümden (0,5 hektar) aşağı olmaması gerekir. Dolayısıyla asgari tarımsal arazi büyüklüğü şu hallerde belirleyici olur: Yeter gelirliliği için asgari tarımsal arazi büyüklüğünün üzerindeki arazilerin devir işlemlerinde asgari büyüklüklerin üzerinde hisselendirme işlemi yapılabilir. Murisin terekedeki tarım arazilerinin birden fazla yeter gelirliliği sağlaması halinde de asgari büyüklüklerin üzerinde hisselendirme işlemi yapılabilir. Buna karşılık, hisseli tarım arazilerinde hissesinin bir kısmını hissedarlara satan hissedarın kendisine kalan miktar asgari büyüklüklerin altında olamaz (TKAKK m. 8/II)²¹.

13 Mehmet Ünal, ‘Tarımsal Toprakların Miras Yoluyla Parçalanması ve Bunun Ekonomik Zararları’ (1990) 3 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 103, 105.

14 “Asgari tarımsal arazi büyüklüğü; mutlak tarım arazileri, marjinal tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde 2 hektar, dikili tarım arazilerinde 0,5 hektar, örtü altı tarımı yapılan arazilerde 0,3 hektardan aşağı belirlenemez. Bakanlık, asgari tarımsal arazi büyüklüklerini günün koşullarına göre artırabilir. Tarım arazileri Bakanlıkça belirlenen büyüklüklerin altında ifraz edilemez, hisselendirilemez. Hazine taşınmazlarının satış işlemleri hariç olmak üzere pay ve paydaş adedi artırılamaz. Ancak, tarım dışı kullanım izni verilen alanlar veya çay, fındık, zeytin gibi özel iklim ve toprak ihtiyacı olan bitkilerin yetiştiği alanlarda arazi özellikleri nedeniyle belirlenen asgari tarımsal arazi büyüklüğünden daha küçük parsellerin oluşması gerekli olduğu takdirde, Bakanlığın uygun görüşü ile daha küçük parseller oluşturulabilir.”

15 Yavuz and Topuz (n 8) 678-679; Açıköz (n 2) 78; Erdoğan (n 8) 141; Özay (n 6) 45 ve dn 50; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi* (TMK m. 640-682) Cilt-III, (1st edn, On İki Levha 2020) 319; Şen Doğramacı (n 8) 80 dn 26.

16 Yavuz and Topuz (n 8) 678-679; Açıköz (n 2) 78; Erdoğan (n 8) 141; Özay (n 6) 45 ve dn 50; Çabri (n 15) 319; Şen Doğramacı (n 8) 80 dn 26.

17 Tarım arazisi türleri hakkında geniş açıklamalar için bkz Açıköz (n 2) 76.

18 Dural and Öz (n 8) 511; Ayan (n 8) 329; Kalenderoğlu (n 8) 22; Ayrıca bkz <https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/07.12.2018_5403_sayil_i_kanun_uygulamaları2.pdf> Erişim Tarihi 7 June 2020.

19 Dural and Öz (n 8) 511

20 Özdemir (n 8) 157.

21 Özçelik (n 7) 90; Altun (n 8) 24; Özdemir (n 8) 156; Kavasoğlu (n 6) 33; Erdoğan (n 8) 141; Şen Doğramacı (n 8) 80 dn 26; Ayrıca bkz Kastamonu Valiliği İl Gıda, Tarım ve Hayvancılık Müdürlüğü, ‘Tarım Arazilerinin Miras ve Satışına Yönelik Uygulamalar’ (Kastamonu Tarım Orman, Ağustos 2015) <<https://kastamonu.tarim.gov.tr/Lists/KutuMenu/Attachments/10/TARIM%20ARAZI%20BOLER%20BON%20M%20M%20BORAS%20ve%20SATI%20C%5%9EINA%20Y%20C%3%96NEL%20C%4%B0K%20UYGULAMALAR.pdf>> Erişim Tarihi 2 June 2020.

Belirlenen asgari büyüklük oranlarını günün koşullarına göre artırma yetkisi, Bakanlığa tanınmıştır. Ancak Bakanlığın oranları azaltma ya da indirme yetkisi yoktur. Daha küçük parsellerin oluşmasının önüne bu şekilde geçilmiştir. Buna karşılık, arazi özellikleri dikkate alınarak çay, fındıklık, zeytinlik gibi tarım dışı kullanım izni verilen veya bitkilerin yetiştirildiği alanlarda Bakanlığın uygun görüşü ile daha küçük parseller oluşturulabileceği kanunda düzenlenmiştir (TKAKK m. 8/III)²². Asgari tarımsal arazi büyüklüğünün altında kalan arazilerin hissedar ya da üçüncü kişilere satılması ile rehin ve ipotek işlemlerine konu olması ya da ihale yoluyla satılması gibi işlemlerin yapılmasının önünde ise bir engel bulunmamaktadır²³.

3. Yeter Gelirli Tarımsal Arazi Büyüklüğü

Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü; makineli tarımda toplam işlem zamanları ve alan kayıplarını optimum yapabilen, arazi nitelikleri, ürün deseni ve potansiyeline göre Bakanlık tarafından belirlenen ve daha fazla küçültülemeyecek en küçük parsel büyüklüğüdür²⁴. Buna göre yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü, tarımsal faaliyetin ekonomik olarak yapılabilirdiği en küçük alandır²⁵. Bu alanın büyüklüğü, tarımsal faaliyetlerle iştigal eden kişilerin sahip oldukları nüfusun geçimini ve devamlılığını sağlayacak gelirin elde edebileceği miktardır²⁶. Dolayısıyla tarımsal arazilerden elde edilecek gelirin, bir çiftçi ailesinin asgari oranda geçimini sağlayabilecek büyüklükte olması gerekir. Büyüklük miktarı, tarım sektöründe kişi başına düşen milli gelirin en az dört katı gelir olacak şekilde toplam arazi büyüklüğü esas alınarak ilçeler bazında hesaplanır²⁷.

Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklükleri, tarımsal faaliyet açısından bölgeler arasındaki mevcut farklılıklar göz önünde bulundurularak, her bir il ve ilçe için TKAKK'ya eklenmiş listede ayrı ayrı belirlenmiştir²⁸. Büyüklük miktarları, kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Bakanlığa böyle bir yetki tanınmamıştır²⁹. Tarımsal araziler, söz konusu listede belirlenen büyüklüklerin (*vüzölçümün*) altında daha küçük parsellere bölünemez. Bu oranlardan daha küçük paylarla paylı mülkiyet ilişkisi de kurulamaz³⁰.

Tarımsal arazilerin bölünme (*ifraz*) işlemi yapılırken, m. 8/A uyarınca (1) sayılı cetveldeki ölçütler dikkate alınacaktır. Buna göre, en küçük parsel kanuna ekli (1) sayılı cetvelde gösterilen büyüklükten aşağı olamaz. Asgari tarımsal arazi büyüklüğü

22 Ayan (n 8) 329-330; Dural and Öz (n 8) 511; Kalenderoğlu (n 8) 22; Kavasoglu (n 6) 30.

23 Özçelik (n 7) 90.

24 TKAKK m. 3/1

25 Kavasoglu (n 6) 30.

26 Kalenderoğlu (n 8) 23.

27 Altun (n 8) 25.

28 İmre and Erman (n 8) 507; Ayan (n 8) 328; Dural and Öz (n 8) 511; Özçelik (n 7) 90; Şen Doğramacı (n 8) 80; Uyumaz and İlhan (n 11) 863; Özdemir (n 8) 156; Özay (n 6) 45.

29 Dural and Öz (n 8) 511; Erdoğan (n 8) 145; Ayrıca bkz 5403 sayılı Kanun m. 3/1 (ı).

30 Özdemir (n 8) 156; Uyumaz and İlhan (n 11) 863; Kavasoglu (n 6) 30.

ölçütü ise bölünme sonucunda oluşacak en küçük parçanın büyüklüğünü yani en küçük parselin tabanını ifade eder. Dolayısıyla bölünme işlemi neticesinde belirlenen en küçük parça (*Bakanlığının izni dışında*), asgari tarımsal arazi büyüklüğü ölçütünden daha küçük olamaz. Parsellerin birleştirilmesinde (*tevhidinde*) ise söz konusu ölçütler dikkate alınmaz. Çünkü böyle bir durumda gerçekleşen işlem, tarımsal arazilerin toplulaştırılması ya da büyütülmesi amacıyla uyumludur³¹.

Yeter gelirli tarımsal arazilerin ekonomik bütünlüğe haiz olmayan kısımları Bakanlığın izniyle devredilebilir. Aynı şekilde, tarımsal bir arazinin bölünmesi neticesinde ortaya çıkan parseller yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü miktarını karşılıyorsa, bunların da devredilmesinin önünde bir engel yoktur³². Önemle belirtmek gerekir ki yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü, asgari tarımsal arazi büyüklüğüne eşit ya da daha büyük olabilir ancak ondan daha küçük olamaz³³. Asgari ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü adı altında Kanun'da belirlenen yüz ölçümlerle, tarımsal araziler büyüklük bakımından bu şekilde sınırlandırılmıştır³⁴.

Yeter gelirli tarımsal araziler için hukuki sınırlamalar ise TKAKK m. 8/A'da³⁵ düzenlenmiştir³⁶. Buna göre, il ve ilçelerin yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerini, bölge farklılıklarını göz önünde bulundurarak Kanun'a ekli (1) sayılı listede sulu, kuru, dikili ve örtü altı arazi ayırımına göre yapmıştır. Tarımsal arazilerin bölünme işlemleri, listede belirlenen büyüklük miktarlarının altında gerçekleşemez³⁷. Böylece, tarımsal arazilerin belli bir ekonomik büyüklüğün altına düşmemesi (*eşik sınır*)³⁸ hedeflenmiştir³⁹. Örneğin, terekede yer alan Antalya Kemer'deki sulu bir tarım arazisi aynen paylaşma yoluyla 70 dönümden küçük parçalara bölünemez. Ancak birden çok parçaya bölündüğünde her bir parça en az 70 dönüm veya daha büyük bir miktarı karşılıyorsa, aynen paylaşım mümkündür.

Bu açıklamalar çerçevesinde yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü şu durumlarda belirleyici olur: Bu oranın üzerindeki arazilerin devrine izin verilebilir. Miras paylaşımında terekede yer alan tarım arazisi kaç adet yeter gelirli tarım arazisi

31 Özdemir (n 8) 156-157.

32 Uyumaz and İlhan (n 11) 863; Kavasoğlu (n 6) 30; Özdemir (n 8) 156; Kalenderoğlu (n 8) s. 23.

33 Özçelik (n 7) 90; Özdemir (n 8) 156.

34 Dural and Öz (n 8) 511; Imre and Erman (n 8) 507.

35 "*İl ve ilçelerin yeter gelirli tarımsal arazi büyüklükleri bölge farklılıkları göz önünde bulundurularak bu Kanuna ekli (1) sayılı listede belirlenmiştir. Tarımsal araziler bu Kanuna ekli (1) sayılı listede belirlenen yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin altında ifraz edilemez, bölünemez. Tarımsal arazilerin bu niteliği şerh konulmak üzere Bakanlık tarafından ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir. Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin hesaplanmasında, aynı kişiye ait ve Bakanlıkça aralarında ekonomik bütünlük bulunduğu tespit edilen tarım arazileri birlikte değerlendirilir. Yeter gelirli tarımsal arazilerin ekonomik bütünlüğe sahip olmayan kısımları Bakanlığın izni ile satılabilir. Bilimsel gelişmeler ve günün koşullarına göre bu Kanuna ekli (1) sayılı listede Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile değişiklik yapılabilir.*"

36 Yavuz and Topuz (n 8), 679 vd Özay (n 6) 45.

37 Özdemir (n 8) 157; Çeşitli örnekler için ibid (n 8) 157.

38 Cengiz Sayın, Mehmet Altunkaya, Yavuz Taşcıoğlu, Oya Sav and İpek Kavasoğlu, 'Türkiye'de Toprak Parçalanması ve Miras Hukuku', (2017) 30(3) Mediterranean Agricultural Sciences 213, 217.

39 Yavuz and Topuz (n 8) 680; Erdoğan (n 8) 145; Özdemir (n 8) 156.

veya ilçe müdürlükleri tarafından gerçekleştirilir. Buna göre, örtü altı tarım arazilerinde bir dekar (*dönüm*), dikili tarım arazilerinde beş dekar, sulu ve kuru tarım arazilerinde on dekarın altında olan tarım arazileri arasında ekonomik bütünlük olmadığına karar verilir. Buna karşılık, aynı malike ait sınırdaş olmayan tarım arazileri arasındaki mesafe on km²den az ise ve örtü altı tarım arazileri bir dekar, dikili tarım arazileri beş dekar, sulu ve kuru tarım arazileri on dekarın üzerinde ise bu araziler arasında ekonomik bütünlük bulunduğuna karar verilir. Aynı şekilde, mülkiyeti aynı kişiye ait sınırdaş tarım arazilerinin ekonomik bütünlük teşkil ettiği kabul edilir. Aynı kişiye ait tarım arazilerinden birinin ya da birkaçının paylı olması durumunda ise kişinin tarım arazisi içindeki pay miktarı dikkate alınarak ekonomik bütünlük değerlendirmesi yapılır⁴⁶. Ekonomik bütünlük gösteren tarımsal arazilerde, yeter gelirli büyüklüklerin üzerinde olan ve yeter gelirli arazi büyüklüğünün altında ifraz gerektirmeyen arazilerin devrine izin verilir⁴⁷. Bu açıklamalar ışığında, karara konu tarımsal arazinin aynı ilçe sınırları içerisinde yeter gelirli tarımsal büyüklüğe haiz tek bir tarım arazisi olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla söz konusu tarımsal arazinin devrine hukuken bir engel bulunmamaktadır⁴⁸.

Üçüncü ve son olarak, ilk derece mahkemesinin karar verirken yararlandığı ölçütlerden birisi olan “*tarımsal bütünlük*” kavramının, tarımsal arazilerin devrindeki önem ve işlevine değinmek gerekir. Tarımsal bütünlük kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda kanunda, gerekçesinde ve ilgili yönetmelikte bir açıklık yoktur. Kanaatimizce, 6537 sayılı Kanun ile 5403 sayılı TKAKK m. 8/A düzenlenen ekonomik bütünlük kavramından hareketle tarımsal bütünlük kavramının kapsamını belirlemek mümkündür. Söz konusu düzenlemede, yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin hesaplanmasında aynı kişiye ait olan ve aralarında ekonomik bütünlük olduğu tespit edilen tarımsal arazilerin Bakanlık tarafından birlikte değerlendirileceği, ekonomik bütünlüğe sahip olmayan kısımlarının Bakanlığın izni ile devredilebileceği düzenlenmiştir. Ekonomik bütünlük ise ilgili yönetmelikte⁴⁹; mülkiyeti aynı kişiye ait olan birden fazla tarımsal arazinin, tarımsal üretim faaliyetine ekonomik bir değer katacak şekilde birbirine bağımlı olarak işletildiği bakanlıkça tespit edilen araziler

46 Buna karşılık, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na tabi Türkiye'de kurulu mevduat bankaları, katılım bankaları, kalkınma ve yatırım bankaları, yurtdışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubeleri, finansal holding şirketleri ve 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanununa (RG 13.12.2012/28496) tabi finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketleri ile tarım kredi kooperatiflerinin farklı kişilerden alacaklarına mahsuben mülkiyetine geçirdikleri tarım arazileri arasında ekonomik bütünlük bulunmamaktadır. Ancak bu kuruluşların aynı kişilerden elde ettikleri tarım arazilerinde m 7'ye göre ekonomik bütünlük değerlendirmesi yapılacaktır. Topoğrafik koşullar ve kullanım gücünden kaynaklanan diğer mücbir nedenlerden dolayı ekonomik bütünlük değerlendirme kararlarına karşı yapılan itirazlar, Bakanlıkça değerlendirilerek karara bağlanır, Açıkğöz (n 2) 80-81; Ayrıca bkz TAMDİY m 7.

47 Bkz TAMDİY m 8 (ç).

48 Bkz TAMDİY m 8 (a).

49 Bkz TAMDİY m 4/(d).

olarak tanımlanmıştır⁵⁰. Yeter gelirlili tarımsal arazi büyüklükleri hesaplanırken aynı kişiye ait olan tarımsal araziler birlikte değerlendirilmektedir⁵¹. Aynı kişiye ait birden fazla parselin yüzölçümü TKAKK'ya ekli listede belirtilen sınırların (*oranların*) altında olsa bile bunlar arasında ekonomik bütünlük varsa ve toplamları listedeki sınıra ulaşıyorsa, söz konusu araziler hep birlikte yeter gelirlili tarımsal arazi olarak kabul edilmektedir⁵². Dolayısıyla mülkiyeti aynı kişiye ait olan birden fazla tarımsal arazinin devir işlemine konu olabilmesi için aralarında ekonomik bütünlüğün olması gerekir. Aksi takdirde devir işlemi gerçekleşmemektedir⁵³. Tarımsal araziler arasında ekonomik bütünlüğün olup olmadığı, yönetmeliğin yedinci maddesindeki ölçütler esas alınarak tarım il veya ilçe müdürlüklerince belirlenmektedir⁵⁴.

Ekonomik bütünlük kavramıyla ilgili bu açıklamalar dikkate alındığında tarımsal bütünlüğün bir üst kavram olarak ekonomik bütünlüğü içerdiği ifade edilebilir. Zira ekonomik bütünlük, aynı kişiye ait olan ancak yeter gelir büyüklüğüne sahip olmayan birden fazla arazinin devredilebilmesi için gerekli olan bir husustur. Bunun için araziler arasında fiziksel ve maddi bütünlük aranmaz. Aynı tarım türünün söz konusu arazilerde yapılması da şart değildir. Tarımsal arazilerin birisinde bağ, bahçe işlemleri yapılırken diğerinde pamuk, tütün, buğday işlemleri yapılabilir. Aynı şekilde, arazi parçalarının bitişik (*sınırdış*) ya da uzak olması da aranmaz. Önemli olan, tarımsal arazilerin aynı kişinin mülkiyetinde tek ve ortak bir merkezden işletilip yönetilmesi ve aynı tarımsal amaca hizmet ederek ekonomik olarak birbirlerini tamamlamasıdır⁵⁵. Buna karşılık tarımsal bütünlük ise satışı gerçekleşen önalım konusu tarımsal araziye sınırdış birden fazla tarımsal arazi malikinin önalım hakkını kullanması durumunda gündeme gelir⁵⁶. Nitekim bu husus Kanun'da, “...önalım hakkına sahip birden fazla sınırdış malik bulunması hâlinde hâkim, tarımsal bütünlük arz eden sınırdış malike önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verir...” şeklinde ifade edilmiştir. Satışı gerçekleşen önalım konusu tarımsal araziyle sınırdış birden fazla tarımsal arazi malikinin önalım hakkını kullanması durumunda, önalım konusu tarımsal arazinin devredileceği sınırdış malikin tespiti açısından önem taşır. Bu çerçevede söz konusu araziler arasında tarımsal bütünlük tespit edilirken; aynı tarımsal amaca hizmet, ekonomik olarak birbirini tamamlama gibi unsurlar yanında fiziksel yani maddi olarak

50 Özdemir (n 8) 158; Şen Doğramacı (n 8) 81; Özçelik (n 7) 91; Altun (n 8) 28; Öğretide, tarımsal araziler arasında ekonomik bütünlüğün kabul edilebilmesi için işletmeyi oluşturan arazilerde tarım türünün aynı olması ya da işletmeyi oluşturan malların tek bir arazi üzerinde bulunmasının da şart olmadığı ileri sürülmüştür. Bkz Fikret Eren and Veysel Başpınar, *Toprak Hukuku* (4th edn, Yetkin 2014) 164; Şen Doğramacı (n 8) 82.

51 Özdemir (n 8) 158; Kalenderoğlu (n 8) 23; Özyay (n 6) 159.

52 Dural and Öz (n 8) 512.

53 Fikret Eren and İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku* (1st edn, Yetkin 2019) 647-648; Aydın Zevkliler, *Türk Miras Hukukunda Tarımsal İşletmelerin Tahsisi* (1st edn, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1970) 92; Altun (n 8) 29; Kalenderoğlu (n 8) 24.

54 Bkz TAMDİY m. 7/III.

55 Eren and Yücer Aktürk (n 53) 647-648; Zevkliler (n 53) 92; Altun (n 8) 29; Kalenderoğlu (n 8) 24.; Altun (n 8) 29; Kalenderoğlu (n 8) 24.

56 Uyumaz and İlhan (n 11) 881.

tarımsal arazilerin konumu da hâkim tarafından göz önünde bulundurulmalıdır. Bu hususla ilgili olarak gerektiğinde bilirkişiler eşliğinde yerinde keşif yapılmalı konu ile ilgili il/ilçe tarım müdürlüklerinden destek alınmalıdır. Dolayısıyla tarımsal bütünlük, satışı gerçekleşen önalım konusu tarımsal arazi ile sınırdaş tarımsal arazinin hem fiziksel (maddi) hem de ekonomik olarak tarımsal üretim faaliyetine değer katacak şekilde birbirini tamamladığı durumlarda söz konusu olur.

Bu açıklamalar ışığında ilk derece mahkemesinin kararı değerlendirildiğinde, “...her iki tarımsal arazinin, Karacabey ilçesi için 5403 sayılı Yasa kapsamında hazırlanan Tarımsal Arazi Büyüklükleri Cetveli’nde öngörülen yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü olan 65 dekarın üzerinde olduğu, dolayısıyla her iki tarımsal arazisinin de yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünü karşıladıkları için ayrı ayrı tarımsal bütünlüğe sahip oldukları gerekçesiyle davanın reddine...” şeklindeki gerekçesinin kanaatimizce hukuki bir dayanağı yoktur. Zira somut olayda önalım konusu tarımsal arazinin tek bir sınırdaş maliki vardır. Birden fazla malikin tarımsal önalım hakkını kullanılması halinde uygulama alanı bulan tarımsal bütünlük ölçütüne başvurulması yerinde olmamıştır.

C. Mercii Kararlarının Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz

Yargıtay kararına konu olaydaki hukuki sorun, “asgari ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü” ile “tarımsal bütünlük” kavramlarının, tarımsal önalım hakkının doğumu ve kullanılmasındaki önem ve işlevinin yargı mercileri tarafından farklı yorumlanarak hatalı sonuçlara varılmasından kaynaklanmıştır.

Önemle belirtilmelidir ki asgari ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü, tarımsal arazilerin belirlenen oranların altında bölünemeyeceği ve hisselendirilemeyeceği ile ilgili ölçütlerdir. Diğer bir ifadeyle, tarımsal arazilerin kanunda belirtilen asgari ve yeter gelirli büyüklük oranlarının altında bölünüp devredilemeyeceği ile ilgilidir. Dolayısıyla asgari ve yeter gelir büyüklük oranlarını karşılayan tarımsal bir arazinin satışı gerçekleştiğinde, sınırdaş malik ya da maliklerce tarımsal önalım hakkının kullanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu çerçevede, Yargıtay çoğunluk kararında belirtilen, “...en küçük tarımsal parsel büyüklüğünün altındaki parsellerin satışa konu edilmeleri halinde, Kanun Koyucu’nun satın almada öncelik hakkını komşu parsel malikine tanımak suretiyle belirlenen miktarın altındaki tarım arazilerinin komşu parsellerle birleştirilmesini ve asgari tarımsal arazi büyüklüğüne kavuşturulmasını hedeflediği..” şeklindeki gerekçeye katılmak mümkün değildir. Zira kanun metninde, gerekçesinde ve ilgili yönetmelikte tarımsal önalım hakkının kullanılmasıyla ilgili böyle bir sınırlama mevcut değildir. Nitekim söz konusu kararda bizimde katıldığımız şekilde tarımsal önalım hakkının amacı, “...6537 sayılı Kanunla getirilen kısıtlamalar, malike ait yetkilerden biri olan tasarruf yetkisine önemli kısıtlamalar getirmekte, bu

kısıtlamalarla tarımsal alanların bölünmesinin önüne geçilmesi ve tarımsal verimin artırılması amaçlanmaktadır.” şeklinde ifade edilmiştir. Bu çerçevede, tarımsal önalım hakkının sadece asgari ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünün altındaki tarım arazilerinin satışında kullanılabileceğine yönelik Yargıtay çoğunluk kararı, kanunun amacı ve ruhu ile bağdaşmamaktadır. Çünkü asgari ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklükleri ile ilgili kanundaki sınırlamalar, tarımsal önalım hakkının kullanılabileceği alt ya da üst sınırları değil tarımsal arazilerin bölünmesi neticesinde ortaya çıkan parsellerin büyüklük bakımından alt sınırlarını (minimum miktarlarını) ifade eder. Bir başka ifadeyle, bölünme işlemine tabi tutulan tarımsal arazinin ortaya çıkan parselleri, kanunda belirtilen asgari ve yeter gelir oranlarının altında olamaz. Dolayısıyla -Yargıtay’ın çoğunluk kararında da belirtildiği gibi- tarımsal önalım hakkı, hem asgari ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünün altındaki tarımsal arazi satışlarında hem de -Bölge Adliye Mahkemesi’nin kararında belirtildiği gibi- asgari ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünün üzerindeki tarımsal arazi satışlarında kullanılabilir.

Yargıtay çoğunluk kararında ifade edilen, “...taşınmaz mal üzerindeki mülkiyet hakkını kısıtlayan önalım hakkına ilişkin kanun hükümlerinin yorumunda ve uygulamasında, mülkiyet hakkının özüne zarar verilmemesi gerekir. Satışı yapılan her tarımsal arazi hakkında, büyüklüğü ne olursa olsun, komşu tarım arazisi malikinin önalım hakkının kullanılabileceğini kabul etmek, asgari tarımsal arazi büyüklüğünü haiz bir tarım arazisinin maliki tarafından istenilen kişiye, gerçek değeri üzerinden devredilmesine engel olur. Böyle bir uygulama, mülkiyetin devri konusundaki kısıtlama hükmünün mülkiyet hakkının özüne aykırı olacak şekilde genişletilmesi anlamına gelir...” şeklindeki gerekçeye de katılmak mümkün değildir. Zira sınırdaş maliklere tanınan tarımsal önalım hakkı, malikin tasarruf yetkisini doğrudan kısıtlamamaktadır. Dolaylı bir kısıtlama söz konusudur. Nitekim sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, malik anlaştığı fiyat üzerinden istediği kişiye istediği zaman tarımsal arazisini satabilme hak ve imkânına her zaman sahiptir. Satış işlemi gerçekleştiğinde, üçüncü kişi ile anlaşmaya varılan koşullar çerçevesinde sınırdaş malikin söz konusu tarımsal araziye öncelikli olarak elde etme hakkı doğmaktadır. Dolayısıyla tarımsal arazinin kime hangi fiyata satılacağına ilişkin bir müdahaleden söz edilemeyeceği için mülkiyet hakkının özüne zarar veren bir eylem ve bu bağlamda malikin uğradığı bir zarar söz konusu değildir.

Çoğunluk kararında ifade edilen, “...Kanun bir bütün olarak nazara alındığında, kanun koyucunun tarım arazilerini hadsiz ve hudutsuz bir şekilde büyütülmesini amaçlamadığı...” şeklindeki gerekçenin de kabulü mümkün değildir. Zira kanun koyucu sınırdaş maliklere tarımsal önalım hakkı tanımakla, asgari ve yeter gelirli tarımsal arazilerin altındaki arazileri birleştirerek belirlenen asgari büyüklüğe ulaşmayı değil, tarım arazilerinin gerek satış gerekse miras yoluyla parçalanarak küçülmeye devam etmesi nedeniyle, tarımsal üretimi ve ekonomik verimliliği olumsuz yönde etkileyen bu durumun önüne geçmeyi hedeflemiştir. Bu amacın gerçekleşebilmesi

için tarımsal arazilerin bölünebileceği en küçük parselleri ifade etmek üzere asgari ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklük miktarlarını (bölünme sınırlarını) düzenlemiş, bu şekilde bölünme ve küçülmelerin önüne geçmeyi ve tarımsal verimliliği arttırmayı hedeflemiştir. Diğer yandan, ülkemiz gerçekleri göz önünde bulundurulduğunda, asgari ve yeter gelirli büyüklüklerin üzerindeki tarımsal arazilerde önalım hakkı kullanıldığında bunun hadsiz ve hudutsuz tarımsal arazilere neden olamayacağı da ayrı bir gerçekliktir.

Yargıtay kararında eleştirilmesi gereken bir başka husus ise, “...*Davalı tarafından satın alınan ve davaya konu taşınmazın niteliği mahkemece yapılan keşif sonucu aldırılan bilirkişi raporunda tespit edilmemiş ise de ...*” şeklindeki ifadedir. Önalım konusu arazi ile önalım hakkı tanınan arazinin “*tarımsal arazi*” niteliğinde olması, tarımsal önalım hakkının doğumu koşullarından birisidir. Satışı gerçekleşen önalım konusu arazi tarımsal faaliyetlere uygun niteliklere sahip değilse tarımsal önalım hakkı doğmaz. Dolayısıyla satışı gerçekleşen önalım konusu arazinin tarımsal niteliğiyle ilgili bir tereddüt varsa (örneğin; taşınmazın niteliği ham toprak, depolu bahçe, bahçeli ev, içinde ev olan tarla vb.) mahkemece yerinde keşif yapılmalı, gerektiğinde bilirkişi olarak il/ilçe Tarım ve Orman Müdürlüğü’nün görüşüne başvurulmalıdır.

Sonuç olarak; asgari ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklük miktarları, tarımsal arazilerin bölünebileceği en asgari (minimum) miktarı ifade etmek için getirilmiş kanuni sınırlamalardır. Buna göre, tarımsal araziler söz konusu büyüklük miktarlarının altında ifraz edilemez, hisselendirilemez, pay ve paydaş sayısı artırılmaz. Dolayısıyla kanunda düzenlenen büyüklük oranları, tarımsal önalım hakkının kullanılabilirliği alt ya da sınırlar olarak değerlendirilmemelidir. Tarımsal önalım hakkı, söz konusu miktarların hem üzerindeki hem de altındaki tarımsal arazi satışlarında kullanılabilir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

Açıkgöz O, *Tarım Arazilerinde Yasal Önalım Hakkı (Tarımsal Önalım Hakkı)* (1st edn, On İki Levha 2018).

Altun S, ‘Bölünemeyen Tarımsal Arazilerde Mülkiyet Hakkının Devri’ (Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi 2019).

Ayan M, *Miras Hukuku*, (9th edn, Seçkin 2016).

- Aydoğdu M, 'Toprak Sistemimiz ve Bir Yerel Mahkeme Kararının Düşündürdükleri: 5403 Sayılı Toprak ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun Müşterek (Ortak) Mülkiyet İlişkisinde ve Ortaklığın Giderilmesi (İzalei Şuyu) Davasında Hangi Kapsamda Uygulanması Gerektiği Konusundaki Değerlendirmeler' (2017) 19 (Özel Sayı), Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, 3-24.
- Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 640-682) Cilt-III*, (1st edn, On İki Levha 2020).
- Dural M and Öz T, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku*, (11th edn, Filiz 2017).
- Erdoğan K, 'Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali' (2016) 24 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 123-179.
- Eren F and Başpınar V, *Toprak Hukuku* (4th edn, Yetkin 2014).
- Eren F and Yücer Aktürk I, *Türk Miras Hukuku* (1st edn, Yetkin 2019).
- İmre Z and Erman H, *Miras Hukuku* (13th edn, Der 2017).
- Kalenderoğlu A, '5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamındaki Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla Devri' (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi 2019).
- Kavasoglu İİ, 'Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla Bölünmesinin Önlenmesine Yönelik Yasal Düzenlemenin Örtü Altı İşletmeleri Üzerindeki Etkilerinin Araştırılması: Antalya İli Örneği' (Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi 2018).
- Özay OL, *Tarım İşletmelerinin ve Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali* (1st edn, Yetkin 2015).
- Özçelik ŞB, '5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Hakkında Kanun'da 6537 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirmeler' (2015) 19 (1), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 87-110.
- Özdemir H, *Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Paylaşılması Şerhi* (1st edn, Yetkin 2019).
- Sayın C, Altunkaya M, Taşçıoğlu Y, Sav O and Kavasoglu İ, 'Türkiye'de Toprak Parçalanması ve Miras Hukuku', (2017) 30(3) Mediterranean Agricultural Sciences s. 213-218.
- Şen Doğramacı H, '6537 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanunun Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2016) 13 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69-95.
- Uyumaz A and İlhan O, 'Tarımsal Arazilerde Mülkiyetin Devri' (2018) 24 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 861-905.
- Ünal M, 'Tarımsal Toprakların Miras Yoluyla Parçalanması ve Bunun Ekonomik Zararları' (1990) 3 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi s. 103-108.
- Yavuz C and Topuz M, 'Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Türk Medeni Kanunu'nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler' (2015) 21 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Prof. Dr. Mehmet Âkif Aydın'a Armağan 663-700.



Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 10.11.2020
Revizyon Talebi: 28.11.2020
Son Revizyon: 28.11.2020
Kabul: 28.11.2020
Online Yayın: 11.12.2020

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin İhtiyati Tedbir Kararı Alma Yetkisi

Jurisdiction of Turkish Courts to Grant Interim Measures Regarding Disputes with Foreign Element

Bilgin Tiryakioğlu^{*}

Öz

Türk mahkemelerinin yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda ihtiyati tedbir kararı alma yetkisi ile ilgili doktrinde tartışmalar yaşanmaktadır. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunda (MÖHUK) Türk mahkemelerinin bu husustaki yetkisini belirleyen özel bir düzenlemenin bulunmaması kanımızca tahkim yargısı bakımından bir sıkıntı yaratmamaktadır. Çünkü Milletlerarası Tahkim Kanunu, tahkim yargılaması ister Türkiye'de yapılınsa ister yabancı bir ülkede yapılınsa Türk mahkemelerine ihtiyati tedbir kararı alma yetkisini vermektedir. Buna karşılık, devlet yargısında görülen yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararı alma yetkisinin olup olmadığına ilişkin tartışmaların haklı nedenleri bulunmaktadır. Türk mahkemelerinde veya yabancı devlet mahkemelerinde görülen veya görülecek olan uyuşmazlıklarla ilgili olarak Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararı alma yetkisi hali hazırda MÖHUK'dan hareketle iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları kapsamında tartışılmaktadır. İç hukukumuzda konuyu düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) ihtiyati tedbir kararı almaya yetkili mahkemeyi düzenleyen 390. maddesi ise iç hukuk ilişkileri gözetilerek kaleme alındığından yetersiz kalmaktadır. Bu durumun yarattığı sıkıntıları gidermenin en iyi yolu, Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararı almasına ilişkin olarak MÖHUK'a bir madde eklenmesidir.

Anahtar Kelimeler

Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri, Milletlerarası Tahkim, *Lex Arbitri*, Tahkim Yeri, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

Abstract

The power of Turkish courts to grant interim measures in disputes containing foreign elements has received critical discussion among scholars. In our view, the lack of any special provision in the Act on Private International and Procedural Law (PIPL) giving Turkish courts power in this matter does not in itself lead to any problem in arbitration. This is because, under the International Arbitration Act, Turkish courts have the power to grant interim measures, irrespective of whether the arbitration takes place in Turkey or in a foreign country. However, there are important factors to consider in regard to the question whether Turkish courts have the power to issue interim measures in relation to disputes with foreign elements that are brought before state courts. The power of the Turkish courts to grant interim measures in relation to disputes that are brought before them or before foreign courts is currently being considered within the scope of the domestic jurisdiction rules in PIPL. Article 390 of the Civil Procedure Law, which is regulates the competency of the court to hear interim measure applications, is insufficient for this purpose, as it was drafted with regard only to matters of domestic law. The best way to reduce the problems caused here is adding a provision to PIPL that regulates the power of the Turkish courts to rule on interim measures.

Keywords

Interim Measures, International Arbitration, *Lex Arbitri*, Seat of Arbitration, Jurisdiction of Turkish Courts

^{*} Sorumlu Yazar: Bilgin Tiryakioğlu (Prof. Dr.), İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye.
E-posta: bilgint@bilkent.edu.tr ORCID: 0000-0001-5574-1525

Atf: Tiryakioğlu B, "Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin İhtiyati Tedbir Kararı Alma Yetkisi" (2020) 40(2) PPII 917.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.828662>



Extended Summary

The lack of a special provision in the Act on PIPL that regulates the power of the Turkish courts to grant interim measures in disputes containing foreign elements has led to discussion in terms of both arbitration and court proceedings.

Whether Turkish courts have the power to grant interim measures should be considered a separate question in relation to disputes brought before arbitration tribunals and before national courts.

The power of Turkish courts to grant interim measures must be settled within the provisions of International Arbitration Act (IAA). We believe that the joint consideration of Articles 3 and 6 of the IAA should put an end to all discussions on this subject. Article 6 of the Act indicates that seeking an interim measure before the courts does not constitute a breach of the arbitration agreement, Article 3, which determines the competent court, with the reference made to a court in IAA, indicates what court is to be considered competent to issue an interim measure.

Because granting an interim measure in accordance with Article 6 is asserted to be among the “works specified to be undertaken by the courts,” it is necessary to conclude that a competent Turkish court having international jurisdiction must exist in any event.

However, regarding the jurisdiction of the Turkish courts to issue interim measures on disputes brought before Turkish or foreign courts, the starting point should be the provisions of the PIPL. Because no special provision exists in PIPL, the rules that are to be applied to designate the international jurisdiction of the Turkish courts are simply those that relate to domestic jurisdiction in accordance with the reference made in Article 40. Therefore, to designate the international jurisdiction of the Turkish courts for hearing applications for interim measures, the rules on the domestic jurisdiction of the Turkish courts in the Civil Procedural Law (CPL) regarding interim reliefs should be adopted. Article 390 of the CPL states that “an interim measure can be sought from the court, which has the jurisdiction to hear the merits of the case, if such interim measure is requested prior to the initiation of a lawsuit; and the court that actually hears the case, if such interim measure is sought after the initiation of a lawsuit.” Because the drafting of Article 390 of the CPL only took domestic disputes into account, it is insufficient to cover disputes and relationships containing foreign elements, as Turkish courts have no jurisdiction to hear the merits of such cases. This is because, in situations of this type, it is not possible to litigate the existence of a competent court to grant an interim measure.

Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin İhtiyati Tedbir Kararı Alma Yetkisi

I. Genel Olarak

İhtiyati tedbir de dahil olmak üzere tüm geçici hukuki koruma tedbirleri, açılmış veya açılmakta olan davalarda uyuşmazlığın kesin hükümlerle sonuçlanmasına kadar geçen süre içinde, dava konusunu, davacının veya davalının kötü niyetli davranışlarından veya ortaya çıkabilecek diğer tehlikelerden korumayı amaçlar¹. Böylelikle, esas uyuşmazlığı nihai olarak çözen yargı kararı verildiğinde dava konusu olan mal veya alacak korunmuş olmakta ve nihai kararın icra edilmesi mümkün kılınmaktadır. Milletlerarası özel hukuk menfaatleri bağlamında ifade etmek gerekirse, ihtiyati tedbir de dahil olmak üzere, geçici hukuki koruma tedbirleri etkili bir hukuki koruma garantisi sağlayarak gerçek bir kararın verilmesindeki düzen menfaatlerinin gereğinin yerine getirilmesine yardımcı olmaktadır.

Yabancı unsur taşıyan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın görüldüğü yerin yabancı devlet mahkemeleri veya hakem mahkemeleri olduğu durumlarda, uyuşmazlığın görüldüğü yer ile ihtiyati tedbir kararının alınması ve icra edilmesi gereken ülke farklı olabilir. MÖHUK'da, Türk mahkemelerinin yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda, genel olarak geçici hukuki koruma tedbirleri, özel olarak da çalışmamızın konusunu oluşturan ihtiyati tedbir kararı alma yetkisini düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durum hem tahkim yargılamasında hem devlet yargısında görülen davalar bakımından teorik ve pratik düzeyde tartışmalara yol açmaktadır.

Devlet yargısında görülen davalar ile tahkim yargısında görülen davalar bakımından Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararı alma yetkisinin olup olmadığı tartışmalarının hareket noktasının farklı olması gerektiği kanısındayız. Türk mahkemelerinde veya yabancı devlet mahkemelerinde görülen veya görülecek olan yabancı unsurlu uyuşmazlıklarla ilgili olarak Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararı alma yetkisine MÖHUK'dan hareketle cevap aranmalıdır. Buna karşılık, tahkim yargılaması söz konusu olduğunda, Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararı alma yetkisi konusunda yapılan tartışmaların esas itibarıyla Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) ekseninde yapılması gerektiği kanısındayız.

Hakemlerin ihtiyati tedbir kararı da dahil olmak üzere geçici hukuki koruma tedbirleri alma yetkileri bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır. Bununla birlikte, hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetme yetkisinin hem tahkim kurumlarının kurallarında hem Türk hukuku da dahil olmak üzere ulusal düzenlemelerde

1 Rifat Erten, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri* (Adalet Yayınevi, 2010) 8; Nimet Özbek, *Milletlerarası Usul Hukukunda Geçici Hukuki Koruma* (Yetkin Yayınları, 2013) 24.

genel kabul gördüğünü hatırlatmakta yarar görüyoruz². Hakemlere geçici hukuku koruma tedbirleri alma yetkisinin tanınması kural olarak mahkemelerin bu tür kararları almasına engel olmadığı gibi, hakemlerin bu konudaki yetkisi taraflarca sınırlandırılabilir veya tamamen ortadan kaldırılabilir.

Bu çalışmanın amacı, Türk mahkemelerinin yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta ihtiyati tedbir kararı alma yetkisini, tahkim yargılamasında ve devlet mahkemeleri önünde görülmekte olan/görülecek davalar açısından tartışmak ve çözüm önerisinde bulunmaktadır. İhtiyati tedbir dışında kalan diğer geçici hukuku koruma tedbirleri bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

II. Doktrindeki Tartışmalar

Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararı alma konusundaki milletlerarası yetkisi ile ilgili tartışmaları MÖHUK ve MTK ekseninde yapılan tartışmalar olarak ikiye ayırmanın konuya farklı bir bakış açısı kazandırabileceği kanısındayız. Elbette MTK'nın yürürlüğe girmesinden sonra, hakemlerin ihtiyati tedbir kararı alma yetkilerinin kabul edilmiş olması, mahkemelerin tahkim yargısında ihtiyati tedbir kararı alma yetkilerini ortadan kaldırmamaktadır.

Doktrinde gerek MÖHUK gerek MTK ekseninde yapılan tartışmaların oturduğu zemini anlayabilmek için 1 Ekim 2011 tarihinden öncesini ve sonrasını ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Bu tarihte, MTK ile birlikte uzun süre yürürlükte olan ve mahkemelerin ihtiyati tedbir kararı verme yetkisi ile ilgili daha elverişli hüküm içeren 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) yürürlükten kalkmıştır. Mülga HUMK döneminde, tedbir kararı almak için şartların gerçekleştiği durumlarda ihtiyati tedbir kararı almaya yetkili bir Türk mahkemesinin bulunup bulunmadığı sorun oluşturmuyordu; üstelik mahkeme uygulaması da bu yöndeydi. Mülga HUMK'un 104. maddesi uyarınca, HUMK'un 101 ve 103. maddelerinde yer alan şartların varlığı halinde davacı "*ihtiyati tedbire en az masrafla karar verecek ve kararı en hızlı icra edecek yer mahkemesinden*" ihtiyati tedbir talep edebilmekteydi. Ancak HMK'nın konuya ilişkin 390. maddesi, ihtiyati tedbirin "*dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkmeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkmeden*" talep edileceğini hükme bağlamış olmakla ister Türkiye'de ister yabancı bir ülkede devlet yargısında ya da tahkim yargısında görülmekte (veya görülecek) olan uyuşmazlıklar bakımından yetersiz kalmakta ve doktrinde yoğun tartışmalara konu olmaktadır.

2 Hakemlerin tahkim yargılaması sırasında çeşitli türden geçici hukuku koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkileri ve "*imperium*" kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız Süheyl Balkar, "Milletlerarası Tahkime Konu Uyuşmazlıklarda Hakemlerin Geçici Koruma Tedbirlerine Hükmedebilme Yetkisi ve Imperium Kavramı", (2017) 16 (2), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 259-293.

İşte mülga HUMK ile HMK düzenlemeleri arasındaki fark geçmişte tartışma konusu olmayan bazı hususların günümüzde tartışılmasına da yol açmış bulunmaktadır³. Bu bağlamda mülga HUMK döneminde olduğu gibi hem devlet hem tahkim yargısına ilişkin olarak MÖHUK'dan hareketle iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları kapsamında çözüm arayışları halen devam etmektedir; ancak HMK'nın 390. maddesinin yetersizliği bazı yeni yaklaşımların ortaya konmasına da vesile olmuştur.

Bugün bulunduğumuz noktada, MTK ekseninde yapılan tartışmalar, asıl uyuşmazlığın tahkim yargısında görüldüğü davalara özgü olarak Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararı alma yetkisini ilgilendirmektedir⁴. Doktrinde ileri sürülen görüşlerin büyük bir kısmı tahkim yargılamasında mahkemelerin ihtiyati tedbir kararı alma yetkisinin MTK'da bulunduğunu kabul etmekte, ancak yetkili mahkemenin hangisi olacağı konusunda iç hukukun yer itibariyle yetki kuralından (ve onun amaca uygun yorumlanmasından) hareket edilmesini savunmaktadır⁵.

MÖHUK ekseninde yapılan tartışmalar, ihtiyati tedbiri düzenleyen iç hukukun yer itibariyle yetki kuralı olan HMK'nın 390. maddesi üzerinde yoğunlaşmaktadır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla doktrinde, HMK'nın 390. maddesini yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda ihtiyati tedbir kararlarının doğasına uygun bir yetki düzenlemesi olarak kabul eden bir görüş bulunmamaktadır⁶.

HMK'nın 390. maddesinden hareketle yapılan tartışmalarda, tarafların yetki anlaşması ile yabancı bir devlet mahkemesini veya hakem mahkemesini yetkili kıldıkları durumlar ile esas hakkındaki uyuşmazlığın yabancı bir devlet mahkemesinde veya tahkim mahkemesinde görüldüğü durumların birlikte ele alındığı görülmektedir. Esas hakkında uyuşmazlığı görmeye yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmadığı durumlarda HMK'nın 390. maddesi uyarınca ihtiyati tedbir kararı almaya yetkili bir Türk mahkemesinin olmamasının yarattığı sıkıntı yorum yoluyla giderilmeye çalışılmaktadır. Bu görüşün dayandığı haklı bir gerekçe de, esas davaya yabancı devlet veya hakem mahkemeleri bakıyorsa, bu mahkemelerin Türkiye'deki mal ve alacaklar ile ilgili olarak verdikleri ihtiyati tedbir kararlarının- geçici nitelikte olmaları nedeniyle- Türkiye'de

3 Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8th edn, Beta 2020) 535; Özbek, (n 1) 131 vd. Mülga HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde, tahkim yargılamasında geçici hukuki koruma tedbirlerini ele alan doktora çalışmasında Balkar, MTK'nın 6. maddesinde yer alan hüküm nedeniyle, mahkemelerin, tahkim anlaşmasına rağmen geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkisini açıkça kabul ettiğini ancak böyle bir ihtimalde hangi mahkemelerin yetkili olacağını düzenlemediğini bu hususu HUMK'daki yetki kurallarına bıraktığını ifade etmektedir: Süheyla Balkar, *Uluslararası Ticari Tahkim ve Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri* (Yayınlanmamış Doktora Tezi 2010) 204.

4 MTK'nın 6/2. maddesinde hakemlerin cebri icra organları tarafından veya diğer resmi makamlar tarafından yerine getirilmesi veya üçüncü kişileri bağlayan kararlar veremeyecekleri hükmüne bağlanmış olduğundan, anılan madde kapsamında hakemler tarafından ihtiyati haciz kararı verilmesi pratikte mümkün görünmemektedir: Melis Taşpolat-Tuğsavul, "4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Hakemlerin ve Mahkemelerin Geçici Hukuki Koruma Kararı Verme Yetkisi" (2014) (16) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan) 2086. Öte yandan, doktrinde bu fıkra hükmünde yer alan düzenlemenin tamamen kaldırılması da önerilmektedir: İlyas, Gölcüklü, *Milletlerarası Tahkimde Dava Açma Yasakları* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 449.

5 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 3) 544-545.

6 Aynı yönde bkz Özbek (n 1)132-133; Defne Deniz Kırılı-Aydemir, *Milletlerarası Usul Hukukunda İhtiyati Tedbirler* (On İki Levha Yayıncılık 2013) 304.

bir etkiye sahip olamayacakları gerçeğidir. Bir cümle ile özetlersek karşımızda şöyle bir tablo bulunmaktadır: HMK'nın 390. maddesi Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi dikkate alınarak hazırlanmamış olduğundan, söz konusu maddenin dayandığı “asıl davaya bakmaya yetkili” bir Türk mahkemesi bulunmadığından ihtiyati tedbir kararı alacak bir Türk mahkemesi bulunmamakta, esas davanın görüldüğü yabancı mahkemenin verdiği ihtiyati tedbir kararlarının -bu kararların geçici olması nedeniyle- Türkiye’de tenfizi imkânı da bulunmamaktadır. Doktrinde hâkim görüş, uyuşmazlığın esası hakkında yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmadığı bütün bu durumlarda HMK'nın 390. maddesinin amaca ve ihtiyaca uygun olarak yorumlanması zaruretine işaret etmektedir. Tek cümleyle ifade etmek gerekirse, bu görüş, söz konusu maddenin, Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararı alma yetkilerinin ortadan kalktığı şeklinde yorumlanamaz⁷. Bu görüşün vardığı sonuca, yukarıda ortaya koyduğumuz tabloyu da göz önüne alarak, asıl uyuşmazlığın yabancı ülke mahkemelerinde görüldüğü durumlar bakımından katılıyoruz. Gerçekten de ihtiyati tedbir kararı alınması için şartlar gerçekleşmiş ise yetkili bir Türk mahkemesi bulunmadığı için bu müessesenin sağladığı hukuki korumadan vazgeçilmesi düşünülemez⁸.

III. Tahkim Yargılamasında Türk Mahkemelerinin İhtiyati Tedbir Alma Yetkisi

MTK ekseninde yapılan tartışmalar ve ileri sürülen görüşlerin temel dayanağı, esas itibariyle MTK'nın 6. ve 3. maddeleridir. MTK'nın “*İhtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz*” kenar başlığını⁹ taşıyan 6 (1). maddesi uyarınca, “*tarafardan birinin, tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında mahkemeden ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz istemesi ve mahkemenin böyle bir tedbire veya hacze karar vermesi, tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmez*”. Bu hükmün açıkça ortaya koyduğu üzere, MTK'ya göre uyuşmazlığın tahkim yargılamasında görüldüğü durumlarda taraflar mahkemeden ihtiyati tedbir talep edebilirler¹⁰. Kanununun 3. maddesi ise yetkili mahkeme ile ilgili bir düzenleme getirmektedir. Söz konusu hükme göre, MTK'da “*mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi; davalının Türkiye’de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkilidir*”.

7 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 3) 543; Aysel Çelikel and Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020) 585.

8 Kırılı-Aydemir (n 6) 304.

9 Söz konusu maddenin HMK'nın 414. maddesinde olduğu gibi, “geçici hukuki koruma” kavramı yerine onun alt türleri olan *ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz* kavramlarına yer vermesi, hakemlerin sadece bu iki tedbire hükmedebileceği şeklinde dar yorumlanmaması gerekir. Aynı yönde Gölcüklü (n 4) 284.

10 Tahkim yargısında mahkemelerin ihtiyati tedbir alma yetkisini tarafların anlaşma yaparak kaldırıp kaldıramayacağı ise ayrı bir tartışmanın konusudur. Bununla birlikte böyle bir anlaşmaya etki tanınıp tanınmayacağı ulusal hukuka göre karar verecek bir husus olduğunu hatırlatmakta yarar görüyoruz: Erten (n 1) 88.

MTK'nın 6. maddesi uyarınca ihtiyati tedbir kararı alınmasının, anılan Kanunun 3. maddesi anlamında “mahkeme tarafından yapılacak belirtilen işlerden” olduğu tartışmaya mahal bırakmayacak kadar açıktır¹¹. İşte bu nedenle, MTK'dan hareketle konuyu tartışanlar tahkim yerinin Türkiye olduğu durumlarda esas itibarıyla MTK'nın 6. ve 3. maddelerini birlikte değerlendirmekte ve MTK'nın uygulama alanına giren uyuşmazlıklar bakımından ihtiyati tedbir kararı vermeye milletlerarası yetkisi bulunan bir Türk mahkemesinin olduğu sonucuna varmaktadır. Kanımızca, ihtiyati tedbir kararları düşünülerek kaleme alınmadığı için MTK'nın 3. maddesindeki hangi mahkemenin yetkili olacağını belirleyen kıstaslar ihtiyati tedbir kararı alma yetkisi bakımından ideal kıstas olmaktan uzaktır. Bununla birlikte, söz konusu madde, yetkili bir Türk mahkemesi temin etmesi nedeniyle ihtiyati tedbirler bakımından da kullanılabilir¹². Bu görüş bağlamında, resmin tamamını ortaya koyabilmek için MTK'nın uygulama alanına ilişkin 1/(3). maddesinde yer alan “bu Kanunun 5 ve 6 ncı madde hükümleri, tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da” uygulanacağını öngören hükmün yorumu önem taşımaktadır. Böylelikle, tahkim yeri yabancı bir ülke olduğunda, MTK'nın uygulanmasının kararlaştırılıp kararlaştırılmadığı ayrımı yapılarak konu tartışılrsa da¹³, MTK m. 6 uyarınca Türk mahkemelerinden ihtiyati tedbir talep edilebileceği sonucuna ulaşmak mümkün olmaktadır¹⁴.

A. MTK'nın Uygulama Alanının Mahkemelerin İhtiyati Tedbir Kararı Alma Yetkisi Üzerindeki Etkisi

Konuya ilişkin olarak yapılan tartışmalar üzerindeki etkisi ve aşağıda yapacağımız ayrımlara esas teşkil etmesi nedeniyle Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulama alanını belirleyen 1. maddenin 2. fıkrası üzerinde durmanın yararlı olacağı kanısındayız. Söz konusu hüküm uyarınca Kanunun uygulama alanı için iki durum öngörülmüştür. İlk durum yabancı unsurun bulunması şartıyla tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklardır. İkincisi ise tarafların ya da hakem veya hakem kurulunun MTK hükümlerinin uygulanmasını kararlaştırdığı durumlardır¹⁵. Tahkim yerinin Türkiye olduğu ve yabancı unsurun bulunduğu ilk durumda Kanunun uygulama alanı tartışmaya yer bırakmayacak kadar açıktır. Bu durumda, uyuşmazlığın MTK'ya göre çözülmesi zorunludur¹⁶. Halbuki tarafların ya

11 Aynı yönde bkz İlyas Arslan, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Türk Mahkemelerinin İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisi” (2016) 27(7) TADD 718.

12 Talebe konu hak veya şeyin bulunduğu yer kıstası mahkemelerin ihtiyati tedbir kararı verme yetkisini tesis etmek için uygun bir kıstas olduğu kanısındayız.

13 Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017) 587; Ergin Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku* (2nd edn, Beta 2018) 271; Arslan (n 11) 713-714.

14 Taşpolat-Tuğsavul, tahkim yerinin Türkiye dışında olması dolayısıyla aslında MTK'nın uygulanmayacağı uyuşmazlıklarda da Türk mahkemelerinden geçici hukuki koruma tedbiri talep edilebileceğini, ancak yetkili mahkemenin MTK'nın 3. maddesi uyarınca değil HMK'dan hareketle tayini gerektiği sonucuna varmaktadır: Taşpolat-Tuğsavul (n 4) 2098.

15 MTK'nın 1(2). maddesi uyarınca bu Kanun “yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.”

16 Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (n 12) 583.

da hakem veya hakem kurulunun, MTK'nın uygulanmasını kararlaştırdığı durumda Kanunun uygulama alanı ile ilgili bazı hususların açıklığa kavuşturulması gerekir. HMK'nın 407. maddesine rağmen¹⁷ tahkim yerinin Türkiye olduğu yabancı unsur taşımayan uyuşmazlıklarda MTK'nın uygulanması kararlaştırılabilir mi? Doktrinde, tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklar bakımından yabancı unsur taşımada da tarafların MTK'nın uygulamasını kararlaştıracakları kabul edilmektedir¹⁸. Bu görüş, MTK'nın 1. maddesinin 2. paragrafında öngörülen hükmün geniş yorumlanarak Kanunun uygulama alanının da genişletilmesi sonucunu doğurmaktadır. Tarafların iradesinin tahkim yargılamasının temel dayanağı olmasından hareket etmesi ve irade muhtariyetini öncelemesi nedeniyle¹⁹, tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklarda yabancı unsur bulunmasa dahi, eğer tarafların iradesi bu doğrultuda ise MTK'nın uygulaması gerektiği görüşüne katılıyoruz. Bununla karşılık, tahkim yerinin Türkiye olduğu ve fakat yabancı unsur taşımayan uyuşmazlıklar bakımından *hakemlerin* MTK'nın uygulanmasını kararlaştıramayacakları kanısındayız.

Tahkim yerinin yabancı ülke olduğu ve MTK'nın uygulanmasının kararlaştırıldığı durumlarda yabancı unsurun aranıp aranmayacağı hususunun da açıklığa kavuşturulması gerekir. MTK'nın 1. maddesinin 2. fıkrasının kaleme alınış tarzından hareketle, tahkim yerinin yabancı bir ülke olması halinde, yabancı unsurun MTK'nın uygulanmasının ön koşulu olarak arandığı sonucuna ulaşmak zordur. Bu durumda, uyuşmazlık yabancı unsur taşımada da MTK uygulanacaktır²⁰. Tahkim yerinin yabancı bir ülke olduğu, ancak MTK hükümlerinin uygulanmasının kararlaştırıldığı durumlarda MTK'nın uygulanmasının öngörülmesi -yabancı unsurun ön koşul olup olmadığı tartışmasından bağımsız olarak- bazı sıkıntılar yaratmaktadır. Çünkü böyle durumlarda MTK'nın bütünüyle uygulanmasını beklemek gerçekçi değildir. Tahkim yeri hukukunun usule uygulanacak hukuk (*lex arbitri*) sıfatıyla MTK'nın bazı hükümlerinin uygulanmasına engel olma ihtimali yüksektir. Yani, böyle bir durumda MTK'nın, ancak *lex arbitri*'nin süzgecinden geçerek uygulanacağını göz ardı edilmemesi gerekir.

Tahkim yerinin Türkiye olduğu ve yabancı unsurun bulunmadığı uyuşmazlıklarda ise esas itibarıyla HMK uygulanacaktır.

MTK'nın 1. maddesinin 2 paragrafı bağlamında Kanunun kapsamı dışında kalan uyuşmazlıklara MTK'nın uygulanamayacağı açıktır²¹. Ancak bu durumun MTK'nın 1(3). maddesinden²² kaynaklanan iki istisnası bulunmaktadır. İlk istisna, tahkim

17 HMK'nın 407. maddesi, MTK'nın tanımladığı anlamda yabancı unsur içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında HMK'nın tahkime ilişkin hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir.

18 Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (n 12) 583-584; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (4th edn, Vedat Kitapçılık 2016) 52. Ayrıca bkz Yargıtay 15. HD, 2014/3330 E. 2014/4607K., 1.7.2014.

19 Aynı yönde bkz Işıl Özkan/ Uğur Tütüncübaşı, *Uluslararası Usul Hukuku* (Adalet Yayınevi 2017) 250.

20 Bilgehan Yeşilova, "*Lex (Loci) Arbitri*" ve "*Tahkim Yeri*" Kavramları Işığında Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Yer İtibarıyla Uygulama Alanı (2013) 2 (1) Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, 140.

21 Aynı yönde bkz Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 18) 51.

22 "*Bu Kanunun 5 ve 6 ncı madde hükümleri, tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da uygulanır*".

anlaşmasına rağmen taraflardan birinin uyuşmazlığı Türk mahkemesi önüne getirmesi halinde, MTK. m. 5 uyarınca tahkim itirazında bulunulmasıdır. İkinci istisna ise, tahkim yeri yurt dışında olsa dahi MTK'nın 6. maddesine dayanılarak Türk mahkemesinden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı istenmesinin mümkün olmasıdır. İlk durumda, yani 5. madde bağlamında MTK'nın uygulanacağı kanısındayız. Örneğin, tahkim yeri yabancı bir ülke olarak taraflarca kararlaştırılmış ise ve uyuşmazlığın Türk mahkemesi önüne getirilmesi durumunda MTK'nın 5. maddesi uyarınca anılan mahkemeye tahkim itirazı yapılacaktır. Buna karşılık, ikinci durumda, yani ihtiyati tedbir ile ilgili düzenleme getiren 6. madde bağlamında, MTK'nın uygulanıp uygulanmayacağı tahkim yerinin Türkiye olduğu ve olmadığı haller ayrımı yapılarak tartışılmaktadır.

B. MTK'nın Uygulama Alanı ve MÖHUK

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, asıl uyuşmazlığın tahkim yargısında görüldüğü durumlarda, MÖHUK'un 40. maddesinde yapılan göndermeden hareketle iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralı olan HMK'nın 390. maddesinin yorumu yoluyla Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir alma konusundaki milletlerarası yetkisinin tespit edilmesine gerek bulunmamaktadır²³. Tahkim anlaşması olmasaydı hangi Türk mahkemesi yetkili olacak idiyse bu mahkemenin HMK'nın 390. maddesi uyarınca ihtiyati tedbir kararı alma yetkisi olduğu sonucuna varmaktansa²⁴, MTK'da yer alan hükümleri kullanmanın gerekli ve yeterli olduğu kanısındayız. Üstelik, tahkim yargısında MTK'nın hükümlerinin, MÖHUK'tan hareketle uyuşmazlığın esasını görmeye milletlerarası yetkisi bulunan bir Türk mahkemesi olsa da olmasa da uygulanması imkânı vardır. Tahkim yargısı kapsamında vardığımız bu sonuç, aşağıda ayrı bir başlıkta ele alınacak olan yabancı devlet mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar ile Türk mahkemelerinde görülen yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından ihtiyati tedbir kararı verilmesi ihtimali için geçerli değildir.

C. Tahkim Yerinin Türkiye'de Olması

Tahkim yerinin Türkiye olması nedeniyle, MTK'nın uygulandığı yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda tahkim yargılaması başından sonuna kadar Türk hukukuna tâbi olacak ve MTK *lex arbitri*'nin bir parçası olarak uygulanacaktır. Bu durumda, tarafların Türk mahkemesinden ihtiyati tedbir talep edip edemeyeceği ve hangi mahkemenin yetkili olacağı sorularının cevabı da açıktır. Şöyle ki, uyuşmazlık tahkim yargılamasında görülse dahi, bir devletin mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararı alma yetkisinin olup olmadığına *lex fori* karar vereceğinden²⁵, her mahkeme, yabancı bir ülkede veya kendi ülkesinde

23 Karşılaştığımız Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 3) 543-544; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019) 238; Çelikel-Erdem (n 7) 582-583; Özkan/Tüttüçübaşı (n 19) 257.

24 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 3) 545.

25 Her mahkeme yetkisini kendi hukuk düzeninden aldığı için bu konuda her ülkenin uygulaması farklılık arz edebilir: Erten (n 1) 87.

görülen tahkim yargılamasında ihtiyati tedbir kararı vermeye yetkili olup olmadığını kendi hukukuna göre tayin eder. Türk hukukunda yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda *tahkim yargılaması bakımından* özel bir düzenleme olan MTK ile Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararı alma yetkisinin bulunduğu sonucuna, anılan Kanunun 6. ve 3. maddesinde yer alan hükümlerin birlikte değerlendirilmesi suretiyle varılmaktadır.

MTK'nın 3. maddesinde yer alan hüküm uyarınca "*mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde*", eğer davalının Türkiye'de yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da iş yeri varsa bu yerdeki asliye hukuk mahkemeleri yetkilidir. Bunların hiçbiri yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkilidir. İşte bu hüküm nedeniyle, taraflar MTK'nın 6. maddesine dayanarak Türk mahkemesinden ihtiyati tedbir kararı almak istediklerinde yetkili bir mahkeme mutlaka olacaktır. Buradan çıkan sonuç, ihtiyati tedbir kararı alınması için aranan şartlar gerçekleşmiş ise, MTK'nın tahkim yerinin Türkiye olması sebebiyle uygulandığı durumda, 3. maddedeki mahkemeler ihtiyati tedbir kararı vermeye yetkili olacaktır²⁶. Bununla birlikte, HMK'nın 114(1) (h). maddesi uyarınca "hukuki yarar" dava şartı olduğu için ihtiyati tedbir konusunun Türkiye'de bulunmadığı veya Türkiye ile hiçbir bağlantının mevcut olmadığı durumlarda tedbir talebinin hukuki yarar yokluğundan reddedilmesi gerektiğini hatırlatmakta yarar görüyoruz.

D. Tahkim Yerinin Türkiye Dışında Olması

MTK'nın 1(3). maddesi, mahkemelerden ihtiyati tedbir talep edilebileceğini düzenleyen 6. maddenin *tahkim yerinin yabancı ülke olduğu durumlarda uygulanmasını* öngörmektedir. Bu husus iki ihtimali kapsamaktadır. İlk ihtimal, tahkim yerinin yabancı bir ülke olduğu ancak tarafların veya hakem heyetinin tahkim usulüne uygulanmak üzere MTK'yı seçtiği hallerdir -ki bu durumda MTK uygulanır. İkinci ihtimal ise başka bir ülkede görülen tahkim yargılamasında MTK'nın uygulanması taraflarca veya hakemlerce *kararlaştırılmamıştır*- ki bu durum MTK'nın uygulama alanına girmemektedir.

İlk ihtimalde, taraflar ya da hakem veya hakem kurulu MTK'nın uygulanmasını kararlaştırdıkları için tahkim yeri yabancı bir ülke olsa dahi bir önceki başlıkta tartıştığımız üzere MTK'nın 6. ve 3. maddelerinden hareketle, şartları gerçekleştiği takdirde, her durumda ihtiyati tedbir kararı almaya yetkili Türk mahkemelerinin bulunduğu sonucuna varılabilir. Bununla birlikte, tahkim yerinin yabancı bir ülke olduğu durumlarda, esasen tahkim yargılamasına uygulanacak hukukun anılan ülkenin hukuku olduğunu, bu bağlamda, MTK'nın ancak tahkim yeri hukukunun emredici kurallarına aykırı olmadıkça uygulama alanı bulabileceğini tekrar hatırlatmakta

²⁶ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (n 13) 587.

yarar görüyoruz²⁷. Örneğın, tahkim yeri hukukunun tahkim yargılaması sırasında mahkemelerden ihtiyati tedbir kararı alınmasını çok ağır şartlara bağlamış olması veya yasaklamış olması söz konusu olabilir. Yahut zayıf bir ihtimal de olsa, tahkim yeri hukuku, mahkemelerin ihtiyati tedbir kararı almasının tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil edeceğini hükme bağlanmış olabilir. Böyle durumlarda Türk mahkemeleri MTK'nın 6. ve 3. maddelerinden hareketle, ihtiyati tedbir kararı almaya yine de yetkili olacak mıdır? Mahkemeler ihtiyati tedbir kararı alma konusundaki yetkilerini kendi hukuk düzeninden aldığı için bu soruya olumlu cevap verilmesi gerektiğı kanısındayız. Zira Türk mahkemelerinin hangi hallerde ihtiyati tedbir kararı alacağı ve bu konuda hangi Türk mahkemesinin milletlerarası yetkiyi haiz bulunduğu sorusunun cevabını Türk hukuku dışında bir hukuk veremez. Dolayısıyla, tahkim yerinin yabancı ülke olduğu hallerde tahkim yeri hukuku uyarınca mahkemelerden ihtiyati tedbir kararı alınmasına engel olan bir düzenleme Türk mahkemeleri bakımından hüküm ifade etmeyecektir. Türk mahkemesi, Türk kanunları uyarınca milletlerarası yetkisinin olduğuna karar verirse -tedbir kararı almayı gerektiren şartlar da gerçekleşmiş ise- kendisinden talep edilen ihtiyati tedbir kararını alacaktır. O halde, tahkim yerinin yabancı bir ülke olduğu durumlarda MTK'nın uygulanmasının kararlaştırılmış olmasının pratik bir yaklaşım olmadığı hususu bir tarafa bırakılacak olursa, tahkim yerinin emredici kurallarından bağımsız olarak, Türk mahkemesinin MTK'nın 6. ve 3. maddesi kapsamında ihtiyati tedbir kararı alma yetkisinin olduğu kabul edilmelidir.

İkinci ihtimalde, tahkim yeri yabancı bir ülke olup MTK'nın uygulanması kararlaştırılmadığından MTK'nın uygulama alanı bulmadığı bir tahkim yargılaması söz konusudur; ancak Türk mahkemelerinden ihtiyati tedbir talep edilmesi zarureti hasıl olmuştur. Burada MTK uyarınca Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararı alma yetkisinin bulunup bulunmadığı sorusuna verilecek cevap MTK'nın 1(3). maddesinin uygulama alanının belirlenmesi ile ortaya çıkabilir. Söz konusu hüküm, mahkemelerden ihtiyati tedbir talep edilebileceğini düzenleyen MTK'nın 6. maddesinin, tahkim yerinin yabancı ülke olduğu durumlarda dahi uygulanacağını öngörmektedir. Burada asıl üzerinde durulması gereken husus, MTK'nın 1(3). maddesinde yer alan hükmün, tahkim yerinin yabancı ülke olduğu *her ihtimali* mi kapsadığı, yoksa sadece MTK'nın uygulanmasının kararlaştırıldığı durumları mı kapsadığıdır. Bu soruya verilecek cevap, 1/(3). maddenin dar veya geniş yorumlanmasına göre değişmektedir.

Dar yorumun tercih edilmesi halinde, MTK'nın uygulama alanı bulmadığı bir durumda yine MTK'dan hareketle Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararı verme yetkisinin olduğunu iddia etmek mümkün görünmemektedir²⁸. O halde,

27 Ali Yeşilırmak, Legal Framework, *Arbitration in Turkey* (Eds Ali Yeşilırmak/İsmail Esin), Wolters Kluwer Law and Business, 2015) 4.

28 Doktrinde MTK'nın 6. maddesinin hükmünün uygulama alanının MTK'nın uygulandığı tahkim davaları ile sınırlı olduğu görüşünde olan Nomer, MTK'nın uygulanmadığı durumlar için MTK'nın 6. maddesinin 4. fıkrasının HMK'ya göre ihtiyati tedbir talebinde bulunabilme imkanını sağladığını ifade etmektedir: Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (n 13) 587; Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku* (n 13) 271.

MTK uygulanamayacağı için onun 6. maddesinden hareketle yine MTK'nın 3. maddesinde sayılan mahkemelerin yetkili olduğu sonucuna varılması ihtimali ortadan kalkacaktır. Dolayısıyla tahkim yerinin Türkiye olmadığı ve taraflar ya da hakem veya hakem kurulu tarafından MTK'nın uygulanması *kararlaştırılmadığı* takdirde ihtiyati tedbir konusunda yetkili olup olmadıklarına Türk mahkemeleri MTK uyarınca karar veremeyecek demektir²⁹. Bu yorumun doğal sonucu olarak bu tür durumlarda, Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararı almaya milletlerarası yetkisinin olup olmadığı, MÖHUK'un 40. maddesinin yaptığı gönderme nedeniyle HMK'nın 390. maddesi uyarınca belirlenmelidir. Daha önce belirttiğimiz üzere, söz konusu madde asıl uyuşmazlığın tahkim yargısında görüldüğü durumlarda ihtiyati tedbir kararı almaya yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmadığı sonucuna varmamıza yol açacak yetersiz bir düzenlemedir. Bu nedenle, doktrinde hâkim olan görüş, tahkim anlaşması yapılmıyorsa uyuşmazlığın esası hakkında yetkili olacak Türk mahkemesinin ihtiyati tedbir kararı almaya da yetkili olacağını savunmaktadır³⁰.

MTK'nın 1(3) maddesinin geniş yorumu, uluslararası tahkimin ihtiyaçlarına daha uygun bir cevap temin edebilir. Söz konusu madde, ihtiyati tedbir kararına ilişkin 6. maddenin, sadece MTK'nın uygulamasının kararlaştırıldığı durumlarda uygulanacağını açıkça öngörmediğine göre maddenin uygulama alanını daraltan herhangi bir sınırlama yapmaya gerek yoktur. MTK'nın 1/(3). maddesinin geniş yorumlanmasına engel olacak başka bir düzenleme de bulunmadığına göre, *MTK'nın uygulanmasının kararlaştırılmadığı tahkim yerinin yabancı bir ülke olduğu hallerde* de Türk mahkemelerinin MTK'nın 6. ve 3. maddesi kapsamında ihtiyati tedbir kararı alma yetkisinin bulunduğu kanısındayız.

Sonuç olarak tahkim yerinin yabancı ülke olduğu her durumda, ister MTK'nın uygulanması kararlaştırılsın ister kararlaştırılmasın MTK'nın 3(1). maddesi kapsamında Türk mahkemelerinin -şartları gerçekleştiği takdirde- ihtiyati tedbir kararı alma yetkisinin bulunduğu kanısındayız. Dolayısıyla bu durumlarda da MÖHUK'un 40. maddesinden hareketle yetki tesisine ihtiyaç kalmamaktadır.

IV. Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıkların Türkiye'de Veya Yabancı Devlet Mahkemelerinde Görülmesi Halinde Türk Mahkemelerinin İhtiyati Tedbir Kararı Alma Yetkisi

A. MÖHUK Kapsamında Çözüm Aramanın Gerekliliği

Yukarıda, çalışmamızın başında ortaya koyduğumuz üzere, devlet yargısında görülen yabancı unsurlu uyuşmazlıklarla bağlantılı olarak Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararı alma yetkisi konusunda hareket noktası MÖHUK olmalıdır. Gerçekten de,

²⁹ Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku* (n 13) 271.

³⁰ Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 3) 545.

MÖHUK’da özel bir düzenleme yer almadığına göre Türk mahkemelerinin bu konuda milletlerarası yetkisinin olup olmadığı, Kanunun 40. maddesinin yaptığı gönderme esas alınarak iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları uyarınca tayin edilecektir. Türk mahkemelerinin yabancı unsurlu uyuşmazlıklarla ilgili olarak ihtiyati tedbir kararı almaya milletlerarası yetkisinin bulunup bulunmadığının tespitinde konuya ilişkin olarak getirilen HMK’nın 390. maddesindeki yetki kurallarından hareket etmek dışında bir seçeneğimiz bulunmamaktadır³¹. Bununla beraber, aşağıda etraflıca açıklanacağı üzere, söz konusu madde bu konuda yetersiz kalmaktadır.

HMK’nın 390. maddesi uyarınca “*ihtiyati tedbir, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir*”. Ne var ki, esas itibarıyla HMK ve onun 390. maddesi iç hukuka ait uyuşmazlıklar düşünülerek kaleme alınmış³² olması nedeniyle uyuşmazlığın esası bakımından Türk mahkemelerinin yetkili olacağı varsayımından hareket etmektedir. Türk mahkemelerinin asıl dava bakımından yetkili olmayacağı veya asıl davanın yabancı ülkede açılmış ve/veya açılacak olması ihtimali 390. maddede tamamıyla göz ardı edilmiştir. Dolayısıyla, HMK’nın 390. maddesi uyarınca, ihtiyati tedbir kararı alacak yetkili bir Türk mahkemesi bulmak, bütün yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından değil, *sadece* Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunduğu yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından mümkündür. Buna karşılık, uyuşmazlığın esası hakkında milletlerarası yetkiyi haiz Türk mahkemeleri yoksa veya dava yetki anlaşması nedeniyle zaten yabancı ülke mahkemesinde açılacaksa ya da davacı davasını mahkemeleri yetkili olan yabancı ülkede açacaksa, *dava açılmadan önce* talep edilecek ihtiyati tedbir kararları için yetkili bir Türk mahkemesinin olduğu sonucuna varılması zordur. Aynı şekilde, söz konusu maddede, *dava açıldıktan sonra* talep edilecek ihtiyati tedbir bakımından sadece asıl davanın görüldüğü mahkemenin yetkili olacağı belirtilmiş olduğundan, halihazırda asıl dava yabancı bir mahkemede derdest ise yine ihtiyati tedbir kararı almak için yetkili bir Türk mahkemesinin varlığından bahsetmek mümkün görünmemektedir³³.

B. Yetkili Bir Türk Mahkemesine Duyulan İhtiyaç

İhtiyati tedbir kararı verilmesi için aranacak şartlar çalışmamızın kapsamı dışında kalsa da, bu şartların niteliğine göz attığımızda, HMK’nın 390. maddesindeki kuralın doğal bir sonucu olarak, sırf Türkiye’de yetkili bir mahkeme bulunmadığı gerekçesiyle ihtiyati tedbir kararı alınamamasının menfaatler dengesini ne derece sarsacağı kolaylıkla anlaşılabilir. Örneğin, ihtiyati tedbir kararı verilmesi için HMK’nın 389.

31 Aynı yönde bkz Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş Yayınevi 2020) 100.

32 Aynı yönde bkz Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 3) 550, dn. 330; Doğan (n 31) 99; Arslan (n 11) 714.

33 Mülga HMUK’un. 104. maddesinin yürürlükte olduğu dönem boyunca, yetkili Türk mahkemesinin varlığını tespit etmek daha kolaydı. Söz konusu hüküm uyarınca, m. 101 ve 103’de yer alan şartların varlığı halinde davacı “*ihtiyati tedbire en az masrafla karar verecek ve kararı en hızlı icra edecek yer mahkemesinden*” ihtiyati tedbir talep edebilmekteydi.

maddesinde aranan şartlara göz atıldığında, hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşmasından veya imkânsız hale gelmesinden veya gecikme nedeniyle ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesinden bahsedildiği görülmektedir³⁴. O halde, yukarıda belirttiğimiz üzere, MÖHUK ve HMK'daki düzenlemelerden hareketle asıl dava bakımından milletlerarası yetkiyi haiz bir Türk mahkemesinin bulunmaması, ihtiyati tedbir müessesesinin temelinde yatan amaçla bağdaşmadığı gibi, başta gerçek bir kararın verilmesindeki düzen menfaati olmak üzere bazı uluslararası özel hukuk menfaatleri ile de çatışmaktadır. Çünkü, şartları oluşmasına rağmen ihtiyati tedbir kararının verilememesi asıl davada verilecek bir hükmü etkisiz hale getirebilir. Örneğin, HMK'nın 390. maddesinde yer alan hüküm nedeniyle, sırf yetkili bir mahkeme olmadığı gerekçesiyle, uyumsuzluk konusu olan hisselerin davalı tarafından bir başkasına devrinin acilen durdurulması ihtiyati tedbir kararı ile sağlanamayacaksa, asıl davada verilen karar ile söz konusu hisselerin davacıya ait olduğuna hükmedilmiş olmasının hiçbir önemi kalmayacaktır. Bu durumda, asıl davada verilen karar icra kabiliyeti bulunmayan bir karar olacaktır.

Yukarıda açıklanan sebeplerle, uluslararası özel hukuk menfaatleri dikkate alındığında, tedbir konusu şey ile Türk mahkemeleri arasında “gerçek” ve “geçerli” bir bağlantının bulunduğu ve ihtiyati tedbir kararı almanın şartlarının gerçekleştiği durumlarda, asıl dava bakımından milletlerarası yetkiyi haiz bir Türk mahkemesi bulunmasa veya asıl dava yabancı bir ülkede görülse dahi ihtiyati tedbir kararı alacak yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmasını sağlayacak bir düzenlemenin bulunması şarttır.

Nitekim doktrinde böyle bir zaruretin varlığı kabul edilerek -ancak tahkim yargısı ve devlet yargısı ayırımına gidilmeksizin- HMK'nın 390. maddesinin amaca uygun yorumlanması üzerinde durulmaktadır³⁵. Bu görüş, tahkim yargısı bakımından mahkemelerce bir ihtiyati tedbir kararı alınması zarureti hasıl olduğunda *adeta taraflar arasında tahkim anlaşması yokmuşçasına* yetkili bir Türk mahkemesinin bulunup bulunmadığının tespit edilmesini³⁶, böyle bir mahkeme varsa bu mahkemenin yetkili

34 Anılan madde uyarınca, “*mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyumsuzluk konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir.*”

35 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 3) 544; Çelikel/Erdem (n 7) 583; Doğan (n 31) 101. Karş Özbek (n 1) 133.

36 Doktrinde konu yetki anlaşmaları kapsamında da tartışılmıştır. Mülga MÖHUK ve mülga HUMK döneminde yetki anlaşmaları bakımından genel kabul gören anlayış, Türk mahkemelerinin böyle bir anlaşmanın varlığı nedeniyle davanın esası hakkında karar veremeyecek olması halinde bile, Türk hukuku açısından şartların gerçekleşmesi halinde geçici tedbir kararı almaya yetkili sayılması gerektiği yönündeydi: Sargın Fügen, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları*. (Yetkin Yayınevi 1996) 204; Nuray Ekşi, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (2. Baskı, Beta 2000) 228. Bu anlayış doğrultusunda verilen mahkeme kararlarına da rastlanmaktaydı. Yeni HMK ile başlayan dönemde, doktrinde MÖHUK'un 47. maddesi kapsamında konu tartışılırken, HMK 390'nun yetersizliği nedeniyle mülga HUMK dönemindeki yaklaşımın kabul edilmesi görüşü ağır basmaktadır. Anılan madde uyarınca bir yetki anlaşmasının yapıldığı durumlarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin kalkması nedeniyle, Türkiye'de asıl dava bakımından yetkili olan bir Türk mahkemesi olmasa da, şartları oluştuğu halde, tarafların Türk mahkemelerinden ihtiyati tedbir talep etmelerine MÖHUK'un 47. maddesinin engel olacağı sonucuna varılamaz: Çelikel/Erdem (n 7) 58-583; Doğan (n 31) 101; Kırılı-Aydemir (n 6) 316. Nomer, yetki anlaşması ile yabancı bir devlet mahkemesinin yetkilendirilmiş olmasının Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir (ve ihtiyati haciz) kararı verebilme yetkisini etkilemeyeceğini savunmaktadır: Ergin, Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (n 13) 487. Özbek ise, yetki anlaşmasıyla yabancı bir devlet mahkemesinin yetkili kılınması halinde ihtiyati tedbir kararları bakımından Türk mahkemelerinin yetkisinin hukuki dayanağının açık olarak düzenlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir: Özbek (n 1) 118.

olmasını savunmaktadır. Bu görüş, yabancı bir devlet mahkemesinin yetkili olduğu uyuşmazlıkları da kapsayacak şekilde HMK'nın 390. maddesinin amaca yönelik olarak yorumlanmasını savunmaktadır. Bu bağlamda, HMK'nın 390. maddesi uyarınca asıl dava bakımından yetkili bir Türk mahkemesi bulunmasa bile somut olayın özelliklerine göre önleyici veya koruyucu bir tedbire ihtiyaç duyuluyorsa Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararı verilebileceği sonucuna varılmaktadır³⁷.

İhtiyati tedbir kararı almak için tüm şartların gerçekleştiği ve Türk mahkemelerinin yabancı unsurlu uyuşmazlıklarla ilgili olarak ihtiyati tedbir kararı almasının zaruri olduğu durumlarda bu görüş makul bir çözüm önerisi olarak kabul edilebilirse de, son tahlilde amaca yönelik bir yaklaşımla Türk mahkemelerinin yabancı unsurlu uyuşmazlıklarla ilgili olarak ihtiyati tedbir kararı almaya *milletlerarası yetkisinin bulunmadığı durumlarda dahi* Türk mahkemelerinin yetkili olacağını kabul etmektedir. Bu açıdan, Türk mahkemelerinin yabancı unsurlu uyuşmazlıklarla ilgili olarak ihtiyati tedbir kararı almaya yetkisi bakımından yaşanan sıkıntı devam etmektedir.

Nitekim Şanlıurfa 3. Asliye Hukuk Mahkemesi 2012 yılında verdiği bir kararda, taraflar arasındaki tahkim şartından hareketle, HMK'nın 390. maddesinin “*esas dava bakımından Türk mahkemelerinin yerel ve uluslararası yetkisinin bulunmadığı durumlarda Türk mahkemelerinin tedbir kararı vermesine imkan tanımadığı*” sonucuna ulaşmıştır³⁸. Bu karar, doktrinde HMK'nın 390. maddesinin, uyuşmazlığın esası bakımından yabancı mahkemelerin veya hakem heyetinin yetkili olduğu durumlarda, Türk milletlerarası usul hukukunun ilkelerine aykırı bir şekilde, Türk mahkemelerinden ihtiyati tedbir talep edilemeyeceği şeklinde yorumlanabileceğinin bir örneği olarak sunulmaktadır³⁹. Yerel mahkemenin verdiği bu karar tahkim yargısı bakımından MTK'nın 6. ve 3. maddeleri karşısında isabetli *olmamakla* beraber, Türk veya yabancı ülke mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarla Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararı alması konusundaki yetkisini belirlemede HMK'nın 390. maddesinin yetersiz kaldığını teyit etmektedir.

E. HMK'nın 390. maddesinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Teklif

Yukarıda yapılan açıklamaların ve doktrinde yapılan yorumların ortaya koyduğu üzere Türk mahkemelerinin yabancı unsurlu uyuşmazlıklarla ilgili olarak ihtiyati tedbir kararı almaya yetkisi bakımından özel bir yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır⁴⁰. Nitekim amaca yönelik bir yorum yapılsa da, sadece iç hukuk ilişkileri dikkate alınarak hazırlanan HMK'nın 390. maddesinin, özellikle asıl dava bakımından milletlerarası

37 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 3) 548-549.

38 Şanlıurfa 3. Asliye Hukuk Mahkemesi, 2012/190E, 2012/189K. 09.11.2012; Çelikel and Erdem (n 7) 582-583, dn 31'den naklen).

39 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 3) 549; Şanlı, Ticari Akitler (n 23) 242; Çelikel and Erdem (n 7) 582.

40 Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararları bakımından milletlerarası yetkisine ilişkin özel bir düzenleme yapılmasının en gerçekçi çözüm olduğunu kabul eden görüş için bkz Özbek (n 1) 133.

yetkiye sahip bir Türk mahkemesinin bulunmadığı durumlar bakımından bir çözüm sunmadığı açıktır.

Doktrinde yapılan eleştirilerin etkisiyle Mart 2020’de Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Teklifi ile yukarıda bahsettiğimiz sorunlara bir çözüm getirilmeye çalışılmıştır. Teklifin, 41. maddesinde HMK’nın 390. maddesinin birinci fıkrasına “*esas hakkında yabancı devlet mahkemesinin, hakemin veya hakem kurulunun görevli ve yetkili olması halinde, ihtiyati tedbir, bu talebe konu hak veya şeyin bulunduğu yer Türk mahkemelerinden talep edilir*” ifadesinin eklenmesi teklif edilmiştir⁴¹.

Teklifin 41. maddesinin gerekçesinde şu açıklamalara yer verilmiştir: “*Maddeyle, Kanunun ihtiyati tedbir talebini düzenleyen 390 ıncı maddesinde değişiklik yapılmaktadır. Bir uyuşmazlıkta yabancı bir devlet mahkemesinin veya yabancı bir hakem veya hakem kurulunun görevli ve yetkili olması, o uyuşmazlığın esası bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini ortadan kaldırmaktadır. Buna bağlı olarak uygulamada, esas hakkında yabancı bir mahkemenin veya yabancı bir hakem veya hakem kurulunun görevli ve yetkili olduğu hallerde, Türk mahkemelerinin, esas hakkında yetkili mahkeme olmadıkları gerekçesiyle ihtiyatî tedbir talepleri bakımından kendilerini yetkili görmedikleri kabul edilmektedir. Yabancı mahkemelerde açılan davalar veya yabancı ülkelerde yürütülen tahkim yargılamalarında, Türk mahkemelerinin tedbir kararı veremeyeceği yönündeki sonuç, yargılama hukukunun amaçları ile bağdaşmamaktadır. Yabancılık unsurlu işlemlerin taraflarına ihtiyati tedbir korumasının sağlanması, bizatihi hukukun gayesi içindedir.*

Diğer taraftan ihtiyatî tedbir kararları, geçici nitelikte bir hukuki koruma sağladığından, yabancı mahkemelerce veya hakem heyetlerince verilen ihtiyatî tedbir kararlarının tanınması ve tenfizi de mümkün değildir. Bu durumda, esas davaya bakmakta olan yabancı mahkemenin veya hakemin ya da hakem heyetinin, Türkiye’deki mal ve alacaklarla ilgili olarak vereceği tedbir kararı, Türkiye’de bir etkiye sahip olmayacak ve dolayısıyla yabancı mahkeme veya hakem heyetindeki davanın nihaî hedefi bakımından davacıya bir koruma sağlanamayacaktır. Düzenlemeyle, esas hakkında yabancı bir devlet mahkemesinin veya hakemin ya da hakem kurulunun görevli ve yetkili olması halinde, ihtiyati tedbir istemine konu hak veya şeyin bulunduğu yerdeki Türk mahkemelerinden ihtiyati tedbir talep edileceği hükme bağlanmaktadır.”

HMK’nın 390. maddesine değişiklik getiren Teklifin 41. maddesi, TBMM Genel Kurulunda yapılan görüşmeler esnasında Teklif metninden çıkarılarak kanunlaşmıştır⁴².

41 Teklifin ayrıntılı olarak değerlendirildiği çalışma için bkz Selçuk Öztekin, Sema Taşpınar Ayvaz and Serdar Kale, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi’ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi” 2020 (150) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 77-152.

42 Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 7251, Kabul Tarihi: 22.07.2020, RG 28.07.2020/31199.

HMK'nın 390. maddesinin yabancı unsurlu ilişkiler bakımından yetersiz kaldığının kabulü anlamında olumlu bir gelişme olmasına rağmen 41. maddenin çıkarılmasının aşağıdaki hususlar bakımından isabetli olduğu kanısındayız. Her şeyden önce, eğer Türk mahkemelerinin yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından ihtiyati tedbir kararı alma yetkisi düzenlenecek ise bu düzenlemenin yabancı unsurlu ilişkilerde Türk mahkemelerinin yetkisini düzenleyen MÖHUK'da yer alması tercih edilmelidir⁴³. İkinci olarak, 41. maddenin, MTK'da yer alan hükümler göz ardı edilerek, asıl davanın tahkim yargısında görüldüğü halleri de kapsamı uygun değildir. Yukarıda tartışıldığı üzere, ister Türkiye'de ister yabancı bir ülkede görülsün, tahkim yargılamaları bakımından MTK'nın 6. ve 3. maddeleri kapsamında, ihtiyati tedbir kararı almaya yetkili bir Türk mahkemesi bulunmaktadır. Bununla birlikte, hem tahkim yargısını hem devlet yargısını kapsayacak bir çözüm getirilecek ise (ki böyle bir çözüm de tercihe şayandır; zira MTK'nın 3. maddesindeki yetkili mahkemeler geçici hukuki koruma tedbirleri düşünülerek kaleme alınmamıştır) bu takdirde yapılacak düzenleme ile MTK arasındaki çatışmanın önlenmesi ve gelecekte yeni tartışmalara yol açmaması sağlanmalıdır. Üçüncü olarak, devlet yargısında görülen davalar bakımından Teklifin 41. maddesinin sadece yabancı ülke mahkemelerinde görülen davaları kapsamı nedeniyle yetersiz olduğu konusundayız. İster Türkiye ister yabancı bir devletin mahkemeleri önünde görülsün yabancı unsurlu uyuşmazlıkların bütünü kapsayacak bir düzenleme Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararı alma konusunda milletlerarası yetkisi ile ilgili tartışmaları sona erdirecektir. Teklifin 41. maddesinin ihtiyati tedbir kararı alma yetkisi bakımından dayanmış olduğu *talebe konu hak veya şeyin bulunduğu yer* kıstasının ise uygun bir bağlantı tesis ettiği kanısındayız.

V. Tespit ve Önerilerimiz

Asıl davanın tahkim yargısında görüldüğü yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararı vermeye yetkili olup olmadıkları MTK'nın 6. ve 3. maddeleri birlikte değerlendirilerek tespit edilmelidir. Nitekim, tahkim yargılamasında ihtiyati tedbir kararı vermek MTK'nın 3. maddesi anlamında "mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerden" biri olduğu için, ihtiyati tedbir kararı alma hususunda uygun bir yetki kriteri olup olmadığı tartışmasından bağımsız olarak, MTK'nın 3. maddesinde sayılan mahkemeler yetkili olacaktır. O halde, mevcut yasal düzenlemeler karşısında MÖHUK'dan hareketle iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralı olması sebebiyle HMK'nın 390. maddesine gidilmesine gerek yoktur. Çünkü, MTK ister tahkim yerinin Türkiye olması nedeniyle, ister taraflarca yahut hakem veya hakem heyeti tarafından kararlaştırıldığı için uygulansın, ihtiyati tedbir kararı almaya

43 Aynı yönde Özbek (n 1) 133. Yabancı mahkemeyi yetkili kılan bir anlaşmanın varlığı halinde veya tahkim yerinin yabancı bir ülke olarak belirlendiği hallerde, ihtiyati tedbir kararı almaya milletlerarası yetkili Türk mahkemesinin belirlenmesi için MÖHUK'a bir madde eklenmesi görüşü için ayrıca bkz Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 3) 550, dn. 330; Mustafa Erkan, "HMK Değişikliklerinin İhtiyati Tedbir Kararlarına Etkisinin Milletlerarası Usul Hukuku Açısından İncelenmesi" (2012) (2) Hukuk Biliminin Güncel Sorunları III. Uluslararası Kongre Bildiri Kitabı, 249.

yetkili bir mahkeme temin etmektedir. MTK'nın 1(3). maddesi uyarınca, tahkim yerinin yabancı ülke olduğu hallerde dahi, MTK'nın uygulanması kararlaştırılsın ya da kararlaştırılmasın, Kanunun 3. maddesinde sayılan Türk mahkemelerinden ihtiyati tedbir kararı alması talep edilebilecektir.

Devlet yargısında görülen yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından ise, HMK. 390 yabancı unsurlu ilişkiler göz önüne alınarak tasarlanmadığı için yetersiz kalmaktadır. TBMM Genel Kurulunda yapılan görüşmeler esnasında Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Teklifinin metninden çıkarılan 41. maddenin gerekçesinin de teyit ettiği üzere, şartları gerçekleşse bile “... *Türk mahkemelerinin tedbir kararı veremeyeceği yönündeki sonuç, yargılama hukukunun amaçları ile bağdaşmamaktadır. Yabancılık unsurlu işlemlerin taraflarına ihtiyati tedbir korumasının sağlanması, bizatihi hukukun gayesi içindedir*”.

Teklifin kanunlaşmayan 41. maddesi hükmündeki *kıstas* esas alınarak MÖHUK'a aşağıdaki gibi bir madde eklenmesinin isabetli olacağı kanısındayız:

“Yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda ihtiyati tedbir kararları, tedbir talebinin doğduğu esasa ilişkin uyuşmazlığın Türkiye’de görüldüğü ya da görüleceği mahkemeden talep edilir.

Türk mahkemelerinde veya yabancı ülke mahkemelerinde görülecek ya da görülen uyuşmazlıklarla ilgili ihtiyati tedbir kararları, Türkiye’de tedbir konusu mal veya hakkın bulunduğu yer mahkemelerinden de talep edilebilir”.

Böylelikle, HMK'nın 390. maddesinin yetersizliğinden kaynaklanan sıkıntılar ortadan kalkmış olacaktır. MÖHUK'a yukarıda önerdiğimiz şekilde bir madde eklenmesi⁴⁴ halinde, MÖHUK'un 40. maddesinden hareketle iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına gitmeye gerek kalmayacaktır. Dolayısıyla, uyuşmazlığın esasını görmeye milletlerarası yetkili bir Türk mahkemesi bulunsa da bulunmasa da, tedbir konusu mal veya hakkın Türkiye’de bulunması halinde ihtiyati tedbir kararı verecek bir yetkili mahkemenin bulunmaması ihtimali, doğuracağı olumsuz sonuçları ile birlikte ortadan kalkmış olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

44 Doktrinde, geçici hukuki koruma kararlarının esasa bakmaya yetkili mahkemeden alınmasını öngören ulusal düzenlemelerle uyumlu olarak MÖHUK'a “*Yabancı unsurlu ihtiyati tedbir kararlarında, tedbir talebinin doğduğu esasa ilişkin uyuşmazlığın görüldüğü ya da görüleceği veyahut tedbir kararının icra edileceği yer mahkemesi yetkilidir*” şeklinde bir hükmün eklenmesi öngörülmüştür. Özbek (n 1) 133.

Bibliyografya/Bibliography

- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (4th edn, Vedat Kitapçılık 2016).
- Arslan İ, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Türk Mahkemelerinin İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisi” (2016) 27(7) TADD 691-718.
- Balkar S, “Milletlerarası Tahkime Konu Uyuşmazlıklarda Hakemlerin Geçici Koruma Tedbirlerine Hükmedebilme Yetkisi ve Imperium Kavramı” (2017) 16 (2), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 259-293.
- Balkar S, *Uluslararası Ticari Tahkim ve Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri* (Yayınlanmamış Doktora Tezi 2010).
- Çelikel A and Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020).
- Doğın V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş Yayınevi 2020).
- Ekşi N, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (2nd edn, Beta 2000).
- Erkan M, “HMK Değişikliklerinin İhtiyati Tedbir Kararlarına Etkisinin Milletlerarası Usul Hukuku Açısından İncelenmesi” (2012) (2) Hukuk Biliminin Güncel Sorunları III. Uluslararası Kongre Bildiri Kitabı 237-260.
- Erten R, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri* (Adalet Yayınevi, 2010).
- Gölcüklü İ, *Milletlerarası Tahkimde Dava Açma Yasakları* (On İki Levha Yayıncılık 2018).
- Kırlı-Aydemir DD, *Milletlerarası Usul Hukukunda İhtiyati Tedbirler* (On İki Levha Yayıncılık 2013).
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017).
- Nomer E, *Milletlerarası Usul Hukuku* (2nd edn, Beta 2018).
- Özbek N, *Milletlerarası Usul Hukukunda Geçici Hukuki Koruma* (Yetkin Yayınları, 2013).
- Özkan I, Tütüncübaşı U, *Uluslararası Usul Hukuku* (Adalet Yayınevi 2017).
- Öztek S, Taşpınar Ayvaz, S and Kale, S, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi’ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi” 2020 (150) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 77-152.
- Sargın, F, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları* (Yetkin Yayınevi 1996).
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8th edn Beta 2020).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019).
- Taşpolat-Tuğsavul, M, “4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Hakemlerin ve Mahkemelerin Geçici Hukuki Koruma Kararı Verme Yetkisi” (2014) (16) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan) 2063-2113.
- Yeşilirmak A, *Legal Framework, Arbitration in Turkey* (Eds Ali Yeşilirmak/İsmail Esin), (Wolters Kluwer Law and Business, 2015) 1-13.
- Yeşilova B, “Lex (Loc) Arbitri” ve “Tahkim Yeri” Kavramları Işığında Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun Yer İtibariyle Uygulama Alanı (MTK m.1/II)’ (2013) 2 (1) Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi 99-164.



Covid-19 Salgını Sebebiyle Milletlerarası Yatırım Tahkimine Konu Olabilecek İddia ve Savunmalar

Potential Claims and Defences in International Investment Arbitration due to the Covid-19 Pandemic

Baver Mazlum Mert*

Öz

Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi olarak ilan edilen Covid-19 virüsüne karşı ev sahibi devletler insan sağlığını ve ekonomiyi korumak için birçok tedbir almıştır. Bu tedbirler başta havacılık, turizm ve enerji sektörleri olmak üzere birçok sektörden yabancı yatırımcının zarara etmesine sebebiyet vermiştir. Zarara uğrayan yabancı yatırımcıların ev sahibi devletler aleyhine milletlerarası yatırım tahkimine başvurmaları muhtemeldir. Bu noktada alınan tedbirlerin milletlerarası yatırım tahkiminde yer alan bazı temel ilkeler ışığında değerlendirilmesi gerekir. Öncelikle Covid-19 salgını sebebiyle ev sahibi devletlerin almış oldukları önlemler yatırımcıların “haklı beklentilerinin” aleyhine olduğu takdirde adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırılık söz konusu olur. Yine yabancı yatırımların yönetimine yapılan ağır ve sürekli nitelikteki müdahalelerin dolaylı kamulaştırma olarak kabul edilmesi söz konusu olabilir. Ayrıca bazı yatırım anlaşmalarında devletler, yatırıma tam koruma ve güvenlik sağlayacaklarını belirtmişlerdir. Böyle bir taahhüdün olduğu anlaşmalar sebebiyle ev sahibi devletler yabancı yatırımcıya uygun bir iş ortamı sağlamak zorundadırlar. Yine en çok gözetilen ulus kaydının olduğu yatırım anlaşmalarına taraf devletlerin mensupları, Covid-19 salgını sebebiyle alınan tedbirlerde üçüncü bir ülkeye mensup yabancı yatırımcıdan daha dezavantajlı koşullara sahip olmaması gerekir. Ayrıca ev sahibi devletin aynı pazar içerisinde bulunan kendi yatırımcılarına destek sağlarken yabancı yatırımcıya sağlamaması durumunda ulusal muamele standardına aykırılık oluşabilir. Diğer yandan devletlerin Covid-19 salgını nedeniyle almış oldukları tedbirlerden dolayı sorumluluktan kurtulmalarını sağlayabilecek bazı savunmalar söz konusudur. Bu kapsamda zorunluluk hali, mücbir sebep, polis kudreti doktrini ve anlaşmalarda yer alan istisna hükümleri devletlerin yararlanabilecekleri bazı savunmaları oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Yatırım tahkimi, Covid-19 salgını, adil ve eşit davranma yükümlülüğü, dolaylı kamulaştırma, polis kudreti doktrini

Abstract

States have taken many measures to protect human health and the economy against the Covid-19 virus, which has been declared as a pandemic by the World Health Organization. The measures that have been taken have caused foreign investors to suffer losses in many sectors. It is likely that foreign investors who suffered damages will refer their claims to an international investment arbitration. The measures taken should be evaluated in light of some of the basic principles in international investment arbitration. First of all, if the measures taken by the host states due to the Covid-19 pandemic are against the legitimate expectations of the investors, they will be in violation of the fair and equitable treatment standard. Also, the responsibilities of the states may arise due to the acceptance of heavy and continuous interventions in the management of foreign investments as indirect expropriation. In addition, due to full protection and security standards, states have to provide a suitable business environment for foreign investors. Moreover, the measures taken

* Sorumlu Yazar: Baver Mazlum Mert (Arş. Gör.), Türk-Alman Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye. E-posta: baver.mert@tau.edu.tr ORCID: 0000-0003-2215-4994

Atf: Mert BM, “Covid-19 Salgını Sebebiyle Milletlerarası Yatırım Tahkimine Konu Olabilecek İddia ve Savunmalar” (2020) 40(2) PPIL 937. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0050>



due to the Covid-19 outbreak may be against the most favoured nation clauses. Lastly, if the host state does not provide support to foreign investors while providing support to its own investors in the same market, it may violate the national treatment standard. On the other hand, there are some conditions that can enable states to avoid responsibility for the measures they have taken due to the Covid-19 outbreak. In this context, states can benefit from the doctrine of necessity, force majeure, the police powers doctrine and treaty exceptions.

Keywords

Investment arbitration, Covid-19 pandemic, fair and equitable treatment, indirect expropriation, police powers doctrine

Extended Summary

The Covid-19 outbreak, which was declared by the World Health Organization as a pandemic, has affected every country in the world. Governments wanted to reduce the impact of the pandemic in order to ensure public health and fulfil their political and economic goals. For this reason, they took measures such as travel bans, curfews, export and import prohibitions, and various interventions. Foreign investors are likely to suffer losses because of these measures, and as a result, they may file lawsuits against governments in international investment arbitration centres. The issues to be considered in these centres may differ according to the subject of the dispute and the provisions contained in any investment agreements entered into. Examples of specific issues that are usually considered investment arbitration cases are fair and equitable treatment, indirect expropriation, full protection and security, most favoured nation and national treatment. The measures taken by states, as a result of the Covid-19 outbreak, were evaluated in accordance with these above-mentioned principles.

There is no exact description of the “fair and equitable treatment” standard. However, when evaluating whether there was a breach of this standard in investment arbitration cases, the “legitimate expectation of the investor” plays a crucial role. For this reason, legislative changes that affect investors negatively may violate the fair and equitable treatment standard.

In the fight against the Covid-19 pandemic, some states have even intervened in the property rights of private legal persons. For example, some governments require companies to produce masks, ventilators, and medicines. In addition, some states intervene by requiring them to provide private hospitals, dormitories and hotels. In such cases, even if the ownership of the investment does not directly pass to the state, it may be possible that the benefits gained from the investment will be transferred to the state. For this reason, foreign investors can claim “indirect expropriation.”

Some investment agreements contain commitments by host states to provide “full protection and security” for the investment. In doing so, a safe business environment must be provided for the investor. For this reason, states should not take a passive

attitude towards the Covid-19 outbreak. In other words, states should take the necessary measures and protect the investment physically and legally.

Due to the Covid-19 outbreak, it is possible for states to provide support to their own national investors or some foreign investors. In agreements that have a national standard of treatment, states should not provide more disadvantageous conditions to foreign investors in the same market than their own citizens. In agreements with the most favoured nation standard, the state should not provide the foreign investor with less advantageous conditions than another foreign investor. Additionally, the host state should not provide more disadvantageous conditions with respect to restrictions on imports and exports and tax increases. Host states should also not provide more disadvantageous conditions to investors of another state because the most favoured nation standard applies.

Although the measures taken by the host states above can be seen as unlawful, there are some cases where states can escape responsibility by using certain defences in international investment arbitration. In this article, there are five defences that states can use to escape liability for implementing these measures taken because of Covid-19. These are necessity, force majeure, distress, the police powers doctrine, and treaty exceptions.

In addition, it is possible for states to escape liability, on the grounds of the “doctrine of necessity”, because the pandemic is a serious and fundamental danger to humankind. However, it should be noted that in order for them to benefit from this doctrine, the host state must demonstrate that they had no alternative but to take the measure in question.

Another defence that states may wish to invoke is that of “force majeure”. However, in order for the state to benefit from this defence, it must demonstrate that the state cannot fulfil its obligations due to impossibility.

Since the measures implemented against the Covid-19 pandemic have the aim of protecting human life, the possibility of states benefiting from the “doctrine of distress” may be conceivable. However, distress refers to the act of the person working on behalf of the state to save human life in cases that are more instantaneous and the Covid-19 outbreak has been going on for about a year. Therefore, they may not be able to use this doctrine.

It should also be noted, that a host state should not have contributed to the situation in which the states were obliged to take precautions in order to use the defences arising from international customary law such as the doctrine of necessity, force majeure, and distress. For this reason, states must have taken “necessary” measures against the spread of the Covid-19 pandemic.

“The doctrine of police powers” is a doctrine that ensures that states are not responsible for the regulations they have made when considering public welfare. It is inevitable that states, who wish to protect their countries from the Covid-19 pandemic, will make various regulations. For this reason, it may be possible for states to escape responsibility through “the doctrine of police powers”. However, states must have acted in accordance with “the principle of reasonability” when creating these regulations.

Finally, some investment agreements contain “treaty exceptions” that can enable states to avoid liability. These provisions allow host states to opt-out of the investment agreement, especially in matters such as public health, public order and human life. In order to use “treaty exceptions”, urgency and necessity conditions are generally sought. States may decide what is necessary and what is urgent for their country. However, arbitration courts may refuse to accept the host state’s defence for abuse of this right by the state for unreasonable measures.

Covid-19 Salgını Sebebiyle Milletlerarası Yatırım Tahkimine Konu Olabilecek İddia ve Savunmalar

Giriş

Yüzlerce ülkede görülen¹ Covid-19 salgınına karşı birçok devlet, sokağa çıkma yasağı, seyahat yasağı, ihracat ve ithalat yasağı, bazı şirketlerin yönetimine müdahalelerde bulunma gibi tedbirler uygulamıştır.² İnsan sağlığı için gerekli olan bu tedbirlerin, ekonomiye olan kötü etkisi uzun yıllar sürecek niteliktedir. Bu süreçte hem yabancı yatırımcıların hem de ev sahibi devletlerin büyük zarara uğrayacağı tahmin edilmektedir.³ Alınan tedbirler sebebiyle zarara uğrayan yabancı yatırımcıların ev sahibi devletlere karşı çok sayıda dava açarak⁴ zararlarını gidermek isteyecekleri öngörülmektedir. Günümüzde finansörlerin, yatırım tahkimi davalarına finansman sağlayarak ev sahibi devletler aleyhine davalar açılmasını sağladıkları⁵ göz önüne alınırsa bu öngörüye katılmak gerekir. Bu davaların milletlerarası yatırım tahkiminde de görülmeye başlaması beklenmektedir.⁶ Nitekim yabancı yatırımcılar ile ev sahibi devlet veya kamu kurum ve kuruluşları arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için en çok tercih edilen yargılama yöntemi tahkimdir.⁷

Çalışmamız kapsamında Covid-19 salgınına karşı alınan tedbirler sebebiyle ev sahibi devletlerin yatırımcılara karşı yatırım anlaşmalarından ve milletlerarası örf ve adet hukukundan doğan hangi yükümlülüklerini ihlal edebilecekleri değerlendirilmiştir. Böyle bir ihlalin varlığı halinde ev sahibi devletlerin sorumluluğu gündeme gelse

- 1 20 Haziran 2020 tarihi itibarıyla en az 213 ülkede Covid-19 virüsü görülmüştür. Worldometer, "Reported Cases and Deaths by Country, Territory, or Conveyance (Coronavirus Updates)" <https://www.worldometers.info/coronavirus/?utm_campaign=instagramcoach1>, Erişim Tarihi 21 Haziran 2020.
- 2 Covid-19 salgınıyla ilişkili olarak ev sahibi devletler tarafından alınmış yabancı yatırımcıları etkileyebilecek tedbirler hakkında hazırlanmış bir liste için bkz. Julien Chaisse, "Both Possible and Improbable - Could COVID-19 Measures Give Rise to Investor-State Disputes?" (2020) 13 Contemporary Asia Arbitration Journal (CAA Journal) 99, 113-116.
- 3 UNCTAD'ın (Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı - *United Nations Conference on Trade and Development*) bir raporuna göre, Covid-19 salgınının etkisiyle 2020 yılında, dünya ekonomisinde doğrudan yabancı yatırımlar (*foreign direct investments*) bakımından yaklaşık %40 civarında düşüş yaşanacağı tahmin edilmektedir. UNCTAD, "World Investment Report 2020 - International Production Beyond the Pandemic - Key Messages and Overview" (2020) UNCTAD/WIR/2020,2 <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2020_en.pdf>, Erişim Tarihi 21 Haziran 2020.
- 4 Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Sarah Brewin and Nyaguthii Maina, "Protecting Against Investor-State Claims Amidst COVID-19: A call to action for governments" (2020), 1 <<https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investor-state-claims-covid-19.pdf>>, Erişim Tarihi 22 Haziran 2020.
- 5 Tahkimde üçüncü kişi finansmanı olarak anılan bu sistemde finansörler tahkim masraflarını üstlenmekte buna karşılık dava kazanılırsa, dava sonucunda %20-40 arasında gelir elde etmektedirler. Dava kaybedildiği takdirdeyse finansör, finansman sağladığı taraftan herhangi bir talepte bulunamamaktadır. Finansörler bakımından yatırım tahkiminde görülen davalara finansman sağlamak oldukça tercih edilen bir yöntemdir. Öyle ki bu davalardan alacakları paylar çok yüksek olabilmektedir. Ayrıca yatırım tahkiminde alınan kararların icrası devlet mahkemelerine göre daha kolaydır. Uygulamada da Covid-19 salgınına karşı alınan önlemler sebebiyle oluşan zararlardan dolayı finansörlerin yatırımcılara destek vermesi ve bu sebeple çeşitli yatırımcılar aradıkları görülmüştür. Norton Rose Fulbright, "Disputes funding in the COVID-19 pandemic environment" (2020) <<https://www.nortonrosefulbright.com/en-bi/knowledge/publications/07700533/disputes-funding-in-the-covid-19-pandemic-environment>>, Erişim Tarihi 24 Mayıs 2020. Finansörlerin yatırım tahkiminde görülen/görülecek olan davaları tercih etmeleri hakkında Ayrıca bkz. Baver Mazlum Mert, "Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı" (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019) 6-11.
- 6 Bernasconi-Osterwalder, Brewin and Maina (n 4) 1.
- 7 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ 2019) 574.

de devletlerin milletlerarası örf ve adet hukukundan, polis⁸ kudreti doktrininin⁹ ve milletlerarası anlaşmalarda yer alan istisna hükümlerinden kaynaklanan çeşitli savunmalarla sorumluluktan kurtulmaları mümkündür. Bu sebeple çalışmamızda Covid-19 salgını sebebiyle aldıkları tedbirlerden dolayı, ev sahibi devletlerin hangi savunmalarla sorumluluktan kurtulabilecekleri meselesi de tartışılmıştır.

I. Covid-19 Salgınıyla Mücadele Kapsamında Alınan Tedbirlerin Milletlerarası Yatırım Hukukuna Aykırılığı

Devletlerin Covid-19 salgınına karşı almış oldukları tedbirler sebebiyle başta sağlık, havacılık, turizm ve enerji sektöründe olmak üzere birçok yatırımcı zarar görmektedir. Yatırımcılar bu tedbirler sebebiyle, ev sahibi devletlerin milletlerarası yatırım anlaşmalarından veya milletlerarası örf ve adet hukukundan kaynaklanan bazı sorumluluklarını ihlal etmiş olduklarını ileri sürebilirler. Elbette söz konusu uyuşmazlıklarda, hangi yükümlülüklerin ihlal edildiği meselesi her sözleşmenin kendi hükümlerine göre değişiklik gösterir. Ancak genel olarak Covid-19 salgını sebebiyle alınan tedbirlerin, “adil ve eşit davranma yükümlülüğü”, “dolaylı kamulaştırma yasağı”, “tam koruma ve güvenlik sağlama yükümlülüğü”, “en çok gözetilen ulus kaydı”, ve “ulusal muamele standardı” konularıyla ilgili olacağı öngörülebilir. Bu ilkelerin ihlali halinde uyuşmazlığın, ev sahibi devlet ve yabancı yatırımcının rızası, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcının vatandaşı olduğu devlet arasındaki yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşması¹⁰ veya ev sahibi devletin doğrudan kendi iç hukukundan dolayı milletlerarası yatırım tahkimi merkezlerinde görülmesi söz konusu olabilir.¹¹

A. Covid-19 Salgını ve Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğü

Covid-19 salgını dolayısıyla alınan önlemlerin, Türkiye’nin de taraf olduğu birçok yatırım anlaşmasında¹² yer alan “adil ve eşit davranma yükümlülüğüne” (*fair*

8 Polis kelimesinin kökeni Yunanca’daki “*politeia*” kelimesine dayanmaktadır ve kolluk gücünün ötesinde devlet gücünü ifade etmektedir. Catharine Titi, “Police Powers Doctrine and International Investment Law” içinde Attila Tanzi, Filippo Fontanelli ve Andrea Gattini (ed), *General Principles of Law and International Investment Arbitration* (2018) 323.

9 Polis kudreti doktrini egemenlik gücünden kaynaklı olarak ev sahibi devletin kamu düzenini sürdürmek ve kamu sağlığını korumak gibi gerekçelerle düzenlemeler yapabileme yetkisini ifade etmektedir. Detaylı bilgi için bkz. 18.

10 Türkiye’nin taraf olduğu yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına ilişkin anlaşmalar için bkz. “Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması (YTKK) Anlaşmaları” <www.sanayi.gov.tr/anlasmalar/ytkk>, Erişim Tarihi 20 Haziran 2020.

11 Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat Kitapçılık 2020) 61.; Aysel Çelikel ve B Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ 2020) 841.

12 Örneğin Türkiye’nin de taraf olduğu Enerji Şartı Anlaşması (*The Energy Charter Treaty*) madde 10(1)’de devletlere adil ve eşit davranma yükümlülüğü getirilmiştir. İlgili Anlaşma’nın Türkiye tarafından onaylanmasının uygun bulunduğu dair kanun için bkz. 4519 Sayılı Kanun, RG Tarih: 06.02.2000 Sayı: 23956. Anlaşma metni için bkz. <https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>, Erişim Tarihi 16 Mayıs 2020. Yine Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Anlaşması (The Convention Establishing the Multilateral Investment) madde 12(d) gereğince bir yatırımın garanti edilebilmesi için ev sahibi devletin adil ve eşit davranma yükümlülüğünü yerine getiriyor olması gerekir. R.G Tarih: 06.12.1988 Sayı: 20011. Anlaşma metni için ayrıca bkz. <https://www.miga.org/sites/default/files/archive/Documents/MIGA%20Convention%20February%202016.pdf>, Erişim Tarihi 16 Mayıs 2020. Anlaşma’da yapılan değişiklikler için bkz. RG Tarih: 1.2.2012 Sayı: 28191; Adil ve eşit davranma yükümlülüğü bazı anlaşmalarda “adil ve hakkaniyete uygun muamele” olarak ifade edilmiştir. Daha fazla örnek ve ayrıntılı bilgi için bkz. Rumeysa Partalçı, “Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarında Düzenlenen “Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğü”” (2016) 36 Public and Private International Law Bulletin 131, 132-134.

and equitable treatment) aykırı olduğu yatırımcılar tarafından iddia edilebilir. İlgili önlemlerin adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırılığının ileri sürülebilmesi için yatırım anlaşmasında bu yükümlülüğün yer alması gerekir gerekmediği meselesi ise tartışmalıdır. Adil ve eşit davranma yükümlülüğünün milletlerarası örf ve adet hukukunun bir parçası olan “uluslararası asgari standart” olarak kabul edilmesi halinde yatırım anlaşmasından ve yatırımcıların “haklı beklentilerinden” bağımsız olarak varlığı kabul edilecektir. Bir görüşe göre¹³ adil ve eşit davranma yükümlülüğü uzun soluklu bir tarihe sahiptir ve günümüzde yatırım sözleşmelerinin çok büyük bir kısmında yer almaktadır. Bu sebeple de artık bir milletlerarası örf ve adet kuralı haline gelmiştir.¹⁴ Ancak bizim de katıldığımız görüşe¹⁵ göre adil ve eşit davranma yükümlülüğünün milletlerarası örf ve adet kuralı olarak kabul edilmemelidir. Çünkü bir kuralın milletlerarası örf ve adet kuralı olarak kabul edilebilmesi için bu kuralın uzunca süre ve sıklıkla kullanılmasının yanı sıra, devletlerin ilgili kuralı ahlaki bir zorunluluğun ötesinde milletlerarası hukuk kuralı olarak görmeleri ve uymak zorunda olduklarına inanmaları (*opinio juris*)¹⁶ gerekir. Bu yüzden kanımızca Covid-19 salgınına karşı alınmış olan tedbirler sebebiyle devletlerin adil ve eşit davranma yükümlülüğünü” ihlal etmeleri ancak ev sahibi devletin böyle bir yükümlülüğü taahhüt etmesi halinde varlık bulur.¹⁷ Kanımızca bu taahhüt doğrudan yatırım anlaşmasında yer almasa dahi, “en çok gözetilen ulus kaydı” gibi kayıtlar sayesinde dolaylı olarak da verilmiş olabilir.

Adil ve eşit davranma yükümlülüğünün kesin bir tanımı yapılamamaktadır.¹⁸ Bu sebeple mahkemeler her somut olayın koşullarını göz önüne alarak karar verirler. Belirtelim ki mahkemeler kararlarında adil ve eşit davranma yükümlülüğünün ana muhtevasını belirlerken “yatırımcıların haklı beklentisini” dikkate almaktadırlar.¹⁹ Ancak yatırımcıların haklı beklentisinin ne ölçüde dikkate alınacağı kesin olmaması, bu sebeple de adil ve eşit davranma yükümlülüğünün ne anlama geldiğinin net bir

13 Jonna Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Foreign Investment Law* (Oxford University Press 2008) 73-85.

14 Adil ve eşit davranma yükümlülüğü özellikle sermaye ihraç eden devletler tarafından geniş yorumlanmak ve kullanılmak istenmektedir. Tudor (n 13) 2, Andrew Paul Newcombe and Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, (Kluwer Law International, 2009) 268; Partalı (n 12) 136.

15 Marcela Klein Bronfman, “Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard” (2006) 10 Max Planck Yearbook of United Nations Law 609, 671; Jacob Stone, “Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment” (2012) 25 Leiden Journal of International Law 77, 82; Patrick Dumberry, “Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?” (2017) 8 Journal of International Dispute Settlement 155, 155-159; Oğuz Kaan Pehivan, “Yatırım Antlaşmalarında Yer Alan Adil ve Eşit Muamele İlkesinin Hukuki Niteliği” (2018) 139 TBB Dergisi 239, 253.

16 Bryan A Garner (ed), *Black’s Law Dictionary* (9th edn, St Paul MN: West 2009) 1201.

17 Yaklaşık 2000 ikili yatırım anlaşmasının incelendiği bir araştırmada, bu anlaşmaların sadece %5’inde adil ve eşit davranma yükümlülüğüne yer verilmediği görülmüştür. Adil ve eşit davranma yükümlülüğüne yer verilmeyen anlaşmalara genel olarak Türkiye, Japonya ve özellikle bazı gelişmekte olan ülkelerin taraf olduğu görülmektedir. Bkz Dumberry (n 15) 170.

18 Partalı (n 12) 135-136. Sözleşme maddelerinin yorumlanması bakımından dikkate alınacak bir konvansiyon olan Viyana Konvansiyonu madde 31/1’e göre “Bir anlaşma, anlaşmanın içeriği ile bağlantılı olarak ve konu ve amacının ışığı altında terimlerin olağan anlamına uygun bir biçimde iyi niyetle yorumlanmalıdır.” R.G Tarih: 24.12.1984 Sayı: 18615 Ayrıca Viyana Konvansiyonu için bkz <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>, Erişim Tarihi 08 Nisan 2020.

19 Newcombe and Paradell (n 14) 279.

şekilde ortaya konamaması, ev sahibi devletler için sorun arz etmektedir. Zira anlamı belirsiz bir yükümlülük altında oldukları için farkında olmadan da bu yükümlülüğü ihlal edebilirler.

Covid-19 salgınına karşı ev sahibi devletlerin izledikleri politikalarda ani değişiklikler yapmaları veya yatırımcılarla paylaştıkları bilgilerin aksine hareket etmeleri durumunda yatırımcıların haklı beklentilerine aykırı davrandıkları için adil ve eşit davranma yükümlülüklerini ihlal etmeleri söz konusu olabilir.²⁰ Nitekim ICSID’de görülmüş olan *Tecmed S.A. v. The United Mexican States* davasında, tahkim mahkemesi adil ve eşit davranma yükümlülüğü” kapsamında ev sahibi devletin istikrarlı davranışlar sergilemesi ve yatırımcıya karşı şeffaf olması gerektiğini belirtmiştir.²¹

Covid-19 salgını sebebiyle ülkelerin bazı yabancı yatırımcılara karşı mevzuat değişikliğine gitmesi veya fiili uygulamalarını değiştirmeleri söz konusudur. Örneğin Avrupa Birliği 25 Mart 2020 tarihli düzenlemesinde genel olarak (1) Covid-19 salgını sebebiyle yabancı yatırımcıların daha sıkı denetimlere tabi tutulması, (2) Covid-19 salgını sebebiyle stratejik öneme sahip olup zayıflamış olan yerli şirketlerin yabancı yatırımcılar tarafından alınmasının engellenmesi (3) Sağlık, biyoteknoloji ve araştırma-geliştirme faaliyetleri gibi alanlarda yabancı yatırımcılara karşı devletlerin daha dikkatli olması gerekliliği gündemdedir.²²

Yabancı yatırımcılar aleyhine yapılacak olan bu tarz mevzuat değişikliklerinin veya fiili uygulamadaki değişikliklerin de yatırımcının haklı beklentisine aykırı olması halinde yatırımın hukuki güvenliğini azalttığı söylenebilir. Bu sebeple de adil ve eşit davranma yükümlülüğünün” ihlal edildiği ileri sürülebilir. Konuyla ilgili *PSEG* davası önem arz etmektedir. İlgili davada davacı yatırımına Türkiye’de gerçekleşen mevzuat değişikliği nedeniyle bilfiil başlayamadığını belirtmiş ve yatırım için yapılan hazırlık harcamalarını (*preparatory work expenses*) Türkiye’den talep etmiştir. Mahkeme de Türkiye’nin yapmış olduğu mevzuat değişikliklerinin adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırı olduğunu tespit etmiştir.²³ Diğer yandan yatırımcının aleyhine olan her türlü mevzuat değişikliğinin adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırı olacağı düşünülmemelidir. Nitekim *Philip Morris v. Uruguay* davasında tahkim

20 Lucas Bento and Jingtian Chen, “Investment Treaty Claims in Pandemic Times: Potential Claims and Defenses” (Kluwer Arbitration Blog, 8 April 2020) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/08/investment-treaty-claims-in-pandemic-times-potential-claims-and-defenses>> Erişim Tarihi 25 Temmuz 2020; Federica Paddeu and Freya Jephcott, “COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Part I” (Ejil:Talk! 17 March 2020) <<https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-i/>>, Erişim Tarihi 25 Temmuz 2020.

21 *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v The United Mexican States*, ICSID Case No ARB(AF)/00/2, Award (29 May 2003), para 154.

22 İlgili düzenleme için bkz Guidance to the Member States concerning foreign direct investment and free movement of capital from third countries, and the protection of Europe’s strategic assets, ahead of the application of Regulation (EU) 2019/452 (FDI Screening Regulation) 2020/C 99 I/01 <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/march/tradoc_158676.pdf>, Erişim Tarihi 23 Temmuz 2020.

23 *Pseg Global Inc And Konya İlgün Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award (19 January 2007), para 250.

mahkemesi devletin değişen koşullara karşın hukuk sistemini ve yasalarını düzenleme konusunda egemenlik hakkının olduğunu ve yatırımcının haklı beklentisi sebebiyle bu hakkın kullanılmasının engellenmemesi gerektiğini belirtmiştir.²⁴ Covid-19 salgını sebebiyle ülkelerin yapmış oldukları mevzuat değişiklikleri kamu sağlığı ve kamu düzeni gibi gerekçelerle yapılmakta ve değişen koşullar bakımından çoğunlukla bir gereklilik arz etmektedir. Bu sebeple kanımızca yatırımcı aleyhine olan mevzuat değişikliklerinin adil ve eşit davranma yükümlülüğünün ihlali olarak görülebilmesi için, devletler tarafından yatırımcı nezdinde oluşturulmuş bir haklı beklenti gerekir. Bu haklı beklentinin kaynağıysa idarenin eylemleri²⁵ veya sözleşmelerde belirtilmiş olan spesifik taahhütler oluşturmaktadır.²⁶

Covid-19 salgınıyla mücadeleye ilişkin sadece yasama ve yürütme organları karar vermemektedir. Yargı mercileri de konuyla ilgili kararlar vermeye başlamıştır. Örneğin Versay İstinaf Mahkemesi (*Cour d'appel de Versailles*) iş güvenliği ve sağlığın sağlanması için e- ticaret sitesi Amazon'un işlem hacmini düşürerek sadece gıda, hijyen ve tıbbi ürünler için işlemler yapabilmesine hükmetmiştir.²⁷ Bu noktada yargı organlarının yabancı yatırımcılara karşı almış oldukları ayrımcı, şeffaf olmayan ve hukuksuz kararlar da adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırılık arz edebilir.²⁸ Nitekim ILC (*International Law Commission - Uluslararası Hukuk Komisyonu*) Kuralları²⁹ madde 4'te devlet organının, yasama, yürütme, yargıya veya başkaca herhangi bir işlevine ilişkin davranışından dolayı devletin sorumluluğunun doğabileceği belirtilmiştir.³⁰

24 *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (8 July 2016), para 422. Benzer yönde bkz *Eiser Infrastructure Ltd & Energia Solar Luxembourg SA r1 v Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Award (4 May 2017), para 362.

25 Belirtelim ki devlet yetkililerinin açıklamaları dahi devletlerin sorumluluklarının doğmasına sebebiyet verebilir. Örneğin *El Paso Energy International Company v Arjantin* davasında, tahkim mahkemesi Arjantin'de yaşanan ekonomik krize ilişkin devlet yetkililerinin çeşitli beyanlarına da değinerek Arjantin hükümetini sorumlu bulmuştur. *El Paso Energy International Company v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award (31 October 2011), para 660-661. Ayrıca bkz. Miray Azaklı Köse, "ILC Maddeleri Kapsamında Devletin Uluslararası Yatırım Tahkiminde Sorumluluğu" (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi 2019) 197.

26 Mao-wei Lo, "Legitimate Expectations in a Time of Pandemic: The Host State's COVID-19 Measures, Its Obligations and Possible Defenses under International Investment Agreements" (2020) 13 Contemporary Asia Arbitration Journal (CAA Journal) 249, 255.

27 *Amazon France Logistique v Union Syndicale Solidaires*, Cour d'appel de Versailles, Code nac: 89K 14e chambre, (24 Avril 2020) <<https://www.cours-appel.justice.fr/sites/default/files/2020-04/Communique6%20de%20presse%25>>, Erişim Tarihi 23 Temmuz 2020.

28 Chaisse (n 2) 149.

29 ILC Kuralları Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun bir alt organı olan Uluslararası Hukuk Komisyonu (International Law Commission - "ILC") tarafından hazırlanmıştır. Bir milletlerarası anlaşma niteliğinde olmayan ILC Kuralları daha çok milletlerarası örf ve adet kurallarının yeniden ifade edilmesi olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca yol gösterici özelliği bakımından doktrin benzeri bir yardımcı kaynak olarak da kullanılmaktadır. Azaklı Köse (n 25) 26; ILC Kuralları için bkz. ILC, 'Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts' (November 2001) UN Doc (A/56/10). ILC Kuralları'nın Türkçe çevirisi için bkz. Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu* (On İki Levha Yayıncılık 2010) Ek-1, 307-329.

30 Milletlerarası yatırım tahkiminde devletin sorumluluğunun doğabilmesi için eylemin devlete atfedilebilmesi gerekir. Devlet organları dışındaki kişi ve kurumların eylemleri de devlet otoritesini ifa niteliğindeyse eylemin devlete atfedilmesi söz konusu olabilir ve devletin sorumluluğu doğabilir. Işıl Egemen Demir, *Icsid Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki* (Filiz Kitabevi 2014) 77.

Önemle değinilmesi gereken bir değer mesele ise ev sahibi devletin yatırımcıya karşı “ayrımcı” davranmaması gerekliliğidir.³¹ Covid-19 salgınıyla mücadele kapsamında alınan tedbirlerin yatırımcılara karşı ayrımcılık içermemesi adil ve eşit davranma yükümlülüğü dışında “en çok gözetilen ulus” kaydının olduğu anlaşmalarda da kendini gösterecektir.³² Böyle bir ihlalin yaşanmaması için Covid-19 salgınıyla mücadele kapsamında yatırımcılara sağlanacak desteklerde özellikle milliyetlere göre farklı muameleler yapılmaması gerekir.³³ Ayrımcılık yapılması halinde adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırılık söz konusu olabileceği gibi milletlerarası örf ve adet hukukundan doğan ayrımcılık yasağının ihlali de söz konusu olabilir.³⁴ Yine ev sahibi devletin Covid-19 salgınına karşı almış olduğu tedbirleri yabancı yatırımcılara karşı farklı şekilde uygulaması “ulusal muamele standardı”³⁵ gündeme getirebilir.

B. Covid-19 Salgını ve Kamulaştırma

Covid-19 salgınına karşı alınacak tedbirler sebebiyle gündeme gelebilecek bir diğer mesele ise yabancı yatırımların kamulaştırılmasıdır. Yatırımcının mülkiyet hakkına kamusal güç tarafından el konulması halinde veya bu hakta değişiklik yapılması halinde kamulaştırma kavramı gündeme gelmektedir.³⁶ Devletlerin topraklarında bulunan doğal kaynaklar üzerinde egemenlik hakkına sahip olması ve kamu yararı için işlemler yapabilmesi onlara kamulaştırmada bulanabilmeleri için hak tanıır. Ancak bu hakkın kullanımının hukuka aykırı olmaması için genel olarak 4 şart söz konusudur. Buna göre kamulaştırma; (1) yasalara uygun olarak (2) bir bedel karşılığında (3) keyfi ve ayrımcılık içermeyecek şekilde³⁷ ve (4) kamu yararı gözetilerek yapılmalıdır.³⁸

Diğer yandan, milletlerarası yatırım hukukunda devletlerin bir yabancıya ait yatırımı doğrudan ele geçirmesi pek gerçekleşmez. Bunun yerine devletler çeşitli düzenlemeler

31 *The CMS v. Argentina* davasında tahkim mahkemesi keyfilik veya ayrımcılık içeren muamelelerin adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırı olacağını belirtmiştir. *CMS Gas Transmission Co v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award (12 May 2005), para 290; Doktrinde adil ve eşit davranma yükümlülüğünün, ev sahibi devletin üçüncü bir yatırıma yaptığı muameleden bağımsız olarak değerlendirileceği için ayrımcılık yasağından farklı olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. Partalçı (n 12) 157.

32 Patrick Dumberry, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105* (Wolters Kluwer 2013) 208.

33 Tahkim mahkemesi *Saluka Investments Bv v The Czech Republic* davasında mahkeme davacı gibi borca batık olan diğer üç bankaya yardım edilip davacıya yardım edilmemesini hukuka aykırı bulmuştur. *Saluka Investments Bv v The Czech Republic*, PCA, The Matter of an Arbitration Under the UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award (17 Mart 2006), para 407.

34 Doktrinde adil ve eşit davranma yükümlülüğünün, ev sahibi devletin üçüncü bir yatırıma yaptığı muameleden bağımsız olarak değerlendirileceği için ayrımcılık yasağından farklı olduğu vurgulanmaktadır. Partalçı (n 12) 157.

35 Yabancı yatırımcıları ayrımcılığa karşı koruyan “ulusal muamele standardı” yabancı yatırımcının ev sahibi devletin yerli yatırımcılarıyla aynı muameleyi görmesini sağlamaktadır.

36 Zeynep Nałçacıoğlu Erden, *Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma* (On İki Levha Yayıncılık 2015) 12.

37 Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (2nd edn, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ 2013) 94-95. Ayrıca ayrımcılık yasağı kapsamında yatırımcının mülkiyet hakkının ihlal edilmesi gündeme gelebilir. Bu noktada kamulaştırmanın insan hakları sözleşmelerine aykırılığı da ayrı bir davada ileri sürülebilir. Haydar Burak Gemalmaz, “Türkiye’nin Taraf Olduğu Uluslararası Tahkim Davalarına Konu Uyumsuzlukların Ayrıca AIHM’e Götürülmesi” <https://www.turkiyehukuk.org/turkiyenin-taraf-oldugu-uluslararasi-tahkim-davalarına-konu-uyumsuzlukların-ayrıca-aihme-goturulmesi/> (2012), Erişim Tarihi 23 Temmuz 2020.

38 Newcombe ve Paradell (n 14) 322.

aracılığıyla yatırıma ilişkin yetkilerin kullanımını veya yatırımdan elde edilecek olan faydayı ele geçirirler.³⁹ Böyle bir durumda “dolaylı kamulaştırma” (*indirect expropriation*) gündeme gelir.⁴⁰

Yatırıma yapılan müdahalenin kamulaştırma olarak görülmesi için genel olarak yatırıma tehdit oluşturan önlemlerin ağırlığına, devletin düzenleyici yetkisini aşip aşmadığına, yatırımcının mülkiyet hakkının ne ölçüde etkilendiğine dikkat edilir.⁴¹ Bu bağlamda yatırım tahkiminde ev sahibi devletlerin kamulaştırma olarak görülebilecek eylemleri; orantısız vergi artışları, lisans izinlerinin reddedilmesi, yenilenmemesi veya iptal edilmesi, yabancı yatırımın idaresine müdahale edilmesi, ev sahibi devletin yatırımı korumak için gerekli önlemleri almaması, ev sahibi devletin yatırımcının yatırım sözleşmesinden kaynaklanan bazı haklarına zarar vermesi olarak sayılabilir.⁴²

Covid-19 salgınıyla mücadele kapsamında devletlerin yatırımcı şirketlerin malvarlıklarına müdahale etmeleri söz konusu olabilir. Örneğin maske, solunum cihazı ve ilaç üretimi amacıyla özel şirketlerin devlet müdahalesiyle karşılaşması gündeme gelebilir.⁴³ Örneğin ABD Kore Savaşı yıllarından kalan Savunma Üretim Yasası’na (*Defence Production Act*) dayanarak General Motors’tan solunum cihazı üretmesini talep etmiştir.⁴⁴ İspanya ise kamu sağlığı için hükümetin geçici olarak bazı fabrikaları ve özel sağlık tesislerini ele geçirebileceğine ve bazı ürünlerin ve zorunlu kişisel hizmetlerin sağlanması için kuruluşlara müdahalelerde bulunabileceğine ilişkin düzenlemede bulunmuştur.⁴⁵ Yine İsviçre’de de benzer bir düzenleme yapılmıştır.⁴⁶ El Salvador ise elektrik, internet ve telefon faturalarının ödenmesini üç aylığına askıya almıştır.⁴⁷ Özellikle devletlerin yatırımcılara karşı müdahaleler içeren bu düzenlemeleri yatırımcıların rızası hilafına olursa dolaylı kamulaştırma olarak görülebilir.⁴⁸

39 Belirtelim ki buradaki ele geçirme eylemine devletin tek bir müdahalesi neden olabileceği gibi zaman içerisinde birbirini takip ederek gerçekleşen eylemler de neden olabilir. Cansu İste, *ICSID Tahkiminde Ev Sahibi Ülkenin Mevzuat Değişikliğinden Kaynaklanan Yatırım Uyuşmazlıkları* (On İki Levha Yayıncılık 2013) 63.

40 Nalçacıoğlu Erden (n 36) 52.

41 Giray (n 37) 100-101.

42 Ayrıntılı bilgi için bkz. Nalçacıoğlu Erden (n 36) 221-256.

43 UNCTAD, *Investment Policy Monitor: Special Issue - Investment Policy Responses to the COVID-19 Pandemic*, Special Issue 4, 2020, Annex. IIA, 2,

<https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d3_en.pdf>, Erişim Tarihi 23 Temmuz 2020.

44 Memorandum on Order Under the Defense Production Act Regarding General Motors Company (27 March 2020), <<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/memorandum-order-defense-production-act-regarding-general-motors-company/>>, Erişim Tarihi 05 Temmuz 2020.

45 İlgili düzenleme için bkz. Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, Royal Decree 463/2020 (14 March 2020) Artículo 13 <<https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/03/14/463>>, Erişim Tarihi 05 Temmuz 2020.

46 Ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (13 Mars 2020) <<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20200744/index.html>>, Erişim Tarihi 05 Temmuz 2020.

47 “Government and institution measures in response to COVID-19.” (2020) <<https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2020/04/el-salvador-government-and-institution-measures-in-response-to-covid.html>>, Erişim Tarihi 05 Temmuz 2020.

48 Bento and Chen (n 20).

Covid-19 salgınına karşı ev sahibi devletlerin belirtmiş olduğumuz şekilde aldıkları tedbirlerin geçici nitelikte olup olmadığı da önem arz etmektedir. Zira ev sahibi devletler, alınan tedbirlerin “geçici nitelikte” olması sebebiyle kamulaştırma eyleminin gerçekleşmediğini ileri sürebilirler. Nitekim *Tecmed* davasında tahkim mahkemesi sınırlayıcı bir tutum izleyerek dolaylı kamulaştırma için alınan tedbirlerin geri dönülemez ve kalıcı nitelikte olması şartını aramıştır.⁴⁹ Diğer yandan *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, davasında tahkim mahkemesi alınan tedbirin kamulaştırma sayılabilmesi için genel olarak yatırımcının ekonomik haklarını kullanmasının kalıcı olarak kaybının gerektiğini ancak bazı durumlarda yatırımcının ticari haklarını kullanmasının geçici veya kısmi olarak kaybının da kamulaştırma olarak görülmesinin uygun olduğunu belirtmiştir.⁵⁰ Ancak mahkeme sınırın geçici olarak kapatılması sebebiyle, davacının 18 ay boyunca ürettiği malları ihraç edememesini kamulaştırma olarak görmemiştir.⁵¹ Diğer yandan *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt* davasında yatırımcının oteli kiralaması ve geliştirmek için inşaat faaliyetlerinde bulunmak için anlaşması ancak kira sözleşmesi dolayısıyla ortaya çıkan uyuşmazlık sebebiyle otel inşaatının yaklaşık 1 yıl durmasını kısa süreli olarak görmemiş ve dolaylı kamulaştırmanın varlığına hükmetmiştir.⁵² Yine *Valeri Belokon v. Kyrgyz Republic* davasında tahkim mahkemesi davacının yatırımı olan *Manas Bank*'ın, Kırgızistan Ulusal Bankası tarafından yönetilmesinin ve hacedilmesinin Kırgız hukukuna göre geçici olmasına rağmen, Kırgızistan tarafından bu geçiciliğin garanti edilememesi ve devletin müdahalesi sona erse dahi yatırımın eski değerinde olmayacağını belirterek dolaylı kamulaştırmanın varlığına hükmetmiştir.⁵³ İncelediğimiz davalar ışığında, Covid-19 salgını nedeniyle alınan tedbirlerin tek başına geçici nitelikte olması, yapılan müdahalenin kamulaştırma teşkil edip etmediğine dair karar vermek için yeterli değildir. Her ne kadar kamulaştırmanın varlığını kabul için prensip olarak müdahalenin kalıcı olması aransa da, geçici müdahale sebebiyle, yatırımcı açısından geri dönülemez ekonomik sonuçların olduğu durumlarda dolaylı kamulaştırmanın varlığı kabul edilebilir.

Covid-19 salgını ve kamulaştırma konusunda önemle değinilmesi gereken bir değer mesele ise yatırımcıların malvarlığının kısmi olarak kamulaştırıldığının kabul edilebilir edilemeyeceği meselesidir. Kısmi kamulaştırmanın kabul edilip edilmemesi hakkında yeknesak bir uygulama yoktur.⁵⁴ Bizim de katıldığımız görüşe göre yatırımın

49 *Tecmed* (n 21), para 116.

50 *S.D. Myers, Inc v. Government of Canada*, UNCITRAL, First Partial Award on the Merits, (13 November 2000), para 283; Yine *LG&E* davasında mahkeme yatırımcının mülkiyet hakkına etki eden eylemin süresinin kamulaştırma kararı için önem arz ettiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre genel olarak kamulaştırma süreklilik arz etmelidir. Ancak yatırımın başarılı gelişiminin belirli bir anda gerçekleşmesi gereken bazı özel faaliyetlere bağlı olması durumundaysa kalıcılık koşulu aranmayabilecektir *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision On Liability(3 October 2006), para 193.

51 *Myers* (n 50), para 284-288; Giray (n 37) 101.

52 *Wena Hotels Ltd v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award (8 December 2000), para 99.

53 *Valeri Belokon v Kyrgyz Republic*, Ad Hoc Tribunal (UNCITRAL), IIC 760 (2014), Award (24 October 2014), para 206-210.

54 Nalçacıoğlu Erden (n 36) 105.

birbirinden ayrılabilen unsurlardan oluşması halinde, bu unsurlardan sadece bazılarının dolaylı kamulaştırmaya konu olması mümkündür.⁵⁵ Bu bakımdan Covid-19 salgını çerçevesinde alınan tedbir, tek başına yatırımın bütününden ayrılabilen bir ekonomik hakka zarar veriyorsa dolaylı kamulaştırma söz konusu olabilir. Aksi takdirde yatırımcı zararını adil ve eşit davranma yükümlülüğü gibi diğer ilkeler aracılığıyla giderebilecektir. Nitekim özellikle adil ve eşit davranma yükümlülüğü diğer standartlardan doğan boşlukları doldurmak için kullanılabilir.⁵⁶

C. Covid-19 Salgını ve Tam Koruma ve Güvenlik İlkesi

Tam koruma ve güvenlik (*full protection and security*) şartına günümüzde pek çok yatırım anlaşmasında rastlanılmaktadır.⁵⁷ Bu şart genel olarak ev sahibi devlet güçlerinin yatırıma zarar vermemesini ve öngörülebilir riskler hakkında ev sahibi devletin yatırımı korumak için makul tedbirler alması gerekliliğini ifade eder.⁵⁸ Aksi takdirde ev sahibi devletin sorumluluğu doğabilir. Belirtelim ki buradaki sorumluluk bir tür kusur sorumluluğudur. Diğer bir ifadeyle tam koruma ve güvenlik şartı çerçevesinde devletin yatırımı korumak için kendisinden beklenen özeni göstermesi gerekir.⁵⁹ Her ne kadar devletlerin Covid-19 salgınına karşı aldıkları önlemler adil ve eşit davranma yükümlülüğünün ihlali ve hukuksuz kamulaştırmalara sebebiyet verebilecekse de devletlerin salgına karşı pasif kalması, diğer bir deyişle önlem almaması ve bu sebeple de yatırımın zarar görmesi halinde tam koruma ve güvenlik ilkesinin ihlali oluşabilir.⁶⁰ Nitekim ICSID mahkemesinde görülen *Azurix Corp. v. The Argentine Republic* davasında içme suyu ve kanalizasyon hizmeti sağlayan *Azurix* şirketi ev sahibi devletin gerekli altyapı hizmetini sağlamadığı için suda yosunlaşmanın başladığını belirtmiştir. Mahkeme de adil ve eşit davranma yükümlülüğüyle birlikte tam koruma ve güvenlik şartının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir.⁶¹

Tam koruma ve güvenlik şartı sadece yatırımın fiziki olarak korunması anlamında kullanılmamaktadır. Tam koruma ve güvenlik şartı kapsamında ev sahibi devletlerin

55 Ursula Kriebaum, “Partial Expropriation” (2007) 8 *The Journal of World Investment and Trade* 69, 84; Nałçacıoğlu Erden (n 36) 110-112.

56 Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2nd edn, Oxford University Press 2012) 133.

57 Bu ilkeye bazı anlaşmalarda güvenlik ve tam koruma ilkesi, en muntazam şekilde koruma ilkesi gibi isimler verilebilir. Örneğin Enerji Şartı Anlaşması madde 10(1)’de bu ilke en muntazam şekilde koruma ilkesi olarak anılmıştır. Gökhan Albayrak, *Uluslararası Yatırım Hukukuna Küresel Anayasacılık Yaklaşımı* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 42. Yatırım anlaşmalarında yer alan tam koruma ve güvenlik şartının kaleme alınış biçiminin farklı oluşu genel olarak tahkim mahkemelerinin bu ilkeye ilişkin yorumunu değiştirmemektedir. Stanimir A Alexandrov, “Part III: Chapter 23: The Evolution of the Full Protection and Security Standard” içinde Geraldine Fischer and others (ed), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID* (Wolters Kluwer 2015) 320.

58 M Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (Third Edition, Cambridge University Press 2010) 205; Dolzer and Schreuer (n 56) 161.

59 Alexandrov (n 57) 320.

60 Bento and Chen (n 20).

61 *Azurix Corp v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award (14 July 2006), para 408.

yatırımcılara güvenli bir hukuki ortam ve iş çevresi sağlaması da gerekir.⁶² Bu sebeple Covid-19 salgını dolayısıyla yapılacak olan mevzuat değişiklikleri sebebiyle de tam koruma ve güvenlik şartının ihlal edildiği tartışılabilir. Ancak böyle bir durumda tahkim mahkemesinin tam koruma ve güvenlik şartına mı yoksa adil ve eşit muamele şartına mı dayanarak karar vermesi gerektiği tartışmalıdır.⁶³ *PSEG* kararında mahkeme hukuki güvenlik ve güvenli iş alanı (*business environment*) oluşturmanın adil ve eşit muamele ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, tam koruma ve güvenlik şartının daha çok fiziksel güvenliği ifade ettiğini ve ancak istisnai durumlarda mahkemenin adil ve eşit davranma yükümlülüğü yerine tam koruma ve güvenlik ilkesine dayanabileceğini belirtmiştir.⁶⁴ Diğer yandan *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic* davasında tahkim mahkemesi tam koruma ve güvenlik ilkesinin hukuk güvenliğini de sağlaması gerektiğini kabul etmiştir.⁶⁵ Yine *Lauder* davasında her ne kadar mahkeme tam koruma ve güvenlik ilkesine aykırılığın varlığına hükmetmese de bu ilke çerçevesinde ev sahibi devletlerin yatırımcılara uyuşmazlıklarını giderebilecekleri yargı yolu sağlamaları gerektiğini belirtmiştir.⁶⁶ Kanımızca tam koruma ve güvenlik ilkesinin, yatırımcılara uyuşmazlıklarını giderebilecekleri bir hukuk sistemi sağlanması gerektiği kabul edilsin veya edilmese Covid-19 salgını nedeniyle alınan tedbirler kapsamında mahkemelerin uzun süreli olarak kapatılması ve yatırımcıların uyuşmazlıklarını mahkemelerde giderememesi halinde devletlerin sorumlulukları doğabilecektir. Zira günümüzde hemen her sözleşmede adil ve eşit davranma yükümlülüğü bulunmaktadır. Tahkim mahkemeleri hukuk güvenliği sağlanmasını tam koruma ve güvenlik ilkesi çerçevesinde görmese dahi adil ve eşit davranma yükümlülüğü kapsamında göreyerek devletler aleyhine karar verebilir.⁶⁷

D. Covid-19 Salgını ile “En Çok Gözetilen Ulus Kaydı” ve “Ulusal Muamele Standardı” İlişkisi

Milletlerarası sözleşmelerde sıklıkla anılan en çok gözetilen ulus kaydı, anlaşma taraflarının, belirli bir konuda üçüncü devletlere ya da vatandaşlarına tanıdıkları ya da tanyacakları daha elverişli muameleyi, birbirlerine ya da vatandaşlarına karşı da uygulamayı kabul ettiklerini açıklayan bir hükümdür.⁶⁸ Covid-19 salgını nedeniyle ülkelerin özellikle aşı, maske, solunum cihazı gibi medikal ürünlerin ihracatında çeşitli

62 Albayrak (n 57) 43; *CME Czech Republic BV v The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award (13 September 2001), para 613; Ayrıca bkz *Frontier Petroleum Services Ltd v The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award (12 November 2010), para 263.

63 Alexandrov (n 57), 327-328.

64 *PSEG* (n 23), para 258. Aynı yönde bkz. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability and Separate Opinion of Arbitrator Pedro Nikken (30 July 2010).

65 *CME* (n 62), para 613.

66 *Ronald S. Lauder v The Czech Republic*, UNCITRAL ad hoc tribunal, Award, 3 September 2011, para 314.

67 Aynı yönde bkz. Newcombe and Paradell (n 14) 314.

68 Yasemin Aydoğmuş, “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID’e Başvuru İmkani” (2010) 29 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 21, 21.; Pınar Baklacı, *Uluslararası Yatırım Hukukunda En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi* (Beta Yayınevi, 2009) 35; Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (Yenilenmiş 25th edn, Beta Yayıncılık 2020) 66-68.

vergisel düzenlemeler ve kısıtlamalarda bulunmaları mümkündür. Bu tarz ürünlerin ihracatı hakkında en çok gözetilen ulus kaydının bulunduğu sözleşmelerde, ev sahibi devletin bu kayıt gereğince anlaşma tarafı devlete diğer devlet yatırımcılarından dezavantajlı koşullar sağlamaması gerekir.

Ayrıca en çok gözetilen ulus kaydının olduğu anlaşmalarda, ev sahibi devletin üçüncü bir devlet ile yaptığı anlaşmaya istinaden, yatırımcının ICSID’e başvurması mümkündür.⁶⁹ Covid-19 salgını dolayısıyla ortaya çıkan uyuşmazlıklarda yatırımcılar en çok gözetilen ulus kaydına istinaden ICSID’e başvurabilirler. Ancak böyle bir durumda taraf iradelerine aykırı bir yorumla ev sahibi yatırımcıya ICSID’e başvuru imkânı tanınmamalıdır. Örneğin taraflar arasında akdedilmiş bir sözleşmede başkaca bir uyuşmazlık çözüm yöntemi belirlenmişse artık üçüncü bir tarafla akdedilmiş olan sözleşmede belirtilen uyuşmazlık çözüm yöntemi dikkate alınmamalıdır.⁷⁰ Yine ülkelerin genel politikalarına ve uygulamalarına aykırı olacak şekilde yatırımcıya ICSID’e başvuru imkânı tanınmamalıdır. Bu sebeple yatırımcıya en çok gözetilen ulus kaydına istinaden ICSID’e başvuru imkânı tanınması için bu durumun kamu düzenine aykırı olmaması gerekir.⁷¹

Ulusal muamele standardı (*national treatment*) ise yabancı yatırımlar ile doğrudan ev sahibi devletin vatandaşlarının yatırımları arasındaki ayrımcılığı önlemeyi amaçlar.⁷² Ev sahibi devletlerin Covid-19 salgını sebebiyle kendi yatırımcılarını desteklerken, aynı pazar içerisindeki yabancı yatırımcıları desteklememeleri durumunda ulusal muamele standardının ihlali gündeme gelebilir. Örneğin İngiltere, Covid-19 salgını dolayısıyla tren şirketlerinin iflas etmesini engellemek amacıyla, tren şirketlerine geçici olarak şirketlerini “millileştirme” imkânı tanımıştır.⁷³ Bunun sonucunda da bazı demiryolu şirketlerinin borsadaki değerinde artış yaşanmıştır.⁷⁴ İşte böyle bir durumda aynı pazar içindeki yabancı yatırımcılara destek sağlanmazsa ulusal muamele standardının ihlali gündeme gelebilir.

II. Covid-19 Salgını Sebebiyle Alınan Tedbirlerin Hukuka Aykırı Olduğu İddiasına Karşı Ev Sahibi Devletlerin İleri Sürebileceği Savunmalar

Devletlerin Covid-19 salgınıyla mücadele kapsamında almış oldukları tedbirlerin yatırım anlaşmalarına aykırı olabileceğini yukarıda belirttik. Ancak yatırım tahkiminde devletlerin ahde vefa ilkesinin (*pacta sunt servanda*) dışına çıkabilecekleri bazı

69 Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Beta Yayıncılık 2019) 712-713, dn. 654.

70 Aydoğmuş (n 68) 82-83.

71 ibid 83-84.

72 Albayrak (n 57) 48.

73 Department for Transport and The Rt Hon Grant Shapps MP, “Government ensures ticket refunds and protects services for passengers with rail emergency measures” <<https://www.gov.uk/government/news/government-ensures-ticket-refunds-and-protects-services-for-passengers-with-rail-emergency-measures>>, Erişim Tarihi 03 Temmuz 2020.

74 Rob Davies, “Covid-19: government suspends rail franchise agreements” (*The Guardian*, 2020) <<https://www.theguardian.com/world/2020/mar/23/covid-19-government-suspends-rail-franchise-agreements>>, Erişim Tarihi 03 Temmuz 2020.

durumlar söz konusudur. Böyle durumlarda devletlerin tazminat ödeme yükümlülükleri oluşmayacaktır. Çalışmanın bu bölümünde ev sahibi devletlerin Covid-19 salgını nedeniyle almış oldukları tedbirlerden dolayı yatırımcılara karşı sorumluluktan kurtulabilecekleri bazı savunmalar incelenmiştir.

Milletlerarası örf ve adet hukukunda, devletlerin hukuka aykırı eylemlerinden dolayı sorumluluktan kurtulabilmelerini sağlayan genel olarak altı adet savunma vardır. Bunlar rıza (*consent*), zorunluluk hali (*necessity*), karşı önlem (*counter measure*), mücbir sebep (*force majeure*), meşru müdafaa (*self-defence*) ve tehlike hali (*distress*) şeklindedir.⁷⁵ Covid-19 salgını nedeniyle alınmış olan tedbirlerin yatırım tahkimi davalarında mücbir sebep, zorunluluk hali ve tehlike haliyle ilişkili olduğu devletler tarafından ileri sürülebilir.⁷⁶ Ayrıca devletlerin kamu sağlığı gibi konularda düzenleme yapmaları halinde “polis kudreti doktrinine” (*police powers doctrine*) dayanarak sorumluluktan kurtulmaları söz konusu olabilir. Yine devletlerin yatırım anlaşmalarında yer alan bazı kayıtlar sayesinde sorumluluktan kurtulmaları mümkündür.

A. Zorunluluk Hali (*Doctrine of Necessity*)

Zorunluluk hali, olağandışı hallerde, devletlerin yakın ve ağır bir tehlikeye karşı “son çare” olarak aldıkları tedbirlerden dolayı tazminat sorumluluğunun doğmamasını sağlayan milletlerarası örf ve adet hukuku kuralıdır.⁷⁷ Ancak devletlerin bu doktrini kötüye kullanmasını engellemek için zorunluluk hali oldukça katı koşullara bağlanmıştır.⁷⁸ ILC Kuralları madde 25(1)’de devletin zorunluluk hali sebebiyle sorumluluktan kurtulabilmesi için bazı şartlar belirtilmiştir. Bu şartlar (a) ağır ve esaslı bir tehlikeye karşı esaslı bir menfaati korumak için devletin tek çaresinin ilgili önlemi almak olması, (b) kendisine karşı önlem alınan devletin, devletlerin veya uluslararası toplumun başka bir esaslı menfaatine ciddi şekilde zarar verilmemesi şeklindedir. ILC Kuralları madde 25/2’de ise bu şartlara ek olarak (a) zorunluluk halinin ileri sürülmesini engelleyen bir yükümlülük olmaması gerekliliği ve (b) devletin zorunluluk haline katkısının olmaması gerektiği belirtilmiştir.

Kanımızca Covid-19 salgınının dünya çapındaki şiddetli etkisi “ağır ve esaslı bir tehlike” unsurunun varlığına işaret etmektedir. Alınan önlemlerin kamu sağlığı gibi gerekçelerle yapılması ise alınan önlemin esaslı bir menfaati koruma amaçlı alındığını göstermektedir.⁷⁹

75 Newcombe and Paradell (n 14) 510; Elif Uzun, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletlerin Sorumluluğu* (2nd edn, Seçkin Yayıncılık 2016) 62-74.

76 Federica and Jephcott (n 20)

77 Josefa Sicard Mirabal and Yves Derains, *Introduction to Investor-State Arbitration* (Wolters Kluwer 2018) 168.

78 Azaklı Köse (n 25) 47.

79 *National Grid PLC v Argentine Republic*, UNCITRAL Case, Award (3 November 2008), para 245; Federica Paddeu and Kate Parlett, ‘COVID-19 and Investment Treaty Claims’ (Kluwer Arbitration Blog, 30 March) <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/30/covid-19-and-investment-treaty-claims/?doing_wp_cron=1598323040.8537199497222900390625>, Erişim Tarihi 20 Temmuz 2020. Buradaki esaslı menfaat koşulu devletin kendi toplumu için olabileceği gibi tüm uluslararası toplumun menfaatine ilişkin olabilir. Azaklı Köse (n 25) 183. Covid-19 salgınının dünya çapındaki etkisi göz önüne alındığında devletin almış olduğu tedbirlerin tüm toplumun esaslı menfaatine ilişkin olduğu ileri sürülebilir.

Ancak zorunluluk halinden yararlanabilmek için ev sahibi devletin Covid-19 salgınına karşı yatırımcıya zarar veren tedbiri almaktan başka bir çaresinin olmaması da gerekir. Bu koşul devletlerin zorunluluk haline dayanmasını oldukça zorlaştıran bir kriterdir. Nitekim devletlerin yatırımcıyı zarara uğratan tedbir yerine, daha maliyetli olan ancak yatırımcının zarara uğramasını engelleyecek bir tedbir almaları mümkünse, bu durumda devletler zorunluluk haline sığınamayacaklardır.⁸⁰

Devletlerin zorunluluk hali savunmasında bulunabilmeleri için Covid-19 salgını nedeniyle alınan önlemin başka bir esaslı yükümlülüğe ciddi bir zarar vermemesi gerekir. Bu koşul sebebiyle devletlerin aşı üretimi gibi tüm dünyanın sağlığını etkileyecek konularda dikkatli davranması gerekir. Özellikle ülke çıkarları için bilim insanlarının seyahat etmesini engellemek gibi tedbirlerde devletlerin zorunluluk haline dayanamayacağı söylenebilir.

Ayrıca ev sahibi devletin zorunluluk halinden yararlanabilmesi için ilgili tedbire ilişkin zorunluluk haline başvurmayı engelleyen açık veya örtülü bir kuralın olmaması gerekir.⁸¹ Bu kıstas insancıl hukuk gibi savaş durumlarına ilişkindir. Öyle ki devletler bu hallerde zorunluluk haline başvurarak insan haklarına aykırı davranamazlar. Yatırım anlaşmaları bakımından devletlerin zorunluluk haline başvurmalarını engelleyen bir durumun varlığı pek de söz konusu değildir.⁸²

Devletlerin zorunluluk halinin oluşmasında katkılarının olmaması koşulu da oldukça belirsizdir. Zira her zorunluluk halinin ortaya çıkışında devletin dolaylı da olsa bir rolünün olduğu iddia edilebilir. Kanımızca burada devletin zorunluluk halinin oluşmasına katkısının ne ölçüde etkili olduğu önem arz etmektedir.⁸³ Özellikle 2001 Arjantin ekonomik krizinde zor günler geçiren Arjantin'in yabancı yatırımcılara karşı almış olduğu tedbirlere ilişkin davalarda bu mesele tartışılmıştır.⁸⁴ ICSID'de görülen *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic* davasında mahkeme, devletin sorumluluktan kurtulmasını zorlaştırmak gerektiğini bu sebeple de devletin iyi niyetli davranışlarının sonucunda oluşan kötü sonuçlar bakımından dahi sorumluluklarının olduğunu belirtmiştir.⁸⁵ Başka bir karardaysa zorunluluk haline katkı sağlamamış olma koşulu daha dar yorumlanmış ve bu koşul için devletin bir hatasının olması gerektiği belirtilmiştir.⁸⁶

Covid-19 salgınına ilişkin alınan tedbirler hakkında devletler zorunluluk hali savunmasında bulunmak istediklerinde yatırımcılar virüsün yayılmasından dolayı

80 Paddeu and Parlett (n 79)

81 Azaklı Köse (n 25) 193.

82 Paddeu and Parlett (n 79).

83 Azaklı Köse (n 25) 194.

84 ibid 194-197.

85 *Impregilo SPA. v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17, Award (21 June 2011), para 356.

86 *Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26 Award (8 December 2016), para 711.

devletlerin zorunluluk haline katkıda bulunmuş olduklarını ileri sürebilirler. Özellikle ev sahibi devletin sağlık sisteminde yaşanan sorunlardan dolayı zorunluluk haline katkılarının olup olmadığının tahkim mahkemelerinde tartışılacağı öngörülmektedir.⁸⁷ Doktrinde böyle bir durumda devletlerin zorunluluk haline başvurabilmelerinin istisnai durumlarda kabul edilmesi sebebiyle mahkemelerin yatırımcıdan yana bir tutum sergileyeceği öngörülmektedir.⁸⁸

B. Mücbir Sebep (*Force Majeure*)

Devletlerin yatırımcılara vermiş oldukları zararlardan sorumlu tutulmalarını ortadan kaldıran bir diğer örf ve adet kuralı mücbir sebeptir. Mücbir sebep savunmasının koşulları ILC Kuralları madde 23'te belirtilmiştir. İlgili maddeye göre bir milletlerarası yükümlülüğe aykırı davranış sergileyen devletin bu davranışından mücbir sebep gerekçesiyle sorumluluktan kurtulabilmesi için şu koşullar gereklidir: (1) mücbir sebep olarak nitelendirilen olay devletin kontrolü dışında gerçekleşmelidir. (2) Karşı konulamaz ansızın beliren bir kuvvet veya olay söz konusu olmalıdır. (3) Devletin bu olay veya kuvvet sebebiyle üstlendiği yükümlülüğünü yerine getirmesi bakımından maddi imkânsızlık söz konusu olmalıdır. (4) Mücbir sebep olarak nitelendirilen olaya devletin bir tasarrufu kısmen veya tamamen sebep olmamalıdır. (5) Devlet önceden bu durumu öngörememiş olmalıdır.

Görüldüğü üzere devletlerin mücbir sebebe dayanarak sorumluluktan kurtulması oldukça katı koşullara bağlanmıştır. Covid-19 salgını her ne kadar devletin kontrolü dışında gerçekleşen beklenmedik bir olay olsa da devletlerin Covid-19 salgını nedeniyle yükümlülüklerini yerine getirmelerinin “imkânsızlaştığını” ispatlamaları oldukça zordur.⁸⁹ Zira maddi imkânsızlık olarak adlandırılan bu unsur mücbir sebebi tehlike halinden ve zorunluluk halinden ayıran unsurdur. Burada öyle bir imkânsızlık mevcut olmalıdır ki devletin almış olduğu tedbir dışında başka bir seçeneği kalmamış olmamalıdır.

Ayrıca yatırımcılar Covid-19 salgınının yayılmasında, ev sahibi devletlerin almış oldukları önlemlerin eksikliğinin veya Covid-19 salgınıyla mücadelede yapılan hataların etkili olduğunu ileri sürebilirler. Zira Dünya Sağlık Örgütü (*WHO-World Health Organization*) gibi birçok hükümet dışı örgüt sürecin yönetimi hakkında devletlere tavsiyelerde bulunmaktadır. Ev sahibi devletlerin bu tavsiyelere aykırı davranışları nedeniyle salgının artmasına sebebiyet vermeleri halinde mücbir sebep savunmasından yararlanamamaları söz konusu olabilir.

⁸⁷ Paddeu and Parlett (n 79).

⁸⁸ ibid.

⁸⁹ Paddeu and Parlett (n 79).

C. Tehlike Hali (*Distress*)

ILC madde 24/1’de, devlet adına hareket eden kişinin tehlike hali sebebiyle devletin uluslararası sorumluluğuyla uyuşmayan bir eylemi kendisinin ya da korumakla yükümlü olduğu kişilerin hayatlarını kurtarmak amacıyla gerçekleştirmesi ve bu kişinin fiili gerçekleştirmek dışında başka bir “makul seçeneği” olmaması durumunda devletin sorumluluktan kurtulacağı düzenlenmiştir. Ancak ILC madde 24/2’ye göre eğer (a) tehlike halinin oluşmasına devletin bir davranışı kısmen veya tamamen sebebiyet vermişse veya (b) devletin yükümlülüğüne aykırı fiili, eşdeğer ya da daha ağır bir tehlike yaratmaya yol açmışsa devletin sorumluluktan bu madde kapsamında kurtulamayacağı düzenlenmiştir.

Covid-19 salgını nedeniyle alınan tedbirlerin insanların hayatlarını kurtarmak için yapıldığı ileri sürülebilir. Ancak tehlike hali devletlerin daha çok aniden gerçekleşen olaylara karşı belirli bir kişi veya kişi grubunun hayatını korumak için alınan önlemlerde gündeme gelir. Covid-19 salgını gibi tüm kamu sağlığını genel olarak tehdit eden bir duruma karşı alınan önlemler ise tehlike halinden çok zorunluluk halini yansıtır.

D. Polis Kudreti Doktrini (*Police Powers Doctrine*)

“Polis kudreti doktrini” egemen devletin kamunun sağlığını, genel refahını, ahlak ve güvenliğini sağlamak için gerekli ve uygun düzenlemeleri yapabildiğini sağlayan doğal ve genel gücünü ifade etmektedir.⁹⁰ Burada ev sahibi devletin taahhütlerinin dışına çıkmasına rağmen “istisnai olarak” yatırımcıya karşı tazminat sorumluluğu doğmamaktadır.⁹¹ Hukuk kurallarının toplumun ihtiyaçlarına göre değiştirilmesi bir gerekliliktir. Özellikle kamu sağlığı ve kamu yararı gibi gerekçelerle devletlerin yatırım anlaşmalarında taahhüt ettikleri şartların dışına çıkacak düzenlemeler yapmaları gerekebilir. Nitekim *Saluka Investments Bv v. The Czech Republic* davasında tahkim mahkemesi ayrımcı olmayan ve iyi niyetli olarak kamu refahının sağlanması için yasama gücünü kullanan devletin sorumluluğunun doğmayacağı belirtilmiştir.⁹²

Polis kudreti doktrini ve Covid-19 salgını ilişkisi hakkında *Philip Morris et al. v. Uruguay* davasına değinmek gerekir. Zira bu davada kamu sağlığı gerekçesiyle ev sahibi devletin çeşitli düzenlemelerde bulunması söz konusudur. İlgili davada Uruguay devleti kamu sağlığı gerekçesiyle, sigara firmalarının sadece tek tip sigara paketleri üretebileceklerine, belirli bir markada farklı sigara türlerinin satışa sunulamayacağını ve paketler üzerine “sağlığa zararlıdır” ibaresinin daha büyük bir şekilde yer alacağına ilişkin düzenleme yapmıştır. Davacı *Philip Morris* ise bu durumun dolaylı kamulaştırma olduğunu ve adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Ancak mahkeme Uruguay Devleti’nin yapmış olduğu düzenlemelerin

90 Garner (n 16) 1276.

91 Flavia Marisi, “Interpretation Doctrines”, *Environmental Interests in Investment Arbitration: Challenges and Directions (International Arbitration Law Library Vol 51)* (Kluwer Law International 2020) 162.

92 *Saluka* (n 33) para 255.

keyfi ve gereksiz olmadığına ve “kamu sağlığı” gerekçesiyle yaptığı düzenlemenin polis doktrini çerçevesinde olduğuna karar vermiştir.⁹³ Polis kudreti doktrini Covid-19 salgını sebebiyle gerçekleştirilen düzenlemelerde de devletlerin kullanabilecekleri bir argüman olarak karşımıza çıkabilir.⁹⁴ Zira Covid-19 salgını sebebiyle alınan tedbirler de genellikle kamu sağlığı gerekçesi ön plandadır. Ancak salt kamu sağlığı gerekçesi, ilgili düzenlemelerin polis kudreti kapsamında görülerek devletin sorumluluktan kurtulması için yeterli olmayabilir. Zira doktrinde⁹⁵ belirtildiği üzere ev sahibi devletin polis kudreti doktrininden yararlanabilmesi için alınan tedbirin (1) makul olması, (2) devletin düzenleyici yetkisi kapsamında olması, (3) hukuki süreçlere uygun olarak alınmış olması, (4) kamu yararını amaçlaması, (5) ayrımcılık içermemesi, (6) orantılı olması ve (7) iyi niyetli olması (*bona fide*) gerekir. Ayrıca belirtelim ki ev sahibi devletin yapmış olduğu düzenleme bu koşulların hepsini karşılarsa dahi yatırım anlaşmasında spesifik bir taahhüdün olması halinde polis kudreti doktrininden ev sahibi devletin yararlanamaması söz konusu olabilir.⁹⁶

E. Anlaşmalarda Yer Alan İstisna Hükümleri (*Treaty Exceptions*)

Yatırım anlaşmalarında ve ticaret anlaşmalarında tanımlanmış olan bazı hükümler de devletlerin sorumluluktan kurtulabilmeleri için kullanılabilir. İstisna hükümleri olarak adlandırılan bu hükümler devletlere genellikle güvenlik, kamu düzeni, kamu sağlığı gibi gerekçelerle anlaşmada yer alan hükümleri uygulamama hakkı tanır.⁹⁷ Özellikle ticari sözleşmelerde yer alan istisna hükümlerinin amacı, ticaretten daha öncelikli konularda devletlerin gerekli eylemlerde bulunabilmesini hukuka uygun hale getirmektir. Örneğin, Covid-19 salgını sebebiyle devletlerin öncelikle kendi vatandaşlarının ihtiyaçlarını karşılamak için ilaç, maske, tıbbi cihaz ve gıda ürünleri gibi bazı malların alınan ihracat ve ithalatına ilişkin geniş ölçüde sınırlamalar uygulamaları söz konusudur.⁹⁸ Diğer yandan Örneğin GATT (Gümrük Tarifeleri ve

93 Philip Morris (n 24) para 307.

94 Kamu sağlığı gerekçesiyle devletlerin düzenlemede bulunmalarının hukuka uygun görüldüğü başka kararlar da mevcuttur. Örneğin *Methanex Corporation v United States of America* davasında, Kaliforniya’da MTBE(methyl tertiary-butyl ether-metil tersiyer bütül eter) isimli kimyasal bir maddenin satışının ve kullanımının yasaklanması üzerine yatırımcı kamulaştırma iddiasında bulunmuştur. Ancak bu davada mahkeme Kaliforniya eyaletinin düzenlemesinin ayrımcılık içermediğini ve kamu yararını hedeflediğini gözeterek davacının iddiasını reddetmiştir. *Methanex Corporation v United States of America*, NAFTA, Final Award (03 August 2015), Part IV, Chapter D, para 7. Yine *Chemtura v Canada* davasında tahkim mahkemesi tarım ürünleri için kimyasal ilaç üreten şirketin Kanada hükümetinin almış olduğu tedbirler sebebiyle zarar etmesini dolaylı kamulaştırma olarak görmemiş ve kamu sağlığı için alınmış olan bu tedbiri polis kudreti çerçevesinde görmüştür. *Chemtura Corporation v Government of Canada*, NAFTA, Award (2 August 2010) para 265,266.

95 Janice Lee, “Note on COVID-19 and the Police Powers Doctrine: Assessing the Allowable Scope of Regulatory Measures during a Pandemic” (2020) 13 Contemporary Asia Arbitration Journal (CAA Journal) 229, 236.

96 *Methanex* (n 94) para 7.

97 Talat Kaya, “Dtö Anlaşmalarındaki Yükümlülüklerden Kaçınmaya Olanak Sağlayan İstisna Hükümleri” (2017) 7 Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 169, 171.

98 DTÖ’nün 23 Nisan 2020 tarihli bir raporuna göre Covid-19 salgını sonrası 80 ülkede ihracat yasakları ve sınırlamaları görülmüştür. WTO, “Export Prohibitions and Restrictions” <https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/export_prohibitions_report_e.pdf>, Erişim Tarihi 22 Haziran 2020.

Türkiye’de çeşitli malların ihracatına ilişkin sınırlamalarda bulunmuştur. Bkz. İhracı Yasak ve Ön İzne Bağlı Mallara İlişkin Tebliğ (İhracat: 96/31) Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (İhracat: 2020/4) RG Tarih 4 Mart 2020 Sayı 31058.

Ticaret Genel Anlaşması)⁹⁹ madde XI’de prensip olarak üye devletlerin ihracata ilişkin kısıtlama getirmesi yasaklanmıştır. Ancak madde XI fıkra 2’de bir istisna hükmü yer almaktadır. İlgili istisna hükmüne göre ihracatçı ülke, gıda ürünlerinin veya diğer temel ürünlerin kritik eksikliklerini önlemek veya hafifletmek amacıyla geçici olarak yasaklamalarda bulunabilir.¹⁰⁰ Covid-19 salgını nedeniyle alınan ihracat yasaklarında devletin bu maddeye sığınarak sorumluluktan kurtulmak istemesi mümkündür.¹⁰¹

Covid-19 salgını sebebiyle alınan tedbirlerden dolayı, devletlerin genel istisna hükümlerinden yararlanarak sorumluluktan kurtulmaları söz konusu olabilir. Genel istisnalar devletlerin kamu sağlığı, kamu düzeni gibi bazı durumlarda gerçekleştirdikleri eylemlerden dolayı sorumluluklarının doğmayacağına ilişkin maddelerdir. Genel istisnalara ticaret anlaşmalarında ve yatırım anlaşmalarında¹⁰² rastlanabilir. GATT madde XX’de kamu ahlakının korunması, insan, hayvan ve bitki hayatının ve sağlığının korunması, tükenbilir doğal kaynakların korunması, genel ve yerelde yaşanan kıtlık hallerinde ihtiyaç duyulan malların elde edilmesi ve dağıtımı gibi birçok konuda devletlerin tedbir alabileceklerini düzenlemektedir.¹⁰³ Ancak Covid-19 salgınına ilişkin alınan önlemlerin doğrudan bu madde çerçevesinde meşru kabul edilebileceği düşünülmemelidir. Nitekim alınan hayati tedbirin gerekli olup olmadığı her somut olayın koşullarına göre değerlendirilecektir. Bu değerlendirmede kamu sağlığını tehdit eden durumun ağırlığı, alınan önlemin amaca uygunluğu ve önlemin ticarete olan etkisi gözetilmektedir.¹⁰⁴ Ayrıca GATT madde XX’nin giriş kısmında (*chapeau*) tedbirlerin keyfi ve haksız şekilde ve ayrımcılığa sebebiyet verecek şekilde alınmaması gerektiği ifade edilmiştir. Yine Covid-19 salgını sebebiyle bazı malların ihracat ve ithalatına ilişkin sınırlamalarının GATT madde XX çerçevesinde

99 GATT hem çok taraflı anlaşmayı hem de bu anlaşmayla ihdas edilmiş olan milletlerarası kuruluşu ifade etmektedir. Anlaşmanın milletlerarası ticaretin gelişimini sağlamak, toplumların hayat kalitesini yükseltmek, gümrük davalarının sayılarını daha aza indirmek, milletlerarası ticarete ayrımcı muameleleri önlemek gibi amaçları vardır. Şanlı (n 7) 8. Nuray Ekşi, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (3rd edn, Beta Yayıncılık 2019) 543-549. Türkiye de bu anlaşmaya tarafur. Bkz. RG Tarih: 31. 12. 1953 Sayı: 8597. Anlaşma metni için bkz. “The General Agreement on Tariffs And Trade” (1986) <wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47.pdf>; Erişim Tarihi 21 Haziran 2020.

100 Belirtelim ki bu istisna hükmünün uygulanması için maddede belirtilen şartlara ek olarak uygulanan sınırlamaların DTÖ (Dünya Ticaret Örgütü – World Trade Organization) Sekreteryası’na da bildirilmesi gerekir. WTO, “Decision on Notification Procedures for Quantitative Restrictions” <wto.org/english/tratop_e/markacc_e/qtr_e.htm#:~:text=reverse notifications>.-,Notification requirement,at two yearly intervals thereafter.>; Erişim Tarihi 22 Haziran 2020. Ayrıca bkz. Özlem Canbeldek Akın, “Dünya Ticaret Örgütü Kuralları Işığında Covid-19 Krizi” içinde Muhammet Özkes (ed), *Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 820-821.

101 Belirtelim ki GATT kapsamındaki uyumsuzluklarda DTÖ yargılama organı münhasır yetkiye sahiptir. DTÖ’ne üye olmakla birlikte devletler, DTÖ bünyesindeki uyumsuzluk giderme usulüne tabi olmuş olurlar. Bu uyumsuzluk çözüm yönteminde daha çok devletlerin müzakereleri ve politik kararları etkili olmaktadır. Ayrıca belirtelim ki milletlerarası ticaretin esas aktörleri olan özel hukuk kişilerinin DTÖ yargısına başvurma yetkisi yoktur. Şanlı (n 7) 618-629. Ancak GATT kapsamında yer alan istisna hükümlerinin benzerleri yatırım anlaşmalarında da yer almaktadır. Bu sebeple devletlerin benzer istisna hükümlerine dayanarak sorumluluktan kurtulma imkânları söz konusu olabilir. Chaisse (n 2) 162.

102 Örneğin Türkiye ve ABD arasında akdedilmiş olan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair Antlaşma madde 10’da “*Bu Antlaşma, Tarafların herhangi birinin kamu düzeni ve ahlakının korunması, uluslararası barışın ve güvenliğinin temini ve idamesi ya da kendi temel güvenliğinin korunmasına ilişkin yükümlülüklerinin ifası için gerekli önlemler alınmasını engellemez.*” ifadesi yer almaktadır. RG Tarih: 13 Ağustos 1989 Sayı: 20251

103 İlgili maddede yer alan istisnalar hakkında bkz. Müslüm Yılmaz, “Dünya Ticaret Örgütü Hukuku Bakımından Uluslararası Ticarete Güvenlik İstisnası” (2020) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 249, 256-257.

104 Joost Pauwelyn, “Export Restrictions in Times of Pandemic: Options and Limits under International Trade Agreements” (2020) 7 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3579965>; Erişim Tarihi 21 Temmuz 2020.

hukuka uygun olması için ev sahibi devletin en çok gözetilen ulus ilkesi gibi ilkelere de riayet etmesi gerekir.¹⁰⁵

Devletlerin Covid-19 salgınına karşı almış oldukları tedbirleri meşrulaştırmalarını sağlayabilecekleri bir diğer istisna hükümleriyse güvenlik istisnaları (*security exceptions*)'dır. Güvenlik istisnaları ülkelerin güvenliğinin sağlanmasının milletlerarası ticaretten daha önde gelmesi sebebiyle devletlere bazı konularda anlaşma hükümlerinin dışına çıkabilme imkânı veren hükümlerdir. Örneğin GATT madde XXI/b'de savaş hali veya başka bir acil durumda¹⁰⁶ üye devletin kendi kanaatine göre tespit etmiş olduğu esaslı güvenlik menfaatinin korunması zorunluluğu söz konusu ise ilgili devletin anlaşma hükümlerinin dışına çıkabileceği belirlenmiştir.¹⁰⁷ Madde metninde esaslı menfaatinin ne olduğuna istisnayı uygulayan devletin kendisinin karar vereceği (*self-judging*) belirtilmiştir. Ancak burada ilgili devletin tam bir serbestiye sahip olduğu söylenemez. Nitekim DTÖ Paneli bir kararında Rusya'nın ilgili maddeye dayanarak uygulamak istediği istisnanın tam anlamıyla Rusya'nın kendi karar verme yetkisinde olmadığına, üye devletlere DTÖ kapsamında sağlanan korumaların bu maddeyle Rusya tarafından tek başına karar verilerek kaldırılamayacağına, bu sebeple de güvenlik istisnasına dayanılarak uygulanan tedbirlerin yargı denetiminden bağımsız olmadığına hükmetmiştir.¹⁰⁸ Kanımızca Covid-19 salgınıyla mücadele kapsamında devlet GATT madde XXI/b'de yer alan kendi tespit etmiş olduğu esaslı güvenlik menfaatine dayanarak istisna hükümlerini uygulayabilir ve kısıtlamalarda bulunabilir. Ancak devletin salgın durumundan yararlanarak ticaret anlaşmasıyla bağdaşmayan istisnalar getirmesi halinde uygulanan tedbirler yargılamanın konusu olabilir.¹⁰⁹ GATT çerçevesinde bahsetmiş olduğumuz istisna hükümlerine benzer hükümler yatırım anlaşmalarında da mevcuttur. Bu kapsamda güvenlik istisnaları gibi savunmaların yatırım tahkiminde de yakın zamanda tartışılacağı öngörülmektedir.¹¹⁰

105 Canbeldek Akın (n 100) 822. Nitekim üye devletler arasında ayrımcılığın oluşmaması GATT'ın temel amaçlarından biridir. Öyle ki bu sebeple en çok gözetilen ülke ve ulusal muamele standardına GATT anlaşmalarında doğrudan yer verilmiştir. Kaya (n 97) 174.

106 Belirtelim ki güvenlik istisnasının uygulanması için gerekli olan acil durum şartı bazı ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında aranmamaktadır. Örneğin için bkz. 30 Kasım 2018 tarihli ABD, Meksika ve Kanada Arasında akdedilmiş olan serbest ticaret anlaşması madde 32/2. Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada 12/13/19, <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between>> Erişim Tarihi 21 Temmuz 2020.

107 Devletlerin sorumluluğunu ortadan kaldıran haller olarak güvenlik hali ve zorunluluk hali benzerlik göstermektedir. Nitekim her ikisi de esaslı bir menfaati korumayı amaçlamaktadır. Ancak zorunluluk hali milletlerarası örf ve adet hukukundan kaynaklanmaktadır ve anlaşmalardan bağımsız olarak mevcuttur. Ayrıca devletin zorunluluk halinden yararlanabilmesi için öngörülemeyen bir durumun varlığı, devletin bu durumun oluşmasında katkısının olmaması ve başka bir esaslı menfaatin alınan tedbir sebebiyle zarar görmemiş olması gibi ek şartlar aranmaktadır. Doktrinde yatırım anlaşmasında güvenlik ilkesinin varlığı halinde, tedbirin daha katı kurallara sahip olan zorunluluk hali kapsamında değil güvenlik ilkesi kapsamında ele alınması gerektiği belirtilmiştir. Jaemin Lee, "The Coronavirus Pandemic and International Investment Arbitration - Application of 'Security Exceptions'" (2020) 13 Contemporary Asia Arbitration Journal (CAA Journal), 185, 192.

108 Panel Report, Russia – Measures Concerning Traffic in Transit (DS 512) 5 April 2019, para 7-102, 7-103. <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/512r_e.pdf> erişim tarihi 23 Haziran 2020. Panel kararının detaylı incelenmesi hakkında ayrıca bkz. Ömer Faruk Direk, "GATT Article XXI, the Continuous Quest for Clarifying its Material Scope, and the WTO Panel Report on Russia" 39 Public and Private International Law Bulletin 511; Yılmaz (n 103) 183 vd.

109 Lee (n 95) 195.

110 ibid 201.

Sonuç

Yüzbinlerce insanın ölümüne sebebiyet veren ve tedavisi henüz bulunamamış olan Covid-19 salgını dünya üzerinde hızla yayılmıştır. Devletler bu virüsle mücadele etmek için sokağa çıkma yasakları, ihracat ve ithalat yasakları, seyahat yasakları, sağlık sektörüne ilişkin özel kuruluşlara müdahalelerde bulunma gibi geniş çaplı birçok tedbir uygulamışlardır.

Covid-19 salgını nedeniyle alınan tedbirlerin birçok yatırım anlaşmasında yer alan adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırı olduğu yabancı yatırımcılar tarafından ileri sürülebilir. Adil ve eşit davranma yükümlülüğünün ihlaline ilişkin davalarda ev sahibi devletin, yabancı yatırımcının “haklı beklentisini” ne denli ihlal ettiği dikkate alınır. Bu sebeple devletlerin ve Covid-19 salgınıyla mücadele kapsamında alınan tedbirlerde istikrarlı ve şeffaf olmaları, keyfi ve ayrımcı davranmamaları gerekir.

Covid-19 salgınıyla mücadele kapsamında devletlerin hastane, otel, okul gibi özel hukuk kişilerine ait yerleri kullanmaları söz konusudur. Yine tıbbi cihaz ve maske üretimini hızlandırmak için devletler özel şirketlere müdahalelerde bulunmaktadır. Bu müdahaleler yabancı yatırımcıların rızası hilafına yapıldığında “dolaylı kamulaştırma” söz konusu olabilir. Milletlerarası yatırım tahkimi davalarında genel olarak kamulaştırmanın varlığı için süreklilik şartı aranmaktadır. Ancak Covid-19 salgını sebebiyle alınan geçici tedbirlerin, yatırımın değerini kalıcı olarak önemli ölçüde yitirmesine sebebiyet vermesi halinde dolaylı kamulaştırmanın varlığı kabul edilebilir.

Tüm bu iddialara karşı devletlerin yatırım anlaşmalarında yabancı yatırımcılara “tam koruma ve güvenlik” sağlayacaklarını taahhüt etmiş olabilirler. Bu taahhüt kapsamında Covid-19 salgınına karşı, ev sahibi devletlerin yatırımı hem fiziki hem de hukuki olarak korumak için gerekli özeni göstermeleri ve yatırımcıya güvenli bir iş ortamı sağlamaları gerekir.

Ev sahibi devletler Covid-19 salgınına karşı mücadele kapsamında çeşitli ülkelere karşı ek vergi yükümlülükleri, ihracat ve ithalat engelleri, seyahat engelleri uygulayabilmekte veya çeşitli ülkelere destekler sağlayabilmektedirler. Ancak yatırım anlaşmalarında yer alan en çok gözetilen ulus kaydının varlığı halinde devletlerin anlaşma tarafı devlet mensubiyetindeki yatırımcılara daha dezavantajlı koşullar sağlamaması gerekir. Yine Covid-19 salgınıyla mücadele amacıyla devletin aynı pazar içerisinde bulunan kendi vatandaşı yatırımcıyı destekleyerek yabancı yatırımcıya destek sağlamayıp bu yatırımcıyı daha dezavantajlı bir konuma getirmesi halinde ulusal muamele standardı kapsamında devletin sorumluluğu gündeme gelebilir.

Devletlerin yatırım anlaşmalarında taahhüt ettikleri şartların dışına çıkmalarına rağmen hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bazı savunmalar sayesinde sorumluluktan

kurtulmaları mümkündür. Covid-19 salgınıyla mücadele kapsamında alınan tedbirlerden doğan sorumluluktan kurtulmak için devletler “zorunluluk hali doktrini” kullanabilirler. Ancak bu doktrinin kullanılarak devletin sorumluluktan kurtulabilmesi oldukça katı şartlara bağlıdır. Öyle ki alınan tedbirin “son çare” olması, ev sahibi devletin zorunluluk halinin oluşmasında bir rol oynamaması ve alınan tedbir sebebiyle başka bir esaslı menfaate zarar verilmemesi gerekir.

Ayrıca ev sahibi devletlerin mücbir sebebe dayanarak sorumluluktan kurtulmak istemeleri mümkündür. Ancak mücbir sebep savunması için devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmelerinin maddi olarak imkânsızlaştığını ispat etmeleri gerekir ve bu şartın yerine getirilmesi oldukça zordur. Ayrıca devletlerin salgının yayılmasına hatalı veya eksik almış oldukları önlemler sebebiyle vermemelidir. Aksi takdirde mücbir sebebin oluşumuna katkı sağladıkları için bu savunmayı yapamayacaklardır.

Yine devletler sorumluluktan kurtulmak için “tehlike hali doktrini” kullanmaları söz konusu olabilir. Ancak tehlike hali COVID-19 salgını tüm kamu sağlığını tehdit eden ve uzun bir süreç içeren durumlarda kullanılacak bir savunma değildir. Bu savunma daha çok ani ve belirli bir kişi veya kişi grubunu koruma için alınmış olan tedbirlerde söz konusu olmaktadır.

Ev sahibi devletler Covid-19 salgınıyla mücadele kapsamında mevzuatlarında düzenlemeler yapmaktadırlar. Her ne kadar bu düzenlemeler yatırım anlaşmalarında yer alan taahhütlere aykırılık içerse de devletlerin polis kudreti doktrini sebebiyle sorumluluk doğmayabilir. Zira hukukun sürekli olarak toplumun ihtiyaçlarına göre şekillenmesi bir gerekliliktir ve egemen devletin kamu sağlığı gibi gerekçelerle yasal düzenlemelerde bulunma yetkisi bulunmaktadır. Ancak devletin bu düzenlemelerde orantılı, iyi niyetli, ayrımcılık içermeyen, hukuki süreçlere uygun, kamu yararını gözeten ve yetkisini aşmayan makul bir tutum izlemesi gerekir.

Son olarak devletlerin yatırım anlaşmalarında yer alan ve sorumluluktan kurtulabilmelerini sağlayan bazı istisna kayıtlarını kullanabilmeleri muhtemeldir. Ev sahibi devletler egemenlikleri gereği çoğunlukla bu istisnalar için gerekli olan koşulların varlığına tek başlarına karara verebilirler. Ancak bu kararlarında devletlerin makul davranıp davranmadıkları diğer bir ifadeyle yatırım anlaşmasından kaynaklanan bu haklarını kötüye kullanıp kullanmadıkları tahkim mahkemelerince değerlendirilebilir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

Asıl Kaynaklar

Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat Kitapçılık 2020).

Albayrak G, *Uluslararası Yatırım Hukukuna Küresel Anayasacılık Yaklaşımı* (On İki Levha Yayıncılık 2018)

Alexandrov SA, “Part III: Chapter 23: The Evolution of the Full Protection and Security Standard” içinde Geraldine Fischer and others (ed), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID* (Wolters Kluwer 2015).

Aydoğmuş Y, “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID’e Başvuru İmkânı” (2010) 29 *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 21-84.

Azaklı Köse M, “ILC Maddeleri Kapsamında Devletin Uluslararası Yatırım Tahkiminde Sorumluluğu” (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi 2019).

Baklacı P, *Uluslararası Yatırım Hukukunda En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi* (Beta Yayın, 2009).

Bento L and Chen J, “Investment Treaty Claims In Pandemic Times: Potential Claims And Defenses” <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/08/investment-treaty-claims-in-pandemic-times-potential-claims-and-defenses>> Erişim Tarihi 23 Mayıs 2020.

Bernasconi-Osterwalder N, Brewin S and Maina N, “Protecting Against Investor–State Claims Amidst COVID-19: A call to action for governments” (2020) <<https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investor-state-claims-covid-19.pdf>>, Erişim Tarihi 21 Haziran 2020.

Bryan A Garner (ed), *Black’s Law Dictionary* (9th edn, St Paul MN: West 2009).

Canbeldek Akın Ö, “Dünya Ticaret Örgütü Kuralları Işığında Covid-19 Krizi” içinde Muhammet Özkes (ed), *COVID-19 Salgınının Hukukî Boyutu* (On İki Levha Yayıncılık 2020).

Chaisse J, “Both Possible and Improbable - Could COVID-19 Measures Give Rise to Investor-State Disputes?” (2020) 13 *Contemporary Asia Arbitration Journal* (CAA Journal) 99-184.

Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ 2020).

Çelikel A and Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (Yenilenmiş, Beta Yayıncılık 2020).

Davies R, “Covid-19: government suspends rail franchise agreements” (The Guardian, 2020) <<https://www.theguardian.com/world/2020/mar/23/covid-19-government-suspends-rail-franchise-agreements>> Erişim Tarihi 03 Temmuz 2020.

Direk ÖF, “GATT Article XXI, the Continuous Quest for Clarifying its Material Scope, and the WTO Panel Report on Russia” 39 *Public and Private International Law Bulletin* 511-552.

Dolzer R and Schreuer C, *Principles of International Investment Law* (2nd edn, Oxford University Press 2012).

- Dumberry P, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105* (Wolters Kluwer 2013).
- , “Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?” (2017) 8 *Journal of International Dispute Settlement* 155-178.
- Egemen Demir I, *Icsid Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki* (Filiz Kitabevi 2014).
- Ekşi N, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (3rd edn, Beta Yayıncılık 2019).
- Erkiner HH, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu* (On İki Levha Yayıncılık 2010).
- Gemalmaz HB, “Türkiye’nin Taraf Olduğu Uluslararası Tahkim Davalarına Konu Uyuşmazlıkların Ayrıca AİHM’e Götürülmesi” <<https://www.turkiyehukuk.org/turkiyenin-taraf-oldugu-uluslararası-tahkim-davalarına-konu-uyuşmazlıkların-ayrıca-aihme-goturulmesi/>> (2012) *Erişim Tarihi* 23 Temmuz 2020.
- Giray FK, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (2nd edn, Beta Basım Yayın Dağıtım AŞ 2013).
- İste C, *ICSID Tahkiminde Ev Sahibi Ülkenin Mevzuat Değişikliğinden Kaynaklanan Yatırım Uyuşmazlıkları* (On İki Levha Yayıncılık 2013).
- Kaya T, “Dtö Anlaşmalarındaki Yükümlülüklerden Kaçınmaya Olanak Sağlayan İstisna Hükümleri” (2017) 7 *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 169-192.
- Klein Bronfman M, “Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard” (2006) 10 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 609-680.
- Kriebaum U, “Partial Expropriation” (2007) 8 *The Journal of World Investment and Trade* 69-84.
- Lee J, “Note on COVID-19 and the Police Powers Doctrine: Assessing the Allowable Scope of Regulatory Measures during a Pandemic” (2020) 13 *Contemporary Asia Arbitration Journal* (CAA Journal) 229-248.
- Lee J, “The Coronavirus Pandemic and International Investment Arbitration - Application of ‘Security Exceptions’” (2020) 13 *Contemporary Asia Arbitration Journal* (CAA Journal), 185-204.
- Mao-wei Lo, “Legitimate Expectations in a Time of Pandemic: The Host State’s COVID-19 Measures, Its Obligations and Possible Defenses under International Investment Agreements” (2020) 13 *Contemporary Asia Arbitration Journal* (CAA Journal) 249-268.
- Marisi F, “*Interpretation Doctrines*”, *Environmental Interests in Investment Arbitration: Challenges and Directions* (International Arbitration Law Library), (Kluwer Law International 2020).
- Mert BM, “Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finasmanı” (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019).
- Nalçacıoğlu Erden Z, *Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma* (On İki Levha Yayıncılık 2015).
- Newcombe AP and Paradell L, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (Kluwer Law International, 2009).
- Paddeu F. and Jephcott F. “COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Part I” (Ejil:Talk! 17 March 2020) <<https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-i/>> *Erişim Tarihi* 25 Temmuz 2020.
- Paddeu F. and Parlett K., ‘COVID-19 and Investment Treaty Claims’ (Kluwer Arbitration Blog, 30 March) <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/30/covid-19-and-investment-treaty-claims/?doing_wp_cron=1598323040.8537199497222900390625> *Erişim Tarihi* 20 Temmuz 2020.

- Partalçı R, “Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmalarında Düzenlenen ‘Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğü’” (2016) 36 Public and Private International Law Bulletin 131-162.
- Pauwelyn J, “Export Restrictions in Times of Pandemic: Options and Limits under International Trade Agreements” (2020) <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3579965> Erişim Tarihi 21 Temmuz 2020
- Pehlivan OK, “Yatırım Antlaşmalarında Yer Alan Adil ve Eşit Muamele İlkesinin Hukuki Niteliği” (2018) 139 TBB Dergisi 239-256.
- Sicard Mirabal J and Derains Y, *Introduction to Investor-State Arbitration* (Wolters Kluwer 2018).
- Sornarajah M, *The International Law on Foreign Investment* (3rd edn, Cambridge University Press 2010).
- Stone J, “Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment” (2012) 25 Leiden Journal of International Law, 77-108.
- Şanlı C, Esen E and Ataman Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Beta Yayıncılık 2019)
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ 2019).
- Titi C, “Police Powers Doctrine and International Investment Law” içinde Attila Tanzi, Filippo Fontanelli ve Andrea Gattini (ed), *General Principles of Law and International Investment Arbitration* (2018), 323-343.
- Tudor I, *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Foreign Investment Law* (Oxford University Press 2008).
- Uzun E, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletlerin Sorumluluğu* (2nd edn, Seçkin Yayıncılık 2016).
- Yılmaz M, “Dünya Ticaret Örgütü Hukuku Bakımından Uluslararası Ticarete Güvenlik İstisnası” (2020) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 249-304.

Yardımcı Kaynaklar

- UNCCTAD, ‘Investment Policy Monitor: Investment Policy Responses to the COVID-19 Pandemic, Special Issue No 4, 2020 <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d3_en.pdf> Erişim Tarihi 23 Temmuz 2020
- UNCTAD/WIR/2020 <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2020_en.pdf>, Erişim Tarihi 21 Haziran 2020
- Worldometer, “‘Reported Cases and Deaths by Country, Territory, or Conveyance’ (Coronavirus Updates)” <https://www.worldometers.info/coronavirus/?utm_campaign=instagramcoach1>, Erişim Tarihi 21 Haziran 2020.
- Norton Rose Fulbright, “Disputes funding in the COVID-19 pandemic environment” (Norton Rose Fulbright, 2020) <<https://www.nortonrosefulbright.com/en-bi/knowledge/publications/07700533/disputes-funding-in-the-covid-19-pandemic-environment>>, Erişim Tarihi 24 Mayıs 2020.



Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

6284 Sayılı Kanun'a Göre Şiddet Uygulayana Yönelik Muayene ve Tedavi Tedbirinin Şartları ve Hukuki Sonuçları

Legal Consequences of Intervention and Treatment Measures for the Perpetrators of Domestic Violence According to Law No. 6284

Nil Karabağ Bulut*

Öz

Kadına karşı şiddet, tüm dünyada yaşanmakta olan ve kamu düzenine önemli derecede etki eden toplumsal bir sorundur. Tarafı olduğumuz, kısaca İstanbul Sözleşmesi olarak anılan, “Kadınlara Karşı Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi” kapsamında Türkiye’de kadına karşı şiddet ile ilgili düzenlemeler önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır. Bu kapsamda sevk edilmiş olunan “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair 6284 Sayılı Kanun” 08.03.2012 tarihinde kabul edilmiş olup, 20.03.2012 tarihli ve 28239 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Kanun ile 17 Ocak 1998 tarihli 4320 sayılı “Ailenin Korunmasına Dair Kanun” yürürlükten kalkmıştır. 6284 sayılı Kanun ile şiddet mağdurunun korunması amacıyla alınabilecek koruyucu tedbirlerin yanı sıra şiddet uygulayan hakkında verilebilecek olan önleyici tedbirler de düzenlenmiştir. Bu anlamda Kanun’da yer verilen önleyici tedbirlerden biri de, şiddet uygulayanın muayene ve tedavisi hususundadır (6284 sayılı Kanun, m 5/1, h ve ı bentleri). Çalışmada, hâkimin şiddet uygulayan kimse hakkında verebileceği muayene ve tedavi hususundaki tedbir kararının şartları, sonuçları ve önemi ele alınmıştır. Bunun yanı sıra, hâkimin vereceği tedavi hususundaki tedbir kararının ihlal edilmesi karşısında düzenlenmiş olan yaptırımın yetersizliğine dikkat çekilerek, hem tedavinin sağlanması, hem de kadının ve ailenin korunmasına yönelik etkin yaptırımların önerilmesi hedeflenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Kadına karşı şiddet, 6284 sayılı Kanun, şiddet uygulayanın tedavisi, toplumsal cinsiyet eşitliği, koruma amacıyla özgürlüğün sınırlandırılması, zorla tedavi

Abstract

Violence against women remains a significant global social issue negatively impacting public order. In accordance with the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (better known as the Istanbul Convention), Turkey, a state party, has considerably reformed its legislation. Law No 6284 on Protection of the Family and Prevention of Violence against Women was adopted on March 08, 2012. It became valid and entered into force following its publication in the Official Gazette dated March 20, 2012, numbered 28239. This new law abrogated Law No 4320 on the Protection of the Family, dated 17.01.1998. In addition to the protective measures for victims of violence, Law No 6284 provides several preventive court-ordered measures directed at the perpetrator. For example, the examination and treatment of domestic violence perpetrators is regulated under Article 5/1 (h) and (ı). It stipulates that family judges can impose participation in preventive intervention programs. This study evaluates the conditions, ramifications, and significance of this court-ordered preventive measures. If existing sanctions on domestic violence offenders who violate treatment orders are deemed inadequate, alternative solutions that aim to protect the victims are provided by the courts.

Keywords

Violence against women, Law No. 6284, treatment of the perpetrator, gender equality, restricting freedom for the purposes of protection, forced treatment/treatment without consent

* Sorumlu Yazar: Nil Karabağ Bulut (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: nkarabagistanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-6996-4228

Atf: Karabağ-Bulut N, “6284 Sayılı Kanun’a Göre Şiddet Uygulayana Yönelik Muayene ve Tedavi Tedbirinin Şartları ve Hukuki Sonuçları” (2020) 40(2) PPIL 965. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0077>



Extended Summary

In accordance with the definition adopted by the World Health Organization (WHO), violence is inflicted on less powerful individuals by those of superior physical strength or socio economic position. Violence against women constitutes a global social problem, according to the data provided by the WHO. The most common form of violence against women is domestic violence.

The supranational human rights documents on violence against women and domestic violence are of major importance in Turkish Law. They aim to eliminate all forms of discrimination and violence against women, including domestic violence. The documents include the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), General Recommendation No 12 and 19 of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, the supervisory body of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, and The European Council Convention on the Prevention and Combating Violence Against Women and Domestic Violence, otherwise known as the Istanbul Convention. As previously stated, Law No 6284 on the Protection of the Family and the Prevention of Violence against Women took effect in Turkey on March 20, 2012, in order to protect women and the family against violence and to comply with the Istanbul Convention. Judges should issue preventive and protective orders in accordance with this law.

This study evaluates the preventive measures regulated under Article 5/I (h) and (ı) of Law No 6284 regarding examination and treatment of the perpetrator. In issuing such measures, judges should seek evidence on the likelihood of past and/or future violent behavior of the perpetrator. Judges have the discretion to issue an order on treatment without seeking any other condition in the event of addiction of alcohol, drugs or stimulants. To issue an order for treatment in the absence of addiction, proximate comprehension of a treatable cause of violent behavior should be present.

Court-ordered treatment cannot be forced. The success of the order is linked solely to the participation of the perpetrator. If the perpetrator does not consent to treatment, the objective of the preventive order cannot be achieved. When a perpetrator violates the order and fails to attend the treatment program, the only sanction is the application of preventive detention according to Article 13 of the Law No 6284, a maximum 6 months of imprisonment.

Equating these orders to medical treatment for psychological disorders or addiction problems disregards the fact that violent behavior is not an illness. It is first and foremost anti-social and criminal behavior. With few exceptions, most perpetrators are not psychiatric cases. Treatment programs should focus on challenging men's perception of violence against women and address underlying gender and power

dynamics. The ultimate aim of treatment programs should be the prevention of reoffending and the successful reintegration of the perpetrator into the community. Success requires attendance and the application of treatment until the perpetrator is rehabilitated, negating the application of Law No. 6284, limiting treatment duration to 6 months. This conclusion would also be in line with Art 53/II of the Istanbul Convention.

Art 423 (ff) of the Turkish Civil Code (TCC) regulates restricting an individual's freedom for purposes of protection. Provided that the requirements for Art 423 of TCC are met, this measure may also be applied to perpetrators. But again, forced treatment is not possible except in cases of serious mental disease, according to The Convention of the Council of Europe on Human Rights and Biomedicine. Accordingly, forced treatment of the perpetrator could only be imposed if the perpetrator also suffers from a serious mental disease.

With the rare legal possibility of forced treatment and a maximum sentence of 6 months imprisonment for violating the court order, alternative legal sanctions and solutions should be provided to incline the perpetrator to attend treatment.

Deliberations for alternative solutions should give priority to the needs and safety of victims, including their human rights. In the possibility of failure to procure voluntary participation, giving victims a false sense of security should be avoided. Within the context of protection of women, children and the family, it would be crucial to discuss whether the violation of orders on examination and treatment can be stipulated as a temporary marriage impediment with the addition of other conditions. As a matter of fact, since protection of women and children against violence is directly related to public order and the right to marry can be restricted by law, such temporary restriction until voluntary attendance to treatment may present considerable efficacy on the protection of women, children and family. In order to regulate a temporary marriage impediment as suggested, violent behavior must also constitute a threat to public order. Additionally, bearing in mind exposure to violence breeds fear and causes trauma and in this regard is recognized as a form of mental violence, removal of custody of the perpetrator entirely pursuant to Art 346 ff of the TCC could be enforced to protect child victims.

6284 Sayılı Kanuna Göre Şiddet Uygulayana Yönelik Muayene ve Tedavi Hususundaki Önleyici Tedbir ve Hukuki Sonuçları

I. Uluslararası Boyutta Bir Hukuk Sorunu Olarak Kadına Karşı Şiddet

İnsanlık tarihinin en başlarından beri var olan bir olgu olan şiddet, Dünya Sağlık Örgütü tarafından yapılan tanıma göre; bir kimsenin sahip olduğu bedensel gücü ya da iktidarı, kendisine, bir başka kişiye, bir gruba veya topluluğa karşı yaralanma, ölüm, psikolojik veya sosyolojik açıdan zarara uğrama sonuçlarından birine yol açacak şekilde kullanması veya kullanmakla tehdit etmesidir¹.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, şiddet daha güçlü olanın güçsüz kimseler üzerinde gerçekleştirdiği bir davranış biçimidir. Böyle olunca da özellikle fiziksel ve sosyo-ekonomik açıdan daha güçsüz olan çocuklar, kadınlar, yaşlılar ve engelliler, şiddet mağduru olmaya daha yatkın olmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü, dünya genelinde en fazla kadınların şiddete maruz kaldıklarını tespit etmiştir². Kadına karşı şiddet, kadınların nerede yaşadıkları, dinleri, milliyetleri ve ırklarından bağımsız şekilde, bütün dünyada yaşanan toplumsal bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır³.

Kadına yönelen şiddet, çoğunlukla kadının duygusal birliktelik yaşadığı veya evli olduğu erkek tarafından gerçekleştirilmektedir. Dünya Sağlık Örgütü tarafından yapılan geniş kapsamlı bir araştırma, kadının duygusal birliktelik yaşadığı erkek tarafından şiddete maruz kalmasının, kadına karşı şiddetin en yaygın görülen hali olduğu tespitinde bulunmuştur⁴. Kadına karşı ev içi şiddet ülkemizde de oldukça yaygın görülen bir olgudur⁵. Kadının duygusal birliktelik yaşadığı erkek tarafından şiddet görmesinin bu denli yaygın olması, kadına karşı şiddetin özel bir türü olarak

1 WHO, World report on violence and health: summary (2002) 4, <https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/summary_en.pdf> Erişim Tarihi 10 Nisan 2020.

2 WHO World report on violence and health (n 1) 13 ff.

3 WHO, 'Women and Health Today's Evidence Tomorrow's Agenda', (2009) 55, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44168/9789241563857_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Erişim Tarihi 10 Nisan 2020; Gülay Arslan-Öncü, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu Ve Bununla Mücadele Araçları', (MHB) (2012) 32(2) MHB 1, 1.

4 Dünya Sağlık Örgütü tarafından 11 ülkede yürütülen bir çalışmada, kadınların birlikte oldukları erkek tarafından fiziksel veya cinsel şiddete maruz kalma oranları ülkelere göre %15 ile %71 arasında değişmiştir. Aynı çalışmada şiddete uğramış olduğu tespit edilen kadınların ülkelere göre, %4 ile %54'ünün araştırmanın yapıldığı tarihten önceki bir yıl içinde şiddete uğramış oldukları tespit edilmiştir. (Bkz WHO Women and Health (n 3) 55 ff. Ayrıca bkz Arslan-Öncü, 'MHB' (n 3) 3). Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin 19 numaralı Genel Tavsiye Kararı'nda, ev içi şiddet, kadına karşı gerçekleştirilen şiddet türleri arasında en sinsi tür olarak nitelendirilerek, ev içi şiddetin bütün toplumlarda görüldüğüne işaret edilmiştir (Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin 19 numaralı Genel Tavsiye Kararı, m 23, <http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/453_1.pdf> Erişim Tarihi 10 Nisan 2020. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, 85/9722 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, Onay Tarihi: 24.07.1985, RG 7.10.1920/18898.

5 Türkiye'de 2014 yılında kadına karşı şiddet konusunda yapılmış olan bir çalışmada, kadına karşı şiddetin çoğunlukla kadının eşi ya da partneri tarafından uygulanan şiddet olduğu tespit edilmiştir. Söz konusu çalışmada her on kadından yaklaşık dördünün eşinin veya partnerinin fiziksel şiddetine maruz kaldığı tespit edilmiştir. Türkiye genelindeki evlenmiş kadınların %12'si ise cinsel şiddete maruz kaldıklarını ifade etmişlerdir. Bu kapsamda çalışmada, Türkiye genelinde evlenmiş kadınların %38'inin yaşamlarının herhangi bir döneminde fiziksel ve/veya cinsel şiddete maruz kaldıkları ifade edilmiştir. (Bkz TC Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, 'Türkiye'de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması' (2014) 7-9 <http://www.hips.hacettepe.edu.tr/TKAA2014_Ozet_Rapor.pdf> Erişim Tarihi 10 Nisan 2020.

“kadına karşı ev içi şiddet”⁶ kavramının doğmasına yol açmıştır. Bununla birlikte ev içi şiddet kavramı, aynı evde yaşama olgusundan bağımsız şekilde, kadının duygusal birliktelik yaşadığı erkek tarafından uygulanan şiddetin yanı sıra duygusal birliktelik yaşamamakla birlikte, kadının aile mensubu sayılabilecek diğer erkekler tarafından uygulanan şiddeti de kapsamaktadır⁷.

Sorunun küresel boyutu, kadına karşı şiddetin ve bunun en sık yaşanan şekli olan ev içi şiddetin ulusal üstü insan hakları belgelerine konu edilmesini sağlamıştır⁸. Bu kapsamda Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi’nin (CEDAW) denetim organı olan Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi’nin 12 ve 19 numaralı Genel Tavsiyesi, Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılması Hakkında Amerikan Devletleri Sözleşme (Belem do Para Sözleşmesi), Afrika Kadın Protokolü⁹, Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu Komitesi’nin 30.04.2002 tarihli Tavsiye Kararı ve Kadınlara Karşı Şiddet ve Ev içi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) örnek verilebilir¹⁰.

Kadına karşı şiddet, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında spesifik olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ev içi şiddeti Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında koruma gören bir takım haklara

- 6 Kadına karşı ev içi şiddet kavramının bir takım ulusalüstü insan hakları belgeleri bağlamında yapılan tanımları için bkz Arslan-Öncü, ‘MHB’ (n 3) 12 vd; Tijen Dündar-Sezer, *İnsan Hakları Hukuku Açısından Kadınlara Yönelik Şiddet* (Turhan 2019) 37.
- 7 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş olan “Kadınlara Karşı Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirisi” m 2 hükmü, evlilik dışı yaşam beraberliği yaşayanlar arasında gerçekleşen şiddeti de ev içi şiddet olarak nitelendirmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, aile yaşamının var olup olmadığı hususunda çiftin birlikte yaşayıp yaşamadığı, ilişkilerinin süresi, çiftin birbirlerine olan bağlılıklarını, örneğin birlikte çocuk sahibi olarak ya da diğer yollarla gösterip göstermedikleri gibi ölçütleri dikkate almaktadır. Bkz X, Y and Z v The United Kingdom (Application No:21830/93), Judgment of the ECtHR of 20 March 1997, paragraf 36; Bu kapsamda Mahkeme, evlilik dışı yaşam birlikteliği süren kişiler arasındaki bağı, fiilen yakın bağların bulunması halinde aile yaşamı olarak kabul etmektedir. Bkz K and T v Finland, (App. No 25702/94), Judgment of the ECHR (GC) of 12 July 2001, paragraf 150; Ayrıntılı bilgi için bkz Arslan-Öncü, ‘MHB’ (n 3) 14 vd; Nitekim 08.03.2012 tarihli ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, m 2 hükmünün (b) bendinde ev içi şiddet kavramı yerine “ev içi şiddet” kavramı tercih edilmiştir. Kanun koyucu, buna rağmen “ev içi şiddet” kavramını tanımlanırken aynı evde yaşama şartını aramamıştır. Buna göre ev içi şiddet, “(...) Şiddet mağduru veya şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddeti” ifade etmektedir. Söz konusu tanımın eleştirisi hakkında bkz Ramazan Karakaya, *Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun* (2nd edn, Adalet 2018) 5. Şiddetin tanımı ve türleri hakkında ayrıca bkz Fersu Ege Kandemir, *Kadına Karşı Şiddet ve Ailenin Korunması Sorununun Türk Hukuk Mevzuatı ve Uluslararası Sözleşmelerdeki Yeri* (Seçkin 2018) 41 vd
- 8 Kadına karşı ev içi şiddetin uluslararası insan hakları hukuku kapsamında ele alındığı bir eser için bkz Arslan-Öncü, ‘MHB’ (n 3) 4 vd; Söz konusu belgeleri iç hukuka etkileriyle birlikte ele alan eserler için bkz Nazan Moroğlu, ‘Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi-6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi’ iç Nazan Moroğlu (edt) *Kadına ve Aile İçi Şiddete Son Vermek İçin Elele* (2. Bası, Türk Üniversiteli Kadınlar Derneği 2012) (“TÜKD”) 48, 48 vd; Arzu Genç Arıdemir, ‘Aile Hukuku Bakımından Önem Taşıyan Kadın Haklarına İlişkin Uluslararası Belgeler ve Bunların Türk Hukukuna Etkisi’ in İstanbul Kadın Kuruluşları Birliği (eds) *Prof. Dr. Necla Arat’a Armağan* (Beta 2004) 153-186, 153 vd; Ayrıca bkz Özge Bölükbaşı, *6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Kadının ve Aile Bireylerinin Korunması* (Yetkin 2015) 18 vd. Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve bu sözleşmelerde yer alan kadının ve ailenin korunmasına ilişkin hükümler için bkz Bölükbaşı (n 8) 65 vd; Dündar-Sezer (n 6) 248 vd. Kadına karşı şiddetin insan hakkı ihlali olarak kabul edilmesine dair tarihsel süreç için bkz Dündar-Sezer (n 6) 50 vd, 69 vd.
- 9 Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartının, Afrika’da Kadınların Hakları Protokolü (Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Rights of Women in Africa) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Arslan-Öncü, ‘MHB’ (n 3) 7 vd.
- 10 Söz konusu belgelerin içeriği hakkında bkz Arslan-Öncü, ‘MHB’ (n 3) 4 vd; İstanbul Sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Moroğlu, ‘TÜKD’ (n 8) 56 vd.

müdahale olarak nitelendirmektedir. Bu kapsamda ilgili Mahkeme, ev içi şiddeti yaşam hakkını düzenleyen m 2, bireyin fiziksel ve zihinsel bütünlüğünü koruyan m 3, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkını düzenleyen m 8, etkili başvuru hakkını düzenleyen m 13, ayrımcılık yasağına dair m 14, evlilikte eşler arası eşitliği düzenleyen AİHS Protokol No 7 m 5 ve genel ayrımcılık yasağını düzenleyen AİHS Protokol No 12 m 1 hükümleri kapsamında değerlendirmektedir¹¹.

Günümüzde kadına karşı şiddetin ulaşılmış olduğu boyut ve ulusal üstü insan hakları belgelerinin bağlayıcı oldukları devletler bakımından getirmiş oldukları yükümlülükler, birçok ülkede bu konuda özel düzenleme sevk edilmesine yol açmıştır¹².

Türk Hukuku'nda kadına karşı şiddet ve ailenin şiddete karşı korunması amacıyla "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair 6284 Sayılı Kanun" 08.03.2012 tarihinde kabul edilmiş olup, 20.03.2012 tarihli ve 28239 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Kanun ile 17 Ocak 1998 tarihli 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun yürürlükten kalkmıştır¹³.

- 11 Konu hakkında ayrıntılı bir bilgi için bkz Arslan-Öncü, 'MHB' (n 3) 15 vd; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kadına karşı şiddete ilişkin somut uyumsuzluklarda verilmiş olan örnek kararlar için bkz *Bevacqua and S v Bulgaria* App no 71127/01 (ECHR, 12 June 2008) paras 7, 54, 65, 79, 82 ve 84; *Opuz v Turkey* App no 33401/02 (ECHR, 9 June 2009) paras 199-200; Ayrıca bkz Dündar-Sezer (n 6) 173 vd.
- 12 Bu anlamda İsviçre Medeni Kanunu'na 23 Temmuz 2006 tarihli Kanun ile m 28b vd hükümleri eklenerek şiddete karşı özel koruma sağlanması hedeflenmiştir. Söz konusu değişiklikler 1 Temmuz 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Alman Hukuku'nda ise 11 Aralık 2001 tarihli 'Şiddete Karşı Koruma' Kanunu yürürlükte olup, söz konusu Kanun, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir (ilgili Kanun için bkz <<https://www.gesetze-im-internet.de/gewschg/BJNR351310001.html>> Erişim tarihi 25 Nisan 2020).
- 13 4320 sayılı Kanun'a getirilen en temel eleştiri, kadını birey olarak görmemesi ve koruma kararları bakımından evlilik şartını aramak suretiyle tüm şiddet mağduru kadınlar bakımından yeterli bir koruma getirmemesiydi. Bunun yanı sıra söz konusu Kanun hükümleri, ev içi şiddetin önlenmesi bakımından da yetersiz görülmüş ve özellikle usule ilişkin hükümlerin net olmadığı ileri sürülmüştür. 4320 sayılı Kanuna yöneltilen eleştiriler doğrultusunda 2007 yılında Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile bir takım değişiklikler yapılmıştır. Ancak bu değişiklikler ile getirilen koruma da yeterli görülmemiştir. Söz konusu Kanun ile yapılan değişiklikler, özellikle evlilik dışı birliklikleri kapsamaması noktasında eleştirilmiştir. Bu yönde eleştiriler için bkz Moroğlu, 'TÜKD' (n 8) 62; Müge Demirkir Ünlü, *Kadına Yönelik Şiddet ve Aile - İç Şiddet: İstanbul Sözleşmesi'nin (Kadına Yönelik Şiddet ve Aile-İç Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi) Ulusal Hukuk Açısından Değerlendirilmesi* (Legal 2012) 48; Bölükbaşı (n 8) 23; Kandemir (n 7) 103 vd; 6284 sayılı Kanun ile mülga 4320 sayılı Kanun hükümlerinin karşılaştırılması hakkında bkz Bölükbaşı (n 8) 181 vd; Kadına karşı şiddetin artmasının yanı sıra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Opuz v Türkiye* davasında Türkiye aleyhine karar vermesi, kadına karşı şiddetle daha etkin bir mücadele ihtiyacını ortaya koymuştur. *Opuz v Türkiye* davası olarak anılan davada, şiddet uygulayanın başvurucuya ve başvurucunun annesine yıllar boyunca şiddet uygulamış olup, başvurucunun şiddet davranışları konusunda şikâyetle bulunmuş olduğu yetkili makamların gereken ciddiyeti göstermemiş olmaları ve birden fazla ihmalde bulunmuş olmaları söz konusudur. Yetkili makamların ihmalleri sonucu başvurucu ve annesine yeterli koruma sağlanamamış ve başvurucunun annesi şiddet uygulayan tarafından öldürülmüştür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, şiddet uygulayanın başvurucunun annesini öldürmüş olması kapsamında m 2 uyarınca yaşam hakkının, başvurucunun şiddete karşı etkin korunmaması sebebiyle de m 3 hükmünde ifadesini bulan işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiği sonuçlarına varmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, söz konusu davada ayrıca m 14 hükmünde ifadesini bulan ayrımcılık yasağının da ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Ayrımcılık yasağının ihlali noktasında Türkiye'de kadına karşı şiddet dair istatistiksel veriler dikkate alınarak, yargının genel ve ayrımcı pasifliğinin şiddetin sürmesine yol açtığı tespit edilmiştir. Söz konusu gelişmeler kapsamında "İstanbul Sözleşmesi" olarak anılan Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İç Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi kapsamında üstlenilen bir takım yükümlülüklerin ifasını temin amacıyla 8 Mart 2012 tarihli ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun yürürlüğe girmiştir. 6284 sayılı Kanun m 2 hükmünde Kanun'un uygulanmasında ve hizmetlerin sunulmasında temel alınması gereken temel ilkeler belirlenmiştir. Söz konusu temel ilkelerin belirlendiği m 2 hükmünün (a) bendinde 6284 sayılı Kanun'un uygulanmasında İstanbul Sözleşmesi'nin hükümlerinin dikkate alınacağı açıkça ifade edilmiştir. Söz konusu 6284 sayılı Kanun ile kadına ve ev içi şiddete dair korumanın uygulama alanı genişletilmiştir. Bu şekilde 6284 sayılı Kanun ile daha etkili bir koruma getirilmiştir. Bkz Karakaya (n 7) 1 vd; İstanbul Sözleşmesi'nin iç hukuka etkisi için bkz Bölükbaşı (n 8) 82 vd; Türk Hukuku'nda kadına karşı şiddetin önlenmesi amacıyla getirilmiş olan yasal düzenlemelerin kronolojik özeti için bkz Bölükbaşı (n 8) 19 vd.

II. 6284 Sayılı Kanun Kapsamında Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Kavramı

A. Geniş Anlamda Kadına Karşı Şiddetle Mücadele

Kadına karşı şiddetle mücadele kavramından ilk bakışta anlaşılın, kadına karşı şiddet uygulayan kişilerin etkin bir yaptırıma tabi tutulmasıdır. Bununla birlikte günümüzde kadına karşı şiddetle mücadele, şiddete uğrayan mağduru koruma ve şiddet uygulayan kişiye karşı etkin yaptırım uygulanması amaçlarını aşmıştır. Kadına karşı şiddetle ve ev içi şiddetle mücadele ile kastedilen; bu şiddet türlerini önleme, soruşturma, kovuşturma ve cezalandırmanın yanı sıra şiddet mağdurlarına tazminat sağlamaktır¹⁴. Bir diğer ifadeyle, kadına karşı şiddetle mücadele şiddetin daha baştan gerçekleşmemesi için gereken önlemlerin alınması gereğiyle başlamaktadır. İstanbul Sözleşmesi, geniş anlamda kadına karşı şiddetle mücadeleye hizmet eden, m 12 ve devamında yer alan hükümleri “Önleme” başlığı altında düzenlemiştir.

Kadına karşı şiddetin önlenmesi kavramı, geniş anlamda kadına karşı şiddete yol açan unsurların bertaraf edilmesi olarak açıklanabilir. Bu halde esasen toplumsal yapının kadın erkek eşitliğini sağlayacak şekilde düzeltilmesi amacıyla, hukuk, ekonomi, medya, eğitim vd alanlarda gerekli düzenlemelerin yapılması ve önlemlerin alınması söz konusu olmaktadır. Bu noktada toplumsal cinsiyet kavramının açıklanması faydalı olacaktır.

B. Geniş Anlamda Kadına Karşı Şiddetle Mücadelede “Toplumsal Cinsiyet Kavramı “

Toplumsal cinsiyet kavramı¹⁵, 1950’li yılların sonunda ortaya atılmış bilimsel bir kavram olarak ele alınmaktadır. Toplumsal cinsiyet, toplumların ve kültürlerin erkeklik ve kadınlık kavramlarına yükledikleri anlamlarla ilgili bir kavramdır. Buna göre, toplumda kadın ve erkek kavramlarına yüklenen anlamlar, biyolojik ayrımın çok ötesinde toplumun bu iki cinsiyete yüklemiş olduğu statü ve roller kapsamında ele alınmaktadır¹⁶. Toplumsal cinsiyete dayalı iş bölümü, kadın lehine bir takım önemli eşitsizliklere yol açarak, kadının kişiliğinin gelişmesine etki etmekte ve kadının kendisini şiddete karşı etkin bir şekilde koruyamamasına yol açmaktadır. Toplumsal cinsiyete dayalı işbölümü, kadına öteden beri, çocuk büyütme, ev işlerini yapma ve ailenin diğer bakıma muhtaç üyelerinin bakımını sağlama gibi görevleri yüklemiştir. Bu işbölümü, kadının öncelikle eğitim olanağına önemli sınırlamalar getirmektedir. Bunun yanı sıra kadın, üretime katılmamakta, kazanç sağlayamamakta, ekonomik anlamda ya eşine ya da ailenin geçimini sağlayan bir diğer erkeğe bağımlı olmaktadır. Toplumsal cinsiyet eşitsizliği, kadının sosyal yaşamını ve siyasal yaşama katılmasını da güç hale getirmektedir.

14 Arslan-Öncü, ‘MHB’ (n 3) 23 vd; Demirkır Ünlü (n 13) 65 vd; Bölükbaşı (n 8) 74 vd.

15 Türkiye’de “toplumsal cinsiyet” kavramının nasıl oluştuğu hakkında kısa bilgi için bkz Dündar-Sezer (n 6) 12.

16 Kandemir (n 7) 37; Bölükbaşı (n 8) 46; Dündar-Sezer (n 6) 13 vd.

Topluma göre erkeklik kavramı, ailesini refah içinde yaşatan, her türlü ihtiyacını gideren ve ailesini geçindirdiği için de onlar üzerinde söz hakkı sahibi olan, onlara sözünü dinletebilme kudretine sahip kişi olarak yorumlanmaktadır. Dolayısıyla erkeklerin toplumun kendilerine yüklemiş olduğu rollerin gereğini yerine getirememeleri de, örneğin işsiz olmaları veya kazanç miktarlarının yeterli olmaması, örnek mukabilinden saymak gerekirse eşlerinin veya çocuklarının bir takım ortak kararlarda söz hakkı sahibi olmayı talep etmesi, şiddet uygulanmasına yol açmaktadır. Şiddet, erkeğin kendi lehine yaratılmış olan bu üstün konumu muhafaza etmek ve hatta güçlendirmek için devreye giren bir araç işlevi görmektedir¹⁷. Toplumsal cinsiyet algısı, kadının birey olarak özerkliğinin korunmasını ciddi anlamda engellemektedir¹⁸. Toplumsal cinsiyet eşitsizliği, kadının ve çocukların insan haklarını ihlal eden bir olgudur.

Kadına karşı şiddet, kadının toplum içindeki yeri, bir diğer ifadeyle erkek karşısındaki eşitsiz konumu ile oldukça sıkı bir bağ içerisindedir. Toplumsal cinsiyet kavramı, birçok uluslararası belgede de kadına karşı şiddetin sebebi olarak ele alınmıştır. Buna bağlı olarak, hukuk literatüründe toplumsal cinsiyete dayalı şiddet kavramı gelişmiştir¹⁹. CEDAW Komitesi'nin 19 numaralı Tavsiye Kararı'nın ilk paragrafı uyarınca: "Toplumsal cinsiyete dayalı şiddet, kadınların, erkeklerle eşit olarak hak ve özgürlüklerini kullanmalarını ciddi şekilde engelleyen bir ayrımcılık biçimidir". Nitekim CEDAW Komitesi'nin 19 numaralı Genel Tavsiye Kararı'nı güncellemek amacıyla almış olduğu 35 sayılı Genel Tavsiye Kararı'nın başlığında "Toplumsal cinsiyete dayalı şiddet" ifadesi kullanılmıştır. Söz konusu Karar'ın iki numaralı paragrafında, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet yasağının uluslararası bir hukuk ilkesi haline geldiği ifade edilmiştir. Kararın dokuz numaralı paragrafında ise, söz konusu terimin kadına karşı şiddeti bireysel bir sorun olmaktan ziyade toplumsal bir sorun olarak ortaya koymak bakımından daha güçlü bir etkiye sahip olduğu ifade edilmiştir.

İstanbul Sözleşmesi m 3 hükmünün (c) bendi uyarınca toplumsal cinsiyet; "(...) herhangi bir toplumun, kadınlar ve erkekler için uygun olduğunu düşündüğü sosyal anlamda oluşturulmuş roller, davranışlar, faaliyetler ve özellikler olarak anlaşılacaktır". Düzenlemeyi takip eden (d) bendinde ise, "kadınlara karşı toplumsal cinsiyete dayalı şiddet" kavramı tanımlanmıştır. Buna göre: "(...) bir kadına karşı, kadın olduğu için yöneltilen veya kadınları orantısız bir biçimde etkileyen şiddet", "kadınlara karşı toplumsal cinsiyete dayalı şiddet" olarak nitelendirilecektir. Belirtmek gerekir ki, 6284 sayılı Kanun her ne kadar "toplumsal cinsiyet kavramına yer vermemiş olsa da, m 2 hükmünün (ç) bendi kapsamında kadına karşı şiddet kavramının açıklanması aşamasında toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin tanımından yola çıkılmıştır. Buna göre kadına yönelik şiddet; "(...) Kadınlara, yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya

17 Kandemir (n 7) 37; Bölükbaşı (n 8) 46; Meclis Araştırma Komisyonu Raporu (Esas No: 10/148) 99, <[https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1140_BOLUM%20I%20\(0001-0153\).pdf](https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1140_BOLUM%20I%20(0001-0153).pdf)> Erişim Tarihi 10 Nisan 2020.

18 Demirkır Ünlü (n 13) 43.

19 Bkz Dündar-Sezer (n 6) 16 vd.

kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ile kadının insan hakları ihlaline yol açan ve bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan her türlü tutum ve davranışı” ifade etmek üzere kullanılmıştır²⁰.

Nitekim ulusal üstü insan hakları belgeleri ile taraf Devletlere toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlama ve toplumda kadına karşı ayrımcılığın engellenmesi amacıyla her türlü önlemi alma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu anlamda örnek²¹ vermek gerekirse;

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi²², taraf devletlere kadınlara karşı ayrımcılığa yol açan unsurların bertaraf edilmesine yol açacak birçok yükümlülük getirmiştir: “Hukuki Anlamda Tedbirler Alma Yükümlülüğü” başlıklı m 2 hükmü, “Siyasal, ekonomik ve kültürel alanlarda tedbir alma yükümlülüğü” başlıklı m 3 hükmü ile “Önyargıların ve geleneklerin tasfiye edilmesi” başlıklı m 5 hükümleri örnek mukabilinden sayılabilir.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin 19 numaralı Genel Tavsiyesine de bu anlamda değinmek gerekir. Söz konusu metinde devletlerin alması gereken bir takım önleme ve koruma tedbirleri sayılmıştır. Bu kapsamda devletler bakımından “Özel tavsiye başlıklı m 24 hükmünün (a) bendi uyarınca; “Taraf Devletlerin, ister kamusal alanda ister özel yaşamda²³ meydana gelsin, toplumsal cinsiyete dayalı her türden şiddetle mücadele etmek amacıyla uygun tedbirleri alması gerekmektedir”. Aynı maddenin (c) bendi uyarınca: “Taraf Devletlerin, şiddetin boyutu, neden ve sonuçları ve şiddeti önlemede ve şiddetle mücadelede alınan tedbirlerin etkinliği hakkında yapılan istatistik ve araştırma derlemelerini teşvik etmeleri gerekmektedir”. Söz konusu Genel Tavsiye’de ayrıca, medyanın kadınlara duyulan saygıyı teşvik etmesi ve kendisinin buna saygı duyması için etkin tedbirleri alması gerektiği ifade edilmiştir (m 24(d)). Taraf devletlerin kadına yönelik şiddeti sürdüren davranış, gelenek ve uygulamaların niteliği ve boyutunu ve bunun sonucu ortaya çıkan şiddet biçimlerini rapor hazırlamak suretiyle belirlemesi gereğine de işaret edilmiştir. Taraf devletler ayrıca, şiddetin üstesinden gelmek için aldıkları tedbirler ve bu tedbirlerin sonuçları hakkında rapor hazırlamakla yükümlü tutulmuşlardır (m 24(e)). Aynı hükmün (f) bendi kapsamında, devletlerin, kadınların erkeklerle eşitliğinin sağlanmasına engel olan önyargıları ortadan kaldırmaya yardım edecek eğitim ve kamu bilgilendirme programları başlatmaları gereği de düzenlenmiştir.

Türkiye tarafından imzalanmış olan İstanbul Sözleşmesi m 1 hükmünde sözleşmenin amacı düzenlenmiştir. İlgili m 1 hükmünün ilk fıkrasının (a) bendinde, kadınları her

20 Demirkır Ünlü (n 13) 47.

21 Uluslararası insan hakları belgeleri kapsamında taraf devletlere getirilen yükümlülükler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Arslan-Öncü, ‘MHB’ (n 3) 23.

22 İlgili Sözleşme ve bu Sözleşme'nin iç hukuka etkisi hususunu ayrıntılı şekilde ele alan bir eser için bkz Nazan Moroğlu, *Kadınların İnsan Hakları Sözleşmesi* (On İki Levha 2009) 16.

23 Kamusal alan özel alan ayrımı için bkz Dündar-Sezer (n 6) 53.

türlü Şiddetten koruma amacının yanı sıra, “(...) kadınlara yönelik Şiddet ve ev içi Şiddeti önlemek, kovuŐturmak ve ortadan kaldırmak” amaçlarına açıkça yer verilmiştir. Bunun yanı sıra, Sözlēme m 3 hükmünün (g) bendinde toplumsal cinsiyet kavramı tanımlanmıştır. Buna göre toplumsal cinsiyet; “(...) kadınlar ve erkekler için toplum tarafından uygun görülen ve sosyal olarak inşa edilen roller, davranışlar, eylemler ve nitelikler anlamına gelir”. İstanbul Sözlēmesi’nin m 12 hükmünde “genel yükümlölükler” başlığı altında devletlerin toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamaya yönelik tedbirleri alma yükümlölüğü düzenlenmiştir. Sözlē konusu hükmün ilk fıkrası uyarınca: “Taraflar, kadınların daha aşağı düzeyde olduğu düşüncesine veya kadınların ve erkeklerin toplumsal olarak klişeleşmiş rollerine dayalı önyargıların, törelerin, geleneklerin ve diğer uygulamaların kökünün kazınması amacıyla kadınların ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarının değiştirilmesine yardımcı olacak tedbirleri alacaktır”. İlgili m 12 hükmünün beşinci fıkrası uyarınca ise; “Taraflar, kültür, töre, din, gelenek veya sözlēde “namus” gibi kavramların bu Sözlēme kapsamındaki herhangi bir Şiddet eylemine gerekçe olarak kullanılmamasını temin edeceklerdir”.

Buraya kadar incelendiği üzere, uluslararası sözlēmeler kadına karşı Şiddet ile mücadelede toplumsal cinsiyet algısının değiştirilmesi meselesine büyük önem atfetmiŐlerdir²⁴.

C. Dar Anlamda Kadına Karşı Şiddet ile Mücadele

Dar anlamda kadına karşı Şiddetin önlenmesi kavramı ile ifade edilmek istenen, münferit bir olayda Şiddet mağdurunun Şiddetten korunmasının sağlanmasıdır. İstanbul Sözlēmesi, dar anlamda kadına karşı Şiddetle mücadeleye hizmet eden, m 18 ve devamında yer alan hükümleri “Koruma ve destek” başlığı altında düzenlemiştir.

Şiddet mağdurlarının Şiddet uygulayanın olası Şiddet davranışlarından korunması, aynı zamanda geniş anlamda kadına karşı Şiddetin önlenmesine hizmet etmektedir. Kadına karşı Şiddetin önlenmesi, tek bir yasa ile gerçekleşmesi mümkün olmayan bir mücadeledir. Bu mücadelede başarıya ulaşılması, Anayasa’dan başlamak üzere, Medeni Kanun, Ceza Kanunu, İŞ Kanunu, Aile Planlamasını konu edinen ve yaygın faaliyetlerini denetleyen yasal düzenlemeler başta olmak üzere, birçok yasal metinde, toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamaya yönelik hükümlerin yer alması ve başarılı bir Şekilde uygulanması ile mümkündür.

Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair 6284 sayılı Kanun, kadına karşı Şiddeti önlemeye yönelik olması gereken düzenlemelerden sadece bir tanesidir. Kanun koyucu 6284 Sayılı Kanun ile iki tür tedbir öngörmüştür. Bunlardan ilki koruyucu tedbirler olup, sözlē konusu tedbirler, Şiddet mağdurlarına yöneliktir. Koruyucu tedbirler ile Şiddet mağdurlarının, Şiddet teşkil eden fiillerden korunmak

²⁴ Demirkır Ünlü (n 13) 48.

suretiyle korunmaları amaçlanmaktadır. Önleyici tedbirler ise şiddet uygulayan kimselere yönelik tedbirlerdir. Önleyici tedbirlerin amacı da, şiddet uygulayanların şiddet teşkil eden davranışları gerçekleştirmelerinin engellenmesidir. Koruyucu tedbirler, şiddet mağdurlarının şiddet uygulayan kimsenin bu tür davranışlarından korunması ve kollanmasına hizmet ederken, önleyici tedbirler ile şiddet uygulayan kimsenin şiddet davranışlarından kaçınmasına ya da şiddete yol açan etkenlerin ortadan kaldırılmasına yönelik hüküm kurulmaktadır. O halde 6284 sayılı Kanun'da yer alan tedbirlerin hem geniş anlamda hem de dar anlamda kadına karşı şiddet ile mücadeleye yönelik olduğunu söylemek yanlış olmaz. Zira kanun, hem şiddeti önleme hem de şiddet gerçekleşikten sonra koruma amaçlarına hizmet etmektedir²⁵.

III. 6284 sayılı Kanun'da Düzenlenen Önleyici Tedbirler Hakkında Genel Esaslar

Kanun koyucu, Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair 6284 Sayılı Kanun m 5 hükmü ile şiddet uygulayanlar bakımından uygulanacak önleyici tedbir kararlarını düzenlemiştir. Hükümde bir takım önleyici tedbirler sayılarak, somut olayın özelliğine göre, madde hükmünde sayılan tedbirlerden gerekli görülenlerin uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır. Söz konusu hüküm uyarınca, hâkim, madde hükmünde sayılan tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlerin uygulanmasına karar verebilecektir. Bu halde, m 5 hükmünde tedbirlerin sınırlı olarak sayılmadığının belirtilmesi gerekir²⁶. Hâkim, şiddetin yoğunluğu ve türüne göre gerekli tedbirleri almakla yükümlü olup, alınması gereken tedbirler bakımından, başvuruda bulunan kişi veya kurumların talepleri ile bağlı değildir. Önleyici tedbirler bakımından ölçülülük ilkesi dikkate alınmalıdır. Hâkim, somut olayda şiddetin yoğunluğu ve türü ile orantılı bir tedbire başvurmalıdır. Bir diğer ifadeyle, hâkim, şiddetin önlenmesine elverişli olan en hafif tedbirin uygulanmasına karar vermelidir²⁷. Hâkim, tedbirin süresi bakımından da ölçülülük ilkesine riayet etmelidir. Kanun koyucu, 6284 sayılı Kanun m 8/II hükmü ile bu konuda bir sınırlama getirmiştir. Buna göre hâkim, ilk defasında en fazla altı ay için tedbir kararı verebilir. Kanun koyucu, bu şekilde bir üst süre belirlemiştir. Hâkim, somut olayın özellikleri kapsamında tedbir kararı için altı aydan daha az bir süreyi takdir edebilecektir. Ancak altı aylık süreden daha uzun bir süre ile tedbir kararı vermesi, söz konusu hüküm kapsamında mümkün görünmemektedir.

Koruyucu ve önleyici tedbirleri almaya yetkili merciler 6284 sayılı Kanun ile açıkça belirlenmiştir. Koruyucu tedbirler şiddet mağduru kişiler hakkında verilmektedir. Bu

25 Karakaya (n 7) 4.

26 Karakaya (n 7) 41; Bölükbaşı (n 8) 135; Mülga 4320 sayılı Kanun'un yürürlüğü sırasında Kanun'da düzenlenmemiş olan tedbirlere hükmedilmesi hakkında bir çalışma için bkz Mustafa Akın, 'Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Belirtilmeyen Tedbirlere Hükmedilmesi ve Danışmanlık Tedbirinin Uygulanması' (2007) 14 Terazi Hukuk Dergisi 93.

27 Bölükbaşı (n 8) 135.

sebeple m 3 hükmünde yer alan koruyucu tedbirlerin mülki amir ve hatta mülki amir tarafından 48 saat içinde onaylanması şartıyla kolluk amiri tarafından dahi verilmesi mümkündür. Söz konusu tedbirler, şiddet mağdurlarının yaşam hakkını ve vücut bütünlüklerini korumak amacıyla derhal alınmasında büyük fayda olan tedbirlerdir²⁸. Bununla birlikte mağdurun işyerinin değiştirilmesi, evli olması halinde ayrı yerleşim yerinin belirlenmesi, tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması veya mağdurun Tanık Koruma Kanunu kapsamında kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerinin değiştirilmesi gibi koruyucu tedbirler, ancak hâkim tarafından alınabilmektedir (m 4).

Önleyici tedbirler, koruyucu tedbirlerden farklı olarak şiddet uygulayanın özgürlükleri alanında etki doğurmaktadır. O nedenle, önleyici tedbirleri alma yetkisi kural olarak hâkime aittir. Kanun koyucu, ancak gecikmesinde sakınca bulunan haller bakımından şiddet uygulayanın mağdurlardan uzak durması ve onlara şiddet uygulamaması yönünde bir takım tedbirlerin kolluk kuvveti tarafından alınmasına müsaade etmiştir (6284 sayılı Kanun m 5 hükmünün (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde yer alan tedbirler). Ancak kolluk kuvveti tarafından alınabilecek olan tedbirlerin 24 saat içinde hâkim tarafından onaylanması gerekmektedir (m 5/II). Bunun dışındaki diğer tüm önleyici tedbirler ancak hâkim tarafından alınabilir. Bu bölümde incelenen şiddet uygulayanın muayenesi ve tedavisi yönündeki tedbir de ancak hâkim tarafından alınabilecek tedbir kararlardandır.

Söz konusu madde hükmünde örnek mukabilinden sayılmış olan tedbirlerin birçoğu, münferit bir olayda şiddet mağdurunun şiddetten veya şiddetin tekrarlanmasından korunmasına yöneliktir. Bu nitelikte olan tedbirler şunlardır: “Şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması” (6284 sayılı Kanun, m 5/I(a)), “Müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi” ((b) bendi), “Korunan kişilere, bu kişilerin buldukları konuta, okula ve işyerine yaklaşmaması” ((c) bendi), “Çocuklarla ilgili daha önce verilmiş bir kişisel ilişki kurma kararı varsa, kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde yapılması, kişisel ilişkinin sınırlanması ya da tümüyle kaldırılması” (ç. bendi), “Gerekli görülmesi hâlinde korunan kişinin, şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hâller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması” ((d) bendi), “Korunan kişinin şahsi eşyalarına ve ev eşyalarına zarar vermemesi” ((e) bendi), “Korunan kişiyi iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmemesi” ((f) bendi), “Bulundurulması veya taşınmasına kanunen izin verilen silahları kolluğa teslim etmesi” ((g) bendi), “Silah taşınması zorunlu olan bir kamu görevi ifa etse bile bu görevi nedeniyle zimmetinde bulunan silahı kurumuna teslim etmesi” ((ğ) bendi).

28 Doktrinde, şiddete uğrayanın aynı anda birden fazla yetkili makama başvurmuş olması durumunda çıkabilecek sorunların giderilmesi amacıyla Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın ve ilgili kurumların söz konusu tedbir taleplerini online takip edebileceği bir veri tabanının geliştirilmesi önerilmiştir. Bkz Bölükbaşı (n 8) 161.

Buna karşılık, hükmün (h) ve (ı) bentlerinde sayılan önleyici tedbirlerin diğer önleyici tedbirlerden farkı, münferit bir olayda mağduru şiddetten korumaya hizmet etmekle birlikte, aynı zamanda şiddete yol açan etkenlerin ortadan kaldırılmasına yönelik olmasıdır. Söz konusu m 5/I hükmünün (h) bendi uyarınca hakim, “Korunan kişilerin buldukları yerlerde alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaması ya da bu maddelerin etkisinde iken korunan kişilere ve bunların buldukları yerlere yaklaşmaması, bağımlılığının olması hâlinde, hastaneye yatmak dâhil, muayene ve tedavisinin sağlanması” yönünde tedbire hükmedebilecektir. Kanun koyucu (ı) bendinde ise, şiddet uygulayanın bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması ve tedavisinin sağlanması hususundaki tedbir kararına yer vermiştir.

İfade edelim ki, Türkiye tarafından imzalanmış olan İstanbul Sözleşmesi'nin m 16 hükmünde de, şiddet uygulayan kimselerin tedavisi önleyici bir müdahale olarak nitelendirilmek suretiyle düzenlenmiştir. “Önleyici müdahale ve tedavi programları” başlıklı m 16 hükmünün ilk fıkrası uyarınca: “Taraflar ileride meydana gelecek şiddet olaylarını önleme ve şiddete dayalı davranış kalıplarını değiştirme amacıyla, ev içi şiddet girişiminde bulunanlar için, kişisel ilişkilerde şiddete başvurmayan davranışlar benimsemeyi öğretmeye yönelik eğitim programları oluşturulmasını veya desteklenmesini mümkün kılacak gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaklardır”. Hükmün ikinci fıkrası ise, taraf devletlerin özellikle cinsel suç işleyenlerin yeniden suç işlemelerini önlemeye yönelik eğitim programları oluşturulmasını veya desteklenmesini mümkün kılacak gerekli yasal veya diğer tedbirleri almakla yükümlü olduğunu düzenlemiştir.

Söz konusu 6284 sayılı Kanun kapsamında düzenlenmiş olan tedbirler dar anlamda kadına karşı şiddetin önlenmesi amacına hizmet etmektedir. Ancak daha önce ifade ettiğimiz üzere, somut bir olayda şiddet mağdurunun olası şiddet davranışlarından korunması, söz konusu korumanın etkili ve caydırıcı olması şartıyla geniş anlamda kadına karşı şiddetle mücadele amacına da hizmet edecektir. O nedenle hakim, kendisine 6284 sayılı Kanun ile verilmiş olan önleyici ve koruyucu tedbir alma yetkisini kullanırken daima geniş anlamda kadına karşı şiddetle mücadele amacını da göz önünde bulundurmalıdır. Hakimin somut bir olayda alması gereken tedbir kararlarının somut olayın özelliklerine göre şekilleneceği ortadadır. Ancak hakim, somut olayın özellikleri ile uyuşması şartıyla, şiddet uygulayanın şiddet uygulamasına sebep olan etkenleri uzun süreli şekilde ortadan kaldıracak olan önlemler var ise, bu önlemlerin alınmasını öncelikli olarak sağlamalıdır.

Bir diğer ifadeyle hakim, kadına karşı şiddetin daha gerçekleşmeden önlenmesi amacını öncelikli olarak gözetmelidir. Zira bu amaç, İstanbul Sözleşmesi'nin ve 6284 sayılı Kanun'un ruhu gereği olmakla birlikte, aynı zamanda daha ekonomiktir.

Bunun daha ekonomik olmasının sebebi, şiddetin gerçekleşmesinin ardından ortaya çıkan sorunların giderilmesi tam anlamıyla mümkün olmamakla birlikte, ayrıca ciddi masraflar gerektirmektedir²⁹.

Şiddet uygulayanın muayene ve tedavisi hususunda tedbir kararı verilebilmesi, kadına karşı şiddetle mücadele anlamında, şiddete yol açan etkenlerin ortadan kaldırılması amacına hizmet etmesi dolayısıyla ayrı bir öneme sahiptir. Bu anlamda şiddet uygulayan kimsenin muayene ve tedavi edilmesi hususundaki tedbir kararının aynı zamanda geniş anlamda kadına karşı şiddetin önlenmesine de hizmet ettiğinin altını çizmek gerekir. Zira şiddet uygulayan kimseyi şiddete yönlendiren etkenlerin tedavi yoluyla giderilmesi, şiddet uygulayan kimsenin yaşamı boyunca şiddet davranışlarından kaçınması amacına hizmet edebilecektir.

IV. Şiddet Uygulayanın Muayene ve Tedavisi Hususunda Tedbir Kararı Verilmesinin Şartları

A. Genel Olarak

Hakimin 6284 sayılı Kanun kapsamında karar verebilmesi için söz konusu Kanun kapsamında korunan kişi veya kişilerin şiddete maruz kalmaları, bir diğer ifadeyle şiddet mağduru olmaları gerekmektedir. 6284 sayılı Kanun kapsamında kimlerin korunduğu, ilgili Kanun'un "amaç, kapsam ve temel ilkeleri" nin düzenlendiği m 1 hükmünde açıklanmıştır. Buna göre söz konusu Kanun ile hedeflenen, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların³⁰, çocukların³¹, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunmasıdır³².

Şiddet kavramının 6284 sayılı Kanun'da oldukça geniş tanımlanmış olduğunun ifade edilmesi gerekir. İlgili Kanun'un "Tanımlar" başlıklı m 2 hükmünün (d) bendi kapsamında şiddet; "(...) Kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik, veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de

29 Karakaya (n 7) 4.

30 6284 sayılı Kanun'da hem kadın hem de kız ve kız çocuğu kelimelerinin kullanılmış olmasının yaratabileceği sakıncalar hakkında bkz Karakaya (n 7) 9. İstanbul Sözleşmesi m 3 hükmünün (f) bendi, "kadınlar" kelimesinin kız çocuklarını da kapsayacağını düzenlenmiştir. Kadın kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Dündar-Sezer (n 6) 9 vd; Toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin birçok ülkede kız çocuklarının doğumu itibarıyla başladığı, bu anlamda kız çocuklarının sırf erkek olmadıkları dolayısıyla bebek yaşta öldürüldüğü, kadın ticaretinin kapsamına dokuzlu yaşlardaki kız çocuklarının da dahil edildiği ifade edilerek, İstanbul Sözleşmesi'nin kadın kelimesinin kız çocukları kapsamının bu anlamda yararlı bir düzenleme olduğu ifade edilmektedir. Bkz Demirkır Ünlü (n 13) 45 vd.

31 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m 3 hükmünün (a) bendi uyarınca çocuk kelimesi, "(...) Daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi" ifade etmek üzere kullanılmıştır. 6284 sayılı Kanun'un çocuklar bakımından uygulanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Karakaya (n 7) 9 vd.

32 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Bölükbaşı (n 8) 25. Yasanın amaç itibarıyla erkekleri kapsamadığı, erkeklerin söz konusu yasa kapsamında ancak aile bireyi veya ısrarlı takip mağduru olarak koruma göreceği, ancak bu ihtimallerin Türkiye gerçeğinde fazla uygulama alanı bulmayacağı, yasadaki çocuk tanımı bulunmadığından erkek çocukların kaç yaşına kadar 6284 sayılı Kanun kapsamında korunabilecekleri hususunun belirsiz kaldığı yönündeki açıklamalar bkz Karakaya (n 7) 8.

içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik³³ her türlü tutum ve davranış” ifade etmektedir.

Önemle ifade edelim ki, 6284 sayılı Kanun kapsamında düzenlenmiş olan korumanın devreye girmesi için şiddete uğramış olmak şart değildir. Söz konusu Kanun kapsamında korunması hedeflenmiş olan kişilerin şiddete uğrama tehlikesi altında bulunmaları da yeterlidir³⁴. Nitekim 6284 sayılı Kanun m 1/I hükmünde, Kanun'un şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadın, çocuklar ve aile bireyleri ile tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişileri korumayı amaçladığı açıkça ifade edilmiştir. Aynı şekilde m 2 hükmünün (e) bendi kapsamında “şiddet mağduru” ifadesi tanımlanırken de, açıkça şiddete maruz kalma tehlikesi bulunan kişiler “şiddet mağduru” ifadesi kapsamına alınmıştır. Aynı düzenlemenin (g) bendi kapsamında “şiddet uygulayan” ifadesinin tanımlanmasında, kanun koyucu, kanun kapsamında şiddet olarak sayılan davranışları gerçekleştiren kişilerin yanı sıra, bu davranışları gerçekleştirme tehlikesi bulunan kişileri de şiddet uygulayan olarak nitelendirmiştir.

Burada kısaca değinilmesi gereken bir diğer husus ise, önleyici tedbirlerin alınması aşamasında kişinin şiddete uğramış olduğunun veya şiddete uğrama tehlikesi altında bulunduğu ispatıdır. Kanun koyucu, 6284 sayılı Kanun'un m 8/III hükmünde koruyucu tedbirlerin verilebilmesi bakımından şiddetin uygulandığı hususunda delil veya belge aranmayacağını açıkça ifade etmiştir. Önleyici tedbir kararı bakımından bu yönde bir düzenleme yoktur. Bu husus, önleyici tedbirlerin şiddet uygulayanların kişilik hakkına olan etkisi ile ilgilidir. Bununla birlikte ilgili m 8/III hükmünde önleyici tedbir kararlarının geciktirilmeksizin verileceği ifade edilmiştir. Hükmün devamında ise, önleyici tedbir kararının verilmesinin ilgili Kanun'un amacının gerçekleşmesini tehlikeye sokacak şekilde geciktirilemeyeceği açıkça ifade edilmiştir.

O halde önleyici tedbirler bakımından hakkında tedbir uygulanan kişinin şiddet uyguladığını veya şiddet uygulama tehlikesinin bulunduğunu muhtemel gösteren ispat vasıtalarının sunulması yeterli görülmelidir³⁵. Kadına karşı şiddet veya ev içi şiddet vakıalarında önleyici tedbirlerin mümkün olan en kısa sürede alınması gerekmektedir. Zira söz konusu hallerde koruma altına alınmak istenen çoğunlukla mağdurların yaşam hakkı, vücut bütünlüğü veya manevi bütünlüğüdür. Bu unsurların hepsi kişilik hakkı kapsamındadır. Buna karşılık önleyici tedbirler ile sınırlanan kişilik hakkına bağlı değerler, şiddet uygulayan kişilerin kişilik hakkına bu denli yakın değildir. Önleyici tedbirler ile sınırlanan unsur, şiddet uygulayan kimselerin özgürlükleri kapsamında

33 İstanbul Sözleşmesi olarak anılan “Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi” ile şiddetin tanımı yapılırken ekonomik şiddete de yer verilerek, şiddetin tanımı, CEDAW ve BMİHB gibi uluslararası belgelere kıyasla genişletilmiştir. Bkz Bölükbaşı (n 8) 73; Şiddeti yaşam döngüsü ve biçimine göre sınıflandırmak suretiyle ele alan bir eser için bkz Dündar-Sezer (n 6) 42 vd.

34 Şiddete uğrama tehlikesinin ne şekilde tespit edileceği hususunda 6284 sayılı Kanun'da açık bir düzenleme olmamasının kolluğun keyfi davranmasına yol açabileceği yönünde bkz Bölükbaşı (n 8) 32, 33 vd.

35 Kişinin şiddet uyguladığı veya uygulama tehlikesinin bulunduğu hususunda olguların bulunmasının yeterli olduğu yönünde Bölükbaşı (n 8) 134; Önleyici tedbirler hakkında da delil aranmaması gerektiği yönünde Karakaya (n 7) 57.

ele alınan unsurlardır. Özgürlükler de kişilik hakkı kapsamında korunmaktadır. Ancak özgürlüklerin kişilik hakkının özüne olan yakınlığı şüphesiz ki yaşam hakkı, vücut bütünlüğü veya kişinin manevi bütünlüğü kadar sıkı değildir. O nedenle kadına karşı şiddet veya ev içi şiddet vakıalarında mağdurun kişilik hakkı kapsamında korunması hedeflenen kişiliğine dair unsurlarına öncelik veya diğer bir ifade ile üstünlük tanınması gerektiği ortadadır³⁶. Burada şiddet uygulandığı veya uygulama tehlikesinin bulunduğu hususunun kesin bir şekilde ispat edilmiş olmasını aramak, birçok somut olayda 6284 sayılı Kanun'un amacının gerçekleşmesini tehlikeye sokabilecektir³⁷.

B. Şiddet Uygulayanın Alkol, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Bağımlısı Olması

Kanun koyucu 6284 sayılı Kanun'un m 5 hükmünün ilk fıkrasının (h) bendinde, şiddet uygulayanın alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığı olması halinde hâkimin muayene ve tedavi yönünde tedbir kararı verebileceğini düzenlemiştir. Madde hükmünde “hastaneye yatmak” dahil ifadesi de kullanılarak, hakim gerektiğinde bu tedavinin hastanede yatarak gerçekleştirilmesi hususunda karar verebileceğini açıklığa kavuşturmuştur.

Şiddet uygulayan kimsenin muayene ve tedavi edilmesi hususundaki tedbir kararı iki ayrı bentte düzenlenmiştir. Kanun koyucu, (h) bendinde alkol veya uyuşturucu ya da uyarıcı madde bağımlılığı halindeki tedaviyi düzenlemiş olup, (ı) bendinde ise, şiddet uygulayanın bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması ve tedavisinin sağlanması hususunda tedbir kararı verilebileceğini ifade etmiştir. Ancak her iki bent kapsamında hükmedilen tedbir kararı da aynı mahiyette olup, sonuçları bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Bununla birlikte iki bent arasında yalnızca tedbir kararının şartları bakımından bir farklılık olduğu düşünülebilir. Şöyle ki;

Şiddet uygulayan bakımından (h) bendi kapsamında tedbir kararına hükmedilebilmesi için, alkol, uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı olması gerekmektedir³⁸. Bunun dışında kumar oynamak gibi diğer bağımlılıklar bu madde kapsamında olmamakla birlikte, alkol veya uyarıcı madde bağımlılığı dışındaki bağımlılıklar şiddet davranışlarına yol açtıkları oranda (ı) bendi kapsamında ele alınacaktır. İfade edelim

36 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi şiddet mağdurlarının yaşam hakkına ve (fiziksel ve ruhsal) vücut bütünlüklerine, şiddet uygulayanların mülkiyet hakkı, özel yaşam gibi özgürlükleri karşısında öncelik verilmesi gereğinden hareketle, mağdurların korunabilmesi amacıyla verilmesi gereken kararların gecikmeksizin verilmesi hususunda içtihatlarında bulunmuştur. Bkz *Opuz v Turkey* App no 33401/02 (ECHR, 9 June 2009) para 147; *Kalucza v Hungary* App no 57693/10 (ECHR, 24 April 2012) paras 63 ff, 69 ff; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında bu yönde Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi kararlarına atıfta bulunulmuştur. Söz konusu kararlar için bkz Arslan-Öncü, ‘MHB’ (n 3) 21, 60 ve 61 numaralı dipnotlar.

37 Benzer yönde Bölükbaşı (n 8) 135.

38 Öğretide, şiddet uygulayanın kimseye zarar vermeden ve nadiren alkol ve uyuşturucu madde kullanması halinde bu tedbire başvurunun Kanun'un amacını aşacağı ifade edilmiştir. Bkz Bölükbaşı (n 8) 146. Ancak ifade edelim ki, örnek verilen halde esasen şiddet uygulayanın bağımlı olma şartı gerçekleşmediğinden tedavi yönündeki tedbire başvurulması mümkün olamaz. Bunun dışında kişi bağımlı olsa dahi, şayet şiddet uygulamamış ve şiddet uygulama tehlikesinin bulunduğu anlamına gelen bir davranış sergilememiş ise, o halde de tedavi yönündeki tedbire başvurulması mümkün değildir.

ki, (h) bendinde alkol veya uyarıcı madde bağımlılığı özel olarak düzenlenmeseydi, bu hallerde yine de (ı) bendi kapsamında muayene ve tedavi yönünde tedbir kararı verilmesi mümkün olabilecekti. Alkol ve uyarıcı madde bağımlılığı halinde şiddet uygulayanın tedavisinin ayrıca sayılmış olmasının, söz konusu halde şiddetin bağımlılık dolayısıyla uygulanıp uygulanmadığı hakkında ayrıca inceleme yapılmayacağı ve diğer şartların varlığı halinde doğrudan tedavi hususunda tedbir kararına hükmedilebileceği anlamına geldiği düşünülebilir. Kanun koyucu, şiddet uygulayan kişilerdeki alkol, uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığının şiddet davranışları üzerindeki yoğun etkisi dolayısıyla bu haldeki tedavi tedbirini ayrıca düzenlemiştir. Dolayısıyla söz konusu tedbire hükmedilebilmesi için mağdurun şiddete uğramış olması veya şiddete uğrama tehlikesinin bulunması ve şiddet uygulayanın da bağımlı olması yeterli olup, ayrıca şiddetin bağımlılık dolayısıyla gerçekleşip gerçekleşmediği üzerinde durulmamalıdır.

Bağımlılık unsurunun kadına karşı şiddet ve ev içi şiddet açısından önemli bir rol oynadığı bilimsel çalışmalarda da kanıtlanmıştır. Örneğin, aile ilişkilerini aksatacak şekilde içki içme alışkanlığı olan kişiler üzerinde yapılan araştırmada, bu kişilerin %30,6'sının kadına şiddet uyguladığı tespit edilmiştir. Bunun yanı sıra grupların uyuşturucu madde kullanımı da kadına fiziksel şiddet uygulama davranışları üzerinde yüksek düzeyde anlamlı bulunmuştur (%17,3). Aynı şekilde aile ilişkilerini aksatacak şekilde kumar oynayan erkeklerin kumar oynamayan erkeklere nazaran anlamlı düzeyde daha fazla fiziksel şiddete başvurdukları görülmektedir (%15,4)³⁹. Ancak daha önce ifade ettiğimiz üzere, (h) bendinde bağımlılığın alkol, uyuşturucu veya uyarıcı madde ile sınırlanmış olması dolayısıyla kumar bağımlılığı olan şiddet uygulayanın tedavisi (ı) bendi kapsamında incelenecektir.

Bağımlılık dışındaki diğer hallerde ise, şiddet uygulamanın tedavi edilebilecek olan bir sebepten kaynaklanması halindedir ki, hâkim, şiddet uygulayan kişinin muayene ve tedavi için bir sağlık kuruluşuna başvurması hususunda tedbir kararı verebilir.

C. Şiddet Uygulayan Kimsenin Alkol veya Uyuşturucu Bağımlılığı Dışında Farklı Bir Sebep Ten Muayene ve Tedavi Olması

a. Şiddet Uygulayan Kimsenin Şiddet Davranışlarında Bulunmasının Tedavi ile Giderilebilecek Bir Etkenden Kaynaklanması

Bir önceki başlıkta ifade ettiğimiz üzere, 6284 sayılı Kanun'un m 5 hükmünün ilk fıkrasının (ı) bendi uyarınca; “şiddet uygulayanın bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması ve tedavisinin sağlanması” hususunda tedbir kararı verilmesi mümkündür.

39 Sedat Akkuş and Şeyda Yıldırım, 'Erkeklerin Kadına Yönelik Fiziksel Şiddet Uygulamasına Etki Eden Faktörlerin İncelenmesi' (2018) 17(IV) GAUN JSS 1368, 1383.

Hâkimin m 5 hükmü kapsamında vereceği tedbir kararlarının şiddeti önlemeye hizmet etmesi gerekmektedir. Bu husus 6284 sayılı Kanun'un m 1 hükmünün ilk fıkrasında ifade edilmiş olan amacından anlaşılmaktadır. Dolayısıyla hakim, şiddet uygulayan kimsenin şiddet davranışlarını gerçekleştirmesi hususunda herhangi bir etkiye sahip olmayan bir hastalığı dolayısıyla tedavi edilmesi yönünde tedbir kararı veremeyecektir. O halde m 5/I (1) bendi kapsamında şiddet uygulayan kimsenin muayene ve tedavisi hususunda tedbir kararı verilmesi bakımından aranması gereken ilk şart, kişinin şiddet uygulamasına yol açan ve tedavi ile giderilebilecek olan bir etkenin bulunmasıdır.

Şiddet uygulayanın muayene ve tedavisi hususunda tedbir kararı verilebilmesi için söz konusu kişinin şiddet uygulamış olmasının yanı sıra, şiddet teşkil eden davranışların kişinin tedavi edilmesi suretiyle ortadan kalkabilecek bir etkenden kaynaklanması gerekir. Bazen şiddet davranışının kendisi bu hususta ciddi bir ispat vasıtası işlevi görebilir. Örneğin şiddet uygulayan kişinin mağdura işkence etmiş olması veya şiddet uygulayanın çocukları sürekli bir şekilde cinsel istismar etmesi gibi vakıalar şiddet uygulayanın tedavi edilmesi gereken psikolojik veya biyolojik bir hastalığının bulunduğu hususunda ciddi bir şüphe yaratmaya yetebilir. Hâkim, bu hususta ciddi bir şüphenin ortaya konulması halinde tedavi ve muayene hususunda tedbir kararı verebilmelidir. Nitekim şiddet uygulayanın muayenesi ile bu yönde bir rahatsızlığının olup olmadığı ortaya çıkabilecektir.

Hâkim, 6284 sayılı Kanun m 5 hükmü uyarınca şiddet uygulayanın muayene ve tedavisi hususunda karar vermek dışında ayrıca ŞÖNİM'den şiddet uygulayan (6284 sayılı Kanun, m 15/III(a)) ve şiddet mağduru (6284 sayılı Kanun, m 15/II(d)) hakkında ayrıntılı bir sosyal araştırma raporu talep edebilir. Bu raporun, kişinin geçmişi, ailesi, çevresi, eğitimi, kişisel, sosyal, ekonomik ve psikolojik durumu hakkında ayrıntılı bilgi içermesi aranmıştır. Dolayısıyla hâkim, muayene ve tedavi hususunda karar vermekle birlikte aynı anda bu yönde bir raporun düzenlenmesini de talep edebilir. Bu yönde bir rapor, şiddet uygulayanın tedavisi aşamasında yardım görevi görebilecek niteliktedir. Kanun koyucu, ŞÖNİM'e, teşvik edici, aydınlatıcı ve yol gösterici mahiyette olmak üzere, hem şiddet mağdurunu hem de şiddet uygulayanı bir takım faaliyetlere yönlendirme yetkisi de tanımıştır. ŞÖNİM'in ilgili birimleri, hakim tarafından verilmiş olan bir karar olmasa da, şiddet uygulayanı m 15/II hükmünün (c) bendinde sayılmış olan bir takım faaliyetlere yönlendirebileceklerdir. Söz konusu faaliyetler kanun hükmünde sayılmıştır. Buna göre söz konusu faaliyetler; "1. Öfke kontrolü, stresle başa çıkma, şiddeti önlemeye yönelik farkındalık sağlayarak tutum ve davranış değiştirmeyi hedefleyen eğitim ve rehabilitasyon programlarına katılmasına", "2. Alkol, uyuşturucu, uçuşu veya uyarıcı madde bağımlılığının ya da ruhsal bozukluğunun olması halinde, bir sağlık kuruluşunda muayene ve tedavi olmasına", "3. Meslek edindirme kurslarına katılmasına" yönelik olabilecektir.

b. Şiddet Uygulayanın Tedavisini Gerektirebilecek Sebepler

Kadına karşı şiddetin sebeplerinin psikolojik, biyolojik ve sosyolojik olmak üzere üç ayrı grupta incelenmesi mümkündür⁴⁰. Kadına yönelik şiddet, bunlar dışında hukuk, antropoloji, siyaset bilimi, kriminoloji gibi birçok bilim dalı tarafından inceleme konusu yapılmaktadır⁴¹. Bununla birlikte çalışmada kadına karşı şiddetin tedavi ve eğitim ile giderilebilecek veya en aza indirgenebilecek etkenlerin incelenmesi dolayısıyla, bu başlık altında psikolojik, biyolojik ve sosyolojik sebepler genel hatlarıyla ele alınacaktır.

Kişiyi şiddete yönelten psikolojik sebeplere örnek olarak, eğitim hayatındaki başarısızlık, öfke kontrolünü sağlamada yetersizlik, engellenmişlik duygusu, aşırı alınganlık, dışlanmışlık, özgüven eksikliği, yetersiz iletişim becerisi, aşırı baskıcı veya aşırı rahat aile tutumları, sıklıkla engellenme ve cezalandırılma, ev içi şiddete maruz kalma veya tanık olma, cinsel açıdan veya fiziksel ya da ruhsal açıdan istismar edilme, bağımlılık hallerini saymak mümkündür⁴². Görüldüğü üzere ev içi şiddete maruz kalan kişiler aynı zamanda şiddet faili olmaya da daha yatkın hale gelmektedirler.

Biyoloji alanında yapılan araştırmalar, hormonların şiddet davranışlarının ortaya çıkmasında etken olduğunu göstermektedir. Şiddet uygulayan kimselerin çoğunlukla erkek olması ve şiddet eğiliminin erkeklerin ileri yaşlarında gözle görülür şekilde azalması da bu bilgileri desteklemektedir. Biyolojik etkenler arasında örnek verilen diğer etkenler, anti sosyal kişilik bozukluğu gibi bir takım ruhsal hastalıklar⁴³ ve genetik özelliklerdir⁴⁴.

40 Bu aşamada önemli bir bilgiyi paylaşmakta fayda görmekteyiz. Kadına karşı şiddetin sebeplerinin araştırılması, kadına karşı şiddetle mücadele ile çok yakından ilgilidir. Çünkü bir sorunun kökten çözülebilmesi veya bir soruna etkili çözümler getirilebilmesi, o sorunun sebeplerinin bilinmesini gerektirir. Dolayısıyla kadına karşı şiddetin sebepleri, bir diğer ifadeyle belirleyici taraflarının bilinmesi hukukun etkin yasalar getirmesi aşamasında büyük önem taşımaktadır. Şiddetin en çok hangi yaş gruplarında veya toplumun hangi kesimlerinde görüldüğü, yaygın olarak görülen haller ile daha nadir görülen haller arasındaki farkların tespiti, hukuk tarafından uygulanan yaptırımların şiddet oranına etkisi gibi bir takım bilgiler kadına karşı şiddetin önlenmesi hususunda son derece önemlidir. Bu sebeplerdir ki, ulusal üstü insan hakları belgeleri ile taraf Devletlere kadına karşı şiddet hususunda istatistiksel veri toplama ve bu sebepleri teşhis etme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu kapsamda KKAOKK, 19 nolu Genel Tavsiyesinde; şiddetin boyutları, sebepleri ve etkileri hususunda istatistiksel veri toplanması, Komiteye rapor olarak sunulan belgelerde kadın karşı şiddeti devam ettiren tutumların, geleneklerin ve uygulamaların niteliğinin ve boyutunun belirlenmesi gibi yükümlülükler getirilmiştir. İstanbul Sözleşmesi m 11 hükmünde de üye Devletlere kadın karşı şiddetle ilgili istatistiksel veri toplama yükümlülüğü getirilmiştir. Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri Hakkında Yönetmelik m 10 hükmünün (b) bendi ile Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele İl Koordinasyon, İzleme ve Değerlendirme Komisyonlarına, ildeki şiddet alanında çalışan tüm kurumlar tarafından toplanan verileri değerlendirerek, ilde şiddetin önlenmesine yönelik çalışmalar sürdürmek yükümlülüğü getirilmiştir. Kadına karşı şiddeti tetikleyen faktörler ve sonuçları hakkında genel bilgi için bkz Bölükbaşı (n 8) 47; Kandemir (n 7) 66 vd.; Dündar-Sezer (n 6) 47 vd.

41 Bölükbaşı (n 8) 47.

42 Kandemir (n 7) 67; Dündar-Sezer (n 6) 47.

43 Hande Çalışkan ve Emrah İsmail Çevik, 'Kadına Yönelik Şiddetin Belirleyicileri: Türkiye Örneği' (2018) 7 (14) BJSS 218, 219.

44 Genetik etkilerin şiddet davranışı ile yüksek düzeyli ilişki içerisinde olduğu yönünde Kandemir (n 7) 67.

Bununla birlikte bu hususta yapılan araştırmalar incelendiğinde erkeklerin kadınlara karşı şiddet uygulamalarının en önemli sebebinin toplumsal cinsiyet⁴⁵ rolleri olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Kadına karşı şiddetin ve ev içi şiddetin sebepleri üzerinde yapılan araştırmalar, toplumsal sebeplerin kadına karşı şiddetin oranına psikolojik veya biyolojik sebeplerden daha fazla etki ettiğini gstermiştir. Erkeklerin şiddet uygulama davranışı üzerinde belirleyici olan hususların araştırıldığı bir çalışmaya göre; erkeklerin eğitim durumu, evlenme şekilleri ve kadınların eğitim düzeyi ile şiddet davranışları arasında belirgin bir bağlantı bulunmaktadır. Buna göre, kadınların iş hayatına katılmaları ile fiziksel şiddete maruz kalmaları arasında ters orantı vardır. Erkeklerin şiddet uygulama davranışı üzerinde en yüksek düzeyde anlamlı etkiye sahip olan husus, erkeklerin çocukluklarında fiziksel şiddete maruz kalıp kalmadıkları hususudur. Buna göre şiddet uygulamış olan erkeklerin %68'inin küçük yaşta şiddete maruz kaldığı tespit edilmiştir. şiddet uygulamayan erkeklerde şiddete maruz kalma oranı ise, %27,4'tür. Söz konusu çalışmada, kadına fiziksel şiddet uygulama ile toplumsal cinsiyet tutumu arasındaki ilişki irdelenmiştir. Bu çalışmada, şiddet uygulayan erkekler, erkeğin kadına şiddet uygulamasının olağan bir durum olduğuna ilişkin önermelere şiddet uygulamayanlardan daha fazla katılım sağlamışlardır. Yine şiddet uygulayan erkeklerin erkeğin üstünlüğü ve hkmediciliği üzerine kurgulanmış önermelere şiddet uygulamayan erkeklere nazaran daha fazla katıldıkları gözlemlenmiştir. Bunun yanı sıra şiddet uygulayan erkeklerin "reme sağlığı ve hastalıkların önlenmesi alanında" kadının görüşlerini önemsemeyen bir tutum sergiledikleri, "ev işleri ve gündelik yaşam" alanında toplumsal cinsiyetçi rollere ilişkin önermelere daha fazla onay verdikleri de tespit edilmiştir.

Buraya kadar yapılmış olan açıklamalar kapsamında diyebiliriz ki, erkeklerin şiddet uygulamasına yol açan en yaygın faktör, toplumsal cinsiyet anlayışı kapsamında kendilerini gördükleri statü ve üstlenmiş oldukları rollerdir⁴⁶. Bu nedenle İstanbul Sözleşmesi m 2/II hükmünde toplumsal cinsiyete dayalı şiddete özel bir ağırlık verilmiştir. Buna göre: "Tarafklar bu Sözleşmeyi tüm ev içi şiddet mağdurları için uygulamaya teşvik edilir. Tarafklar bu Sözleşmenin hükümlerinin uygulanmasında toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin kadın mağdurlarına özel olarak dikkat

45 Toplumsal cinsiyet, kadın ve erkek kavramlarını açıklarken iki cinsiyet arasındaki biyolojik farklılıklar dışında, söz konusu kavramlara tarihsel, sosyal ve kültürel boyutta yüklenen anlamları da dikkate alır. Biyolojik cinsiyet, kadın ve erkeği tanımlarken fizyolojik özelliklerinden yola çıkar. Toplumsal cinsiyet ise, toplumun yaşamda kadın ve erkek için uygun bulduğu rolleri belirlemektedir. Bunu belirlerken toplum, erkek ve kadının sahip olması gereken nitelikleri hakkında da belirli kalıplar geliştirmekte, kendisi için inşa edilmiş kalıba uymayan bireylerin "kadınlık" veya "erkeklik" niteliği sorgulanmaktadır. Toplumsal cinsiyet, toplum tarafından belirlenmesi dolayısıyla, tarihe ve kültüre göre değişmektedir. Bunun yanı sıra belirli bir toplum veya kültürdeki siyasi veya sosyal koşullar toplumsal cinsiyetin içeriğinin yeniden şekillendirilmesine de yol açabilmektedir. Toplum tarafından oluşturulmuş olan kadınlık ve erkeklik kalıpları, bireyler ve özellikle de çocuklar tarafından toplumsallaşma sürecinde kazanılır ve bu şekilde nesiller boyunca varlığını sürdürür. Bunu başaramayan veya sorgulanan birey toplum tarafından dışlanacaktır ki, bu yöndeki dışlanmanın kendisinin de bir şiddet olduğunun ifade edilmesi gerekir. O halde diyebiliriz ki, kadına karşı şiddetin boyutunda son derece önemli bir etkiye sahip olan toplumsal cinsiyetin devamının sağlanması aşamasında da şiddete başvurulmaktadır. Bireyselleşme veya toplumsallaşma dediğimiz süreçte toplumsal cinsiyete dair temel anlayışlar, ortak deneyimlerin yaşandığı aile içinde oluşturulmaktadır. Ne var ki dış unsurların katkısı da bu anlamda son derece önemlidir. Günümüzde bireylere cinsiyetlerine uygun davranışların neler olduğu hususunda medya, eğitim sistemi, aile ve sosyal çevrenin tamamının son derece baskıcı olduğu rahatlıkla ifade edilebilir.

46 Arslan-nc, 'MHB' (n 3) 2; Bölükbaşı (n 8) 47; Dündar-Sezer (n 6) 47.

göstereceklerdir". Zira toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması, şiddetin görülme oranına başlı başına etki edecek bir faktördür. Şiddet, çoğunlukla erkeğin kendisine tanınmış olan üstün konumun korunması amacıyla başvuru bir araç olmaktadır⁴⁷. Erkeğin toplum nezdinde kadından daha üstün bir konumda görülmesi, kadına karşı şiddetin daha az kınanmasına ve hatta meşru hale gelmesine yol açmaktadır⁴⁸. Şiddetin çoğunlukla erkekler tarafından uygulanması, Meclis Araştırma Komisyonu Raporu'nda şiddet davranışlarının içgüdüsel olarak ortaya çıkmadığı yönünde yorumlanmıştır⁴⁹. Hal böyle olunca, biyolojik ve psikolojik sebepler bakımından tedavinin etkili olacağını söylemek doğru olur. Buna karşılık toplumsal cinsiyet eşitliği, tedaviden ziyade, başta eğitim olmak üzere birden fazla alanla ilgilidir.

Ev içi şiddet alanında yapılan çalışmalar göstermektedir ki, şiddet uygulayan kimselerin çoğunlukla öfke kontrolü ile ilgili herhangi bir sorunu bulunmamaktadır. Sorun, daha ziyade erkeklerin toplumsal cinsiyet ilişkileriyledir. Bir diğer ifadeyle erkekler, kadınlar ve çocuklar üzerinde şiddet uygulamanın bir sorun olduğuna inanmamaktadırlar. Hatta tersine kadınlar ve çocuklar üzerinde güç kullanmaları gerektiğine dair inanç daha yaygındır⁵⁰. Şiddet uygulayandaki bu tür hatalı ve tehlikeli anlayışa etki edilmediği sürece, şiddet mağdurlarının şiddet uygulayandan uzaklaştırılmasının ve sakınılmasının ancak belirli bir süre koruma sağlayacağı açıkça ortadadır. Birçok durumda kadın, alınan onca önleme rağmen korunamamakta ve ölümcül şekilde yaralanmakta ya da ölmektedir. Bir an için somut olaydaki şiddet mağdurlarının korunabildiği düşünülse dahi, kadın ve çocuklar üzerinde kendisinin mülkiyet hakkına benzer bir hakka sahip olduğu anlayışında olan şiddet uygulayanın bundan sonraki hayatında şiddete başvurma olasılığının oldukça yüksek olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Dolayısıyla, somut olaydaki şiddet uygulayanın içindeki şiddet gösterme potansiyelinin tedavi veya eğitim vasıtasıyla yok edilmesi ya da aza indirgenmesi mümkün ise hakim, mutlaka bu yöndeki tedbir kararlarına başvurmalıdır. Yoksa hâkimin yalnızca akıl hastalığı veya akıl zayıflığı halinde tedavi yönündeki tedbire başvuracağını kabul etmek, 6284 sayılı Kanun'un amacı ile bağdaşmamaktadır. Zira 6284 sayılı Kanun'un amacı şiddet uygulayanın kişiliğinin korunması değildir. Aksine şiddet mağdurlarının şiddetten korunması amaçlanmaktadır. Ancak 6284 sayılı Kanun ve bu Kanun'un atıfta bulunduğu temel ilkeler kapsamında hakim, önüne gelen somut olayda aynı zamanda geniş anlamda şiddeti önlemeye yönelik tedbirleri tercih etmelidir. Yeter ki bu yöndeki tedbirleri almak somut olayın şartları çerçevesinde ölçülülük ilkesinin ihlalini oluşturmasın.

47 Arslan-Öncü, 'MHB' (n 3) 2; Bölükbaşı (n 8) 46; Meclis Araştırma Komisyonu Raporu (n 17) 99;

48 Münevver Mertoğlu, 'Aile İçinde Şiddet Uygulayan Erkeklerin Mağduriyetleri' (2012) VIII (97-98) Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 50, 53.

49 Meclis Araştırma Komisyonu Raporu (n 17) 99.

50 Liz Kelly, 'Erkekleri Değiştirmede Karşılaşılan Zorluklar: Saldırganlara Uygulanan Programlardan Çıkarılacak Dersler' in İstanbul Barosu Kadın Hakları Uygulama Merkezi (ed) *Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı* (İstanbul Barosu 2002) 107, 110.

Hakim, faydası olacağına ve gerekli olduğuna inandığı her olayda şiddet uygulayanın şiddet davranışlarını engellemeye faydalı olabilecek tedavi ve rehabilitasyon faaliyetlerine katılmasına yönelik kararlar verebilmelidir. Hâkim tarafından bu yönde karar verilebilmesi, ülkemizde, özellikle ŞÖNİM tarafından şiddet uygulayanlar bakımından aydınlatıcı ve yol gösterici tedavi ve eğitim faaliyetlerinin yürütülmesi ile mümkün görünmektedir. O nedenle ŞÖNİM, öfke kontrolünü sağlama, stresle başa çıkma, kadın ve çocuk hakları konusunda aydınlatıcı ve yol gösterici tedavi ve eğitim programları yürütmeli, bu faaliyetlere katılmayı teşvik edici önlemler geliştirmelidir⁵¹.

c. Şiddet Uygulayan Kişinin Eğitimi Hususunda Verilecek Tedbir Kararı

Tedavi kelimesinin anlamı, “Çeşitli yöntemlerle hastalığı iyi etme, iyileştirme, sağaltım, sağaltma, terapi” ve “aksayan bir şeyi düzeltme, iyileştirme” olarak belirtilmektedir. Bu halde ikinci anlamında kullanıldığında tedavi, pek ala şiddet uygulayan kişinin eğitimi de kapsayacaktır. Nitekim İstanbul Sözleşmesi m 16 hükmü “Önleyici müdahale ve tedavi programları” başlığı altında ele alınmış olmakla birlikte, söz konusu madde hükmünde açıkça şiddet uygulayan kimselerin eğitiminden de söz edilmektedir. Bunun yanı sıra 6284 sayılı Kanun’un m 5 hükmünde önleyici tedbirlerin sınırlayıcı bir şekilde sayılmadığını, bir diğer ifadeyle bu hususta numerus clausus ilkesinin geçerli olmadığını ifade etmiştik. O halde hâkim, şiddet uygulayan kimsenin tedavi edilmesi dışında eğitimlere katılması hususunda da tedbir kararı verebilir. Nitekim İstanbul Sözleşmesi m 16 hükmü de bu yönde düzenleme içermektedir.

İncelenmesi gereken bir diğer husus, şiddet uygulayan kimseye bu yönde bir eğitimin verilmesinin mümkün olup olmadığı, bir diğer ifadeyle bu yönde eğitim programının yürütülmekte olup olmadığıdır. Yasal düzenlemelere bakıldığında, ŞÖNİM’in vermesi gereken hizmetler arasında; “1) Öfke kontrolü, stresle başa çıkma, şiddeti önlemeye yönelik farkındalık sağlayarak tutum ve davranış değiştirmeyi hedefleyen eğitim ve rehabilitasyon programlarına katılmasına” yönelik faaliyetlerde bulunmak yer almaktadır (6284 sayılı Kanun m 15/III(ı)). Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri Hakkında Yönetmelik m 26 hükümlerinin de bu kapsamda incelenmesi gerekir. Söz konusu hükmün birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca: “(a) Öfke kontrolü, stresle başa çıkma ve şiddeti önlemeye yönelik farkındalık sağlayarak tutum ve davranış değiştirmeyi hedefleyen eğitim ve rehabilitasyon programlarına katılım sağlanması amacıyla ilgili kurum ve kuruluşa yönlendirmek ve Sağlık Bakanlığı ile koordinasyon içerisinde takibini yapmak” ŞÖNİM’in görevleri arasındadır. Bu kapsamda m 27 hükmünde tedavi giderlerinin ilgili Bakanlık tarafından karşılanacağı düzenlenmiştir. Yönetmeliğin m 28 hükmünde ise, şu yönde düzenleme yer almaktadır: “Kanun hükümlerine göre hakkında önleyici tedbir kararı verilen kişinin aynı zamanda rehabilitasyonunun veya tedavi edilmesinin gerekli olduğuna karar verilmesi hâlinde,

51 Aynı yönde Karakaya (n 7) 91.

genel sağlık sigortası kapsamında karşılanamayan rehabilitasyon hizmetlerine yönelik giderler ile rehabilitasyon hizmetleri kapsamında verilmesi gereken diğer sağlık hizmetlerinin giderleri Bakanlık bütçesinin ilgili tertiplerinden karşılanır". Söz konusu düzenlemeler çerçevesinde eğitimin de rehabilitasyon kapsamında değerlendirilmesi ve eğitim için gereken giderlerin ilgili Bakanlık tarafından karşılanacağını kabulü gerekmektedir.

ŞÖNİM, bu başlık altında ifade edilen yükümlülükleri gereği, yalnızca şiddet uygulayanları tedavi ve rehabilite etmek amacıyla değil, genel olarak toplumda farkındalık yaratma, erkeklerin kadınlara ve çocuklara karşı olan toplumsal cinsiyet eşitliğine aykırı tutumlarını değiştirmek amacıyla eğitim programları ve seminerleri düzenleyebilmelidir⁵².

C. Şiddet Uygulayanın Muayene ve Tedavi Edilmesi Yönündeki Tedbir Kararı ve Sonuçları

a. Şiddet Uygulayanın Muayene ve Tedavi Edilmesi Yönündeki Tedbir Kararının Süresi

Hâkim, gerekli şartların varlığı halinde şiddet uygulayan kişinin muayene ve gerekirse tedavisi ya da eğitimi hususunda tedbir kararı verebilecektir. İlgili 6284 sayılı Kanun'un m 8 hükmünün ikinci fıkrası uyarınca: "Tedbir kararı ilk defasında en çok altı ay için verilebilir. Ancak şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesinin devam edeceğinin anlaşıldığı hâllerde, resen, korunan kişinin ya da Bakanlık veya kolluk görevlilerinin talebi üzerine tedbirlerin süresinin veya şeklinin değiştirilmesine, bu tedbirlerin kaldırılmasına veya aynen devam etmesine karar verilebilir". Söz konusu hükümden anlaşıldığı üzere, ilk tedbir kararı için altı aylık bir üst süre öngörülmüş olmakla birlikte, belirli bir somut olayda ilk defadan sonraki tedbir kararlarında herhangi bir üst süre yoktur⁵³. Öğretide bu husus eleştirilerek, koruyucu tedbirlerin delil olmaksızın, önleyici tedbirlerin ise kesin delil aranmaksızın verilebilmesi karşısında, ilk tedbir kararından sonraki kararlar bakımından da üst süre sınırı getirilmesi önerilmiştir⁵⁴. Bununla birlikte hakim, tedbir kararlarına hükmederken ölçülülük ilkesini gözetmeli, şiddetin niteliğine, ağırlığına göre hem tedbirin türünü hem de süresini takdir etmelidir. Dolayısıyla Kanun'da her ne kadar üst süre getirilmemiş olsa da, hakim tedbir kararının geçerli olacağı süre bakımından bütünüyle serbest olmayıp, takdir yetkisi ölçülülük ilkesi ile sınırlandırılmıştır.

52 *ibid* 91.

53 İlk tedbir kararını takip eden tedbir kararları bakımından üst süre sınırlaması getirilmemesi hususunda eleştirel bir yaklaşım için bkz *ibid* 56.

54 *ibid* 6.

Tedbir kararlarının geçerli olacağı süre bakımından değinilmesi gereken bir diğer husus ise, ilk defa verilecek olan tedbir kararları bakımından getirilmiş olan altı aylık üst sürenin bütün tedbir kararları hususunda geçerli olup olmadığıdır. Kanun koyucunun tedbirler bakımından üst süre sınırı koymuş olmasının sebebi, şiddet uygulayanın özgürlüklerinin aşırı sınırlamalara karşı korunmasıdır. Dolayısıyla koruyucu tedbir kararlarının amacı ve şiddet mağdurları hakkında verilmesi dikkate alındığında, altı aylık bu sürenin koruyucu tedbirler bakımından geçerli olamayacağını ifade etmek gerekir. Gerçekten de mağdura veya beraberindeki çocuklara uygun barınma yeri sağlanması, psikolojik veya tıbbi destek verilmesi, hayati tehlikesi bulunanların geçici koruma altına alınması, aile konutu şerhi konulması, mağdurların kimlik ve diğer ilgili bilgi ve belgelerinin değiştirilmesi gibi tedbirlerin altı ay süre ile sınırlandırılması, bu tedbirlerin verilme amacına bütünüyle aykırıdır. Buradaki süre sınırlaması söz konusu tedbir kararlarının amacını tehlikeye düşürebilecek niteliktedir. O halde tedbir kararlarına getirilmiş olan üst süre sınırının öncelikle yalnızca önleyici tedbirler bakımından geçerli olduğunun kabulü gerekir. Ancak altı aylık üst süre sınırının önleyici tedbirlerin tamamı bakımından uygulama alanı bulacağını söylemek de kanunun amacına aykırı görülmektedir. Burada bir ayırım yapmak gerekir ise; önleyici tedbir kararının belirli bir davranış şeklini yasaklaması halinde kanundaki üst süre sınırının bir anlamı olabilir. Zira bu halde kanun koyucu şiddet uygulayanın hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması bakımından bir sınır belirlemeyi hedeflemiştir. Örneğin şiddet uygulayanın korunan kişilerin konutuna, okuluna veya işyerine yaklaşmaması, çocuklarla kişisel ilişkinin belirli bir süre kaldırılması, silah taşınması zorunlu olan bir kamu görevi ifa eden kimsenin zimmetinde bulunan silahı teslim etmesi gibi hallerde şiddet uygulayana belirli bir şekilde davranmanın yasaklanması söz konusudur. Bununla birlikte şiddet uygulayanın korunan kişinin şahsi eşyalarına ve ev eşyalarına zarar vermemesi gibi bir önleyici tedbirin üst süre ile sınırlandırılmasının herhangi bir anlamı yoktur. Zira şiddet uygulayanın başka bir kişinin şahsi eşyalarına veya ev eşyalarına zarar verme gibi bir özgürlüğe sahip olduğu düşünülemez.

Bunun dışında önleyici tedbir kararı ile şiddet uygulayanın belirli bir davranışı gerçekleştirilmesi hususunda hüküm kurulduğu hallerde de altı aylık üst sürenin uygulanabilme olanağı bulunmamaktadır. Şiddet uygulayanın bir sağlık kuruluşuna başvurusu ve tedavisinin sağlanması hususundaki önleyici tedbir kararı bu niteliktedir. Bu halde şiddet uygulayanın muayene olma ve muayene sonucu ortaya çıkan sonuca göre tedavi olma yükümlülüğü söz konusudur. Bu halde tedavinin 6284 sayılı Kanun'un m 5/I hükmünün (h) veya (ı) bendi kapsamlarında olması bakımından herhangi bir fark yoktur. Bu tür bir karar verilmesi halinde şiddet uygulayan, öncelikle muayene olmakla yükümlüdür. Akabinde ise gerektiği takdirde tedavi olma yükümlülüğü doğmaktadır. Dolayısıyla şiddet uygulayanın muayenesi ve tedavisi yönündeki karar belirli bir sonuca yönelmiş olup, söz konusu kararın hedeflen sonucun gerçekleşeceği ana kadar geçerli olduğunun kabulü gerekir. Muayene ve tedavi yönündeki kararın altı

ay boyunca geçerli olduğunun kabulünde, şiddet uygulayanın altı aylık süreyi muayene dahi olmadan veya tedaviye başlamadan geçirmesi halinde, söz konusu kararın gereği yerine getirilmemiş olacaktır. Muayene ve tedavi hususundaki kararın belirli bir sonuca yönelik olması, ilgili kararın sonucun oluşup oluşmadığı dikkate alınmaksızın altı aylık süre boyunca geçerli sayılmasına engeldir.

Muayene ve tedavi yönündeki kararın altı aylık üst süre ile geçerli kabul edilmesinin bir diğer sakıncası ise kendisini tedavinin altı ayı aşkın bir süre boyunca devam etmesi gerektiği hallerde gösterir. Bu halde şiddet uygulayanın karar verildikten uygun bir süre sonra muayene olduğu ve daha sonra gerek görülmesi dolayısıyla tedaviye başlamış olduğu varsayımında; şiddet uygulayan, tedavinin altı aydan daha uzun süre gerektirmesine rağmen altı ayın sonunda tedaviyi eksik bırakabilecek ve kendisi hakkında zorlama hapsi yaptırımı uygulanamayacaktır. Bu yönde bir sonuç, açıkça kararın amacına aykırıdır.

İfade edelim ki, İstanbul Sözleşmesi m 53 hükmünün ikinci fıkrası da burada aktarılan görüşleri destekler niteliktedir. İlgili düzenleme uyarınca taraflar, kısıtlama ve koruma emirlerinin, “belirli bir zaman dilimi içerisinde veya değiştirilene ya da kaldırılıncaya kadar yürürlükte kalmasını” teminat altına almak üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirleri almakla yükümlü tutulmuştur. Görüldüğü üzere, İstanbul Sözleşmesi m 53/II hükmü uyarınca tedbir için mutlaka belirli bir süre verilmesi şart koşulmamıştır. Bununla birlikte her halde tedbir kararının geçerli olacağı sürenin şiddet uygulayanın hak ve özgürlüklerini amaca aykırı ve özüne dokunacak şekilde sınırlamaması gerekir. Kanaatimizce, 6284 sayılı Kanun m 8/II hükmünde belirlenen sürenin amacı, şiddet uygulayanın hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesinin önüne geçilmesidir. O halde bu süre sınırının yalnızca şiddet uygulayanı belirli bir davranıştan kaçınmaya zorlayan tedbir kararları bakımından geçerli kabul etmek gerekecektir. Bunun dışında ölçülülük şartının gözetilmiş olması kaydıyla, muayene ve tedavi gibi belirli bir sonuca yönelmiş olan tedbir kararları bakımından altı aylık üst süre sınırının uygulama alanı bulmayacağını kabul etmek kanunun amacına daha uygun olacaktır.

B. Diğer Sonuçları

Kanun koyucu, m 8/IV hükmü ile, tedbir kararının korunan kişiye ve şiddet uygulayana tefhim veya tebliğ edileceğini düzenlemiştir. Hükmün devamında, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, tedbir kararının şiddet uygulayana kolluk vasıtasıyla bir tutanakla derhal tebliğ edileceği düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeyi takip eden beşinci fıkra hükmü, tefhim veya tebliğ işlemlerinde, tedbir kararına aykırılığın yaptırımı olan zorlama hapsinin uygulanacağı hususunun da ihtar edilmesi gerektiğini içermektedir. Bununla birlikte tedbir kararının ilgililere tefhim veya tebliğ edilmemesinin, kararın uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği düzenlenmiştir (m 10/V).

Şiddet uygulayan kişi, hakkında verilmiş olan muayene ve tedavi hususundaki tedbir kararına karşı tefhim veya tebliğden itibaren iki hafta içinde aile mahkemesine itiraz edebilecektir. İtiraza bakmaya yetkili mahkeme ise, kararın verildiği yerde aile mahkemesinin birden fazla dairesi olup olmadığına göre belirlenecektir. Tedbir kararının verildiği yerde aile mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması halinde, itiraz, tedbir kararını veren daireyi numara olarak izleyen daireye yapılacaktır. Tedbir kararının verildiği yerde aile mahkemesinin tek dairesi bulunması halinde ise, itiraz asliye hukuk mahkemesine yapılacaktır. Bununla birlikte asliye hukuk mahkemesi ile aile mahkemesi hakimi aynı hakim ise, o halde itiraz en yakın asliye hukuk mahkemesi tarafından karara bağlanacaktır. Hakim, itiraz üzerine bir hafta içinde karar verecektir. İtiraz üzerine verilen kararın kesin olduğu düzenlenmiştir (6284 Sayılı Kanun m 9).

Şiddet uygulayanın muayene ve tedavisi hususundaki tedbir kararı, m 10 hükmü gereğince en seri vasıtalarla Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın ilgili il ve ilçe müdürlüklerine de bildirilir. Tedbir kararının niteliğine göre, bu kararın Cumhuriyet başsavcılığına veya kolluğa da yine en seri vasıtalarla bildirileceği ifade edilmiştir (m 10/I). Hükmün üçüncü fıkrasında ise, şiddet uygulayan hakkında verilen önleyici tedbir kararlarının yerine getirilmesinden, hakkında önleyici tedbir kararı verilen kişilerin yerleşim yeri veya bulunduğu ya da tedbirin uygulanacağı yer kolluk biriminin görevli ve yetkili olacağı düzenlenmiştir.

Muayene ve tedavi yönündeki tedbir kararı verilmesi halinde tedavinin ne şekilde gerçekleştirileceği ise, 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği m 27 ve 28 hükümlerinde düzenlenmiştir.

Alkol veya uyuşturucu ya da uyarıcı madde bağımlılığı halinde, hakkında önleyici tedbir kararı verilen kişinin bir sağlık kuruluşunda muayene ve tedavi olmasının sağlanması ve sonuçları ile tedbirin kişi üzerindeki etkilerinin ŞÖNİM tarafından ilgili kurum veya kuruluş ile koordinasyon içinde takip edilmesi gerekmektedir. ŞÖNİM, olayın özelliğine göre bu kararın yerine getirilmesi esnasında kolluktan yardım isteyebilir (Uygulama Yönetmeliği m 27/III): Hakkında tedbir kararı verilen kişinin sağlık kuruluşunda tedaviyi reddetmesi halinde durum, tutanakla tespit edilerek ivedilikle Cumhuriyet başsavcılığına ve ŞÖNİM'e bildirilir (Uygulama Yönetmeliği m 27/III).

Şiddet uygulayan kimsenin alkol, uyarıcı madde veya uyuşturucu madde bağımlılığı dışında başka bir sebeple muayene ve tedavi için bir sağlık kuruluşuna başvurması hususundaki tedbir kararının verilmesi halinde ise; ilgilinin illerde il halk sağlığı müdürlüğüne, ilçelerde ise toplum sağlığı merkezine başvurusunun zorunlu olduğu düzenlenmiştir (Uygulama Yönetmeliği m 28/II). Şiddet uygulayan kimsenin bu başvurusu üzerine illerde il halk sağlığı müdürlüğünün ruh sağlığı şubesi tarafından, ilçelerde toplum sağlığı merkezi tarafından kamuya ait bir sağlık kuruluşuna sevk edilmesi gerekir. Şiddet uygulayan kimsenin tedaviyi sürdürüp sürdürmediği ve yapılan

işlemin sonucu bu birimler tarafından ŞÖNİM'e bildirilir (Uygulama Yönetmeliği m 28/III). Hakkında tedbir kararı verilen kişinin sağlık kuruluşunda tedaviyi reddetmesi halinde durum tutanakla tespit edilerek ivedilikle Cumhuriyet başsavcılığına ve ŞÖNİM'e bildirilir (Yönetmelik m 28/IV).

Şiddet uygulayanın muayene ve tedavisi hususundaki tedbir kararının uygulanmasına ilişkin giderler, genel sağlık sigortası tarafından karşılanmadığı oranda Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın bütçesinden karşılanacaktır (Uygulama Yönetmeliği m 44/III).

D. Şiddet Uygulayanın Hakkındaki Tedbir Kararını İhlal Etmesinin Hukuki Yaptırımı

6284 sayılı Kanun kapsamında verilmiş olan tedbir kararlarının ihlal edilmesinin hukuki sonucu, söz konusu Kanun'un m 13 hükmünde düzenlenmiştir. Hükmün ilk fıkrasına göre: *“Bu Kanun hükümlerine göre hakkında tedbir kararı verilen şiddet uygulayan, bu kararın gereklerine aykırı hareket etmesi hâlinde, fiili bir suç oluştursa bile ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre hâkim kararıyla üç gündün on güne kadar zorlama hapsine tabi tutulur”*.

Şiddet uygulayan kimsenin muayene ve tedavi için bir sağlık kuruluşuna başvurmaması herhangi bir suç teşkil etmediğinden, bu yöndeki tedbir kararının ihlali halinde 6284 sayılı Kanun kapsamında ortaya çıkabilecek olan yegâne yaptırım zorlama hapsidir⁵⁵. Zorlama hapsi, disiplin hapsi olarak nitelendirilmektedir⁵⁶. Zorlama hapsinin amacı, hâkim tarafından verilen tedbir kararları kapsamında oluşan davranış yükümlülüklerinin ifası hususunda şiddet uygulayanın zorlanmasıdır⁵⁷. Disiplin hapsi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m 2 hükmünün (I) bendinde; *“(...) Kısmi bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, önödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapsi”* ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Koruyucu ve önleyici tedbirlerin ihlali halinde uygulanacak olan zorlama hapsinin 5271 sayılı CMK m 2 hükmünün (I) bendi kapsamında disiplin hapsi olduğu, 6284 sayılı Kanuna dair Kanun Tasarısı metninden de anlaşılmaktadır⁵⁸.

55 6284 sayılı Kanun m 13 hükmünün son fıkrası uyarınca: *“Zorlama hapsine ilişkin kararlar, Cumhuriyet başsavcılığınca yerine getirilir. Bu kararlar Bakanlığın ilgili il ve ilçe müdürlüklerine bildirilir”*. Zorlama hapsinin Anayasa'ya aykırı olup olmadığı hususunun değerlendirildiği karar için bkz Anayasa Mahkemesi, 2013/142, 28.11.2013 (RG 27.03.2014/28954).

56 İzzet Özgenç, ‘Şiddet Uygulayan Kişinin Zorlama Hapsine Tabi Tutulması’ (2012) VIII (97-98) Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 59, 59; Bölükbaşı (n 8) 168; Ayrıca bkz Karakaya (n 7) 76 vd.

57 Bölükbaşı (n 8) 168 vd.

58 6284 sayılı Kanun Tasarısı, madde gerekçesi için bkz TBMM, Adalet Komisyonu Raporu (24. Yasama Dönemi, 2. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 181) 9 < <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss181.pdf>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2020; *“(...) zorlama hapsi, bir suç karşılığı uygulanan ceza yaptırımı değil, aksine şiddet uygulayanı tedbirlere uymaya zorlamayı amaçlayan önleyici nitelikte müessesedir. Mevcut uygulamada, tedbir kararlarının gereklerine aykırı davranılması halinde oluşan suç nedeniyle açılan ceza davalarının uzun sürmesi ve öngörülen hapis cezasının ise çok nadiren uygulanması dolayısıyla caydırıcılık etkisi olmadığı yolundaki haklı eleştiriler, Tasarı'da zorlama hapsi müessesesi ile giderilebilecektir”*. Bkz TBMM Adalet Komisyonu Raporu (n 58) 65.

Hâkim, tedbir kararlarının ihlali halinde şiddet uygulayan aleyhine zorlama hapsine hükmedip etmeme hususunda bir takdir yetkisine sahip değildir. Bununla birlikte hâkime, zorlama hapsinin süresi bakımından takdir yetkisi tanınmıştır. Hâkim, şiddet uygulayanın tedbir kararını ilk defa ihlal etmesi halinde üç günden on güne kadar zorlama hapsine hükmedebilecektir. Tedbir kararının tekrar ihlal edildiği her seferde hâkim, ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre 15 günden 30 güne kadar zorlama hapsine hükmedebilecektir. Bununla birlikte zorlama hapsinin toplam süresinin altı ayı geçemeyeceği öngörülmüştür (m 13/II). 6284 sayılı Kanun m 13 hükmünün son fıkrası uyarınca: “Zorlama hapsine ilişkin kararlar, Cumhuriyet Başsavcılığınca yerine getirilir. Bu kararlar Bakanlığın ilgili il ve ilçe müdürlüklerine bildirilir”.

O halde diyebiliriz ki, şiddet uygulayan kişinin muayene ve tedavi için başvurmaması tedbir kararının ihlali niteliğinde olacaktır. Şiddet uygulayan, muayene ve tedavi hususunda verilmiş olan kararın kesinleşmesini takip eden uygun bir süre içerisinde muayene ve tedavi için başvuruda bulunmalıdır. Somut olayın özelliğine göre, şiddet uygulayanın başvuruda bulunması için gereken uygun sürenin geçmesinin ardından hakkında zorlama hapsine hükmedilmesi mümkün olacaktır. Şiddet uygulayan muayene ve tedavi için başvurmadığı sürece, aleyhine zorlama hapsine hükmedilmesi mümkün olacaktır. Ne var ki, bu şekilde söz konusu kişi aleyhine hükmedilecek olan zorlama hapsinin süresi altı ayı geçemeyeceğinden, şiddet uygulayan kişi altı ay boyunca zorlama hapsine maruz kalmışsa eğer, tedavi için başvurması ya da başlamış olduğu tedaviye devam etmesi amacıyla farklı bir yaptırımın uygulanması mümkün olmayacaktır. 6284 sayılı Kanun, şiddet uygulayanın tedavi olmaması veya başlamış olduğu tedaviyi yarım bırakması halinde, şiddet uygulayan kişinin zorla tedavi edilmesini sağlayacak bir imkân getirmemektedir. Bu nedenle 6284 sayılı Kanun’un m 5 hükmünün (h) ve (ı) bentlerinin zorla tedavi hususunda örnek olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁵⁹.

V. Şiddet Uygulayan Kişinin Özgürlüğünün Koruma Amacıyla Kısıtlanması

Yukarıda aktarıldığı üzere, şiddet uygulayanın muayene ve tedavisi yönündeki tedbire hükmedilmesi halinde, şiddet uygulayan kimsenin bu tedbirin gereğinin yerine getirilmesi için ilgili kuruma başvurması gerekmektedir. Şiddet uygulayan kimsenin muayene ve tedavi için başvurmaması veya muayenenin akabinde tedaviye başlamaması ya da başlamış olduğu tedaviyi tamamlamadan bırakması hallerinde, şiddet uygulayan kişinin zorla bir kuruma yerleştirilmesi, 6284 sayılı Kanun kapsamında mümkün değildir. Bu halde ilgili Kanun’un düzenlediği yegâne yaptırım, kişinin m 13 hükmünde düzenlenmiş olan zorlama hapsine mahkûm edilmesidir. Yoksa şiddet uygulayanın zorla tedavi edilmesi yönünde bir imkân söz konusu değildir.

59 Aksi yönde bkz Selma Hülya İmamoğlu, ‘Hukuki Açıdan, Özellikle Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasına İlişkin Hükümler Çerçevesinde Zorla Tedavi’ (2012) VII (3-4) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 29, 39.

Kişinin bir tedavi kurumunda zorla tutulması ve zorla tedavi edilmesi, kural olarak kişilik hakkı kapsamında korunan değerlerin ihlali anlamına gelecektir. Kanun koyucu, AY m 19 hükmü ile herkesin kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğunu güvence altına almıştır. İlgili Anayasa hükmünün devamında ise, bir takım istisnalar düzenlenerek, bu hallerde özgürlüğün kısıtlanabileceği öngörülmüştür. Bu kapsamda öngörülen istisnalardan birisi de, toplum için tehlike oluşturan akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, serseri veya hastalık yayabilecek kişinin, bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesidir. Söz konusu m 19 hükmünün ilgili kısmı, kişi özgürlüğü ve güvenliğini düzenleyen AİHS m 5 hükmü ile uyum içerisindedir. Söz konusu m 5/I hükmü uyarınca; “Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz”. Hükmün (e) bendinde ise; “Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması” mümkün görülmüştür.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m 5 hükmü, kişi özgürlüğünün kanunla sınırlanmasını şart koşturmaktadır. Anayasa m 19/II hükmünde de bu tedbirin esaslarının kanunda gösterilmesi emredilmiştir. Kanun koyucu, MK m 432 vd hükümlerinde AY m 19/II hükmünde ifade edilen zayıflık halleri dolayısıyla kişisel korumaya ihtiyaç duyan kişilerin özgürlüklerinin kısıtlanması yönündeki tedbirin esaslarını düzenlemiştir⁶⁰. Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması” başlıklı m 432 vd hükümleri hukukumuzda ilk defa 4721 sayılı Medeni Kanun ile girmiştir. Medeni Kanun m 432/I, (c) 1 uyarınca: “Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir”. Kanun koyucu, görevlerini yaparlarken bu sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlilerini, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmekle yükümlü kılmıştır. Hükmün ikinci fıkrasında bu konuda kişinin çevresine getirdiği külfetin de göz önünde tutulacağı ifade edildikten sonra, ilgili kişinin durumu elverişli olmazsa, kurumdan çıkarılacağı hüküm altına alınmıştır.

60 Ayrıca bkz Ahmet M Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (4th edn, Turhan 2019) 591; Turgut Akıntürk and Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C 2* (20th edn, Beta 2017) 505; Ayrıca bkz 4721 sayılı Kanun Gereği, 456: “Bu kurum İsviçre Medeni Kanununda 1 Ocak 1981 tarihinde yürürlüğe girmiş olan yeni düzenlemeden esinlenmek suretiyle Ülkemiz için de geçerli olduğu düşüncesiyle yeni bir ayırım olarak kanuna alınmıştır. Nitekim aynı ihtiyaç Anayasa’nın 19 uncu maddesinde de açıkça ifade edilmiştir”. Söz konusu hükümler kaynak İsviçre Medeni Kanunu’nun 387a ila 397f maddelerinden yola çıkılarak düzenlenmiştir. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, İsviçre Medeni Kanunu’na 6 Ocak 1978 tarihli Kanun ile eklenmiş olup, 1 Ocak 1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bununla birlikte ilgili hükümler 19.12.2008 tarihli “Yetişkinlerin Korunması, Kişilik Hakkı ve Çocuk Hakkı” isimli Kanun kapsamında önemli değişikliklere uğramıştır. Söz konusu değişiklikler 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumunun amacı, özgürlüğü kısıtlanacak olan kişinin korunmasıdır. Yoksa burada 6284 sayılı Kanun m 5 hükmünde olduğu gibi, üçüncü kişilerin korunması amacıyla bu kişilere şiddet uygulayan veya uygulama ihtimali bulunan bir kimsenin özgürlüğünün kısıtlanması söz konusu değildir. Bu nedenle, MK m 432 vd hükümleri uyarınca bir kişinin özgürlüğünün kısıtlanması, ancak özgürlüğü kısıtlanacak olan kişinin kendisinin korunması için gerekli ise mümkün olabilir. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kişinin korunması dışında bir amaca hizmet edemez⁶¹. Bu yönde bir korumanın gerekli görülmesi halindedir ki, söz konusu kişi, iradesi hilafına ya da bu hususta geçerli bir iradesi olmamasına rağmen bir kuruma yerleştirilerek veya o kurumda alıkonularak özgürlüğü sınırlanmaktadır. O halde MK m 432 vd hükümlerinin şiddet uygulayan bakımından uygulama alanı bulması, şiddet uygulayan kişinin aynı zamanda MK m 432 hükmünde sayılan zayıflık hallerinden birisi dolayısıyla kişisel korumaya ihtiyaç duyması ve söz konusu korumanın da ancak özgürlüğünün kısıtlanması yoluyla sağlanabilmesi halinde mümkündür⁶². Yoksa bir kimsenin sırf üçüncü kişilerin yaşamı ve vücut bütünlüğü bakımından tehlike oluşturması, bu tedbire başvurmak için yeterli değildir. Bir kimsenin suç işlemekten alıkonulması, kişisel koruma sağlama kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak bir kişi, salt suç işlemek ya da başkasına veya üçüncü kişilere zarar vermek gibi davranışlardan alıkonulmak amacıyla özgürlüğü kısıtlanamaz. Bir diğer ifadeyle, koruma amacıyla kişisel özgürlüğün kısıtlanması için, kişinin, tüm bu davranışları gerçekleştirme tehlikesinin MK m 432/I hükmünde sayılan zayıflık sebepleri dolayısıyla ortaya çıkmış olması ve bu sebeple kişisel korumaya gereksinim duyması aranır⁶³. Gereksinim duyulan bu koruma ise, ancak kişi özgürlüğünün kısıtlanması amacıyla sınırlanabilmelidir. Burada vesayet hukukuna hâkim olan ölçülülük ilkesi ifade edilmiştir⁶⁴. Koruma amacıyla kişi özgürlüğünün kısıtlanması, kişinin kişilik hakkı kapsamında korunan değerlerini önemli derecede etkileyen bir tedbirdir. Kişinin ihtiyaç duyduğu kişisel koruma, kişinin özgürlüğünü daha az sınırlayan bir tedbirle sağlanabiliyor ise, o halde MK m 432 vd hükümlerinin uygulanması mümkün değildir⁶⁵.

61 Thomas Geiser, 'Art 397a' in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Thomas Geiser (eds) *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I* (3rd edn, Helbing & Lichtenhahn 2006) Art 397a, N 3; Akıntürk ve Ateş (n 60) 506; İmamoğlu (n 59) 41. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasının kişinin kendisinin yanı sıra ayrıca tehlike oluşturduğu toplumun korunmasına da hizmet ettiği yönünde bkz Kılıçoğlu (n 60) 590.

62 Ergin kişiler hakkında akıl hastalığı veya akıl zayıflığı gibi durumlarda 6284 sayılı Kanun yerine MK m 405, 432 hükümleri uyarınca işlem yapılması gerektiği yönünde bkz Karakaya (n 7) 49. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Hajduova v Slovakia* davasında şiddet uygulayanın psikiyatrik rahatsızlıktan muzdarip olması sebebiyle tedaviye ihtiyaç duymasına rağmen ulusal mahkemenin bu hususta karar vermemiş olduğu tespitinden yola çıkarak, somut olayda AIHS m 8 hükmü kapsamında doğan pozitif yükümlülüklerin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bkz *Hajduova v Slovakia* App no 2660/03 (ECHR, 30 November 2010) paras 43-52.

63 Geiser (n 61) Art 397a, N 5.

64 ibid Art 397a, N 2, 12 vd; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku- Cilt III-Aile Hukuku* (Filiz 2019) N 2180; İmamoğlu (n 59) 42; Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması tedbirinin ancak uygulanmasının zorunlu ve kaçınılmaz olması gerektiği yönünde Akıntürk ve Ateş (n 60) 508.

65 Geiser (n 61) Art 397a, N 12; Bu konuda örnekler için bkz Kılıçoğlu (n 60) 594.

Kanun koyucu, MK m 432 hükmünde koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması bakımından, kişisel korumaya ihtiyaç duyan kişinin toplum için tehlike oluşturmasını aramaktadır. Ancak kişisel korumanın sağlanması için bu şartın aranması, madde hükmünün amacı ile uyumsuzdur. Bir kişinin kişisel korumaya ihtiyaç duyması ve bu korumanın ancak özgürlüğünün MK m 432 hükmü çerçevesinde kısıtlanması ile mümkün olması halinde, söz konusu kişinin ayrıca toplum için tehlike oluşturmasını aranması isabetli olmamıştır. Bu sebeple “toplum için tehlike oluşturma” şartının aranmaması gerektiği ileri sürülmektedir⁶⁶. Nitekim kaynak İsviçre Medeni Kanunu m 397a hükmünde özgürlüğü kısıtlanan kişi bakımından “toplum için tehlike oluşturmak” şartı aranmamıştır. Bununla birlikte “ağır bulaşıcı hastalık” hali de İsviçre Medeni Kanunu m 397a hükmünde yer almamaktadır. Esasen “toplum için tehlike oluşturma” şartının münhasır olarak ağır bulaşıcı hastalık halleri bakımından getirildiği de düşünülebilir⁶⁷.

Kişisel korumaya ihtiyaç duyan kimsenin, MK m 432 hükmünde öngörülen şartların varlığı halinde tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilebileceği veya zaten söz konusu kurumda ise, bu kurumda alıkonabileceği düzenlenmiştir. Kurum kavramı ile ifade edilmek istenen, kişisel korumanın sağlanacağı yerdir⁶⁸. O halde kurumun neresi olduğu, özgürlüğü sınırlanan kişinin ihtiyaç duyduğu kişisel korumaya göre değişecektir. Buna göre, bakımevi, yurt veya klinik gibi yerlerin de MK m 432 anlamında kurum olarak kabulü gerekir⁶⁹. İlgili düzenleme, “(...) tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma” yerleştirilmekten veya böyle bir kuruma alıkonulmaktan söz etmektedir. Somut bir olay bakımından hangi kurumun elverişli olduğu, somut olayda kişisel korunma sağlanmak istenen kişiye göre belirlenecektir⁷⁰. Kişinin özgürlüğünü koruma amacıyla kısıtlayan vesayet makamı, kişinin yerleştirileceği kurumu da somut olarak kararında belirtmekle yükümlüdür. Aksi halde özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin verilen kararın kesin hüküm teşkil etmeyeceği ifade edilmektedir⁷¹.

Burada 6284 sayılı Kanun kapsamında hâkimin zaten şiddet uygulayanın muayene ve tedavi edilmesi hususunda tedbir kararı verebileceği, dolayısıyla MK m 432 vd hükümlerine neden başvurulması gerektiği akla gelebilir. İfade edelim ki, hâkimin 6284 sayılı Kanun m 5 hükmü kapsamında vereceği tedbir kararı sonucunda şiddet

66 Dural, Öğüz and Gümüş (n 64) N 2179; Yazarlar kanser hastası olan veya geçirmiş olduğu felç dolayısıyla korumaya muhtaç olan bir kişinin MK m 432 uyarınca özgürlüğünün kısıtlanması için ayrıca bu kişilerin toplum için tehlike oluşturulmaları şartının aranmaması gerektiğini ifade etmektedirler. Zira söz konusu kişiler bakımından ayrıca toplum için tehlike oluşturma şartının aranması, bu kişilere kişisel koruma sağlanmasına engel teşkil edecektir; İmamoğlu (n 59) 43; Aksi görüşte bkz Kılıçoğlu (n 60) 593.

67 Söz konusu ifadenin AY m 19 hükmü ile uyum sağlamak amacıyla getirildiği yönünde bkz Dural, Öğüz and Gümüş (n 64) 688.

68 Kavram hakkında ayrıca bkz Dural, Öğüz ve Gümüş (n 64) N 2184.

69 Dural, Öğüz and Gümüş (n 64) N 2184.

70 *ibid* (n 64) N 2186.

71 *ibid* (n 64) N 2187.

uygulayan kimsenin tedavi için elverişli bir kuruma yerleştirilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte MK m 432 hükmü bu yönde bir imkân içermektedir. Aile mahkemesi hâkimi, MK m 432 hükmü uyarınca şiddet uygulayanın özgürlüğünün kısıtlanması hususunda karar verme yetkisine sahip değildir. Bu yöndeki yetki, MK m 433/I hükmü ile özgürlüğü kısıtlanacak kişinin yerleşim yerindeki vesayet makamına verilmiştir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kişinin bulunduğu yerdeki vesayet makamı da özgürlüğün kısıtlanması kararını verebilecektir. Vesayet makamı ise, MK m 397/II hükmünde ifade edildiği üzere sulh hukuk mahkemesidir. Bununla birlikte şiddet uygulayanın MK m 432 hükmünde sayılan sebepler dolayısıyla kişisel korumaya ihtiyaç duyduğunu düşünen aile mahkemesi hâkimi, bu durumu derhal yetkili vesayet makamına bildirmekle yükümlüdür. Kanun koyucu, MK m 432/I hükmünün son cümlesinde, görevlerini yerine getirirken MK m 432 hükmündeki sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlilerinin bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmekle yükümlü olduklarını düzenlemiştir. Türk Medeni Kanunu m 432 hükmü uyarınca gerçekleştirilecek olan korumanın asıl amacı şiddet uygulayan kişinin korunması olup, şiddet mağduru kişi veya kişiler bu kapsamda dolaylı bir koruma görmektedir.

Bununla birlikte MK m 432 hükmünün şartlarının bulunduğu hallerde de, özgürlüğü kısıtlanan kişinin zorla tedavi edilmesi mümkün değildir. Zira hüküm, bir kuruma yerleştirilmekten veya kurumda zorla alıkonmaktan söz etmektedir. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumunu ilk defa düzenlemiş olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun gerekçesinde, söz konusu kurumun zorla tedaviye imkân tanıyıp tanımadığı hakkında açıklayıcı bir ifade yer almamaktadır⁷². Öğretide tıbbi tedaviler bakımından bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre kişinin kuruma yerleştirilebilmesi için zorunlu olan tıbbi müdahaleler, MK m 432 uyarınca verilmiş olan karar gereği zorla yapılabilecektir. Buna göre, kişinin MK m 432 uyarınca yerleştirildiği kurumda geçici olarak sakinleşmesi için kendisine zorla ilaç verilmesi mümkündür⁷³. Kişiye bu şekilde sakinleştirici ilacın rızası hilafına verilmesi, kuruma yerleştirme tedbirinin gereği olarak görülmekte ve bağımsız bir tedavi olarak nitelendirilmemektedir. Söz konusu MK m 432 vd hükümleri, kişinin kuruma yerleştirilebilmesi veya burada alıkonulması hedeflerine ulaşılması dışında zorla tedavi bakımından hukuki dayanak teşkil etmemektedir⁷⁴.

Esasen tarafı olduğumuz Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri kapsamında zorla tedavi hususunda düzenleme yapılması da sınırlı

72 MK m 432 hükmünün gerekçesinde söz konusu hükmün İsv MK m 397a hükmünden aynen alındığı ifade edilmiştir. Ancak MK m 432 hükmünün lafzı, İsv MK m 397a hükmü ile kıyaslandığında farklılık içermektedir. Kaynak hüküm, özgürlüğün kısıtlanması bakımından kişinin toplum için tehlike oluşturmasını şart koşturmuştur. Bununla birlikte MK m 432/I hükmünde kişisel korumaya ihtiyaç duyan kişinin "toplum için tehlike oluşturması" gereği ifade edilmiştir.

73 Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid and Alexandra Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (13th edn, Schulthess 2009) 587; İmamoğlu (n 59) 52.

74 Dural, Ögüz ve Gümüş (n 64) N 2182; İmamoğlu (n 59) 54.

bir alanda mümkündür⁷⁵. Türkiye tarafından 03.12.2003 tarihinde kabul edilmiş olan Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m 5 hükmü uyarınca genel kural, bir kimseye sağlık alanında yapılacak herhangi bir müdahalenin, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilmesidir. Bununla birlikte ilgili Sözleşme'nin m 7 hükmü, ancak ciddi nitelikte bir akıl hastalığının varlığı halinde rıza olmaksızın tedaviye cevaz vermiştir. Buna göre; “Gözetim, denetim ve başka bir makama başvurma süreçleri dahil, kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlarla bağlı olmak üzere, ciddi nitelikli bir akıl hastalığı olan kişi, yalnızca böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddi bir zarar gelmesinin muhtemel olduğu durumlarda, muvafakati olmaksızın, akıl hastalığının tedavi edilmesini amaçlayan bir müdahaleye tâbi tutulabilir”. Zorla tedavi için kişinin akıl hastası olması yeterli olmayıp, şiddet uygulayanın sağlığının böyle bir tedavinin gerçekleşmemesi halinde ciddi bir tehlike ile karşı karşıya olması da gerekir. Bu hususun iç hukukta düzenlenmesi aşamasında kişisel özgürlüğün korunmasına mümkün olan en fazla özenin gösterilmesi ve ilgili kişilerin en yüksek menfaatleri gerektirdiği ölçüde zorla tedavi yoluna başvurulması gerektiği belirtilmiştir⁷⁶. Bu durumda kanun koyucunun buraya kadar açıklanmış olan şartları ihtiva eden bir düzenleme ile zorla tedavi imkânını getirmesi, yalnızca akıl hastalığı dolayısıyla tedaviye rıza gösteremeyecek kişiler bakımından mümkündür. Şiddet uygulayanın akıl hastası olmadığı haller bakımından zorla tedaviyi öngören bir düzenleme getirilmesi, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m 5 hükmü ve söz konusu hükümdeki genel kurala yalnızca ciddi derecede akıl hastaları bakımından istisna getirmiş olan m 7 hükmü kapsamında mümkün görünmemektedir.

Tıbbi müdahaleyi reddetme hakkı AİHS m 3 ve m 8 kapsamında ele alınmaktadır⁷⁷. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m 3 hükmünde hiç kimsenin işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleye veya cezaya tabi tutulamayacağı ifade edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m 8/I hükmü uyarınca: “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir”. Hükmün ikinci fıkrası uyarınca: “Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir”. Düzenleme uyarınca,

75 İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Konu hakkında bkz Gülay Arslan-Öncü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Özel Yaşamın Korunması Hakkı (Özel Yaşam)* (Beta 2011) 89 dn 34. Ayrıca bkz İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi Şerhi, m 9 (Explanatory Report to the Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine) < <https://rmcoe.int/16800ecde5> > Erişim Tarihi 12 Nisan 2020. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ne atıf yapmış olduğu bir karar için bkz *Glass v United Kingdom* App no 61827/00 (ECHR 9 March 2004) para 75.

76 İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi Şerhi (n 95) para 42.

77 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Arslan-Öncü, *Özel Yaşam* (n 75) 86.

tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için öncelikle yasallık unsuru bulunmalıdır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarından bir diğeri, ilgilinin rızasıdır⁷⁸. Genel kural, tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için yasada öngörülmüş olmakla birlikte ilgilinin rızasına dayanıyor olmasıdır⁷⁹. İlgilinin rızasına dayanmayan tıbbi müdahaleler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde AIHS m 8 hükmünün ihlali olarak değerlendirilmiştir⁸⁰.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin "Hakların Kullanılmasının Kısıtlanması" başlıklı m 26 hükmü uyarınca: "Bu Sözleşmede yeralan haklar ve koruyucu hükümlerin kullanılmasında, kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için kanunda belirtilen ve demokratik bir toplumda gerekli olanlar dışında kısıtlama konulamaz". Dolayısıyla kamu düzeni ve suçun önlenmesi amaçlarıyla esasen şiddet uygulayan kişinin zorla tedavisi düzenlenebilir. Ancak AY m 19/II hükmü, kadına karşı şiddetin önlenmesi veya genel olarak suç işlenmesinin önlenmesi hususlarını bir sınırlama sebebi olarak düzenlememiştir. Bu sebeple 6284 sayılı Kanun kapsamında AY m 19/II hükmünde sayılan sebepler arasında olmayan, kadına karşı şiddetin önlenmesi amacıyla zorla tedaviye dair düzenleme getirilmesi mümkün görünmemektedir.

VI. Şiddet Uygulayanın Eğitimi veya Tedavisi Hususunda Verilen Tedbir Kararının Önemi

A. Şiddetin Bireyler ve Toplum Üzerindeki Etkisi ve Sonuçları

Kadına karşı şiddet, şiddete maruz kalan bireyler ve toplum üzerinde ciddi nitelikte olumsuz sonuçları olan önemli bir sorundur. Öncelikle şiddete maruz kalan kadınların fiziksel ve ruhsal varlığı ihlal edilmekte ve bu varlıklar üzerinde önemli hasarlar oluşmaktadır. Şiddet, kişiyi bedensel zarara uğratmakta ve ölüme dahi yol açabilmektedir. Kadın cinayetlerinde hayatını kaybeden kadınların sayısı her yıl

78 Arslan-Öncü, *Özel Yaşam* (n 75) 87; Ayrıca bkz *YF v Turkey* App no 24209/94 (ECHR, 22 July 2003) para 12, (Söz konusu kararın Türkçe çevirisi için bkz Gülay Arslan, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Özel Yaşam Hakkına Müdahaleyle Elde Edilmiş Deliller Hakkındaki Güncel Kararlarının İlgili Paragrafları' in Yener Ünver (ed) *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Özel Yaşam (VII) Medya ve Ceza Hukuku* (Seçkin 2007) 465-475.

79 Rıza hakkında bkz Arslan-Öncü, *Özel Yaşam* (n 75) 88 vd.

80 Arslan-Öncü, *Özel Yaşam* (n 75) 91. Ayrıca bkz *Tirado Ortiz and Lozano Martin v Spain* App no 43486/98 (ECHR, 15 July 1999) para 2.

artmaktadır⁸¹. Şiddete uğrayan kadınların, uğramış oldukları şiddetin türünden bağımsız olarak, ciddi nitelikte cinsel ve psikolojik hasara uğramış oldukları tespit edilmiştir. Bu kapsamda jinekolojik sorunlar, cinsel yolla bulaşan hastalıklar, depresyon, kaygı, kendini değersiz hissetme, cinsel işlev bozukluğu, panik atak, saplantı gibi sorunlar örnek verilebilir⁸².

Kadına karşı şiddet, yalnız doğrudan şiddete uğramış kişiler üzerinde değil, doğrudan şiddete maruz kalmamış olsalar dahi, çocuklar ve diğer aile bireyleri üzerinde de ciddi derecede olumsuz etkilere sahiptir. Ülkemizde yapılan bir takım çalışmalar çocukların henüz anne karnında iken şiddet ile tanıştıklarını göstermektedir⁸³. Kadınların hamilelikleri sırasında şiddete maruz kalmaları, düşük yapma, erken doğum, engelli çocuk doğurma gibi çok vahim sonuçlar doğurmaktadır⁸⁴.

Çocukların ruh sağlığı, tanık oldukları şiddet olayları karşısında kaçınılmaz şekilde bozulmaktadır. Şiddet, çocuklarda, özgüven eksikliği, korku, kaygı, öfke ile baş edememe gibi birçok sorun doğurmaktadır. Bunun dışında şiddete tanık olan çocukların ileri şiddet gösterme ihtimallerinin şiddete tanık olmayan çocuklara kıyasla arttığı da kanıtlanmıştır. Ayrıca bağımlılık ve suç işleme oranının da şiddete tanık olan çocuklarda, diğer çocuklara kıyasla daha fazla olduğu gözlemlenmiştir⁸⁵. Bunun yanı sıra küçükken ailesinde şiddete tanık olan kadınlar, çocukluklarında şiddete tanık olmamış kadınlara oranla daha fazla şiddet görmekteyler. Bu husus çocukluklarında şiddete tanık olan kadınların kendilerini değersiz görmeleri ve toplumsal cinsiyetçi rolleri benimsemiş olmalarıyla yakın bir bağlantı içindedir⁸⁶.

Yukarıda da değindiğimiz üzere, ülkemizde erkek tarafından görmüş olduğu şiddet dolayısıyla yaşamını yitiren kadınların sayısı her geçen yıl artmaktadır. Bu ölümlerin, kurbanların yakınları ve özellikle de çocukları üzerinde ne derece büyük psikolojik

81 Polis Akademisi tarafından yayınlanmış olan “Dünyada ve Türkiye’de Kadın Cinayetleri-2016-2017-2018 Verileri ve Analizler” isimli raporda, Türkiye’de 2016-2018 yılları arasında toplam 932 kadın cinayetinin işlendiği ifade edilmiştir. Buna göre 2016 yılında 301, 2017 yılında 350 ve 2018 yılında ise 281 kadın cinayeti işlenmiştir. Rapor için bkz <https://www.pa.edu.tr/Upload/editor/files/Kadin_Cinayetleri_Rapor.pdf> Erişim Tarihi 12 Nisan 2020. Ayrıca bkz Kadına Yönelik Şiddetin Sebeplerinin Araştırılarak Alınması Gereken Önlemleri Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, Cit 1, Sayı XXVI, “Adalet Bakanlığı verilerine göre, 2002-2010 yılları arasında kadın cinayetlerinde %1400 artış olmuştur. 2002 yılında 66 kadın öldürülürken, bu sayı 2009’un ilk 7 ayında 953 (‘e yükselmiştir. 2003’te 83, 2004’te 164, 2005’te 317, 2006’da 663, 2007’de 1011, 2008’de ise 806 kadın yaşamını yitirmiştir. Bu durum, kadının, toplumda birey olarak algılanmadığını, söz hakkı olmayan, itaat etme yükümlülüğü olan bir cins olarak kabul edildiğini göstermektedir. Rakamlar, kadına yönelik şiddetin yıldan yıla yükseldiğini ortaya koymaktadır”. Rapor için bkz <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss.717-bolum-1.pdf>> Erişim Tarihi 12 Nisan 2020.

82 Bölükbaşı (n 8) 47 vd; Dündar-Sezer (n 6) 50.

83 2014 tarihli “Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması”na göre: “2008 araştırması sonuçlarına göre yüzde 10 olan gebelik sırasında fiziksel şiddete maruz kalma, 2014 araştırma sonuçlarına göre yüzde 8 düzeyindedir. Gebelik sırasında fiziksel şiddete maruz kalmış kadınların oranı yüzde 11 ile en fazla Kuzeydoğu Anadolu bölgesinde yaşayan, eğitimi olmayan veya ilkokulu bitirmemiş (yüzde 11) ve düşük refah (yüzde 11) düzeyindeki kadınlar arasındadır (...)” Bkz TC Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı-Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, ‘Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması-Özet Rapor’ (ASPB Şiddet Araştırması Raporu) (2014) 22.

84 Bölükbaşı (n 8) 47.

85 *ibid* 47.

86 Konu hakkında ayrıca bkz Bölükbaşı (n 8) 42 dn 107.

bir hasar yarattığı ortadadır. Anneleri, kadına karşı şiddet kurbanı olan çocukların ölüm olayı dolayısıyla yaşadıkları psikolojik travmanın yanı sıra, annesiz yaşamın çocuklar üzerindeki etkisini tahmin etmek zor değildir.

Kadına karşı ev içi şiddet dolayısıyla ortaya çıkan bir diğer sorun ise, çocukluk döneminde şiddete tanık olan veya şiddete maruz kalan kişilerin ileride şiddet davranışlarını gerçekleştirmeye daha meyilli olmalarıdır. Bugüne kadar yapılan bir takım bilimsel çalışmalar, şiddetin dalga şeklinde yayıldığını, şiddete tanık olan çocukların en başta öfke kontrolü olmak üzere bir takım önemli ruhsal sıkıntılar yaşadığını ortaya koymuştur⁸⁷. İnsanın çok küçük yaşlarda ev içi şiddete tanık olması veya şiddete maruz kalması, aynı zamanda kişinin şiddeti bir iletişim biçimi olarak benimsemesine yol açar. Görüldüğü üzere, bir hanede yaşanan şiddetin etkileri, söz konusu hane içinde sınırlı kalmamakta, tüm topluma yayılmaktadır⁸⁸. Şiddetin adeta bulaşıcı olduğunu, hem sosyal etkileşim hem de genler vasıtasıyla nesillere aktarıldığını ifade etmek yanlış olmaz. Günümüzde hayatın her alanında şiddet davranışlarında artış olduğu gözlemlenebilmektedir. Öyle ki, kadına karşı şiddet kadar sistematik olan diğer şiddet türleri de yaygın halde görülmeye başlanmıştır. Buna örnek olarak, sağlık görevlilerine şiddet veya trafik şiddeti gösterilebilir. Şiddetin bu kadar yayılması ve hayatımızın her alanına sızması, şüphesiz ki ev içi şiddetin ve geniş anlamda kadına karşı şiddetin artmış olmasının doğal sonuçlarından yalnızca bir tanesidir. Nitekim AY m 41 hükmü ile ailenin toplumun temeli olarak addedilmesinde de, aile yaşamının bireyler ve bireyler vasıtasıyla toplum üzerinde sahip olduğu etki göz önünde bulundurulmuştur.

Kadına karşı şiddet, yalnızca toplumun ve bireylerin sağlıkları ile ilgili bir mesele değildir. Kadına karşı şiddet, etkilerini iktisadi ve siyasi alanda da göstermektedir⁸⁹. Daha önce ifade ettiğimiz üzere, kadına karşı şiddet, toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin sağlanması amacıyla kullanılan etkin bir araçtır. Bir diğer ifadeyle, erkek, toplumun kendisine kadın karşısında sağlamış olduğu eşitsiz ve adaletsiz üstün konumu korumak amacıyla şiddete başvurmaktadır. Dolayısıyla şiddetin önlenememesi karşısında toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması da mümkün görünmemektedir⁹⁰.

Kadına karşı şiddet mağdurlarının birçoğu şiddet uygulayanla birleştirdiği hayatını devam ettirmektedir. Bunun en önemli sebeplerinden birisi, kadının boşanma veya ayrılık aşamasında şiddet görmesidir. Kadının boşanma veya ayrılık sonrası ayrı bir yaşam sürmesi, ülkemizde maalesef hala namus kavramı altında ele alınmakta olup,

87 Bir araştırmaya göre, erkeklerin şiddet uygulama davranışı üzerinde en yüksek düzeyde anlamlı etkiye sahip olan husus, erkeklerin çocukluklarında fiziksel şiddete maruz kalıp kalmadıkları hususudur. Buna göre şiddet uygulayan erkeklerin %68'inin küçük yaşta şiddete maruz kaldığı tespit edilmiştir. Şiddet uygulamayan erkeklerde şiddete maruz kalma oranı ise, %27,4'tür. Bkz Akkuş and Yıldırım (n 39) 1380.

88 Dündar-Sezer (n 6) 20.

89 Dündar-Sezer (n 6) 50.

90 Kadına karşı şiddetle mücadele yönteminin, kadına karşı şiddetin toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin bir sonucu olduğu hususunun dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği yönünde Arslan-Öncü, 'MHB' (n 3) 30 vd.

faile verilecek ceza bakımından dikkate alınmaktadır. Kadının yaşadığı şiddete boyun eğmeye devam etmesi, geçinme kaygısı, özellikle çocukların geçimini sağlama, şiddet sonrası koruma için başvuran kadınlara sağlanan ekonomik yardımların yetersizliği, sosyal tepkiler, dini inanışlar ve duygusal bağlılık gibi sebeplere dayanmaktadır. Şiddete karşı yeteri derecede koruma görmeyen bireyler, şiddeti ve şiddetin sonuçlarını kabullenerek yaşamayı öğrenmektedirler⁹¹.

Toplumsal cinsiyet eşitliğinin bulunmaması ise, bir toplumun kalkınmasını engelleyen en önemli sebeplerden birisidir. Toplumsal cinsiyet eşitliğinin olmaması, kadınların eğitim görmesi ve iş hayatına girmesi bakımından olumsuz sonuçlara yol açmaktadır. Bu husus, ekonominin gelişimini de etkilemektedir. Kadının eğitimsiz olması, gelecek nesillerin yetiştirilmesi hususunda da olumsuz sonuçlara yol açmaktadır. Bunun dışında kadının toplumdaki elverişsiz konumu siyasi haklardan gerektiği gibi yararlanmasını da engellemektedir. Bu husus ise, toplumda yaşayan kadın bireylerin demokratikleşme sürecine katılmasını engelleyerek, toplumun demokratikleşme seviyesini ve hızını düşürmektedir⁹². O halde kadına karşı şiddetin şiddeti yaşayan kadının bireysel sorunu olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Görüldüğü üzere şiddet, en önce toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanmasını engellemek suretiyle toplumu kısır bir döngüye sokmaktadır. Kadına karşı şiddet, kadının baskı altında tutulmasını ve özgürlüklerinden, öyle ki adeta insan haklarından yararlanamamasını sağlamaktadır⁹³. Toplumsal cinsiyet eşitliği sağlanmaksızın kadına karşı şiddetin önüne geçmek mümkün olmadığı gibi, kadına karşı şiddetin kendisi de toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanmasını engellemektedir.

91 2014 tarihli "Türkiye'de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması"nda şiddete uğrayan kadınların %89'unun hiçbir yere başvurmadıkları tespit edilmiştir. Şiddete uğramış olan kadınların %62'si maruz kaldıkları şiddeti bir sorun olarak görmedikleri için başvuruda bulunmadıklarını ifade etmişlerdir. Bunun dışında ev içi şiddet mağduru kadınların resmi makamlara başvurmama sebepleri arasında sayılanlar; çocuklarla ilgili nedenler (%17), birlikte olduğu kişiyi sevmek, affetmek veya değişeceğini düşünmek (%16), utanmak veya ailenin adının kötüye çıkacağından korkmak (%15), nereye başvuracağını bilememek (%13), yardım alabileceğine inanmamak (%4). Bkz ASPB, Şiddet Araştırması Raporu 2014 (n 77) 26. Ayrıca bkz Moroğlu, 'TÜKD' (n 8) 60 vd; Bölükbaşı (n 8) 41 vd.

92 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 2000 yılının Eylül ayında gerçekleştirdiği toplantıda Binyıl Bildirgesini ilan etmişlerdir. Bu bildirgenin dayanağı olarak, üye devletlerin "küresel düzeyde insan onuru, eşitlik ve esenlik ilkelerinin güçlendirilmesi için topluca taşıdıkları sorumluluğu" gösterilmiştir. Bu kapsamda 8 adet Binyıl Kalkınma hedefi belirlenmiştir. Bunları saymak gerekirse; 1. Mutlak Yoksulluk Ve Açlığı Ortadan Kaldırarak, 2. Herkesin Temel Eğitim Almasını Sağlamak, 3. Kadınların Konumunu Güçlendirmek ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliğini Geliştirmek, 4. Çocuk Ölümlerini Azaltmak, 5. Anne Sağlığını İyileştirmek, 6. HIV/AIDS, Sıtma ve Diğer Salgın Hastalıklarla Mücadele Etmek, 7. Çevresel Sürdürülebilirliğin Sağlanması, 8. Kalkınma için Küresel Ortaklıklar Geliştirmek. Görüldüğü üzere, yoksullukla mücadele ve sürdürülebilir kalkınma bakımından kadınların konumunun güçlendirilmesi ve toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması hedeflerine ulaşılması gerekmektedir. TC Başbakanlık Devlet Planlama Müsteşarlığı tarafından, Birleşmiş Milletler Mukim Koordinatörlüğü'nün teknik desteği ile 2010 yılında bir rapor hazırlanmıştır. Türkiye 2010 Binyıl Kalkınma Hedefleri Raporu'nda Türkiye'nin bu amaca özellikle önem vermesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre: "Birçok yönden, Türkiye BKH'de yer alan hedeflere ulaşma yolundadır. Ancak, ülkede, özellikle toplumsal cinsiyet ve coğrafyaya bağlı olarak bazı yapısal eşitsizlikler görülmektedir. Türkiye'de karşılaşılmış muhtemel önemli zorlukların ve yapısal engellerin olduğu alan olan Amaç 3'e (toplumsal cinsiyet eşitsizliği) özel önem verilmesi gerekmektedir", 13; Toplumsal cinsiyet eşitliğinin toplum açısından önemli için bkz DPT, Türkiye 2010 Binyıl Kalkınma Hedefleri Raporu, 29-32 <http://www.surdurulebilirlikalkinma.gov.tr/wp-content/uploads/2016/07/UNDP-TR-TR-2010-MDG-Report_TR.pdf> Erişim Tarihi 12 Nisan 2020. Ayrıca bkz UNDP, '2016 İnsani Gelişme Raporu', 19 <<https://www.undp.org/content/dam/turkey/docs/hdr2016/HDR%202016%20Overview%20TR.pdf>> Erişim Tarihi 12 Nisan 2020.

93 Kadına karşı şiddetin kadın erkek eşitliğini engellediği yönünde bkz Moroğlu, 'TÜKD' (n 8) 47; Bölükbaşı (n 8) 49.

B. Şiddet Uygulayanın Tedavi Edilmesinin Şiddetle Mücadelede Önemi

Kanun koyucu, 6284 sayılı Kanun ile şiddet uygulayanın tedavisi hususunda tedbir kararı verilmesini sağlayarak, şiddet uygulayanın bundan sonra gerçekleştirmesi muhtemel şiddet davranışlarının önlenmesini amaçlamıştır. Şiddet uygulayanın tedavisi hususundaki tedbir kararını ihlal etmesi halinde karşılaşacağı yaptırım, zorlama hapsidir. Söz konusu Kanun'un m 13 hükmü uyarınca, eğitim veya tedavi kararını ihlal eden şiddet uygulayan hakkında hâkim, tedbirin niteliğini de göz önünde tutarak üç günden on güne kadar hapis kararı verebilecektir. Şiddet uygulayan kişinin zorlama hapsinin hitamında tedaviye başlamaması veya başlamış olduğu tedaviyi yarıda bırakması halinde ise bu defa m 13 hükmünün ikinci fıkrası uygulama alanı bulacaktır. Buna göre hâkim, tedbir kararının gereklerine aykırılığın her tekrarında, ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre on beş günden otuz güne kadar zorlama hapsine hükmedebilecektir. İlgili m 13 hükmünde, zorlama hapsinin toplam süresinin altı ayı geçemeyeceği ifade edilmiştir. Tedbir kararının ilk defasında 6284 sayılı Kanun m 8/II uyarınca en fazla altı ay için verilebileceği de unutulmamalıdır. Ancak şiddet uygulayanın şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesinin devam edeceğinin anlaşıldığı hâllerde, resen, korunan kişinin ya da Bakanlık veya kolluk görevlilerinin talebi üzerine tedbirlerin süresinin veya şeklinin değiştirilmesine, bu tedbirlerin kaldırılmasına veya aynen devam etmesine karar verilebilmektedir.

Hakimin 6284 sayılı Kanun m 5 hükmü uyarınca vereceği tedbir kararının şiddet uygulayanın tedavi edilmesini sağlayacak etkin bir yaptırıma tabi tutulmamış olması, söz konusu tedbir kararının amacına ulaşmasını çoğunlukla engelleyecektir. Şiddet uygulayanı şiddete yönlendiren etkenin tedavi veya eğitim ile giderilebilecek olması halinde eğitim veya tedavi tedbirine başvurulması, diğer birçok koruyucu veya önleyici tedbirin uygulanmasına yer bırakmayacaktır. Örneğin, 6284 sayılı Kanun kapsamında korunan kişi veya kişilere ve gerekiyorsa beraberindeki çocuklara, bulunduğu yerde veya başka bir yerde uygun barınma yeri sağlanması (m 3/I(a)), hayatî tehlikesinin bulunması hâlinde, ilgilinin talebi üzerine veya resen geçici koruma altına alınması (m 3/I(ç)), işyerinin değiştirilmesi (m 4/I(a)), kişinin evli olması halinde müşterek yerleşim yerinden ayrı yerleşim yeri belirlenmesi (m 4/I(b)) gibi tedbirlere şiddet uygulayanın uygun bir kurumda tedavi gördüğü süreç kapsamında gerek kalmayacaktır. Burada bir koruyucu tedbire özellikle değinmek gerekir. Kanun koyucu, 6284 sayılı Kanun'un m 4 hükmünün (ç) bendinde, korunan kişi bakımından hayatî tehlikenin bulunması ve bu tehlikenin önlenmesi için diğer tedbirlerin yeterli olmayacağı anlaşılmaması hâlinde, ilgilinin aydınlatılmış rızasına dayalı olarak 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu hükümlerine göre kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerinin değiştirilmesini dahi öngörmüştür. Oysa özellikle korunan kişi bakımından hayatî tehlikenin varlığı halinde diğer şartlar da mevcut ise, şiddet uygulayan kimsenin eğitim veya tedavi amacıyla uygun bir kuruma yerleştirilmesi, çok daha etkin bir koruma sağlayabilecektir. Bunun yanı sıra söz konusu

tedbirlerin maliyeti de dikkate alındığında, şiddet uygulayanın tedavisi ile hem daha az maliyetli bir yol tercih edilmiş olacak, hem de daha etkin bir koruma sağlanmış olacaktır. Üstelik bu şekilde yaşanan şiddet olayı dolayısıyla psikolojileri önemli ölçüde etkilenmiş olan kişiler, ayrıca karşı karşıya oldukları tehlikelerden korunabilmek için yaşam alanlarında önemli bir değişiklik yapılmak suretiyle mağdur edilmemiş olacaklardır.

Uygulamada bağımlılık hali dışında, şiddet uygulayanın tedavisi hususundaki tedbire hükmedilmiş olan bir mahkeme kararına rastlamak kolaylıkla mümkün olmamıştır. Şiddet uygulayanın tedavisi hususundaki tedbir kararının neden uygulanmadığı sorusuna cevap verilmesi, kapsamlı bir araştırma gerektirmektedir. Özellikle şiddet mağdurlarının sistematik şekilde işkence gördükleri, aile üyeleri tarafından cinsel istismara uğradıkları, defalarca ölüm tehlikesi atlattıkları somut olaylarda muayene ve tedavi tedbirine hükmedilmemiş olması, gerçekten şaşırtıcıdır. Zira kadına ve ailenin diğer bireylerine işkence yapan, cinsel istismarda bulunan, ağır yaralanmalarına yol açan şiddet uygulayanların kural olarak tedaviye veya eğitime ihtiyaç duymadıklarının kabulü güç görünmektedir. Dolayısıyla bu hususun tespiti bakımından en azından muayene tedbirine başvurulması yerinde olacaktır.

Kanun koyucu, buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalar çerçevesinde 6284 sayılı Kanun ile şiddet uygulayanın zorla tedavisine olanak sağlayan bir önleyici tedbire yer vermemiştir. Söz konusu Kanun'da yer alan şiddet uygulayanın tedavisi hususundaki tedbir kararı, şiddet uygulayanın tedavi için zorla uygun bir kuruma yerleştirilmesine de olanak vermemektedir. Bir kimsenin tedavi amacıyla bir sağlık kurumuna kendi iradesi hilafına yerleştirilebilmesi imkânı, yukarıda incelendiği üzere, MK m 432 vd hükümlerinde yer alan koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumu çerçevesinde getirilmiştir. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasının amacı, kişisel korumaya ihtiyaç duyan kişinin bizzat kendisinin korunmasıdır. Yoksa bu kişinin akıl hastalığı, akıl zayıflığı veya bağımlılık dolayısıyla şiddet uyguladığı veya uygulayabileceği muhtemel kişilerin korunması değildir. Bununla birlikte bir kişinin MK m 432 vd hükümlerinde sayılan zayıflık sebeplerinden birisi dolayısıyla üçüncü kişiler için tehdit oluşturması, özellikle üçüncü kişilerin yaşam hakkını ve vücut bütünlüğünü tehdit etmesi, söz konusu kişinin kişisel korumaya ihtiyaç duyduğu sonucunu doğurur. Kişisel korumanın kapsamına bir kimsenin üçüncü kişilere zarar vermekten ve suç işlemekten korunması da girmektedir. İhtiyaç duyulan korumanın başka şekilde sağlanamadığı hallerde ise, bu korumaya ihtiyaç duyan kişinin elverişli bir kuruma yerleştirilmesi veya burada alıkonulması suretiyle özgürlüğünün kısıtlanabileceği kabul edilmelidir. Bu halde kişi, üçüncü kişilere zarar vermesi sonucu doğacak olan sorumluluktan ve suç işleyerek ceza yaptırımına tabi tutulmasından korunabilecektir.

Buraya kadar açıklananlar çerçevesinde şiddet uygulayanların tedavisi, onların cezalandırılması olarak nitelendirilmemelidir. Aksine şiddet uygulayanların tedavi

edilmesi, öncelikli olarak şiddet uygulayan kişinin kendisinin korunması amacına yönelik olup, şiddet mağdurlarının bu husustan dolayı bir koruma göreceğinin kabulü gerekir. Bununla birlikte zorla tedavinin mümkün olmaması dolayısıyla şiddet uygulayan kişinin kuruma yerleştirilmesi ve orada alıkonulması, şiddet uygulayan kişinin korunmasına yeterince hizmet etmeyecektir.

C. Şiddet uygulaması olmanın geçici evlilik engeli oluşturması

Çalışmanın buraya kadar olan kısmında, şiddet uygulayanın şiddet teşkil eden davranışları gerçekleştirmesinin altında tedavi edilebilecek bir sebebin yatması yönünde makul bir düşünce bulunması halinde, hâkimin muayene ve tedavi hususunda karar vermesi gerektiğine işaret edilmiştir. Söz konusu tedbir kararının ihlal edilmesi halinde ise 6284 sayılı Kanun m 13 hükmü kapsamında düzenlenmiş olan zorlama hapsi dışında bir imkânın bulunmadığı da aktarılmıştır. Şiddet uygulayanın ancak akıl hastalığı, akıl zayıflığı, bağımlılık veya serserilik gibi sebeplerden dolayı kişisel korumaya ihtiyaç duyması ve MK m 432 vd hükümlerinde sayılan şartların bulunması halindedir ki, şiddet uygulayanın elverişli bir kuruma yerleştirilmesi veya bu kurumda alıkonulması mümkün olabilsin. Ancak şiddet uygulayan hakkında MK m 432 vd hükümleri çerçevesinde özgürlüğün kısıtlanması hususunda karar verildiği haller de dahi, söz konusu kararın aynı zamanda şiddet uygulayanın zorla tedavisi hususunda hukuki dayanak teşkil etmeyeceği tespit edilmiştir. Mevzuatımızda şiddet uygulayanın zorla tedavisine olanak tanıyan bir hüküm bulunmadığı ve bu yönde bir yasal düzenlemenin de ancak ciddi derecede akıl hastaları bakımından getirilebileceği sonucuna ulaşılmıştır. Çalışmanın bundan sonraki kısmında şiddet uygulayanın tedavi olmasının bir takım diğer yaptırımlarla sağlanmasının mümkün olup olmayacağı ele alınacaktır.

Ev içi şiddet, 6284 sayılı Kanun'da yer alan bütün koruyucu ve önleyici tedbirlerle rağmen mağdurlar bakımından ciddi bir tehlike arz etmektedir. Mağdurun şiddet uygulayan ile evli olması halinde kendisinin veya diğer aile bireylerinin maruz kaldığı şiddet davranışları dolayısıyla boşanması mümkündür⁹⁴. Bununla birlikte boşanmanın,

94 Evli çiftler bakımından bir kimsenin eşine şiddet uygulaması, Medeni Kanun tarafından m 162 hükmünde özel boşanma sebebi olarak sayılmıştır. Eşe karşı hayata kast, pek kötü muamele ya da onur kırıcı davranış mutlak boşanma sebepleridir. Bu tür davranışların diğer eşin kusuru ile gerçekleştirilmesi yeterli olup, burada söz konusu davranışlar dolayısıyla ayrıca ortak hayatın çekilmez hale gelmesi aranmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz Dural, Ögüz and Gümüş (n 64) N 582 vd.

Bunun dışında akıl hastalığı da bir takım şartlarla özel boşanma sebebi olarak sayılmıştır. O halde şiddet uygulayan eşin akıl hastası olması halinde kadın eş, şartları varsa MK m 165 uyarınca boşanma davası açabilecektir. Kanun koyucu, MK m 165 hükmünde eşlerden birinin akıl hatası olmasını ortak hayatın bu sebeple diğer eş için çekilmez hale gelmesi şartıyla boşanma sebebi saydığından, akıl hastalığı nisbi bir boşanma sebebidir. Madde hükmünde akıl hastalığı sebebiyle boşanma için sayılan bir diğer şart ise, hastalığın iyileşmesinin imkânsız olduğunun resmi sağlık kurulu raporuyla belgelenmesidir. Hastalığın iyileşebilir olduğu hallerde boşanmanın mümkün olmamasının sebebi, bu halde akıl hastası olan eşin tedavi sonucu iyileşebileceği ve eşlerin ortak hayata bu şekilde yeniden devam edebilecekleri varsayımdır. Söz konusu hükümde akıl hastası olan eşin tedaviyi reddetmesi halinde ne olacağı düzenlenmemiştir. Akıl hastası olan eşin tedavi olmaktan kaçınması durumunda diğer eşin genel boşanma sebepleri arasında yer alan evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanması her zaman mümkündür. Ancak bu ihtimalde dava açan eşin davalı eşten, yani akıl hastası olan eşten evlilik birliğinin temelden sarsılmış olması hususunda daha az kusurlu olduğunun ispatı gerekebilecektir.

Kadın eşin erkek eşin diğer aile bireylerine şiddet uygulaması dolayısıyla boşanma davası açması halinde ise, boşanmanın genel sebeplerine dayanması gerekecektir.

çoğunlukla şiddet uygulayanın şiddet davranışlarına son verme yönünde olumlu bir sonuca yol açmadığı da görülmektedir. Aksine kadın cinayetlerinin birçoğu boşanma sürecinde veya boşanmanın ardından gerçekleşmektedir.

Daha önce ifade edildiği üzere, kadına karşı şiddetle mücadele ile geniş anlamda hedeflenen, toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması suretiyle kadının şiddetten korunmasıdır. Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair 6284 Sayılı Kanun ile kadınların yanı sıra ayrıca çocukların ve diğer aile bireylerinin korunması da hedeflenmiştir. Bu haliyle 6284 sayılı Kanun, aynı zamanda ailenin korunmasına da hizmet etmektedir. Ailenin korunması, manevi ve maddi açıdan sağlıklı bireylerin yetiştirilmesi ile çok yakından ilgilidir. Kişilerin bireyselleşme aşamasında gerekli olan tecrübeleri birlikte yaşadıkları aile içinde edinmesi, küçük yaşlarda yaşanan deneyim ve travmaların kişilerin ilerideki yaşamları bakımından oldukça önemli olduğu hususları, günümüzde kabul edilen bilimsel gerçeklerdir. Bireyselleşme veya toplumsallaşma dediğimiz süreçte toplumsal cinsiyete dair temel anlayışlar, ortak deneyimlerin yaşandığı aile içinde oluşturulmaktadır.

Ev içi şiddetin, kadının ve aile bireylerinin yaşam hakkı ve vücut bütünlükleri gibi mutlak haklarını ihlal etmesinin yanı sıra, şiddetin, adeta bulaşıcı olduğundan da söz etmiştik⁹⁵. Aile içinde yaşanan şiddet, yalnızca söz konusu aile bireylerini etkilememektedir. Şiddetin var olduğu ailede yetişen bireylerin şiddet uygulamaya meyilli olmaları, bu kişilerin ileride yalnızca partnerlerine ve kendi aile bireyelerine şiddet uygulayacağı anlamına da gelmemektedir. Toplum bireyelerinin birbirleri ile iletişim ve etkileşim içerisinde olmaları, bir ailede yaşanan şiddetten söz konusu aile dışındaki bireylerin de etkilenmesine yol açmaktadır.

O halde diyebiliriz ki, kadınların ve çocukların ev içi şiddetten korunmaları, kamu düzeni ile yakından ilgilidir. Sağlıklı bir toplumdan söz edebilmek için ailenin ve çocukların şiddetten korunmaları ve toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması birincil derecede önem arz etmektedir. Bu kapsamda, gerek ailenin gerekse toplumun şiddetten korunması bakımından şiddet davranışlarının altında tedavi edilebilecek bir sebep yatması durumunda şiddet uygulayan kimselerin tedavi edilmesi, son derece önemlidir.

Şiddet uygulayanın muayene ve tedavi hususundaki tedbir kararına uymaması karşısında kadının ve ailenin korunması amacıyla daha etkin bir önleyici tedbirin düzenlenmesi, hem kadına hem de diğer aile bireyelerine daha etkili bir koruma sağlayacaktır. Bu kapsamda şiddet uygulayanın muayene ve tedbir kararına uymaması hususunun geçici bir evlenme engeli olarak düzenlenmesi üzerinde düşünülebilir. Şiddet uygulayanın muayene ve tedavi yönünde hakkında verilmiş olan tedbir kararının sonucu olarak, bu tedavinin sonlandırılması anına kadar evlenme hakkından mahrum bırakılması, aynı zamanda şiddet uygulayanın tedaviye başlamasını da

95 Bkz VI(A) numaralı başlık.

sağlayabilecektir. Şiddet uygulayanın tedbir kararının verildiği anda evli olması, tedavi yönündeki tedbir kararının evlenme engeli sonucunu doğurması bakımından bir sakinca yaratmayacaktır. Bu halde kişi, mevcut eşi ile olan evliliğinin sona ermesi durumunda tekrar evlenmek isterse, o halde öncelikle tedavi olarak aleyhindeki evlenme yasağının sona ermesini sağlayacaktır. Şiddet uygulayanın evli olması halinde, eşine veya diğer aile bireylerine şiddet uygulamış olması, diğer şartların da varlığı halinde MK m 162 kapsamında yer alan özel bir boşanma sebebidir. Şiddet mağdurunun bu halde MK m 166 uyarınca boşanma davası açması da mümkündür.

Şiddet uygulayan, tedavi olmadığı sürece daima şiddet uygulamaya meyilli olacaktır. Şiddete meyilli kişiler, bu davranışları genellikle onlara en yakın ilişki içinde buldukları kişiler üzerinde sergilemektedirler. Bu bağlamda mağdurlar, genellikle söz konusu kişilerin duygusal bağ içerisinde oldukları kadınlar veya diğer aile bireyleridir. Toplumsal cinsiyet eşitsizliği ve bu eşitsizliğin devam ettirilmesi, erkekleri, günlük yaşamlarında rahatlıkla şiddet uygulamaya yönlendirmektedir. Bu nedenle şiddet uygulayanın şiddet teşkil eden davranışlarına karşı kadınların ve aile kurumunun korunması amacıyla, tedavi olmaktan kaçınan şiddet uygulayanın, en azından evlenmesinin engellenmesi, hem üçüncü kişilerin korunması hem de şiddet uygulayanın tedaviye başlamasının sağlanması hususunda oldukça etkili olabilecektir.

Ancak ifade edelim ki, bu tür bir evlenme engelini söz konusu olabilmesi için erkeğin şiddet uygulamış olması tek başına yeterli olmamalıdır. Bunun dışında ayrıca şiddetin belirli bir yoğunlukta olması da aranmalıdır. İdeal olan, şüphesiz ki toplumun her türlü şiddetten arındırılmasıdır. Ancak her türlü şiddet olayının aynı ağırlıkta olmadığı, mağdurları aynı derecede etkilemediği gözden kaçırılmamalıdır. O nedenle tedavi yönündeki tedbir kararının aynı zamanda geçici evlilik engeli oluşturması bakımından şiddet uygulayanın kadının veya aile bireylerinin yaşam hakkını veya vücut bütünlüğünü ihlal etmiş olması veya ihlali konusunda ciddi nitelikte tehdit oluşturması aranmalıdır. Bu kapsamda eşinin hayatına kast etmek veya çocuğunu ya da çocuklarını cinsel istismara maruz bırakmak, aile bireylerine işkence etmek, onları aç bırakmak veya özgürlüklerinden yoksun bırakmak, bir kadını ısrarlı biçimde takip etmek gibi haller örnek mukabilinden sayılabilir.

Burada kişinin gerçekleştirdiği ve şiddet olarak nitelendirilen davranışın ağırlığı, özellikle, kişinin tedavi edilmesi gereken rahatsızlığının derecesini göstermesi bakımından belirleyici olmaktadır. Şiddet davranışının şiddet uygulayanın tedavi görmesi gerektiği hususunda ciddi bir emare oluşturduğu hallerde, şiddet uygulayanın tedavi olmadığı sürece üçüncü kişiler bakımından ciddi bir tehdit oluşturduğu anlaşılıyor ise, bu halde hakime tedavinin sona ermesi anına kadar şiddet uygulayanın evlenmesini engelleyen bir karar verme yetkisi tanınmalıdır. Şiddet uygulayan hakkında verilmiş olan bu yönde bir kararın kaldırılması ise, ancak şiddet uygulayanın

tedavi sürecini sona erdirmiş olması ile gerçekleşmelidir. Tekrar üzerinde durulması gereken nokta, geçici evlenme engeli ile şiddet uygulayanın cezalandırılmasının amaçlanmıyor olmasıdır. Buradaki asıl amaç, eşini veya birlikte olduğu partnerini, çocuklarını ya da diğer aile bireylerini öldüren, öldürmeye kast eden, ağır şekilde yaralayan, özellikle cinsel bakımdan istismar eden kişilerin, bundan sonraki hayatında ve özellikle de birlikteliklerinde benzer davranışları gerçekleştirme ihtimaline karşın toplumun korunmasıdır.

Evlenme hakkı, Anayasa'da ayrı bir hak ve özgürlük olarak düzenlenmemiştir. Ancak evlenme hakkının AY m 20 hükmünde düzenlenmiş olan "Özel hayatın gizliliği" ve AY m 41 hükmünde düzenlenmiş olan "Ailenin korunması ve çocuk hakları" başlıkları altında ele alınması mümkündür. Anayasa m 41/I hükmü uyarınca aile, Türk toplumunun temeli olarak açıklanmış ve eşler arasında eşitliğe dayandığı ifade edilmiştir. Hükmün ikinci fıkrasında ise, devletin ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulamasını sağlamak için gerekli tedbirleri almak ve teşkilatı kurmakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Buna mukabil evlenme hakkı bir takım uluslararası belgelerde özel olarak düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m 12 hükmü uyarınca: "Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir". Evrensel İnsan Hakları Bildirisi m 16 hükmünde de evlenme hakkı düzenlenmiştir. İlgili düzenlemede yetişkin her erkeğin ve kadının, ırk, yurttaşlık veya din bakımından herhangi bir kısıtlamaya uğramaksızın evlenme ve aile kurma hakkı olduğu hüküm altına alınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m 12 hükmü, evlenme hakkının kullanımını düzenleyen ulusal yasalara atıfta bulunarak devletlere geniş bir takdir yetkisi tanımıştır⁹⁶. Bu kapsamda evlenme yaşı, akrabalar arasında hangi dereceye kadar evlilik kurulabileceği, bir diğer ifadeyle kimler arasında evlenme yasağı olacağı, evlenmenin şekli ve diğer geçerlilik şartları gibi hususların düzenlenmesi, iç hukuklara bırakılmıştır. Ancak bu takdir yetkisinin hakkın özüne dokunulmayacak şekilde kullanılması gerekmektedir. Ulusal yasalar ile getirilecek sınırlamaların evlenme hakkının kullanılmasını imkânsız hale getirecek nitelikte olmaması gerekir⁹⁷. Bunun yanı sıra evlenme hakkı bakımından getirilen sınırlamaların ayrımcılık yasağını da ihlal etmemesi gerekir.

Medeni Kanun, m 124 vd hükümlerinde evlenme ehliyeti, m 129 vd hükümlerinde evlenme engelleri, m 134 vd hükümlerinde evlenme başvurusu ve şekli, m 145 vd hükümlerinde evlenmenin geçersizliği hususlarında bir takım düzenlemeler getirmiştir.

96 Osman Doğru ve Nalbant Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, C 2 (Legal 2013) 539; Ufuk Ramazan Çakmak, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Evlenme Hakkı' (2017) 25(II) SÜHFD 163, 167.

97 Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (Turhan 2009) 343; Çakmak (n 100) 167.

Söz konusu düzenlemeler ile evlenme hakkı bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. Örneğin evlenme yaşı on yedi olarak belirlenmiştir (MK m 124). Kanun koyucu, altsoy ile üstsoy arasında, kardeşler arasında ve amca, dayı, hala, teyze ile yeğenleri arasındaki evlilikleri yasaklamıştır. Evlenme hakkının sınırlandırılması bakımından verilebilecek bir diğer örnek, akıl hastalarının evlenmelerinde sakınca bulunmadığına dair resmi sağlık kurulu raporu olmadıkça evlenemeyeceklerine dair m 133 hükmüdür.

Bu başlık altında önerilen evlenme engeli, evlenme hakkının sınırlandırılmasına dair temel prensiplere uygundur. Öncelikle bu hakkın kadına ve aile bireylerine kaşı şiddet vakıaları bakımından önerilen şekilde sınırlandırılmasında kamu yararı olduğu belirtilmelidir. Bizzat AY m 41 hükmünde ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ifade edilmiştir. Aynı hükmün ikinci fıkrasında ise, devletin ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması bakımından gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla öfke kontrolü olmayan veya başka herhangi bir sebeple ileride kuracağı ailenin bireylerini, örneğin eşini veya çocuklarını bedensel ve ruhsal zarara uğratacağı tespit edilen kimsenin, ailenin ve aile bireylerinin korunması amacıyla evlenmesinin yasaklanması, kanaatimizce evlenme hakkının ihlali olarak nitelendirilemez. Önerilen evlilik engelini geçici olması, şiddet uygulayanın hakkında hükmedilen tedavi tedbirinin ifası suretiyle tekrar evlenme engeline kavuşması, ölçülülük ilkesine uygundur.

Bu aşamada bir defa şiddet fiilini gerçekleştiren kimsenin bundan sonra da kadına ve aile bireylerine şiddet uygulayacağını mutlak şekilde öngörülemediği söylenebilir. Ne var ki, bu yönde ciddi nitelikte bir şüphe duyulması önerilen geçici evlilik engeli tedbirinin alınması bakımından yeterli görülmelidir.

D. Şiddet Uygulayanın Muayene ve Tedavi Yönündeki Tedbir Kararını İhlal Etmesinin Velayet Hakkı Üzerindeki Etkisi

Çalışmamızda ele alınacak bir diğer husus, çocuğun, tedavi yönündeki tedbir kararını ihlal eden şiddet uygulayana karşı korunmasıdır. Ev içi şiddet vakıalarında kadının yanı sıra çocuklar da şiddet mağduru olabilmektedir. Bu halde şiddet teşkil eden davranışlar doğrudan çocuğa yönelmiş olabileceği gibi, çocuğun şiddet mağduru olarak nitelendirilebilmesi için, şiddete tanık olması dahi yeterli görülebilecektir. Önemli olan çocuğun etrafında yaşanan şiddetten etkilenmesi veya etkilenme tehlikesinin bulunmasıdır (6284 sayılı Kanun, m 2(e)).

Şiddet davranışlarının uygulanabilecek bir tedavi ile ortadan kaldırılması mümkün olmasına rağmen şiddet uygulayanın tedavi olmaktan kaçınması, somut olayın şartlarına göre, şiddet mağdurlarının şiddete uğrama tehlikesinin devam edeceği anlamına gelebileceği gibi, bu tehlikenin zaman içinde artması anlamına da gelebilir. Şiddet uygulayanın tedavi tedbirinin gereğini yerine getirmekten kaçınmasının çocuk

bakımından doğurduğu riskler karşısında başka tedbirlerin alınması da gerekebilecektir. Tüm bu hallerde hakim, 6284 sayılı Kanun m 5 hükmü kapsamında MK m 346 ve devamında yer alan hükümler ile düzenlenmiş olan önlemlere başvurmalıdır.

Kanun koyucu, MK m 346 vd hükümlerinde çocuğun kişiliğinin korunması bakımından “Koruma Önlemleri” öngörmüştür. Bir kimsenin tedavisi mümkün olan bir etken dolayısıyla şiddete başvurduğu hususunda makul şüphe bulunması halinde, 6284 sayılı Kanun uyarınca şiddet uygulayanın muayene ve tedavisi hususunda tedbir kararı verilmesi gerektiğine değinmiştik. Somut olayda şayet şiddet uygulayanla birlikte yaşayan çocuklar varsa hakim, çocukların ev içi şiddet kapsamında maruz kaldıkları tehlikelere uygun olarak MK m 346 vd hükümleri uyarınca gereken önlemleri de almalıdır. Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m 4/ b. 1 uyarınca, MK m 346 vd hükümleri uyarınca tedbir alınması bakımından görevli mahkeme, Aile Mahkemeleridir⁹⁸. Nitekim 6284 sayılı Kanun uyarınca görevli olan mahkeme de yine Aile Mahkemeleridir (m 2/c).

Medeni Kanun m 346 vd hükümlerinde yer alan koruyucu tedbirlere ancak hakim hükmedebilir. Bununla birlikte mülki amir, 6284 sayılı Kanun’un m 3 hükmünün (a) bendi gereği, şiddet mağduru çocuğa çocuğa, bulunduğu yerde veya başka bir yerde uygun barınma yeri sağlayabilecektir. Bununla birlikte çocuğun şiddet mağduru olmadığı hallerde de şayet çocuk şiddet mağduru tarafından bakılıyorsa mülki amir, şiddet mağduru ile birlikte olan çocuklar bakımından da uygun barınma yerinin sağlanmasına dair karar verebilecektir.

Kanun koyucunun çocuğun kişiliğinin korunması bakımından öngördüğü tedbirler çocuk bakımından koruyucu nitelikte olmakla birlikte, velayet hakkı sahibi şiddet uygulayan bakımından, velayet hakkına etki ettiği oranda önleyici tedbir niteliğindedir. Önleyici tedbirler ise 6284 sayılı Kanun’un m 5 hükmünde sınırlayıcı şekilde sayılmamıştır. Bunun yanı sıra 6284 sayılı Kanun m 5/III hükmü uyarınca; “Bu Kanunda belirtilen tedbirlerle birlikte hâkim, 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda yer alan koruyucu ve destekleyici tedbirler ile 4721 sayılı Kanun hükümlerine göre velayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulması hususlarında karar vermeye yetkilidir”. Çocuğun şiddet ve şiddetin etkilerinden korunması amacıyla velayet hakkının içeriğine giren bir takım yetkilerin sınırlandırılması yönünden tedbir alınması, İstanbul Sözleşmesi m 31 ve 45 hükümleri kapsamında taraf devletlere getirilmiş olan bir yükümlülüktür. İstanbul Sözleşmesi m 31 hükmü uyarınca: “*Taraflar çocukların velayetinin ve ziyaret haklarının belirlenmesinde, bu Sözleşme kapsamındaki şiddet olaylarının göz önüne alınmasını temin edecek gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaklardır*”. Hükmün ikinci fıkrası uyarınca ise; “*Taraflar herhangi bir ziyaret hakkı veya velayet hakkının kullanılmasının mağduru veya*

98 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Gülçin Elçin Grassinger, *Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler* (On İki Levha 2009) 94.

çocukların haklarını veya emniyetini tehlikeye düşürmemesini sağlayacak gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaklardır". İstanbul Sözleşmesi'nde şiddet faillerine uygulanacak olan yaptırım ve tedbirlerle ilgili düzenleme getiren m 45/II hükmünde de, çocuğun menfaatlerinin başka bir şekilde teminat altına alınamaması halinde velayet haklarının geri alınması, başvurulması gereken tedbirlerden biri olarak düzenlenmiştir. Burada çocuğun menfaati kavramının çocuğun güvenliğini de kapsadığı, özellikle vurgulanmıştır.

O halde hâkim, şiddet uygulayanla ilgili olarak gerek bulunduğu takdirde MK m 346 vd hükümlerinde düzenlenmiş olan tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu kapsamda hâkim, MK m 347 uyarınca çocuğun başka bir ailenin yanına veya kuruma yerleştirilmesine karar verebileceği gibi, MK m 348 vd hükümleri uyarınca velayet hakkının kaldırılmasına da karar verebilecektir.

Medeni Kanun'un m 346 vd hükümlerinde öngörülen tedbirler, çocuğun kişiliğinin korunmasına yönelik olduğundan kamu düzeninden addedilmekte, bu sebeple hâkimin çocuk için koruma tedbiri alınması gereğinin anlaşıldığı hallerde kendiliğinden harekete geçebileceği kabul edilmektedir⁹⁹. Hakimin çocuğun menfaatinin gerektirdiği hallerde re'sen tedbir alma yetkisi, Çocuk Haklarının Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin m 8 hükmünde de düzenlenmiştir. Buna göre; "Bir çocuğu ilgilendiren davalarda, çocuğun esenliğinin ağır bir tehlike altında olduğunun iç hukuk tarafından belirlendiği durumlarda, adli mercinin re'sen harekete geçme yetkisi vardır".

Hakime tanınan re'sen tedbir alma yetkisinin çocuğun korunması amacı bakımından işlevini yerine getirmesi, şüphesiz ki alınması gereken tedbirlere derhal, zaman geçirmeden karar verilmesi ile mümkündür. Çocuk Haklarının Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin m 7 hükmü uyarınca; "Bir çocuğu ilgilendiren davalarda, adli merci gereksiz gecikmeyi engellemek için çabuk hareket etmeli, kararlarının süratle uygulanmasını garanti edecek düzenlemeler sağlanmış olmalıdır. Adli merci acil durumlarda gerektiğinde derhal uygulanabilir kararlar alma yetkisine sahiptir".

Tedbirin çocuk zarar görmeden alınması hedeflendiğinden, tehlikenin gerçekleşmiş olması aranmamalıdır. Çocuğun kişilik değerlerine ilişkin ciddi nitelikte ve belirli ağırlıkta bir tehlikenin gerçekleşmesinin öngörülebilir olması, tedbirlerin alınması bakımından yeterlidir¹⁰⁰. Hakim, önüne gelen somut olayda tedbir alınmadığı takdirde tehlikenin gerçekleşeceğini ve çocuğun menfaatlerinin zarar göreceğini öngörebiliyor ise derhal gerekli tedbirleri almalıdır.

Koruyucu tedbirlerin alınmasında gözetilmesi gereken en önemli ilke, çocuğun yararı ilkesidir. Söz konusu ilke uyarınca, çocuğun korunması bakımından öngörülmüş

99 *ibid* 81.

100 Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6th edn, Turhan 2015) 1137; Elçin Grassinger (n 102) 67 vd.

olan tedbirlere, yalnızca çocuğun yararının gerektirdiği hallerde başvurulabilir. Yoksa bu tedbirler, ana babanın cezalandırılması için alınamaz¹⁰¹. Koruyucu tedbirlerin alınmasında gözetilmesi gereken bir diğer ilke ise, ölçülülük ilkesidir. Hakim, MK m 346 vd hükümlerinde yer alan tedbirlerden ana babanın haklarını ve aile yapısını en az miktarda etkileyecek olan tedbire hükmetmelidir. Alınacak tedbir çocuğun korunma ihtiyacı ile orantılı olmalıdır¹⁰². Bu tedbirler, talilik ilkesine tabidir. Talilik ilkesinden kasıt, MK m 346 vd hükümlerinde düzenlenen tedbirlere ana babanın çocuğun yararına ilişkin tehlikeyi bertaraf edememeleri halinde başvurulabileceğidir. Ana baba, çocuğun yararının korunması bakımından tedbir almıyor veya aldıkları tedbirler yetersiz kalıyor ise hakim m müdahalesi mümkün olabilecektir¹⁰³. Talilik ilkesi, orantılılık ilkesinin gereğidir¹⁰⁴. Son olarak ise MK m 346 vd hükümlerinde yer alan tedbirler tamamlayıcı niteliktedir. Söz konusu tedbirlerin alınması ile hedeflenen, ana babanın çocuğun yararının korunması hususundaki eksikliklerinin tamamlanmasıdır. Çocuğun yararının korunması bakımından gerekli olmadığı sürece, ana babanın velayet hakkından doğan görevlerini yerine getirmelerine imkân tanınmalı ve bu imkânı bertaraf etmeyecek nitelikte tedbirlere hükmedilmelidir¹⁰⁵.

Kanun koyucu, MK m 346 hükmünde genel olarak “koruma önlemleri”ni düzenlemiştir. Hâkim, çocuğun gelişmesinin ve menfaatinin tehlikeye düştüğü hallerde, ana ve babanın bu duruma çare bulamaması veya çare bulmaya güçlerinin yetmemesi şartlarıyla çocuğun korunması için uygun önlemleri almakla yükümlüdür. Bu halde çocuğun gelişiminin veya menfaatlerinin tehlikeye düşmesinde ana babanın kusurlu olması aranmaz. Önemli olan çocuğun korunma gereksinimi içerisinde olmasıdır. Bununla birlikte ana babanın hal ve hareketleri, alınacak olan tedbirin niteliğinin belirlenmesinde önem arz eder¹⁰⁶. Alınacak tedbirler, çocuğun korunmasına hizmet etmelidir. Yoksa burada amaç ana babanın cezalandırılması değildir¹⁰⁷. Çocuğun gelişiminin ve menfaatlerinin tehlikeye düştüğü hallere örnek olarak, çocuğun beslenme, sağlık ve eğitim ihtiyaçlarının karşılanmaması, çocuğa karşı kötü muamele edilmesi, çocuğun uygun olmayan davranışlara zorlanması örnek verilebilir¹⁰⁸. Ana babanın kusurlu olması, alınması lazım gelen tedbirin niteliğine etki edebilir¹⁰⁹. Kanun koyucu, bu halde alınabilecek olan tedbirleri saymaktan kaçınmıştır. Hâkim, sahip olduğu takdir yetkisini, önüne gelen somut olayın özellikleri ve çocuğun ihtiyaçlarını dikkate alarak, kullanmalı ve gerekli tedbirleri almalıdır. İsviçre Medeni Kanunu m

101 Elçin Grassinger (n 102) 98 vd; Öztan (n 104) 1137.

102 Elçin Grassinger (n 102) 79; Öztan (n 104) 1138 vd.

103 Elçin Grassinger (n 102) 100; Öztan (n 104) 1138.

104 Elçin Grassinger (n 102) 100.

105 *ibid* 102 vd; Öztan (n 104) 1138.

106 Elçin Grassinger (n 102) 96.

107 *ibid* 109.

108 Dural, Öğüz and Gümtüş (n 64) N 1732.

109 *ibid* N 1732; Elçin Grassinger (n 102) 48 vd.

307 hükmünün üçüncü fıkrasında hâkimin bu kapsamda alabileceği tedbirler örnek mukabilinden sayılmıştır. Öğretide söz konusu tedbirlerden yola çıkılarak, MK m 346 kapsamında alınabilecek tedbirlere şu örnekler verilmektedir: hâkimin taraflara öğüt vermesi, tarafları ve özellikle ana babayı uyarması, hâkimin çocuğa ve veliye talimat vermesi, hâkimin yaptığı uyarı veya verdiği talimatların denetlenmesini sağlamak için danışman ya da denetçi ataması¹¹⁰.

Söz konusu düzenlemeyi takip eden MK m 347 hükmünde ise çocuğun başka bir ailenin yanına veya bir kuruma yerleştirilmesi tedbiri düzenlenmiştir. Bu halde ev içi şiddete maruz kalan veya ev içi şiddete tanık olması dolayısıyla zarar gören çocuk hakkında MK m 346 uyarınca alınmış olan tedbirlerin yetersiz kalmış olduğu ya da yetersiz kalacağı önceden anlaşıldığı hallerde, öncelikle çocuğun yerleştirilmesi gündeme gelebilecektir. Şiddet mağduru olan çocuğun ana babadan alınarak başka bir ailenin yanına veya kuruma yerleştirilmesi için bedensel ve zihinsel gelişmesinin tehlikede bulunması veya çocuğun manen terk edilmiş hâlde kalması gerekmektedir (MK m 347/I). Çocuğun manen terk edilmiş olduğunun kabulü için, çocuğun bedensel ve zihinsel gelişiminin maruz kaldığı tehlikelere karşı ana babanın gereken davranışlarda bulunmaması gerekir. Çocuk hakkında MK m 347 uyarınca tedbir alınabilmesi, çocuk bakımından var olan sakıncalı durumun süreklilik arz etmesi halinde mümkündür¹¹¹.

Kanun koyucu, çocuğun aile içinde kalmasının ailenin huzurunu bozması halinde de çocuğun yerleştirilmesine imkân tanımıştır. Ancak bu halde çocuğun aile ile birlikte kalması aile huzurunu aile üyelerinden, bu duruma katlanmaları beklenemeyecek nitelikte bozmalıdır. Söz konusu halde, durumun gereklerine uygun başka bir çarenin bulunmaması, ana ve babanın veya çocuğun talebi ile çocuğun aile dışında bir yere yerleştirilmesi mümkün olacaktır (MK m 347/II).

Hâkimin MK m 347 hükmündeki tedbire başvurması için tehlikenin ortaya çıkmış olması şart değildir. Çocuğun kişilik hakkının ağır tehlikeye uğraması öngörülebilecek nitelikte ise o halde derhal tedbir alınmalıdır¹¹². Hakkında tedavi tedbirine hükmedilmiş şiddet uygulayan ile birlikte yaşamak çocuk bakımından başlı başına bu nitelikte bir tehlike yaratıyorsa hâkim, diğer şartların da varlığı halinde çocuğun başka bir ailenin yanına veya kuruma yerleştirilmesine karar verebileceği gibi, aşağıda inceleneceği üzere velayetin kaldırılmasına da karar verebilecektir. Annenin veya çocuğun bakımını üstlenmiş olan kimsenin çocuğu şiddete karşı koruma görevini ifa edemediği hallerde

110 Elçin Grassinger (n 102) 115 vd; Öztan (n 104) 1140 vd; Ayrıca bkz Dural, Ögüt and Gümüş (n 64) N 1731; İsviçre Medeni Kanunu m 308 hükmü, hâkimin çocuğun korunması hususunda alabileceği tedbirler arasında kayyım atanmasını da açıkça saymış ve düzenlemiş olması karşısında, Türk Hukuku'nda bu yönde vbir tedbir ayrıca MK m 346 vd hükümleri arasında düzenlenmemiştir. Bu hususta kanun boşluğu olduğunun kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz Öztan (n 104) 1145; Kanun koyucunun kayyım atanması tedbirini bilinçli şekilde dışladığı dolayısıyla bu hususta boşluk olduğundan söz edilemeyeceği hususunda bkz Elçin Grassinger (n 102) 136 vd.

111 Öztan (n 104) 1147; Dural, Ögüt and Gümüş (n 64) N 1734.

112 Öztan (n 104); Elçin Grassinger (n 102) 141.

bu yönde bir tedbirin uygulanmasına gerek görülmeyebilir. Örneğin annenin çocuğun kişilik hakkının ağır tehlikeye uğraması endişesi ile gerekli mercilere başvurarak 6284 sayılı Kanun kapsamında koruyucu ve önleyici tedbirlerin uygulanmasını talep etmesi ve kendisine sağlanmış olan güvenli barınma yerinden ayrılmama gibi alınmış olan tedbirlere uyması, bu niteliktedir. Bununla birlikte annenin veya çocuğun bakımını üstlenmiş olan kişinin çocuğun korunması için gereken önlemlerin alınması için başvurmaması ve çocuğu korumak hususunda yetersiz kalması halinde, çocuğa başka şekilde koruma sağlanamayacaksa başka bir ailenin yanına veya kuruma yerleştirilmesine karar verilmesi gerekli olacaktır.

Çocuğun kişiliğinin korunması için alınacak önlemlerin tayininde dikkate alınması gereken ölçülülük ilkesi gereği, çocuğun korunması için MK m 346 hükmü uyarınca alınması mümkün olan diğer tedbirler yeterli ise bu halde çocuğun yerleştirilmesi tedbirine başvurulması hukuka aykırıdır¹¹³. Çocuğun başka bir ailenin yanına veya bir kuruma yerleştirilmesine ilişkin tedbir dolayısıyla ortaya çıkan giderler, ana baba ve çocuğun ödeme güçleri varsa bunlar, şayet ödeme güçleri yoksa Devlet tarafından karşılanacaktır (MK m 347/III). Bu halde ana ve babanın nafaka yükümlülüğü devam etmektedir (MK m 347/IV).

Çocuğun korunması, aile yanından alınarak başka bir yere yerleştirilmesi suretiyle de sağlanamıyorsa, bu halde bir takım bazı şartların da varlığı ile velayetin kaldırılması gündeme gelecektir. Velayetin kaldırılması, çocuğun korunması bakımından alınabilecek en ağır tedbirdir¹¹⁴. Kanun hükmünde, velayetin kaldırılmasını gerektiren haller iki bent halinde sayılmıştır¹¹⁵.

Kanun koyucu MK m 348 hükmünün ilk bendinde velayet görevinin ifasına engel olan bazı haller örnek kabilinden saymıştır. Bunlar, velayet görevinin, anne ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, engelli olması, başka bir yerde bulunması sebepleridir. Akabinde ise velayet görevinin örnek mukabilinden sayılan haller veya bu sayılan hallere benzer sebeplerle gereği gibi yerine getirilememesi durumunda velayet hakkının kaldırılabilceği düzenlemiştir. Kanun koyucu, velayetin kaldırılması sebeplerini genel nitelikte düzenlemek suretiyle, hâkime somut olayın özelliklerine göre kullanacağı geniş kapsamlı bir takdir yetkisi tanımıştır¹¹⁶. Kanun koyucunun birinci bent kapsamında saydığı hallerde, velayet görevinin gereği gibi ifa edilmemesinde velayet hakkı sahibinin kusuru bulunmamaktadır¹¹⁷. Şayet şiddet uygulayan velayet hakkı sahibi ise bu halde şiddet uygulayanın tedavisini gerektiren sebebin velayet görevinin gereği gibi ifasına engel olup olmadığı, titizlikle incelenmelidir. Tedaviyi

113 Dural, Öğüz and Gümtüş (n 64) N 1734.

114 Elçin Grassinger (n 102) 163.

115 Söz konusu iki bent ile yapılan ayrımın son derece ince olduğu ve belirli bir halin bunlardan hangisinin kapsamına girdiğinin tespitinin kolay olmadığı yönünde ibid 168.

116 *ibid* 169.

117 *ibid* 169.

gerektiren sebep şiddet uygulayanın ayırt etme gücünü ortadan kaldırmışsa, bu halde çocuk üzerindeki velayeti, MK m 348/I (1) kapsamında kaldırılabilir.

Hükümün ikinci bendinde sayılan hal, ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde saksaklamasıdır. İfade edelim ki, şiddet mağduru çocuklar bakımından daha ziyade MK m 348 hükümünün ikinci bendinde sayılan şart yerine gelmiş olacaktır. Ana babanın çocuğa yeterli ilgi göstermemesi veya ona karşı olan yükümlülüklerini ağır şekilde saksaklaması halinin velayetin kaldırılmasına yol açması için sürekli olması gerekmektedir¹¹⁸. Bu bent kapsamında sayılan hallerde, velayet hakkı sahibinin kusurlu olması söz konusudur¹¹⁹. Hakim, tedavi olması gereken şiddet uygulayanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermeye uygun durumda olup olmadığını, ona karşı yükümlülüklerini ağır bir biçimde saksaklayıp saksaklamadığını da kendiliğinden araştırmalıdır. Velayetin kaldırılmasının ağır bir tedbir olması sebebiyle, çocuğun gelişiminin ağır ve sürekli şekilde etkilenmiş olması aranmaktadır. Bununla birlikte bir defa gerçekleştirilmiş olan olumsuz bir davranışın dahi çocuk üzerinde uzun sürecek olumsuz etkiler doğurabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Çocuk üzerindeki olumsuz etkinin sürekli olduğu hallerde velayetin kaldırılabilirliği kabul edilmektedir¹²⁰.

Tüm bu hallerde şiddet uygulayan kimsenin tedavi yönündeki önleyici tedbir kararına uymaması, bu durum çocuğun gelişimi ve sağlığı bakımından bir tehlike yaratıyor ise ve velayet görevi bu sebeple gereği gibi ifa edilemediğinden çocuğun korunması başka türlü sağlanamayacaksa velayet hakkının şiddet uygulayan kimseden kaldırılmasına yol açabilecektir. Öyle ki hâkim, somut olayın özellikleri kapsamında çocuğun ağır bir tehlike altında olduğuna dair makul şüphenin varlığı halinde tedavi kararı ile birlikte velayetin kaldırılmasına da karar vermelidir. Nitekim yukarıda da değindiğimiz üzere, 6284 sayılı Kanun m 5/III hükmü hâkime velayete ilişkin karar verme hususunda açıkça yetki vermektedir. Esasen 6284 sayılı Kanun m 5 hükmünde açıkça sayılmamış dahi olsaydı, m 5 hükmündeki tedbirlerin sınırlı sayıda düzenlenmemiş olması kapsamında aynı sonuca varılabilirdi. Çocuğun kişiliğinin etkin bir şekilde korunması, söz konusu tedbirlerin zaman geçirilmeksizin alınmasını gerektirmektedir. Bu sebeple hakim, somut olayın özelliklerine göre şiddet uygulayanın tedavi edilmesi hususundaki karar ile birlikte, aynı zamanda re'sen çocuğun korunması için gereken önlemleri de almalıdır.

Hakim, MK m 348 uyarınca somut şartlar kapsamında şiddet uygulayan babanın velayet hakkını kaldırabileceği gibi, aynı karar ile ananın velayet hakkını kaldırması da mümkündür. Ananın çocuğu şiddetin olumsuz etkilerinden korumak için, içinde bulunduğu şartlar çerçevesinde tespit edilecek olan gerekli davranışlarda bulunmaması,

118 Dural, Öğüz ve Gümüş (n 64) N 1745; Öztan (n 104) 1154; Elçin Grassinger (n 102) 169.

119 Elçin Grassinger (n 102) 181.

120 *ibid* 179.

velayet hakkının anadan da alınması sonucunu doğurabilecektir¹²¹. Bu sonuncu halde çocuğa vasi atanması gerekecektir. Velayetin kaldırılması kararı, velayet hakkı sahibi ana ve babanın mevcut çocuklarının yanı sıra kural olarak doğacak bütün çocuklarını kapsayacaktır. Bununla birlikte hâkim, MK m 348/III uyarınca aksi yönde karar verebilecektir. Velayetin kaldırılması, ana babanın çocuklarının bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüklerini sona erdirmez. Ancak ana ve baba ile çocuğun bu giderleri karşılayacak güçleri yoksa söz konusu giderler Devlet tarafından karşılanır (MK m 350).

Şiddet uygulayanın tedbir kararının gereğini yerine getirerek tedavi olması ve bu şekilde çocuğun gelişimi ve menfaatleri için var olan tehlikenin bertaraf edilmiş olması ihtimalinde, hâkimin MK m 351 hükmü uyarınca velayeti, re'sen ya da ana veya babanın talebi ile velayet kendisinden kaldırılan kimseye tekrar vermesi mümkündür. Kanun koyucu MK m 351/I hükmü ile durumun değişmesi halinde, çocuğun korunmasına ilişkin olarak alınan önlemlerin yeni koşullara uydurulması gerektiğini düzenlemiştir.

SONUÇ

Çalışmamızda sıklıkla kadına karşı şiddetin tüm dünyada yaşanmakta olan toplumsal bir sorun olduğuna değindik. Kadının istatistiksel verilere göre en çok duygusal birliktelik yaşadığı veya evli olduğu erkek tarafından şiddet görmesi dolayısıyla kadına karşı şiddetin en yaygın görülen şekli, ev içi şiddettir. Ev içi şiddetin küresel bir boyutta olması, bu konuda birden fazla ulusal üstü insan hakları belgesinin oluşturulmasını sağlamıştır. Söz konusu belgeler de kadının korunması aşamasında iç hukuklara önemli derecede etki etmektedir. Günümüzde hem kadına karşı şiddet ile hem de bunun özel bir görünüm şekli olan ev içi şiddet ile mücadele etmek amacıyla birçok ülkede özel kanunlar sevk edilmekte veya zaten yürürlükte olan kanunlara özel hükümler eklenmektedir.

Türk Hukuku'nda kadına karşı şiddet ve ailenin şiddete karşı korunması amacıyla "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair 6284 Sayılı Kanun" 08.03.2012 tarihinde kabul edilmiş olup, 20.03.2012 tarihli ve 28239 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Böylelikle ilgili mevzuat, "İstanbul Sözleşmesi" olarak anılan, Kadınlara Karşı Şiddet ve Ev içi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi ile uyumlu hale getirilmeye çalışılmıştır. Çalışmamızda 6284 sayılı Kanun kapsamında düzenlenmiş olan şiddet uygulayan kimsenin muayene ve tedavi edilmesi hususundaki önleyici tedbir kararı incelenmiştir. Şiddet uygulayanın muayene ve tedavi edilmesi hususundaki tedbir kararı, önleyici niteliktedir. Önleyici tedbir kararları, 6284 sayılı Kanun'un m 5

121 *ibid* 181.

hükmünde düzenlenmiştir. Tedavi yönündeki tedbir kararı, şiddet uygulayan kimseyi şiddet uygulamaya iten unsurların ortadan kalkmasını veya azalmasını amaçladığından, bu yöndeki tedbir, hem geniş anlamda hem de dar anlamda kadına karşı şiddetle mücadele hizmet etmektedir.

Kanun koyucu muayene ve tedavi hususundaki tedbir kararını iki ayrı hükümde düzenlemiştir. Buna göre m 5 hükmünün (h) bendinde şiddet uygulayanın “alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığı” dolayısıyla tedavi edilmesi hali düzenlenmiştir. Aynı hükmün (ı) bendinde ise şiddet uygulayan kimsenin diğer sebeplerle muayene ve tedavi edilmesi ele alınmıştır.

Çalışmamızda öncelikle şiddet uygulayan kişi hakkında muayene ve tedavi kararı alınmasının şartları incelenmiştir. Bu yöndeki karar önleyici tedbir kararı niteliğinde olduğundan, hakim, her halde hakkında karar verilecek olan kişinin şiddet uyguladığı veya şiddet uygulama tehlikesinin bulunduğu hususunu muhtemel gösteren ispat vasıtalarının varlığını aramalıdır. Bunun dışında şiddet uygulayanın alkol veya uyuşturucu ya da uyarıcı madde bağımlısı olması halinde hakim, başkaca herhangi bir şart aramaksızın muayene ve tedavi hususunda karar verebilecektir. Bağımlılık dışındaki diğer hallerde ise, hâkimin şiddet uygulamanın tedavi edilebilecek olan bir sebepten kaynaklanması hususunda haklı bir şüphe duyması gerekir. Hâkim, ancak bu halde şiddet uygulayan kişinin muayene ve tedavisi için bir sağlık kuruluşuna başvurması hususunda tedbir kararı verebilir.

Kişiyi şiddete yönlendiren etkenler biyolojik, psikolojik veya sosyolojik kökenli olabilir. Kişiyi şiddete yönlendiren etkenlerin mutlaka tıp bilimi tarafından hastalık olarak adlandırılması şartı aranmamalıdır. Bu anlamda örneğin kişinin öfkesini kontrol etmekte güçlük çekmesi dahi tedavi ile ortadan kaldırılabilirse, hâkim tedavi hususunda karar vermelidir. Araştırmalar, erkekleri şiddete yönlendiren davranışların, sanılanın aksine bağımlılık veya biyolojik ya da psikolojik etkenlerden değil toplumsal etkenlerden kaynaklandığını ortaya koymaktadır. Şiddet uygulayanlar üzerinde yapılmış olan araştırmalar, şiddet uygulama davranışı ile toplumsal cinsiyet rollerinin benimsenmiş olması arasında yakın bir ilişki saptamışlardır. Bu sebeple çalışmamızda “tedavi” kelimesinin geniş yorumlanması savunulmuştur. Buna göre şiddet uygulayanın “hukuk düzeni tarafından öngörülmüş olan düzen ve toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin hukuki düzene aykırı olduğu” hususunda eğitilmesi de tedavi kavramı kapsamında görülmelidir. Nitekim yasal düzenleme de bu yönde yoruma izin vermektedir. Kanun koyucu, ŞÖNİM’e teşvik edici, aydınlatıcı ve yol gösterici mahiyette olmak üzere, şiddet uygulayanı bir takım faaliyetlere yönlendirme yetkisi de tanımıştır. Bu faaliyetler arasında eğitim ve rehabilitasyon programları da yer almaktadır (6284 sayılı Kanun m 15/III(c)). Ancak hakimin bu yönde tedbir kararı vermesi, ŞÖNİM’in bu tür eğitim ve rehabilitasyon programları düzenlemesi ile mümkün olabilir.

Kanun koyucu, 6284 sayılı Kanun m 8 hükmü ile tedbir kararlarının ilk seferinde en çok altı ay için verilebileceğini düzenlemiştir. Ancak şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesinin devam edeceğinin anlaşıldığı hâllerde, re'sen veya korunan kişinin ya da Bakanlık veya kolluk görevlilerinin talebi üzerine tedbirlerin süresinin veya şeklinin değiştirilmesine, bu tedbirlerin kaldırılmasına veya aynen devam etmesine karar verilebilir. Çalışmamızda bu yöndeki üst sürenin bütün önleyici tedbirler bakımında geçerli olmaması gerektiği savunulmuştur. Öncelikle tedbir kararları bakımından getirilmiş olan altı aylık üst sürenin koruyucu tedbirleri kapsamadığı kabul edilmelidir. Kanun koyucunun 6284 sayılı Kanun m 8 hükmü ile süreyi sınırlamış olmasının sebebi, şiddet uygulayan kişinin hak ve özgürlüklerinin aşırı sınırlamaya karşı korunmasıdır. Bununla birlikte koruyucu tedbirler şiddet uygulayanın hak ve özgürlükleri bakımından herhangi bir sınırlama getirmediğinden, üst sürenin koruyucu tedbirler bakımından geçerli olmadığının kabulü gerekir.

Aynı şekilde üst sürenin bütün önleyici tedbir kararları bakımından geçerli olması da mümkün görünmemektedir. İlgili Kanun'daki süre sınırının belirli bir anlam ifade etmesi, tedbir kararı ile şiddet uygulayanın hak ve özgürlüklerinin, belirli bir şekilde davranmanın yasaklanmış olması suretiyle sınırlanmış olmasına bağlıdır. Ancak tedbir kararı ile şiddet uygulayanın belirli bir eylemi yerine getirmesine hükmedilmişse, o halde süre sınırının uygulanması mümkün değildir. Örneğin somut bir olayda şiddet uygulayan kişinin tedavi edilmesi hususundaki tedbir kararı, şiddet uygulayan kişinin muayene ve tedavi için ilgili kuruma başvurması ve tedavi olma yükümlülüğünü yerine getirmesi anına kadar geçerli olmalıdır. Aksi halde şiddet uygulayan söz konusu altı aylık süreyi muayene dahi olmadan geçirdiğinde, tedavinin gerçekleşmesi için yeni bir tedbir kararı verilmesi gerekecektir. Muayene ve tedbir hususundaki karar, belirli bir sonucun gerçekleşmesine yöneliktir. Bu sebeple tedavi hususundaki tedbir kararı, sonucun oluşup oluşmadığı dikkate alınmaksızın altı aylık süre boyunca geçerli sayılmamalıdır. Nitekim şiddet uygulayan kişinin tedavisinin altı aydan fazla sürecek olması da söz konusu olabilir. Bu halde şiddet uygulayan altı aylık sürenin sonunda tedaviyi bırakabilecek ve onun tedaviye devam etmesi için yeni bir tedbir kararı alınması gerekecektir. İstanbul Sözleşmesi m 53 hükmünün ikinci fıkrası da ileri sürdüğümüz görüşleri desteklemektedir. Söz konusu m 53 hükmü uyarınca taraf devletler, kısıtlama ve koruma emirlerinin, “belirli bir zaman dilimi içerisinde veya değiştirilene ya da kaldırılıncaya kadar yürürlükte kalmasını” teminat altına almak üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirleri almakla yükümlü tutulmuştur. İstanbul Sözleşmesi, tedbir kararlarının tamamının belirli bir süre sınırına tabi olmasını şart koşmamış, aksine tedbir kararlarının amacına ulaşması gereken süre boyunca geçerli olmasını hedeflemiştir. Ancak tedbir kararının geçerli olacağı sürenin şiddet uygulayanın hak ve özgürlüklerini amaca aykırı ve özüne dokunacak şekilde sınırlamaması gerekir.

Şiddet uygulayanın muayene ve tedavisi yönündeki tedbir kararı, şiddet uygulayan kişinin şiddet teşkil eden davranışlarının azalmasına veya sona ermesine hizmet etmesi dolayısıyla büyük öneme sahiptir. Bununla birlikte şiddet uygulayanın bu tedbir kararının gereğini yerine getirmesi için zorlanması mümkün değildir. Dolayısıyla şiddet uygulayanın muayene olmak için tedavi merkezine başvurmaması halinde muayene ve tedavi için zorla tedavi merkezine götürülmesine olanak sağlayan bir hukuki düzenleme mevcut değildir.

Kanun koyucu MK m 432 vd hükümlerinde koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasını düzenlemiştir. Ancak koruma amacıyla özgürlüğün sınırlanması, 6284 sayılı Kanun'un amacından bütünüyle farklı olan bir amaca hizmet etmektedir. 6284 sayılı Kanun ile hedeflenen, Kanun'un kapsamında yer alan kişilerin şiddetten korunması iken, MK m 432 vd hükümlerinde amaç, bizzat özgürlüğü sınırlanan kişinin kendisinin korunmasıdır. Koruma amacıyla özgürlüğün sınırlanması, kanun koyucu tarafından bir takım şartlara bağlanmıştır. Şiddet uygulayan bakımından aynı zamanda MK m 432 vd hükümlerinin şartlarının da yerine gelmiş olduğu hallerde şiddet uygulayanın koruma amacıyla özgürlüğünün sınırlanması mümkündür. Bununla birlikte kanun koyucu MK m 432 vd hükümlerinde de zorla tedaviye imkân vermemektedir. Kişiliğinin korunması amacıyla özgürlüğü sınırlanan kişi, ancak özgürlüğünü sınırlayan kararda belirtilen kuruma zorla yerleştirilebilecek veya zaten söz konusu kurumdaysa zorla orada alıkonabilecektir. Söz konusu kişinin korunması için tedavi edilmesinin gerektiği hallerde, bunu mümkün kılan bir düzenleme olmaması dolayısıyla, zorla tedavi edilmesi söz konusu olamayacaktır.

Bu noktada hukuk düzenimizin taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler de dikkate alındığında, son derece istisnai hallerde zorla tedavinin mümkün kılındığının da unutulmaması gerekir. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin m 7 hükmü, ancak ciddi nitelikte bir akıl hastalığının varlığı halinde rıza olmaksızın tedaviye cevaz vermiştir. O halde, şiddet uygulayanın zorla tedavisine yönelik bir düzenleme, ancak şiddet uygulayanın ciddi nitelikte akıl hastası olması durumunda söz konusu olabilir. Zorla tedavi için kişinin akıl hastası olması da yeterli değildir. Şiddet uygulayanın sağlığının böyle bir tedavinin gerçekleşmemesi halinde ciddi bir tehlike ile karşı karşıya olması da ilgili Sözleşme'nin m 7 hükmünde şart koşulmuştur. Akıl hastası olan şiddet uygulayanın tedavi edilmemesinin başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olması da esasen bu şart kapsamında görülmelidir. Kadına karşı şiddet veya ev içi şiddet oluşturan vakıalarda akıl hastası olan şiddet uygulayanın tedavi edilmemesi, üçüncü kişilerin yaşam hakkını ve vücut bütünlüğünü ciddi bir tehlike ile karşı karşıya bırakmaktadır. Bu halde şiddet uygulayanın suç işlenmekten korunması, aynı zamanda kendi kişiliğinin ve sağlığının korunmasına da hizmet etmektedir.

Şiddet uygulayan hakkında verilmiş olan önleyici tedbir kararına rağmen tedaviye rıza göstermemesi halinde uygulanacak olan yaptırım, 6284 sayılı Kanun'un m 13 hükmü uyarınca zorlama hapsidir.

Eşlerin birbirlerine şiddet uygulaması, Medeni Kanun'da özel boşanma sebepleri arasında düzenlenmiştir. Medeni Kanun m 162 hükmüne göre, eşe karşı hayata kast, pek kötü muamele ya da onur kırıcı davranış mutlak boşanma sebepleridir. Eşi şiddet uygulamaya yönlendiren etkenin akıl hastalığı olması ihtimalinde, akıl hastalığının da bir takım şartların varlığı halinde MK m 165 uyarınca boşanma sebebi olduğu ifade edilmelidir. Bununla birlikte günlük yaşamda evli iken şiddete uğrayan kadınların boşandıktan sonra da boşandıkları eşleri tarafından şiddet gördükleri ya da ısrarlı takip teşkil eden fiillere maruz kaldıkları görülmektedir. Dolayısıyla boşanma birçok halde şiddet mağdurunun korunmasına yetmemekte, aksine şiddet failinin şiddet teşkil eden fiillerinin ve uyguladığı şiddetin artmasına yol açmaktadır. Kaldı ki özellikle belirli ağırlıktaki şiddet fiillerinin faileri, boşandıkları veya ayrıldıkları eşlerine şiddet uygulamaya devam etmeseler dahi, tedavi olmadıkları sürece toplum için tehlike teşkil etmeye devam ettikleri göz ardı edilmemelidir. Söz konusu kişilerin yeniden evlenmeleri veya yeni bir duygusal ilişkiye başlamaları halinde tekrar şiddet uygulamaya başlamaları da oldukça sık görülen bir sorundur. O halde, kadının, çocuğun ve ailenin korunması amacıyla, tedavi ile giderilebilecek veya etkisi azaltılabilecek bir etkenden dolayı şiddet uygulayan kişilerin hakkında verilmiş muayene ve tedavi hususundaki tedbir kararının ihlal edilmesinin bir takım diğer şartlarla geçici evlenme engeli olarak öngörülüp öngörülemeyeceği üzerinde tartışmak faydalı olacaktır. Nitekim kadının ve çocukların şiddetten korunmasının kamu düzeni ile doğrudan ilgili olması ve evlenme hakkının sınırlanabilen nisbi bir hak olması itibarıyla, bu yönde bir sınırlama, kadının, çocuğun ve ailenin korunmasına önemli derecede etki edebilecektir. Bu halde şiddet uygulayanın muayene ve tedavi tedbirini yerine getirmemesi evlenme engeli teşkil edecek, şiddet uygulayan, muayene ve tedavi olmakla beraber bu engelin ortadan kalkması söz konusu olabilecektir. Söz konusu etkenlerin tedavi ile giderilebilecek nitelikte olmadığı hallerin ise somut olayın şartlarına göre, MK m 145, b 4 kapsamında evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığı olarak nitelendirilmesi söz konusu olabilir.

Şiddet teşkil eden davranışlar oldukça çeşitlilik arz etmekte olup, şiddet mağdurları üzerinde yarattığı etki de farklıdır. Şiddet uygulayan hakkında önerilen şekilde geçici bir evlenme engeli getirilebilmesi için, şiddet teşkil eden davranışların aynı zamanda kamu düzenini de tehdit edecek nitelikte olması gerekir. Bu halde şiddet uygulayanın kadının veya aile bireylerinin yaşam hakkını veya vücut bütünlüğünü ihlal etmiş olması veya ihlali konusunda ciddi nitelikte tehdit oluşturması aranmalıdır. Bu kapsamda eşinin hayatına kast etmek veya çocuğunu ya da ailedeki diğer çocukları cinsel istismara maruz bırakmak, aile bireylerine işkence etmek, onları aç bırakmak veya özgürlüklerinden yoksun bırakmak, bir kadını yaşamını çekilmez kılacak şekilde ısrarlı biçimde takip etmek gibi haller örnek mukabilinden sayılabilir. Burada önerilen geçici evlenme engeli, şiddet uygulayanların cezalandırılması amacına değil, onların şiddet teşkil eden davranışlara karşı toplumdaki diğer bireylerin korunmasına hizmet etmektedir.

Bir kimsenin hakkında tedavi hususunda verilmiş olan tedbir kararını ihlal etmesi halinde, söz konusu kişinin çocuklarının veya bu kişinin mensup olduğu ailede yaşayan çocukların korunması, büyük bir önem arz etmektedir. Nitekim şiddet uygulayanın tedavi olmaması, bu kişinin ileride tekrar şiddet uygulayacağı hususunda ciddi nitelikte bir tehlike yaratmaktadır. Küçüklerin şiddet mağduru olmaları için şiddet teşkil eden davranışların kendilerine yöneltilmiş olması gerekmez. Bir küçüğün şiddetten etkilenmesi için şiddete tanık olması dahi yeterli görülebilir. Önemli olan küçüğün aile içinde yaşanan şiddetten etkilenmesi veya etkilenmesi hususunda tehlikenin bulunmasıdır. Tüm bu hallerde hâkim, ayrıca MK m 346 ve devamında yer alan hükümler ile düzenlenmiş olan önlemlere de başvurabilecektir. Kanun koyucu, 6284 sayılı Kanun'un m 5/III hükmünde bu hususu açıkça öngörmüştür. Nitekim İstanbul Sözleşmesi de taraf devletlere, şiddet vakıalarında çocuklarla kişisel ilişki kurulması ve velayet hakları hususunda tedbir alma yükümlülüğü getirmiştir. Somut olayda küçüğün başka türlü korunamayacağını anlaşılmaması halinde, MK m 348 hükmünde sayılan şartların da varlığı ile velayetin kaldırılması gündeme gelebilecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Akın M, “Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Belirtilmeyen Tedbirlere Hükmedilmesi ve Danışmanlık Tedbirinin Uygulanması” (2007) 14 Terazi Hukuk Dergisi 93-102.
- Akıntürk T and Ateş D, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C 2* (20. Bası, Beta 2017).
- Akkuş S and Yıldırım Ş, “Erkeklerin Kadına Yönelik Fiziksel Şiddet Uygulamasına Etki Eden Faktörlerin İncelenmesi” (2018) 17 (IV) GAUN JSS 1368 – 1388.
- Arslan G, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Özel Yaşam Hakkına Müdahaleyle Elde Edilmiş Deliller Hakkındaki Güncel Kararlarının İlgili Paragrafları” in Yener Ünver (ed) *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Özel Yaşam (VII) Medya ve Ceza Hukuku* (Seçkin 2007) 465-475.
- Arslan-Öncü G, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu ve Bununla Mücadele Araçları” (2012) 32(2) MHB 1-37 (‘MHB’).
- Arslan-Öncü G, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Özel Yaşamın Korunması Hakkı* (Beta 2011) (‘Özel Yaşam’).
- BM, ‘İnsani Gelişme Raporu’ (2016).
- BM, Binyıl Kalkınma Hedefleri Raporu (Türkiye 2010).
- Bölükbaşı Ö, *6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Kadının ve Aile Bireylerinin Korunması* (Yetkin 2015).

- Çakmak, UR 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Evlenme Hakkı' (2017) 25(2) SÜHFD 163-184.
- Çalışkan H and Çevik Eİ, 'Kadına Yönelik Şiddetin Belirleyicileri: Türkiye Örneği' (2018) 7(14) BJSS 218-233.
- Demirkır Ünlü M, *Kadına Yönelik Şiddet ve Aile- İçi Şiddet: İstanbul Sözleşmesi'nin (Kadına Yönelik Şiddet ve Aile-İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi) Ulusal Hukuk Açısından Değerlendirilmesi* (Legal 2012).
- Doğru O and Nalbant A, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C 2* (Legal 2013).
- Dural M, Ögüz T and Gümüş A, *Türk Özel Hukuku- Cilt III-Aile Hukuku* (Filiz 2019).
- Dündar Sezer T, *İnsan Hakları Hukuku Açısından Kadınlara Yönelik Şiddet* (Turhan 2019).
- Elçin Grassinger G, *Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler* (On İki Levha 2009).
- Explanatory Report to the Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, < <https://rmcoe.int/16800ccde5>> Erişim Tarihi 12 Nisan 2020.
- Devlet Planlama Teşkilatı, Türkiye 2010 Binyıl Kalkınma Hedefleri Raporu, 29-32 <http://www.surdurulebilirlikalkinma.gov.tr/wp-content/uploads/2016/07/UNDP-TR-TR-2010-MDG_Report_TR.pdf> Erişim Tarihi 12 Nisan 2020.
- Genç Arıdemir A, 'Aile Hukuku Bakımından Önem Taşıyan Kadın Haklarına İlişkin Uluslararası Belgeler ve Bunların Türk Hukukuna Etkisi' iç İstanbul Kadın Kuruluşları Birliği (edt) *Prof. Dr. Necla Arat'a Armağan* (Beta 2004) 153-186,
- Gözübüyük Ş and Gölcüklü F, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (Turhan 2009).
- İmamoğlu SH, 'Hukuki Açidan, Özellikle Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasına İlişkin Hükümler Çerçevesinde Zorla Tedavi' (2012) VII (3-4) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 29-59.
- Kandemir FE, *Kadına Karşı Şiddet ve Ailenin Korunması Sorununun Türk Hukuk Mevzuatı ve Uluslararası Sözleşmelerdeki Yeri* (Seçkin 2018).
- Karakaya R, *Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun* (2. Bası, Adalet 2018).
- Kelly L, 'Erkekleri Değiştirmede Karşılaşılan Zorluklar: Saldırganlara Uygulanan Programlardan Çıkarılacak Dersler' in İstanbul Barosu Kadın Hakları Uygulama Merkezi (ed) *Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı* (İstanbul Barosu 2002) 107-121.
- Kılıçoğlu A, *Aile Hukuku* (4th edn, Turhan 2019).
- Meclis Araştırma Komisyonu Raporu (Esas No: 10/148).
- Mertoğlu M, 'Aile İçinde Şiddet Uygulayan Erkeklerin Mağduriyetleri' (2012) VIII (97-98) Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 50-80.
- Moroğlu N, *Kadınların İnsan Hakları Sözleşmesi* (On İki Levha 2009).
- Moroğlu N, 'Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi-6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi' in Nazan Moroğlu (ed) *Kadına ve Aile İçi Şiddete Son Vermek İçin Elele* (2nd edn, Türk Üniversitesi Kadınlar Derneği 2012) 48-71 ('TÜKD').
- Özgenç İ, 'Şiddet Uygulayan Kişinin Zorlama Hapsine Tabi Tutulması' (2012) VIII (97-98) Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 59-61.
- Öztan B, *Aile Hukuku* (6th edn, Turhan 2015).

- Polis Akademisi, 'Dünyada ve Türkiye'de Kadın Cinayetleri-2016-2017-2018 Verileri ve Analizler' (2019), <https://www.pa.edu.tr/Upload/editor/files/Kadin_Cinayetleri_Rapor.pdf> Erişim Tarihi 12 Nisan 2020.
- TBMM Kadına Yönelik Şiddetin Sebeplerinin Araştırılarak Alınması Gereken Önlemleri Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu (8 Mayıs 2015), <<https://www.tbmmgov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss.717-bolum-1.pdf>> Erişim Tarihi 12 Nisan 2020.
- TBMM, Adalet Komisyonu Raporu, 24. Yasama Dönemi, 2. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 181, <<https://www.tbmmgov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss181.pdf>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2020.
- TC Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı-Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, 'Türkiye'de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması' (2014), <http://www.hips.hacettepe.edu.tr/TKAA2014_Ozet_Rapor.pdf> Erişim Tarihi 10 Nisan 2020.
- Thomas Geiser, 'Art 397a' in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Thomas Geiser (eds) *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I* (3rd edn, Helbing & Lichtenhahn 2006).
- Tuor P, Schnyder B, Schmid J and Rumo-Jungo A, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (13th edn, Schulthess 2009).
- UNDP, '2016 İnsani Gelişme Raporu', (2016), <<https://www.undp.org/content/dam/turkey/docs/hdr2016/HDR%202016%20Overview%20TR.pdf>> Erişim Tarihi 12 Nisan 2020.
- WHO, 'Women and Health Today's Evidence Tomorrow's Agenda' (2009), <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44168/9789241563857_engpdf?sequence=1&isAllowed=y> Erişim Tarihi 10 Nisan 2020.
- WHO, 'World report on violence and health: summary' (Geneva, 2002). <https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/summary_en.pdf> Erişim Tarihi 10 Nisan 2020.

Arktik Bölgesi'nin 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Evaluation of the Arctic within the Framework of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea

Nesrin Singil¹

Öz

Son yıllarda Arktik Bölgesi'nde buzulların erimesi neticesinde sera gazlarının salınımı gibi birtakım zorluklar ile karşı karşıya kalınmıştır. Diğer taraftan, yeni su yollarının açılması, doğal gaz, petrol gibi doğal kaynakların keşfinin kolaylaşmasını sağlayarak, kıyı devletleri bakımından birtakım imkânları da beraberinde getirmiştir. Bu durumun ise, Bölge'nin önemini artırdığı açıktır. Bu nedenle Bölge'de, özellikle kıyı devletleri deniz alanlarını genişletme eğilimi göstermektedir. Arktik'te ortaya çıkan deniz alanlarına ilişkin sorunların çözümünde, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin dikkate alınması gerekmektedir. ABD dışındaki Arktik devletleri, bu Sözleşme'ye taraftır. Ancak ABD de bu Sözleşme'nin uluslararası örf ve âdet hukuku haline gelmiş hükümleri ile bağlıdır. Ayrıca bölgedeki yönetişimin sağlanması, deniz kirliliğinin önlenmesi gibi hususlarda da bu Sözleşme'ye ihtiyaç duyulmaktadır. Bu çalışmada Arktik Bölgesi, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi çerçevesinde ele alınmıştır. Çalışmanın birinci bölümünde, ilk olarak Bölge'nin genel özellikleri incelenmiştir. Daha sonra, Bölge'de iş birliği ihtiyacının bir sonucu olarak ortaya çıkmış olan Arktik Konseyi'ne değinilmiştir. Ardından ise, küresel iklim değişikliğinin Bölge üzerindeki etkilerinin gösterilmesi amaçlanmıştır. Çalışmanın ikinci bölümünde ise, BMDHS bakımından Arktik Bölgesi ele alınmıştır. Bu çerçevede ilk olarak, Bölge'ye yönelik özel bir düzenleme diyebileceğimiz, 'buzla kaplı alanlar' başlıklı 234. madde ele alınmıştır. Ardından ise, Arktik Bölgesi'nin deniz alanları detaylandırılmıştır. Bu bağlamda, Arktik Bölgesi'nde karasuları, boğazlar, kıta sahanlığı, münhasır ekonomik bölge ve açık denizler ayrı başlıklar altında ele alınmış ve bu deniz alanları, Sözleşme'nin ilgili hükümleri çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Arktik Bölgesi, İklim Değişikliği, Buzla Kaplı Alanlar, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, Deniz Alanları, Deniz Alanlarının Sınırlandırılması

Abstract

In recent years, the Arctic has faced problems such as the release of greenhouse gases as a result of melting glaciers. On the positive side, new waterways have created new opportunities in the region and facilitated the exploration of natural resources, including natural gases and oil in the coastal states. These developments elevated the importance of the Arctic and expanded the maritime areas along the coastal states. The Arctic and the issues related to its surrounding maritime areas are managed under the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea. This Convention is essential to ensuring the governance in the region and the prevention of marine pollution. Arctic states, with the exception of the USA, are party to it. However, the USA is bound to the provisions considered international customary law. In this study, the Arctic is discussed within the framework of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea. First, the general characteristics of the region are examined. Second, the Arctic Council, which emerged as a result of the need

* Sorumlu Yazar: Nesrin Singil (Arş. Gör.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: nesrinsingil@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-1983-178X

Atrf: Singil N, "Arktik Bölgesi'nin 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi" (2020) 40(2) PPII 1023. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.805609>

for cooperation in the region, is reviewed. Third, we cover the effects of global climate change. In the second part of the study, the Arctic is discussed in terms of UNCLOS. In this framework, Article 234 with the title “ice-covered areas,” which we call “a special arrangement” for the region, is discussed. Finally, the maritime areas of the Arctic are defined. Within this scope, territorial sea, straits, continental shelf, exclusive economic zone, and the high seas in the Arctic have been handled under separate titles. These maritime areas have been evaluated within the framework of the relevant provisions of the Convention.

Keywords

Arctic, Climate Change, Ice-Covered Areas, United Nations Convention on the Law of the Sea, Maritime Areas, Maritime Delimitation

Extended Summary

The Arctic is located in the northernmost part of the world. It covers the north pole and the Arctic Ocean covered with ice in the Arctic circle. Eight states compose the Arctic: Denmark, Canada, Iceland, Finland, Norway, Russia, United States of America (USA), and Sweden. However, five of these states should be examined mainly in the context of problems within the region. These states, referred to as “the Arctic Five,” are Denmark, Canada, Norway, Russia, and the USA.

The protection of the fragile structure of the Arctic has forced the coastal states to cooperate. The most important of these cooperation structures is the Arctic Council, which was established by the Arctic states in 1996. The Council is essential for environmental protection in the Arctic.

In recent years, developments caused by climate change have increased the importance of the area. Climate change led to an increase in global temperature. Therefore, some problems such glacial melting in the polar cap, the increase in sea level, the flooding of some states’ coastlines, and extreme weather conditions have emerged. Industrialization is the main reason for these problems. The increase in the emission of harmful gases as a result of industrial activity is the causatory factor in this change. As a result of melting glaciers, greenhouse gases, accumulated in the frozen soil for centuries, will be released. This situation will cause irreversible damage for the future of the earth.

In contrast to the damages caused in the Arctic, climate change also brings benefits for coastal states, such as the two new waterways: the Northeast Passage and the Northwest Passage. Furthermore, natural resources such as natural gases and oil have become easier to explore. While the developments in the region benefit the coastal states, they have led to problems in the maritime areas. Arctic states tended to expand their maritime areas leading to overlap between the coastal states. Although states try to resolve these problems with bilateral or multilateral agreements, unresolved issues remain. For this reason, “*the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea*” (UNCLOS) primarily addresses the problems related to maritime areas.

As stated, Arctic states have become a party to UNCLOS, except for the USA. Nevertheless, the USA is bound by the provisions considered customary international law. There is a special regulation in Article 234 titled “*ice-covered areas*” in the Convention. This Article, on the other hand, regulates the authority to make a regulation only for the prevention of marine pollution.

In this study, we discuss the condition of being an archipelago state in the context of UNCLOS. In addition to the archipelago state, territorial sea is analyzed. It should be stated that scientific research on the territorial sea of the coastal states requires explicit consent of the coastal state. Three conflicting straits with international status are discussed in this study. In addition, applications of Russia, Canada, Denmark and Norway to the *Commission on the Limits of the Continental Shelf (CLCS)*, regulated in Annex II of the Convention, are reviewed in determining the outermost limit of the continental shelf. It should be noted that the jurisdiction of the CLCS is limited to non-overlapping areas. In other words, coastal states need to come to agreement on overlapping areas. Similarly, the exclusive economic zone delimitation issues between the parties is discussed in this study. Finally, an assessment of high seas is made within the framework of UNCLOS and “*the 2018 Agreement to Prevent Unregulated High Seas Fisheries in the Central Arctic Ocean.*” We conclude with an evaluation of whether the UNCLOS is sufficient in terms of solving the conflicts between the states in the Arctic.

Arktik Bölgesi'nin 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Giriş

Dünya'nın en kuzeyinde bulunan Arktik Bölgesi'nin, bilhassa kıyı devletleri bakımından önemi gün geçtikçe artmaktadır. Özellikle dünyanın dört bir yanında gerçekleşen endüstriyel faaliyetler neticesinde ortaya çıkan zararlı gazlar, küresel iklim değişikliği ile karşı karşıya kalınmasına yol açmıştır. Ortalama küresel sıcaklığın artışı, pek çok problemi de beraberinde getirmiştir. Ortaya çıkan bu problemlerden biri de kutuplardaki buz kütlelerinin erimesidir. Bu erime neticesinde deniz seviyesinde yükselmeler yaşanacak ve bu yükselmeler bazı kıyı şeritlerinin sular altında kalmasına sebep olacaktır. Bir diğer deyişle, bazı kıyıları yok olma tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır.

İklim değişikliğinin getirdiği dezavantajların yanı sıra, bu değişikliğin Arktik Bölgesi'ndeki kıyı devletlerinin çıkarına olan birtakım avantajları da beraberinde getirdiği söylenmektedir. Buna göre, buz kütlelerinin erimesi Bölge'de yeni su yollarının ortaya çıkmasını sağlamıştır. Günümüzde çok aktif olarak kullanılmayan bu su yollarının gelecekte kullanıma daha elverişli bir hale gelmesiyle birlikte, seyrüsefer süresini kısaltacağı tahmin edilmektedir. Ayrıca, buz kütlelerinin erimesi, Bölge'de bulunan doğal gaz ve petrolün keşif ve çıkarılması faaliyetlerini de kolaylaştırmıştır. Bu sebeplerden ötürü, Bölge'deki aktörler arasında deniz alanlarını genişletmeye yönelik eğilimlerin arttığı görülmektedir. Bölge'nin öneminin artması, deniz alanlarına dair ortaya çıkan meseleler ve bunların çözümünde 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (BMDHS) ele alınmasını gerekli kılmıştır. Öncelikle Sözleşme'de özel olarak tek bir düzenlemeye yer verilmesinin, Bölge bakımından bu Sözleşme'nin diğer hükümlerine başvurulamayacağı anlamına gelmediği belirtilmelidir. ABD dışındaki Arktik devletleri BMDHS'ye taraftır ve bu Sözleşme'nin hükümleri ile bağlıdır. Sözleşmeye taraf olmayan ABD'nin ise, Sözleşme'nin uluslararası örf ve âdet niteliğini almış hükümleri ile bağlı olduğunu belirtmek gerekir. Bu Sözleşme'nin Bölge bakımından yapılacak düzenlemeler, sınırlandırmalar gibi hususlarda yeterli olup olmadığı hususunun ise değerlendirilmeye ihtiyacı bulunmaktadır.

İki bölümden oluşan bu çalışmanın birinci kısmında Arktik Bölgesi genel özellikleri ile alındıktan sonra, Bölge'deki iş birliği bakımından büyük önemi haiz olan Arktik Konseyi (*The Arctic Council*) ele alınmıştır. Ardından Bölge'ye gözlerin çevrilmesine sebep olan iklim değişikliği ve bu değişikliğin Bölge'ye etkileri detaylandırılmıştır. Çalışmanın ikinci bölümünde ise, özel olarak buzla kaplı alanlar bakımından BMDHS'de tek düzenleme diyebileceğimiz 234. madde ele alınmıştır. Daha sonra ise, deniz alanlarına ilişkin uyuşmazlıklar ayrı başlıklar altında incelenmiş ve her bir deniz alanı bakımından BMDHS'de yer alan düzenlemelere değerlendirilmiştir.

I. Arktik Bölgesi ve İklim Değişikliğinin Bölgeye Etkileri

A. Arktik Bölgesi'nin Genel Özellikleri ve Önemi

Dünyanın en güneyinde bulunan okyanus ile çevrili bir kıta olan Antartika'nın aksine, dünyanın en kuzeyinde bulunan Arktik Okyanusu'nun kara parçaları ile çevrili olduğu görülmektedir. Ayrıca günümüzde 1920 tarihli "*Spitsbergen Takımadaları Andlaşması*¹" dışında Antartika Bölgesi'nde olduğu gibi Arktik Bölgesi'ne dair kapsamlı bir andlaşma da bulunmamaktadır².

Arktik Bölgesi'nin tek bir coğrafi tanımı olmayıp, farklı şekillerde tanımlanması mümkündür. Bu bağlamda, "*Arktik çemberi içerisinde bulunan buzlar ile kaplı kuzey kutbu ve Arktik Okyanusu'nu kapsayan alan*³" olarak tanımlanabilir. Çoğu bilim insanına göre, "*ekvatorun yaklaşık 66,5° kuzeyindeki bir enlem çizgisi olan Kuzey Kutup Dairesi içerisinde kalan alan*⁴" olarak da tanımlanmaktadır.

Bölge'nin çok karmaşık bir jeolojik geçmişi olup Bölge, iki ana tektonik levha olan Kuzey Amerika ve Avrasya Levhası ve bir mikro plakadan oluşmaktadır. Gekkel Sırtı, Kuzey Amerika Levhası ile Avrasya Levhasını birbirinden ayırmaktadır⁵. Arktik Okyanusu'nun derinleri, Kanada, Norveç, Grönland, Rusya ve ABD kıyıları ile çevrilidir. Havzanın merkezine uzanan, Alaska'nın kuzeyinde bulunan Chukchi Platosu, Grönland'ın kuzeyinde bulunan Morris Jessup Platosu ve Svalbard'ın kuzeyinde bulunan Yermek Platosu gibi deniz altı oluşumlara rastlanmaktadır⁶. Arktik Okyanusu Havzası'nın merkezinde boydan boya uzanan Lomonosov Sırtı, Gakkel Sırtı ya da bir diğer adıyla Orta Arktik Okyanusu Sırtı ve Alpha-Mendelev Sırtı, bölgeyi birkaç küçük havzaya bölmektedir.

Lomonosov Sırtı, Rusya açıklarındaki Yeni Sibirya Adaları'ndan, Grönland ve Kanada'daki Ellesmere Adası açıklarına yakın bir bölgede uzanmaktadır. Bu Sırt, Orta Arktik Havzası'nı Amerasia Havzası ve Avrasya Havzası olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Avrasya Havzası, Gakkel Sırtı ile ayrılan Nansen Havzası ve Amundsen Havzası'ndan oluşurken, Amerasia Havzası, Podvodnikov ve Makarov Havzaları ile Kanada Havzası'ndan oluşmaktadır. En büyük sırt olan Alpha-Mendelev Sırtı ise, Podvodnikov Havzası ve Makarov Havzası'nı Kanada Havzası'ndan ayırmaktadır⁷.

1 Status of Spitsbergen (signed 9 February 1920, entered into force 14 August 1925) 18 British Treaty Series 269 (1924) (SS) <<https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000002-0269.pdf>> Erişim Tarihi 20.09.2020.

2 Mel Weber, 'Defining the Outer Limits of the Continental Shelf across the Arctic Basin: The Russian Submission, States' Rights, Boundary Delimitation and Arctic Regional Cooperation', (2009) 24 *The International Journal of Marine and Coastal Law* 657.

3 Burcu Güçlü Akpınar, 'Uluslararası Hukuk Çerçevesinden Arktik Güvenliği Politikalarının Analizi: Rusya ve ABD Örneği' (2017) 16(2) *Savunma Bilimleri Dergisi* 85.

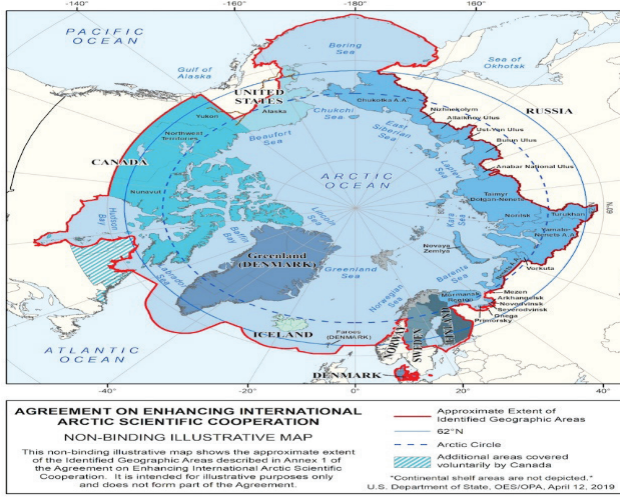
4 <<https://www.nationalgeographic.org/encyclopedia/arctic/>> Erişim Tarihi 12.09.2020.

5 Kennedy Cameron, 'Examining the Russian Federations claim to extend their Exclusive Economic Zone within the Arctic' (2020) *The Henry M. Jackson School of International Studies, University of Washington*, <<https://jsis.washington.edu/news/examining-the-russian-federations-claim-to-extend-their-exclusive-economic-zone-within-the-arctic/>> Erişim Tarihi 12.09.2020.

6 Weber (n 2) 658.

7 Weber (n 2) 658-659.

Bölge’de, Danimarka, Kanada, İzlanda, Finlandiya, Norveç, Rusya, Amerika Bileşik Devletleri ve İsveç olmak üzere sekiz tane devlet bulunmaktadır. Ancak esas olarak araştırmalar bakımından önem arz eden bölge Arktik Okyanusu’nun kıyıları olup burada, Arktik beşi/beşlisi de denilen ABD, Kanada, Rusya, Norveç ve Danimarka yer almaktadır⁸.



Harita 1: Arktik Bölgesi⁹

Bu devletler arasından Norveç kıyı şeridinin neredeyse üçte birinin, Lotofen Adaları’nın güneyinden Barents Denizi’ndeki Rusya sınırına kadar uzanan kısımda bulunduğu söylenebilir. Ayrıca bu kıyı şeridinin bir özelliği ise üzerinde buz kütesinin bulunmamasıdır¹⁰. Kuzey Burnu’nun 350 deniz mili kuzeyinde Svalbard Takımadaları¹¹(eski adıyla Spitsbergen) bulunmaktadır.

Buzulların hızlı bir biçimde erimeye başlaması ve bölgede artan deniz trafiği, Barents Denizi ve Bering Denizi bakımından Arktik kıyı devletlerinin zorluklar ile mücadele edilmesinde iş birliğine önem vermelerini sağlamıştır¹². İzlenen rotaların kısalması neticesinde zaman ve maliyetten tasarruf beklentisi, Rusya’nın Kuzeydoğu

8 Güçlü Akpınar (n 3) 85.

9 <<https://www.arctic.gov/science-agrmt.html>> Erişim Tarihi 20.09.2020.

10 Robin R. Churchill, ‘Claims to Maritime Zones in The Arctic-Law of the Sea Normality or Polar Peculiarity?’ in Alex G. Oude Elferink, Donald R. Rothwell (eds) (Marthinus Nijhoff Publishers, 2001) *The Law of the Sea and Polar Maritime Delimitation and Jurisdiction* 106.

11 Svalbard Takımadaları’nın statüsü 1920 yılından önce *terra nullius* idi. 1920 yılında Versailles Barış Konferansı’nda Speilbergen Takımadaları ile ilgili bir Andlaşma ile (*Spitsbergen Takımadaları Andlaşması*) Norveç egemenliğine tabi kılınmıştır, ibid 106.

12 Andreas Østhagen, ‘High North, Low Politics—Maritime Cooperation with Russia in the Arctic’ (2016) 7(1) *Arctic Review on Law and Politics* 84.

Geçidi (Kuzey Denizi Rotası) ile Kanada'nın Kuzeybatı Geçidi'nden geçişlerin artmasına sebep olmuştur¹³.

İklim değişikliğinin bir sonucu olarak buz tabakalarının erimesi, Bölge'de doğal kaynakların keşfini de kolaylaştırmıştır. Bu bağlamda, Arktik'te bulunan doğal kaynakların Kanada ve Alaska tarafından, ticari kullanımının doğuşu 1920'lere kadar uzanmaktadır. Bununla birlikte esas olarak 20. Yüzyılın ikinci yarısından günümüze kadar faaliyetlerin hız kazandığı, küresel pazarlar için “doğal kaynak deposu” olarak görülen Arktik'in, siyasi ve akademik alanda önemini arttırdığını belirtmek gerekir¹⁴. 2008 yılında, Amerika Birleşik Devletleri Jeolojik Araştırması ile Arktik Çemberi'nin kuzeyinde 25 farklı yerde keşfedilmemiş konvansiyonel petrol ve doğal gaz kaynaklarının nicel değerlendirmesi yapılmıştır. Bu araştırma neticesinde keşfedilmemiş petrol kaynaklarının %70'inden fazlasının, Arktik Alaska Havzası, Amerasia Havzası, Doğu Grönland Yarığı Havzası, Doğu Barent Havzası ve Batı Grönland-Doğu Kanada Havzası olmak üzere, esas olarak beş havzada bulunduğu dile getirilmiştir¹⁵. Günümüzde henüz çıkarılmamış olan petrol kaynaklarının %13'ü, doğal gazın %30'u ve sıvı doğal gazın ise %20'sinin bu Bölge'de bulunduğu tahmin edilmektedir¹⁶.

Bununla birlikte, küresel ısınma neticesinde gelecekte yaşanabilecek olan 1 ya da 2 C°'lik bir artışın Bölge'de ciddi tehlikeler doğurabileceği unutulmamalıdır. Bu bağlamda ısınma neticesinde sürekli donmuş halde bulunan toprağın çözünmesi, uzunca bir süredir toprağın içerisinde depolanmış olan karbonun açığa çıkmasına yol açabilecektir. Bu durum ise dünyanın sera gazı tehdidi ile karşı karşıya kalması anlamına gelmektedir¹⁷.

Arktik'in özel yapısı yukarıda da belirtildiği gibi Bölge'deki aktörlerin iş birliği içerisinde olmasını gerektirmiştir. Bu çerçevede Arktik devletleri, bölgesel yönetişimin sağlanması amacıyla, başta Arktik Konseyi olmak üzere, Barents Avrupa-Arktik Konseyi ve Kuzey Forumu gibi iş birliği yapılarını oluşturmuşlardır¹⁸. Yine bu kapsamda yakın tarihli bir gelişme olarak 7 Mayıs 2019'da sekiz Arktik devleti ile Arktik Konseyi'nin altı daimî katılımcısı ve çalışma grupları bir araya gelerek Arktik'te sürdürülebilir kalkınma ve Arktik çevresinin korunması bakımından barış, istikrar ve iş birliğinin sağlanması amacıyla ortak bir Bildiri yayımlamıştır¹⁹.

13 David L. VanderZwaag, 'Climate Change and the Shifting International Law and Policy Seascape for Arctic Shipping' in Randall S. Abate and Robin Kundis Craig (eds) (Oxford 2015) *Climate Change Impacts on Ocean and Coastal Law: U.S. and International Perspectives* 300.

14 Hanna Lempiinen, *Arctic Energy and Social Sustainability* (Palgrave Pivot Switzerland 2019) 2.

15 Irena Valková, 'Claiming the Arctic: on the legal geography of the northernmost sovereignty dispute' (2017) 7 *The Polar Journal* 143.

16 Güçlü Akpınar (n 3) 85.

17 ibid 86.

18 Weber (n 2) 657.

19 Rovaniemi Joint Ministerial Statement 2019 (7 May 2019) <<https://oaarchive.arctic-council.org/handle/11374/2342>> Erişim Tarihi 01.12.2020.

B. Arktik Konseyi

Arktik'teki iş birliği yapılarının en başında gelen Arktik Konseyi, 19 Eylül 1996 yılında “*Ottawa Deklarasyonu (Declaration on the Establishment of the Arctic Council)*”²⁰ ile kurulmuştur. Konsey, Arktik meselelerini ele almak amacıyla üst bir örgütte çok sayıda aktörü bir araya getirmiştir. Ottawa Deklarasyonu’nda Konsey’e üye devletler; Kanada, Danimarka, Finlandiya, İzlanda, Norveç, Rusya ve Amerika Birleşik Devletleri yani kısaca Arktik devletleri olarak sayılmıştır.

13 devlet, 13 hükümetlerarası ve parlamentolararası örgüt ve 12 sivil toplum kuruluşu Arktik Konseyi’nde gözlemci statüsüne sahiptir²¹. Ayrıca daimî katılımcılar olarak, Aleut Uluslararası Birliği (AIA), Arktik Athabaskan Konseyi (AAC), Gwich’in Uluslararası Konseyi (GCI), Inuit Dolaykutupsal Konseyi (ICC), Rusya Kuzey Yerli Halkları Birliği (RAIPON) ve Saami Konseyi bulunmaktadır²².

Arktik Konseyi’nin, Arktik devletleri, Arktik yerlileri ve diğer sakinleri arasında, özellikle Arktik Bölgesi’ndeki sürdürülebilir kalkınma ve çevrenin korunması konularında, ortak Arktik meselelerinde iş birliği, koordinasyon ve etkileşimi teşvik eden hükümetlerarası bir forum²³ olduğu beyan edilmiştir. Ancak bir forum olmasının yanında, Konsey’in bir araştırma kuruluşu olduğunu da belirtmek gerekir. Esas faaliyetlerden olan, Arktik’in çevresi ve kalkınması konularında araştırma yapan altı tane çalışma grubu bulunmaktadır. Ayrıca, düzenli olarak belirli konuların belirli zaman diliminde araştırılabilmesi amacıyla çalışma kolları da kurulmuştur. Yapılan araştırma faaliyetleri neticesinde elde edilen raporlar, istatistikler gibi belgeler, Arktik meselelerinin çözümünde ve bölgede izlenecek politika bakımından önem arz etmektedir²⁴.

Konsey, Arktik devletleri arasında akdedilen üç önemli anlaşmanın müzakeresi için de bir görev üstlenmiştir. Bu bağlamda, 2011 yılında “*Arktik’te Havacılık ve Denizcilik Arama ve Kurtarma İş Birliği Anlaşması*”, “*Arktik’te Petrol Kaynaklı Deniz Kirliliğine Hazırlık ve Müdahale Konusunda İş Birliği Anlaşması*” ve 2017 yılında “*Uluslararası Arktik Bilimsel İş Birliğini Geliştirme Anlaşması*” imzalanmıştır²⁵.

Arktik Konseyi Başkanlığı, iki yılda bir Arktik Devletleri arasında dönüşümlü olarak yerine getirilmektedir. Bu bağlamda ilk başkanlık yapan devlet 1996-1998

20 Declaration on the Establishment of the Arctic Council (signed 19 September 1996) (Ottawa Declaration) <<https://oarchive.arctic-council.org/handle/11374/85>> Erişim Tarihi 12.09.2020.

21 <<https://arctic-council.org/en/about/observers/>> Erişim Tarihi 12.09.2020.

22 <<https://arctic-council.org/en/about/permanent-participants/>> Erişim Tarihi 12.09.2020.

23 DEAC (n 20) art 1.

24 Andreas Kuersten, ‘Arctic Five Versus the Arctic Council’ (2016) *Arctic Yearbook, Briefing Notes* <<https://arcticyearbook.com/arctic-yearbook/2016/2016-briefing-notes/205-the-arctic-five-versus-the-arctic-council/>> Erişim Tarihi 12.09.2020.

25 Anlaşmaların tam metinleri için bkz Agreement on Cooperation on Aeronautical and Maritime Search and Rescue in the Arctic (signed 12 May 2011) <<https://oarchive.arctic-council.org/handle/11374/531>> Erişim Tarihi 12.09.2020; Agreement on Cooperation on Marine Oil Pollution Preparedness and Response in the Arctic (signed 15 May 2013) <<https://oarchive.arctic-council.org/handle/11374/529>> Erişim Tarihi 12.09.2020; Agreement on Enhancing International Arctic Scientific Cooperation (11 May 2017) <<https://oarchive.arctic-council.org/handle/11374/1916>> Erişim Tarihi 12.09.2020.

yılları arasında Kanada olmuştur. Günümüzde ise 2019-2021 dönemi için Konsey'in Başkanlığı'nı İzlanda yürütmektedir²⁶.

C. İklim Değişikliği ve Arktik Bölgesi'ne Etkileri

Küresel iklim değişikliğinin, ekosistem üzerindeki olumsuz etkilerinin gün geçtikçe arttığı görülmektedir. Bu değişiklik neticesinde sadece hava sıcaklığı yükselmekte, aynı zamanda buz kütleleri erimekte ve deniz seviyesinde bir yükselme gözlemlenmektedir. Ortalama küresel sıcaklığın artması, kuraklık ve sel felaketlerine, hava durumunda aşırı değişikliklerin meydana gelmesine ve deniz seviyesinde olan kıyı ve adaların sular altında kalması tehlikesi ile karşı karşıya kalmasına yol açmaktadır²⁷.

Elbette ki iklim değişikliğine sebep olan faaliyetlerin tamamı, Arktik'teki aktivitelerden kaynaklanmamaktadır. Özellikle Dünya'nın diğer kısmındaki endüstriyel faaliyetler neticesinde oluşan sera gazı salınımı, değişiklikteki en büyük etkidir²⁸. Yeni ekonomik aktiviteler, doğalgaz ve petrol kaynaklarının keşfi ve çıkarılması, denizcilik ve düzensiz balıkçılık faaliyetleri bu kapsamda değerlendirilebilir²⁹. Küresel iklim değişikliğinin, dünyadaki tüm canlılar bakımından yeni birtakım zorluklar ortaya çıkardığı ve çıkarmaya da devam ettiği yadsınamaz bir gerçektir. Bu durum ise aslında daha önce bildiklerimizin artık geçerli ve yeterli olmadığını da bizlere göstermektedir³⁰.

Yıllık olarak ortalama %5-10 arasındaki buz kütlelerindeki azalma oranı, yaz mevsiminde çok daha belirgin bir şekilde %10-15 oranlarını bulabilmektedir³¹. 2007 yılının ilkbaharında gözlemlenen daha sıcak olan okyanus suları ve Kuzey Kutbu'nun Rusya taraflarında ölçülen daha yüksek sıcaklıklar sebebiyle, önümüzdeki 30 yıl içerisinde buz kütlelerinin olmadığı yazların olabileceği tahmin edilmektedir³².

Bu etkiler kamuoyunun da kaygılarının artmasına yol açmıştır. Bu bağlamda 1990 yılında İklim Değişikliğine Dair Çerçeve Sözleşme için Hükümetlerarası Müzakere Komitesi (*Intergovernmental Negotiating Committee for a Framework Convention on Climate Change/INC*) kurulmuştur. 9 Mayıs 1992'de, "Birleşmiş Milletler İklim

26 <<https://arctic-council.org/en/about/>> Erişim Tarihi 12.09.2020.

27 Annika E. Nilsson, *A Changing Arctic Climate: Science and Policy in the Arctic Climate Impact Assessment*, (Linköping Studies in Arts and Science 2007) 386 1- 3.

28 Vladimir Golitsyn, 'Climate Change, Marine Science and Delineation of the Continental Shelf', in Susanne Wasum-Rainer, Ingo Winkelmann Katrin Tiroch (eds) (Springer Heidelberg 2011) *Arctic Science, International Law and Climate Change* 246.

29 ibid.

30 Nilsson (n 27) 1.

31 Eric Franckx, 'Should Law Governing Maritime Areas in the Arctic Adapt to Changing Climatic Circumstances?' (2009) 50 (Environment&Policy) *Climate Governance in the Arctic* 124.

32 ibid 125.

*Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi*³³” (UNFCCC) kabul edilmiş ve bu Sözleşme 21 Mart 1994’te yürürlüğe girmiştir. İklim değişikliğinin Arktik Bölgesi bakımından oluşturduğu tehditlerin önlenmesi için, beş kıyı devleti olan ABD, Kanada, Rusya Danimarka ve Norveç tarafından da adımlar atılmıştır. Bu bağlamda 28 Mayıs 2008 tarihinde “*Ilulissat Bildirgesi*³⁴” kabul edilmiştir. Bu Bildirge’de Arktik’in önemli değişikliklerin eşliğinde olduğu ve iklim değişikliği ve buz kütlelerinin erimesinin ekosistem, yerli halkın geçim kaynağı ve doğal kaynakların kullanımı üzerinde olası olumsuz etkilerinin olabileceği belirtilmiştir³⁵. Ayrıca, Bildirge’den Kuzey Kutbu Denizi çevresini yönetmek için yeni ve kapsamlı bir hukuki rejim geliştirme ihtiyacının bulunmadığı anlaşılmaktadır³⁶. Ancak, 2009 yılında “*Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Sözleşmesi*” çerçevesinde yapılan Kopenhag Çemberi’nde bu hususta tartışmaların yaşandığı görülmektedir³⁷.

Buz kütlelerinin erimesinin ciddi çevresel sorunlara sebep olduğu ve dünyanın bu büyük sorun ile mücadele etmesi gerektiği gerçeğinin unutulmamasının yanında, bölgede yeni ekonomik fırsatların doğduğu da söylenebilmektedir. Bu kapsamda, 20. yüzyılın ortalarından bu yana buz kütlelerindeki azalma, Bölge’deki doğal kaynakların keşfedilmesi ihtimalini artırmış ve yeni seyrüsefer rotalarının ortaya çıkmasını sağlamıştır³⁸. Bu durum ise, deniz hukukuna dair birtakım sorunları da beraberinde getirmiştir.

II. 1982 Tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi ve Arktik Bölgesi

A. Genel Olarak

Yukarıda da bahsedildiği üzere Bölge’de iklim değişikliğinin yarattığı bazı sorunlar bulunmaktadır. Bu sorunların yanı sıra yeni seyrüsefer rotalarının ortaya çıkması gibi deniz hukukunu ilgilendiren bazı meseleler de ortaya çıkmıştır. O yüzden Bölge’nin 1982 tarihli “*Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi*³⁹” çerçevesinde incelenmesi sorunların çözümü bakımından çok büyük önem arz etmektedir.

33 United Nations Framework Convention on Climate Change (adopted 16 June 1972, entered into force 21 March 1994) 1771 UNTS 107 (UNFCCC) <https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-7&chapter=27&Temp=mtdsg3&clang=en> Erişim Tarihi 20.09.2020.

34 The Ilulissat Declaration (adopted 28 May 2008) 1 (ID) <<https://arcticportal.org/images/stories/pdf/Ilulissat-declaration.pdf>> Erişim Tarihi 12.09.2020.

35 ibid 1.

36 VanderZwaag (n 13) 307.

37 Golitsyn (n 28) 245.

38 ‘Law of the Sea: A Policy Primer’ in John Burgess, Lucia Foulkes, Philip Jones, Matt Merighi, Stephen Murray, Jack Whitacre (eds) (Trustees of Tufts College 2017) *The Fletcher School Tufts University* 59 <<https://sites.tufts.edu/lawofthesea/chapter-eight/>> Erişim Tarihi 02.10.2020.

39 United Nations Conventions on the Law of the Sea (adopted 16 November 1973, entered into force 16 November 1994) 31363 UNTS 7 (UNCLOS) <https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf> Erişim Tarihi 20.09.2020; Andlaşma’nın Türkçe metni için bkz Selami Kuran, Uluslararası Deniz Hukuku (5th edn Beta 2016).

Arktik kıyı devletlerinden ABD hariç diğerleri BMDHS'ye taraftır. Buna göre, İzlanda 1985, Finlandiya, İsveç ve Norveç 1996, Rusya 1997, Kanada 2003, Danimarka 2004 yılında bu Sözleşme'ye taraf olmuşlardır. ABD bu Sözleşme'ye taraf olmasa dahi ısrarlı itiraz söz konusu değil ise, Sözleşme'nin uluslararası örf adet hukuku haline gelmiş hükümleri ile bağlıdır. Bu Sözleşme'de özel olarak buzla kaplı alanlar bakımından detaylı bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Sözleşme'nin sadece bir maddesinde bu durum düzenlenmiştir. Bu madde ise deniz kirliliğinin önlenmesine yönelik olup bunun dışında başkaca bir hususa yer verilmemiştir. Ancak unutulmamalıdır ki Sözleşme'nin özel olarak buzla kaplı alanlar bakımından deniz alanları ve bunların sınırlandırılmaları meselelerinin düzenlenmemesi bu Sözleşme'ye başvurulamayacağı anlamına gelmez. Sözleşme'nin bu kapsamdaki hükümleri de pek tabii ki bu Bölge bakımından uygulama alanına sahiptir.

B. 1982 Tarihli BMDHS'nin 234. Maddesi Bakımından

1982 tarihli BMDHS'nin 234. maddesine dair müzakereler sırasında, “*özel olarak savunmasız alanlar*” ve “*buzla kaplı alanlar*” biçiminde iki farklı tabirin kullanıldığı görülmektedir. ABD'nin, “*buzla kaplı alanlar*” tabirinin benimsenmesi gerektiği iddiasına karşın, Rusya ve Kanada bu tabiri kullanmayı reddetmişlerdir. Ancak “*özel olarak savunmasız alanlar*”a ilişkin standartların Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMCO/daha sonraları IMO) tarafından gözden geçirilmesine ihtiyaç duyulmuş olduğunu belirtmek gerekir⁴⁰.

Bu hususa dair müzakerelerin 1976 yılında da devam ettiği görülmektedir. Bu kapsamda “*Sorunların Çerçevesi*” adlı bir sunumda ilk kez buzlar ile ilgili sorunlara değinilerek, münhasır ekonomik bölgedeki “*özel alanlar*” ve “*kritik alanlar*” arasında ayırım yapılmıştır. Bu ayırım, net bir tanımlama ihtiyacını da beraberinde getirmiştir. 1976 yılının ardından Rusya, ABD ve Kanada arasında müzakere edilen terimler, Birleşmiş Milletler III. Deniz Hukuku Konferansı metinlerine de dahil edilmiştir. Böylece “*buzla kaplı alanlar*” tabiri 1982 yılında kabul edilen BMDHS'nin 234. maddesi olarak yerini almıştır⁴¹. Bu durum, üç kıyı devleti arasında çıkar çatışmalarının yaşanmasına rağmen, Arktik Okyanusu'nu gemi kaynaklı kirliliğe karşı koruyacak bir hüküm geliştirmeye yönelik ortak çıkarlarının da var olduğunun bir göstergesidir. Aslında bu hüküm genel olarak tüm buzla kaplı alanlara ilişkin olarak düzenlenmiş olsa da müzakereler sırasında öncelikle hükmün Arktik Okyanusu bağlamında ele alındığı hususu göze çarpmaktadır⁴².

40 R. Douglas Brubaker, *International Straits of the World: The Russian Arctic Straits* in Gerard J. Mangone (ed) (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005) 43.

41 ibid 44.

42 Anna Maria Thorén, *Article 234 UNCLOS and the Polar Code: The Interaction between Regulations on Different Levels in the Arctic Region* (University of Oslo Faculty of Law 2014) 22.

“Buzla kaplı alanlar” başlıklı 234. maddede, “Kıyı Devletleri, özellikle şiddetli iklim koşullarının ve yılın büyük çoğunluğunda bu alanları kaplayan buzların bulunması seyrüseferi engelleme veya istisnai tehlikeler yarattığından münhasır ekonomik bölge sınırları dahilinde, buzla kaplı bölgelerdeki gemilerden kaynaklı deniz kirliliğinin önlenmesi, azaltılması ve kontrolü ve deniz çevresinin kirlenmesi, ekolojik dengeye zarar verebileceği veya geri döndürülemez şekilde bozabileceğinden, ayrımcı olmayan kanunları ve düzenlemeleri kabul etme ve uygulama hakkına sahiptir. Bu tür kanun ve yönetmelikler, seyrüseferin ve deniz çevresinin mevcut en iyi bilimsel kanıtlara dayanarak korunması ve muhafazası ile ilgili olacaktır⁴³.” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Madde ile kıyı devletine kendi ulusal yetki alanında bulunan buzla kaplı alanları münhasıran düzenleme yetkisi tanınmaktadır. Kıyı devleti bu özel alanlarda, deniz çevresinde gemi kaynaklı kirliliğin önlenmesi, kontrol altına alınması ve kirlenmenin azaltılması için gerekli olan düzenlemeleri kabul edebilmektedir⁴⁴.

Bu madde, ABD ile diğer kıyı devletleri arasında tartışma konusu olmuştur. ABD, kıyı devletlerinin birtakım düzenlemeler yapabileceğini kabul etmesine karşın, bu düzenleme ile zararsız geçiş (BMDHS madde 24) veya transit geçiş (BMDHS madde 34) hakkının engellenemeyeceğini ileri sürmektedir⁴⁵. Buna karşın, Kanada ve Rusya ise, istisnai bir düzenleme olan zararsız geçiş hakkı bakımından 234. madde ve Sözleşme’nin diğer maddelerinin bu hakkın kısıtlanmasına izin verdiği iddiasındadır⁴⁶. Maddenin konulmasındaki amaç yukarıda da belirtildiği gibi aslında bu tür bölgelerin hassas yapısından dolayı daha fazla korunmaya ihtiyaç duyulmasıdır. Bu sebeple, alana dair özel bir düzenlemenin var olması, diğer maddelerin uygulanmasına halel getirmez. Kanaatimizce, Bölge’deki kıyı devletlerinin karasuları bakımından zararsız geçiş hakkı uygulama alanına sahiptir.

C. İç Sular ve Karasularına İlişkin Düzenlemeler Bakımından

Arktik Bölgesi’nde genel olarak iç sular ve karasularına dair çok büyük çatışmalar yaşanmamaktadır. Bu deniz alanlarında ilki olan iç sular ile ilgili düzenlemeye BMDHS’nin II. Kısımında yer verilmiştir. Buna göre, iç sular karasularının belirlendiği esas hattın iç tarafında kalan sulardan oluşmaktadır⁴⁷. Arktik Bölgesi’nde esasında Kanada bir takımada devleti olduğunu iddia etmektedir. Bu sebeple de Sözleşme’nin 47. maddesine dayanarak en dışında bulunan adalardan en dışarıdaki noktaların birleştirilmesi ile belirlenen düz esas hattın çizilmesini ve bunun iç tarafında kalan kısımların kendi

43 UNCLOS (n 39) art 234.

44 Ayşe Nur Tütüncü *Gemi Kaynaklı Deniz Kirlenmesinin Önlenmesi, Azaltılması ve Kontrol Altına Alınmasında Devletin Yetkisi* (Yenilenmiş 3th edn Beta 2004) 111.

45 ‘Law of the Sea: A Policy Primer’ (n 38) 61.

46 ibid.

47 UNCLOS (n 39) art 8.

iç sularını oluşturduğunu belirtmektedir⁴⁸. Ancak takımada devleti tabirinin anakarası bulunmayan sadece takımadalardan oluşan⁴⁹ devletler bakımından kullanıldığını belirtmek gerekir. Bu sebeple Kanada'nın iddialarının hukuki bir temeli bulunmamaktadır.

Karasularına ilişkin düzenlemelerin de Sözleşme'de iç sular ile aynı Kısım'da düzenlendiği görülmektedir. Karasuları, uluslararası hukuka göre belirlenmiş bir genişlikte kıyı devletinin kara ülkesini çevreleyen deniz alanı⁵⁰ olarak tanımlanmaktadır. Uluslararası hukuka uygun bu genişlik ise BMDHS'ye uygun biçimde saptanmış olan esas hattın itibaren 12 deniz milini geçmeyecek şekilde belirlenebilmektedir⁵¹. Kural olarak kıyı devletleri karasularında tam egemenlik hakkına sahiptir. Bunun istisnasını zararsız geçiş hakkı oluşturmaktadır⁵². Bununla birlikte kıyı devleti bu alan içerisinde, yabancı gemiler bakımından zararsız geçiş hakkına müdahale etmeyecek şekilde kapsamlı düzenlemeler yapma yetkisine sahiptir.

BMDHS'nin 245. maddesine göre kıyı devletleri, kendi karasularında bilimsel araştırma yapmak için izin verilmesi ve araştırmaların yürütülmesi hakkına münhasıran sahiptir. Bu alanda bilimsel araştırma yapmak isteyen devlet ancak kıyı devletinin belirlediği şartlara uyarak bunu gerçekleştirebilecektir⁵³. Arktik Bölgesi'nde beş tane kıyı devleti olduğunu yukarıda belirtmiştik. BMDHS'ye uygun şekilde Arktik devletlerinin karasuları da esas hatlarından itibaren on iki deniz mili genişliğindedir. Bu çerçevede Arktik kıyı devletlerinden birisinin karasularına giren bir bölgede araştırma yapılmasının, o kıyı devletinin açık rızası ile mümkün olabileceğini belirtmek gerekir⁵⁴.

Son olarak Arktik'te karasularına ilişkin, Svalbard Takımada'larına dair anlaşmazlık bulunmaktadır. Bu anlaşmazlık ise 1920 yılında akdedilen "*Spitsbergen Takımada'ları Andlaşması*"ndan kaynaklanmaktadır. Çünkü bu Andlaşma'da Norveç'in bu Takımada'lar üzerinde mutlak egemenlik tanınmasına rağmen, diğer devletlere bu Takımada'ların karasularında bulunan herhangi bir doğal kaynak üzerinde eşit hakların tanındığına dair oldukça ilginç bir hüküm bulunmaktadır⁵⁵. Buna karşın Norveç, diğer devletlerin karasuları üzerinde böyle bir hakkının olmadığını ileri sürmektedir⁵⁶. Ayrıca aşağıda detaylı bir şekilde ele alınacağı üzere Kuzeybatı Geçidi ve Kuzeydoğu Geçidi'ne dair karasuları uyuşmazlığı da bulunmaktadır. Kısaca uyuşmazlığın özünü,

48 ECMAF, Legal Aspects of Arctic Shipping Summary Report (2010) Ref 2 7 <https://ec.europa.eu/maritimeaffairs/sites/maritimeaffairs/files/docs/publications/legal_aspects_arctic_shipping_summary_en.pdf> Erişim Tarihi 04.10.2020.

49 UNCLOS (n 39) art 46.

50 Kuran (n 39) 73.

51 UNCLOS (n 39) art 3.

52 ibid art 17.

53 ibid art 245.

54 Golitsyn (n 28) 249.

55 Status of Spitsbergen (signed 9 February 1920, entered into force 14 August 1925) 18 British Treaty Series 269 (1924) art 7 (SS) <<https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000002-0269.pdf>> Erişim Tarihi 20.09.2020.

56 Dovile Petkunaite *Cooperation or Conflict in the Arctic? UNCLOS and The Barents and Beaufort Sea Disputes* (The City College of New York 2011) 58.

Kanada'nın Kuzeybatı Geçidi'nin, Rusya'nın ise Kuzeydoğu Geçidi'nin kendi iç suları ve karasularında olduğu iddiası oluşturmaktadır.

D. Boğazlara İlişkin Düzenlemeler Bakımından

Öncelikle yukarıda da bahsedildiği gibi yaşanan iklim değişikliğinin, buz tabakalarının erimesine yol açtığını tekrar vurgulamak gerekir. Bu durum ise, su yollarının genişlik ve kullanımını etkileyerek, daha önceleri erişilemeyen su yollarının erişime açılmasını sağlamıştır. Bu bağlamda Arktik kıyı devletleri arasında anlaşmazlıkların yaşandığı başlıca boğaz ve geçitler; Kuzeybatı Geçidi, Kuzeydoğu Geçidi ve Bering Boğazı'dır.

Bunlardan ilki olan Kuzeybatı Geçidi, Kuzey Amerika Arktik Bölgesi'nde Atlantik'ten Pasifik'e kadar uzanmaktadır. Kuzeybatı Geçidi'nden transit olarak geçmek için, yedi farklı rotanın kullanılabilirdiği bilinmektedir⁵⁷. Kuzeydoğu Geçidi ya da bir diğer adıyla Kuzey Deniz Rotası ise, Rusya kıyılarının kuzeyinde Avrupa ile Asya'yı birbirine bağlamaktadır. Geçit, Süveyş Kanalı'na kıyasla, Avrupa ile Asya arasındaki mesafeyi %40'a kadar azaltma potansiyeline sahiptir. Kuzeydoğu Geçidi belirli bir rota olmayıp, Arktik Okyanusu'nun geniş bir bölümünü kapsamaktadır⁵⁸.

Elli yılı aşkın süredir, ABD ile Kanada arasında Kuzeybatı Geçidi ve yine ABD ile Rusya arasında Kuzeydoğu Geçidi'ne dair egemenlik, güvenlik ve seyrüsefer meselelerine ilişkin anlaşmazlıklar yaşanmaktadır⁵⁹. Bu geçitlere dair esas mesele bunların, statüsündeki belirsizlik yani uluslararası bir boğaz olup olmadıkları hususudur. Kanada ve Rusya bu geçitlerin kendi iç suları ve karasularında olduğunu ve ayrıca bu geçitlerde tarihsel haklarının olduğunu iddia etmekte ve kendilerinden izin alınmaksızın bu geçitlerden geçilemeyeceğini savunmaktadırlar. Buna karşın ABD Kuzeydoğu ve Kuzeybatı geçitlerinin uluslararası boğazlar olduğu ve bu sebeple bu geçitler üzerinde transit geçiş hakkına⁶⁰ sahip olduğunu ileri sürmektedir⁶¹.

1949 tarihli İngiltere ve Arnavutluk arasındaki Korfu Boğazı Davası'nda Divan, bir su yolunun uluslararası boğaz (BMDHS, madde 34) olup olmadığının saptanmasında iki kriter olduğunu belirtmiştir. Bunlar, "coğrafya" yani iki açık denizi (ya da münhasır ekonomik bölgeyi) birbirine bağlaması kriteri (BMDHS, madde 37) ve "boğazın işlevi ya da kullanımı" denilen boğazın uluslararası seyrüseferde kullanılması kriteridir⁶². Kuzeydoğu Geçidi bakımından bu kriterler incelendiğinde, açık denizler ile Rusya'nın

57 Donat Pharand, 'The Arctic Waters and the Northwest Passage: A Final Revisit' (2007) 38 *Ocean Development & International Law* 29.

58 Andrey A. Todorov, 'The Russia-USA Legal Dispute over the Straits of the Northern Sea Route and Similar Case of the Northwest Passage' (2017) 29 *Arctic and North* 62.

59 ibid 73.

60 Bkz UNCLOS (n 39) art 38.

61 'Law of the Sea: A Policy Primer' (n 38) 63.

62 *Corfu Channel Case (UK v Albania)* (Merits) [1949] ICJ Rep 4 28- 29.

münhasır ekonomik bölgelerini birbirine bağlamasından dolayı coğrafi kriterin karşılandığı görülmektedir. Ancak, boğazın kullanımı kriteri bakımından ise, tartışmalar bulunmaktadır. ABD, potansiyel olarak uluslararası seyrüseferde kullanılabilirdiği sürece bir su yolunun bu kriteri karşıladığını savunurken, bazıları ise uluslararası deniz trafiği için yararlı bir rota olmasını aramaktadır⁶³. Kuzeybatı Geçidi bakımından ise, Geçit Atlantik ve Pasifik Okyanuslarını birbirine bağlamaktadır. Bu bakımdan coğrafi kriterin sağlandığı görülmektedir. Bölgedeki mesafenin fazlalığı, seyrüsefer yapılmasının zor olması ve alternatif rotaların bulunmaması gibi özel durumlar ise, uluslararası seyrüseferde kullanım kriterinin aslında çok fazla sağlanamadığını göstermektedir⁶⁴. Ancak ilerleyen yıllarda uluslararası denizcilik modellerinin oluşturulması, bu kriterin iki geçit bakımından da karşılanabilir olmasını mümkün kılacaktır.

Ayrıca Arktik'teki geçitler bakımından, yabancı gemilerin buralardan geçebilmesinin kıyı devletlerinin buz kırma, meteoroloji ve diğer hizmetlerine büyük ölçüde bağlı olduğunu da belirtmek gerekir. Su yollarının kıyı devletlerinin yardımlarına bağımlı olması durumu doktrinde, Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) 1951 tarihli Birleşik Krallık/Norveç Balıkçılık Davası'nda, Indreleia Boğazı'na dair verilen karara benzetilmektedir. Divan, "*Indreleia bir boğaz değildir, Norveç tarafından sağlanan yapay yardımlar ile seyrüsefer için düzenlenmiş olan bir seyir rotasıdır.*"⁶⁵ şeklinde, bu su yolunun Norveç'in iç sularını oluşturduğunu belirtmiştir. Bu karara atıf ile bu geçitlerin ilgili devletlerin iç sularında kaldığı da iddia edilmektedir⁶⁶.

Bering Boğazı ise, Pasifik Okyanusu'nu hem Kuzeybatı Geçidi'ne hem de Kuzeydoğu Geçidi'ne bağlamaktadır. Bu sebeple Boğaz, coğrafi konumu ve önemi sebebiyle uzun yıllardır Rusya ve ABD arasında tartışmaların yaşanmasına sebep olmaktadır. Boğazın en dar kısmında iki devletin anakara kıyılarının arasındaki mesafe, kırk beş deniz milidir. Boğaz'da bulunan Big Diomede (Rusya) ve Little Diomede (ABD) Adaları arasındaki mesafe ise üç deniz milinden azdır⁶⁷. Rusya ve ABD, yukarıda bahsedilen iki Geçitten farklı olarak bu Boğaz'ın uluslararası bir boğaz olduğunu hususunda hemfikirdir. Ancak buradaki asıl mesele, Boğaz'ın iki devlet arasında sınırlandırılması hususudur. 1 Haziran 1990 tarihinde "*ABD ile SSCB arasında Deniz Alanlarının Sınırlandırılmasına dair Andlaşma*"⁶⁸ imzalanmıştır. Bu Andlaşma ile Bering Boğazı iki devlete de eşit uzaklıkta bulunacak şekilde sınırlandırılmıştır⁶⁹.

63 Todorov (n 58) 66.

64 Pharand (n 57) 44.

65 *Fisheries Case (UK v Norway) (Judgement) [1951] ICJ Rep 116 132.*

66 Bkz Todorov (n 58) 62-75.

67 Michael Byers, *International Law and the Arctic*, (Cambridge University Press, 2013) 157.

68 Agreement between the United States of America and the Union of Soviet Socialist Republics on the Maritime Boundary (signed 1 June 1990) 101-22 Senate Treaty Document 1 <<https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/USA-RUS1990MB.PDF>> Erişim Tarihi 20.09.2020.

69 Aybüke İnan Şimşek, 'Arktika Bölgesi'ndeki Deniz Yetki Alanlarındaki Çatışmalara Genel Bakış', in Harun Gümrükçü, Aybüke İnan Şimşek, Güneş Ersoy (eds), (Efil Yayınevi 2016) *Küresel Bakışla Kutup Çağı: Farklı Disiplinler Çok Yönlü Perspektifler* 107.

Ancak Rusya'nın bu Andlaşma'yı henüz günümüzde onaylamamış olmasına rağmen, Rusya ve ABD 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin (VAHS) 25. maddesi⁷⁰ uyarınca, Andlaşma'nın geçici olarak bağlayıcı olduğunu kabul etmişlerdir⁷¹. Bununla birlikte, iki devletin deniz kirliliğinin önlenmesi, seyrüsefer, doğalgaz ve petrol çıkarılması ve işletilmesi gibi durumlar bakımından, iş birliği yapmalarının bir sonucu olarak Boğaz'da *de facto* bir statünün ortaya çıktığını da belirtmek gerekir⁷². Ayrıca bu statü olmasa dahi doktrinde iki kıyası farklı devletlere ait olan uluslararası boğazlar bakımından, kıyı devletlerinin bir sınırlandırma yapmadan boğazı ortak bölge olarak düzenlemelerinin kabul edildiği görülmektedir⁷³.

E. Kıta Sahanlığına İlişkin Düzenlemeler Bakımından

Kıta sahanlığı, BMDHS'nin VI. Kısımında (76-85. maddeler arasında) düzenlenmiştir. Buna göre, kıta sahanlığı kıyı devletinin karasularının ölçülmeye başlandığı esas hatlardan itibaren 200 mil⁷⁴ genişliğe kadar uzanan sualtındaki deniz yatağı ve toprak altını⁷⁵ kapsamaktadır. Arktik Bölgesi'nde genel olarak devletlerin kıta sahanlığının dış sınırına dair belirsizlikler bulunmaktadır. Bölge'de günümüze değin 200 deniz milinin ötesindeki⁷⁶ alanlar bakımından Kıta Sahanlığını Sınırlandırma Komisyonu⁷⁷ (CLCS) tarafından herhangi bir rejim belirlemesi yapılmamıştır⁷⁸. Öncelikle belirtmek gerekir ki CLCS, karasularının ölçülmeye başlandığı esas hattan itibaren 200 milin ötesindeki deniz alanları bakımından kıta sahanlığının sınırlandırılmasında, nihai ve bağlayıcı olan kararlar vermekte olup, bununla birlikte çakışan alanlar bakımından bu yetkisini kullanamamaktadır. Ayrıca CLCS, devletler arasındaki deniz sınırını da belirleyemez⁷⁹. Bu durumdaki devletler arasındaki kıta sahanlığı uyuşmazlığının CLCS dışında başka bir yol ile çözülmesi gerekir⁸⁰.

70 1969 tarihli VAHS'nin 25. maddesi şu şekildedir: "Bir andlaşma veya bir andlaşmanın bir bölümü... görüşmeci Devletler başka bir tarzda böyle mutabık kalırlarsa, andlaşma yürürlüğe girinceye kadar geçici olarak uygulanır." Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331 (VCLT) <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>> Erişim Tarihi 20.09.2020. Türkçe metin için bkz <<http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/altipar/Okuma/Viyana%20Andlasmalar%20Hukuku%2069.pdf>> Erişim Tarihi 20.09.2020.

71 Byers (n 67) 158.

72 İnan Şimşek (n 69) 107-108.

73 Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk* (17th edn, Turhan Kitabevi 2018) 294.

74 İstisnai durumlarda bu genişliğin en fazla 350 deniz mili olarak belirlenebildiği görülmektedir. Bkz UNCLOS (n 39) art 76 (5).

75 ibid art 76 (1).

76 Bu hususta detaylı bilgi için bkz İbrahim Ali Akkutay, *200 Deniz Milinin Ötesindeki Kıta Sahanlığı* (Adalet Yayınevi 2018).

77 Bu hususta detaylı bilgi için bkz Nesrin Singil, *Kıta Sahanlığının Sınırlandırılmasında Orantılılık İlkesinin Rolü* (On İki Levha 2020) 37-39.

78 'Law of the Sea: A Policy Primer' (n 38) 61.

79 Cameron (n 5).

80 'Continental Shelf Claims in the Arctic' (2017) *The Arctic Institute* <<https://www.thearcticinstitute.org/wp-content/uploads/2017/06/TAI-Infographic-ContinentalShelfClaims.pdf?x62767>> Erişim Tarihi 01.10.2020.

Arktik beşi de denilen Arktik kıyı devletlerinden dördü, BMDHS'ye taraf olup CLCS'ye kıta sahanlıklarının dış sınırlarının belirlenmesine dair öneride bulunabilmektedir. Bu çerçevede Rusya 2001'de, Norveç 2006'da, Kanada 2013'te, Danimarka 2014'te Komisyon'a önerilerini sunmuşlardır. Esasında Bölge'de bilimsel olarak çakışan alan diyebileceğimiz kısım, Arktik Okyanusu'nun merkezindeki Kanada, Danimarka ve Rusya arasındaki alandır⁸¹.

Bu kapsamda ilk olarak Norveç dış sınırı belirlenmiştir. Norveç⁸², 2006 yılında Kıta Sahaneliğini Sınırlandırma Komisyonu'na başvurmuştur. 2009 yılında ise BMDHS'nin 76(8). maddesine göre kıta sahanlığının dış sınırı kesinleşmiş ve Norveç kıta sahanlığı 235 000 km²'ye genişlemiştir. Buna göre, Barents Denizi'ndeki Döngü Çukuru (*Loop Hole*), Kuzey Buz Denizi'ndeki Batı Nansen Havzası (*Western Nansen Basin*) ve Norveç Denizi'nde Muz Çukuru (*Banana Hole*) bu alana dahil edilmiştir⁸³. Ayrıca 1993 yılında UAD önünde görülen Grönland (Danimarka) ve Jan Mayen (Norveç) arasında deniz alanlarının sınırlandırılmasına dair dava da bulunmaktadır. Davada Divan, kıyıları karşılıklı olan bu iki devlet arasındaki sınırlandırmaya geçici orta hat çizerek başlamıştır. Ardından bu hat üzerinde ayarlamayı gerektirecek bir ilgili durumun var olup olmadığı incelenmiştir⁸⁴. Bu kapsamda başta orantısızlık⁸⁵ olmak üzere, balıkçılık, alanın buzla kaplı olması, sosyoekonomik durum, güvenlik⁸⁶ ilgili durumlar olarak ele alınmıştır. Burada dikkat çeken bir husus, balıkçılık faaliyetinin dikkate alınarak hat üzerinde ayarlama yapılması olmuştur⁸⁷.

Norveç'ten daha önce 2001 yılında Komisyon'a başvuran Rusya⁸⁸ bakımından ise, Komisyon 2002 yılında sunulan bilgilerin yetersiz olduğu ve yeni bir önerinin talep edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁸⁹. Bu öneri ile Rusya, Kuzey Kutbu da dahil olmak üzere, Kuzey Kutup Okyanusu'nun neredeyse yarısına yakınında hak iddia etmiştir⁹⁰. Bu bağlamda Rusya, çok geniş bir alanda, ikisi Arktik'te ikisi de Kuzeybatı Pasifik Bölgesi'nde olmak üzere, dört farklı bölgeyi kapsayan kıta sahanlığı iddiasını ileri sürmüştür. Buna göre, Lomonosov Sırtı ve Alpha-Mendelev Sırtı Rusya'nın kıta sahanlığının doğal bir uzantısını oluşturmaktadır. Rusya'nın hak iddia ettiği kıta sahanlığı

81 Weber (n 2) 657.

82 Bkz CLCS 'Submission of Norway' (27 November 2006) CLCS/62 <<https://undocs.org/en/clcs/62>> Erişim Tarihi 05.10.2020.

83 'Continental Shelf Claims in the Arctic' (n 80).

84 *Case Concerning Maritime Delimitation in the Area Between Greenland and Jan Mayen (Denmark v Norway)* (Judgement) [1993] ICJ Rep 38 para 49.

85 ibid para 61.

86 ibid para 87.

87 ibid para 72-76.

88 Bkz CLCS 'Submission of Russia Federation' (20 December 2001) CLCS/34 <<https://undocs.org/en/clcs/34>> Erişim Tarihi 05.10.2020.

89 Golitsyn (n 28) 252-253.

90 Stimson, 'Evolution of Arctic Territorial Claims and Agreements: A Timeline (1903-Present)' (2013) *Environmental Security* <<https://www.stimson.org/2013/evolution-arctic-territorial-claims-and-agreements-timeline-1903-present/>> Erişim Tarihi 12.09.2020.

alanı toplamda 460.000 mil² ya da 1,2 milyon km²'ye tekabül etmektedir⁹¹. 2015 yılında ise, bir düzeltme talebi ile Lomonosov Sırtı'nın bazı kısımlarının da dahil olduğu yeni bir öneri sunulmuştur. Bu talepler, Arktik'te kıta sahanlığına yönelik en büyük oranda iddiayı oluşturmaktadır. Rusya'nın iddiaları genel olarak Arktik deniz yatağının jeolojik ve jeomorfolojik özelliklerine dayanan bir belirlemenin yapılması yönünde olmuştur⁹². Finlandiya, bu meselenin güvenlik ve sürdürülebilir çevreye vurgu yapan çok taraflı kurallara dayanan bir stratejinin belirlenerek çözülmesi gerektiğini belirtmiştir⁹³. Alpha-Mendeleev Sırtı'na yönelik iddia bakımından, ABD Sözlü Notası'nda, bu Sırt'ın volkanik özellik gösteren okyanus kabuğu olduğunu ve bu sebeple herhangi bir kıyı devletinin kıta sahanlığını oluşturamayacağını belirtmiştir⁹⁴.

Kanada⁹⁵ ise, 2013 yılında 1,2 milyon km²'lik kısmi bir talepte bulunmuştur. Ardından araştırmalarına devam eden Kanada'nın, 23 Mayıs 2019 tarihinde, Arktik Okyanusu'nda BMDHS'nin 76 (7) maddesi uyarınca tanımlanan kıta sahanlığının dış sınırları, biri Kanada Havzası içinde diğeri Amundsen Havzası içinde olmak üzere iki ayrı bölge olacak şekilde belirlenmiştir. Bu iki kısım, Arktik Okyanusu'na göre bu kısmi talebin dış sınırını teşkil eden düz bir çizgi ile birleştirilmiştir. Bu düz çizgi tamamen Kanada'nın kıta marjı ve BMDHS'nin 76 (5) maddesi uyarınca uygulanan kısıtlamalar kapsamındadır. Kanada, Arktik Okyanusu'ndaki kıta sahanlığı dış sınırının, bu çizginin ötesinde olduğu iddiasındadır⁹⁶.

Danimarka⁹⁷ ise, 2014 yılında CLCS'den, Lomonosov Sırtı'nın tamamını içeren, toplamda 895 000 km²'lik bir alana dair talepte bulunmuştur⁹⁸. Bu öneride Lomonosov Sırtı'nın Grönland'ın kara parçasının bir uzantısını teşkil ettiği belirtilmiştir⁹⁹. Ancak bu öneri, Norveç ve Rusya tarafından 200 deniz milinin ötesindeki alanlar bakımından CLCS'ye yapılan öneriler ile çakışmaktadır.

Son olarak ABD bakımından bir inceleme yapıldığında, ABD'nin BMDHS'ye taraf olmamasına karşın doktrinde, bu Sözleşme'nin hükümleri uyarınca ABD'nin en büyük kazanan olduğu ve verimli okyanus alanlarında uzun kıyı şeridi ve adaların varlığı sebebiyle dünyanın en büyük ve en zengin kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik

91 Weber (n 2) 659-661.

92 'Law of the Sea: A Policy Primer' (n 38) 62.

93 Jaakko Laajava, 'Arctic Science, International Law and Climate Change' in Susanne Wasum-Rainer, Ingo Winkelmann Katrin Tiroch (eds) (Springer Heidelberg 2011) *Arctic Science, International Law and Climate Change* 9.

94 Weber (n 2) 661.

95 Bkz CLCS 'Submission of Canada' (23 May 2019) CLCS/103 <<https://undocs.org/en/clcs/103>> Erişim Tarihi 05.10.2020.

96 DOALOS 'Partial Submission of Canada to the Commission on the Limits of the Continental Shelf regarding Its Continental Shelf in the Arctic Ocean' (2015) <https://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/can1_84_2019/CDA_ARC_ES_EN_secured.pdf> Erişim Tarihi 20.09.2020.

97 Bkz CLCS 'Submission of Denmark' (15 December 2014) CLCS/95 <<https://undocs.org/CLCS/95>> Erişim Tarihi 05.10.2020.

98 'Continental Shelf Claims in the Arctic' (n 80).

99 Stimson (n 90).

bölgesine sahip olduğu iddia edilmektedir¹⁰⁰. Eski ABD Dışişleri Bakan Yardımcısı John Negroponte de benzer şekilde ABD'nin dünyanın en büyük kıta sahanlığına sahip devletlerden biri olduğu ve Kuzey Kutbu'nda kıyı şeridinden itibaren 600 mile kadar genişleyebilecek kadar bir kıta sahanlığının olduğu iddiasında bulunmuştur¹⁰¹.

Üç Arktik devleti olan Danimarka, Kanada ve Rusya'nın yukarıda da belirtilen, Lomonosov Sırtı'nın kendi kara parçalarının uzantısını oluşturduğu iddialarına karşılık, ABD bunun Arktik Okyanusu'nda bulunan okyanusal bir sırt olduğunu ve herhangi bir devletin kıta sahanlığını oluşturmadığını ileri sürmüştür¹⁰². 1994 yılında keşfedilen Lomonosov Sırtı, Arktik Okyanusu'nun en büyük ikinci sırtı olup 1500 km uzunluğundadır. Sırt, Avrasya ve Kanada Havzaları'nı birbirinden ayırmaktadır¹⁰³. Rusya bu Sırt'ın Sibiry'a'nın doğal uzantısını teşkil ettiği iddiası ile CLCS'ye başvuru yapmıştır. 2004 yılında ise Norveç, Danimarka ve ABD tarafından bu iddianın aksi yönünde savlar ortaya atılmıştır. Komisyon daha bilimsel verilere dayanılması gerektiğini belirterek tüm iddiaları reddetmiştir¹⁰⁴. Aslında kıta sahanlığının var olup olmadığı hususu bakımından değerlendirildiğinde, Sırt'ın bir ucunun Kuzey Kutbu'nda bulunan Yeni Sibiry'a Adaları'na uzandığı görülürken diğer ucunun ise Kuzey Amerika'ya ait Ellesmere Adası'na uzandığı görülmektedir¹⁰⁵. Ancak bu Sırt, ne iddia edildiği gibi Rusya'nın kıta sahanlığının ne de Grönland veya Ellesmere Adası'nın kıta sahanlığının doğal uzantısını teşkil etmemektedir¹⁰⁶. Ayrıca belirtmek gerekir ki, buzlu koşullar, bu husus bakımından bilimsel verilerin elde edilmesini engellemektedir. Bu sebeple Lomonosov Sırtı'nın hangi devletin kıta sahanlığının uzantısını teşkil ettiği sorusunun, bilimsel veriler elde edilmeden çözümlenebilmesi pek mümkün gözükmemektedir.

Burada Sırtlar bakımından bir diğer mesele ise bunların bir devletin kıta sahanlığının uzantısını teşkil ettiğinin saptanması durumunda, BMDHS'nin 76 (6). maddesi bakımından bu Sırtların bir istisna teşkil edip etmediği hususudur. Bu maddede, “... Kıta sahanlığının dış sınırı, sualtı sırtları üzerinde karasularının genişliğinin ölçülmeye başlandığı esas hattan itibaren 350 mili geçemeyecektir. Bu paragraf, platolar, yükselimler, tepeler, taş katmanlar ve çıkıntılar gibi kıta kenarının tabii unsurlarına uygulanmaz¹⁰⁷.” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, sayılan özelliklere benzer coğrafi biçimlerin bulunması durumunda 350 mil kuralı uygulanmayacaktır. Ancak özelliği coğrafi biçimin, bir devletin kıta sahanlığını

100 John T. Oliver, ‘National Security and the U. N. Convention on the Law of the Sea: U.S. Coast Guard Perspectives’ (2009) 15(2) *ILSA Journal of International and Comparative Law* 573-586.

101 Golitsyn (n 28) 257.

102 Stimson (n 90).

103 İnan Şimşek (n 69) 103.

104 ibid 102.

105 ibid 103.

106 Weber (n 2) 661.

107 UNCLOS (n 39) art 76 (6).

oluşturup oluşturmadığının tespitinde hangi kriterlerin kullanılması gerektiğine dair bir açıklık bulunmaktadır. Bu bakımdan eğer bir sualtı sırt, kara parçasının doğal uzantısını oluşturuyor ancak kıta sahanlığının doğal bir biçimde devamı olarak görülemiyorsa bu durumda Sözleşme'nin 76 (5) ve 76 (6). maddelerinin birlikte ele alınarak belirlenimin maksimum olarak 350 mil olarak yapılabileceği söylenebilecektir¹⁰⁸. Burada, iki farklı yorumun olduğu görülmektedir. ABD, Chukchi Platosu'nun 76 (6). maddenin son cümlesindeki özellikli durumlar gibi düşünülemeyeceğini belirtmiştir. Danimarka ise sualtı yükseltilerinin, esasında kara parçası ile aynı jeolojik yapıya sahip oldukları biçiminde yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. Bu yorumlara karşın, 1999 yılında CLCS tarafından yayımlanan "*Bilimsel ve Teknik Klavuz*¹⁰⁹"da sualtı yükseltileri ve sırtların ayrı olarak değerlendirildiği görülmektedir. Buna göre sualtı yükseltileri, kıta sahanlığının doğal bir uzantısını teşkil eder ve 76. maddede düzenlenen iki formülden birinin (esas hatlardan itibaren maksimum 350 mil ya da 2500 metre izobatından itibaren 100 mil) uygulanmasını gerektirir. Sırtlar bakımından ise öncelikle sırtın okyanusal ya da sualtı olup olmadığı belirlenmelidir. Eğer belirleme neticesinde sualtı sırt olduğu kanaatine varılır ise, esas hatlardan itibaren maksimum 350 mil kuralı uygulanır. Ancak okyanusal sırt olduğu tespit edilmişse, bu durumda bu sırt herhangi bir devletin kıta sahanlığının uzantısını teşkil etmeyecektir¹¹⁰.

Bunun dışında Svalbard Takımadaları ve Hans Adası bakımından da bu adaların kendilerine ait kıta sahanlığı olup olmadığı meselesi gündeme gelmektedir. 1920 yılında akdedilen "*Spitsbergen Takımadaları Andlaşması*" ile diğer adıyla Svalbard Takımadaları üzerinde Norveç'in mutlak egemenliği tanınmıştır. Takımadada'nın etrafında büyük petrol rezervlerinin olduğu tahmin edilmektedir. Bu durum ise, Svalbard kıta sahanlığının sınırlandırılması ile ilgili belirlemelerin hızlanmasına yol açmaktadır¹¹¹. Buradaki kıta sahanlığına dair esas mesele, Andlaşma'nın farklı biçimde yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Norveç, Andlaşma'nın kendisine bu Takımadada üzerinde mutlak egemenlik tanınmasının, bu alanda kendi deniz yetki alanlarını oluşturabilmesi için yeterli olduğunu ileri sürmektedir. Buna karşın İzlanda ve Rusya ise, Andlaşma'da belirtilmeyen coğrafi bölgeler üzerinde Norveç'in böyle bir yetkisinin olup olmadığını sorgulamaktadır. Bu iddialara karşın Birleşik Krallık ve diğer devletler tarafından benimsenen üçüncü bir görüş ise, "*Spitsbergen Takımadaları Andlaşması*"nın ayrımcı olmayan ilkelerinin uygulanması ve Norveç'in bu tür deniz alanlarında münhasır yetkisinin varlığının sorgulanması gerektiğini savunmaktadır¹¹².

108 Weber (n 2) 666.

109 CLCS 'Scientific and Technical Guidelines of the Commission on the Limits of the Continental Shelf, Annex II, IV' (13 May 1999) DOALOS <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/338/93/PDF/N9933893.pdf?OpenElement>> Erişim Tarihi 12.09.2020.

110 ibid 10.

111 Torbjørn Pedersen, 'The Svalbard Continental Shelf Controversy: Legal Disputes and Political Rivalries', (2006) 5 (35) *Ocean Development & International Law*, 13.

112 ibid 16.

Hans Adası bakımından ise, Kanada ve Danimarka 1973 yılında “*Kıta Sahaneliğinin Sınırlandırılmasına dair Andlaşma*”¹¹³’ü akdetmişlerdir. Andlaşma’ya göre Ada, belirlenen bu alanın tam merkezinde yer almaktadır. Bu Andlaşma ile Kanada ve Grönland arasında bir sınırlandırma hattı tespit edilmiş, ancak egemenliğine dair belirsizlikler olan Hans Adası bakımından bir belirleme yapılmamıştır¹¹⁴. İki devlet de, bu Ada’nın kendi egemenlikleri altında olduğu iddiasındadır. Mayıs 2018’de Kanada ve Danimarka, Hans Adası üzerinde ortak bir görev gücü oluşturacağını duyurmuştur. Yayınlanan Ortak Bildiri’de bu görev gücünün iki ülke arasındaki sınırlandırma sorunlarına ilişkin çözülememiş meselelerin çözümüne alternatifleri araştırarak tavsiyelerde bulunması öngörülmüştür¹¹⁵. Ancak belirtilmelidir ki günümüzde Kanada ve Grönland arasında Hans Adası’nın egemenliğine dair tartışmalar devam etmekte olup, 2012 yılında Ada’nın bölünmesine dair bir fikir ortaya çıkmış olsa da bu hususta henüz bir anlaşmaya varılamamıştır¹¹⁶. Bu sebeple, burada öncelikli çözülmesi gereken sorunun, Ada’nın aidiyeti meselesi olduğu görülmektedir. Kıta sahanlığına ilişkin sorun ise ancak bu belirlemeden sonra değerlendirilebilecektir.

F. Münhasır Ekonomik Bölgeye İlişkin Düzenlemeler Bakımından

Münhasır ekonomik bölge, BMDHS’nin V. Kısımında (55-75. maddeleri arasında) düzenlenmiştir. Bu çerçevede, münhasır ekonomik bölgenin de kıta sahanlığı ile benzer şekilde karasularının ölçülmeye başlandığı esas hatlardan itibaren 200 deniz mili genişliğe kadar belirlenebileceği¹¹⁷ belirtilmiştir. Ancak münhasır ekonomik bölgenin, kıta sahanlığından farklı olarak, deniz yatağının üstündeki sular, deniz yatağı ve toprak altını da kapsamına aldığı ifade etmek gerekir¹¹⁸.

Erimekte olan Arktik buzulları, Arktik devletlerinin münhasır ekonomik bölgeleri arasındaki sınırların ötesinde bulunan buz kütleleri miktarının değişmesine sebep olmaktadır. Bu durum ise, bu alanlarda buzların taşınması kaynaklı kirlenme riskini artırmaktadır¹¹⁹. Bu yüzden Bölge’de münhasır ekonomik bölge sınırlandırılmasının yapılması, dolaylı olarak bu alanların korunması ve kirlenme ile mücadeleye de katkı sağlayacaktır. Bununla birlikte, Arktik devletlerinin kıyı şeridine bitişik olan 200 deniz millik kısım bakımından (yani münhasır ekonomik bölgeleri) Arktik Çemberi’nin ortalarına göre daha fazla canlı olmayan doğal kaynakların bulunduğu tahmin

113 Agreement relating to the Delimitation of the Continental Shelf between Greenland and Canada (signed 19 December 1973, entered into force 13 March 1974) 13550 UNTS 151 <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20950/volume-950-I-13550-English.pdf>> Erişim Tarihi 20.09.2020.

114 Stimson (n 90).

115 Levon Sevunts, ‘Canada and Denmark Announce Joint Task Force to Resolve Arctic Boundary Issues’ (2018) <<https://www.rcinet.ca/en/2016/05/03/canada-to-submit-its-arctic-continental-shelf-claim-in-2018/>> Erişim Tarihi 01.12.2020.

116 Stimson (n 90).

117 UNCLOS (n 39) art 57.

118 ibid art 56.

119 Robert Newton, Stephanie Pfirman, Bruno Tremblay, Patricia DeRepenigny, ‘Increasing Transnational Sea-Ice Exchange in a Changing Arctic Ocean’ (2017) *AGU Earth’s Future* 633.

edilmektedir¹²⁰. Bu sebeplerle, Arktik Bölgesi'ni çevreleyen kıyı devletlerinin münhasır ekonomik bölgelerini genişletme yönünde bir eğilimde olmaları da gayet doğaldır.



Harita 2: Arktik kıyı devletlerinin münhasır ekonomik bölgeleri¹²¹

Kıyı devletlerinden özellikle Rusya, münhasır ekonomik bölgesini Arktik Okyanusu'na kadar genişletmeyi istemektedir. Rusya, bölgede eriyen buz kütlelerinin imkân sağladığı doğal kaynaklardan yararlanmayı ve denizcilik faaliyetlerini artırmayı düşünmektedir. Ancak bölgedeki doğal kaynak rezervlerinin kullanımı, Arktik'teki buz kütlelerinin erimesine neden olacaktır. Bu durumun ise açığa çıkan sera gazlarının artması neticesinde, dünya bakımından geri dönülemez zararlara yol açacağı unutulmamalıdır¹²².

1977 yılında Svalbard Takımadaları'nın etrafında Norveç tarafından Balıkçılık Koruma Bölgesi (FPZ/Fisheries Protection Zone) oluşturulmuştur. Norveç 1920 yılında akdedilen "*Spitsbergen Takımadaları Andlaşması*"nın Norveç'e o tarihte henüz var olmayan 200 mil genişlikteki münhasır ekonomik bölgeyi de kapsaması gerektiğini iddia etmiştir. Rusya ise bunun Andlaşma'nın tarafı tüm devletlere bu alanda eşit ekonomik faaliyette bulunma hakkı verilmesi çerçevesinde uygulanabilir olduğunu belirtmiştir. Ancak taraf devletlerin günümüze kadar bu uygulamayı kabul etmiş görünmelerine rağmen, kimi zaman bu devletlerin arasında Norveç tarafından bazı balıkçı teknelerine ayırım yapılması gibi sorunların yaşandığı da görülmektedir¹²³.

120 Valková (n 15) 143.

121 'Law of the Sea: A Policy Primer' (n 38) 60.

122 Cameron (n 5).

123 Østhaugen (n 12) 85-86.

Yine Norveç ile Rusya arasında 1978 tarihinde balıkçılığa dair düzenlemelerin bulunduğu “*Gri Bölge Andlaşması*”¹²⁴ akdedilmiştir. Bu Andlaşma ile Barents Denizi’nde tartışmalı olan alanlar bakımından iki devlet arasında geçici bir çözüm bulunması amaçlanmıştır.¹²⁵ Andlaşma’ya göre Norveç ve SSCB’nin münhasır ekonomik bölgelerinin bir kısmı “*gri bölge*” olarak kabul edilmiştir.¹²⁶ Andlaşma 1 Temmuz 2010 tarihinde sona ermiştir. Ardından 15 Eylül 2010 tarihinde, 40 yıllık müzakerelerin bir ürünü olarak, Norveç ve Rusya arasında deniz alanlarının sınırlandırılmasına dair “*Barents Denizi Andlaşması*” imzalanmıştır. Buna göre, Barents Denizi’ndeki tartışmalı alan yaklaşık olarak 175.000 km²’ye tekabül etmektedir. Andlaşma ile bu tartışmalı alan üç kısma ayrılarak bir çözüm bulunmuştur. Bu bağlamda ilk kısım Varangerfjord’dan başlayarak Norveç ve Rusya kıyılarından 200 deniz miline kadar olan alanı, ikinci kısım Barents Denizi’nin ortalarından 200 deniz mili ötesindeki alanı ve son kısım ise Barents Denizi’nin kuzeyini kapsamına almaktadır.¹²⁷

Günümüzde bakıldığında ise genel olarak Rusya’nın münhasır ekonomik bölgeye yönelik iddiaları ile Danimarka ve Kanada’nın bu husustaki iddialarının çakıştığı görülmektedir. Danimarka, Rusya’nın kendi münhasır ekonomik bölgesinde olduğunu iddia ettiği Lomonosov Sırtı’nın, aslında kendi münhasır ekonomik bölgesinde olduğunu ileri sürmektedir. Benzer şekilde, Kanada ise Lomonosov Sırtı’nın kuzey kesimlerinin kendi münhasır ekonomik bölgesinde olduğunu iddia etmektedir.

Bu iddialar bağlamında devletler arasındaki iddiaların çakıştığı durumlar bakımından BMDHS’nin 74. maddesinde “*Kıyıları bitişik veya karşılıklı olan devletler arasında münhasır ekonomik bölgenin sınırlandırılması, hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşmak amacıyla, Uluslararası Adalet Divanı Statüsününün 38. maddesinde belirtildiği şekilde uluslararası hukuka uygun olarak andlaşma ile yapılacaktır*”¹²⁸.” biçiminde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Devletlerin bir andlaşmaya varamadıkları durumlar bakımından ise, Sözleşme’nin 287. maddesinde dört farklı yargılama seçeneğinden birinin¹²⁹ seçilebileceği düzenlenmiştir. Bölge’deki dengenin korunması bakımından 74. maddeye uygun bir andlaşma yapılamadığı takdirde, 287. maddede belirtilen dört seçenekten birine başvurulması en uygun çözüm olacaktır.

124 Kristoffer Stabrun, *The Grey Zone Agreement of 1978: Fishery Concerns, Security Challenges and Territorial Interests* (2009) FNI Reports Series 13 <<https://css.ethz.ch/content/specialinterest/gess/cis/center-for-securities-studies/en/services/digital-library/publications/publication.html/112916>> Erişim Tarihi 20.09.2020.

125 ibid.

126 Aktaran: İnan Şimşek (n 69) 102.

127 Tore Henriksen and Geir Ulfstein, ‘Maritime Delimitation in the Arctic: The Barents Sea Treaty’, (Taylor&Francis, London 2014) *Ocean Development & International Law* 1-2.

128 UNCLOS (n 39) art 74.

129 Belirtilen dört farklı yargılama; “*Ek VI’ya göre kurulmuş olan Milletlerarası Deniz Hukuku Mahkemesi, Milletlerarası Adalet Divanı, Ek VII’ye göre oluşturulan bir hakem mahkemesi, Ek VIII’de belirtilen uyumsuzluk kategorilerinden bir veya daha fazlası için Ek VIII hükümlerine göre oluşturulan özel bir hakem mahkemesi*” şeklindedir. ibid art 287.

G. Açık Denizlere İlişkin Düzenlemeler Bakımından

Arktik'in büyük bir kısmı bakımından kıyı devletlerince kıta sahanlığı iddiaları olmasına rağmen, hiçbir devletin yetki alanında olmayan, Arktik Okyanusu'nun bir parçasını teşkil eden açık deniz kısımları da bulunmaktadır¹³⁰. Bu kısımlar bakımından açık denizlerin serbestliği ilkesi gereği devletlerin seyrüsefer serbestisi bulunmaktadır. Ayrıca, yine tüm devletler bakımından doğal kaynaklardan yararlanma hakkı da bulunmaktadır. Ancak bölgede canlı deniz kaynaklarının tehlike altında olması ve düzensiz balıkçılık gibi hususlar özellikle kıyı devletlerinde kaygı yaratmaktadır¹³¹.

Bölgedeki açık denizlerde düzensiz balıkçılığın önlenmesi amacıyla, 3 Ekim 2018 tarihinde Kanada, Danimarka, Norveç, Rusya, Amerika Birleşik Devletleri, İzlanda, Japonya, Güney Kore, Çin ve Avrupa Birliği tarafından "*Orta Arktik Okyanusu'nda Düzensiz Açık Deniz Balıkçılığının Önlenmesi Andlaşması*¹³²" imzalanmıştır. Bu Andlaşma'nın amacı 2. maddede, "...sağlıklı deniz ekosistemlerini korumak ve koruma ve sürdürülebilir kullanımı sağlamak için uzun vadeli bir stratejinin parçası olarak ihtiyati koruma ve yönetim önlemlerinin uygulanması yoluyla Orta Arktik Okyanusu'nun açık deniz kısmında düzenlenmemiş balıkçılığın önlenmesi ve balık stoklarının sürdürülebilir kullanımıdır"¹³³. biçiminde belirtilmiştir. Andlaşma'da düzenlenen alan, yaklaşık olarak Akdeniz büyüklüğünde olan 2,8 milyon km²'lik alanı kapsamına almaktadır¹³⁴. Bu Andlaşma ile taraf devletler, Andlaşma'nın yürürlüğe girmesinden itibaren 16 yıl süre ile bölgedeki açık denizler bakımından balıkçılık faaliyetlerinde bulunmayacaklarını taahhüt etmişlerdir¹³⁵.

2018 tarihli Andlaşma dışında, Arktik Bölgesi'ndeki açık denizlere dair hukuki bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bu alanlar bakımından, BMDHS'nin VII. Kısım'ında (86-120. maddeleri arasında) yer verilen açık denizlere ilişkin hükümlerin uygulama alanına sahip olduğunun unutulmaması gerekir.

Sonuç

Bölge'deki doğal kaynak potansiyeli ve yeni su yollarının oluşumu, Arktik'in önemini artırmıştır. Ancak, Bölge'nin öneminin artmasını sağlayan doğal gaz ya da petrol çıkarımına yönelik müdahalelerin sera gazlarının salınımına, bunun ise dünya bakımından geri dönülmesi mümkün olmayan zararlara yol açması kaçınılmazdır. Bu

130 'Law of the Sea: A Policy Primer' (n 38) 64.

131 ibid.

132 Agreement to Prevent Unregulated High Seas Fisheries in the Central Arctic Ocean (signed 3 October 2018, entered into force on 18 March 2019) L73 OJEU 3 (Unregulated Fisheries Agreement) <http://publications.europa.eu/resource/ceilar/f075cd03-46f3-11e9-a8ed-01aa75ed71a1.0006.03/DOC_1> Erişim Tarihi 20.09.2020.

133 ibid.

134 EU and Arctic partners enter historic agreement to prevent unregulated fishing in high seas (2018) *European Commission-Frequently Asked Questions* <https://ec.europa.eu/fisheries/eu-and-arctic-partners-enter-historic-agreement-prevent-unregulated-fishing-high-seas-%E2%80%93-frequently_en> Erişim Tarihi 20.09.2020.

135 Unregulated Fisheries Agreement (n 132) art 13.

sebeple Bölge'nin yönetiminde, hassas yapısının göz önünde bulundurulması gerekir. 1982 tarihli BMDHS'ye bakıldığında, Bölge'nin bu özel yapısına yönelik olarak sadece 234. maddede düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Böyle özel bir Bölge için bir maddenin yeterli olup olmadığı pek tabii ki tartışılabilir. Ancak bu tartışmada, Sözleşme'nin geriye kalan maddelerinin de Bölge bakımından uygulanabilir olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Bu çerçevede BMDHS, Arktik Bölgesi'nin yönetiminde genel hukuki çerçeveyi sağlamaktadır. Ancak Bölge'nin imkân sağladığı denizcilik faaliyetleri ve deniz çevresinin korunması gibi hususlarda BMDHS'nin yeterli gelmediği durumlarda, daha detaylı bir düzenleme yapılabilmesi olanağı da mevcuttur. Bunlara ek olarak yukarıda da belirtildiği üzere, Bölge'de bazı deniz alanları bakımından sınırlandırma ve egemenlik gibi hususlarda çatışmaların yaşandığı da görülmektedir. Bölge'deki belirsizliklerin giderilmesi, özellikle deniz çevresinin korunması bakımından büyük önem arz etmektedir.

Bu çalışmada BMDHS çerçevesinde Arktik Bölge'sindeki deniz alanlarına ilişkin ilk olarak, iç sular ve karasularının incelenmesi tercih edilmiştir. Bu deniz alanları bakımından başlıca yaşanan sorun, Bölge'de irili ufaklı çokça sayıda adası bulunan Kanada'nın, kendini takımada devleti olarak nitelemesidir. Ancak Kanada'nın bu iddiası, BMDHS'nin 46. maddesindeki düzenlemeye açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Boğazlara ilişkin olarak ise, özellikle Bölge'de buzulların erimesi neticesinde oluşan su yollarının öneminin gün geçtikçe arttığı görülmektedir. Bunun nedeni, bu su yollarının seyrüsefer süresini kayda değer miktarda azaltabilecek olmasıdır. Bu sebeple bu yeni su yollarının uluslararası boğaz olarak nitelendirilmesi, yabancı gemilerin bu su yollarından transit geçiş hakkına sahip olmasını sağlayacaktır. Bir boğazın bu şekilde nitelendirilebilmesi için içtihat hukuku ile ortaya çıkan, “*coğrafya*” ve “*boğazın işlevi*” şeklinde iki kriter bulunmaktadır. Ancak bu iki kriterin birlikte arandığını belirtmek gerekir. Günümüzde, coğrafi koşulun sağlandığı bu geçitler bakımından kıyı devletlerine bağımlı niteliği ve seyrüsefere elverişliliği gibi hususlar sebebiyle bu geçitlerin uluslararası boğaz niteliğinde olmadığı kanaatindeyiz. Bununla birlikte, ilerleyen teknoloji ve Bölge'deki koşulların değişmesi, pek tabii ki bu su yollarının uluslararası boğaz statüsünde olmasını sağlayabilecektir.

Arktik'te fazlaca anlaşmazlığın yaşandığı bir diğer deniz yetki alanı ise, kıta sahanlığıdır. Bu hususta özellikle kıta sahanlığının dış sınırını belirlemede bazı sorunların ortaya çıktığı görülmektedir. Bu bağlamda Arktik devletleri sorunların çözümünde Kıta Sahanlığını Sınırlandırma Komisyonu'na başvurmayı tercih etmişlerdir. Ancak bu Komisyon'un yetki alanının çakışmayan alanlar ile sınırlı olması, Bölge'de kıyı devletlerinin çakışan alanlar bakımından bir anlaşma yapmaları ihtiyacını da doğurmuştur. Ayrıca Bölge'deki doğal gaz ve petrol keşfinin

kolaylaşmasının bir sonucu olarak, kıta sahanlığında olduğu gibi münhasır ekonomik bölge hususlarında da anlaşmazlıkların arttığı görülmektedir.

Son olarak açık denizler bakımından ise, Bölge'nin hassas yapısının olması bu alanlar bakımından kıyı devletlerini, özellikle deniz çevresinin korunması, kirliliğin önlenmesi, düzensiz balıkçılığın önlenmesi gibi kaygılarla iş birliğine yönlendirdiğini belirtmek gerekir. Bu iş birliğinin neticesinde 2018 tarihli “*Orta Arktik Okyanusu'nda Düzensiz Açık Deniz Balıkçılığının Önlenmesi Andlaşması*” akdedilmiştir. Kanaatimizce açık denizler bakımından yaşanan bu kaygının, diğer deniz alanları bakımından da dile getirilmesi gerekir. Yukarıda da vurgulandığı üzere Bölge'nin hassas yapısı ve özel olarak korunması gerektiği gerçeği unutulmadan, bu alanlarda iş birliği tarzında bir yönetişimin benimsenmesinin, Arktik kıyı devletlerinin yararına olacağını düşünmekteyiz.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

‘Continental Shelf Claims in the Arctic’ (2017) *The Arctic Institute* <<https://www.thearcticinstitute.org/wp-content/uploads/2017/06/TAI-Infographic-ContinentalShelfClaims.pdf?x62767>> Erişim Tarihi 01.10.2020.

‘Law of the Sea: A Policy Primer’ in John Burgess, Lucia Foulkes, Philip Jones, Matt Merighi, Stephen Murray, Jack Whitacre (eds) (Trustees of Tufts College 2017) *The Fletcher School Tufts University* 59-66<<https://sites.tufts.edu/lawofthesea/chapter-eight/>> Erişim Tarihi 02.10.2020.

<<https://arctic-council.org/en/about/>> Erişim Tarihi 12.09.2020.

<<https://arctic-council.org/en/about/observers/>> Erişim Tarihi 12.09.2020.

<<https://arctic-council.org/en/about/permanent-participants/>> Erişim Tarihi 12.09.2020.

<<https://www.arctic.gov/science-agrmt.html>> Erişim Tarihi 20.09.2020.

<<https://www.nationalgeographic.org/encyclopedia/arctic/>> Erişim Tarihi 12.09.2020.

1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Türkçe Metin <<http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/altipar/Okuma/Viyana%20Andlaşmalar%20Hukuku%2069.pdf>> Erişim Tarihi 20.09.2020.

Agreement between the United States of America and the Union of Soviet Socialist Republics on the Maritime Boundary (signed 1 June 1990) 101-22 Senate Treaty Document 1 <<https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/USA-RUS1990MB.PDF>> Erişim Tarihi 20.09.2020.

Agreement on Cooperation on Aeronautical and Maritime Search and Rescue in the Arctic (signed 12 May 2011) <<https://oarchive.arctic-council.org/handle/11374/531>> Erişim Tarihi 12.09.2020.

- Agreement on Cooperation on Marine Oil Pollution Preparedness and Response in the Arctic (signed 15 May 2013) <<https://oarchive.arctic-council.org/handle/11374/529>> Erişim Tarihi 12.09.2020.
- Agreement on Enhancing International Arctic Scientific Cooperation (11 May 2017) <<https://oarchive.arctic-council.org/handle/11374/1916>> Erişim Tarihi 12.09.2020.
- Agreement relating to the Delimitation of the Continental Shelf between Greenland and Canada (signed 19 December 1973, entered into force 13 March 1974) 13550 UNTS 151 <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20950/volume-950-I-13550-English.pdf>>Erişim Tarihi 20.09.2020.
- Agreement to Prevent Unregulated High Seas Fisheries in the Central Arctic Ocean (signed 3 October 2018, entered into force on 18 March 2019) L73 OJEUS 3 (Unregulated Fisheries Agreement) <http://publications.europa.eu/resource/cellar/f075cd03-46f3-11e9-a8ed-01aa75ed71a1.0006.03/DOC_1>Erişim Tarihi 20.09.2020.
- Akkutay İA, *200 Deniz Milinin Ötesindeki Kıtta Sahaneliği* (Adalet Yayınevi 2018).
- Brubaker RD, *International Straits of the World: The Russian Arctic Straits* in Gerard J. Mangone (ed) (Martinus Nijhoff Publishers 2005).
- Byers M, *International Law and the Arctic*, (Cambridge University Press 2013).
- Cameron K, 'Examining the Russian Federations claim to extend their Exclusive Economic Zone within the Arctic' (2020) *The Henry M. Jackson School of International Studies, University of Washington* <<https://jsis.washington.edu/news/examining-the-russian-federations-claim-to-extend-their-exclusive-economic-zone-within-the-arctic/>> Erişim Tarihi 12.09.2020.
- Case Concerning Maritime Delimitation in the Area Between Greenland and Jan Mayen (Denmark v Norway)* (Judgement) [1993] ICJ Rep 38.
- Churchill RR, 'Claims to Maritime Zones in The Arctic-Law of the Sea Normality or Polar Peculiarity?' in Alex G. Oude Elferink, Donald R. Rothwell (eds) (Marthinus Nijhoff Publishers, 2001) *The Law of the Sea and Polar Maritime Delimitation and Jurisdiction* 105-124.
- CLCS 'Scientific and Technical Guidelines of the Commission on the Limits of the Continental Shelf, Annex II, IV' (13 May 1999) DOALOS <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/338/93/PDF/N9933893.pdf?OpenElement>> Erişim Tarihi 12.09.2020.
- CLCS 'Submission of Canada' (23 May 2019) CLCS/103 <<https://undocs.org/en/clcs/103>> Erişim Tarihi 05.10.2020.
- CLCS 'Submission of Denmark' (15 December 2014) CLCS/95 <<https://undocs.org/CLCS/95>> Erişim Tarihi 05.10.2020.
- CLCS 'Submission of Norway' (27 November 2006) CLCS/62 <<https://undocs.org/en/clcs/62>> Erişim Tarihi 05.10.2020.
- CLCS 'Submission of Russia Federation' (20 December 2001) CLCS/34 <<https://undocs.org/en/clcs/34>> Erişim Tarihi 05.10.2020.
- Corfu Channel Case (UK v Albania)* (Merits) [1949] ICJ Rep 4.
- Declaration on the Establishment of the Arctic Council (signed 19 September 1996) (Ottawa Declaration) <<https://oarchive.arctic-council.org/handle/11374/85>> Erişim Tarihi 12.09.2020.
- DOALOS 'Partial Submission of Canada to the Commission on the Limits of the Continental Shelf regarding Its Continental Shelf in the Arctic Ocean' (2015) <https://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/can1_84_2019/CDA_ARC_ES_EN_secured.pdf>Erişim Tarihi 20.09.2020.

- ECMAF, *Legal Aspects of Arctic Shipping Summary Report* (2010) Ref 2 <https://ec.europa.eu/maritimeaffairs/sites/maritimeaffairs/files/docs/publications/legal_aspects_arctic_shipping_summary_en.pdf> Erişim Tarihi 04.10.2020.
- EU and Arctic partners enter historic agreement to prevent unregulated fishing in high seas (2018) *European Commission-Frequently Asked Questions* <https://ec.europa.eu/fisheries/eu-and-arctic-partners-enter-historic-agreement-prevent-unregulated-fishing-high-seas-%E2%80%93-frequently_en> Erişim Tarihi 20.09.2020.
- Fisheries Case (UK v Norway)* (Judgement) [1951] ICJ Rep 116.
- Franckx E, 'Should Law Governing Maritime Areas in the Arctic Adapt to Changing Climatic Circumstances?' (2009) 50(*Environment&Policy*) *Climate Governance in the Arctic* 119-143.
- Golitsyn V, 'Climate Change, Marine Science and Delineation of the Continental Shelf', in Susanne Wasum-Rainer, Ingo Winkelmann Katrin Tiroch (eds) (Springer Heidelberg 2011) *Arctic Science, International Law and Climate Change* 245-260.
- Güçlü Akpınar B, 'Uluslararası Hukuk Çerçevesinden Arktik Güvenliği Politikalarının Analizi: Rusya ve ABD Örneği' (2017) 16(2) *Savunma Bilimleri Dergisi* 83-118.
- Henriksen T and Ulfstein G, 'Maritime Delimitation in the Arctic: The Barents Sea Treaty', (Taylor&Francis 2014) *Ocean Development & International Law* 1-21.
- İnan Şimşek A, 'Arktika Bölgesi'ndeki Deniz Yetki Alanlarındaki Çatışmalara Genel Bakış', in Harun Gümrükçü, Aybüke İnan Şimşek, Güneş Ersoy (eds), (Efil Yayınevi 2016) *Küresel Bakışla Kutup Çağı: Farklı Disiplinler Çok Yönlü Perspektifler* 93-118.
- Kuersten A, 'Arctic Five Versus the Arctic Council' (2016) *Arctic Yearbook, Briefing Notes* <<https://arcticyearbook.com/arctic-yearbook/2016/2016-briefing-notes/205-the-arctic-five-versus-the-arctic-council>> Erişim Tarihi 12.09.2020.
- Kuran S, *Uluslararası Deniz Hukuku* (5th edn Beta 2016).
- Laajava J, 'Arctic Science, International Law and Climate Change' in Susanne Wasum-Rainer, Ingo Winkelmann Katrin Tiroch (eds) (Springer Heidelberg 2011) *Arctic Science, International Law and Climate Change* 9-14.
- Lempinen H, *Arctic Energy and Social Sustainability* (Palgrave Pivot 2019).
- Newton R, Stephanie Pfirman, Bruno Tremblay, Patricia DeRepentigny, 'Increasing Transnational Sea-Ice Exchange in a Changing Arctic Ocean' (2017) *AGU Earth's Future* 633-647.
- Nilsson AE, *A Changing Arctic Climate: Science and Policy in the Arctic Climate Impact Assessment*, (Linköping Studies in Arts and Science 2007) 386.
- Oliver JT, 'National Security and the U. N. Convention on the Law of the Sea: U.S. Coast Guard Perspectives' (2009) 15(2) *ILSA Journal of International and Comparative Law* 573-586.
- Østhagen A, 'High North, Low Politics—Maritime Cooperation with Russia in the Arctic' (2016) 7(1) *Arctic Review on Law and Politics* 83-100.
- Pazarıcı H, *Uluslararası Hukuk* (17th edn, Turhan Kitabevi 2018).
- Pedersen T, 'The Svalbard Continental Shelf Controversy: Legal Disputes and Political Rivalries', (2006) 5 (35) *Ocean Development & International Law*, 1-20.
- Petkunaite D, *Cooperation or Conflict in the Arctic? UNCLOS and The Barents and Beaufort Sea Disputes* (The City College of New York 2011).
- Pharand D, 'The Arctic Waters and the Northwest Passage: A Final Revisit' (2007) 38 *Ocean*

Development & International Law 3-69.

Rovaniemi Joint Ministerial Statement 2019 (7 May 2019) <<https://oarchive.arctic-council.org/handle/11374/2342>> Erişim Tarihi 01.12.2020.

Sevunts L, 'Canada and Denmark Announce Joint Task Force to Resolve Arctic Boundary Issues' (2018) <<https://www.rcinet.ca/en/2016/05/03/canada-to-submit-its-arctic-continental-shelf-claim-in-2018/>> Erişim Tarihi 01.12.2020.

Singil N, *Kıta Sahanlığının Sınırlandırılmasında Orantılılık İlkesinin Rolü* (On İki Levha 2020).

Stabrun K, *The Grey Zone Agreement of 1978: Fishery Concerns, Security Challenges and Territorial Interests* (2009) FNI Reports Series 13 <<https://css.ethz.ch/content/specialinterest/gess/cis/center-for-securities-studies/en/services/digital-library/publications/publication.html/112916>> Erişim Tarihi 20.09.2020.

Status of Spitsbergen (signed 9 February 1920, entered into force 14 August 1925) 18 British Treaty Series 269 (1924) (SS) <<https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000002-0269.pdf>> Erişim Tarihi 20.09.2020.

Stimson, 'Evolution of Arctic Territorial Claims and Agreements: A Timeline (1903-Present)' (2013) *Environmental Security* <<https://www.stimson.org/2013/evolution-arctic-territorial-claims-and-agreements-timeline-1903-present/>> Erişim Tarihi 12.09.2020.

The Ilulissat Declaration (adopted 28 May 2008) 1 (ID) <<https://arcticportal.org/images/stories/pdf/Ilulissat-declaration.pdf>> Erişim Tarihi 12.09.2020.

Thorén AM, *Article 234 UNCLOS and the Polar Code: The Interaction between Regulations on Different Levels in the Arctic Region* (University of Oslo Faculty of Law 2014).

Todorov AA, 'The Russia-USA Legal Dispute over the Straits of the Northern Sea Route and Similar Case of the Northwest Passage' (2017) 29 *Arctic and North* 62-75.

Tütüncü AN, *Gemi Kaynaklı Deniz Kirlenmesinin Önlenmesi, Azaltılması ve Kontrol Altına Alınmasında Devletin Yetkisi* (Yenilenmiş 3th edn Beta 2004).

United Nations Conventions on the Law of the Sea (adopted 16 November 1973, entered into force 16 November 1994) 31363 UNTS 7 (UNCLOS) <https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf> Erişim Tarihi 20.09.2020.

United Nations Framework Convention on Climate Change (adopted 16 June 1992, entered into force 21 March 1994) 1771 UNTS 107 (UNFCCC) <https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-7&chapter=27&Temp=mtdsg3&clang=_en> Erişim Tarihi 20.09.2020.

Valková I, 'Claiming the Arctic: on the legal geography of the northernmost sovereignty dispute' (2017) 7 *The Polar Journal* 143-164.

VanderZwaag DL, 'Climate Change and the Shifting International Law and Policy Seascape for Arctic Shipping' in Randall S. Abate and Robin Kundis Craig (eds) (Oxford 2015) *Climate Change Impacts on Ocean and Coastal Law: U.S. and International Perspectives* 300-321.

Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331 (VCLT) <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>> Erişim Tarihi 20.09.2020.

Weber M, 'Defining the Outer Limits of the Continental Shelf across the Arctic Basin: The Russian Submission, States' Rights, Boundary Delimitation and Arctic Regional Cooperation', (2009) 24 *The International Journal of Marine and Coastal Law* 653-681.



Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 08.09.2020
Revizyon Talebi: 23.09.2020
Son Revizyon: 02.10.2020
Kabul: 10.10.2020
Online Yayın: 12.12.2020

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

MTK Tahkiminde İptal Davalarına İlişkin Bir Değerlendirme

An Evaluation of Setting Aside of Arbitral Awards on Turkish International Arbitration Code

Gizem Ersen Perçin*

Öz

Türk Hukukunda yabancılık unsuru içeren tahkim yargılamalarına ilişkin düzenlemeler 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda yer almaktadır. Söz konusu kanun uyarınca verilen hakem kararlarına karşı tek kanun yolu iptal davasıdır. Bu kanun yolunda, taraflar haklarında verilen hakem kararlarına karşı, kanunda sayılan iptal sebeplerine dayanarak yerel mahkemede dava açarlar. İptal davasının kabulüne karar verilmesi durumunda hakem kararının tamamı veya bir kısmı iptal edilir. İptal edilen karar için yargılama faaliyeti iptal sebebine göre yerel mahkemede ya da hakem heyeti önünde en baştan başlar. Bu da hiç şüphesiz ki yargılama faaliyeti giderlerinde ciddi bir artış ve zaman kaybına sebebiyet verecektir. Ayrıca iptal davalarında başvuru iptal sebeplerinin çok geniş yorumlanması hakem kararlarının iptal edilme oranlarını artırarak bu alanda bir cazibe merkezi olmayı hedefleyen Türkiye'de tahkime olan güveni azaltabileceği gibi aksi yönde bir uygulama da keyfi uygulamalar sonucunda oluşabilecek adaletsiz hakem kararlarının icra edilmesine neden olacaktır. İşte bu olumsuzlukların bertaraf edilebilmesi için gerek iptal davasında uygulanan usuli işlemlerin gerekse iptal sebeplerinin sınırlarının net bir şekilde çizilmesi büyük önem arz etmektedir. Bu çalışmada, söz konusu sınırların belirlenmesi bakımından, MTK'daki düzenlemelerin kaynağını oluşturan 1985 tarihli UNCITRAL Model Kanunu ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu'nda yer alan düzenlemeler MTK'daki düzenlemeler ile karşılaştırılacak, farklılıklar tespit edilerek bunların yerindeliği konusunda yorumlarda bulunulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Tahkim, Hakem Kararlarının İptali, İptal Sebepleri, İptal Davasında Usul, Milletlerarası Tahkim Kanunu, UNCITRAL Model Kanun, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu

Abstract

Under Turkish law, arbitration involving foreign elements is regulated under Turkish International Arbitration Code 4686, which solely addresses setting aside arbitral awards. In this action, parties file cases before the local court based on the Code's *numerus clausus* grounds for setting aside of arbitral awards; if the case is accepted by the local court, the award is partly or entirely annulled. In accordance with the policy of setting aside such an award, the trial restarts before either an arbitral tribunal or a local court, which markedly increases judicial costs in addition to wasting. On the one hand, broad interpretation of the grounds for setting aside arbitral awards could increase the number of such awards that are annulled, which could interfere with and impede Turkey's goal of becoming an attractive hub for arbitration. On the other hand, an arbitration system with no system for annulment could allow for enforcement of unjust arbitral awards. Therefore, determining clear boundaries for both the grounds and the procedure for setting aside arbitral awards is crucial. In this study, Turkish International Arbitration Code is compared with both the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985) and Switzerland's Federal Code on Private International Law, which are the sources of Turkey's code to assess differences in the regulations.

Keywords

Arbitration, Setting Aside of Arbitral Awards, Grounds for Setting Aside of Arbitral Awards, Procedure on Setting Aside of Arbitral Awards, Turkish International Arbitration Code, UNCITRAL Model Law, Switzerland's Federal Code on Private International Law

* Sorumlu Yazar: Gizem Ersen Perçin (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: gizempercin@aydin.edu.tr ORCID: 0000-0003-1724-4012

Atf: Ersen-Perçin G, "MTK Tahkiminde İptal Davalarına İlişkin Bir Değerlendirme" (2020) 40(2) PPIL 1053.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0033>



Extended Summary

Setting aside arbitral awards is regulated as a sole course of law in Turkish International Arbitration Code. To avoid local courts' intervention in arbitral awards, it is necessary to establish clear boundaries for both the grounds and the procedure for setting aside these awards are crucial. An arbitration system without annulment may result enforcement of unjust arbitral awards, but the limited and exceptional characteristics of the process in Turkey make it a reliable country for international arbitrations. To ensure this, it is necessary to clarify some issues related to grounds and procedures for setting aside arbitral awards.

In the procedure to set aside an arbitral award, the first modification is to convert the common open hearing to a file review; this aligns legislation and practice to maintain the speed of arbitration proceedings. Following this procedure also ensures that awards are not set aside in bad faith through needless delays. Although there is an option for proportional rather than fixed appeal fees, we believe that there are sufficiently few bad faith appeals that a fixed appeal fee is still fair.

There is no regulation regarding an arbitral award that a court has set aside when there is a stay pending appeal. For an appeal of an arbitral award to stay the execution of the award would also belie the speedy character of arbitration. Therefore, it is necessary to amend the law to clarify that arbitral awards will be executed during appeal review.

If a local court sets aside an arbitral award in part while the applicant obtains a certificate of enforceability for the executable part of the award, another arbitral trial will take place for the part based on the grounds for annulment. In some cases, a court sets aside an arbitral award on more than one ground for annulment; when one ground is subject to arbitration retrial and another is subject to court trial, the trial should be heard before local court. Otherwise, except for exceeding time limits, which is a ground for setting aside an arbitral award, it is clear that the new award would be set aside under the same grounds as before.

The regulation in the Turkish International Arbitration Code regarding setting aside arbitral awards is mostly inspired by UNCITRAL Model Law, although some points derive from Switzerland's Federal Code on Private International Law. However, the process for setting aside arbitral awards under Turkish law is not exactly the same as that under UNCITRAL Law. For example, UNCITRAL Model Law sets "breach of arbitral proceedings" as one of the grounds for annulment, and Turkish law does as well but adds one criterion: Under Turkish International Arbitration Code, breach of proceedings is only grounds for setting aside an award if it affects merits of the award, and this additional criterion decreases the number of award annulments, fitting what should be the limited and exceptional nature of setting aside these awards. For similar

legal motivation, some grounds in Turkish International Arbitration Code should be changed to match the guidelines in UNCITRAL Model Law to restrict local courts' scopes of jurisdiction. In this course, it would be appropriate to amend "breach of the principle to treat the parties equally" to "the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case."

Moreover, it would be also appropriate to amend "public order" to "clear breach of public order" as a ground for setting aside arbitral awards to emphasize the exceptional nature of such decisions. One of the grounds for setting aside these awards that is only regulated in the Turkish code is "time extension for final award." We suggest that this should be canceled and that such extensions should be considered within the scope of "breach of arbitral proceedings" to ensure that setting aside an award is appropriate where this extension affects merits of the dispute.

MTK Tahkiminde İptal Davalarına İlişkin Bir Değerlendirme

Giriş

Türk Hukukunda ihtiyari tahkim, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda (HUMK)¹ düzenlenmekteydi. HUMK'da yer alan bu düzenlemeler yabancılık unsuru içersin içermesin² her türlü uyuşmazlıkta tahkime başvurulması durumunda uygulanma imkanı bulmaktaydı. 2001 yılında 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun (MTK)³ yürürlüğe girmesiyle⁴ yabancılık unsuru içeren tahkim yargılamaları bu kanunun kapsamında düzenlenir hale geldi. MTK hazırlanırken 1985 tarihli UNCITRAL Model Kanunu'ndan esinlenilmiştir⁵. UNCITRAL Model Kanunu'nda ise hakem kararlarına karşı kanun yolu olarak HUMK'daki gibi temyiz yolu değil, iptal davası düzenlenmişti. Böylece MTK kapsamında verilen hakem kararlarına karşı kanun yolu olarak iptal davasına başvurulurken⁶, HUMK kapsamında verilen hakem kararlarına karşı kanun yolu olarak temyiz yoluna başvurulmaya devam edildi. Bu farklılık 2011 yılında 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK)⁷ yürürlüğe girmesine değin devam etti. HMK'da tahkime ilişkin hükümler de, MTK'dan ve dolaylı olarak yine UNCITRAL Model Kanunu'ndan esinlenilerek düzenlendiği için, HMK kapsamında verilen hakem kararlarına karşı da tek kanun yolu iptal davasıdır.

İptal davaları, hakem kararlarının kanunda belirlenen iptal sebepleri üzerinden yerel mahkemeler tarafından denetlenmesi sonucunu doğuran davalardır. Bu davalarda yerel mahkemenin denetimini sadece kanunda belirtilen sebeplerle sınırlı tutması çok büyük önem arz etmektedir. Böylece tahkimin kaynağını oluşturan taraf iradesine verilen değer maksimum derecede korunurken, tahkime güvenin azalması sonucunu doğurabilecek adaletsiz hakem kararlarının bağlayıcılık

1 RG 2-3-4.7.1927/622, 623, 624.

2 Doktrinde, hangi hakem kararlarının milli hangi hakem kararlarının milletlerarası hakem kararları olarak kabul edileceği konusunda tahkim yeri, tahkimin hangi kanun otoritesi altında verildiği gibi birçok kriter kullanılarak tasnifler yapılmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Feriha Bilge Tanrıbilir and Banu Şit, "Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu", (2002) 22 (2) MHB (Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan) 819, 825vd. Yazarlar, bu çalışmada, hakem kararlarının yerli-yerli olmayan hakem kararları olarak nitelendirmektedir. Günümüzde HMK ve MTK kapsamındaki hakem kararları milli hakem kararları olarak kabul edilmekte ve bunlar hakkında ilgili kanun hükümleri doğrultusunda iptal davası açılabilir. Bunlar dışında kalan hakem kararları ise milletlerarası hakem kararları olarak, Türkiye'de icra edilebilmeleri için tanıma ve tenfize konu olmaktadır. Günseli Öztekin Gelgel, "Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanı ve Getirmiş Olduğu Önemli Yenilikler", Bilgi Toplumunda Hukuk, (2003) 2 Beta (Ünal Tekinalp'e Armağan) 1081,1083-1084. ; Ergin Nomer and Günseli Öztekin Gelgel and Nuray Ekşi, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, (4th edn, Beta 2013) 3-9.

3 RG 5.7.2001/ 24453.

4 MTK'nın zaman bakımından uygulanmasına ilişkin bkz. Cemal Şanlı, "4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun Yürürlük Tarihinden Evvel Yapılmış Sözleşmelerden Doğan Tahkimlere Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu" (2003) 23 (1-2) MHB 687, 687-712; Nuray Ekşi, "Yargıtay Kararlarında Milletlerarası Tahkim Kanununun Zaman İtibarıyla Uygulanması", (2010) 2 Beta (Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan) 1373, 1373-1388.

5 MTK hazırlanırken, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü tarafından hazırlanan ilk taslak metin 1985 tarihli UNCITRAL Model Kanunu'nun çevirisi niteliğindedir. Daha sonra yapılan çalışmalarda UNCITRAL Model Kanunu'nun yanı sıra İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu'nda tahkime ilişkin hükümler de dikkate alınmıştır.

6 Hakem kararlarına karşı kanun yolu olarak iptal davasının Türk Hukukunda ilk defa Türkiye'nin 1991 tarihinde taraf olduğu Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nde düzenlendiğine ilişkin bkz. Nuray Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*, (Beta 2013) 8 vd.

7 RG 4.02.2011/27836.

kazanması da engellenecektir. Bu sebeple iptal davalarının sınırlı ve istisnai nitelikte olduğunun kabulü zaruridir. Söz konusu nitelikleri sebebiyle iptal davalarında yerel mahkemelerin hakem kararını esas bakımından incelemesi (revision au fond) yasaktır⁸. Örneğin Yargıtay 11. H. D.’nin 27.11.2018 tarihli 2018/3262E ve 2018/7408K numaralı kararında uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun yanlış uygulanmasının bir iptal sebebi teşkil etmediğini açıkça dile getirmiştir⁹. Zaten mevzuatta düzenlenmiş iptal sebeplerinin çoğu da, usule ilişkin kuralların hiç uygulanmaması, eksik uygulanması ya da yanlış uygulanmasına ilişkindir¹⁰.

Söz konusu çalışmada MTK kapsamında verilen hakem kararlarına karşı açılan iptal davaları, hem bu davalarda uygulanan usul hem de iptal sebepleri bakımından incelenmeye çalışılacaktır. Bu sırada yeri geldikçe HMK tahkimindeki benzer düzenleme veya farklılıklar hakkında da kısa bilgiler verilecektir. Söz konusu incelemeler yapılırken özellikle MTK’nın hazırlık aşamasında dikkate alınan 1985 tarihli UNCITRAL Model Kanunu ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu’ndaki düzenlemelere yer verilerek MTK’nın farklılaştığı noktalar belirlenecektir. Bu farklılıkların nasıl yorumlanması gerektiği konusunda ise, üst derece mahkemesi kararlarından da yararlanılarak tespitlerde bulunulmaya çalışılacaktır.

I. Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolu

İptal davası, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun (MTK) “Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolu” başlıklı beşinci bölümünün 15. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün A bendinde iptal davasının MTK kapsamındaki hakem kararlarına karşı tek kanun yolu olduğu açıkça belirtilmiştir¹¹. Dolayısıyla MTK kapsamındaki hakem kararlarına karşı temyiz ve karar düzeltme gibi kanun yollarına başvurmak mümkün olmadığı açıktır¹². MTK düzenlenirken esinlenen 1985

8 Bu yasak Türk Hukuku’nda tahkim yargılamasının düzenlendiği ilk dönemlerden beri mevcuttur. Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde verilmiş 28.02.1994 tarihli ve 4/1 sayılı Yargıtay Genel Kurulu’nun İçtihadı Birleştirme Kararı hakkında bkz. Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman- Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (7th edn, Vedat 2019) 670 vd.

9 Kararın tam metni için bkz. Vahit Doğan, *Milletlerarası Ticaret Hukuku (Ticaret)*, (Savaş, 2020) 1214 ; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, (5th edn, Vedat 2020) 352 dn. 472. Aynı yönde bkz. Yargıtay 15 HD 3708/7216, 15.11.2007 www.kazanci.com Erişim Tarihi 18 Haziran 2020 ve Yargıtay 11 HD 13447/7376, 20.09.2016 için bkz. Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, (n 9) 351 dn. 471.

10 İrmak Aslan, *Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda Hakem Kararlarının İptali*, Doğu Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2012, 28-29.

11 Doktrinde, kanun yollarına özgü bir üst derece mahkemesi tarafından incelenme özelliğinin, hakem mahkemesi ile yerel mahkeme arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmaması sebebiyle (aktarıcı etki) hakem kararlarına karşı iptal davası açma yolunun bir kanun yolu değil bir “hukuki çare” olarak kabul edilmesi ve ilgili kanunlardaki madde başlıklarının bu şekilde değiştirilmesi yönündeki görüş için bkz. Mesut Aygün, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarına Karşı İptal Yolu” (2007) 3 (8) *Medeni Usul Hukuku ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 661, 664. Ayrıca, bir kanun yolunu diğer başvuru yollarından ayıran özelliklerden olan, aktarıcı etki ve incelenmesi gereken konunun maddi bakımdan denetiminin sağlanması özelliklerinin iptal davasında bulunmamasının da, bu yolun bir kanun yolu değil “hukuki çare” olarak nitelendirilmesi gerektiği yönündeki bir görüş için bkz. Ekin Tuna, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda İptal Davası*, (Adalet 2016) 11-22; Aslan (n 10) 9.

12 MTK kapsamındaki hakem kararlarına karşı yerel mahkeme yargısınca verilen iptal kararları için ise temyiz yolu açıktır.

tarihli UNCITRAL Model Kanunu'nda da hakem kararlarına karşı sadece iptal davası açılabileceği belirtilmiştir¹³.

Kanun koyucunun hakem kararlarına karşı sadece bir kanun yolunu açık tutmasının temel sebebi devlet yargısının, verilen hakem kararları üzerindeki denetimlerini mümkün olduğu kadar sınırlandırmaktır. Böylece taraf iradesinin hüküm sürdüğü tahkim yargılaması sadece ilgili maddelerde belirtilen iptal sebepleri doğrultusunda sınırlı bir denetime tabi tutulacaktır.

Bu noktada yerel mahkeme yargısının hiçbir müdahalesine izin vermeyen, hakem heyetinin verdiği kararların hiçbir şart altında denetlenmediği ve doğrudan kesinlik kazandığı bir tahkim yargılamasının mümkün olup olmayacağını sorgulamak gerekir. Örneğin ICSID tahkiminde, tarafların bu tahkim yargılamasını seçmekle verilen karara karşı yerel mahkeme yargısına başvurma haklarından feragat etmiş sayılacağına ilişkin düzenleme mevcuttur¹⁴. Böyle bir tahkim yargılaması hiç şüphesiz ki çok daha hızlı bir şekilde kesin bir karar elde edilmesini sağlayacaktır. Ancak tahkim yargılamasını hızlandırmak uğruna iptal davası açma imkanını ortadan kaldırarak, oluşabilecek keyfi hakem kararlarının yerel mahkemeler tarafından denetimini engellemek doğru değildir. Sonuçta iptal davalarının bir amacı da hakemlerin verdikleri kararların haksız ve keyfi olmasının önüne geçmektir¹⁵. Yerel mahkemeye başvuru imkanlarının tamamını engellemek, denetimsiz kalan bir tahkim yargılamasında oluşabilecek adaletsizliklerin de önüne geçmeyi imkansız hale getirecektir. Bu nedenle amaç tahkim yargılamasındaki taraf iradesini mümkün olduğunca zedelemekten oluşabilecek adaletsizliklerin önüne geçebilmektir. Bu sebeple de yerel mahkeme tarafından sadece kanunda belirtilen iptal sebepleri ile sınırlı bir denetim yapılması büyük önem taşımaktadır. İptal davalarının sınırlı ve istisnai nitelik taşımasının bir sonucu da tarafların aralarında anlaşarak hakem kararlarının esastan denetimine olanak sağlayan temyiz yoluna gitmeyi kararlaştıramayacak olmasıdır¹⁶.

Tarafların aralarına yaptıkları sulh sözleşmesini tespit eden bir hakem karara karşı iptal davası açılıp açılmayacağı meselesi de doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, bu tür hakem kararlarına karşı iptal davası açılmayacağını dile getirirken¹⁷ diğer bir

13 Detaylı bilgi için bkz. Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, (3rd edn, Sweet & Maxwell 2010) 270 vd.

14 Thomas W. Walsh, "Substantive Review of ICSID Awards: Is the Desire for Accuracy Sufficient to Compromise Finality?", (2006) 2 (24) Berkeley Journal of International Law, 444, 451-455. Bunun aksinin kabulünün tahkim sözleşmesinin ruhuna aykırılık teşkil edeceğine ilişkin görüş için bkz. Andrew Tweeddale and Keren Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes*, (Oxford 2007), 798.

15 Ali Yeşilirmak, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem- Bilirkişilik ve Tahkim: Sorular ve Çözüm Önerileri*, (On İki Levha 2011) 122. HMK tahkimi bakımından da aynı yönde görüş için bkz. İbrahim Özbay, "Yargıtay'ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK m.439 Hükümünün Zaman Bakımından Uygulanması", (2014) 16 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (Hakan Pekcanitez'e Armağan) 779, 787-788.

16 Ceyda Süral, "Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası", (2014) 16 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan) 1377, 1389.

17 Ali Yeşilirmak, *ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması*, (On İki Levha 2017) 118

görüş bu tür hakem kararlarına karşı ancak tarafların sulh sözleşmesinde anlaşmaya varamadıkları konularla sınırlı olarak iptal davası yoluna gidilebileceğini belirtmiştir¹⁸.

II. İptal Davasının Hakem Kararlarının İcrasına Etkisi

İptal davasının hakem kararının icrasına etkisi meselesi MTK ve HMK tahkimlerinin birbirinden farklı düzenleme getirdiği istisnai konulardan biridir. MTK m.15 f.4'te yer alan düzenleme uyarınca “...İptal davasının açılması, kendiliğinden hakem kararının icrasını durdurur.”

Oysa aynı konu HMK'nın 439. maddesinin 4. fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir; «.....Hakem kararına karşı iptal davası açılması kararın icrasını durdurmaz. Ancak taraflardan birinin talebi üzerine hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilmek şartı ile kararın icrası durdurulabilir.»

HMK tahkiminden farklı olarak MTK tahkiminde açılan iptal davasının hakem kararının icrasını durduruyor olması söz konusu iptal davasının, kanun yollarında aranan “geciktirici etkiye” sahip olması sonucunu doğurmaktadır¹⁹.

MTK tahkiminde iptal davası açılmasının kendiliğinden hakem kararlarının icrasını durdurması, tahkim yargılamasının hızlılığını azaltıcı etkisi açıktır. Diğer taraftan, iptal davasının açılmasının hakem kararlarının icrasını durdurmaması durumunda, yerel mahkemenin iptal kararı vermesi halinde geri dönüşü zor zararlar doğabilir. Çünkü gerek HMK gerekse MTK tahkiminde icra edilen bir hakem kararının sonradan iptaline karar verilmesi durumunda tahsil edilmiş olan bedelin iadesi gerekecektir. İşte bu noktada MTK tahkiminde HMK tahkimine kıyasla bu bedel iadesinin sağlanması çok daha zor bir prosedür gerektirecek, hatta çoğu uyuşmazlıkta bedel iadesi için yabancı devlet mahkemesinde dava açılması gerekebilecektir²⁰. İşte bu zorluğun yaşanmaması için kanun koyucu MTK tahkiminde iptal davası açılmasının kararın icrasını durduracağına ilişkin bir düzenleme getirmiştir.

Ancak hakem kararı aleyhine sonuçlanan tarafın, ortada somut bir iptal sebebi yokken sadece bu kararın icrasını durdurmak için iptal davası açmasının mümkün olduğunu da kabul etmek gerekir. Böyle kötüniyetli bir tutum karşısında iptal davasına bakan mahkemenin dosya üzerinden inceleme yaparak hızlıca davanın reddine karar verebilmesi, oluşabilecek mağduriyetleri en aza indirgeyecektir.

18 Doğan, *Ticaret* (n 9) 1188-1189

19 HMK tahkiminde iptal davasının geciktirici etkiye sahip olmamasının bunun bir kanun yolu olarak değerlendirilmesine engel olup olmayacağına detaylı bilgi için bkz. Fikret Yıldırım, “Tahkimde İptal Davası ve İptal Davasının Amaçları Bakımından Bazı Değerlendirmeler” (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, 3005, 3007-3008.

20 Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 9) 342.

III. Görevli ve Yetkili Mahkeme

MTK'nın yürürlüğe girdiği 2001 yılında, hakem kararlarına karşı iptal davaları konusunda görevli mahkeme olarak “Asliye Hukuk Mahkemeleri” belirlenmişti. 2004 yılında yürürlüğe giren 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ile “Bölge Adliye Mahkemeleri” Türk Yargı Sistemi'nin bir parçası haline gelmiştir. Ancak bu mahkemelerinin faaliyete geçmesi 2016 yılını bulmuştur²¹. HMK tahkimi kapsamındaki iptal davalarında ise görevli mahkeme konusu tartışmalı olmakla birlikte doktrindeki baskın görüş Bölge Adliye Mahkemelerinin görevli olduğu yönündeydi²². Bölge Adliye Mahkemelerinin faaliyete geçmesinden yaklaşık bir buçuk yıl sonra, 28 Şubat 2018 tarihinde ise 7101 sayılı İcra İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun²³ m.53 ile yapılan bir değişiklikle, gerek MTK gerekse HMK tahkiminde, hakem kararlarına karşı açılan iptal davalarında görevli mahkeme “Bölge Adliye Mahkemeleri” olarak belirlenmiştir²⁴.

Söz konusu değişiklik, Asliye Hukuk Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri arasındaki Bölge Adliye Mahkemeleri lehine iş yükü farkı sebebiyle iptal davalarının daha kısa sürede sonuçlandırılması sonucunu doğuracağı için hem doktrinde hem de uygulamada olumlu karşılanmıştır²⁵.

İptal davasında yetkili mahkeme konusunda ise MTK m.15 “...*İptal davası, 3 üncü madde uyarınca yetkili asliye hukuk mahkemesinin bulunduğu yer yönünden yetkili bölge adliye mahkemesinde açılır*» şeklinde bir düzenleme ile aynı kanunun 3. maddesine göndermede bulunmaktadır. MTK m.3 f.1 ise tahkim yargılamasında yerel mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde “...*davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi; davalının Türkiye’de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkili..*” olduğu belirtilmiştir. Söz konusu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde iptal davalarında yetkili mahkeme; *davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer Bölge Adliye Mahkemesi; davalının*

21 Adalet Bakanlığı'nın konu hakkındaki kararı için bkz. RG 7.11.2015/29525.

22 Hakan Pekantez, Oğuz Atalay and Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku*, (7th edn, On İki Levha 2019) 636.

23 RG 15.03.2018/30361.

24 Yeni düzenleme ile iptal davasında görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi yerine Bölge İdare Mahkemesi olması, yerel mahkeme ile hakem heyeti arasında hiyerarşik bir ilişki olmadığı gerekçesiyle iptal davasının bir hukuki çare olduğu yönündeki görüşleri (bkz. n 11) etkileyecek nitelikte bir değişiklik değildir.

25 Alman Usul Kanunu'nun 1062. maddesi uyarınca da hakem kararlarına karşı açılacak iptal davalarında görevli mahkeme olarak ilk derece mahkemeleri tercih edilmemiş, onun yerine Eyalet Yüksek Mahkemeleri görevli kılınmıştır. Alman kanun koyucunun bu yöndeki kararında, İsviçre ve Fransa gibi “tahkimin cazibe merkezi olmayı başarmış” ülkelerindeki düzenlemelerin de görevli mahkeme konusunda ilk derece mahkemelerine yer vermemesinin rolü büyüktür. Bu sebeplerle Türkiye'nin de önemli bir tahkim merkezi olmasında görevli mahkemenin Bölge Adliye Mahkemesi olarak belirlenmesinin yerindeliği konusunda bkz. İnci Ataman Fıganmeşe, “Hakem Kararlarının İptali Kararlarına Karşı İstinaf Yoluna Başvurmadan Doğrudan Temyiz Yoluna Başvurulup Başvurulamayacağı Sorunu ve Soruna İlişkin Güncel Gelişmeler (İptal Davası)” (2017) 37 (2) MHB, 1004, 1033-1034.

*Türkiye’de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi’dir.*²⁶

IV. Dava Açma Süresi

MTK tahkiminde iptal davası açma süresi 30 gündür. Bu süre hakem kararının veya düzeltme, yorum ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar (MTK m.14 f.4). Söz konusu 30 günlük sürenin başladığı anı doğru saptayabilmek bakımından bildirim anın tespit edilmesi önemlidir. Bildirim anı, ayrıntısıyla, MTK m.14 b. C’de şu şekilde açıklanmıştır; “*Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça herhangi bir yazılı bildirim, bizzat gönderilene ya da gönderilenin yerleşim yerine, olağan oturma yerine, iş yerine veya posta adresine teslim edildiği takdirde alınmış sayılır. Gerekli araştırma yapılmasına rağmen yukarıdaki bildirim yerlerinden hiçbirinin bulunamaması hâlinde, gönderilenin bilinen son yerleşim yerine, olağan oturma yerine, iş yerine veya posta adresine taahhütlü mektupla veya teslim teşebbüsünün belgelendiği herhangi bir başka vasıta ile gönderilen yazılı bildirimler alınmış sayılır. Yazılı bildirim, öngörülen şekillerde teslim edildiği tarihte alınmış sayılır.*”²⁷

Hakem kararlarına karşı doğrudan bir iptal davası açılacak ise, bu dava hakem kararının yukarıda açıklanan usulle taraflara bildirilmesinde itibaren 30 gün içerisinde açılır. Ancak bazı durumlarda taraflar hakem kararında oluşan hesap, yazı ve benzeri²⁸ maddi hataların düzeltilmesi için düzeltme talebinde bulunabilirler. Örneğin hakem kararında tazminat miktarının yazımında bir maddi hatanın oluşması durumunda taraflar hakem heyetine bu maddi hatanın düzeltilmesi için düzeltme talebinde bulunacaktır. Hakem heyeti kendiliğinden de hakem kararında yaptığı maddi hatayı düzeltebilir. Bazı durumlarda ise, hakem kararında yer alan hükümlerin açıklığa kavuşturulması ihtiyacı doğabilir. Böyle durumlarda da taraflar hakem heyetine başvurarak söz konusu kararın yorumlanmasını talep edebilirler. Bazen de hakem heyeti hükmü verirken tarafların taleplerinden bir veya birkaçı hakkında hüküm vermeyi atlayabilir. Eksik hüküm kurulması olarak nitelendirilebilecek böyle bir durum aynı zamanda iptal sebeplerinden de biridir. Taraflar böyle bir durumda bildirim tarihinden itibaren iptal davası açabilecekleri gibi kararın tamamlanmasını da talep edebilirler²⁹.

26 HMK tahkiminde ise iptal davalarında yetkili mahkeme HMK m.439 f.1 uyarınca “...tahkim yeri Bölge Adliye Mahkemesi” dir. Tahkim yeri kural olarak taraflarca veya onların seçtiği bir tahkim kurumunca kararlaştırılır. Bu konuda bir anlaşma yoksa tahkim yeri, hakem veya hakem kurulunca olayın özelliklerine göre belirlenir (HMK m.439)

27 HMK’da ise bildirim hangi anda yapılmış sayılacağını açıklayan özel bir hükme yer verilmemiş, doğrudan Tebligat Kanunu’na gönderme yapılmakla yetinilmiştir.

28 Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (6th edn, Savaş 2020) 169.

29 Bu konudaki eleştirilerimiz için aşağıda bkz. “G. Hakemlerin Tahkim Anlaşması Dışında Kalan Bir Konuda Karar Vermesi veya İstemin Tamamı Hakkında Karar Vermemesi veya Yetkisini Aşması”.

Tarafların hakem heyetinden düzeltme veya yorumlama talebini, hakem kararının kendilerine bildirildiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde yapmaları gerekir. Hakem heyeti ise talebin kendilerine ulaştığı tarihten itibaren 30 gün içerisinde karar vermelidir. Dolayısıyla düzeltme veya yorumlama talebinin söz konusu olduğu durumlarda, ilk hakem kararının verildiği tarihten itibaren en fazla 60. günün sonunda iptal davası açılması için öngörülen 30 günlük süre işlemeye başlar. Eğer hakem heyeti kendiliğinden düzeltme kararı verecekse, bunu ilk hakem kararını verdiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde yapmak zorundadır. Böyle bir durumda ise iptal davası açma süresi hakemlere düzeltme kararı vermeleri için öngörülen 30 günlük sürenin sonunda işlemeye başlayacaktır (MTK m.14 b.B)³⁰. Tarafların tamamlama talebinde bulunduğu durumlarda da, bu talep hakem kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde yapılmalıdır. Hakem heyeti ise talebin kendisine ulaştığı tarihten itibaren 60 gün içerisinde tamamlama kararını vermelidir. Dolayısıyla tamamlama talebinde bulunulduğu durumlarda, en fazla 90. günün sonunda iptal davası açmak için öngörülen 30 günlük süre işlemeye başlayacaktır (MTK m.14 b.B)³¹.

Bazı devletlerin ve kurumsal tahkim merkezlerinin iptal davalarına başvuru süresine ilişkin düzenlemelerinde MTK tahkiminden daha uzun süreler öngörülmektedir. Örneğin, UNCITRAL Model Kanunu'nda, iptal davası açma süresi hakem kararının veya düzeltme, yorumlama ya da tamamlama kararının bildirildiği tarihten itibaren 3 aydır (m.34). Amerikan Federal Tahkim Kanunu'nda da bu süre 3 ay olarak düzenlenmiştir³². Çin Tahkim Kanunu'nda ise bu süre 6 aydır³³. ICSID tahkiminde ise genel iptal sebepleri için başvuru süresi 120 gün olarak belirlenmekle birlikte, hakemlerin rüşvet aldığına veya sair bir yarar sağladığına ilişkin bir iptal başvurusu yapıldığında bu sebebin öğrenildiği andan itibaren 120 gün ve her halde hakem kararının verildiği tarihten itibaren 3 yıl içerisinde iptal davası açılabilir³⁴. Romanya Tahkim Kanunu da iptal davası açma süresini 6 ay olarak belirlemiştir³⁵.

İptal davası açma süresinin mümkün olduğu kadar kısa tutulması, tahkim yargılamasına hız kazandıracaktır ki bu da tahkimden beklenen temel bir

30 HMK'da ise tarafların düzeltme ve yorumlama talebinde bulunması için öngörülen süre hakem kararının bildirilmesinden itibaren 15 gündür. Tarafların talebi üzerine hakem heyeti 1 ay içerisinde karar verecektir.

31 HMK'da ise tamamlama talebinde bulunabilmeleri için taraflara hakem kararının kendilerine bildirildiği tarihten itibaren 1 aylık bir süre öngörülmüştür. Talep üzerine hakem heyeti de 1 ay içerisinde karar vermelidir.

32 Amerikan Federal Tahkim Kanunu'nun tam metni için bkz. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/9> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020

33 Çin Tahkim Kanunu'nun İngilizce tam metni için bkz. <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/Businessregulations/201312/20131200432698.shtml> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020

34 ICSID tahkiminde iptal davası konusunda detaylı bilgi için bkz. Ergun Özsunay, "Uluslararası Ticari Tahkimde Hakem Kararı" in Ergun Özsunay, Nazan Candaner Elver and R. Murat Özsunay (eds) *Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklarda Kurumsal Tahkimin Güncel Sorunları*, İstanbul Ticaret Odası 2004, 179; Emre Koluman, *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarına İlişkin Hakem Kararlarının İptali*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018, 40 vd. <http://www.openaccess.hacettepe.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11655/4433/10185929.pdf?sequence=2&isAllowed=y> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020

35 Romanya Tahkim Kanunu'nun İngilizce tam metni için bkz. <http://arbitration.ccir.ro/wp-content/uploads/2018/05/Arbitration-Rules-of-the-Court-of-International-Comercial-Arbitration-attached-to-CCIR.pdf> Erişim Tarihi 18 Haziran 2020

özelliğidir. Ancak bu sürenin tarafların iptal davası açmalarını engelleyecek derecede kısa tutulması ise hak arama özgürlüğünü zedeleyecektir. Bir sonraki başlıkta göreceğimiz, iptal davasından feragat müessesesinin MTK tahkimindeki varlığının, iptal davasına başvuru süresinin kanun koyucu tarafından hak arama özgürlüğünü ihlal edecek derecede kısa olarak düzenlenebilmesinin zeminini oluşturmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Zira iptal davasından feragat tarafların kendi iradelerini açık bir şekilde ortaya koyarak kullanabilecekleri bir haktır. Oysa taraflar aralarındaki tahkim yargılanmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçtiklerinde, seçilen hukukun içerisinde iptal davası açma imkanı tanınıyorsa, bu hakkı kullanabileceklerini öngörerek bu hukuku seçtiklerinin kabul edilmesi gerekir. Taraflar bu haktan feragat etmedikleri sürece seçilen hukukun kendilerine tanıdıkları bu hakkı kullanabilmelidirler. Dolayısıyla feragat hakkını kullanmayan taraflar için seçilen hukukta iptal davasına başvuru süresinin hak arama özgürlüğüne hanel getirmeyecek makul bir süre olması önem arz etmektedir. Bu noktada, MTK tahkiminde iptal davası açmak için öngörülen 30 günlük sürenin, hem hak arama özgürlüğüne hanel getirmeyecek hem de tahkim yargılamasının hızlı olma özelliğini zedelemeyecek bir süre olduğu düşüncesindeyiz.

V. Davadan Feragat

İptal davası açma hakkından feragat sadece MTK tahkimi bakımından mümkündür. HMK tahkiminde yer verilmeyen iptal davasından feragat hakkına UNCITRAL Model Kanunu’nda da yer verilmemiştir. Ancak 18 Aralık 1987 tarihli İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu m.192’de MTK’ dakine benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir³⁶. Zaten MTK’nın müzakere kayıtlarından feragate ilişkin bu hükmün İsviçre Hukuku’ndaki bu düzenlemeden hareketle kaleme alındığı tespit edilmektedir³⁷. Ancak Türk kanun koyucunun MTK tahkiminde iptal davasından feragat kurumuna yer vermesinin sebebi ilgili madde gerekçesinde ayrıca açıklanmamaktadır. Yine de bu düzenlemenin sebebinin, MTK tahkiminde iptal davası açılmasının hakem kararlarının icrasını durduruyor olmasından kaynaklandığı açıktır. Kanun koyucu böyle bir düzenlemeye yer vererek MTK kapsamındaki bir tahkim yargılamasından elde edilen hakem kararının icrasının durdurulmasını taraf iradesiyle engelleyecek bir mekanizma geliştirmiştir denilebilir.

İptal davasından feragat MTK m.15 f.5’te şu şekilde düzenlenmiştir; *“Taraflar, iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebilirler. Yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflar tahkim anlaşmasına*

36 İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu’nun İngilizce metni için bkz: [https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20\(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB\).pdf](https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB).pdf) Erişim Tarihi 18 Haziran 2020

37 Turgut Kalpsüz, “Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda ICC Tahkim Kaideleri ile IPL’den Esinlenen Hükümler”, Milletlerarası Tahkim Semineri, (Vedat 2003) 16, 32.

koyacakları açık bir beyanla veya sonradan yazılı şekilde anlaşmak suretiyle iptal davası açma hakkından tamamen feragat edebilecekleri gibi; yukarıda sayılan bir veya bir kaç sebepten dolayı iptal davası açmak hakkından da feragat edebilirler.”

Söz konusu düzenleme doğrultusunda iptal davasından feragatin “açık” ve “yazılı” bir şekilde yapılması gerekmektedir. Doktrinde, “hakem kararları taraflar için kesin ve bağlayıcı olacaktır” veya “her bir taraf hakem kararına uyacaktır” gibi ifadelerin gerekli “açıklığı” taşımaması sebebiyle iptal davasından feragat hakkının kullanıldığı şekilde yorumlanmaması gerektiği dile getirilmiştir³⁸. Açık bir feragatten bahsedebilmek için, “hakem kararına karşı hiçbir suretle (veya şu sebeplerle) iptal davası açılmaz” veya “taraflar hakem kararına karşı iptal davası açma hakkından feragat etmişlerdir” gibi hiçbir yoruma ihtiyaç duyulmayacak kadar net ifadelerin kullanılmış olması gerekir. Yine şekil bakımından da feragatin mutlaka yazılı şekilde yapılacağı hükümde açıkça ifade edilmiştir.

Tahkim yargılamasının temel ilkelerinden biri olan tarafların eşitliği ilkesi gereği, iptal davasından feragatin her iki taraf için de düzenlenmiş olması gerekir. Sadece tek bir tarafın iptal davasından feragatine yer veren düzenlemeler geçerli kabul edilemez³⁹. Aksi yöndeki bir kabul, adil yargılanma hakkını ihlal ederek tahkim kurumuna olan güveni zedeleyecektir⁴⁰.

Kanun koyucu feragat hakkını kullanacak tarafların Türkiye ile bağlantılarının zayıf olması gerektiğini düşünerek⁴¹, ancak “*yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflar*”ın feragat hakkını kullanabileceğini belirtmiştir. Hükümde kullanılan “taraflar” ifadesinden ancak her iki tarafın da yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin Türkiye dışında olması ihtimalinde feragat hakkının kullanılmasının mümkün olacağı sonucunu çıkarmak gerektiği düşüncesindeyiz. Çünkü ancak her iki tarafın da Türkiye ile bağlantısının zayıf olması durumunda feragat hakkının kullanılması hem taraflarının eşitliği ilkesine hem de feragatin istisnai niteliğine hizmet edecektir. Peki tarafların yerleşim yeri veya mutad meskeni Türkiye olmamakla beraber işyerleri Türkiye’de ise ne olacaktır? İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu m. 192’deki düzenlemede, tarafların yerleşim yeri ve mutad meskenlerinin yanı sıra mutad işyerlerine de yer verilmiştir. Bu noktada Türk kanun koyucunun da benzer bir amaçla hareket ettiği kabul edilerek hükmün konulmasındaki amacın Türkiye ile herhangi bir bağlantısı olmayan tarafların sadece iptal davasından feragat edebilmesini sağlamak olduğunu kabul etmek gerekecektir. Bu nedenle,

38 Bilgin Tiryakioğlu, “Milletlerarası Tahkim Kanunu’na Göre Hakem Kararlarının İptali” in Vahit Doğan, Lale Ayhan İzmirli and Alper Çağrı Yılmaz (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2019, 301, 304.

39 Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 9) 346.

40 Süral (n 16) 1387.

41 Mehmet Polat Kalafatoğlu “Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası Açma Hakkından Feragat”, (2018) 38 (2) MHB, 339, 348.

tarafların Türkiye’de işyerlerinin bulunmasının feragat hakkının kullanılmasını engelleyeceğini kabul etmek gerekecektir⁴².

İlgili düzenlemede kısmi feragatin mümkün olduğu ifade edilmekle beraber bunun hangi iptal koşulları bakımından mümkün olacağına yer verilmemiştir. Acaba kanun koyucu iptal sebeplerinden herhangi bir veya birkaç sebebe dayanarak kısmi feragati mümkün mü kabul etmektedir? Diğer bir ifadeyle bütün iptal sebepleri kısmi feragat konu olabilir mi? Bu soruya teorik olarak olumlu yanıt verilse bile, pratikte “tahkime elverişlilik” ve “kamu düzenine aykırılık” sebepleri Asliye Hukuk mahkemesi tarafından denetlendikten sonra hakem kararlarına karşı icra edilebilirlik şerhi verilebileceğinden, söz konusu iki sebebe ilişkin kısmi feragatin mümkün olmayacağı sonucu çıkarılmalıdır⁴³ Uygulamada feragat hakkının etkin bir yoğunlukta kullanıldığına ilişkin herhangi bir somut veriye rastlanmamaktadır⁴⁴.

VI. Sürenin Geçmesi veya Feragatte İcra Edilebilirlik

MTK tahkiminde, HMK tahkiminden farklı olarak hakem kararlarına karşı iptal davası açıldığında hakem kararının icrasının durduğunu yukarıda belirtmiştik. Peki, iptal davası açılması için gerekli olan sürenin geçmesi veya iptal davası açma hakkından feragat edilmesi durumlarında hakem kararı kendiliğinden icra edilebilir hale gelecek midir yoksa bunun için ayrıca yerel mahkemenin kararına ihtiyaç var mıdır? Bu sorunun cevabı MTK m.15 son fıkrada düzenlenmektedir. Söz konusu hüküm uyarınca; *“İptal davası için öngörülen sürenin geçtiği veya tarafların iptal davası açmaktan feragat ettiği hâllerde, hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belgenin verilmesi sırasında (A) fıkrasının 2 nci bendinin (a) ve (b) alt bent hükümleri mahkemece re’sen dikkate alınır. Bu hâlde mahkemece aksine karar verilmedikçe, inceleme dosya üzerinden yapılır.”*

Görüldüğü üzere iptal davası açma süresinin geçmesi veya iptal davası açma hakkından feragat edilmesi kendiliğinden hakem kararını icra edilebilir hale getirmemektedir. Bu konuda görevli ve yetkili mahkemeye ilişkin MTK m.15’te özel bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle görevli ve yetkili mahkeme MTK m.3’e göre tespit edilecektir. Söz konusu hüküm uyarınca icra edilebilirlik belgesi *“...davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi; davalının Türkiye’de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa*

42 Bu yöndeki görüşler için bkz: Tiryakioğlu (n 38) 304; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 9) 347 vd. Akıncı, inşaat sözleşmelerinde genellikle yüklenici tarafın birden fazla firmanın oluşturduğu bir ortak girişim olduğunu belirterek Türk Hukuku’nda ortak girişimin “adi ortaklık” olarak nitelendirilmesi sebebiyle firmalar arasında mecburi dava arkadaşlığı olduğunu dile getirmektedir. Bu sebeple ortak girişimdeki firmalardan birinin Türk firması olması durumunda MTK m.15/A uyarınca iptal davasından feragat etmek mümkün olmayacaktır.

43 Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 9) 346. Ayrıca Türk Hukuku’nda icra edilebilirlik şerhi verilmesi için sadece hakimin re’sen inceleme yapacağı iptal sebepleri bakımından kontrol yapılmasının yetersiz koruma sağladığı, İsviçre Fransız Hukuklarında olduğu gibi tüm tanıma ve tenfiz reddi sebepleri bir inceleme yapılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Kalafatoğlu (n 41) 363 vd.

44 Kalafatoğlu (n 41) 348.

İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi” tarafından verilecektir⁴⁵. Mahkeme, bu belgeyi verebilmek için;

a) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyumsuzluğun Türk hukukuna göre tahkime elverişli olduğunu ve

b) Kararın kamu düzenine aykırı olmadığını

re’sen tespit etmek zorundadır. Aksine bir karar verilmedikçe, mahkeme bu tespitleri yapmak için gerekli olan incelemeyi dosya üzerinden yapacaktır. Aşağıda daha detaylı inceleneceği üzere söz konusu iki kriter de, iptal davası açılmış olması durumunda mahkemenin re’sen incelemesi gereken iptal sebeplerindedir. Bu iki kriter iptal sebeplerinin adeta bel kemiğini oluşturmaktadır.

İptal davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra icra edilebilirlik belgesi verilmesinin harca tabi olmayacağı MTK m.15/B’de açık olarak belirtilmiştir. İcra edilebilirlik belgesi alındıktan sonra taraflar bu belgeye dayanarak icra organlarına müracaat edebilecektir. Hakem kararının icraya konulması hâlinde Harçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

VII. Davada Usul

İptal davalarında uygulanacak usul konusunda MTK’nın 15. maddesinin son fıkrası, davaya bakan bölge adliye mahkemesince aksine karar verilmedikçe, bu davaların dosya üzerinden incelenerek karara bağlanacağını düzenlemiştir. Bu düzenleme, aynı hükmün birinci fıkrasında yer alan ve iptal davalarının “öncelikle ve ivedilikle” görüleceğine ilişkin düzenleme ile de uyum içindedir⁴⁶. İptal davalarının ivedilikle görülmesi için yargılama usulü olarak basit usul belirlenmiştir. Bu sebeple, dilekçeler teatisi dava dilekçesi üzerine cevap dilekçesinin verilmesiyle sona erecektir⁴⁷.

Uygulamada iptal davaları genellikle duruşmalı olarak görülmektedir⁴⁸. Bu tutumun, tahkim yargılamasından beklenen hızlı olma özelliğine gölge düşürmesi sebebiyle, bir an önce terkedilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu uygulama terk edilene kadar da, tahkim yargılamasının gizliliğine zarar vermemek adına duruşmaların aleni yapılmaması da çok önemlidir⁴⁹.

45 İptal davaları bakımından görevli mahkeme Bölge Adliye Mahkemesi iken icra edilebilirlik belgesinin Asliye Hukuk Mahkemelerince verilmesi doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. İcra edilebilirlik belgesinin de Bölge Adliye Mahkemelerince verilmesinin pratik ihtiyaçlara daha uygun düşeceğini savunan söz konusu görüş, düşüncesini icra edilebilirlik belgesi verilmesi için aranan şartların Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından incelenecek iptal şartlarından olmasına dayandırmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Cemal Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyumsuzlukların Çözüm Yolları, (7th edn. Beta 2019) 381, dn 303.

46 HMK m. 439 f.5’te de aynı düzenleme mevcuttur.

47 Dilekçe sayısının bu şekilde sınırlandırılmasının yargılama hızına olumlu etkisi konusunda bkz. Pekcanitez, Atalay and Özekes, Medeni Usul Hukuku, (n. 22) 610.

48 Yeşilirmak, Tahkim, (n.17) 129.

49 İptal davasında aleniyet ilkesinin uygulanmasının doğuracağı sakıncalar ve sadece “dinamik aleniyetin” değil “dosya aleniyetinin” de kaldırılmasına ilişkin görüş için bkz. Yıldırım (n 19) 3019-3022.

İptal davalarının dosya üzerinden incelenmesi söz konusu olduğunda da bu inceleme gerçekleşirken tarafların hak arama özgürlüklerine hanel gelmemesi gerekir. Bu ise tarafların iptal davasının varlığından usule uygun şekilde haberdar edilerek iddia ve savunmalarını dilekçelerini dosyaya ibraz etme yoluyla kullanmalarının sağlanması ile mümkün olacaktır⁵⁰.

VIII. Dava Harcı

Gerek MTK gerekse HMK’da hakem kararlarına ilişkin iptal davasında ödenecek harca ilişkin herhangi bir hüküm mevcut değildir. Bu sebeple hakem kararlarına ilişkin iptal davalarında alınacak harç konusunda Harçlar Kanunu’nun genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

492 sayılı Harçlar Kanunu’nun ekinde yer alan 1 Sayılı Tarife’nin 1/III/1 (a) hükmünün 19.02.2014 tarihinden önceki halinde esas hakkında karar verilmesi halinde nisbi harç alınacağı belirtilmişti. Doktrinde hakem kararlarının iptaline ilişkin yargılamada, yerel mahkemenin esasa ilişkin inceleme yapma yasağı gereği sadece iptal sebeplerinin varlığını inceleyerek karar vermesi sebebiyle maktu harç alınması gerektiği dile getirilmekteydi⁵¹.

19.02.2014 tarihinde ise, ilgili hükme tahkim yargılamasında bu hükme göre hesaplanan nisbi harcın %50 oranında uygulanacağına ilişkin bir ibare eklendi. Daha sonra ise, 6728 sayılı Kanununun 36.maddesi ile yapılan ve 09.08.2016 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren değişiklik ile tahkim yargılamasında bu bent hükümlerine göre harç alınmayacağı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Dolayısıyla günümüz itibarıyla hakem kararlarının iptali davaları nisbi harca tabi değildir.

IX. İptal Davası Açma Nedenleri

İptal davası açma sebepleri MTK m.15’te düzenlenmiştir. HMK m. 439’da da MTK m.15’te yer alan bütün iptal sebeplerine yer verilmiştir. Ancak HMK tahkiminde bütün iptal sebepleri hakimler tarafından re’sen dikkate alınırken, MTK tahkiminde bu sebepler, hakimin re’sen dikkate alacağı ve tarafların ileri süreceği sebepler olarak ikiye ayrılmaktadır⁵². MTK’da iptal sebeplerinin bu şekilde bir ayrıma tabi tutulmasının nedeni UNCITRAL Model Kanunu’nda da aynı ayrımın benimsenmiş olmasıdır. Bu ayrım nedeniyle yabancılık unsuru içeren tahkim yargılamaları sonucunda verilen kararlar üzerinde, HMK tahkimi kapsamında verilen kararlara nazaran, yerel

50 Dosya üzerinden inceleme yapılmasının başlı başına hak arama özgürlüğünün ihlali olarak görüldüğü bir karar için bkz. Yargıtay 3 HD 11439/5425, 07.04.2016 www.kazanci.com Erişim Tarihi 18 Haziran 2020

51 Tuna, Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda İptal Davası (n 11) 80-81; Süral (n 16) 1381.

52 Doktrinde bütün iptal sebeplerinin hakimler tarafından re’sen incelenmesinin HMK tahkiminde mahkemelere daha kapsamlı bir inceleme imkanı sunması anlamına geleceği ve bu durumun da iptal davalarının sınırlı ve istisnai olma niteliği ile bağdaşmadığı dile getirilmektedir. Bkz. Süral (n 16) 1410.

mahkemenin müdahalesi daha sınırlı olacaktır. Yabancılık unsurunun varlığının kararın Türkiye ile bağlantısını azaltıcı etkisi nedeniyle kanun koyucunun böyle bir ayrıma gittiği söylenebilir. Bu noktada MTK kapsamından tahkim yargılamalarında sadece “tahkime elverişlilik” ve “kamu düzeni” gibi çok temel iptal sebeplerinin varlığı durumunda hakim re’sen incelemede bulunacak, bunun dışındaki iptal sebepleri ise ancak tarafların bu konuda talepte bulunmaları durumunda inceleme konusu yapılacaktır.

İptal sebeplerinin taraflar bakımından ileri sürülecek ve re’sen incelenecek sebepler olarak ayrılması konusunda MTK, UNCITRAL Model Kanunu’nu dikkate alsa da bütün iptal sebeplerinin birebir örtüştüğünü söylemek mümkün değildir. MTK’daki bazı iptal sebepleri UNCITRAL Model Kanunu’nda yer almamaktadır. Aşağıda MTK m.15’te yer alan iptal sebeplerinden her biri hakkında kısa açıklamalarda bulunurken, bu konuda da bilgi verilmeye çalışılacaktır. Öncelikle hakimlerin re’sen incelemesi gereken iptal sebepleri üzerine durulacak, daha sonra tarafların ileri sürmesi gereken iptal sebeplerine değinilecektir.

A. Tahkime Elverişlilik

Her devlet, hangi uyuşmazlıkların ancak devlet yargısı içerisinde çözümleneceğini, hangi uyuşmazlıkların ise tahkim yargılaması içerisinde de çözümlenebileceğini ulusal hukuk düzeni içerisinde belirleme hakkına sahiptir⁵³. Bu durum devletlerin politik, ekonomik ve sosyal tercihlerine ve özellikle de tahkim kurumuna bakış açılarına göre değişkenlik arz etmektedir⁵⁴. Türkiye’nin bu konuda liberal bir tutum sergilediği ve az türde uyuşmazlık için tahkim yolunu kapalı tuttuğu söylenebilir. Hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz olduğu MTK m.1 f.4’te düzenlenmiştir⁵⁵. Söz konusu hüküm uyarınca;

a-)Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar

ve

b-) iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklar

tahkime elverişli değildir. Bir konunun tahkime elverişli olup olmadığını tespit, kompetenz-kompetenz ilkesi⁵⁶ gereği hakem heyetine aittir. Hakemler hangi konuların

53 “Tahkime elverişlilik” konusunda detaylı bilgi için bkz. Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, (Vedat, 2010) 4.

54 Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, (Legal 2008), 39.

55 HMK m.408 f.1’de de tahkime elverişlilik konusunda aynı yönde bir düzenleme mevcuttur.

56 Alman Hukuku’ndan doğan bu ilke hakkında detaylı bilgi için bkz. George A. Bermann, “The “Gateway” Problem in International Commercial Arbitration”, (2012) 37 *Yale Journal of International Law*, 1,13-19; Emre Esen, “Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi”, (2011) 1, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan), 355, 357 vd.; Mustafa Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, (Yetkin, 2013), 94 vd.

tahkime elverişli olup olmadığını tespit için tahkim yeri hukukunu dikkate alacaktır⁵⁷. Tahkim yeri ile hakem kararına karşı iptal davasının açılacağı yer aynı yer⁵⁸ olduğu için hakemlerin bu hukuku dikkate alarak tahkime elverişliliği karara bağlaması ileride tahkime elverişsizlik nedeniyle iptal edilecek hakem kararı oranını da azaltacaktır. Tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlık hakkında verilen hakem kararları ise, yerel mahkemeler tarafından iptal edilecektir.

Tahkime elverişli olmayan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar konusunda Yargıtay kararları değerlendirildiğinde; kat karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık konusu taşınmazın tesciline ilişkin taleplerin⁵⁹ tahkime elverişli olmadığına hükmederken arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin haklı sebeple feshinin tespiti ve fazla hakediş tutarı alacağını tahsili⁶⁰ uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olduğuna hükmetmiştir. Taşınmazın aynına ilişkin olmaması sebebiyle, taşınmaz üzerindeki kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar konusunda Yargıtay 1965-1970 yılları arasında verdiği birçok kararında⁶¹ bu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını belirtmiştir. Kira sözleşmelerinin taşınmazın aynına ilişkin olmamasının yanı sıra bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yargılaması kapsamı dışında bırakılmasının bir sebebi de sözleşmenin zayıf tarafı olan kiracının devlet yargısı eliyle korunmasının sağlanmasıdır. Alman ve Avusturya Hukuklarında da kiracının korunması amacıyla kira sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülemeyeceğine ilişkin mevzuatta hükümler mevcuttur⁶².

Bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olabilmesi için aranan kriterlerden bir diğeri ise, uyuşmazlığın tarafların iradelerine tabi olmamasıdır. Bu kapsamda, fikri mülkiyet haklarından kaynaklanan uyuşmazlıklar, manevi tazminat talepleri tahkime elverişli uyuşmazlıklar olarak nitelendirilirken, çekişmesiz yargıya konu olan uyuşmazlıklar⁶³, iflas davaları, idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıklar⁶⁴, kamu düzenini ilgilendiren uyuşmazlıklar, şirketin feshi ve genel kurul kararlarının iptaline ilişkin

57 Vahit Doğan, Tahkime Elverişlilik Bağlamında Yabancı Unsur, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu (Tahkime Elverişlilik), in Vahit Doğan, Lale Ayhan İzmirli and Alper Çağrı Yılmaz (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2019, 449, 451.

58 Doğan, “Tahkime Elverişlilik” (n 57) 454; Özel (n 54) 57-58. Özel, hakemlerin tahkime elverişliliği değerlendirirken muhtemel tenfiz yeri hukuklarını dikkate alarak karar vermesi görüşünü eleştirmekte, bu görüşün kabul edilmesi durumunda tahkim yeri hukukuna göre tahkime elverişli, tenfiz yeri hukukuna göre tahkime elverişsiz bir uyuşmazlık hakkında verilecek hakem kararının tahkim edilemez olmasına karar verilmesinin tarafların hakeme tanıdığı yetki ile çelişeceğini dile getirmektedir.

59 Yargıtay 15 HD 1798/5076, 13.10.2004 için bkz. www.kazanci.com Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

60 Yargıtay 23 HD 9138/1524, 22.05.2017 için bkz. Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 9) 356 dn.478.

61 Örneğin, Yargıtay 4 HD 6722/4090, 13.09.1965, Yargıtay 4 HD 7792/5764, 11.11.1965 ve Yargıtay 6 HD 3032/3170, 10.07.1970 için bkz. Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 9) 357 dn.481.

62 Ali Cem Budak, “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Tahkim Hükümleri”, (2012) 1 (1), *Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, 31, 39.

63 Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 9) 359.

64 Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 9) 359. Ancak 1982 Anayasası m.125 uyarınca kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümü mümkündür.

uyuşmazlıklar ile iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar gerek doktrin gerekse uygulamada tahkime elverişsiz olarak kabul edilmiştir.

Burada iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği meselesine ayrıca değinmek gerekir. Doktrinde baskın görüş her türlü iş hukuku uyuşmazlığının tahkime elverişsiz olduğu yönündedir. Sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin korunması için yargılamanın mahkemeler tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğini savunan bu görüşün tek istisnası, tarafların aralarında yaptığı tahkim sözleşmesine istinaden işçinin işverene karşı tahkime başvurması ihtimalidir. Böyle bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olduğu savunulmaktadır⁶⁵. Zaten 12.10.2017 tarihinde kabul edilen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun yürürlüğe girmesi ile birlikte, iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurmak zorunlu hale getirilmiştir. Bu zorunluluk karşısında, bu yönde bir talebi olmasa bile arabuluculuğa başvuracak bir işçinin kendi talebiyle, tahkime başvurusunun önünde hiçbir engel kalmamıştır. Dolayısıyla böyle bir uyuşmazlığın tahkime elverişsiz olacağını savunmak artık mümkün görünmemektedir. Unutmamak gerekir ki böyle bir uyuşmazlıktan ötürü verilen hakem kararının sözleşmenin zayıf tarafı olan işçi aleyhine adaletsiz sonuçlar doğurması durumunda, “kamu düzenine aykırılık” sebebiyle iptali her zaman mümkündür. Dolayısıyla bu tarihten itibaren açılan bütün iş hukuku uyuşmazlıklarına ilişkin davalarda, öncelikle arabuluculuk yoluyla uyuşmazlıklar çözümlenmeye çalışılacak ancak çözümlenemezse yerel mahkemelerde dava açılacaktır. Arabuluculuğa başvurunun zorunlu tutulmasının sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin haklarının korunması karşısında bazı engeller ve gecikmeler çıkarabileceği yönündeki endişelerimiz bir tarafa; mevcut hukuk sisteminde iş hukuku uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk kurumu devam ettiği sürece bu uyuşmazlıkların hiçbir koşulda tahkime elverişli olmayacağını savunmak pek imkânli görünmemektedir. Sonuç itibariyle tahkim taraf iradesine bağlı olarak gelişen bir alternatif yargılama faaliyetidir. Dolayısıyla özellikle de aralarındaki tahkim sözleşmesine istinaden tahkim yargılamasına başvuran işçinin uyuşmazlığın bu yolla çözümü konusundaki iradesi açıktır. Oysa zorunlu arabuluculuk kurumuna başvuran işçinin uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi konusundaki iradesi konusunda bu kadar net yorumlar yapılamayacağı düşüncesindeyiz. Bu noktada, her iki yöntemden de elde edilen çözümün taraflar için bağlayıcı olması gerçeği karşısında, kendi iradesiyle tahkim yoluna başvuran bir işçiye karşı, iradesini nazara almaksızın arabuluculuk yöntemine başvuruyu zorunlu tutan bir hukuk sisteminde, iş hukuku uyuşmazlıklarının davayı işçi bile açsa tahkime elverişli olmadığını savunmak pek mümkün görünmemektedir.

65 Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 9) 360.

B. Kamu Düzeni

Türk Hukukunda «kamu düzeni» kavramını tanımlayan herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Kamu düzeninin zamana ve mekana göre değişkenlik göstermesi özelliği karşısında genel geçer bir tanım vermek de mümkün görünmemektedir. Yine de Türk Milletlerarası Özel Hukuk doktrininde, kamu düzeni, “muayyen bir ülke veya ülke topluluğunda hakim olan sosyal, siyasi ve ekonomik sistemin temel kural ve müesseseleri”⁶⁶, “toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kurallar bütünü”⁶⁷ olarak tanımlanmıştır. Yargıtay kararlarında ise kamu düzeni; “Türk toplumunun temel yapısı ve çıkarlarını koruyan, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlükleri, Türk kanunlarının esas prensiplerini, Türk ahlak ve adap anlayışını, toplumun genel çıkarlarını koruyan kuralların bütünü” olarak açıklanır⁶⁸.

Kamu düzeni kavramının sınırları, uygulanma imkanı bulduğu hukuk alanına göre de değişkenlik gösterir. Örneğin iç hukuka nazaran Milletlerarası Özel Hukukta kamu düzeninin sınırları daha dardır⁶⁹. İç hukukta irade serbestisini sınırlayan emredici nitelikteki hükümler genellikle kamu düzeninden kabul edilirken, Milletlerarası Özel Hukukta bir hükmün kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşması için sadece Türk Hukukundaki bir emredici kurala aykırı olması yeterli kabul edilmez. Yabancı hukukun ilgili hükmünün uygulanmasının doğurduğu sonuç açıkça kamu düzenine aykırı ise kamu düzeni müdahalesi söz konusu olabilir⁷⁰. Bu noktada MTK m.15’teki “kamu düzenine aykırılık” şeklinde ifade edilen iptal sebebini, iptal davalarının istisnai olma özelliğine uygun olarak “kamu düzenine açıkça aykırılık” şeklinde değiştirilmesinin yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Böylece sadece kamu düzenine açıkça aykırı olan hakem kararları iptal edilecektir. Böyle bir değişiklik 5718 sayılı MÖHUK sisteminde benimsenen kamu düzenine aykırılık anlayışı ile de örtüşecektir. Ayrıca unutmamak gerekir ki tahkim yeri ile hakem kararına konu olan uyuşmazlık arasındaki ilişki ne denli yoğunsa kamu düzeni müdahalesi de o denli güçlü olacaktır⁷¹. Dolayısıyla tahkim yeri ile çok sınırlı bir ilişki içerisindeki uyuşmazlıktan kaynaklanan hakem kararlarının kamu düzenine aykırılık sebebiyle iptal edilmeleri mümkün olmamalıdır.

Daha önceden aynı konuda aynı taraflar arasında aynı sebebe dayanarak verilmiş olan bir hakem kararının kesin hüküm etkisinin görülmekte olan bir tahkim yargılamasında dikkate alınmaması sonucunda verilen hakem kararlarına karşı açılacak

66 Cemal Şanlı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1986) 378.

67 Cemile Demir Gökyayla, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni*, (Seçkin 2001) 26.

68 Yabancı hukukun Türk Anayasası’na aykırılığının ileri sürülemeyeceği ancak yabancı hukukun ilgili hükmünün uygulanmasının Türk Anayasası’nda korunan temel ilkelere aykırılık teşkil edebileceğine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Kemal Dayınlarlı, *Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etikeleri ve Sonuçları*, (2nd edn, Dayınlarlı, 2011) 18 vd.

69 B. Bahadır Erdem, “İptal Davalarında Kamu Düzenine Aykırılık”, (2014) ICC Türkiye XI. Milletlerarası Tahkim Semineri, 117 vd; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 9) 371.

70 5718 sayılı MÖHUK m.5 ve m.54. RG. 27.11.2007/26728.

71 Demir Gökyayla (n 67) 159.

iptal davalarında bu durum nasıl değerlendirilecektir? Önceki hakem kararının kesin hüküm etkisinin sonraki hakem yargılamasında dikkate alınmamasına ilişkin özel bir iptal sebebi MTK m.15 kapsamında düzenlenmediğinden, bu durumun kamu düzenine aykırılık kapsamında değerlendirilmesi gereği doktrinde dile getirilmiştir⁷².

Yargıtay zamanaşımı süresinin doğru uygulanıp uygulanmaması⁷³ ve icra inkar tazminatına hükmedilmesi⁷⁴ gibi meseleleri uyuşmazlığın esasına ilişkin meseleler olarak nitelendirmiş ve bunları kamu düzenine aykırılık kapsamında değerlendirmemiştir. Ancak gümrük vergilerinden kurtulma sonucuna hizmet edecek hakem kararları uygulamada kamu düzenine aykırılık teşkil ettikleri gerekçesiyle iptal edilmektedir⁷⁵.

C. Tahkim Anlaşmasını Yapan Taraflardan Birinin Ehliyetsiz Olması

MTK tahkiminde tarafların tahkim anlaşması yapmak konusundaki ehliyetine uygulanacak hukuk konusunda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Ancak bu tahkimde yabancılık unsurunun bulunması sebebiyle ehliyete ilişkin uyuşmazlığın 5718 sayılı MÖHUK kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir⁷⁶. Söz konusu hüküm uyarınca, “*hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabidir*”. Dolayısıyla tahkim anlaşmasını yapan tarafın vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devletin milli hukukuna göre ehil olması gerekmektedir⁷⁷. Aynı hükmün 2. fıkrası gereği; “*Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlemlerle bağlı*” olacaktır. Bu istisnai hüküm, aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemler söz konusu olduğunda uygulanmayacaktır. Zaten yukarıda da belirtildiği gibi söz konusu uyuşmazlıklar tahkime elverişli olmamaları sebebiyle tahkim anlaşmasına da konu olmayacaklardır.

Tüzel kişilerin tabiiyetini tespit konusunda ise MÖHUK merkez teorisini benimsemiştir. Bu kapsamda 9. maddenin devamında “*Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna*”

72 Ziya Akıncı, “Milletlerarası Tahkim ve Kesin Hüküm Yetkisi”, in Vahit Doğan, Lale Ayhan İzmirli and Alper Çağrı Yılmaz (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2019, 437, 447-448.

73 Yargıtay 19 HD 3207/6936, 16.04.2013 için bkz. Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 9) 373 dn. 519.

74 Yargıtay 11 HD 3263/7408, 27.11.2018 için bkz. Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 9) 373 dn. 520.

75 Verilen hakem kararı nedeniyle Hazinesin kazancının azalacağı bu durumun kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği ilişkin Yargıtay 13 HD 8426/10349, 17.04.2012 için bkz. www.kazanci.com . Erişim Tarihi 18 Haziran 2020. Bu kararda mahkemenin esasa ilişkin inceleme yapma yasağına aykırı davrandığına ilişkin eleştiriler için bkz. B. Bahadır Erdem and Faruk Kerem Giray, “Grounds for Annulment of Arbitration Awards in the Turkish International Arbitration Act- A Look at the Judgements of the Turkish Court of Appeal, Eppur si muove: The Age of Uniform Law,” (2016) 1, International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) Essays in honour of Michael Joachim Bonell, 844 nakleden Aysel Çelikel and B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (15th edn, Beta 2017) 792.

76 HMK tahkiminde ise tarafların tahkim anlaşması yapmak konusundaki ehliyeti 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlenecektir. RG 08.12.2001/24607.

77 Tahkim anlaşmasını yapacak kişinin vatandaşlığı konusunda vatansız, mülteci veya birden çok vatandaşlığa sahip olmak gibi farklı durumlar söz konusu ise, burada uygulanacak hukuk MÖHUK m.4 uyarınca belirlenecektir.

tâbi olacağı açıkça düzenlenmiştir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye’de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabilecektir. Söz konusu fiili idare merkezinin en önemli idare merkezi olmasına gerek yoktur⁷⁸. Fiili idare merkezlerinden birinin Türkiye’de bulunması bu hükmün uygulanması için yeterlidir.

Ç. Tahkim Anlaşmasının Geçersiz Olması

Tahkim anlaşmaları esas sözleşmeden bağımsız ayrı bir sözleşme şeklinde düzenlenebilecekleri gibi esas sözleşmenin içerisine bir tahkim şartı konulmak suretiyle ya da tahkim şartı içeren bir belgeye atıf yapmak suretiyle de düzenlenebilirler. Uygulamada tahkim şartının daha çok esas sözleşmeye konulan tahkim şartı şeklinde düzenlendiği görülmektedir⁷⁹. Ne şekilde düzenlenmiş olursa olsun tahkim anlaşması esas sözleşmeden bağımsız niteliktedir⁸⁰. Tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı içlerinden birinin geçersizliğinin diğerini etkilememesini sağlar. Bunun bir sonucu olarak esas sözleşmeye ya da tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun ayrı ayrı tespit edilmesi gerekir.

Tahkim anlaşmasının maddi ve şekli geçerliliği konusunda bir ayırım yapılarak uygulanacak hukukun tespiti gerekmektedir. Tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine, MTK m.4 f.3 uyarınca tarafların seçtiği hukuk, böyle bir seçimin söz konusu olmadığı durumlarda ise Türk Hukuku uygulanacaktır. Bu noktada Türk Hukuku’ndan kastın Türk Maddi Hukuku olduğunu kabul etmek gerekir⁸¹. Dolayısıyla burada Türk Kanunlar İhtilafı Kuralları dikkate alınmayacaktır. Kanun koyucu bu noktada UNCITRAL Model Kanun’da yer alan düzenlemeyi benimsememiş onun yerine İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu m.178 f.2’den esinlenmiştir. Tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğinin ise MTK m.4 f.2 hükmüne tabi olması gerekir. Söz konusu düzenleme uyarınca,

“Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla

78 Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, (22nd edn, Beta 2017) 216.

79 Begüm Gedik, *Milletlerarası Hakem Kararlarının İptal Edilme Nedenlerinden Tahkim Anlaşmasının Geçersiz Olması*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 97.

80 Hatice Özdemir Kocasakal, “Tahkim Şartı ile İlgili İptal Sebepleri”, (2014) ICC Türkiye XI. Milletlerarası Tahkim Semineri, 39.

81 Yargıtay 9 HD’nin 20796/37365 numaralı ve 10.12.2007 tarihli bir kararında, taraflar hukuk seçimi yapmadığı için yapılan tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin Türk Borçlar Kanunu’na tabi olacağı açıkça belirtilmiştir. Söz konusu kararda, işçilik haklarının ödenmesinin tahkim sözleşmesinin imzalanması şartına bağlanmasının tahkim sözleşmesinin Borçlar Kanunu hükümlerine göre “ahlaka aykırılık sebebiyle” geçersizliği sonucunu doğurup doğurmayacağının ilk derece mahkemesi tarafından tespit edilmesi gereği dile getirilmiştir. Karar için bkz. www.kazanci.com Erişim Tarihi 18 Haziran 2020

tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır.”

Tahkim anlaşması anlaşmayı yapan kişinin yetkisiz olması halinde de geçersiz olacaktır⁸². Ayrıca tahkim anlaşması kural olarak sadece tarafları için bağlayıcıdır. Dolayısıyla tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişiler aleyhine verilen hakem kararları da söz konusu iptal sebebi doğrultusunda iptal edilecektir⁸³.

D. Hakemlerin Seçiminde Usule Uygun Davranmama

MTK m.7/A uyarınca “*Taraflar, hakemlerin sayısını belirlemede serbesttirler. Ancak bu sayı tek olmalıdır. Hakemlerin sayısı taraflarca kararlaştırılmamışsa üç hakem seçilir.*”⁸⁴. Yargıtay da söz konusu düzenleme doğrultusunda, hakem sayısının tek sayı olarak belirlenmemiş olmasını bu kapsamda bir iptal sebebi olarak kabul etmektedir. Örneğin Yargıtay 11. H.D.’nin 17.04.2018 tarihli 2018/79E. ve 2018/2805 K. numaralı kararında, iki hakem tarafından oybirliği ile alınan hakem kararının iptaline hükmedilmesi gereği dile getirilmiştir⁸⁵.

Tarafların hakem seçiminde uygulanacak usulü kararlaştırmaları mümkündür. Tarafların bu konuda herhangi bir usul kararlaştırmamış olmaları durumunda, hakemlerin seçimi MTK m.7 B hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilir. Söz konusu hüküm uyarınca; “*Tek hakem seçilecek ise ve taraflar hakem seçiminde anlaşamazlarsa hakem, taraflardan birinin talebi üzerine Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından seçilir*”(MTK m.7 B.2) “*Üç hakem seçilecek ise taraflardan her biri bir hakem seçer; bu şekilde seçilen iki hakem üçüncü hakemi belirler. Taraflardan biri, diğer tarafın bu yoldaki talebinin kendisine ulaşmasından itibaren bir ay içinde hakemini seçmezse veya tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonraki bir ay içinde üçüncü hakemi belirlemezlerse, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından hakem seçimi yapılır. Üçüncü hakem, başkan olarak görev yapar.*” (MTK m.7 B.3) “*Üçten fazla hakem seçilecek ise son hakemi seçecek olan hakemler yukarıdaki bentte belirtilen usule göre taraflarca eşit sayıda belirlenir*”. (MTK m.7 B.4)

82 Tahkim anlaşmasının yetkisiz temsilci tarafından yapılmasının tahkim anlaşmasının esas bakımından geçersizliği sonucunu doğuracağına ilişkin görüş için bkz. Emre Esen, Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, (2003) 23 (1-2) MHB (Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan).

83 Bkz. Yargıtay 11 HD 9538/8587, 26.06.2015. Söz konusu kararda tahkim sözleşmesine taraf olmayan ve fakat devlet tüzel kişiliğinin bir parçası olan bir kurum aleyhine verilen hakem kararının geçerliliği tartışılmıştır. Doktrinde, ayrı tüzel kişiliğe sahip olan kuruluşların devlet tüzel kişiliğinin bir parçası olarak değerlendirilmemesi gereği dile getirilerek, ayrı tüzel kişiliği olmayan kuruluşların ise devletin taraf olduğu tahkim sözleşmesi ile bağlı olacağı belirtilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Emre Esen, *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*, (Beta 2008).

84 Aynı yönde bkz. HMK m. 416 b. b.c.ç.

85 Söz konusu karar, HMK kapsamında gerçekleşen bir tahkim yargılamasına ilişkin olmakla birlikte HMK ve MTK konu hakkında aynı düzenlemelere sahip olduğu için, MTK tahkimi bakımından da dikkate alınacaktır. Kararın metni için bkz Doğan, *Ticaret* (n 9) 1198

Tahkim sözleşmesinde taraflar hakem olarak görev alacak kişi veya kişilerin isimleri konusunda önceden anlaşmış olabilir. Böyle bir durumda uyuşmazlık belirlenen bu hakemlerden başka hakemlerce çözümlenmişse ortada hakem seçiminde usule aykırılık olduğu kabul edilmelidir. Benzer şekilde taraflarca atanmış olan hakemlerden birinin yargılama sürecinde yer almaması veya hakemlerin taraflarca belirlenmiş nitelikleri taşıyor olması gibi sebepler de hakem seçiminde usule aykırılığa örnek gösterilebilir⁸⁶.

E. Kararın Tahkim Süresi İçinde Verilmemesi

Hakem kararının belirlenen tahkim süresi içerisinde verilmemesi UNCITRAL Model Kanunu'nda düzenlenen iptal sebeplerinden biri değildir. Ancak yine de tarafların belirlediği veya seçilen kurumsal tahkim kurallarında belirtilen sürelerin aşılması durumunda, tarafların üzerinde anlaşıldığı usul kurallarına aykırılık sebebi kapsamında hakem kararlarının iptali sağlanabilir⁸⁷. MTK'da ise tahkim süresi içerisinde karar verilmemesi doğrudan bir iptal sebebi olarak düzenlenmiştir.

Tahkim süresi MTK m.10/B'de düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca *“Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, bir hakemin görev yapacağı davalarda hakemin seçtiği, birden çok hakemin görev yapacağı davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde, hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir.*

Tahkim süresi, tarafların anlaşmasıyla; anlaşamamaları hâlinde ise taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkemece uzatılabilir. Mahkemenin, bu konudaki kararı kesindir”.

Bu noktada sadece hükümde belirlenen 1 yıllık sürenin dolmasından sonra değil, mahkemenin süre uzatım talebine yönelik red kararı verdiği durumlarda da, sürenin bitiminden sonra verilen hakem kararlarına karşı bu sebep kapsamında iptal kararı verileceğinin kabulü gerekir. Aynı şekilde, mahkemenin süre uzatım talebini kabul ettiği durumlarda da, uzatılan sürenin bitiminden sonra verilen hakem kararlarına karşı yine iptal kararı verilebilecektir.

Kanun koyucunun UNCITRAL Model Kanunu'nda yer almayan bu iptal sebebinin düzenleme nedeni hiç şüphesiz ki tahkime başvuran tarafların gecikme olmaksızın netice almalarını amaçlamaktır⁸⁸. Ancak süre uzatımına yönelik mahkemenin red kararı vermesi durumunda, bu iptal sebebi nedeniyle hakem kararı iptal edilebileceğinden o ana kadar uyuşmazlığın çözümü için harcanan zaman emek ve para boşa gidecek,

⁸⁶ Tiryakioğlu (n 38) 307.

⁸⁷ Süral (n 16) 1395 dn. 74; Tiryakioğlu (n 38) 307 dn.14

⁸⁸ Akıncı , *Milletlerarası Tahkim* (n 9) 407.

aynı uyumsuzlıkla ilgili her şeye en baştan başlanarak mahkemede dava açılacaktır⁸⁹. Böyle bir olumsuzluk da kanun koyucunun bu iptal sebebini düzenlemekteki amacı ile örtüşmemektedir. Bu nedenle söz konusu iptal sebebini düzenlemeden kaldırılarak, tahkim süresinin aşılmasından sonra verilen hakem kararlarının, aşağıda açıklanacak hakem kararlarında usule aykırılık kapsamında değerlendirilmesinin yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Böylece, yine aşağıda belirtileceği gibi süresini aştıktan sonra verilen bir hakem kararı ancak bu sürenin aşılmış olmasının uyumsuzluğun esasına da etki etmiş olması durumunda iptal edilebilecektir. Bu ek kriter de her süre aşımı değil ancak uyumsuzluğun esasına etki edecek derecede uzun süre aşımaları söz konusu olduğu durumlarda hakem kararının iptaline sebep olacaktır. Bir süre aşımının ne zamandan itibaren uyumsuzluğun esasına etkili olacağı konusunda ise her bir uyumsuzluk münferit olarak değerlendirilmelidir.

F. Hakemlerin Hukuka Aykırı Olarak Yetkili veya Yetkisiz Olduğuna Karar Vermesi

Tahkim yargılamasında hakemlerin yetkilerinin belirlenmesinde geliştirilen temel ilke kompetenz- kompetenz ilkesidir. Hakemlerin kendi yetkileri konusunda karar verebilmesi esasına dayanan bu ilkenin temel hedefi yerel mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahalesini azaltarak tahkimin etkinliğini artırmak olarak nitelenebilir^{90 91}.

Kompetenz- kompetenz ilkesi karşısında tarafların hakemlerin yetkileri konusunda hukuka aykırı bir karar verdiklerine dayanarak hakem kararının iptalini talep edebilmeleri; ancak hakem yargılaması sırasında hakemlerin yetkisine ilişkin derhal itirazda bulunmaları ve bu itirazlarının hakem heyeti tarafından reddedilmesi durumunda mümkün kabul edilmelidir. Çünkü hakemlerin yetkileri konusunda verdikleri karara tahkim yargılaması sırasında itiraz etmeyen tarafın, tahkim yargılaması sona erdikten sonra aleyhine verilen kararı iptal ettirmek için bu sebebe dayanması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir.

Söz konusu iptal sebebi de UNCITRAL Model Kanunu'nda yer almamaktadır. Ancak Model Kanun'da hakemlerin yetkileri konusundaki kararı bir ön sorun olarak çözüme kavuşturmaları durumunda, tarafların bu karara karşı tahkim yargılamasının

89 *ibid* 407.

90 Nazlı Töre, "Tahkim Yargılamasında Kompetenz- Kompetenz Prensibi" (2019) 6 (11) Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, 208, 209; Recep Çakrak, "Kompetenz-Kompetenz Prensibi" (2017) 8 (31) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 658-669.

91 Yabancılık unsuru içeren hakem yargılamalarının 1086 sayılı Mülga HUMK'a tabi olduğu dönemde, tahkim anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin itirazların yerel mahkemelere yapılmasının süreci uzatması konusundaki eleştiri ve MTK ile hukukumuzda giren Kompetenz-kompetenz ilkesi karşısında yerel mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda derinlemesine inceleme yapmaması gereği hakkındaki görüş için bkz. Esen (n 56), 355, 377 vd.

sona ermesini beklemeden yerel mahkeme yargısına başvurabilecekleri kabul edilmektedir⁹².

G. Hakemlerin Tahkim Anlaşması Dışında Kalan Bir Konuda Karar Vermesi veya İstemin Tamamı Hakkında Karar Vermemesi veya Yetkisini Aşması

Hakem heyetinin tahkim anlaşmasında düzenlenmeyen bir konu hakkında karar vermesi, yetkisini aşması ya da davacının isteminin tamamı hakkında karar vermemiş olması söz konusu kararın iptali sonucunu doğurabilir.

Söz konusu iptal sebeplerinden hakemin “tahkim anlaşmasının dışında kalan bir konuda karar vermesi” durumunda verilen karar “*Hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiği iddiasıyla açılan iptal davasında, tahkim anlaşması kapsamında olan konuların, tahkim anlaşması kapsamında olmayan konulardan ayrılması mümkün olduğu takdirde, hakem kararının sadece tahkim anlaşması kapsamında olmayan konuları içeren bölümü iptal edilebilir*” (MTK m.15 f.5)⁹³ Böyle bir durumda hakem kararı hakkında yerel mahkeme kısmi iptal kararı⁹⁴ verecektir. Örneğin tahkim anlaşmasında faiz hesabı ya da maddi tazminat talepleri kapsam dışı bırakılmış ise, hakem heyeti bu konularda karar vermemelidir⁹⁵. Ancak buna rağmen söz konusu konular hakkında da karar vermişse, bu kısım iptal edilirken hakem kararının geri kalan kısmı icra edilebilecektir. UNCITRAL’den farklı olarak MTK sadece tahkim anlaşması dışında kalan konularda verilmiş hakem kararlarına ilişkin kısmi iptal imkanı tanımıştır⁹⁶.

Bazı durumlarda ise hakem heyeti istemin tamamı hakkında karar vermez. Böyle durumlarda da hakem kararının iptali söz konusu olabilir. Örneğin, Yargıtay bir kararında hakem bu yönde bir talep olmasına karşın temerrüt faizi hakkında karar vermemesini bir iptal sebebi olarak değerlendirmiştir⁹⁷. Yargıtay’ın bir diğer kararında ise hakemin her iki tarafın da talepleri hakkında karar verilmesinin zorunluluğuna değinilmiş aksi yönde uygulamanın iptal sebebi olacağı belirtilmiştir⁹⁸.

Aslında eksiksiz hazırlanan bir görev belgesinde tarafların iddia ve savunmalarının özeti ile talepleri yer alacağı için, bu belgeyi dikkate alacak hakemlerin de tarafların

92 Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions* (n.12) 380 vd.

93 Aynı yönde düzenleme için bkz. HMK m.439 f.3.

94 Kısmi iptal kararının sonuçları için bkz. aşağıda “İptal Davasında Karar”.

95 Doğan, *Ticaret* (n 9) 1202

96 Fügen Sargın, “Milletlerarası Tahkim Kanunu’na Göre Hakem Kararlarının Kısmi İptali İmkani”, (2015) 31 (2) BATİDER, 39, 42. Yazar, MTK kapsamında verilen hakem kararları için kısmi iptalin diğer iptal sebepleri bakımından da uygulanması gereğini savunmaktadır.

97 Yargıtay 11 HD, 737/1315, 11.04.1974. Kararın tam metni için bkz. www.kazanci.com Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

98 Yargıtay 15 HD, 84/364 25.01.1996. . Kararın tam metni için bkz. www.kazanci.com Erişim Tarihi 18 Haziran 2020.

taleplerinin tamamı hakkında karar vermeme olasılığı çok düşük olacaktır⁹⁹. Ayrıca hakem kararında hükme bağlanmamış talepler için hakem heyetinden MTK md. 14 uyarınca tamamlama kararı vermesini talep etmeden doğrudan yerel mahkemede iptal davası açma yoluna gidilmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği düşüncesindeyiz.

Hakemlerin istemin tamamı hakkında karar vermemesi de yine UNCITRAL Model Kanunu'nda düzenlenen iptal sebeplerinden biri değildir. Aslında Model Kanun'un hazırlık çalışmalarında bu konu bir iptal sebebi olarak gündeme getirilmiş ancak "kamu düzeni" kriteri içerisinde değerlendirilebileceği gerekçesiyle iptal sebebi olarak ayrıca düzenlenmesinden vazgeçilmiştir¹⁰⁰.

Hakemlerin karar verirken oluşturdukları yetkiye ilişkin bir başka iptal sebebi de yetki aşımıdır. Örneğin hakemin talep edilen dava değerinden daha fazlasına hükmetmesi veya davacı talep etmemesine rağmen talep edilen alacağın borçlulardan müteselsilen tahsiline hükmedilmesi yetki aşımı olarak değerlendirilebilir. MTK m.7 b.H f.3 uyarınca hakem veya hakem kurulunun yetkisini aştığına ilişkin itirazın tahkim yargılamasında derhal ileri sürülmesi gerekir. Aksi takdirde bu itiraz geçerli olmaz. Bu noktada MTK m.15'te yer alan hakemin yetkisini aştığına ilişkin iptal sebebine ancak iptal davası açan tarafın bu durumu hakem yargılaması sırasında ileri sürmüş olması şartıyla dayanabileceğini kabul etmek gerekir. Dolayısıyla haklı sebep olmaksızın, tahkim yargılaması sırasında, hakemin yetkisini aştığı konusunda derhal itirazda bulunmayan taraf daha sonra aynı sebebe dayanarak iptal davası açamamalıdır¹⁰¹. Aksi yönde bir uygulama, diğer yetkiye ilişkin iptal sebeplerinde olduğu gibi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir.

H. Tahkim Yargılamasının Usul Açısından Tarafların Anlaşmalarına veya Bu Yönde Bir Anlaşma Bulunmaması Halinde Türk Hukukuna Uygun Olarak Yürütülmemesi ve Bu Durumun Kararın Esasına Etkili Olması

MTK tahkiminde kanun koyucu taraflara tahkim yargılamasında usule uygulanacak hukuku seçme imkanı tanımıştır. Taraflar tahkim yargılamasında usule uygulanacak hukuku seçmez ise, söz konusu tahkim yargılamasına MTK'nın usule ilişkin hükümleri uygulanacaktır¹⁰². Usule tarafların seçtiği hukukun veya böyle bir hüküm yoksa MTK hükümlerinin uygulanmaması tek başına hakem kararının iptali sonucunu doğurmaz.

99 Tiryakioğlu (n 38) 310; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 9) 411.

100 Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, (n.12) 380 vd.

101 Nuray Ekşi, "Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme", (2003) 1-2 (23) MHB, 295, 331-332.

102 Doktrinde, tarafların hukuk seçimi yapmaması veya geçersiz bir hukuk seçimi yapması halinde, tahkim yerinde yürürlükte olan usul kurallarının uygulanması gereği dile getirilmiştir. Bkz. George A. Bermann, "Private International Law in International Arbitration" in Franco Ferrari and Diego P. Fernandez Arroyo (eds) *Private International Law –Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, (Edward Elgar 2019) 464, 477.

Böyle bir hakem kararı, ancak usul bakımından bu hukukların uygulanmamasının doğurduğu sonucun kararın esasına etkili olması durumunda iptal edilebilir.

Doktrinde bir usule aykırılığın kararın esasına etkili olup olmadığının tespitinin ancak esasa ilişkin inceleme yapma yasağına aykırı bir denetimle mümkün olabileceği ve bu durumun da tahkim yargılamasından beklenen faydayı bertaraf edeceği yönünde görüşler dile getirilmiştir¹⁰³. Gerçekten de usule aykırılığın kararın esasına etkili olması kriterinin tespit edilmesi mutlak bir şekilde uygulanan “esasa ilişkin inceleme yapma yasağına” aykırılık teşkil edecektir. Nitekim UNCITRAL Model Kanunu’nda usule aykırılığa dayalı iptal sebebinin gerçekleşmesi için bunun kararın esasına etkili olması kriteri aranmamaktadır.

MTK’nın gerek genel gerekçesinde gerekse madde gerekçesinde usule aykırılığın kararın esasına etkili olması kriteri ile ilgili herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Ancak yine de kanun koyucunun usule aykırılık sebebiyle bir hakem kararının iptal edilme olasılığını düşürmek için ayrıca “kararın esasına etkili olma” kriterini eklediği söylenebilir. Bu kriter, her ne kadar taraf iradesine üstünlük tanıyan ve bu yönde yerel mahkeme müdahalesini sınırlandıran esasa ilişkin inceleme yapma yasağına aykırılık teşkil etse de, sonuç itibarıyla yerel mahkemelerin bu kriter üzerinden hakem kararlarını iptal etme oranlarını azaltacağından, uygulamada aslında yine taraf iradesine üstünlük tanınmasına hizmet edecektir. Ayrıca çeşitli iptal sebeplerinde değindiğimiz Yargıtay Kararları’nda da görüldüğü üzere uygulamada istisnai nitelikte olan ve bu sebeple dar yorumlanması gereken iptal sebepleri gereğinden fazla geniş yorumlanarak daha fazla hakem kararının yerel mahkemeler tarafından iptal edilmesine sebep olabilmektedir. Bu durum karşısında, mutlak bir şekilde uygulanan “esasa ilişkin inceleme yapma yasağına” aykırılık teşkil edecek dahi olsa bir hakem kararının iptal edilmesini zorlaştırıcı bir kriter olarak getirilen “kararın esasına etkili olma” kriterinin yerinde olduğu düşüncesindedir.

Yargıtay 11. H.D.’nin 07.01.2019 tarihli 2018/5474E. ve 2019/99K. numaralı kararında hakem heyetine toplantı çağrısı yapılmadan verilen hakem kararlarının söz konusu iptal sebebine istinaden iptal edilmesi gereği dile getirilmiştir¹⁰⁴. Hakem heyetinden birinin yokluğunda verilen kararlar da usule aykırılık gerekçesiyle iptal edilecektir¹⁰⁵. Doktrinde de taraflardan birine usule uygun veya hiç tebligat yapılmamış olması, savunma hakkının ihlali teşkil edeceğinden esasa etkili bir usule aykırılık olarak değerlendirilmiştir¹⁰⁶. Yine tahkim yargılamasında iddia ve savunma haklarını kullandırmayacak kadar kısa süreler öngörülmesi bu kapsamda değerlendirilebilir.

103 Turgut Kalpsüz, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*, (Yetkin 2010) 139.

104 Doğan, *Ticaret* (n 9) 1205.

105 Yargıtay 15 HD 1887/4442, 14.12.2017 için bkz. Doğan, *Ticaret* (n 9) 1205.

106 Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 9) 421. Yazar, tebligat yapılmamış olmasına rağmen, ilgili tarafın tebliğ edilecek hususlardan karşı beyanda bulunacak kadar haberdar olması durumunda artık usule aykırılıktan söz etmenin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğini belirtmektedir.

Delillerin sunulması ile ilgili usule aykırılıklar da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması için gerçeklerin ortaya çıkarılmasını engelleyici özellikleri nedeniyle esasa etkili kabul edilmelidir. MTK m.14 b.2 uyarınca gerekçe hakem kararında bulunması zorunlu unsurlardan biri olarak düzenlenmiştir. Hakemlerin keyfi karar vermesinin ötündeki en önemli engel¹⁰⁷ olarak nitelendirilebilecek gerekçe, tarafların iddia ve savunmalarının hakemler tarafından dikkate alınarak bu kapsamda karar verilmesine hizmet eder. Gerekçeden yoksun bir hakem kararının da, gerekçenin bu özellikleri karşısında esasa etkili bir usule aykırılık teşkil edeceği açıktır. Bu sebeple gerekçeden yoksun hakem kararlarının bu kapsamda değerlendirilerek iptal edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Burada mahkeme tarafından, sadece gerekçenin varlığı tespit edilmeli, gerekçenin içeriğinin denetlenmesi suretiyle esasa ilişkin inceleme yapma yasağına aykırı bir uygulamaya yer verilmemelidir.

I. Tarafların Eşitliği İlkesinin Gözetilmemesi

Taraflar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler (MTK m.8 B)¹⁰⁸ Bu eşitlik hakem heyetinin taraflara tanıdığı hak ve yetkiler bakımından da mutlak olmalıdır. Bu sebeple hakem heyeti, iddia ve savunma haklarını kullanmak bakımından taraflara eşit davranarak, onların hukuki dinlenilme haklarına hanel getirmemelidir.

Tarafların eşitliği ilkesine aykırı bir uygulama söz konusu olduğunda bu aykırılığın varlığı hakem kararının iptalinin talep edilmesi için yeterli olacaktır. Ayrıca söz konusu aykırılığın bir üst başlıktaki kriterde olduğu gibi kararın esasına etkili olması koşulu aranmayacaktır.

Oysa tarafların eşitliği ilkesine aykırılık UNCITRAL Model Kanun'da bağımsız bir iptal sebebi olarak düzenlenmemektedir. Bunun yerine, hakem kararının iptalini talep eden tarafın, hakem seçimi veya tahkim yargılaması konusunda usule uygun tebligat yapılmaması ya da başka bir şekilde davasını ileri sürememesi iptal sebebi olarak düzenlenmiştir. UNCITRAL Model Kanunu'nun taraflar arasında oluşabilecek eşitliksizlikler konusunda bu şekilde daraltıcı kriterler koyması hakem kararlarının bu sebeple iptali oranını azaltacağından Türk Hukuku'ndakinden daha yerinde bir iptal sebebi olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla MTK'da gerekli değişiklik yapılarak, söz konusu iptal sebebinin UNCITRAL Model Kanunu'nda olduğu gibi "*hakem kararının iptalini talep eden tarafın, hakem seçimi veya tahkim yargılaması konusunda usule uygun tebligat yapılmaması ya da başka bir şekilde davasını ileri sürememesi*" şeklinde bir ifade ile değiştirilmesi daha az hakem kararının iptalini sağlayarak, iptal davasının istisnai olma niteliğine hizmet edecektir.

¹⁰⁷ Gizem Ersen Perçin, "Gerekçesiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni Engeli (Gerekçe)", (2015) 1 (1) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61, 72 vd.

¹⁰⁸ Aynı ilke HMK m. 423 f.1'de düzenlenmiştir.

Yargıtay, hakemin davalıya tebligat yapmadan karar vermesini, hukuki dinlenilme hakkının ihlali olarak kabul etmiş ve bu durumu iptal sebeplerinden tarafların eşitliği ilkesine aykırılık sebebi içerisinde değerlendirmiştir¹⁰⁹.

Yargıtay 11. H.D.'nin 27.11.2018 tarihli ve 3263/7408 numaralı kararında¹¹⁰ hakem yargılaması sırasında hakemin tarafsızlığını yitirdiğine ilişkin hiçbir itirazda bulunmayan tarafın yargılama sona erdikten sonra tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmediği gerekçesiyle hakem kararının iptalini talep etmesini, haklı olarak, dürüstlük kuralına aykırı bulmuştur.

X. İptal Davasında Karar

İptal davası sonucunda yerel mahkeme kabul, kısmi kabul veya red kararı verebilir. İptal davasının kabul edilmesi durumunda verilen hakem kararı iptal edilmiş olacağı için aynı uyuşmazlıkla ilgili yeniden yargılama yapılabilecektir. Yeni yargılamanın yerel mahkemede mi yapılacağı yoksa bir kez daha tahkim yargılamasına mı başvurulacağı, iptal edilen hakem kararının hangi iptal sebebine dayanılarak iptal edildiğine bağlıdır. Konu hakkındaki düzenleme MTK m.15 f.7'de¹¹¹ yer almaktadır.

Bu hüküm doğrultusunda; hakem kararları iptal edilmesi üzerine, tarafların yeniden tahkime başvurabilecekleri sebepler şöyledir;

- hakem seçiminde usulsüzlük olması
- hakemlerin yetkileri hakkında yanlış karar vermesi, yetkilerini aşması veya istemin tamamı hakkında karar vermemesi
- tahkim usulüne aykırılık
- taraflara eşit davranılmaması
- kamu düzenine aykırılık

Bu sebeplerden bir veya birkaçının varlığı halinde “....*taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa hakemleri ve tahkim süresini yeniden belirleyebilirler. Taraflar isterlerse eski hakemleri tayin edebilirler* (MTK m.15 f.7) Görüldüğü üzere bu iptal sebeplerinin çoğu tahkim yargılamasındaki usule ilişkin sebeplerdir ve bir sonraki tahkim yargılamasında aynı usuli hatalara düşülmemesi geçerli bir hakem kararının verilmesi için yeterli olacaktır.

109 Yargıtay 11 HD 631/5860, 27.04.2015 için bkz. Doğan, *Ticaret* (n 9) 1209.

110 Kararın ilgili kısmı için bkz. Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 9) 427 dn. 609

111 Aynı yönde düzenleme için bkz HMK m.439 f. son.

Hakem kararının iptali üzerine tarafların yeniden tahkim yoluna gitmeyip, görevli ve yetkili mahkemede dava açmak zorunda kalacağı iptal sebepleri ise şunlardır;

- Uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması
- Taraflardan birinin ehliyetsiz olması
- Tahkim anlaşmasının geçersiz olması
- Kararın tahkim süresi içerisinde verilmemesi.

Burada sıralanan iptal sebeplerinin çoğu ise tahkim yargılamasının esasına ilişkindir ve bir sonraki yargılamanın yeniden hakem heyeti önünde yapılması söz konusu geçersizlik sebeplerini (kararın tahkim süresi içerisinde verilmemesi hariç) ortadan kaldırmayacaktır. Bu sebeple iptal davası bu sebeplerle kabul edilirse yeni yargılamanın yerel mahkemede gerçekleşmesi gerekecektir.

İptal davasının reddedilmesi durumunda ise hakem kararının icrası gerekecektir. Bunun için yukarıda açıklandığı üzere¹¹² yetkili asliye hukuk mahkemesinden hakem kararının icra edilebilirliğine ilişkin belge alınacaktır.

Yerel mahkemenin kısmi iptal kararı vermesi durumunda ise, hakem kararının kabul edilen kısmı için icra edilebilirlik belgesi alınırken iptal edilen kısım için ise yukarıda açıklanan iptal sebeplerinden hangisine dayanıldığı dikkate alınarak yeniden tahkim yargılamasına başvurulacak ya da yerel mahkemede dava açılacaktır. Aynı anda birden fazla iptal sebebine dayanılarak hakem kararı iptal edildiyse ve bu iptal sebeplerinden biri yerel mahkemeye diğeri ise yeniden hakem yargılamasına başvuru gerekliliğini öngörüyorsa, yerel mahkeme yargısına başvurulması gerekeceği düşüncesindeyiz. Aksi takdirde, verilecek yeni hakem kararı da, kararın tahkim süresi içerisinde verilememesi sebebi hariç, aynı sebeple iptal edilebilecektir.

XI. İptal Davasına İlişkin Kararlara Karşı Kanun Yolu

MTK tahkiminde hakem kararlarına karşı açılacak iptal davalarında görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu dönemde¹¹³ söz konusu kararlara karşı doğrudan temyiz yoluna mı başvurulacağı yoksa öncelikle istinafa daha sonra da temyize başvurulup başvurulamayacağı hem uygulamada hem de doktrinde tartışmalı idi. MTK m.15 f.6 uyarınca iptal kararlarına karşı sadece temyiz yoluna başvurulacağı düzenlenmişti. Fakat bu düzenlemenin yapıldığı tarih olan 2001 yılında henüz Bölge Adliye Mahkemeleri kurulmamış ve istinaf yolu Türk yargı sisteminin bir parçası haline getirilmemişti.

¹¹² Bkz. yukarıda “VI. Sürenin Geçmesi veya Feragatte İcra Edilebilirlik”.

¹¹³ Bkz. yukarıda “III Görevli ve Yetkili Mahkeme”.

Daha sonra 2016 yılında Bölge Adliye Mahkemeleri faaliyete geçince, HMK’da istinaf yolunu düzenleyen 341. maddenin 1 fıkrası, ilk derece mahkemelerinin verdiği nihai kararlara karşı istinaf yoluna başvurulması gereğini düzenledi. O dönemde iptal davaları konusunda görevli mahkemeler ilk derece mahkemeleri olan Asliye Hukuk Mahkemeleri olduğu için, HMK m.341 f.1 uyarınca iptal kararlarına karşı istinaf yoluna gidilebilir şeklinde yorumlamak mümkündür. Fakat HMK’nın 361. maddesinin 1. fıkrasında “*hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı..... temyiz yoluna başvurulabilir.*” şeklinde bir ifade yer almaktaydı. Doktrinde, HMK m.361 f.1’in, ilk derece mahkemelerince verilen kararlara karşı istinaf yolunu öngören HMK m.341’in bir istisnası olarak değerlendirilmesi gerektiği dile getirilmiştir¹¹⁴.

Zaten uygulamada da görevli mahkeme değişikliği öncesi dönemde dahi, Asliye Hukuk Mahkemeleri tarafından verilen iptal kararlarına ilişkin Bölge Adliye Mahkemelerine istinaf başvurusu yapıldığında, Bölge Adliye Mahkemeleri “geri çevirme” kararı vererek dosyaları doğrudan temyiz başvurusu yapılması için yetkili Asliye Hukuk Mahkemelerine göndermekteydi¹¹⁵.

Görevli mahkeme değişikliğini sağlayan 7101 sayılı Kanun’un¹¹⁶ 53. maddesi, MTK m.15 f.6’nın 1. cümlesinde, değişiklik yaparak, Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından verilen iptal kararlarına ilişkin başvurulacak kanun yolunun temyiz olduğunu belirtmiştir. Söz konusu hükmün güncel hali şöyledir; “*İptal davası hakkında verilen kararlara karşı 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre temyiz yoluna başvurulabilir.*” Ayrıca hükümde temyiz incelemesinin, MTK’da yer alan iptal sebepleriyle sınırlı olarak, öncelikle ve ivedilikle karara bağlanacağı da açıkça düzenlenmiştir.

Söz konusu temyiz incelemesi sırasında hakem kararlarının icrasının durup durmayacağına ilişkin MTK’da herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu noktada, temyizde kararın icrasına ilişkin genel hüküm niteliğinde olan HMK m.367 f.1 c.1 ve hakem kararlarının iptaline ilişkin kararlarda temyiz incelemesini düzenleyen özel hüküm niteliğinde olan HMK. m.439 f.6 c.2 dikkate alınır; temyiz, kararın icrasını durdurmayacağı sonucuna varmak gerekecektir. Oysa böyle bir sonuç yine, iptal davasının hakem kararının icrasını durdurması meselesinde olduğu gibi yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda geri dönüşü zor zararlar doğmasına sebebiyet verebilecektir. Bunu engellemek için, yabancı hakem kararlarının tenfizinde temyiz icrayı durduracağına ilişkin 5718 sayılı MÖHUK m.57 f.2 hükmünün burada kıyasen uygulanması yoluyla temyiz aşamasında hakem kararının icrasını durdurmanın mümkün ve gerekli olduğu düşüncesindeyiz.

114 Ataman Figanmeşe (n 25) 1013-1018. Yazar, Yargıtay 15. H.D.’nin 31.05.2017 tarihli bir kararında da HMK tahkimi için aynı sonuca varıldığını belirtmekte fakat söz konusu kararı, HMK tahkiminde görevli mahkeme tespitini HMK m.361 üzerinden yapmaya çalışması nedeniyle de eleştirmektedir.

115 Bkz. Ankara BAM 23 HD 1299/55, 18.01.2018 ile İstanbul BAM 15 HD 189/174, 05.04.2017. Görev değişikliği sonrası aynı yönde verilen kararlar için bkz. Ankara BAM 23 HD 856/698, 17.05.2018 ve Ankara BAM 27 HD 820/601, 29.05.2018.

116 Bkz. n 23.

Sonuç

Hakem kararlarının yerel mahkemeler tarafından denetlenmesi sonucunu doğuran iptal davası günümüz tahkim mevzuatında hakem kararlarına karşı başvurulabilecek tek kanun yolu olarak düzenlenmiştir. Böylece yerel mahkemelerin tahkime müdahalesi sınırlandırılmaktadır. Hiçbir müdahalenin söz konusu olmadığı bir tahkim yargılamasında verilebilecek adaletsiz ve keyfi hakem kararlarının icra edilmesinin doğurabileceği hukuki riskler karşısında, sınırlandırılmış bir müdahalenin, Türkiye’de tahkime güveni artırmaya hizmet edeceği açıktır. Bu sebeple sınırlı ve istisnai nitelik taşıması gereken iptal davalarında, uygulanacak usul ve iptal sebeplerinin yorumlanması konusunda bazı değişiklikler yapılabileceği düşüncesindeyiz.

İptal davasında izlenen usul bakımından en acil değişiklik uygulamada sıklıkla başvuru duruşmalı yargılamayı, dosya üzerinden incelenmeye dönüştürmek. Böylece mevzuatla uygulama arasında bir uyum sağlanacak, istisnai haller dışında duruşmalı yargılama yapılmayacağı için tahkim yargılamasından beklenen hızın önü kesilmeyecektir. Ayrıca böyle bir uygulama, tahkim yargılaması aleyhine sonuçlanan tarafın, sadece kararın icrasını durdurarak zaman kazanmak için kötüniyetli olarak açacağı iptal davalarının da azalmasına sebep olacaktır.

İptal davası sonucunda yerel mahkemenin kısmi iptal kararı vermesi durumunda, hakem kararının kabul edilen kısmı için icra edilebilirlik belgesi alınırken iptal edilen kısım için iptal sebebine bağlı olarak yeniden tahkim yargılamasına başvurulacak ya da yerel mahkemede dava açılacaktır. Aynı anda birden fazla iptal sebebine dayanılarak hakem kararı iptal edildiyse ve bu sebeplerden biri yerel mahkemeye diğeri ise yeniden hakem yargılamasına başvuru gerekliliğini öngörüyorsa, yerel mahkeme yargısına başvurmak daha doğru olacaktır. Aksi takdirde, verilecek yeni hakem kararının da, kararın tahkim süresi içerisinde verilememesi sebebi hariç, aynı sebeplerle iptal edileceği açıktır.

İptal sebepleri konusunda ise MTK’daki düzenleme çoğunlukla UNCITRAL Model Kanunu esas alınarak hazırlanmış, sadece birkaç noktada İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu dikkate alınmıştır. Ancak MTK’daki iptal sebepleri ile, UNCITRAL Model Kanunu’ndaki iptal sebeplerinin birebir örtüştüğü söylenemez. Örneğin UNCITRAL Model Kanunu’nda “usule aykırılık” bir iptal sebebi olarak düzenlenirken MTK’da söz konusu iptal sebebine bir ek kriter getirilmiştir. MTK’daki düzenlemeye göre usule aykırılık ancak “kararın esasına etkili” ise bir iptal sebebi oluşturacaktır. Bu ek kriterin, uygulamada daha az hakem kararının iptal edilmesini sağlayacağından, iptal davasının sınırlı ve istisnai olma özelliğine hizmet edeceği ve bu nedenle yerinde olduğu düşüncesindeyiz. Benzer şekilde, UNCITRAL Model Kanunu’nda yer alan bazı iptal sebepleri de MTK’daki muadillerine nazaran yerel mahkemenin müdahale alanını daha fazla daraltan bir etkiye sahiptir. Aynı etkinin sağlanabilmesi için, MTK’da yer alan “ tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi”

iptal sebebinin hükümden çıkarılarak onun yerine daha dar bir uygulama alanı sunan “hakem kararının iptalini talep eden tarafın, hakem seçimi veya tahkim yargılaması konusunda usule uygun tebligat yapılmaması ya da başka bir şekilde davasını ileri sürememesi” iptal sebebinin hükme eklenmesi yerinde olacaktır.

Ayrıca “kamu düzenine aykırılık” iptal sebebinin, “kamu düzenine açıkça aykırılık” şeklinde değiştirilerek yine iptal davasının istisnailiğinin vurgulanması yerinde olacaktır. “Kararın tahkim süresi içerisinde verilmemesi” yönünde UNCITRAL Model Kanunu’nda yer almayan iptal sebebinin ise mevcut düzenlemeden kaldırılarak, bu durumun “usule aykırılık” kapsamında değerlendirilmesi ve böylece aşılın sürenin ancak uyumsuzluğun esasına etkili olması durumunda bir iptal sebebi olarak dikkate alınması gerektiği düşüncesindeyiz.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

- Akıncı Z, “Milletlerarası Tahkim ve Kesin Hüküm Yetkisi”, in Vahit Doğan, Lale Ayhan İzmirli and Alper Çağrı Yılmaz (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2019, 437-448
- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim*, (5th edn, Vedat 2020)
- Aslan I, *Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda Hakem Kararlarının İptali*, Doğu Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2012
- Ataman Figanmeşe İ, “Hakem Kararlarının İptali Kararlarına Karşı İstinaf Yoluna Başvurmadan Doğrudan Temyiz Yoluna Başvurulup Başvurulamayacağı Sorunu ve Soruna İlişkin Güncel Gelişmeler (İptal Davası)” (2017) 37 (2) MHB,
- Aygün M, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarına Karşı İptal Yolu” (2007) 3 (8) Medeni Usul Hukuku ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 661-695
- Bermann GA, “Private International Law in International Arbitration” in Franco Ferrari and Diego P. Fernandez Arroyo (eds) *Private International Law –Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, (Edward Elgar 2019) 464-483
- Bermann GA, “The “Gateway” Problem in International Commercial Arbitration”, (2012) 37 Yale Journal of International Law, 1, 1-50
- Binder P, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, (3rd edn, Sweet & Maxwell 2010)
- Budak AC, “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Tahkim Hükümleri”, (2012) 1 (1), Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, 31-60
- Çakrak R, “Kompetenz-Kompetenz Prensibi” (2017) 8 (31) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 658-669.

- Çelikel Aysel and Erdem B. Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (15th edn, Beta 2017)
- Dayınlarlı K, *Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları*, (2nd edn, Dayınlarlı, 2011)
- Demir Gökyayla C, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni*, (Seçkin 2001)
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (6th edn, Savaş 2020)
- Doğan V, *Milletlerarası Ticaret Hukuku (Ticaret)*, (Savaş, 2020)
- Doğan V, Tahkime Elverişlilik Bağlamında Yabancı Unsur, *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu (Tahkime Elverişlilik)*, in Vahit Doğan, Lale Ayhan İzmirli and Alper Çağrı Yılmaz (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2019, 449-458
- Ekşi N, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, (2003) 1-2 (23) MHB, 295-338
- Ekşi N, “Yargıtay Kararlarında Milletlerarası Tahkim Kanununun Zaman İtibarıyla Uygulanması”, (2010) 2 Beta (Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan) 1373-1388
- Ekşi Nuray, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim*, (Beta 2013)
- Erdem BB and Giray FK, “Grounds for Annulment of Arbitration Awards in the Turkish International Arbitration Act- A Look at the Judgements of the Turkish Court of Appeal, Eppur si muove: The Age of Uniform Law,” (2016) 1, International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) Essays in honour of Michael Joachim Bonell
- Erdem BB, “İptal Davalarında Kamu Düzenine Aykırılık”, (2014) ICC Türkiye XI. Milletlerarası Tahkim Semineri
- Erkan M, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, (Yetkin, 2013)
- Ersen Perçin Gizem, “Gereksiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni Engeli (Gerekeç)”, (2015) 1 (1) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61-86
- Esen E, “Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı”, (2003) 23 (1-2) MHB (Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan).
- Esen Emre, “Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensipleri”, (2011) 1, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan), 355-380
- Esen E, *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*, (Beta 2008)
- Gedik B *Milletlerarası Hakem Kararlarının İptal Edilme Nedenlerinden Tahkim Anlaşmasının Geçersiz Olması*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019
- Huysal B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, (Vedat, 2010)
- Kalafatoğlu MP, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası Açma Hakkından Feragat”, (2018) 38 (2) MHB, 339-368
- Kalpsüz T, “Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda ICC Tahkim Kaideleri ile IPL’den Esinlenen Hükümler”, Milletlerarası Tahkim Semineri, Vedat 2003, 16-34
- Kalpsüz T, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*, (Yetkin 2010)
- Koluman E, *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarına İlişkin Hakem Kararlarının İptali*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018
- Nomer E, Öztekin Gelgel G and Ekşi N, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, (4th edn, Beta 2013)
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku*, (22nd edn, Beta 2017)

- Özbay İ, “Yargıtay’ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK m.439 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması”, (2014) 16 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (Hakan Pekcanitez’e Armağan) 779-811
- Özdemir Kocasakal H, “Tahkim Şartı ile İlgili İptal Sebepleri”, (2014) ICC Türkiye XI. Milletlerarası Tahkim Semineri
- Özel S, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, (Legal 2008)
- Özsunay E, “Uluslararası Ticari Tahkimde Hakem Kararı” in Ergun Özsunay, Nazan Candaner Elver and R. Murat Özsunay (eds) *Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklarda Kurumsal Tahkimin Güncel Sorunları*, İstanbul Ticaret Odası 2004, 179-186
- Öztekin Gelgel G, “Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanı ve Getirmiş Olduğu Önemli Yenilikler”, *Bilgi Toplumunda Hukuk*, (2003) 2 Beta (Ünal Tekinalp’e Armağan) 1081-1093
- Pekcanitez H, Atalay O and Özkes M, *Medeni Usul Hukuku*, (7th edn, On İki Levha 2019)
- Sargın F, “Milletlerarası Tahkim Kanunu’na Göre Hakem Kararlarının Kısmi İptali İmkanı”, (2015) 31 (2) BATİDER, 39-96
- Süral C, “Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası”, (2014) 16 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan) 1377- 1411
- Şanlı C and Esen E and Ataman- Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (7th edn, Vedat 2019)
- Şanlı C, “4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun Yürürlük Tarihinden Evvel Yapılmış Sözleşmelerden Doğan Tahkimlere Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu” (2003) 23 (1-2) MHB 687-712
- Şanlı C, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1986)
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (6th edn, Beta 2016)
- Tanrıbilir FB and Şit B, “Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu”, (2002) 22 (2) MHB (Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan) 819-837
- Tiryakioğlu B, “Milletlerarası Tahkim Kanunu’na Göre Hakem Kararlarının İptali” in Vahit Doğan, Lale Ayhan İzmirli and Alper Çağrı Yılmaz (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2019, 301-317
- Tuna Ekin, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda İptal Davası*, (Adalet 2016)
- Töre N, “Tahkim Yargılamasında Kompeteniz- Kompeteniz Prensibi” (2019) 6 (11) Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, 208-216
- Tweeddale A and Tweeddale K, *Arbitration of Commercial Disputes*, (Oxford 2007)
- Walsh TW, “Substantive Review of ICSID Awards: Is the Desire for Accuracy Sufficient to Compromise Finality?”, (2006) 2 (24) Berkeley Journal of International Law, 444-462
- Yeşilirmak A, *ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması*, (On İki Levha 2017)
- Yeşilirmak A, *Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem- Bilirkişilik ve Tahkim: Sorular ve Çözüm Önerileri*, (On İki Levha 2011)
- Yıldırım F, “Tahkimde İptal Davası ve İptal Davasının Amaçları Bakımından Bazı Değerlendirmeler” (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, 3005-3024

Uluslararası Hukukta İnternet ve Sosyal Medyanın Terörist Amaçlarla Kullanılmasına Karşı Mücadele ve Çözüm Önerileri

Combating Terrorist Use of the Internet and Social Media: Recommended Solutions within the Scope of International Law

Cüneyt Yüksel^{*} 

Öz

Terörizmle mücadele son yıllarda uluslararası toplumun en önemli meselelerinden biri haline gelmiştir. İnternet ve sosyal medyanın imkânlarından faydalanan terörist gruplar internet ve sosyal medyayı kendi komuta, kontrol ve iletişim koordinasyonlarını sağlamak amacıyla kullanmaya başlamışlardır. Terörist gruplar internet ve sosyal medyayı örgütlenmenin yanı sıra kamuya hitap eden bir söylem şekillendirmek ve potansiyel üyeler çekmek amacıyla da kullanmaktadır. Uluslararası toplum, bilhassa Birleşmiş Milletler (BM), Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği'nin (AB) öncülüğünde, internet ve sosyal medyanın terörist amaçlarla kullanılması meselesine yönelik çözümler geliştirebilmek için çeşitli hukuki enstrümanlar ortaya koymuştur. Ancak internetin ve sosyal medyanın kendine has özelliklerinden dolayı bu alana ilişkin düzenlemeler yapmak belli zorluklar arz etmektedir. Başta ifade özgürlüğü hakkı olmak üzere kişisel haklar ile bir denge bulmak bu zorlukların başında gelmektedir. Nitekim söz konusu meseleye ilişkin tartışmaların önemli bir kısmı terörist amaçlı içerikle mücadele ile ifade özgürlüğü arasındaki doğru dengeyi bulmak noktasındadır. Bu makalede, devletlerin internet ve sosyal medyadaki terörist içerikle mücadele etme yükümlülüğü, ayrıca bu yükümlülükle beraber insan haklarına saygı duyma ve insan haklarını koruma yükümlülüğü arasındaki sınır ele alınmaktadır. Makalede ilk olarak, terörist propagandanın internet ve sosyal medya üzerinden yaygınlaştırılması olgusu özellikle vurgulanmış, terörist grupların interneti ve bilhassa sosyal medyayı kullanma yolları temel kavramlar açıklanarak değerlendirilmiştir. Daha sonra, internet ve sosyal medya üzerinden terörist içeriğin yayılmasına ilişkin mevcut uluslararası düzenlemeler ve kararlar incelenmiştir. Son olarak, internet ve sosyal medyadaki terörist içerikle mücadelede dikkat edilmesi gereken hususlar ve çözüm önerileri belirtilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası hukuk, internet ve sosyal medya, uluslararası insan hakları hukuku, ifade özgürlüğü, siber terörizm

Abstract

Combating terrorism has become a critical international issue. Terrorist groups now benefit from the opportunities offered by the Internet and social media, utilizing online resources to command, control, and communicate with their networks, and to shape their narratives in ways that speak to public concerns and attract new recruits. Thus far, the international community has developed legal instruments that offer solutions to the problem of Internet and social media use by terrorist groups. Such efforts are being led by the United Nations (UN), the European Council, and the European Union (EU). However, the creation of legal regulations faces difficulties due to the rapid development of novel Internet and social media features. Finding a fair balance between regulations and the protection of individual rights, and in particular, freedom of expression, is difficult. Therefore, most of the debate revolving around this issue centers on finding a balance between the imperative to combat terrorist use of the Internet and social media and the protection of freedom of expression. This article discusses the boundary between state responsibility to combat terrorist content online and the obligation to respect and protect human rights. The article begins by emphasizing the reality of the proliferation of terrorist propaganda online and then expounds the main concepts relating to terrorist group use of the Internet and social media. International regulations

* Sorumlu Yazar: Cüneyt Yüksel (Prof. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: cuneyt.yuksel@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-8580-6967

Atf: Yüksel C, "Uluslararası Hukukta İnternet ve Sosyal Medyanın Terörist Amaçlarla Kullanılmasına Karşı Mücadele ve Çözüm Önerileri" (2020) 40(2) PPIL 1089. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.819003>

and the decisions of international legal bodies pertaining to the proliferation of terrorist content online are then examined. In conclusion, critical issues and solutions offered to combat terrorist use of the Internet and social media are propounded.

Keywords

International law, Internet and social media, international human rights law, freedom of expression, cyberterrorism

Extended Summary

Terrorism is now a transnational phenomenon that has increasingly become a globalized issue. Because of this, states can no longer combat this problem alone, and multilateral state cooperation and cooperation between states and non-state actors is required. This fact undoubtedly applies to online terrorist activities. Therefore, it is of utmost importance that civil society and IT companies are involved in the global effort to combat the rise of terrorist activities on the Internet and social media. The fight against terrorism through the Internet and social media has, therefore, become a critical issue for the entire international community, including international law. The concept of cyberterrorism has gained considerable importance as terrorist activities can now easily be conducted, supported, and organized directly through social media and the Internet. Terrorist groups have begun to benefit from the possibilities offered by the Internet and social media, utilizing those resources to command, control, and communicate with their networks, and to shape their narratives in ways that speak to public concerns and attract new recruits.

The Draft Report prepared by the United Nations (UN) Office on Drugs and Crime and the UN Counter-Terrorism Implementation Task Force accepts cyberattacks, dissemination of information such as propaganda, and incitement as terrorist activities. The international community has so far created certain international law instruments to develop solutions to the problem of the use of the Internet and social media by terrorist groups. These efforts are being led by the UN, the European Council, and the European Union (EU). This article examines UN Resolutions related to cyberterrorism and regulations set forth regarding the use of the Internet and social media for terrorist purposes. It also scrutinizes the provisions of the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism and the Convention on Cybercrime. However, the development of legal regulations faces difficulties due to the novel features of the Internet and social media. It should be emphasized that a free and open Internet reflects free and open society based on liberal democratic values. Undoubtedly, the right to freedom of expression is of paramount importance in any democratic society, and any restrictions on exercising this right must be subject to a robust justification test. Finding a fair balance between regulations and the protection of individual rights, in this case, the freedom of expression, is particularly difficult. Therefore, most debate revolves around finding the right balance between

the imperative to combat terrorist use of the Internet and social media and the protection of freedom of expression. As the Internet and social media have become indispensable to society, these platforms should be considered as another sphere in which the fight against terrorism will continue. As former UN Secretary-General Ban Ki Moon stated, “The Internet is a prime example of how terrorists can behave in a truly transnational way; in response, states need to think and function in an equally transnational manner.”

This article discusses the boundary between state responsibility to combat online terrorist content and the obligation to respect and protect human rights within the context of international law. It will first emphasize the reality of the proliferation of terrorist propaganda through the Internet and social media and then explain the main concepts of Internet and social media use by terrorist groups. The paper will then examine the international law regulations and decisions of various international legal bodies pertaining to the proliferation of terrorist content through the Internet and social media. In conclusion, it will explain the critical issues and solutions offered to combat the use of the Internet and social media for terrorist purposes.

Uluslararası Hukukta İnternet ve Sosyal Medyanın Terörist Amaçlarla Kullanılmasına Karşı Mücadele ve Çözüm Önerileri

1. Giriş

İnternet ve sosyal medya, günümüzde fikirlerin ifade edilmesi ve paylaşımı için en önemli kitlesel iletişim araçları hâline gelmiştir. Bireyler çoğunlukla ana akım medya organlarında görünür olma şansına sahip değilken internet ve sosyal medya herkes için düşük maliyetli ve hızlı bir şekilde küresel çapta erişime imkân veren bir platform sunmaktadır.¹ Başta gençler olmak üzere birçok insan dünyadaki gelişmelere ve haberlere internetten, özellikle akıllı telefonların yaygınlaşmasıyla birlikte bu aygıtlarda yer alan haberleşme, sosyal medya uygulamaları ve bloglardan ulaşmaktadır. Öte yandan, internet aynı zamanda şiddet içeren aşırılıkçı fikirler ve yanlış propaganda için tehlikeli bir alan da oluşturabilmektedir.

İnternet ve sosyal medyanın imkânlarından faydalanan terörist gruplar internet ve sosyal medyayı kendi komuta, kontrol ve iletişim koordinasyonlarını sağlamak amacıyla kullanmaya başlamışlardır.² Terörist gruplar internet ve sosyal medyayı örgütlenmenin yanı sıra kamuya hitap eden bir söylem şekillendirmek ve potansiyel üyeler çekmek amacıyla da kullanmaktadır.³ Nitekim bu konuya ilişkin yayımlanan bir raporda, internet üzerinden yapılan terörist faaliyetlerin yüzde 90'ının sosyal medya araçları kullanılarak gerçekleştirildiğine dikkat çekilmiştir.⁴ Son yıllarda yaşanan terör saldırıları hepimizin, çoğu zaman faillerinin internet ve sosyal medya üzerinden radikalleştiği ve en acımasız yolların kullanılmasıyla sıradan vatandaşların terör saldırıları düzenlemeleri için kışkırtıldığı yeni bir eğilim ile karşı karşıya olduğumuzu gözler önüne sermektedir. Dolayısıyla, internet ve sosyal medya terörist gruplar tarafından propagandalarını yaymak ve insanları radikalleştirmek için kullanılmaktadır.

Öte yandan, günümüzde terörizm artık tek bir ülke ölçeğinde sınırlı kalan bir olgu değildir. Dolayısıyla, söz konusu terör eylemlerinde öldürülen ve yaralananlar dünyanın farklı coğrafyalarında yaşayan insanlardır. Dünyanın herhangi bir bölgesinde şiddeti benimseyen aşırılıkçı faaliyetler çeşitli biçimler alabilmekte ve Londra'daki bir bıçaklı saldırıdan Nice'te bir kamyonun sivilin üzerine sürülmesine ve Christchurch'te bir camiye yapılan silahlı saldırıya kadar farklı eylemlerle kendini gösterebilmektedir. Terörizmin sınır aşan bir nitelik kazanmasının yanı sıra gözlemlenen bir diğer olgu da artık devletlerin terörle mücadelede tek başlarına başarılı olamayacaklarının anlaşılmasıdır. Sivil toplum ve bilişim şirketleri gibi özel sektör ile ilgili paydaşların

1 Daragh Murray, 'Freedom of Expression, Counter-Terrorism and the Internet in Light of the UK Terrorist Act 2006 and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights' (2009) 27(3) Netherlands Quarterly of Human Rights 331,352.

2 OSCE, OSCE Online Expert Forum Series on Terrorist Use of the Internet: Threats, Responses and Potential Future Endeavours (Final Report, 2013) 8.

3 Bkz <http://soufangroup.com/news/details/?Article_Id=272> Erişim Tarihi 10 Şubat 2020.

4 Bkz. Gabriel Weimann, 'Al Qaeda Has Sent You A Friend Request: Terrorists Using Online Social Networking' (2011).

bu mücadeleye dahil edilmesi hayati öneme sahiptir. Nitekim 2017’de Facebook, Microsoft, Twitter ve YouTube gibi bilişim devlerinin bir araya gelerek kurdukları Global Internet Forum to Counter Terrorism (GIFCT) bunun iyi bir örneğidir. GIFCT teröristlerin ve şiddet yanlısı aşırılıkçıların dijital platformları istismar etmesini engellemeyi, böylece internet ve sosyal medya kullanıcılarının terörist amaçlı içerikten korumayı hedeflemektedir.⁵

Uluslararası toplumun internetin ve sosyal medyanın terörist amaçlar için kullanılmasına karşı mücadele etme zorunluluğu doğmuştur. Bu mücadele tek bir ülkeyle, tek bir toplulukla ya da tek bir ideolojiyle ilgili değildir. Bu temel insani değerlerle ilgili bir mücadeledir. Bu zamana kadar terörle mücadeleye dair ortaya konan uluslararası girişimler, terörist eylemlerin yanı sıra terörist eylemlerin gerçekleştirilmesi için kamuya dönük olarak yapılan provokasyon faaliyetlerinin de engellenmesini hedeflemiştir.⁶ Eylül 2006’da kabul edilen Küresel Terörizmle Mücadele Stratejisi’nde, Birleşmiş Milletler (BM) üyesi devletler “terörizmin her türüyle ve internet üzerinden yürütülen terörist faaliyetlerle mücadele etmek için uluslararası ve bölgesel düzeydeki girişimleri koordine etme”, “devletlerin bu bağlamda yardıma ihtiyaç duyabileceğini kabul ederek, interneti terörizmin yayılmasına karşı çıkmak için bir araç olarak kullanma” ve bunu “kişilerin mahremiyetine ve insan haklarına saygı gösterip uluslararası hukuk kapsamındaki diğer yükümlülüklerle uyarak yapma” konusunda taahhütte bulunmuşlardır.⁷ BM Güvenlik Konseyi ise “özellikle internet başta olmak üzere yeni bilgi ve iletişim teknolojilerinin teröristler ve destekçileri tarafından gençliğin terörist eylemlerde bulunmaları üzere saflara katılması ve tahrik edilmesi, ayrıca terör eylemlerine yönelik finansman sağlanması, planlama ve hazırlık amacıyla giderek daha fazla kullanılmaya başlandığı” hususlarına vurgu yapmıştır.⁸ Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği (AB) de benzer kaygıları dile getirmiş ve çeşitli girişimlerde bulunmuştur.

Bu makalede, devletlerin internet ve sosyal medyadaki terörist içerikle mücadele etme yükümlülüğü, ayrıca bu yükümlülükle beraber insan haklarına saygı duyma ve insan haklarını koruma yükümlülüğü arasındaki sınır ele alınmaktadır. Makalede ilk olarak, terörist propagandanın internet ve sosyal medya üzerinden yaygınlaştırılması olgusu özellikle vurgulanmış, terörist grupların interneti ve bilhassa sosyal medyayı kullanma yolları temel kavramlar açıklanarak değerlendirilmiştir. Daha sonra, internet ve sosyal medya üzerinden terörist içeriğin yayılmasına ilişkin mevcut uluslararası düzenlemeler ve kararlar incelenmiştir. Son olarak, internet ve sosyal medyadaki

5 <<https://www.gifct.org>> Erişim Tarihi 30 Ocak 2020.

6 Bibi van Ginkel, ‘Incitement to Terrorism: A Matter of Prevention or Repression?’ (2011) ICCT Research Paper, 1 <<https://www.icct.nl/download/file/ICCT-Van-Ginkel-Incitement-To-Terrorism-August-2011.pdf>> Erişim Tarihi 20 Ocak 2020.

7 Bkz <<https://www.un.org/sc/ctc/resources/general-assembly/un-global-counter-terrorism-strategy/>> Erişim Tarihi 14 Ocak 2020.

8 Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı (9 December 2015) S/RES/2250.

terörist içerikle mücadelede dikkat edilmesi gereken hususlar ve çözüm önerileri belirtilmektedir.

2. İnternet ve Sosyal Medyanın Terörist Amaçlarla Kullanılması

2.1. Genel Olarak Terörizm Kavramı

Terörizm, Latince “bilinmeyen ve öngörülemeyen bir tehlike karşısında duyulan aşırı korku ve endişe, dehşet anlamına gelen ‘terror’ kelimesinden türemiştir.”⁹ “Terörizm” ve “terörist eylem” kavramları hususunda uluslararası çapta üzerinde uzlaşa sağlanmış herhangi bir hukuki tanım yoktur.¹⁰ Bugüne kadar terörizm faaliyetlerine ilişkin birçok spesifik uluslararası sözleşme¹¹ yapılmış olsa da bu sözleşmeler uluslararası hukukta genelgeçer bir terörizm tanımının tesis edilmesini sağlayamamıştır. Öte yandan, bu şekilde genelgeçer bir tanım yapmanın gerekliliğini hisseden uluslararası toplum tarih içerisinde bazı önemli girişimlerde bulunmuştur. Bu bakımdan en kayda değer girişim, Milletler Cemiyeti bünyesinde yapılan 1937 tarihli Terörizmin (Tedhişçiliğin) Önlenmesi ve Cezalandırılmasına ilişkin Sözleşme’dir. Sözleşme, terörizmi “bir devlete yönlendirilen ve belli kişilerin ya da kişi gruplarının veya genel kamuoyunun zihninde terör hâli yaratması hedeflenen ya da hesaplanan suç eylemleri” olarak tanımlamıştır.¹² Ancak bu Sözleşme hiçbir zaman yürürlüğe giremediği için bu tanım bağlayıcı hukuki bir kavramsal çerçeve yaratamamıştır.

Doktrinde ise özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısında, terörizm kavramının en azından bazı temel unsurları hususunda bir uzlaşa ortaya çıkmıştır.¹³ Buna göre; bir şiddet eyleminin varlığı, eylemin önceden yapılmış bir plân dahilinde gerçekleştirilmesi, tedhiş ve dehşet yaratmanın amaçlanması, hükümetten veya genel kamuoyundan bir tavizin koparılması saikinin olması bir terör eyleminin ayırıcı özellikleridir.¹⁴ Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan 1977 tarihli Terörizmin Ortadan Kaldırılmasına ilişkin Strasbourg Sözleşmesi’nde listelenen terör suçları incelendiğinde de bu özelliklere sahip eylemlerin varlığı görülebilecektir.¹⁵

9 Emre Öktem, ‘Uluslararası Hukukta Terörizm’ (2004) 5 İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi 133,133.

10 Bkz. Rianne Letschert, Ines Staiger and Antony Pemberton, *Assisting Victims of Terrorism: Towards a European Standard of Justice* (Springer 2009) 8; Öktem (n 9) 136-137.

11 Bkz. UN, ‘International Instruments related to the Prevention and Suppression of International Terrorism’ (2008) <https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Int_Instruments_Prevention_and_Suppression_Int_Terrorism/Publication_-_English_-_08-25503_text.pdf> Erişim Tarihi 14 February 2020.

12 Terörizmin (Tedhişçiliğin) Önlenmesi ve Cezalandırılmasına ilişkin Sözleşme (1937) m 1(2).

13 Antonio Cassese, *Terrorism, Politics and Law: The Achille Lauro Affair* (Princeton University Press 1989) 5; Oscar Schachter, ‘The Lawful Use of Force by a State Against Terrorists in Another Country’ in Henry Han (ed), *Terrorism & Political Violence: Limits & Possibilities of Legal Control* (Oceana Publications 1993) 243.

14 Öktem (n 9) 138-139.

15 Terörizmin Ortadan Kaldırılmasına ilişkin Strasbourg Sözleşmesi (1977) m. 1.

Bu makalede ise Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından 1999 yılında verilen 1426 sayılı tavsiye kararında yapılan tanım benimsenecektir. Buna göre, terör eylemi “kişiler veya gruplar tarafından bir ülkedeki kurumlara, genel nüfusa veya vatandaşlara karşı şiddete başvurarak veya şiddet kullanma tehdidinde bulunarak bölücü amaçlar, aşırı uç ideolojik kavramlaştırmalar, fanatizm veya irrasyonel ve öznel unsurlarla harekete geçen kişiler veya gruplar tarafından işlenen ve resmi yetkililer, toplumdaki belli kişiler veya gruplar ya da genel halk arasında bir terör ortamı oluşturmayı hedefleyen herhangi bir suç” olarak tanımlanmaktadır.¹⁶

2.2. Terörizmin İnternet ve Sosyal Medyaya Taşınması

“İnternet ve sosyal medyanın terörist amaçlarla kullanımı” ifadesi çeşitli terörist faaliyetlere atıfta bulunmak için kullanılabilir. Terörizm kavramının tanımı konusunda olduğu gibi, internet ve sosyal medyanın terörist amaçlarla kullanımı ile ilişkili kavramların tanımlarında da tam bir fikir birliği mevcut değildir. “Siber terörizm” bugün doktrinde oldukça yaygın olarak kullanılan bir kavramdır.¹⁷ Doktrinde yapılan bir tanımda siber terörizm şöyle ifade edilmiştir: “Siber terörizm, ulusalaltı gruplar veya gizli ajanlar tarafından bilgi ve bilgisayar sistemlerine, bilgisayar programlarına ve verilere karşı yapılan ve muharip olmayan hedeflere karşı şiddete neden olan, önceden tasarlanmış ve siyasi gerekçeli saldırılardır.”¹⁸ Bazı yazarlar ise siber terörizm kavramını bilgisayarların dahil olduğu tüm terörist faaliyetleri kapsayacak şekilde geniş bir anlamda kullanırken, başkaca yazarlar sadece “dijital yollarla ve dijital hedeflere yönelik saldırılar” ile sınırlı dar bir tanımlı tercih etmektedir.¹⁹ Bizler ise bu kavramı geniş anlamda kullanmayı tercih etmekteyiz.

2.3. İnternet ve Sosyal Medyanın Terörist Amaçlarla Kullanılma Çeşitleri

İnternetin terörist amaçlarla kullanımı kapsamında BM Uyuşturucu ve Suç Ofisi ve BM Terörle Mücadele Uygulama Görev Gücü tarafından taslağı hazırlanan raporlarda tanımlanmış olan farklı terörist faaliyetler vardır.²⁰ BM Uyuşturucu ve Suç Ofisi bu faaliyetleri altı gruba ayırmaktadır: Propaganda, finansman, eğitim, planlama, yürütme ve siber saldırılar. Bizler ise makalenin amaçlarına uygun olarak bu faaliyetleri üç ana kategoride ele almaktayız: Siber saldırılar, içerik yayma faaliyetleri ve diğer hedeflere yönelik faaliyetler (örneğin, terörist eylemlere hazırlık faaliyetleri).

16 Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, (Tavsiye Kararı 1426 1999), para 5, <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16752&lang=en>> Erişim Tarihi 15 Ocak 2020.

17 Thomas M Chen, Lee Jarvis and Stuart Macdonald, *Cyberterrorism: Understanding, Assessment and Response* (Springer 2014) 25.

18 Mark M Pollitt, ‘Cyberterrorism: Fact or Fancy?’ (1998) 1998(2) *Computer Fraud and Security* 8,8–10; Dorothy Denning, ‘Activism, Hacktivism and Cyberterrorism: The Internet as a Tool for Influencing Foreign Policy’ <<http://www.nautilus.org/info-policy/workshop/papers/denning.html>> Erişim Tarihi 14 Şubat 2020.

19 Chen, Jarvis ve Macdonald (n 17) 25-26.

20 Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi, ‘The Use of The Internet For Terrorist Purposes’ (İnternetin terörist amaçlarla kullanımı) (2011); Birleşmiş Milletler Terörle Mücadele Uygulama Görev Gücü, ‘Countering the Use of the Internet for Terrorist Purposes’ (İnternetin Terör Amaçlı Kullanımıyla Mücadele) (2009).

2.3.1. Siber Saldırıları

Siber saldırılar bilgisayar ağları ve bilgi altyapıları yoluyla veya bunlara karşı gerçekleştirilen terörist saldırılardır.²¹ Bu saldırılar genellikle bilgisayar sistemlerini, sunucuları veya bunların temelini oluşturan altyapıların işleyişini engellemeyi hedeflemektedir²² ve “bilgisayar korsanlığı yapma, mağdurları dolandırma veya virüs ve solucan yazılımlar yayma” şekillerinde de yapılabilmektedir.²³

2.3.2. İçerik Yayma Faaliyetleri

İçerik yayma faaliyetleri propaganda, suç işlemeye tahrik, suç övme, örgüte üye kazandırma, eğitim ve finansman sağlama şeklinde alt başlıklar çerçevesinde incelenecektir.

Propaganda: Propaganda internetin ve sosyal medyanın terörist amaçla kullanımına ilişkin en önemli faaliyetlerden biridir. Bu faaliyetin önemi doktrinde şu şekilde belirtilmiştir: “Terörizm sadece şiddet açısından değil, öncelikli olarak propaganda açısından ele alınmalıdır.”²⁴ İnternet ve sosyal medya terörizm eylemlerinin yasadışı bir şekilde övülmesi veya suç işlemeye tahrik edilmesine yol açabilecek içerikleri kullanma imkanını sunmaktadır. Dolayısıyla, internet ve sosyal medyanın terörist propagandanın yayılması için kullanımı esasında terörizmin övülmesi ve suç işlemeye tahrik edilmesini de kapsar. Propaganda faaliyetlerinin bizzat kendisi yasaklanamayacak olsa da propagandanın terörizm suçunu işlemeye tahrik için kullanılması hukuka aykırıdır. Dolayısıyla, sadece propaganda ile terörizm eylemlerinin işlenmesini tahrik amaçlı içeriğin yayılması arasındaki ayrım iyi kavranmalıdır.²⁵ Ayrıca, terörist propagandayla mücadele ile bireysel hak ve özgürlüklerin kullanımı arasındaki doğru dengenin bulunması özellikle “terörist suçların propagandasının yapılması, işlenmesini tahrik, övülmesi, meşrulaştırılması, açıklanması ve sadece bildirilmesi arasındaki aşamalı geçişlerden” ötürü oldukça zordur.²⁶

Suç İşlemeye Tahrik: Suç işlemeye tahrik eylemleri esasında terörist faaliyetlerin bir ön aşaması niteliğindedir. Zira bu eylemlerin terörizmin destek bulduğu tabanı ve meşruiyetini genişletmesine katkı sağladığına inanılmaktadır. Tahrik eylemleri bazen şiddet içeren bir aşırılıkçılık noktasına kadar radikalleşmeye yol açabilmektedir. Suç işlemeye tahrik etme ifadesinin kesin bir tanımı olmamakla birlikte uluslararası belgelerde

21 Chen, Jarvis ve Macdonald (n 17) 156; ayrıca bkz. COE, ‘Increasing Co-Operation Against Cyberterrorism and Other Large-Scale Attacks on The Internet’ Resolution 2070 and Recommendation 2077 (2015).

22 Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi (n 20) 11-12.

23 Ulrich Sieber, ‘Instruments of International Law: Against Terrorist Use of the Internet’ in M Wade and A Maljevic (eds), *A War on Terror? The European Stance on a New Threat, Changing Laws and Human Rights Implications* (Springer 2010) 174.

24 Alex P Schmid, ‘Frameworks for Conceptualising Terrorism’ (2004) 16(2) *Terrorism and Political Violence*, 197, 205.

25 Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi (n 20) 6.

26 Sieber (n 23) 185.

ve doktrinde çok çeşitli tanımları bulunmaktadır. Suçun işlenmesine tahrikin tipik bir tanımı şu şekilde yapılmaktadır: “Bir kişinin veya grubun bir başka kişi veya grubu, bunların ikisinin de tanımayan olabileceği üçüncü bir başka kişi veya gruba karşı hukuka aykırı eylemde bulunma konusunda doğrudan tahrik edici davranışlarda bulunması.”²⁷ Bu faaliyetler için kullanılan araçlar basın açıklamaları, sokak gösterileri, siyasi yorumlar, broşürler, radyo ve televizyon yayınları, internet ve sosyal medya olabilmektedir. Bunlar arasında en öne çıkanlardan biri şüphesiz ki internet ve sosyal medyadır.

BM Düşünce ve İfade Özgürlüğü Hakkının Teşvik Edilmesi ve Korunması Özel Sözcüsü, terörizm eylemlerini tahrik suçunun içeriği konusunda şu formülü ileri sürmüştür: “Kasti ve yasadışı olarak yayılan, terörist suçları açıkça desteklesin ya da desteklemesin, bir veya daha fazla benzeri suçun işlenebilmesi tehlikesine yol açan bir terörist suçun işlenmesini tahrik niyetiyle halka mesaj veren suçtur”. Bu formül iki koşulu içermektedir: (a) Bir terörist suçun işlenmesini tahrik niyeti ve (b) sonuç olarak böyle bir suçun işlenebileceği yönünde gerçek bir tehlikenin varlığı. Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi’nin 5. maddesinde de terörizm suçunun işlenmesine alenen tahrik suçu, “terörist suçları doğrudan desteklesin ya da desteklemesin, bir veya daha fazla benzeri suçun işlenebilmesi tehlikesine yol açan bir terörist suçun işlenmesini tahrik niyetiyle bir mesajın yayılması veya başka şekilde kamuya açık hale getirilmesi” olarak tanımlanmaktadır.²⁸ Yine benzer bir şekilde, 2002 tarihli AB Konseyi Terörizmle Mücadele Çerçeve Kararı’nın 3.2 (a) maddesi “bir terör suçunun işlenmesine alenen tahrikin” suç olarak kabul edilmesini sağlamış ve bu suç eylemlerini Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi’nin 5. maddesindeki ifade ile büyük ölçüde örtüşecek şekilde “terörist faaliyetlerle bağlantılı” olarak tanımlamıştır.²⁹

İnternet ve sosyal medyada bir ifadenin yer alması eğer yakın bir şiddet eylemini tahrik etme ihtimali varsa, bu ifadeyi yansıtmak için kullanılan araçlar hukuka aykırı ve demokratik olmayan araçlarsa ve ifadede önerilen herhangi bir değişim talebi temel demokratik ilkelere aykırıysa, bu ifade terör eylemini tahrik suçu kapsamına girebilecektir.³⁰ Nitekim Avrupa Konseyi’nin Teröre ilişkin Uzmanlar Komitesi (CODEXTER), “şiddetin tahrik edilmesini içermedikçe siyasi konuşmalar üzerindeki kısıtlamaların kapsamının çok dar” olduğu sonucuna ulaşmıştır.³¹

Suç Övme: Suç işlemeyi tahrik etme eyleminden daha tartışmalı bir konu ise terörizmin “yüceltilmesi (*apology*)” veya “kamusal teşvikine” ilişkin hukuki

27 David Banisar, ‘Speaking of Terror’ (COE 28-29 Mayıs 2009) < <https://rm.coe.int/168048622f> > Erişim Tarihi 19 Ocak 2020, 20.

28 Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi (2005) m. 5.

29 Avrupa Birliği, ‘EU rules on terrorist offences and related penalties’ (2002) 2002/475/JHA; ayrıca bu kararda 2008 yılında 2008/919/JHA sayılı kararla bazı değişiklikler yapılmıştır; Sieber, (n 23) 188.

30 Murray (n 1) 357.

31 Committee of Experts on Terrorism, ‘Collection of Relevant Case-Law of the European Court of Human Rights Related to ‘Apologie du Terrorisme’ and ‘Incitement to Terrorism’ (Avrupa Konseyi, Strazburg, 4 Haziran 2004) 6.

düzenlemelerin yapılmasıdır. CODEXTER, Terörizmin Önlenmesi Anlaşması'nı oluştururken “teröristlere ve/veya terörist eylemlere övgü, destek veya meşrulaştırmanın halka açık olarak ifadesi” şeklinde tanımladıkları suççu övme kavramına odaklanmıştır. Suçu övme eyleminin çerçevesine ilişkin tartışmalar günümüzde de devam etmektedir. CODEXTER, “bir saldırının failini öven mesajların yayılmasının, mağdurların iftiraya uğramasının, terörist örgütler için finansman çağrılarının veya terörist şiddetin dolaylı provokasyonunu teşvik edebilecek diğer benzer davranışların” suççu övme kapsamında görülebileceği belirtilmiştir.³² Avrupa Konseyi tarafından kullanılan bir tanımda suçun övülmesinin “teröristler ve/veya terörist eylemlere övgü, destek veya meşrulaştırmanın halka açık olarak ifadesi şeklinde anlaşılabilirliği” belirtilmektedir.³³ Aynı şekilde, Uluslararası Adalet Divanı'na (UAD) uzman hukukçulardan oluşan bir panelin sunduğu “Article 19: The Impact of Anti-Terror Laws on Freedom of Expression (Madde 19: Terörle Mücadele Yasalarının İfade Özgürlüğü Üzerindeki Etkisi)” başlıklı belgeye göre, terörizm suçunun övülmesi “terörizme destek, sempati ve hatta terörizme anlayış göstermeyi” de kapsamaktadır.³⁴

Örgüte Üye Kazandırma: Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin 6. maddesinde örgüte üye kazandırma suçunu zikredilmekte ve “bir başka kişiyi terörist bir eylemi işlemeye veya bu eylemin işlenmesine katılmaya yahut bir veya daha fazla suçun bir topluluk ve grup tarafından işlenmesine katkıda bulunmak amacıyla bir topluluğa veya gruba katılmaya teşvik etmek” olarak tanımlanmaktadır.³⁵ Terörist örgütler, bireyleri gizli bir şekilde örgüte üye kazandırma aracı olarak şifre korumalı internet siteleri ve sınırlı erişime sahip internet sohbet grupları gibi platformları giderek daha fazla kullanmaya başlamışlardır. İnternet ve sosyal medya, özellikle kullanıcıların büyük bir bölümünü oluşturan reşit olmayan küçüklerin örgütlere üye olarak kazandırılması için etkili bir ortam teşkil etmektedir. Küçüklerin örgütlere üye olarak kazandırılması amacıyla internet ve sosyal medya yoluyla yayılan propaganda çizgi filmler, popüler müzik videoları veya bilgisayar oyunları biçiminde ortaya çıkabilmektedir.³⁶

Eğitim: Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin 7. maddesinde, “terörizm amaçlı eğitim” suçunu belirtmekte ve “bir terör suçunu icra etmek veya bu suça katkıda bulunmak amacıyla ve niyetiyle; patlayıcıları, ateşli silahları ve diğer silahları veya öldürücü yahut tehlikeli maddeleri yapmayı veya kullanmayı veya diğer özel yöntem ve teknikleri öğretmeyi sağlamak” olarak tanımlanmaktadır.³⁷

32 ibid para 95.

33 OSCE, ‘Background Paper on Human Rights Considerations in Combating Incitement to Terrorism and Related Offences’ (19-20 Ekim 2006) 10.

34 Article 19, ‘The Impact of Anti-Terror Laws on Freedom of Expression’ (Submission to ICI Panel of Eminent Jurists on Terrorism, Counterterrorism and Human Rights, Londra, 2006) 7.

35 Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi (n 29) m. 6.

36 Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi (n 20) 65.

37 Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi (n 29) m. 7.

Finansman Sağlama: Terörist örgütler ve destekçileri, internet ve sosyal medyayı terörizm eylemlerini finanse etmek için kullanabilmekteledir. Teröristlerin internet ve sosyal medyayı finansman ve ekonomik kaynak sağlamak ve toplamak amacıyla doğrudan kaynak talebi, e-ticaret, online ödeme araçlarının kötüye kullanımı ve hayır kurumları gibi yöntemlerle kullandığı görülmektedir.³⁸

2.2.3. Diğer hedeflere yönelik faaliyetler

İnternet ve sosyal medya terörist faaliyetlerin planlanmasıyla ilgili iletişimi desteklemek ve tüm başkaca hazırlık eylemlerini kolaylaştırmak için de kullanılmaktadır. Bir saldırının potansiyel hedefini ve terörist amaca ulaşmanın en etkili yollarını belirlemek için internet ve sosyal medya yoluyla bazı hazırlık adımları atılabilmektedir. Bu hazırlık adımları, tavsiye edilen saldırı yöntemleriyle ilgili talimatların alınmasından önerilen bir hedefle ilgili açık kaynak ve diğer bilgilerin toplanmasına kadar çeşitlilik arz etmektedir.³⁹ Uzmanlar birçok terör vakasına internet ve sosyal medya teknolojisi kullanımının dahil olduğunu belirtmekteledir, zira bir terör eyleminin planlanması genellikle farklı taraflar arasında uzaktan iletişimi gerektirmektedir.⁴⁰

3. Uluslararası Hukuk Kapsamında İnternet ve Sosyal Medyadaki Terörist İçerikle Mücadele Yükümlülüğü

3.1. Birleşmiş Milletler

BM, henüz 1990'larda terörist grupların interneti kullanarak yarattıkları tehdidin farkına varmaya başlamıştır.⁴¹ Özellikle 11 Eylül saldırılarının ardından, BM Güvenlik Konseyi, 28 Eylül 2001 tarihinde üye ülkelere finansman veya destek ve bilgi paylaşımı ile ilgili yasal düzenlemelerin kabul edilmesi dahil olmak üzere terörizmle mücadele etmek için önlemler alma çağrısında bulunan 1373 sayılı Güvenlik Konseyi Kararı'nı onaylamıştır.⁴² Bu kararın 5. maddesi, "bilerek [...] terörist eylemleri tahrik etmenin de Birleşmiş Milletler'in amaçları ve ilkelerine aykırı olduğu" beyanını açıkça ortaya koymaktadır.⁴³ Ayrıca, terörizm eylemlerinin işlenmesine alenen tahrik, 1566 (2004) sayılı BM Güvenlik Konseyi kararına⁴⁴ istinaden kurulan BM Güvenlik Konseyi Çalışma Grubu tarafından "terörizm felaketinin yayılmasına katkıda bulunan hain bir faaliyet" olarak tanımlanmaktadır.⁴⁵

38 Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi (n 20) 7.

39 ibid 10.

40 ibid 8.

41 Bkz. Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı (16 Ocak 1997) A/RES/51/210

42 Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı (2001) S/RES/1373.

43 ibid para 5(3).

44 Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı (8 Ekim 2004) S/RES/1566.

45 UN, 'Report of the Security Council Working Group established pursuant to resolution 1566 (2004)' (2005) UN Doc S/2005/789, para 29.

2005 yılının Eylül ayında, Londra’da gerçekleşen bombalı saldırıların ardından, BM Güvenlik Konseyi ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların kapsamını genişleten 1624 sayılı kararı almıştır.⁴⁶ Bu kararda terör suçunu tahrik edici eylemler ve terör eylemlerini meşrulaştırma veya övme (yüceltme) faaliyetleri kınanmaktadır. Söz konusu kararın 1. maddesinde devletlere terörist eylem veya eylemlerde bulunmanın tahrik edilmesini yasal düzenlemelerle yasaklama ve tahrik edenlere koruma sağlamama çağrısı yapılmaktadır. Nitekim 2006 yılında üye devletler tarafından oybirliğiyle kabul edilen BM Küresel Terörle Mücadele Stratejisi dört temel noktadan oluşmaktadır: “Terörün yayılmasına yol açan koşulların ele alınması”, “devletlerin gerekli ve uygun olabilecek önlemleri benimsemek için çalışması”, “uluslararası hukuk kapsamındaki yükümlülükler uyarınca terör eylemi veya eylemlerinde bulunmanın tahrik edilmesinin yasal düzenlemeler ile yasaklaması” ve “terör eylemlerini engellemeye devam edilmesi” sorumlulukları.⁴⁷ Daha sonra, 2010 yılında BM Genel Kurulu’nun aldığı 65/230 sayılı Karar’la da Küresel Terörle Mücadele Stratejisi’ni tamamlayıcı nitelikte çalışmalar yapmak üzere hükümetler arası bir uzman çalışma grubunun kurulmasına karar verilmiştir.⁴⁸ Ayrıca, 2010 yılında kabul edilen 1963 sayılı BM Güvenlik Konseyi Kararı ile birlikte, terörist grupların yeni iletişim ve bilgi teknolojilerinin kullanımı yoluyla uluslararası barışa ve güvenliğe yönelik ortaya çıkardığı tehlike teyit edilmiş ve terör eylemlerine tahrikin suç olarak kabul edilmesi konusundaki yasal düzenlemelerin uygulanmasını izlemek amacıyla BM Güvenlik Konseyi Terörle Mücadele Komitesi görevlendirilmiştir.⁴⁹

Yabancı terörist savaşçıların teşkil ettiği tehditlerle mücadele için 2014 yılında kabul edilen 2178 sayılı Karar’da üye devletlere “teröristlerin, terör eylemlerine destek sağlamak sesli ve görüntülü iletişim platformları da dahil olmak üzere teknolojiyi, iletişim imkanlarını ve kaynakları kötüye kullanmalarını engellemek amacıyla ulusal ölçekte önlemler alırken işbirliği içinde hareket etmeleri” çağrısı yapılmıştır.⁵⁰ Son olarak belirtmek gerekir ki, benzer bir şekilde, Kuzey Atlantik Andlaşması Örgütü (NATO) da 2011 yılında kabul ettiği Yeni Stratejik Konsept’te siber terör tehlikesine odaklanmıştır.⁵¹

46 Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı (14 Eylül 2005) S/RES/1624.

47 Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı, ‘Birleşmiş Milletler Küresel Terörle Mücadele Stratejisi’ (8 Eylül 2006) A/RES/60/288, para 4.

48 Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı ‘Twelfth United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice’ (21 Aralık 2010) A/RES/65/230 <http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison%20reform/AGMs/General_Assembly_resolution_65-230_E.pdf> Erişim Tarihi 5 Ağustos 2012.

49 Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı (20 Aralık 2010) S/RES/1963.

50 Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı (2014) S/RES/2178.

51 NATO, ‘Lisbon Summit Declaration Issued by the Heads of State and Government Participating in the Meeting of the North Atlantic Council in Lisbon’ (Lizbon, 20 Ekim 2010).

3.2. Avrupa Konseyi

Avrupa Konseyi Üye Devletleri terör eylemlerine karşı yargı yetkileri kapsamında, herkesin temel haklarını korumak için gerekli önlemleri alma amacıyla terörlere mücadele etme pozitif yükümlülüğüne sahiptir.⁵² Bilhassa, Avrupa Konseyi nefret söylemi alanında kuvvetli yasal düzenlemeler yapmıştır. Bu düzenlemelerde yer alan kurallar siber alanda da uygulanmaktadır.⁵³

3.2.1. Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi (2005)

Avrupa Konseyi, 11 Eylül saldırılarının ardından terörlere mücadele mevzuatını gözden geçirmek için bir çalışma grubu oluşturmuş ve Haziran 2007’de yürürlüğe giren Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi’ni Mayıs 2005’te kabul etmiştir. Sözleşme büyük ölçüde terörizm suçunu alenen tahrik, örgüte üye kazandırma ve terörizme eğitim desteği verme konularına odaklanmaktadır. Özel olarak belirtmek gerekirse, Sözleşme’nin 5., 6. ve 7. maddeleri üye devletlere “terör suçunun işlenmesine alenen tahrik”, “örgüte üye kazandırma” ve “terörizm için eğitim” hususlarına sırasıyla suç muamelesi yapma zorunluluğu getirmektedir. Bu zorunluluk kapsamına yazılı materyaller gibi sadece geleneksel yöntemler girmemektedir. Ayrıca, internet ve sosyal medya ile diğer elektronik iletişim sistemleri üzerinden bu eylemlerin işlenmesi de söz konusu bu düzenlemenin kapsamında yer almaktadır.⁵⁴ Sözleşme sadece suçun tahrikini değil aynı zamanda bir terör olayının “işlenebilmesi tehlikesine yol açan alenen tahrik” fiilini de yasaklamaktadır.⁵⁵ Sözleşme, ayrıca, “siyasi içerikli suçların savunulmasını” kapsam dışında bırakmaktadır. Sözleşme’nin 20. maddesi uyarınca, suçluların iadesi ve karşılıklı adli yardımlaşma “sadece siyasi bir suçla veya siyasi nedenlerden esinlenmiş bir suçla bağlantılı bir suçla ilgili olduğu gerekçesine dayanılarak” reddedilemeyecektir.⁵⁶

3.2.2. Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi (2001)

Avrupa Konseyi, 2001 yılında Siber Suçlar Sözleşmesi metnine son şeklini veren Siber Alanda İşlenen Suçlar Bilirkişi Komitesi’ni 1997 yılında kurmuştur. Sözleşme 7 Ocak 2004 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 11 Eylül’den sonra önemli bir terörlere

52 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, ‘İnsan Hakları Ve Terörlere Mücadele Kılavuz İlkeleri’ (804. Toplantı 11 Temmuz 2002), m. 1.

53 Maura Conway, ‘Terrorist Use of the Internet and the Challenges of Governing Cyberspace’ in Myriam Dunn Cavelti, Victor Mauer ve Felisha Krishna-Hensel (eds), *Power and Security in the Information Age: Investigating the Role of the State in Cyberspace* (Ashgate 2007) 107.

54 Sieber (n 23) 187.

55 Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi (n 29) “Terör suçu işlemeye alenen tahrik” konulu 5’inci Maddede şöyle belirtilir: “1. Bu Sözleşmenin amaçları açısından, “bir terör eylemini işlemeye alenen teşvik”, terör suçunun işlenmesini kısırtılmak niyetiyle, böyle bir eylemin dolaylı olsun veya olmasın terör suçlarını savunarak, bir veya birden fazla suçun işlenmesi tehlikesine yol açacak bir mesajın kamuoyuna yayılması veya başka bir şekilde erişilebilir hale getirilmesi anlamına gelir.

56 Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi (n 29) “Her bir Taraf, 1. paragrafta tanımlandığı şekilde, yasadışı olarak ve kasten işlendiği durumlarda, terörizm suçunu işlemeye alenen teşviki ulusal mevzuatı açısından cezai suç olarak ihdas etmek üzere gerekli olabilecek tedbirleri alacaktır.”

mücadele aracı olarak görülmüştür. Sözleşme veri ve sistem arayüzleri ile telif hakkı hileciliği, çocuk pornografisi dağıtımı gibi internet üzerindeki faaliyetlerin suç olarak sayılmasını teklif etmektedir. Sözleşme, aynı zamanda, taraf devletlere yeni teknolojilerin kullanımından doğan sorunlarla mücadele etme konusunda yerel gözetim kabiliyetlerini arttırmaya yönelik yasal düzenlemeler yapma zorunluluğu getirmiştir. Bir başka ifadeyle, terör eylemlerini engellemeyi kolaylaştıran ancak internet ve sosyal medyanın kullanımına ilişkin önemli kısıtlamalar içermeyen teknolojik önlemlerin genişletilmesi çağrısı yapmaktadır. Bu durum, üye devletlerin ifade özgürlüğünün üzerinde derin kısıtlayıcı etkileri olan yasal düzenlemeleri yapmasını meşrulaştırmıştır. Sözleşme'nin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) insan hakları korumasına tabi olmayan ancak Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin tarafı devletlere de açık olması hedeflendiği için bu durum özellikle kayda değerdir.⁵⁷

Siber Suçlar Sözleşmesi'ne ek olarak Yabancı Düşmanlığı ve Nefret Söylemi ile ilgili İhtiyari Protokol de 2002 yılında çıkarılmıştır.⁵⁸ Protokol'de ırkçılığı ve yabancı düşmanlığını ortaya koyan içerikler, soykırımın meşrulaştırılması ve insanlık suçu da dahil olmak üzere internet üzerinden yasaklanması gereken nefret söyleminin farklı türleri belirtilmektedir. Protokol'de tehdit, aşağılama ve soykırımın inkâr edilmesi ve meşrulaştırılması gibi ırkçı söylemlerin yayılması yasaklanmaktadır. Terör eylemlerinin tahrikini ve övülmesini yasaklamak amacıyla bu protokolün geniş çaplı kabulü konusunda birçok çağrı yapılmıştır.⁵⁹

Sonuç olarak, uluslararası hukuk kapsamında internet ve sosyal medyadaki terörist içerikle mücadele yükümlülüğü konusundaki temel ilke, farklı uluslararası örgütlerin çeşitli kararları veya yargı organlarının kararları yoluyla “çevrimdışı dünya” için geçerli kılınan hak ve yükümlülüklerin “çevrimiçi alan” için de uygulanması gerektiğidir. Örneğin, 2017 tarihli AB Terörle Mücadele Direktifi'nin 6. maddesinde terör suçunu işlemeye tahrik için “çevrimiçi ve çevrimdışı araçların” kullanılabilmesi açık bir şekilde belirtilmektedir.⁶⁰ Ayrıca, ırkçılık ve Yabancı Düşmanlığı ile Mücadeleye ilişkin Konsey Kararı'nda açık bir şekilde “çevrimdışı dünyada hukuka aykırı olan eylemlerin internette de hukuka aykırı olduğu” açıkça belirtilmektedir.⁶¹ Aynı zamanda, 1624 sayılı BM Güvenlik Konseyi Kararı (2005) ve Avrupa Konseyi Terörizmle Mücadele Sözleşmesi'ndeki terör suçuna tahrikle mücadele konulu hükümler de aynı gereksinimin altını çizmektedir.⁶²

57 Banisar (n 27) 9.

58 Bilgisayar sistemleri yoluyla işlenen ırkçı ve yabancı düşmanlığı niteliğinde eylemlerin suç kabul edilmesiyle ilgili siber suç konulu Sözleşme Ek Protokolü (2002).

59 Avrupa Konseyi Parlamento Meclisi, Tavsiye 1706 (2005) “Medya ve Terörizm”.

60 AB, Terörle Mücadele Direktifi (2017) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32017L0541>> Erişim Tarihi 14 Şubat 2020.

61 Avrupa Konseyi, ‘İrkçılık ve Yabancı Düşmanlığı ile Mücadeleye ilişkin Konsey Kararı’ <https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/combating-racism-and-xenophobia_en> Erişim Tarihi 14 Şubat 2020; Conway (n 54) 104.

62 Sieber (n 23) 187-188.

4. İnternet ve Sosyal Medyadaki Terörist İçerikle Mücadele ile İfade Özgürlüğünün Korunması Arasındaki Denge

Bir önceki bölümde belirtildiği gibi, uluslararası enstrümanlar devletleri terörizmi destekleyici nitelikteki söylemleri suç olarak kabul etmeye yöneltmiştir. Ancak devletlerin bunu insan haklarına saygılı bir biçimde yapma zorunlulukları vardır. Çevrimdışı dünyada uluslararası insan hakları hukuku kapsamında kısıtlanabilen bilgi yayma veya ifade biçimleri çevrimiçi ortamdaki içerik için de geçerli olduğundan ötürü, internet ve sosyal medya yoluyla kullanılan ifade özgürlüğü hakkı için geçerli olan herhangi bir kısıtlamanın uluslararası insan hakları hukukuna uygun olması gerekmektedir.⁶³ BM Güvenlik Konseyi 1624 sayılı Kararı'nda, alınacak önlemlerin devletlerin uluslararası hukuk ve bilhassa uluslararası insan hakları düzenlemeleri kapsamındaki yükümlülükleri ile çatışmaması gerektiği belirtilmekte ve BM İnsan Hakları Beyannamesi'nin ifade özgürlüğüne ilişkin 19. maddesine atıfta bulunmaktadır.⁶⁴ Benzer şekilde, BM İnsan Hakları Konseyi 2004 ve 2005 yıllarında ifade özgürlüğünü kısıtlayacak boyutta terörizmle mücadele düzenlemelerinin kullanılması konusundaki kaygıların dile getirildiği kararlar almıştır. Konsey devletlere “terörle mücadeleyi uluslararası hukuk kapsamındaki yükümlülüklerine aykırı yollarla fikir ve ifade özgürlüğü hakkını kısıtlama bahanesi olarak kullanmaktan kaçınmaları” konusunda çağrı yapmıştır.⁶⁵

İnternet ve sosyal medyadaki ifade özgürlüğü, tartışmalı içeriğe sahip olan internet sitelerini engelleme veya kaldırma girişimlerinden kaçınılmaz bir şekilde etkilenmiştir. İçerik kontrolü ile ifade özgürlüğü arasında adil bir denge sağlamak zorlu bir meseledir ve güncel tartışmalar çoğunlukla bu dengenin hangi noktada sağlanacağına ilişkin olmuştur.⁶⁶ İfade özgürlüğü üzerindeki kısıtlamalar, terörizme tahrike ilişkin mevcut düzenlemeleri aşırp daha geniş kapsamlı ancak tanımı daha belirsiz olan terörizmin övülmesi (yüceltilmesi) eylemlerine doğru genişletilmiştir.⁶⁷ Bu bağlamda, BM İfade Özgürlüğü Özel Sözcüsü, internet ve sosyal medyadaki içerik düzenlemeleri hususunda, devletlerin uluslararası hukuk kapsamında yasaklaması gereken yasadışı içerik ile zararlı, saldırgan, sakıncalı veya istenmeyen olarak kabul edilen ancak devletlerin yasaklaması ya da suç olarak kabul etmesi zorunlu olmayan içerik arasında farklılıklar olduğunu belirtmiştir. Özel Sözcü'ye göre, devletlerin uluslararası insan hakları hukuku kapsamında istisnai bir biçimde yasaklaması gereken ifade türleri vardır ve terörizmin tahriki de bunlardan biridir.⁶⁸

63 Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, A/66/290 (2011), para. 18-19.

64 Banisar (n 27) 7-8.

65 ibid 8.

66 Conway (n 54) 102.

67 Banisar (n 27) 19.

68 BM Özel Raportörü Raporu, “Report of The on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression” (2011) A/66/290.

Dolayısıyla, ifade özgürlüğü hakkının korunması elzemdir. Terörist grupların internet ve sosyal medyadaki platformları kendi amaçlarına ulaşmak için kötüye kullanmadıklarından emin olmak gerekse de unutulmamalıdır ki özgür ve açık bir internet, liberal demokratik değerler üzerine kurulu özgür ve açık toplumları yansıtmaktadır. Şüphesiz ki ifade özgürlüğü hakkı herhangi bir demokratik toplumda büyük öneme sahiptir ve bu hakkı kullanmaya ilişkin her türlü kısıtlamanın kuvvetli bir gerekçe testinden geçmesi gerekir. İfade özgürlüğü hakkı, fikir sahibi olma özgürlüğünü ve aynı zamanda bilgi alma ve bilgiyi yayma özgürlüğünü korumaktadır. Bu hak “sadece olumlu olarak alınan veya zararsız ya da tarafsız olarak kabul edilen ‘bilgiler’ veya ‘fikirler’ için değil aynı zamanda devlet veya nüfusun bir bölümünü incitici, şok edici veya rahatsız edici bilgi ve fikirler” için de geçerlidir.⁶⁹ Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), AİHS’in ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddesini geniş yorumlayarak internetin de bu maddenin koruma kapsamına girdiğini açıkça ortaya koymaktadır.⁷⁰ Bununla birlikte, bu hak mutlak bir hak değildir ve beraberinde bazı özel sorumluluklar taşımaktadır, dolayısıyla belli kısıtlamalara tabidir. AİHM, “ilke olarak, belli demokratik toplumlarda hoşgörüsüzlük temelinde nefreti yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran... her türlü ifade biçiminin cezalandırılması ve engellenmesi; uygulanacak ‘formalitelere’, ‘koşullar’, ‘kısıtlamalar’ veya ‘cezalar’ın güdülen meşru amaçla orantılı olması koşuluyla gerekli görülebilecektir” hükmünü ortaya koymuştur.⁷¹ Bu doğrultuda, ifade özgürlüğü hakkına müdahalede şu kriterlerin sağlanması gerekir: Kanunilik, meşru bir hedefin güdülmesi ve orantılılık. Bu ilkeler Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin hazırladığı İnsan Hakları ve Terörizmle Mücadele Kılavuz İlkeleri’nin 3. maddesinde, “Devletler tarafından terörizmle mücadele için alınan tüm önlemler kanuni olmalıdır” ve “bir önlem insan haklarını kısıtladığında, kısıtlamaların mümkün olduğunca açık şekilde tanımlanması ve güdülen amaç için gerekli ve orantılı olması gerekir” ifadesiyle açıkça ortaya konmuştur.⁷²

Terör eylemlerinin tahriki uluslararası hukuk tarafından yasaklanmış olsa da halen bu konuya ilişkin tartışmalar ortaya çıkmaktadır. Çünkü küresel anlamda kabul görmüş bir terörizm tanımı yoktur ve bu durum belli bir vakada neyin gerçek anlamda terörizme destek teşkil edeceği konusunda bir fikir birliğine varmayı zorlaştırmaktadır.⁷³ Bu bağlamda, BM İfade Özgürlüğü Özel Sözcüsü terörizmi kışkırtmayı yasaklayan herhangi bir ulusal ceza hukukunun ifade özgürlüğü hakkına ilişkin getirdiği

69 *Handyside v UK App* no 5493/72 (ECHR, 7 Aralık 1976) para 49.

70 Ulaş Karan, *İfade Özgürlüğü: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitabı Serisi-2* (2nd edn, Avrupa Konseyi 2018) s. 53.

71 *Erbakan v Turkey App* no 59405/00 (ECHR, 6 Temmuz 2006) para 56.

72 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi (n 53) Madde 3: Terörizmle mücadele önlemlerinin hukukiliği:

1. Devletler tarafından terörizmle mücadele için alınan tüm önlemler hukuki olmalıdır.

2. Bir önlem insan haklarını kısıtlıyorsa, kısıtlamaların güdülen amaç için olası ve gerekli ve orantılı olduğu kesin şekilde tanımlanmalıdır.

73 Conway (n 54) 104.

kısıtlamalarda üç aşamalı bir testi uygulaması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, terörizmin tahrikine yönelik hukuki düzenlemeler;

“(a) doğru tanımlanmalı ve doğası gereği gerçek anlamda terör içeren eylemlerin tahrikiyle sınırlı olmalı;

(b) ifade özgürlüğü hakkını ulusal güvenlik, kamu düzeni ve güvenliği veya halk sağlığı veya ahlakın korunması için gerekli olandan daha fazla kısıtlamamalı;

(c) terörizmin “yüceltilmesi” veya “teşvik edilmesi” gibi üstü kapalı ifadelerle atıfta bulunmaktan kaçınarak kesin bir dille ortaya konmalı;

(d) tahrik edilen eylemin işleneceği yönünde fiili (nesnel) bir riski öngörmeli;

(e) bir mesaj iletme saiki ve bu mesajın bir terör eylemi işlenmesine tahrik olarak kullanılması saiki olmak üzere iki aşamalı bir saikin varlığına açıkça atıfta bulunmalı;

(f) terörizmin “hukuka aykırı” biçimde tahrikine atıfta bulunarak cezai sorumluluktan muafiyete yol açan yasal savunma veya ilkelerin uygulanmasını muhafaza etmelidir.”⁷⁴

BM İfade Özgürlüğü Özel Sözcüsü terörizme tahrikin yasaklanmasına ilişkin en iyi uygulama örneği olarak Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi’ne atıf yapmıştır.⁷⁵ Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi’nin terörizmle mücadele ederken devletlere bazı kısıtlamalar getirdiği önemle belirtilmelidir. Sözleşme’nin 12. maddesi, bu sözleşmenin devletler tarafından kabul edilmesi ve uygulanmasının Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (ICCPR), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve diğer uluslararası anlaşmalar kapsamında “özellikle ifade özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü ve inanç özgürlüğü başta olmak üzere insan hakları yükümlülüklerine saygı duyularak yapılmasını” gerekli kılmaktadır. Buna göre, yasal düzenlemelerin de güdülen meşru amaçlarla ilgili ve demokratik bir toplumun gereği olarak orantılılık ilkesine tabi olması ve keyfiyet, ayrımcılık veya ırkçı muamelenin herhangi bir biçiminden uzak olması gereklidir. Nitekim Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi’ne ek Açıklayıcı Rapor’da AİHS’in koruyucu ilkelerine atıfta bulunulmuştur.⁷⁶

74 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, “Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Martin Scheinin - Ten areas of best practices in countering terrorism” (22 Aralık 2012) A/HRC/16/51 para 31.

75 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi ‘Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Martin Scheinin - Australia: Study on human rights compliance while countering terrorism’ (14 Aralık 2006) A/HRC/4/26/Add.3.

76 COE, ‘Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism’ (2005) <<https://rm.coe.int/16800d3811>> Erişim Tarihi 17 Şubat 2020.

(i) Kanunilik

İfade özgürlüğü hakkı ile ilgili bir kısıtlamanın ilk koşulu kanuni düzenlemeyle yapılması gerekliliğidir. Hak ve özgürlüklerin kullanılmasını kısıtlayan herhangi bir önlemin kanun emriyle öngörülerek belirlenmesi veya yetkilendirilmesi gerekir. Buna göre, (a) kanunun kişilerin hakların nasıl kısıtladığı konusunda yeterli kanıtı sahip olabilmeleri için yeterince erişilebilir olması gerekir ve (b) kanunun kişilerin davranışlarını düzenleyebilmeleri için yeterli açıklıkta ifade edilmiş olması gerekir.⁷⁷ Devletler kriz zamanlarında ifade ve haber alma özgürlüğü üzerine kısıtlamalar getirebilir de bu kısıtlamaların niteliğine ilişkin hukuki düzenlemelerde üstü kapalı ifadeler kullanmamalıdır. Şiddete ve toplumsal kargaşaya yönelik tahrik eylemleri yeterli derecede ve açık bir şekilde tanımlanmalıdır.⁷⁸ Bir terörist eylemin işlenmesini tahrik suçu, unsurları arasında doğrudan bir tahrik eyleminin varlığını, terörizmi destekleme saikini ve tahrik eylemi ile terörist eylemin gerçekleşme ihtimali arasındaki nedensellik bağlantısını öngörmesi durumunda uluslararası insan hakları standartlarına uygun olacaktır. Ancak, kanunilik ilkesine uygunluğunu sağlamanın çok daha zor olduğu terörizmin övülmesi eyleminin suç sayılması konusunda durum farklı olacaktır.⁷⁹

(ii) Meşru bir hedefin güdülmesi

İfade özgürlüğü hakkı konusunda getirilen herhangi bir kısıtlama meşru bir hedefe yönelik olmalıdır. ICCPR m.19(3) ve AİHS m.10(2), bu hakka getirilebilecek çok sayıda kısıtlama öngörmektedir ancak ifade hakkının kısıtlanabilmesi için, kamu güvenliği veya kamu düzenin (*ordre public*) veya kamu sağlığı veya ahlâkı da dahil olmak üzere meşru hedeflerden birinin güdülmesi söz konusu olmalıdır.

(iii) Orantılılık

İfade özgürlüğü hakkı üzerindeki herhangi bir kısıtlamanın orantılı olması ve BM İnsan Hakları Komitesi'nin ICCPR 19. Madde'ye ilişkin Genel Yorumu'nda belirtildiği üzere, ifade hakkının özünü hükümsüz kılacak bir şekilde uygulanmaması gerekmektedir.⁸⁰ ICCPR m. 19(3)'te, taraf devletlerin bir kişinin ifade özgürlüğünü kullanmasından kaynaklanan tehdide karşı uygulayacakları kısıtlamaları nasıl uygulayacaklarını detaylı bir biçimde belirtmeleri gerekliliğini vurgulamaktadır.⁸¹ Nitekim BM İnsan Hakları Komitesi de devletlerin ülkelerindeki genel duruma atıfta

77 Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 'Human Rights, Terrorism and Counter-terrorism' (Fact Sheet No.32 July 2008) 23-24.

78 Avrupa Konseyi Bakanlar Konseyi, 'Guidelines of the Committee of Ministers on protecting freedom of expression and information in times of crisis' (26 Eylül 2007) §19.

79 OSCE, 'Background Paper on Human Rights Considerations in Combating Incitement to Terrorism and Related Offences' (19-20 Ekim 2006) 9.

80 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (12 Eylül 2011) <<https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>> Erişim Tarihi 17 Şubat 2020.

81 Alex Conte, *Human Rights in the Prevention and Punishment of Terrorism* (Springer 2010) p. 633.

bulunarak ulusal güvenlik gerekçesine dayanamayacağını ve ifade özgürlüğünün kullanılmasından doğan bir tehdit varsa bunun tam niteliğini belirtmeleri gerektiğini ifade etmiştir.⁸² Benzer şekilde, AİHS çerçevesinde, herhangi bir kısıtlamanın “zorlayıcı bir toplumsal gereksinime” tekabül etmesi, “demokratik bir toplumda zorunlu” olması ve izlenen meşru hedefle orantılı olması gerekmektedir.⁸³

AİHM kamusal açıklamaların özel bir kişi, bir kamu yetkilisi veya toplumun bir kesimine karşı şiddeti tahrik ettiği durumlarda, devlet yetkililerinin ifade özgürlüğüne müdahale gerekliliğini incelerken daha geniş bir takdir yetkisi kullanmaktadır.⁸⁴ Zira devletin kendisini terörden koruma hakkına karşı, kamunun farklı bir perspektiften bilgi alma hakkı mevcuttur.⁸⁵ Öte yandan, AİHM, kamunun meşru bir menfaatinin olduğu durumlarda, siyasi söylem veya tartışma özgürlüğü üzerindeki kısıtlamaların alanının dar olacağını belirtmiştir. Bu doğrultuda, ortaya konan ifadenin bağlamını hesaba katmak da dahil olmak üzere her bir vakanın bütün olarak üzerinde durmakta, devlet tarafından yapılan müdahalenin izlenen meşru hedef ile orantılı olup olmadığını ve devlet yetkilileri tarafından öne sürülen gerekçelerin uygun ve yeterli olup olmadığını tespit etmektedir.⁸⁶ AİHM, ayrıca, sahip oldukları genel etkiden dolayı basın ve medyada yapılan beyanlara büyük önem vermektedir. Mahkeme, basın ve medya konusunda da vaka esaslı bir yaklaşım benimsemiş ve belli bir yayının dolaşım seviyesini ve genel olarak hangi mecralarda yayıldığını analiz etmiş, bu durumu devletin müdahalede bulunma gerekliliğini ve müdahalenin orantılılığını değerlendirirken dikkate alınacak önemli bir unsur olarak kabul etmiştir. Nitekim internetin halkın haberlere erişimini artırma ve genel olarak bilginin yayılmasını kolaylaştırmada önemli bir rol oynadığını⁸⁷ ve devletlerin medya mensuplarının internet üzerindeki ifade özgürlüklerini etkili bir biçimde koruyucu yasal düzenlemeler yapma pozitif yükümlülüğüne sahip olduğunu⁸⁸ belirtmiş ancak şunu da kabul etmiştir: “İnternetin, özellikle bilgileri depolama ve aktarma konusunda yazılı basından özellikle ayrılan bir bilgi ve iletişim aracı olduğu doğrudur. İnternetteki içeriğin ve haberleşmenin insan haklarının ve özgürlüklerinin kullanılması ve faydalanılması hususunda taşıdığı risk, ... yazılı basındaki riske göre kesinlikle daha yüksektir.”⁸⁹

Nihayetinde, devletlerin internete erişimin engellenmesi veya kısıtlanması şeklindeki müdahalesi AİHM’in sıkı denetimine tabidir. AİHM’in vaka bazında

82 ibid 627-628.

83 Karan (n 71) 146-159.

84 Ana Salinas de Frias, *Counter-Terrorism and Human Rights in the Case Law of the European Court of Human Rights* (Council of Europe 2012) 136.

85 *Zana v Türkiye* App no 18954/91 (ECHR 25 Kasım 1997) para. 51.

86 ibid.

87 *Ahmet Yıldırım v Türkiye* App no 3111/10 (ECHR 18 Aralık 2012) para 48.

88 *Editorial Board of Pravoye Delo v Shtekel/Ukrayna* App no 33014/05 (ECHR 5 Mayıs 2011) para 61-64.

89 ibid para 63.

inceleme yaklaşımı uyarınca, devletlerin konuyla ilgili yükümlülükleri internette yayımlanan bilginin niteliğine, içeriğine ve başvurusunun durumuna bağlıdır.⁹⁰

Sonuç

Günümüzde internet ve sosyal medya yaşamımızın bir parçası hâline gelmiştir. Nitekim terörist gruplar da bu platformları kendi faaliyetleri için yoğun bir şekilde kullanmaktadır. Bunun karşısında bizlerin de internet ve sosyal medyayı terörizmle mücadelenin yürütüleceği bir düzlem olarak kullanmamız gereklidir. İnternet ve sosyal medya kaynaklı terör tehdidinin acil niteliği göz önüne alınırsa, bu tehdiye karşı etkili bir mücadeleye zemin hazırlayacak hukuki düzenlemelerin ve politikaların hızlı bir şekilde geliştirilmesi gereklidir. BM ve Avrupa Konseyi yahut AB gibi belli başlı bölgesel örgütlerin çeşitli düzenlemelerinin yanı sıra BM Güvenlik Konseyi'nin birçok kararı da BM üyesi devletlere terör eylemlerini tahrik amacıyla dahi olsa internet ve sosyal medya teknolojilerinin terörist amaçla kullanılmasının yasaklanması ve engellenmesine yönelik belli önlemler alma fakat bunu yaparken insan hakları ve temel özgürlüklere saygılı olma çağrısında bulunmaktadır. Uluslararası toplum da karşı karşıya olduğu terör sorununa isabetli ve etkili çözümler geliştirmek için uluslararası hukukun sunduğu bu tarz enstrümanları etkili bir şekilde kullanmalıdır. Ulusal hukuk düzenlemelerinin uluslararası hukuka uygun bir şekilde güncellenmesi bu bakımdan atılacak en önemli adımlardan biridir.

Öte yandan, terörizmle mücadele bağlamında ortaya çıkan insan hakları ile ilişkili sorunların neredeyse tamamı, uluslararası ölçekte açık ve kesin bir terörizm tanımının olmamasından kaynaklanmaktadır. Ulusal ölçekte yapılmış olan tanımlar oldukça genel ve belirsiz olabilmektedir. Şüphesiz ki genel ve belirsiz tanımlara başvurmak, daha fazla insan hakları ihlaline ve siyasi manipülasyonlara fırsat yaratmaktadır. Bu sebeple, atılması gereken en önemli adım, terörizm kavramının unsurları açıkça belirli bir şekilde ve genelleştirici olmayan bir bakış açısıyla uluslararası ölçekte tanımlanmasıdır. Bu çerçevede, devletler internet ve sosyal medyadaki hangi içeriklerin ve ifadelerin kısıtlanacağını yapacağı hukuki düzenlemelerle öngörülebilir kılmalıdır.

İnternet ve sosyal medyanın terörist amaçlarla kullanılmasına karşı mücadele bağlamında aşağıdaki çözüm önerileri sunulabilir: Birincisi, internet ve sosyal medyanın terörist amaçlarla ve radikalleşme için kullanımı tüm ulusal ceza hukuku sistemlerinde cezalandırılmalıdır. Bunun bir başlangıç noktası olarak, BM Güvenlik Konseyi'nin 1373 sayılı Kararı ile uyumlu yasal düzenlemeler hazırlanmalıdır. İkinci olarak, internet ve sosyal medyadaki terörist propagandaya karşı mesajların öne çıkarılması; çoğulcu değerlerin ve ilkelerin, hoşgörünün ve barışçı mesajların vurgulanması gereklidir. Üçüncüsü; uluslararası hukuk kapsamındaki diğer yükümlülüklerle uygun

90 Bkz <https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_internet_ENG.pdf> Erişim Tarihi 16 Ocak 2020, 46.

olarak, devletlerin bu mücadelede başarıya ulaşması uluslararası örgütler, özel sektör ve sivil toplumun aktif desteğinden faydalanmalarına bağlı olacaktır. Hükümetlerin, özel sektörün ve sivil toplumun internet ve sosyal medyadaki terörist faaliyetlere karşı toplumlara korumak için birlikte hareket etmesi ve gelişmiş işbirliği mekanizmaları kurması bir zorunluluk hâline gelmiştir. Dördüncüsü, başta gençler olmak üzere toplumdaki tüm kesimlerin terörle mücadele sürecine dahil edilmesi gereklidir. Bu bağlamda; medya, kültür, sanat ve spor dünyasından öne çıkan ve saygın isimlerin demokratik ve çoğulcu değerleri öne çıkarmak üzere iyi niyet elçiliği yapmaya teşvik edilmesi faydalı olacaktır. Beşincisi, geleceğimizin teminatı olan çocuklar başta olmak üzere terör propagandasına karşı daha kırılgan hedef kitleleri bilhassa korumamız gerekir. Bu kitleler, internet ve sosyal medya yoluyla radikalleşme ile terörist gruplara katılma tehlikesi konusunda eğitilmelidir.

Son olarak ise internet ve sosyal medyadaki terörist faaliyetlerle temel hak ve özgürlükleri tehdit eden odakların var olduğu durumlarda dahi alınacak önlemler ve uygulanacak yaptırımlarda ifade özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği ile terörle mücadele arasındaki dengeyi korumak büyük önemi haizdir. Zira terörist gruplar kitleleri şiddete tahrik ederek ve toplumların içerisine nefret tohumları ekerek insanları ayırıştırmaktadırlar. Dolayısıyla, internet ve sosyal medyanın terörist amaçlarla kullanılması ile mücadele ederken, aynı zamanda internet ve sosyal medyaya özgür erişim ilkelerine ve bu platformların kullanıcılarının temel haklarına saygı duyacak bir çerçevede kalınması gereklidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

<http://soufangroup.com/news/details/?Article_Id=272> Erişim Tarihi 10 Şubat 2020.

<https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_internet_ENG.pdf> Erişim Tarihi 16 Ocak 2020, 46.

<<https://www.gifct.org>> Erişim Tarihi 30 Ocak 2020.

<<https://www.un.org/sc/ctc/resources/general-assembly/un-global-counter-terrorism-strategy/>> Erişim Tarihi 14 Ocak 2020.

AB, Terörle Mücadele Direktifi (2017) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32017L0541>> Erişim Tarihi 14 Şubat 2020.

Ahmet Yıldırım v Türkiye App no 3111/10 (ECHR 18 Aralık 2012) para 48.

- Article 19, 'The Impact of Anti-Terror Laws on Freedom of Expression' (Submission to ICI Panel of Eminent Jurists on Terrorism, Counterterrorism and Human Rights, Londra, 2006) 7.
- Avrupa Birliği, 'EU rules on terrorist offences and related penalties' (2002) 2002/475/JHA.
- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 'İnsan Hakları Ve Terörle Mücadele Kılavuz İlkeleri' (804. Toplantı 11 Temmuz 2002), m. 1.
- Avrupa Konseyi Bakanlar Konseyi, 'Guidelines of the Committee of Ministers on protecting freedom of expression and information in times of crisis' (26 Eylül 2007) §19.
- Avrupa Konseyi Parlamento Meclisi, Tavsiye 1706 (2005) "Medya ve Terörizm".
- Avrupa Konseyi Parleментарler Meclisi, (Tavsiye Kararı 1426 1999), para 5, <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16752&lang=en>> Erişim Tarihi 15 Ocak 2020.
- Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi (2005) m. 5.
- Avrupa Konseyi, 'İrkçılık ve Yabancı Düşmanlığı ile Mücadeleye ilişkin Konsey Kararı' <https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/combating-racism-and-xenophobia_en> Erişim Tarihi 14 Şubat 2020.
- Banisar D, 'Speaking of Terror' (COE 28-29 Mayıs 2009) <<https://rm.coe.int/168048622f>> Erişim Tarihi 19 Ocak 2020, 20.
- Bilgisayar sistemleri yoluyla işlenen ırkçı ve yabancı düşmanlığı niteliğinde eylemlerin suç kabul edilmesiyle ilgili siber suç konulu Sözleşme Ek Protokolü (2002).
- Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı (16 Ocak 1997) A/RES/51/210
- Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı 'Twelfth United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice' (21 Aralık 2010) A/RES/65/230 <http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison%20reform/AGMs/General_Assembly_resolution_65-230_E.pdf> Erişim Tarihi 5 Ağustos 2012.
- Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı, 'Birleşmiş Milletler Küresel Terörle Mücadele Stratejisi' (8 Eylül 2006) A/RES/60/288, para 4.
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konsey Kararı (2001) S/RES/1373.
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konsey Kararı (9 December 2015) S/RES/2250.
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı (14 Eylül 2005) S/RES/1624.
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı (20 Aralık 2010) S/RES/1963.
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı (2014) S/RES/2178.
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı (8 Ekim 2004) S/RES/1566.
- Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi 'Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Martin Scheinin - Australia: Study on human rights compliance while countering terrorism' (14 Aralık 2006) A/HRC/4/26/Add.3.
- Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, "Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Martin Scheinin - Ten areas of best practices in countering terrorism" (22 Aralık 2012) A/HRC/16/51 para 31.
- Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (12 Eylül 2011) <<https://www.2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>> Erişim Tarihi 17 Şubat 2020.
- Birleşmiş Milletler Terörle Mücadele Uygulama Görev Gücü, 'Countering the Use of the Internet for Terrorist Purposes' (İnternetin Terör Amaçlı Kullanımıyla Mücadele) (2009).

- Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi, 'The Use of The Internet For Terrorist Purposes' (İnternetin terörist amaçlarla kullanımı) (2011)
- BM Özel Raportörü Raporu, "Report of The on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression" (2011) A/66/290.
- Cassese A, *Terrorism, Politics and Law: The Achille Lauro Affair* (Princeton University Press 1989)
- Chen T M, Jarvis L and Macdonald S, *Cyberterrorism: Understanding, Assessment and Response* (Springer 2014) 25.
- COE, 'Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism' (2005) <<https://rm.coe.int/16800d3811>> Erişim Tarihi 17 Şubat 2020.
- COE, 'Increasing Co-Operation Against Cyberterrorism and Other Large-Scale Attacks on The Internet' Resolution 2070 and Recommendation 2077 (2015).
- Committee of Experts on Terrorism, 'Collection of Relevant Case-Law of the European Court of Human Rights Related to 'Apologie du Terrorisme' and 'Incitement to Terrorism"' (Avrupa Konseyi, Strazburg, 4 Haziran 2004) 6.
- Conte A, *Human Rights in the Prevention and Punishment of Terrorism* (Springer 2010).
- Conway M, 'Terrorist Use of the Internet and the Challenges of Governing Cyberspace' in Myriam Dunn Cavelty, Victor Mauer ve Felisha Krishna-Hensel (eds), *Power and Security in the Information Age: Investigating the Role of the State in Cyberspace* (Ashgate 2007).
- Denning D, 'Activism, Hacktivism and Cyberterrorism: The Internet as a Tool for Influencing Foreign Policy' <<http://www.nautilus.org/info-policy/workshop/papers/denning.html>> Erişim Tarihi 14 Şubat 2020.
- Editorial Board of Pravoye Delo v Shtekel/Ukrayna* App no 33014/05 (ECHR 5 Mayıs 2011) para 61-64.
- Erbakan v Turkey* App no 59405/00 (ECHR, 6 Temmuz 2006) para 56.
- Frias A S, *Counter-Terrorism and Human Rights in the Case Law of the European Court of Human Rights* (Council of Europe 2012) .
- Ginkel B, 'Incitement to Terrorism: A Matter of Prevention or Repression?' (2011) ICCT Research Paper, 1 < <https://www.icct.nl/download/file/ICCT-Van-Ginkel-Incitement-To-Terrorism-August-2011.pdf> > Erişim Tarihi 20 Ocak 2020.
- Handyside v UK* App no 5493/72 (ECHR, 7 Aralık 1976) para 49.
- Karan U, *İfade Özgürlüğü: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitabı Serisi-2* (2nd edn, Avrupa Konseyi 2018) .
- Letschert R, Staiger I and Pemberton A, *Assisting Victims of Terrorism: Towards a European Standard of Justice* (Springer 2009).
- Murray D, 'Freedom of Expression, Counter-Terrorism and the Internet in Light of the UK Terrorist Act 2006 and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights' (2009) 27(3) Netherlands Quarterly of Human Rights 331,352.
- NATO, 'Lisbon Summit Declaration Issued the Heads of State and Government Participating in the Meeting of the North Atlantic Council in Lisbon' (Lizbon, 20 Ekim 2010).
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 'Human Rights, Terrorism and Counter-terrorism' (Fact Sheet No.32 July 2008) 23-24.
- Öktem E, 'Uluslararası Hukukta Terörizm' (2004) 5 İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi 133,133.

- OSCE, 'Background Paper on Human Rights Considerations in Combating Incitement to Terrorism and Related Offences' (19-20 Ekim 2006) 10.
- OSCE, 'Background Paper on Human Rights Considerations in Combating Incitement to Terrorism and Related Offences' (19-20 Ekim 2006) 9.
- OSCE, OSCE Online Expert Forum Series on Terrorist Use of the Internet: Threats, Responses and Potential Future Endeavours (Final Report, 2013) 8.
- Pollitt M M, 'Cyberterrorism: Fact or Fancy?' (1998) 1998(2) Computer Fraud and Security 8,8–10.
- Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, A/66/290 (2011), para. 18-19.
- Schachter O, 'The Lawful Use of Force by a State Against Terrorists in Another Country' in Henry Han (ed), *Terrorism & Political Violence : Limits & Possibilities of Legal Control* (Oceana Publications 1993) .
- Schmid A P, 'Frameworks for Conceptualising Terrorism' (2004) 16(2) Terrorism and Political Violence, 197, 205.
- Sieber U, 'Instruments of International Law: Against Terrorist Use of the Internet' in M Wade and A Maljevic (eds), *A War on Terror? The European Stance on a New Threat, Changing Laws and Human Rights Implications* (Springer 2010) .
- Terörizmin (Tedhişçiliğin) Önlenmesi ve Cezalandırılmasına ilişkin Sözleşme (1937) m 1(2).
- Terörizmin Ortadan Kaldırılmasına ilişkin Strasbourg Sözleşmesi (1977) m. 1.
- UN, 'International Instruments related to the Prevention and Suppression of International Terrorism' (2008) <https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Int_Instruments_Prevention_and_Suppression_Int_Terrorism/Publication_-_English_-_08-25503_text.pdf> Erişim Tarihi 14 February 2020.
- UN, 'Report of the Security Council Working Group established pursuant to resolution 1566 (2004)' (2005) UN Doc S/2005/789, para 29.
- Weimann G, 'Al Qaeda Has Sent You A Friend Request: Terrorists Using Online Social Networking' (2011).
- Zana v Türkiye* App no 18954/91 (ECHR 25 Kasım 1997) para. 51.



Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 17.05.2020
Revizyon Talebi: 28.09.2020
Son Revizyon: 19.10.2020
Kabul: 20.10.2020
Online Yayın: 13.12.2020

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Incoterms® 2020

Incoterms® 2020

Cahit Ağaoglu*

Öz

Incoterms®, Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) tarafından tanımlanan ve satış sözleşmelerinde malların teslim şekillerine bağlı olarak satıcıların ve alıcıların sorumluluklarını tanımlayan uluslararası kabul görmüş standartlar olup MTO'nun bir markasıdır. Malların teslimatından kaynaklanan maliyetleri ve riskleri doğru ve adil bir şekilde paylaşmak için yorum farklarını ortadan kaldırmak için çıkarılmış uluslararası kaynaklardır. Bu kuralların en son versiyonu 1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Incoterms® 2020 kurallarının amacı bir önceki versiyon olan Incoterms® 2010 kurallarını güncelleyerek günümüz ticari uygulamalarını net ve doğru bir şekilde yansıtarak uygulamacılara faydalı olmaktır. Bu amaçla Incoterms® 2020 mevcut terimlerden birinin ismini değiştirdiği gibi bazı terimlerin de içeriğini zenginleştirmiştir. Makalemizde Incoterms® 2020'de yer alan teslim şekilleri madde madde belirtilerek ne gibi değişikliklerin meydana geldiği gösterilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Incoterms®, teslim şekilleri, risk, maliyet, satım sözleşmesi

Abstract

The Incoterms® are internationally accepted standards defined by the International Chamber of Commerce (ICC) and is a trademark of ICC, which define the responsibilities of sellers and buyers depending on how the goods are delivered in sales contracts. These international resources were created to eliminate the differences of interpretation and to accurately and fairly share the costs and risks of goods delivery. The latest version of these rules was enforced from January 01, 2020. With the appropriate consideration for the current commercial practices, the Incoterms® 2020 rules aim to be useful to the practitioners by updating the previous version of the Incoterms® 2010 rules. Thus, Incoterms® 2020 amended one of the existing terms and enriched the content of some terms. In our article, we have attempted to demonstrate the type of changes occurring for each item for different types of delivery in the Incoterms® 2020.

Keywords

Incoterms®, types of delivery, risk, costs, sale contract

* Sorumlu Yazar: Cahit Ağaoglu (Dr. Öğr. Üyesi), Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye. E-posta: cahitagaoglu@beykent.edu.tr
ORCID: 0000-0002-5103-5196

Atf: Ağaoglu C, "Incoterms® 2020" (2020) 40(2) PPIL 1113. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0008>



Extended Summary

The Incoterms® rules are the world's essential terms of trade for the sale of goods. The Incoterms® rules can guide you on different aspects, such as filing a purchase order, packaging and labeling a shipment for freight transport, and preparing a certificate of origin at a port. The Incoterms® rules provide specific guidance to individuals participating daily in the import and export of global trade. The commercial terms set by the Incoterms® are interpretive sources for proper and fair sharing of the costs and risks arising during goods delivery.

The “Incoterms®” stands for international commercial terms and is a trademark of the International Chamber of Commerce (ICC) registered in several countries. The Incoterms® rules feature abbreviations for terms comprising three letters, such as Ex Works (EXW) or Free on Board (FOB), which have precise meanings in relation to the sale of goods worldwide. These terms have a universal meaning for buyers and sellers worldwide.

The ICC has been committed to facilitate international trade since its founding in 1919. Different practices and legal interpretations between traders worldwide necessitated a common set of rules and guidelines. In 1936, the ICC published the first Incoterms® rules as a response. The Incoterms® rules have been revised and updated chronologically in 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000, and 2010 depending on the development in the technology and international trade. On September 10, 2019, the ICC published the latest edition of the Incoterms® which were enforced from January 01, 2020. The Incoterms® 2020 updates the Incoterms® 2010 and aims clearly and accurately reflect the present-day trade practices. The Incoterms® involve the responsibilities of the parties in a set of 10 articles numbered A1–A10 and B1–B10 for the seller and buyer, respectively.

The most crucial initiative behind the Incoterms® 2020 rules has been the focus on how the presentation could be enhanced to steer users toward the right Incoterms® rule for their sale contract.

The first change by the ICC to the Incoterms® 2010 rules in the Incoterms® 2020 is the provision of an additional option to issue bills of lading with an onboard notation when applying the free carrier (FCA) Incoterm. When goods are sold as FCA for carriage by sea, sellers or buyers' bank with a letter of credit may request a bill of lading with an on-board notation. However, delivery under the FCA rules is completed before loading the goods on board. Moreover, the carrier is entitled to issue an onboard bill of lading only after the goods are actually on board. To cater to this requirement, the FCA Incoterms® 2020 provides an additional option wherein the buyer and seller can agree that the buyer instructs its carrier to issue an on-board bill of lading to the seller after the loading of the goods, and the seller is obliged to tender

that bill of lading to the buyer typically through the banks. The ICC recognizes that despite the somewhat unhappy union between an on-board bill of lading and FCA delivery, this caters to a demonstrated requirement in the marketplace.

Furthermore, costs appear at the A9/B9 of each Incoterms® rule in the new order of the articles as per the Incoterms® 2020 rules. This arrangement provides users with a one-stop list of costs, and thus, the seller or buyer can find all the costs for which it could be responsible under the particular Incoterms® rule in one place.

In the Incoterms® 2010 rules, according to the clauses C of the Institute Cargo Clauses with minimum numbered risks or similar clauses, CIF and CIP imposed the seller to obtain Cargo insurance complying at least with the minimum cover at their own expense. By contrast, the Institute Cargo Clauses A cover all risks. The drafting group of the Incoterms® 2020 decided to provide for different minimum covers in the CIF and CIP Incoterms® rules. In the CIF delivery, although the parties can agree to a higher cover, the status quo has been retained with the Institute Cargo Clauses C as the default position. In the CIP Incoterms® rule, the seller must obtain insurance cover complying with Institute Cargo Clauses A; however, the parties may agree on a lower level of cover.

In the Incoterms® 2010 rules, it was assumed throughout that the goods were to be carried from the seller to the buyer by a third-party carrier engaged by the seller or buyer depending on the Incoterms® rule used. The goods are not expected to be carried by the buyer's or seller's means of transportation. The Incoterms® 2020 rules now expressly allow for not only a contract of carriage but also an arrangement of the necessary carriage.

I. Giriş

Ülkelerin ihtiyaçlarını kendi kaynakları ile karşılamalarının sosyal, fiziki veya ekonomik nedenlerle mümkün olmaması uluslararası ticareti ortaya çıkarmıştır. Uluslararası ticaret ikametgâh, iş merkezleri veya mutad meskenleri farklı ülkelerde bulunan veya farklı devletlerin vatandaşlığına sahip gerçek ya da tüzel kişilerin mal ve hizmet mübadelesi olarak tanımlanmaktadır¹.

Uluslararası ticaret geliştikçe ve hızlandıkça ticari ilişkilerin tarafları arttığı gibi uygulanacak hukuk sistemlerinin sayısı da aynı oranda artış göstermektedir. Bu durum bir ticari ilişkiye birden fazla milli hukukun etki etmesinden dolayı hem uygulanacak normların tespiti açısından karışıklığa sebebiyet verebilmekte hem de taraflar arasında söz konusu normların tespiti aşamasında uyuşmazlıklar çıkmasına neden olmaktadır. Uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması safhasında devreye girecek yeknesak ölçütlerle sonuca ulaşacak uluslararası düzeyde yetkili bir supranational yargı sistemi bulunmadığından her ülkenin kendi milli mahkemeleri görevli ve yetkili olmaktadır. Bu durumda da tarafsızlık ve uzmanlık açısından yetersiz kalınacağı da açıktır².

Uluslararası ticaret alanında iki veya çok taraflı anlaşmaların sayısı azımsanmayacak boyuttadır. Özellikle milletlerarası eşya taşıma iki veya çok taraflı antlaşmaların hakimiyeti altındadır. Buna ek olarak taraflar uluslararası ticaretin ihtiyaçlarını tam olarak karşılamayan hükümlerden kurtulmak için çeşitli kurumlarca hazırlanan kodlara, broşürler veya standart sözleşmelere atıfta bulunmaktadır. Milletlerarası kuruluşlarca hazırlanan ve farklı isimlerle adlandırılan kuralları ifade etmek için devletin yarattığı hukuk kavramının karşısı olarak kendiliğinden bağlayıcılık ve yaptırım gücü olmayan kurallar (soft law) kavramı kullanılmaktadır. Milletlerarası kuruluşların yasama gücü olmadığından bunlar tarafından hazırlanan kuralların bağlayıcılık kazanması tarafların iradesine bağlıdır³. Dolayısıyla iç hukukta sözleşmelerin dayandığı “sözleşme serbestisi” kendine uluslararası hukukta da yer bulmaktadır. Bu nedenle “Incoterms® kuralları” ifadesini daha çok soft law kavramı içerisinde değerlendirmek gerekir.

Burada uluslararası ticari sözleşme kavramına da değinmekte fayda var. Kural olarak bir hukuki işlemin bir veya birden fazla yabancı hukuk sistemi ile temas halinde bulunması yabancılık unsuru taşıdığı yani milletlerarası olduğu anlamına gelmektedir⁴. Bununla birlikte öğretilerde yabancılık unsuru taşıyan sözleşme ile uluslararası sözleşme birebir aynı olarak görülmemektedir. Doktrinde bir görüş, sözleşmenin uluslararası sözleşme olarak nitelendirilmesi için sözleşmenin birden çok ülkenin hukuk sistemi

1 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, (7th edn, Beta 2019) 6 vd.

2 Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, (5th edn, Vedat 2020) 1.

3 Nuray Ekşi, *Uluslararası Ticaret Hukuku* (3rd edn, Beta 2019) 2.

4 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019) 5.

ile olan bağlantısını göz önünde bulundurmak gerektiğini belirtmektedir⁵. Diğer klasik görüş ise, uluslararası sözleşme çerçevesini biraz daha daraltarak sözleşme ile ilgili şahıs ve coğrafi unsurlardan hareket etmektedir⁶.

Sözleşme serbestisi bir yandan taraflara sözleşmenin içeriğinin belirlenmesinde bir özgürlük sağlamakla birlikte aynı zamanda içinde bulunan yabancılik unsuru bakımından da yorum farklarını ve uygulama farklarını da beraberinde getirmektedir. Zira ülkeler arasında uluslararası ticari terimlerin anlam ve içerikleri bakımından farklılık göstermesi hatta bazı ülkelerde ağırlık, uzunluk gibi en temel özelliklerin bile farklı sistemlere bağlı olması, uluslararası ticari sözleşmeye yazılan unsurlardan tarafların her birinin aynı şeyi anlayıp anlamadığı sorusunu da gündeme getirmektedir.

Diğer taraftan anlam ve yorum karmaşası, yapılan bu sözleşmeleri çok uzun, çok karmaşık ve anlaşılması zaman alan bir uluslararası sözleşme haline getirecektir ki bu da tarafların menfaatine olmayacaktır. Ticari terimler nitelikleri itibariyle net, muğlaklıktan uzak, tarafları ayrıntılı düzenlemelere girme zahmetinden kurtaran ve bu yönüyle uyumsuzlukları azaltan ve uyumsuzlukların çözümünde adil ve yeknesak yorumlara yol açan niteliktedir. Uluslararası ticari terimleri bu yönüyle eşyaya ilişkin terimler, satılan malların taşınmasına ilişkin terimler, kısaltılmış terimler ve uyumsuzlukların çözümüne ilişkin standartlar olarak sınıflandırmak mümkündür⁷.

Uluslararası ticari sözleşmelerde bu tür yorum farklılıklarını ortadan kaldırmak için Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) uluslararası ticarete kullanılan terimlerin ne anlama geldiği ve nasıl yorumlanması gerektiğine dair bağlayıcı olmayan tamamen kılavuz niteliğinde birtakım kurallar bütünü oluşturmuştur. Bu kurallar uluslararası ticari terimlerin İngilizcesi olan “International Commercial Terms” kelimelerinin kısaltılmış hali olarak Incoterms® kuralları olarak ilk defa 1936 yılında yayınlanmıştır. MTO üç harften oluşan teslim şekilleri öngörerek uzun sözleşmeler yazmak yerine bu üç harfli kısaltmalar ile daha hızlı ve etkili bir teslimi hedeflemiştir.

Her ne kadar Incoterms® “uluslararası ticari terimler” ifadesinin İngilizcesinin kısaltılması olsa da Incoterms® uluslararası ticarete kullanılabildiği gibi Incoterms® 2010 versiyonundan bu yana aynı zamanda iç ticarete de kullanılabilmektedir⁸. Bunun en önemli nedenlerinden biri Avrupa Birliği gibi dünyanın çeşitli bölgelerinde kurulan

5 Cemal Şanlı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk* (1st edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986), 29 vd.

6 ibid 31.

7 Adolf H. Hermann, *International Trade Terms, Standard Terms for Contracts for the International Sale of Goods*, (Graham & Trotman/ Martinus Nijhoff London 1993.) XV.

8 H. Ercüment Erdem, ‘Incoterms® 2010’ (2010) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan) 219, 223-224. H. Ercüment Erdem, ‘Incoterms® 2010’ in Ercüment Erdem (edn) *Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler (2007-2016)*, (On İki Levha 2017) 198; Aslihan Sevinç Kuyucu, *Incoterms® (Uluslararası Ticari Terimler)* (1st edn, Filiz 2011) 22 vd; Muhammetnazar İlyasov, *Milletlerarası Ticarete Teslim Şekilleri: Incoterms® 2010 Kuralları* (1st edn, Seçkin 2019) 37; Mutlu Yılmaz, Ahmet Özken, Necmettin, Şahin, ‘Incoterms® 2000 ve 2010’un Mukayeseli Analizi ve Türkiye Uygulamalarındaki Eksiklikler’ (2011) 23(6) JOY<http://joy.yasar.edu.tr/makale/no23_vol6/6_mutlu.pdf>, Erişim Tarihi 5 September 2020.

ticaret birliklerinin, değişik ülkeler arasındaki gümrük formalitelerini önemsiz hale getirmesi ve Amerika Birleşik Devletleri’nde yürürlükten kalkan Ticaret Kanunu’nda yer alan teslim kurallarının yerine Incoterms®’in kullanılmasına ilişkin beliren iradedir⁹.

II. Incoterms® Alanında Yapılan Düzenlemeler

Incoterms® adıyla olmasa da ticari satışlarda hasarın geçişiyle ilgili ilk alışmalar Milletlerarası Hukuk Derneği tarafından (International Law Association (ILA)) tarafından başlatılmıştır. Bu konuda ilk alışmalar CIF (Cost, Insurance, Freight) satışlarla ilgili olmuştur. CIF satışlarla ilgili olarak 1924 yılında Stockholm Konferansında birtakım esaslar belirlenmeye çalışılmıştır. Bu konuda da MTO ile çalışılma kararı alınmıştır. Ayrıca ILA tarafından 1928 yılında ‘‘CIF Sözleşmelere İlişkin Milletlerarası Kurallar 1928’’ kuralları hazırlanmıştır. Bunu takiben 1932 yılında ise bu kurallar güncellenerek ‘‘CIF Sözleşmelere İlişkin Milletlerarası Kurallar 1932’’ adıyla birtakım kurallar da belirlenmiştir.

MTO tarafından uluslararası ticarete kullanılacak terimlere ilişkin olarak Milletlerarası Ticaret Derneği ile 1919 yılında Fransa, İngiltere, Belçika ve İtalya’nın aralarında bulunduğu ülkelerle birlikte ABD’de düzenlenen konferansta ticari terimlerin hazırlanmasına ilişkin prensipler belirlenmiş ve 1921 yılında gerçekleşen kongrede ‘‘Trade Terms’’ kitapçığının hazırlanmasına karar verilmiştir. 1929 yılında hazırlanan broşür şeklindeki bu kitapçıkta FOB, FSA, FOT/FOR, Free Delivered, CIF, C&F olmak üzere toplam altı çeşit teslim şekli belirlenmiştir. Bu kitapçık aynı sene değişikliğe uğrayarak tekrar basılmıřtır¹⁰.

MTO tarafından ticari terimlere ilişkin bir dizi kuralın yeknesak hale getirilerek yayınlanması 1936 yılında olmuştur. Dünya’da teknoloji geliştikçe bu gelişim ticari hayatı daha hızlı ve daha farklı metotlarla yapılmasına da imkân sağlamıştır. Bu gelişmelere bağlı olarak INCOTERMS® kuralları da kronolojik olarak 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000, 2010 yılında değişikliğe uğramıştır. Son olarak da yine bazı değişiklikler ngrlmş ve son değişiklikler INCOTERMS® 2020 adıyla hazırlanmıştır. Bu kurallar 1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Incoterms® revizyonlarının ortak özelliği her birinin belli bir noktaya odaklanmış olmasıdır¹¹.

2020 değişikliklerinin hazırlıkları 2016 yılında kurulan ve MTO’nun Ticaret ve Yatırım direktörlerinin de dâhil olduğu dokuz uzmandan oluşan 2020 alışma Grubu (2020 Drafting Group) ile olmuştur. Bu direktörlerin 3 tanesi Asya’dan, 2 tanesi

9 Abdurrahman zalp, ‘ICC Incoterms® 2010’, (2012) 1(1), UTTDER 137, 140.

10 İlk düzenleme MTO’nun 16 nolu broşürü olarak basılmıştır. Daha sonra değiştirilen düzenleme 68 nolu broşür olarak basılmıştır.

11 H. Ercüment Erdem, ‘Incoterms® 2000’ in Ercüment Erdem (edn), *Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler* (Beta 2008) 23.

ABD’den 4 tanesi de Türkiye dâhil Avrupa’dan çalışmalara katılmıştır. MTO’nun uzmanlıktan kastı 4 adet Incoterms® kullanıcısı ve 5 adet de uluslararası ticaret hukukunda uzmanlaşmış avukatlardan oluşmaktadır. Teslim Şekilleri 2020 (Incoterms® 2020), geçmiş yıllardaki düzenlemelerinde çalışan batılı uzmanlarla birlikte ilk defa Asyalı uzmanların da olduğu bir komite tarafından değerlendirilmektedir. Avrupa Birliği, ABD, Avustralya ve Çin’den beş avukat ile oluşturulan komite dış ticaretin teslim şekillerini uygulamacılar için şekillendirecek maddeler üzerinde çalışmaktadır¹².

Taslak Grubu, 2016 yılından bu yana MTO ulusal komiteleri tarafından sağlanan üç binden fazla yorumu analiz etmek, tartışmak ve değerlendirmek üzere uzun bir süre toplanmıştır. MTO ulusal komitelerinin katılımıyla Nisan 2017, Ekim 2017 ve Mayıs 2018’de başarılı istişareler gerçekleştirilmiştir. Bu süreç aynı zamanda 2017 yılında Pekin’de ve 2018 yılında Londra’da gerçekleştirilen iki “küresel” istişareyi içermektedir. Taslak oluşturma sürecinde, uluslararası editör kurulu, önerilen değişiklikleri ve MTO ulusal komitelerinden gelen önerileri tartışmak üzere Temmuz 2016 ile Eylül 2018 arasında 12 kez bir araya gelmiştir¹³. Yapılan çalışmaların son versiyonu aynı zamanda MTO’nun da yüzüncü yılı olan 2019 yılının Eylül ayında yayınlanmıştır.

III. Incoterms®’in İçeriği

Her ne kadar Incoterms® uluslararası ticarete ilişkin sözleşmelere uygulansa da bu tür sözleşmelerde yer alan tüm unsurlar hakkında yardımcı olamaz. Esas itibarıyla satıcının ana edimi olan teslim ile hasarın geçişi konuları üzerinde durmaktadır. Incoterms® kapsamında yer alan hususlar malların teslimi, hasarın geçişleri, buna bağlı olarak masrafların paylaşımı, malların ithalat ve ihracat gümrük masrafları, ambalajlanması, alıcıların malları teslim alması ve tarafların yükümlülüklerini yerine getirdiğinin ispatı gibi konulardır. Ancak bu konular dışında kalan bir satış sözleşmesinin olup olmadığı, satılan malların özellikleri, mülkiyet hakları, ödemenin zamanı, yeri, yöntemi veya ödemenin yapıldığı para birimi, satış sözleşmesine aykırılık halinde başvurulacak çözümler, sözleşme yükümlülüklerinin ifasında gecikme veya diğer aykırılıkların sonuçları, yaptırımların etkisi, tarifelerin uygulanması, ithalat ve ihracat yasakları, mücbir sebep veya aşırı ifa güçlüğü, fikri mülkiyet hakları veya aykırılık halinde uyuşmazlıkların çözüm yöntemi, yeri veya uygulanacak hukuk Incoterms® kuralları kapsamında değildir. Bu tür unsurlar tamamen taraflar arasındaki satış sözleşmesinde belirlenecek hususlardır.

12 <<https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-prepares-launch-Incoterms®-2020/>> Erişim Tarihi 30 September 2020.

13 <<https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-prepares-launch-Incoterms®-2020/>> Erişim Tarihi 30 September 2020.

IV. Incoterms®'in Hukuki Niteliği

Incoterms® kural olarak taraflarca sözleşmeye eklenmesi hususunda iradeleri olmadığı sürece bağlayıcı bir nitelik kazanmaz. Bu durumda Incoterms®'in hukuki niteliğinin belirlenmesinde fayda vardır. Zira doktrinde de bu konuda farklı görüşler yer almaktadır. Incoterms® içinde belirtilen hususlar uluslararası ticari sözleşmelerde nakliye ve teslim hususlarında uzun zamandan beri devam edegelen yerleşik uygulamaların yansımasıdır. Bu nedenle uluslararası hukuk kişilerinin tutum ve davranışları sonucu birlikte oluşturdukları yazılı olmayan uluslararası hukuk kuralları olarak tanımlanan uluslararası örf ve âdet kuralları ile benzerlik göstermektedir¹⁴. Incoterms®'in uygulanabilmesi tarafların üzerinde mutabık kalıp bu kuralları sözleşmeye dâhil etmesi halinde mümkün olacaktır. Tarafların yapacakları sözleşmenin bu kurallara tabi olduğunu kararlaştırmaları gerekir¹⁵. Zira Incoterms® kanun özelliği taşımaz¹⁶. Incoterms® taraflarca sözleşmeye dâhil edilmesi şartıyla uygulanan kurallar bütünüdür¹⁷. Uluslararası örf ve âdet kuralları ise uyumsuzluğa uygulanacak bir hüküm bulunmaması halinde kendiliğinden uygulanan kurallardır. Uygulanma şekli bakımından bu fark Incoterms®'in uluslararası örf ve âdet hukuku olarak öngörülmesini engeller.

Ticari teamül olarak değerlendirilmesi bakımından ise teamülün tanımı itibariyle uzun zamandır uygulanabilir olma koşulu Incoterms® açısından doğru olmayacaktır. Zira Incoterms® kuralları zaman içerisinde birçok değişikliğe uğramış ve çeşitli revizyonlara tabi tutulmuştur. Alman Hukuku'nda Incoterms®'in ticari teamül olarak kabul eden görüş, sözleşmeyi ilgilendirmese dahi uygulama alanı bulabilmesini gerekçe olarak göstermektedir¹⁸. Bu görüş, HGB 346 hükmü çerçevesinde tacir sıfatına sahip tarafların ticari teamüllere uygun hareket etme zorunluluğuna dayanmaktadır. Alman Hukuku ile Türk Hukuku arasında ticari teamüllerin uygulanması bakımından da önemli bir fark bulunmaktadır. Alman Hukuku'nda ticari teamüllerin uygulanması için tarafların onay veya bilgisine gerek yokken, Türk Hukuku'nda ticari teamüllerin uygulanması için taraflarca iddia ve ispatı gerekmektedir¹⁹. Incoterms®'leri, sözleşmeye dâhil edilmesi ile doğrudan uygulama kabiliyetinin bulunması nedeniyle ticari teamül olarak nitelendirmek de çok doğru olmayacaktır.

14 Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (8th edn, Beta 2020) 11; Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk* (17th edn, Turhan 2019) 104 vd.; Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, (13th edn, Beta 2019) 104 vd.

15 Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, (26th edn, Seçkin 2020) 16 vd.

16 Von Frederic Eisemann, *Die Incoterms® in Handel und Verkehr* (1st edn, GOD –Verlag, Wien 1966) 18.

17 Hartmut Schneider, 'Incoterms® 1990', 1991 RIW 92; Wolfgang Lehr, *Der Exportvertrag*, (1st edn, Heymanns 1998) 110.

18 Said Dilshad, *Das Risiko der Erteilung von Exportgenehmigungen nach den Incoterms®, verglichen mit dem BGB*, (Dissertation, Trier 1993) 36; Von Norbert Horn, Heymann, *Handelsgesetzbuch*, Hrsg. (1st edn, 1990) § 346. Bunun yanında Incoterms® düzenlemelerini doğrudan ticari teamül olarak değil de çekirdek ve yan alanlar olmak üzere iki bölüme ayıran ve çekirdek alanın ticari teamülleri yan alanın ise ancak taraflarca onaylanması ve sürekli olarak uygulama şartına bağlayarak çekirdek alan haline gelebileceğini savunan görüşler için bkz. Jürgen Basedow, 'Die Incoterms® und der Container oder wie man kodifizierte Usancen reformiert' (1979) 43 RabelsZ 116 vd; Frédéric Eisemann/ Werner Melis, *Incoterms® 1980, Kommentar*, (1st edn, Wien 1980) Rn. 30.

19 Fatih Doğan, 'Incoterms® 2000' (2002) (Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı) 337, 343-344.

Bununla birlikte Incoterms®'lerin lex mercatoria olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği de tartışma konusu olmuştur. Lex mercatoria kavramı²⁰ yeknesak bir tanımlı olmadığı için doktrinde birçok farklı açıdan tanımlanan geniş bir kavram olmakla birlikte genellikle maddi hukuk kurallarını tamamlamak üzere uluslararası ticaret hukukuna özgü normlar bütünü olduğu kabul edilmektedir²¹. Zira lex mercatoria, hiçbir milli hukuk sistemini referans almaksızın, uluslararası ticaret anlayışı içinde kendiliğinden oluşmuş ya da seçilmiş, örf, âdet ve genel prensipler dizisidir²². Uluslararası ticaretle ilgili uyumsuzluklarda ilgili devletler tarafından kabul edilmiş kurallardır. Eğer bu ortak kurallar tespit edilemiyorsa somut olay için en adil ve uygun kurallardır²³.

Bir başka tanıma göre ise lex mercatoria, milletlerarası ticarî ilişkileri düzenlemek amacıyla geliştirilmiş bulunan kurallar ile bu ticarete beynelmilel bir kabule mazhar olmuş (veya en azından yaygın biçimde benimsenmiş) ticarî örf, âdet ve teamülleri kapsar. Bunların bir kısmı genel, bir kısmı ise milletlerarası ticaretin muayyen ve sınırlı alanları ile ilgilidir²⁴.

Lex mercatoria kavramının yeknesak kabul edilen açık bir tanımlı olmadığı için kapsamını da belirlemek zorlaşmaktadır. Bu nedenle lex mercatoria kavramının kullanıldığı mahkeme içtihatlarından yararlanılmaktadır. Lex mercatoria'ya atıfta bulunan örneğin ICC hakem kararlarında lex mercatoria kavramının Unidroit İlkelerine yansıtıldığını görüyoruz²⁵. Bu ilkeler ise iyi niyet ve dürüstlük, ahde vefa

- 20 Lex mercatoria kavramı için bkz. H. Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku (2nd edn, Vedat 2020) 1-49; Erdem, Makaleler 2007-2016 (n 8 312; H. Ercüment Erdem, 'Lex Mercatoria ve ICC Tahkimi', H. Ercüment Erdem (edn), *Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler 2008* (n 11), 323; Orsolya Toth, *The Lex Mercatoria in Theory and Practice* (1st edn, Oxford 2017); Philippe Fouchard, 'Les Usages, l'arbitre et le juge, à propos de quelques récents arrêts français', *Mélanges Berthold Goldman* (Litec 1982) 67, 67 vd.; Emmanuel Gaillard, 'La Distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international', *Mélanges P. Bellet* (Litec 1991)203, 203-217; Berthold Goldman, 'The Applicable Law: General Principals of Law- Lex Mercatoria', in Julian Lew (edn), *Contemporary Problems in International Arbitration* (Springer 1986) 113 vd.; Berthold Goldman, 'Frontières du Droit et Lex Mercatoria', 1964 (9) *Archives de Philosophie du Droit* 177, 177 vd.; Berthold Goldman, 'Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria', (1993), *Festschrift Pierre Lalive*, 241, 241 vd.; Clive M. Schmitthoff, *International Business Law: a New Law Merchant, Current Law and Social Problems* (1st edn, University of Toronto Press 1961) 129 vd.; Clive M. Schmitthoff, 'The Unification of the Law of International Trade', (1st edn, Gothenburg School of Economics and Business Administration Publication 1964) 5-28; Tolga Ayoğlu, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet - Teamüller Olarak Lex Mercatoria* (2nd edn, Vedat 2011) 122 vd.; Tolga Ayoğlu 'Some Reflections on the Sources of Lex Mercatoria' in Ahmet Cemil Yıldırım, Serhat Eskiyoörük (eds), *Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria*, (XII Levha 2014) 27-36; Arzu Oğuz, *Lex Mercatoria*, (1st edn, Yetkin Yayınları, 2004); Filali Osman, *Les Principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anatonial* (1st edn, LGDJ 1992).
- 21 Erdem, Makaleler 2007-2016 (n 8) 312; Erdem, 'Lex Mercatoria ve ICC Tahkimi', H. Ercüment Erdem (ed), *Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler 2008* (n 11) 323.
- 22 Monica Killian, 'CISG and the Problem with Law Jurisdictions' (2000-2001)10 *Journal of Transnational Law and Policy* 217, 219.
- 23 Olé Lando, 'The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration' (1985) 34(4) *International and Comparative Law Quarterly* 749, 749 vd. Aynı zamanda bkz. Olé Lando, 'The Law Applicable to the Merits of the Dispute' in Sarcevic (edn), *Essays on International Commercial Arbitration* (Graham & Trotman 1991) 145 vd.
- 24 Şanlı, 'Uygulanacak Hukuk' (n 5) 314.
- 25 ICC Karar no: 7110, 1999/2 *Bulletin d'Arbitrage CCI* 40-50; The Ministry of Defence and Support for Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Westinghouse Electric Corporation (1996) ICC Case No. 7375 <<https://jsumundi.com/en/document/decision/en-the-ministry-of-defence-and-support-for-armed-forces-of-the-islamic-republic-of-iran-v-westinghouse-electric-corporation-award-on-preliminary-issues-wednesday-5th-june-1996>> Erişim Tarihi 18 October 2020; ICC Karar no: 8502, 1999/2 *Bulletin d'Arbitrage CCI*, 74-77. Erdem, Makaleler 2007-2016, 315, dn. 13.

gibi tarafların sözleşmede yazılı olarak belirlememeleri halinde dahi uyulması zorunlu ilkelere. Kaldı ki, ticari örf ve adet kavramından ayrıt edilmesi son derece zor olan *lex mercatoria* kuralları taraflarca açıkça reddedilmedikçe taraflar için bağlayıcıdır. Hatta bu nedenle Incoterms® doktrinde yazılı ticari adetlere örnek olarak gösterilmiştir²⁶.

Doktrinde Incoterms®'in *lex mercatoria*'nın önemli bir bileşenini oluşturduğu yönünde şüphe yoktur²⁷. Doktrindeki asıl tartışma taraflarca atıfta bulunulmayan hallerde Incoterms®'in uygulanıp uygulanamayacağı konusunda yoğunlaşmaktadır. Bu konuda aksine görüşler²⁸ olsa da genel yaklaşım Incoterms®'in taraflar arasındaki sözleşmede özel olarak atıfta bulunmasalar dahi CISG m. 9(2) hükmü²⁹ gereğince sözleşmenin bir parçası olarak kabul edilerek uygulanabilir olmasıdır³⁰.

Incoterms®'in yorum aracı olarak tanımlandığı durumlar da mevcuttur. Örneğin Alman doktrininde sözleşmenin tamamlayıcı yorumunun güven nazariyesi çerçevesinde yapılması yoluyla Incoterms®'in uygulanabileceği görüşü hâkimdir³¹. Alman Federal Mahkemesi de Incoterms®'i normatif karakterli tamamlayıcı yorum kuralı olarak öngörmektedir³².

Tüm bu verilerden hareketle Incoterms®'i, uluslararası ticaretin en yaygın türü olan mal satışlarıyla ilgili olarak ortaya çıkan teamüllerin Milletlerarası Ticaret Odası tarafından bir araya getirilmiş uyulması zorunlu olmayan yeknesak yorum kuralları bütünü olarak nitelemek yanlış olmayacaktır³³.

26 Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (n 20) 172.

27 Ahmet Cemil Yıldırım, 'Solid, Liquid and Gas Forms of the New Lex Mercatoria: How do They Operate in Practice?' in Ahmet Cemil Yıldırım and Serhat Eskiyoğru (eds), *Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria* (XII Levha 2014) 24; Musa Aygül, 'Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması' (2004) 12(3-4) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 45, 68; Süheyla Balkar, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları* (2002) Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 90; Didier Le Masson 'Les Incoterms®' in Yves Derains et de Jacques Ghestin (eds), *La Convention de Vienne sur la vente Internationale et les Incoterms®*, Actes du Colloque des 1er 2 décembre 1989, (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1990)39; Berthold Goldman 'La Lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives', (1979) 106 Journal du Droit International, 477, 477 vd.; Sibel Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri (1st edn, Legal 2008) 143-158; Bahadır Erdem 'Incoterms®'in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukuki Niteliği' (1990) 1-2 MHB 65 vd.

28 Arslan Kaya, Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı and N. Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, (6th edn Vedat 2019) 333.

29 CISG m. 9: (1) Taraflar, uygulanmasını kabul ettikleri teamüller ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklarla bağlıdır. (2) Aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği ve milletlerarası ticarete aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerin sözleşmelerine ve sözleşmenin kurulması aşamasına uygulanmasını zımnen kabul ettikleri varsayılır.

30 Jan Ramberg, *ICC Guide to Incoterms® 2000 'Understanding and Practical Use'* (ICC Services Publications No. 620, 1999) 10; Chalarambos Pamboukis 'The Concept and Function of Usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods' (2005-2006) 25 Journal of Law & Commerce, 107, 129; Henry Gabriel, 'International Chamber of Commerce Incoterms® 2000: A Guide to Their Terms and Usage' (2001) 5, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, 41, 43; Balkar (n 27) 84 vd; Doğan (n 19) 352; Le Masson (n 27) 39.

31 Erdem (n 27) 77.

32 Doğan (n 19) 346.

33 H. Ercüment Erdem, *SİF Satışlar - CIF Sales* (Beta 1999) 5.

Bu anlamda Incoterms®'leri sözleşmelerinde kullanmak isteyen taraflar Incoterms® içinde yer alan belirli bir teslim şeklini anlaşılmaya açıkça dahil etmedikçe, Incoterms® yasal olarak bağlayıcı olmayacaktır. Bunu kolaylaştırmak için MTO, Incoterms®'lerin kullanımı şöyle bir şablon önermektedir:

“[seçilen Incoterms® kuralı] [belirlenmiş liman, yer veya nokta] Incoterms® 2020”.

Örneğin, CIF Marsilya Incoterms® 2020 veya DAP 1 Port Street, Teslim Şehri, Teslim Edilen Ülke Incoterms® 2020 gibi.

Bu tür bir formülasyonu kabul ederken, taraflar bazı hususlara dikkat etmelidir. Öncelikle ticari marka işaretini kullanmak gerekli değildir, ancak kullanılan Incoterms® yılını belirtmek önemlidir, aksi takdirde Incoterms®'in hangi versiyonunun doğru olduğu konusunda bir uyuşmazlık söz konusu olabilir ve amaçlanandan farklı bir sonuca yol açabilir. Ayrıca taraflar, seçilen Incoterms®'e bağlı olarak, teslimat yerini, varış yerini veya her ikisini de ifade edebilecek doğru “belirlenmiş liman, yer veya nokta” eklemelidir. Zira C’li terimler dışındaki tüm Incoterms® kurallarında belirlenen yer malların teslim edildiği yeri başka bir ifadeyle hasarın satıcıdan alıcıya geçtiği yeri ifade eder. D’li terimlerde belirlenen yer teslim yeri ve aynı zamanda varma yeridir ve satıcı o noktaya kadar taşımayı ayarlamakla yükümlüdür. C’li terimlerde belirlenen yer satıcının malları o yere kadar taşımalarını ayarladığı ve ödemesini yaptığı varma yeridir ancak bu yer teslim yeri veya teslim limanı değildir³⁴. Karışıklığı önlemek için, taraflar her bir Incoterms® kuralında yer alan ve on madde halinde sıralanan iç sıralamadan yararlanabilir. Her bir Incoterms® kuralında yer alan A/B maddeleri önemlidir. Bu sıralamalarda yer alan A harfi satıcının yükümlülüklerini B harfi ise alıcının yükümlülüklerini gösterir. Incoterms® 2020 kurallarında A1/B1 (Genel Borçlar) maddesinde tarafların temel olarak mallara ve ödemeye ilişkin yükümlülükleri düzenlendikten sonra Teslim ve hasarın geçişi sırasıyla A2 (Teslim) ve A3 (Hasarın Geçiş) maddeleri olmak üzere daha öncelikli bir konuma yerleştirilmiştir. Dolayısıyla taraflar karışıklığı önlemek amacıyla Incoterms® 2020 kurallarının sıralamasında taraflar her zaman Incoterms® 2020’nin uygun bölümünün A2 (“Teslimat”) maddesine başvurmalıdır. A ve B maddelerinin sıralamasında yapılan bu değişiklikte amaç tacirlerin çeşitli Incoterms® kuralları arasındaki farkları örneğin satıcının alıcıya malları teslim ettiği ve hasarın geçtiği farklı zaman ve yerleri daha kolay fark etmelerini sağlamaktır³⁵. Bundan sonraki sıralama ise A4/ B4 taşıma ve sigorta gibi yan sözleşmeler, A5/ B5 sigorta, A6 teslim B6 ise taşıma belgesi A7 ihracat B7 ithalat için gerekli gümrük işlemleri A8/ B8 kontrol, ambalajlama ve işaretleme işlemleri A9/ B9 masraflar ve A10/ B10 ihbarlar olmak üzere sıralanmıştır³⁶.

34 Incoterms® 2020 by the International Chamber of Commerce, İç ve Dış Ticarete İlişkin Ticari Terimlerin Kullanımı İçin ICC Kuralları, ICC Yayın No: 723 ET (2019) 3.

35 ibid 12.

36 ibid 11-12.

Incoterms® 2020'nin bir satış sözleşmesine dâhil edilmesi, üçüncü tarafları bağlamaz veya başka bir sözleşmeyi yönetmez; girilen herhangi bir taşıma sözleşmesinin, sigorta sözleşmesinin veya akreditifin, kabul ettikleri Incoterms®'e uygun olmasını sağlamak yalnızca satıcı ve/veya alıcı içindir.

Incoterms® kuralları ilk defa hem on bir Incoterms® kuralını sıralayarak geleneksel düzende hem de her bir Incoterms® kuralında yer alan ve satıcı ve alıcının yükümlülüklerinin belirlendiği A ve B olarak belirlenen on maddenin önce satıcı sonra da alıcı için sıralandığı yeni yatay düzende yayımlanıyor³⁷.

V. Incoterms® Grupları ve Gruplar Arasındaki Temel Farklar

Incoterms® 2010'dan itibaren sunuş açısından 1990 yılında getirilen ve 2000 versiyonunda da sürdürülen dörtlü ayırım Incoterms® 2020 kurallarının diziliminde de terk edilerek; terimler, tüm taşıma türlerini kapsayan kurallar ve deniz ve içsu taşımalarını kapsayan kurallar olmak üzere iki grup altında ele alınmıştır³⁸. Çalışmamızda da aşağıda detaylıca incelendiği üzere aynı metod kullanılmıştır. Ancak kanaatimizce yine de eski dörtlü ayırımı kısaca hatırlamakta fayda bulunmaktadır. Zira terimlerin ana özelliklerini kavramakta yardımcı olmaktadır. Buna göre dört ana grup olan E, F, C ve D gruplarında E grubu satışlardan D Grubu satışlara doğru ilerledikçe satıcının sorumluluğu artmaktadır. Kurallar ücret, risk, formaliteler için sorumluluk ve ithalat ve ihracat ile ilgili konulara göre sınıflandırılır. Incoterms® kurallarının birbirine en uç noktadaki iki kuralı EXW ile DDP'dir. Birbirine iki zıt noktada bulunan E Grubu Teslim Şekli ile D Grubu teslim şekilleri arasında üç adet F grubu teslim şekli (FCA, FAS ve FOB) ve 4 adet C Grubu teslim şekli (CPT, CIP, CFR ve CIF) bulunmaktadır.

Tüm F ve C Grubu teslim şekillerinde teslim yeri öngörülen taşıma işleminin satıcı tarafındadır. Bu Incoterms® kurallarına göre yapılan satışlar yükleme yerinde satış olarak da adlandırılır. F ve C Grubu teslim şekillerinde hasar ana taşımanın satıcı tarafında geçer, öyle ki satıcı, malların varma noktasına ulaşmış olup olmadığına bakılmaksızın teslim yükümlülüğünü yerine getirmiş olur. Teslimin transit geçiş döngüsünün erken bir aşamasında satıcı tarafında gerçekleştiği yükleme yerinde satışların bu özelliği, ilgili terimin deniz taşımalarına özgü veya tüm taşıma türleri için tasarlanan kurallardan olup olmadığına bakılmaksızın F'li ve C'li terimler için olağandır. Öte yandan F'li ve C'li terimler malların teslim yeri veya limanının ötesine taşınması için sözleşme yapan veya bunu ayarlayan tarafın satıcı mı yoksa alıcı mı olduğu bakımından farklılık gösterir. F'li terimlerde taraflar aksini kararlaştırmadıkça bu tür ayarlamaları yapan alıcıdır. C'li terimlerde ise bu yükümlülük satıcıya aittir³⁹.

³⁷ ibid 12.

³⁸ Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (n 20) 77.

³⁹ Incoterms® 2020 (n 34) 5-6.

E Grubu (Çıkış) teslim şeklinde ise satıcı kendisinin belirlediği bir teslim noktasında alıcı için hazır etmekle yükümlüdür. Belirlenen yer satıcının kendi işyeri de olabilir⁴⁰. E grubunda sadece Incoterms® EXW vardır. Satıcı gümrük işlemleri ve/veya ihracat iznini almakla yükümlü değildir. Aynı zamanda yükleme risk ve maliyetlerini de üstlenmez. Bu yönleriyle bu terim satıcı için en az yükümlülük getiren terimdir.

F Grubu teslim şekillerinde ise (Ana Taşıma ödenmemiş olarak) satıcı malları alıcı tarafından saptanıp atanan bir taşıyıcıya teslim eder⁴¹. Satıcı, ihracat gümrükleme yükümlülüklerini yerine getirmekle mükelleftir. Satıcı nakliye ve sigorta masraflarını ödemez. FCA, FAS ve FOB teslim şekilleri bu gruba aittir. Terimdeki “F” harfi İngilizce’deki “free” kelimesinin baş harfi olup “masrafsız” anlamındadır ve Türkçe’de de “franko” terimine karşılık gelmektedir. Bu gruptaki terimlerin öngördüğü taşımaya ilişkin masraflar alıcı tarafından karşılanır. Satıcının malları taşıma rizikolarına karşı sigorta ettirmek yükümü yoktur; alıcı dilerse bu tür bir sigortayı kendi adına ve hesabına masrafları da kendine ait olmak üzere yaptırabilir. “F” Grubu terimler, satıcı malları teslim borcunu, yükleme limanında ifa ettiğinden yüklemede satışlar grubundadır⁴².

C grubunda (Ana Taşıma ödenmiş olarak), satıcı nakliyeciyile bir taşıma sözleşmesi yapar ve masrafları üstlenir. Bu durumda satıcı ihracat izinlerinin alınmasından sorumludur. C Grubu teslim şekillerinde malların gemiye yüklendiği, taşıyıcıya tevdi edildiği veya taşıyıcının tasarrufuna bırakıldığı andan itibaren risk satıcıdan alıcıya geçer. Malların tesliminden sonra nakliye ve diğer etkinliklerle ilgili tüm hususlar alıcının sorumluluğundadır⁴³. C Grubu CFR, CIF, CPT ve CIP Incoterms® kurallarını içermektedir. Bu gruptaki terimlerin diğer terimlerden ayrıldığı konu iki kritik nokta içermesidir: Bunlardan biri satıcının hangi noktaya kadar taşıma sözleşmesini yapmak ve masraflarını karşılamakla yükümlü olduğu diğeri de hasarın geçişiyle ilgilidir. “C” grubu terimler de yüklemede satışlar grubundadır. Satıcının varma yerine kadar taşıma masraflarını ve mallara ilişkin diğer masrafları ödemesi uygulamada bu kuralların boşlatmada teslim şartlı kurallar olarak algılanmasına neden olur. Bu algı tamamen hatalıdır ve masrafların varma yerine kadar ödenmesi, satıcının teslim borcunu varma yerinde yerine getirdiğini göstermez. Teslim yükleme yerinde gerçekleşir⁴⁴.

Varış limanına ilişkin D Grubu teslimlerde ise satıcı malları belirli bir yere veya varış limanına teslim etmekle yükümlüdür. Bu Grup DAP, DPU ve DDP teslim şekillerini içerir. “D” grubu terimlerde satıcı malların varma yerine veya noktasına ulaşmasından sorumlu olup bu aşamaya kadarki bütün hasar ve masrafları karşılar. Bu nedenle boşaltmada satışlar grubu içinde yer alırlar.

40 ibid 21.

41 Jan Ramberg, *ICC Guide to Incoterms® 2010*, (ICC Services Publications No. 720 E 2011) 50.

42 Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (n 20) 77.

43 Incoterms® 2020 (n 34) 6.

44 Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (n20) 78.

Incoterms® teslim şekilleri ile ilgili olarak Incoterms® 2010 yılında getirilen grüplama ayrımı Incoterms® 2020 versiyonunda da devam etmektedir. Buna göre EXW, FCA, CPT, CIP, DAP, DPU ve DDP tüm taşıma türleri için geçerli olurken FAS, FOB, CFR, CIF ise sadece Deniz ve İçsu Taşımacılığında kullanılabilir.

Seçilen Incoterms® kuralına ek olarak bu kuralın yanında belirtilen yer daha da önemlidir. Zira C Grubunda yer alan teslim şekilleri dışındaki tüm Incoterms® kurallarında, taraflarca belirlenen yer malların nereye teslim edildiğini ve aynı zamanda riskin satıcıdan alıcıya hangi noktada geçtiğini gösterir. D Grubu teslim şekillerinde ise taraflarca belirlenen yer teslimat yeri, aynı zamanda varış yeridir ve satıcı bu noktaya kadar taşımayı üstlenmektedir. C Grubu teslim şekillerinde taraflarca belirlenen yer, satıcının malların taşınması için organize olması ve ödemesini üstlendiği ana taşımanın varış yerini belirtir, ancak burası teslim yeri veya limanı değildir. Örneğin açıkça belirtilmemiş bir varış noktasına sahip bir Incoterms® 2020 CPT teslim şekli, her iki tarafı da satıcının malların taşınması için sözleşme yapması ve ödeme yapması gerektiği konusunda şüpheye düşürecektir. Seçilen Incoterms® kuralında, duruma göre bağlantı noktasını, yeri veya noktayı adlandırırken coğrafi açıdan olabildiğince spesifik olarak belirlemek bu tür sorunları önlemek için en uygun yol olacaktır.

VI. Incoterms® 2020 Değişikliklerine Neden İhtiyaç Duyuldu?

Incoterms®'in belirli periyodlarla gözden geçirilerek güncellenmesindeki en önemli gerekçe çağın getirdiği ticari uygulamaları izlemek ve gereksinimleri bunlara uygun bir şekilde karşılayabilmektir. Incoterms® kuralları 1980'den beri onar yıllık periyodlar halinde değiştirilmiştir. Ancak bu durum ticari uygulamaların da on yılda bir değiştiği anlamına gelmez. Ticari uygulamalar, teknolojik ilerlemelere de bağlı olmak üzere, çok daha hızlı gelişir. Ancak Incoterms® kurallarının aynı sıklıkla değiştirilmemesinin sebebi metnin bilinirliğini ve uygulanabilirliğini azaltmamak içindir. Bu nedenle, Incoterms® kuralları ancak yeni ve önemli ticari uygulamalar ortaya çıktığında değiştirilir⁴⁵. Incoterms®'in sürekli olarak gözden geçirilmesi ve yenilenmesindeki diğer bir sebep de Incoterms®'in kullanımını ve anlaşılmasını kolaylaştırmak amacıyla sunum ve kaleme alınış şeklinde değişiklik yapmaktır⁴⁶. Incoterms® 2020 kurallarında da en çok bu konu üzerinde yoğunlaşarak düzenlemeler yapılmıştır.

1990 yılında yapılan değişikliklerde ise başlıca iki neden göze çarpar. İlk neden elektronik bilgi transferinin ("échanges de données informatiques -EDI-") ticari hayatta gün geçtikçe daha fazla kullanılmasıydı. Ticari faturaların, gümrük işlemleri için gereken diğer belgelerin ve taşıma belgelerinin elektronik olarak transferi birçok sorunu da beraberinde getirdi. Ancak Incoterms® 1990 ile EDI mesajı kullanılarak

45 Ramberg, *Incoterms® 2010* (n 41) 8.

46 Mario Glowik and Slawomir Smyczek, *International Marketing Management: Strategies, Concepts and Cases in Europe* (Oldenbourg, 2011) 281.

bu sorunların üstesinden gelmek hedeflendi⁴⁷. İkinci neden ise taşıma alanında görülen yeni gelişmeler ve özellikle konteynerle taşımalar ile ro-ro taşımalarının yaygınlaşmasıydı⁴⁸.

Incoterms® 2000'nin getirdiği değişikliklerin nedeni bir yandan hükümlerde maddi değişiklikler yapılarak uygulamada sorun yaratan hükümlerin yeniden düzenlenmesi, diğer yandan da Incoterms®'in kullanımını ve anlaşılmasını kolaylaştırmak amacıyla, sunum ve kaleme alınmış şekli açısından da iyileştirmeler yapmaktı⁴⁹.

Incoterms® 2010 değişikliklerinin sebepleri arasında ise doğru Incoterms® teriminin kullanılması, Incoterms® kurallarının iç ticarete de kullanılmaya başlanması, elektronik iletişimin aratarak kullanılmaya başlanması, 11 Eylül olayından sonra ortaya çıkan malların dolaşımında güvenlik endişeleri gibi unsurlar sayılmıştır⁵⁰.

Komitenin Incoterms® 2020 üzerinde yapmak istediği tüm değişiklikler zaman kaybını önleyecek yönde, basitlik ve yalınlık odaklı olmuştur. Ayrıca gereksiz kelimelerin ve kafa karışıklığına neden olabilecek cümlelerin kaldırıldığı ve günümüz teknolojisine uygun olarak cep telefonlarına uygulama olarak indirilmesini sağlayan bir program olarak da düzenlendiği ilk planda göze çarpan değişiklikler arasındadır. Incoterms® 2020 kurallarının arkasındaki en önemli girişim, bu kuralları kullanmak isteyen tarafları satış sözleşmeleri için doğru Incoterms® kuralına yönlendirmek için nasıl geliştirilebileceğine odaklanmış olmasıdır. Bu nedenle Incoterms® 2020 kurallarında doğru Incoterms® seçimi yapmak için "Giriş" kısmına daha fazla önem verildiğini, satış sözleşmesi ile bağlantılı diğer sözleşmeler arasındaki sınır ve bağlantıların daha net açıklandığını, kılavuz notların geliştirilerek her bir Incoterms® 2020 kuralı için "Açıklama Notları" adı altında notların kullanıldığını, Incoterms® kuralları içinde teslimat ve riske daha fazla önem veren yeniden sipariş verme düzenlemelerinin getirildiğini görüyoruz. Tüm bu değişiklikler, görünüşte şekli olsa da, gerçekte ICC'nin uluslararası ticaret topluluğuna daha yumuşak ihracat/ ithalat işlemlerine yardımcı olma yönünde önemli girişimlerdir. Bu genel değişikliklerin yanı sıra, Incoterms® 2020 kurallarında Incoterms® 2010 kurallarında olduğu kadar olmasa da önemli maddi değişiklikler olduğu görülmektedir.

Incoterms® 2010 ve Incoterms® 2020 arasındaki önemli farkları şu şekilde özetleyebiliriz. Öncelikle gemiye yüklemenin tamamlandığını gösteren yükleme konşimentoları ve FCA Incoterms® kuralında yapılan değişiklikler; masrafların listelenmelerinin diğer Incoterms®lerden farklı olarak her bir ilgili Incoterm kapsamındaki masrafların tek bir iç kural olan A9/ B9 da sıralanması; CIF ve CIP

47 Incoterms® 1990, (ICC Services Publications No. 460) 15.

48 ibid 15-16.

49 Erdem, 'Armağan' (n 8) 223.

50 ibid 223-224; aynı konuda bkz. Ramberg (n 41) 40 – 41.

teslim şekillerinde yer alan farklı sigorta kapsamları; FCA, DAP, DPU ve DDP teslim şekillerinde satıcının veya alıcının kendi taşıma aracıyla taşınması için düzenlemelerin yapılması, DAT teslim şeklinin DPU olarak değiştirilmesi, güvenlikle ilgili şartların taşıma yükümlülükleri ve maliyetlerine dâhil edilmesi ve kullanıcılar için açıklama notları getirilmesi olarak sıralanabilir.

INCOTERMS® 2020'nin amacı, çağın ticari uygulamalarını izleme gereksinimidir. Bunun yanı sıra Incoterms®'in daha doğru kullanımını sağlamak için sunumunun anlaşılır, daha kolay ulaşılır, daha kullanıcı dostu ve daha işlevsel hale getirilmesidir⁵¹. Ayrıca Incoterms® 2010 sonrasında ortaya çıkan ve ticareti önemli ölçüde etkileyen “Doğrulanmış Brüt Ağırlık (Verified Gross Mass: VGM)” konusunda getirilen yenilikler önemli bir etken olmuştur⁵². Ancak Incoterms® 2020 çalışma grubu, VGM'ye ilişkin yükümlülük ve masrafların Incoterms® 2020 içinde düzenlenmesi açısından çok özel ve karmaşık olduğuna karar verdiği için herhangi bir düzenleme getirmemiştir⁵³.

Incoterms® 2020'yi okuduktan sonra kanaatimizce Incoterms®'i daha kullanıcı dostu hale getirmek için tasarlandığını söyleyebiliriz. Zira Incoterms®'te her yıl işlem gören malların hacmi küçümsemeyecek kadar fazla olup MTO da, tarafların işlemleri için uygun olmayan bir Incoterm seçmesinin sonuçlarının işletmelere ne kadar büyük zarar verebileceğini kabul etmiştir. ICC işte bu riski göz önünde bulundurarak tarafların sözleşmelerine en uygun Incoterm'i seçmelerine yardımcı olmak için yola çıkmış ve Incoterms®'in yeni versiyonunu düzenlemiştir.

Bunun yaparken de uygulamacılardan gelen geri bildirimlerin etkisi olmuştur. Özellikle uygulamacılardan masrafların paylaşımına ilişkin olarak meydana gelen uyuşmazlıklar konusunda gelen geri bildirimlere yanıt olarak her bir Incoterm kapsamındaki masrafların tek bir iç kural içine alınması önemlidir. Maliyetlerin genel paylaşımı değişirse de (prensipten, genel olarak, teslimata kadar olan masraflardan satıcının; teslimattan sonra tüm masraflardan alıcının sorumlu olması), ancak maliyetlerle ilgili anlaşmazlıkların sıklığını azaltma umuduyla MTO'nun daha fazla netlik sağlamayı amaçladığını görüyoruz.

51 Incoterms® 2020 (n 34), Incoterms® 2020'ye Giriş, 12.

52 1 Temmuz 2016'dan itibaren Denizde Can Emniyeti Uluslararası Sözleşmesi'nin (SOLAS) 2 numaralı kuralı, konteyner gönderimi halinde göndericiye ya konteyneri kalibre edilmiş ve doğrulanmış bir araçla tartma ya da konteynerin içindekileri tartıp boş konteynerin ağırlığını buna ekleme borcu yükler. Her iki halde de VGM taşıyıcı tarafından kayıt altına alınmalıdır. Bu yükümlülüğe uyulmaması durumunda konteyner gemiye yüklenmez (Incoterms® 2020'ye Giriş, 13). Bu tartma faaliyetleri masraf doğurur ve bu masrafların ödenmesi yüklemeye gecikmeye veya malların hiç yüklenmemesine neden olabilir. Uygulamada bu sorunlarla karşılaşıldığı için Incoterms® 2020'nin hazırlık çalışmalarına öncülük eden fikir alışverişlerinde VGM'den doğan masrafların alıcıya mı yoksa satıcıya mı ait olacağı yolunda Incoterms® 2020'de açık bir düzenlemeye gidilmesi önerilmiştir. Incoterms® 2020 (n 34), Incoterms® 2020'ye Giriş, 13; Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (n 20) 57.

53 Incoterms® 2020 (n 34), Incoterms® 2020'ye Giriş, 13.

Incoterms® uygulamalarında karşılaşılan sorunların en başında kullanılan terimlerin içeriklerinin doğru bilinmemesi, kullanılan terimin satım sözleşmesi veya diğer ek sözleşmeler ile uyumlu olmaması terimlerin taraf iradeleri ile uyumlu olmaması veya terimlere yapılan eklemelerle terimlerin içerikleriyle bağdaşmayan sonuçların ortaya çıkması sayılabilir⁵⁴. Taraflar zaman zaman ticari terimlere çeşitli sözcükler ekleyerek bunları kendi kullanımlarına veya amaçlarına daha uygun bir hale getirmek isteyebilirler. Incoterms®, bu tür türetilmiş terimleri yasaklamaz; ancak bunlar için hiçbir şekilde yol göstermez⁵⁵. Tarafların örneğin EXW teriminde satıcının malları alıcının aracına yüklenmesine dair ek yükümlülük kararlaştırılması mümkündür. CIF teriminde alıcının ek sigorta gereksinimini karşılamak amacıyla satıcıya ek sigorta yükümlülüğü getirilmesi mümkündür. DDP teriminde satıcının ithalat masraflarını üstlenip KDV yükümlülüğüne karışmaması gibi eklemeler yapılabilir. Ancak tüm bu varyasyonların yapılabilmesi için tarafların sözleşmede bunu net bir şekilde ifade etmeleri gerekmektedir. Kaldı ki MTO, Incoterms® 2020 kurallarının giriş bölümünde de Incoterms® kurallarının varyantlarına ilişkin uyarılarda bulunmuştur⁵⁶. Tüm bu unsurlar Incoterms® çalışma grubunu bu konuları sadeleştirmek ve uygulamacılar bakımından daha anlaşılır kılarak kullanılmasını kolaylaştırmak için bu yönde Incoterms®'i güncelleştirmeye çalıştığını göstermektedir.

Kanaatimizce daha önceki versiyonlarına nazaran daha sade bir dil ve daha az hukuki içerik kullanılmıştır. Tabi bu nedenle daha detaylı açıklama notları ve özellikle masrafların paylaşımı konusuna daha detaylı analizler getirilmiştir. Aynı şekilde Incoterms® teslim şekillerinde tarafların yükümlülüklerini daha kolay karşılaştırma yapma imkânı sağlamak için Incoterms® 2020'nin sonunda kuralların madde madde metinlerine de yer verilmiştir. Ancak daha da önemlisi Incoterms® kuralları ile diğer uluslararası ticari sözleşmelerle olan ilişkilerinin netleştirilmesi konusunda olmuştur. Zira Incoterms®'in bu yeni versiyonunda Incoterms® kurallarının, taşıma, sigorta veya akreditif gibi sözleşmelerin bir parçası olmadığı, dolayısıyla taraflarca bunların kullanılmasının zorunlu olmadığı, bu nedenle kullanmadıkça bağlayıcı olmadıkları net bir şekilde açıklanmıştır⁵⁷. Ancak bu durum Incoterms® kurallarının bu diğer sözleşmeler üzerinde hiçbir etkisi olmadığı anlamına gelmez. Bu nedenle sözleşmelerin birbiriyle uyumlu olması sorunların azaltılması açısından önemlidir⁵⁸. Bunun dışında Incoterms® 2020'nin hayatın olağan akışına daha yakın ve daha gerçekçi olarak birden fazla taşıma türlerine ilişkin Incoterms® sadece deniz ve içsu taşımacılığında kullanılan Incoterms®'lere göre daha öncelikli ele aldığını düşünüyoruz. Zira sıralama olarak da önce tüm taşıma modelleri incelenmiş daha sonra deniz ve içsu taşımalarına özgü

54 Kuyucu (n 8) 30.

55 Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (n 20) 75.

56 Incoterms® 2020 (n 34), Incoterms® 2020'e Giriş, 17.

57 ibid, Incoterms® 2020'ye Giriş, 9.

58 ibid, Incoterms® 2020'ye Giriş, 9.

kurallara geçilmiştir. Kaldı ki birden fazla taşıma türlerine ilişkin Incoterms® deniz ve içsu taşımacılığında kullanılan Incoterms®'lere göre sayı olarak da daha fazladır.

Burada önemli bir değişikliği de gözden kaçırmamak gerektiği kanaatindeyiz. İlk defa Incoterms® 2010 versiyonunda getirilen konteyner içinde taşınan malların sadece tüm taşıma şekillerine uygun Incoterms® ile taşınmasına dair değişiklik, Incoterms® 2020'de de aynen korunmuştur. Malların bir konteyner içinde taşınması durumunda, Incoterms® 2020 kuralları, teslimatın bir limanda yapılmasına rağmen deniz yoluyla yapılan taşımalara özgü bir Incoterms® kuralının kullanılmaması gerektiğini açıkça belirtir⁵⁹. Bunun gerekçesi de konteynerlerin liman terminallerine başka bir ifadeyle gemiye yüklenmeden önce teslim edilmiş olmasıdır. Örneğin böyle bir durumda deniz taşımaya özgü taşıma olan FAS, FOB, CFR veya CIF kullanılmamalı; bunların yerine FAS veya FOB yerine FCA⁶⁰, CFR yerine CPT ve CIF yerine CIP⁶¹ olan tüm taşıma türlerini kapsayan benzerlerinin kullanılması önerilir. Bu nedenle Incoterms® 2010 kurallarından beri çok fazla dikkat edilmeyen bu husus Incoterms® 2020 versiyonunda dört adet deniz ve içsu taşımalarına özgü Incoterms® (FAS, FOB, CFR ve CIF) için de tekrar dile getirilmiştir. Ancak burada da dikkat edilmesi gereken nokta şu ki bu tür metinler “Kullanıcılar İçin Açıklama Notları” başlığı altında verilmiştir. Kanaatimizce buradaki amaç bu tür uygulamaları bir “yükümlülük” olarak değil de daha çok “öneri” olarak kullanıcıların dikkatine sunmaktır.

VII. Incoterms® 2020 Teslim Şekilleri ve Getirilen Değişiklikler

Incoterms® 2020 teslim şekillerinde de Incoterms® 2010'da olduğu gibi 11 adet teslim şekli öngörülmüştür. Bu teslim şekilleri Incoterms® 2020 kurallarında belirtildiği şekilde öncelikle tüm taşıma türlerini kapsayan EXW, FCA, CPT, CIP, DAP, DPU, DDP olarak daha sonra da deniz ve içsu taşımalarına özgü terimler olarak FAS, FOB, CFR ve CIF olarak sıralandırılacaktır.

A. Tüm Taşıma Türlerini Kapsayan Terimler

1. EXW (Ex Works- İşyerinde Teslim)

Incoterms® 2020 kurallarında EXW teslim şeklinde teslimat ve risklerin transferi malların yüklenmesiyle değil satıcı tarafından alıcının tasarrufuna hazır hale getirilmesiyle gerçekleşmektedir. Başka bir ifadeyle satıcı malları belirlenen teslim yerinde veya ismen belirlenerek kararlaştırılan bir noktada (fabrika, ardiye, depo, işyeri)⁶²

⁵⁹ ibid, Incoterms® 2020'ye Giriş, 14.

⁶⁰ ibid, FOB, Kullanıcılar İçin Açıklama Notları, 103.

⁶¹ ibid, CIF, Kullanıcılar İçin Açıklama Notları, 123.

⁶² İşyeri kavramı içerisine fabrika veya depo gibi belirlenen bir yer de girmektedir (Incoterms® 2020 (n 34), EXW, Kullanıcılar İçin Açıklama Notları 21; Ekşi (n 3) 191-192.

alıma hazır vaziyette herhangi bir taşıma aracına yüklenme zorunluluğu olmadan alıcının tasarrufuna bırakarak teslim etme yükümlülüğüne girdiği teslim şeklidir (EXW A2). Yargıtay'ın da konuya ilişkin bir kararında EXW teslim şeklinde satıcının yükümlülüğü "... MTO tarafından düzenlenen Incoterms® kurallarına göre "satıcının işyerinde teslim" kaydının (EX WORK) bulunduğunu, bu kaydın ticari işletmede teslim anlamına geldiğini, eğer aksine bir düzenleme yoksa satıcının tek yükümlülüğünün emtiayı ticari işletmesinde alıcının emrine hazır bulundurmak olduğunu..." şeklinde ifade edilmiştir⁶³. Belirli bir teslim noktası kararlaştırılmamışsa ve teslim için birden fazla uygun nokta var ise satıcı bu teslim noktalarından kendi amacına en uygun olanını seçebilir (EXW A2)⁶⁴. Ancak Incoterms® 2000 versiyonundan bu yana EXW teslim şekli kararlaştırırken tarafların kesinlikle teslim yerini belirlemek zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Böylece teslim yerinin kararlaştırılmaması durumunda geçerli olan "alışılmış yer" kavramı da kaldırılmıştır⁶⁵. Mallar teslim edildiği ana kadar tüm hasar ve ziya satıcının üzerinde olup mallar teslim edildiği andan itibaren mallara ilişkin tüm hasar ve ziya alıcıya geçmektedir(EXW B3)⁶⁶.

Satıcı malların teslim edilmesi için gerekli kontrol işlemlerine ait masrafları karşılamalıdır. Satıcı satılan malların ambalajsız taşınmasının belirli bir ticari teamül olma hali dışında malları masrafları kendisine ait olmak üzere ambalajlamalıdır (EXW A8)⁶⁷.

Satıcının alıcıya karşı taşıma sözleşmesi yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır (EXW A4)⁶⁸. Malların belirlenen teslim yerinden taşınması için taşıma sözleşmesi yapmak veya malların bu şekilde taşınmasını ayarlamak masrafları kendine ait olmak üzere alıcıya aittir (EXW B4)⁶⁹. Bununla birlikte yükleme sırasında meydana gelen kayıp ve hasar riski fiziki olarak yüklemeye katılmayan alıcı ile müzakere edilerek satıcının üstünde de bırakılabilir. Uygulamada bu durum, satıcının kendi tesislerinde gerekli yükleme ekipmanına da sahip olduğu veya gerek yüklemedeki güvenlik gerekse de tesisin güvenliği sebebiyle yetkisiz kişilerin satıcının tesislerine erişiminin engellendiği durumlarda yaygın olarak görülmektedir. Bu olasılık göz önüne alındığında, satıcının malları yükleyeceği yerler bakımından tarafların yükleme sırasında malların kaybolması veya hasar görmesi riskini kimin üstleneceği konusunda önceden anlaşmasında fayda bulunmaktadır⁷⁰.

63 Yargıtay 11 HD, 2974/7352, 15.06.2009 <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi 5 October 2020 .

64 Incoterms® 2020 (n 34) 139.

65 Doğan (n 19) 357; Burghard Piltz, 'Incoterms® 2000 – ein Praxisüberblick' (2000) *Juli Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)* 485, 485.

66 Incoterms® 2020 (n 34), 25.

67 ibid 167.

68 ibid 148.

69 ibid 150.

70 Incoterms 2020 (n 34), EXW, Kullanıcılar İçin Açıklama Notları, 22.

Alıcı malları teslim aldığına dair uygun kanıtı satıcıya sağlamalıdır (EXW B6)⁷¹. Satıcının ihracatın yapıldığı ülkede veya malların transit olarak geçiş yaptığı üçüncü ülkelerde ihracat izinlerini alma gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır (EXW A7)⁷². Bu bakımdan satıcı için asgari sorumluluk içeren bir teslim şeklidir. Aslında EXW teslim şekli malların ihraç edilme niyetinin olmadığı iç ticaret için daha uygun olmaktadır. Satıcının ihracat izinlerinin alınmasındaki sorumluluğu alıcının talep edeceği bilgi ve belgelerin temini ile sınırlıdır. Alıcının malları ihraç etmeyi amaçladığı ve ihracat izni almakta zorluk çekeceği durumlarda, alıcının ihracat izni alma yükümlülüğünün ve maliyetinin satıcıya ait olduğu Incoterms® 2020 FCA teslim şeklini tercih etmesi daha faydalı olacaktır⁷³.

2. FCA (Free Carrier – Taşıyıcıya Masrafsız)

Incoterms® 2020 FCA teslim şekli, satıcının malları alıcıya iki yoldan biri ile teslim etmesini ifade eder. Bunlardan ilki malların teslim yerinin satıcının işyeri olması durumudur. Bu durumda mallar alıcı tarafından tayin edilen taşıma aracına yüklendiği zaman teslim edilmiş olur. İkinci senaryoda ise taraflarca belirlenen teslim yeri satıcının işyerinden farklı bir yer ise bu durumda mallar satıcı tarafından tayin edilen taşıma aracına yüklenmiş olarak belirlenen farklı noktaya ulaştığı ve satıcının taşıma aracından boşaltılmaya hazır olduğu ve taşıyıcıya ya da alıcı tarafından tayin edilen diğer kişinin tasarrufuna bırakıldığı zaman teslim edilmiş sayılır⁷⁴. Satıcı masrafı kendisine ait olmak üzere malların teslim edilmesi için gereken kontrol işlemlerine ait masrafları ödemeli (FCA A8)⁷⁵ ve alıcıya teslim edildiğine dair kanıtı alıcıya sağlamalıdır (FCA A6)⁷⁶.

Bu iki teslim şeklinden hangisi seçilirse seçilsin, seçilen bu yer riskin alıcıya transfer edildiği ve masrafların hangi andan itibaren satıcıdan alıcıya geçtiğini belirler. Bu teslim şekli, her türlü taşıma türünden bağımsız olarak ve birden fazla taşıma türünün kullanıldığı teslimatlarda da kullanılabilir. Incoterms® 2020 FCA teslim kapsamındaki bir satış, kesin teslimat noktasını belirtmeden, yalnızca satıcının tesislerinde veya başka bir yerdeki teslimat yerini belirleyerek de kararlaştırılabilir. Ancak tarafların belirtilen teslimat yeri içindeki kesin noktayı olabildiğince açık bir şekilde belirtmelerinde fayda vardır. Kesinleştirilmiş bir teslimat noktası, malların ne zaman teslim edildiğini ve risklerin satıcıdan alıcıya ne zaman transfer edildiğini belirlemesi açısından her iki taraf için de netlik kazandırdığı gibi masrafların alıcının yükümlülüğüne hangi andan itibaren girdiğini de belirlemesi açısından önemlidir. Zira kesin teslimat noktasının

71 Incoterms® 2020 (n 34) 158.

72 ibid 159.

73 Incoterms® 2020 (n 34), EXW, Kullanıcılar İçin Açıklama Notları, 22-23.

74 Incoterms® 2020 (n 34), FCA, Kullanıcılar İçin Açıklama Notları, 29.

75 Incoterms® 2020 (n 34) 167.

76 ibid 156.

belirlenmediği durumlarda, bu alıcı için sorunlara neden olabilir. Bu nedenle satıcı, “amacına en uygun” noktayı seçme hakkına sahiptir; bu nokta, risk ve maliyetlerin alıcıya aktarıldığı teslimat noktası haline gelir. Eğer kesin teslimat noktası sözleşmede netleştirilerek tespit edilmezse, taraflar “amacına en uygun noktayı” seçme hakkını satıcıya bırakmış sayılırlar. Bu durumda alıcı, satıcının malların ziya olduğu veya hasar gördüğü noktadan hemen önceki bir noktayı seçme riskini üstlenmiş olacaktır⁷⁷. Bu nedenle, tarafların ama özellikle de alıcının teslimatın yapılacağı bir yer içindeki kesin noktayı seçmesi menfaatine olacaktır.

Incoterms® 2020 FCA ile satıcı ihracat için malların gümrük işlemlerinin tamamlanmasını üstlenir. Ancak satıcının, ithalat veya üçüncü ülkeler üzerinden transit geçiş için malların gümrüklenmesini üstlenme, herhangi bir ithalat vergisi ödeme veya herhangi bir ithalat gümrük formalitesi yapma yükümlülüğü yoktur⁷⁸.

FCA teslim şekli her türlü taşıma türünü kapsayan kurallardan biri olduğu için malların deniz yolu taşıma için limana kadar malların alıcının karayolu taşıyıcısı ile alınan bir yerden taşıyıcıdan yükleme kaydı içeren bir konşimento düzenlenmesini beklemek liman olmayan bir yerde olası değildir. Ancak karayolu ile malları yükleyen satıcı banka tahsilatı veya akreditif şartı gereği yükleme kaydı içeren bir konşimentoya ihtiyaç duydukları için FCA terimi uyarınca satış yapan bir satıcının yükleme kaydı içeren bir konşimentoya ihtiyacı olduğunda ilk defa Incoterms® 2020 FCA teslim şeklinde seçimlik bir hak tanınmıştır. Buna göre tarafların sözleşmede anlaşmaları halinde alıcı taşıyıcısına satıcıya verilmek üzere yükleme kaydı içeren bir konşimento düzenlemesi yönünde talimat vermelidir. Taşıyıcı ancak limanda mallar gemiye yüklendikten sonra böyle bir konşimentoyu düzenlemekle yükümlü ve düzenlemeye yetkili duruma geldiği gözönünde bulundurulduğunda taşıyıcı elbette alıcının bu talimatına uymayabilir. Ancak masrafları ve hasarı alıcıya ait olmak üzere taşıyıcı tarafından satıcıya konşimento düzenlenmesi halinde satıcı bu belgeyi malların taşıma aracından boşaltılması için konşimentoya gereksinim duyacak olan alıcıya da sağlamalıdır. Söz konusu seçimlik yöntem tercih edildiğinde dahi satıcının alıcıya karşı taşıma sözleşmesinin koşullarına ilişkin herhangi bir yükümlülüğü bulunmadığını belirtmek gerekir. Diğer taraftan yurt içi teslim tarihi ile yükleme tarihleri farklı tarihler olacağından akreditif uyarınca satıcı için başka sorunlar da çıkacaktır⁷⁹.

3. CPT (Carriage Paid To – Taşıma Ödenmiş Olarak)

Taşıma ödenmiş olarak terimi satıcının malları alıcıya kendisi tarafından sözleşme yapılan taşıyıcıya tevdi ederek veya zaten bu şekilde teslim edilmiş malları tedarik ederek teslim etmesini ve hasarı geçirmesini ifade eder. Satıcı bunu kullanılan taşıma

77 Incoterms® 2020 (n 34), FCA, Kullanıcılar İçin Açıklama Notları, 30.

78 ibid.

79 ibid 31.

aracına uygun olan bir şekilde ve yerde malların zilyetliğini taşıyıcıya geçirerek de gerçekleştirebilir. Mallar alıcıya bu şekilde teslim edildikten sonra satıcı, malların varma yerine iyi durumda veya belirtilen miktarda ulaşacağını garanti etmemektedir. Çünkü mallar taşıyıcıya verilerek alıcıya teslim edildiğinde hasar ve ziya satıcıdan alıcıya geçmektedir⁸⁰.

Satıcı malların teslim edilmesi için gereken kontrol işlemlerine ait masrafları ödemeli (CPT A8)⁸¹ ve malların teslim edildiğine dair alıcıya ayrıca ihbarda bulunmalıdır (CPT A10)⁸². Ancak her durumda satıcı malların kararlaştırılan varma yerine taşınması için gerekli taşıma sözleşmesini yapmalıdır⁸³. Bu teslim şeklinde iki yer önemlidir. Birincisi malların teslim edildiği yer ile malların varma yeri olarak kararlaştırılan yer veya noktadır. Tarafların bu yerleri çok net bir şekilde satış sözleşmesine koymaları gerekmektedir. Tarafların belirli bir teslim yeri veya noktası kararlaştırmaması halinde kural olarak hasar malların yalnızca satıcı tarafından seçilen ve alıcının üzerinde hiçbir kontrolünün olmadığı bir noktada ilk taşıyıcıya teslim edilmesiyle alıcıya geçer. Tarafların hasarın daha önceki veya daha sonraki aşamada geçmesini tercih etmeleri durumunda bu durumu satış sözleşmelerinde belirtmeleri ve bu seçimin malların ziya olma ya da zarara uğrama riskini de göz önünde tutmaları gerekmektedir⁸⁴.

Tarafların varma yerindeki ilgili noktayı da satış sözleşmesinde mümkün olduğunca açık bir şekilde belirlemelerinde fayda bulunmaktadır. Zira satıcının varma yerindeki bu noktaya kadar taşıma sözleşmesi yapması ve taşıma masraflarını da üstlenmesi gerekmektedir⁸⁵. Satıcı mutad olarak veya alıcının talebi üzerine masrafları kendine ait olmak üzere kararlaştırılan taşıma için gereken olağan taşıma belgesini veya belgelerini alıcıya sağlamalıdır. Bu taşıma belgesi sözleşme konusu malları kapsamalı ve yükleme için kararlaştırılan süre içerisinde bir tarih içermelidir. Taşıma belgesi aynı zamanda alıcıya varma yerinde malları taşıyıcıdan talep etme hakkı ile malların taşınması sırasında bu belgeyi bir sonraki alıcıya devrederek veya taşıyıcıya bildirimde bulunarak satma hakkı tanımalıdır. Taşıma belgesinin devredilebilir şekilde birden çok asıl olarak düzenlenmesi halinde asıl belgeler tam takım olarak alıcıya sunulmalıdır (CPT A6)⁸⁶.

Satıcı taşıma sözleşmesi uyarınca belirlenen varma yerinde malların boşaltılmasına ilişkin masraf yaparsa, aksi taraflarca kararlaştırılmadığı sürece bu masrafların alıcı tarafından tazminini isteyemez⁸⁷. CPT teriminde satıcının malların ihracat işlemlerini yerine getirmesi gerekir. Ancak satıcının malların ithalat veya üçüncü ülkelerden transit geçiş için

80 Incoterms® 2020 (n 34), CPT, Kullanıcılar İçin Açıklama Notları, 41.

81 Incoterms® 2020 (n 34) 167.

82 ibid 180.

83 Incoterms® 2020 (n 34), CPT, Kullanıcılar İçin Açıklama Notları, 41.

84 ibid 42.

85 ibid.

86 ibid 156.

87 Incoterms® 2020 (n 34), CPT, Kullanıcılar İçin Açıklama Notları, 42.

gümrük işlemlerini tamamlaması, ithalat harçlarının ödenmesi veya ithalat için gereken gümrük işlemlerinin yerine getirilmesine ilişkin herhangi bir yükümlülüğü yoktur⁸⁸.

4. CIP (Carriage and Insurance Paid to – Taşıma ve Sigorta Ödenmiş Olarak)

Taşıma ve Sigorta Ödenmiş Olarak terimi satıcının malları alıcıya kendisi tarafından sözleşme yapılan taşıyıcıya tevdi ederek veya zaten bu şekilde teslim edilmiş malları tedarik ederek teslim etmesini ve hasarı geçirmesini ifade eder. Satıcı bunu kullanılan taşıma aracına uygun olan bir şekilde ve yerde malların zilyetliğini taşıyıcıya geçirebilir de gerçekleştirebilir⁸⁹. Satıcı bunu yaparken teslim edilmesi için gerekli kontrol işlemlerine ait masrafları da ödemelidir (CIP A8)⁹⁰.

Mallar alıcıya bu şekilde teslim edildikten sonra satıcı, malların varma yerine hasar ve ziya olmadan ulaşacağı konusunda garanti vermez. Bunun nedeni mallar taşıyıcıya tevdi edilerek alıcıya teslim edildiğinde hasarın satıcıdan alıcıya geçmesidir. Ancak her durumda satıcı malların kararlaştırılan varma yerine taşınması için gerekli taşıma sözleşmesini yapmalıdır⁹¹. CIP teslim şeklinde malların teslim edildiği yer veya nokta risklerin transferi bakımından, malların varma yeri ise satıcının bu noktaya kadar taşıma sözleşmesi yapmayı taahhüt etmesi bakımından önemlidir⁹².

Satıcı ayrıca alıcının mallara ilişkin hasar ve ziya riskine karşılık teslim noktasından asgari olarak varma noktasına kadar sigorta sözleşmesi yapmalıdır. Bu durum varma ülkesi tarafından sigorta teminatının yerel olarak satın alınmasının talep edildiği hallerde bazı zorluklara neden olabilir. Böyle bir durumda tarafın CPT terimini tercih etmeleri önerilmektedir. Ayrıca alıcı, CIP Incoterms 2020 kuralı uyarınca satıcının, Enstitü Kargo Klozlarının⁹³ (C) klozlarının daha sınırlı kapsamından ziyade, Enstitü Kargo Klozlarının (A) klozlarında veya benzer klozlarda öngörülen geniş kapsamda bir sigorta temin etmesi gerektiğini unutmamalıdır. Ancak yine de tarafların daha düşük bir teminat limiti kararlaştırmaları mümkündür⁹⁴. Zira Incoterms® 2010 kurallarında hem CIF hem de CIP teriminin A3 maddesi uyarınca satıcıya masrafları kendisine ait

88 ibid 42-43.

89 Incoterms® 2020 (n 34), CIP, Kullanıcılar İçin Açıklama Notları, 51.

90 Incoterms® 2019 (n 34), 167.

91 Incoterms® 2020 (n 34), CIP, Kullanıcılar İçin Açıklama Notları, 51.

92 ibid 52.

93 Enstitü kargo hükümleri, Londra Sigortacıları Enstitüsü ve Amerikan Deniz Sigortacıları Enstitüsü de dâhil olmak üzere birçok uluslararası deniz sigortası kuruluşu tarafından gönüllü olarak standart şartlar olarak kabul edilen kargo sigortası poliçeleri için oluşturulan şartlardır. Bu hükümler, malların taşınması sırasında hasar veya kayıp olması durumunda kargodaki hangi öğelerin kapsanacağını belirtmektedir. Enstitü kargo hükümleri, yükten konteynere, kullanılan nakliye türüne kadar her şeyi kapsayabilir. A, B ve C grupları olmak üzere üç temel enstitü kargo madde grupları vardır. Bu hükümler malların asıl bulunduğu yerden nihai varış yerine gönderilirken oluşabilecek rizikolara karşı bir sigorta aracı olarak geliştirilmiştir. Enstitü Kargo A maddesi, en geniş sigorta kapsamı olarak kabul edilir ve bu nedenle en yüksek primin ödendiği riziko gruplarıdır. Enstitü Kargo B maddesi daha kısıtlayıcı bir kapsam olarak kabul edilir ve daha az prim ödemeyi gerektirir. Enstitü Kargo C maddesi ise en kısıtlayıcı kapsam olarak kabul edilir ve genelde en düşük primin ödendiği gruptur. Tabi bununla orantılı olarak kargonun riziko kapsamı da daralmaktadır. <<https://www.jus.uio.no/lm/institute.marine.cargo.clauses.a.1982/doc.html>> Erişim Tarihi 5 October 2020; Bu konuda ayrıca bkz. Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (n 20) 61.

94 Incoterms® 2020 (n 34), Kullanıcılar İçin Açıklama Notları, 52.

olmak üzere, asgari olarak Enstitü Kargo Klozlarının C klozunda veya benzer klozlarda yer alan kapsamda bir yük sigortası temin etme borcu yükliyordu⁹⁵.

Aksi kararlaştırılmadıkça satıcı masrafları kendine ait olmak üzere Enstitü Kargo Kuralları'nın A klozlarında veya kullanılan taşıma aracına uygun benzer maddelerde öngörülen kapsamda bir yük sigortası yaptırmalıdır. Sözleşme güvenilir bir sigorta şirketi ile yapılmalı ve alıcının veya mallara ilişkin sigortalanabilir bir menfaati olan diğer kişilerin doğrudan sigortacıya başvurabilmesine olanak tanınmalıdır. Sigorta kapsamı asgari olarak satış sözleşmesinde belirtilen satım bedelinin %10 fazlasıyla temin edilmeli ve satış sözleşmesinde yer alan para cinsinden kararlaştırılmalıdır. Sigorta malların teslim noktasından varma noktasına kadar taşınmasını kapsamalıdır. Satıcı alıcıya sigorta poliçesini ya da sigorta şahadetnamesini veya sigortanın neleri kapsadığını gösteren tüm belgeleri sunmalıdır (CIP A5)⁹⁶.

Tarafların hem teslim hem de varma yerlerini ve hatta noktalarını net bir şekilde belirlemeleri önemlidir. Şayet taraflar belirli bir yer netleştirmemişlerse kural olarak hasar malların yalnızca satıcı tarafından seçilen ve alıcının üzerinde hiçbir kontrolünün olmadığı bir noktada ilk taşıyıcıya teslim edilmesiyle geçer. Tarafların hasarın daha önceki veya daha sonraki bir aşamada geçmesini tercih etmeleri halinde bunu satış sözleşmelerinde belirtmeleri ve bu seçimin malların ziya olma ya da zarara uğrama hallerinde doğuracağı sonuçları da dikkate almaları gerekmektedir⁹⁷.

Tarafların varma yerindeki ilgili noktayı da satış sözleşmesine çok net bir şekilde belirtmeleri menfaatlerine olacaktır. Zira satıcının bu noktaya kadar taşıma ve sigorta sözleşmesi yapması gerekir. Taşıma ve sigorta masrafları bu noktaya kadar satıcıya aittir. Satıcı taşıma sözleşmesi uyarınca belirlenen varma yerinde malların boşaltılmasına ilişkin masraf yaparsa aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça bu masraflar satıcının üstünde kalır, alıcı tarafından tazminini isteyemez⁹⁸.

CIP terimi uygulandığı ölçüde satıcının malların ihracat işlemlerini tamamlaması gerekir. Bununla birlikte satıcı malların ithalat veya üçüncü ülkelerden transit geçiş için gümrüklenmesi, ithalat harçlarının ödenmesi veya ithalat için gereken gümrük işlemlerinden sorumlu değildir⁹⁹.

5. DAP (Delivered at Place – Belirlenen Yerde Teslim)

Belirlenen yerde teslim terimi satıcının malları alıcıya belirlenen varma yerinde veya taraflarca kararlaştırılmamışsa belirli varma yerindeki noktada gelen taşıma

95 Incoterms® 2020 (n 34) Incoterms® 2020'ye Giriş, 15.

96 Incoterms® 2020 (n 34) 152.

97 Incoterms® 2020 (n 34), CIP, Kullanıcılar İçin Açıklama Notları, 52.

98 ibid 52-53.

99 ibid 53.

aracında boşaltılmaya hazır şekilde malları alıcının tasarrufuna bırakıldığında teslim edilmiş olduğu ve bu andan itibaren hasarın satıcıdan alıcıya geçtiği teslim şeklidir. Satıcı malların belirlenen varma yerine veya belirlenen varma yerinde kararlaştırılan noktaya getirilmesine ilişkin tüm hasar ve ziyayı üstlenir. Mallara ilişkin hasar ve ziya teslim/ varma noktasında alıcıya geçer. Dolayısıyla bu teslim şeklinde teslim yeri ile varma yeri aynı yerdir¹⁰⁰. Söz konusu teslim/ varma yerine kadar yapılan masraflar satıcıya, teslim/ varma yerinden sonra yapılan masraflar ise alıcıya aittir¹⁰¹. Satıcı, malların belirlenen teslim/ varma noktasına taşınmasını ayarlamalı ve bunun için ek iç taşımalar yapılması gerekiyorsa bunları da sağlamalıdır (DAP A4)¹⁰². Satıcı ayrıca malların teslim edilmesi için gereken kontrol işlemlerine ait masrafları ödemelidir (DAP A8)¹⁰³. Aksi takdirde satıcı yükümlülüklerini ihlal etmiş olur ve oluşabilecek her türlü zarardan alıcıya karşı sorumlu olur. Satıcı, malları taşıma aracından boşaltmak zorunda değildir. Ancak yine de boşaltma için masraf yaparsa bu masrafları alıcıya rücu edemez¹⁰⁴.

Satıcı bu teslim şeklinde malların ihracat işlemlerini yerine getirmekle sorumludur. Ancak satıcının malların ithalat veya teslim sonrası üçüncü ülkelerden transit geçiş için gümrüklenmesi, ithalat harçlarının ödenmesi veya ithalat için gereken gümrük işlemlerinin yerine getirilmesine ilişkin herhangi bir yükümlülüğü yoktur. Alıcı ithalat için gerekli işlemleri yerine getirmezse mallar varma noktasındaki bir liman veya terminalde tutulacaktır. Böyle bir yerde iken zararın meydana gelmesi durumunda ise bu zarardan alıcı sorumlu olacaktır¹⁰⁵.

6. DPU (Delivered at Place Unloaded – Belirlenen Yerde Boşaltılmış Olarak Teslim)

Belirlenen yerde boşaltılmış olarak teslim terimi satıcının malları alıcıya sözleşmede belirlenen varma yerinde, böyle bir yer belirlenmemişse belirlenen varma yerindeki ilgili noktada, taşıma aracından boşaltıldıktan sonra malların alıcının tasarrufuna bırakıldığında teslim ederek bu aşamadan sonra hasar ve zıyanın satıcıdan alıcıya geçtiği teslim şeklidir¹⁰⁶.

100 Incoterms® 2020 (n 34), DAP, Kullanıcılar İçin Açıklama Notları, 63.

101 ibid 64.

102 ibid 149.

103 ibid 168.

104 Incoterms® 2020 (n 34), DAP, Kullanıcılar İçin Açıklama Notları, 64.

105 ibid. Böyle bir durumda teslim şekline göre teslim henüz gerçekleşmemesine rağmen hasarın geçişine dair alıcının yükümlülüğünü düzenleyen DAP Teslim Şekli B3 (a) hükmü uyarınca belirlenen iç noktaya kadar olan transit geçiş tamamlanmaya kadar mallara ilişkin hasar ve ziya alıcıya aittir. Alıcı bu sorumluluktan kurtulmak ve satıcının malların ithalat işlemlerini yaparak harç ve vergilerini ödemesini istiyorsa bu durumda DDP teslim şeklini kullanması önerilebilir.

106 Incoterms® 2020 (n 34), DPU, Kullanıcılar İçin Açıklama Notları, 73.

Satıcı malların belirlenen varma yerine getirilmesine ve boşaltılmasına ilişkin tüm hasarı üstlendiği için bu teslim şeklinde varma yerine teslim ile varış aynı anlama gelmektedir. DPU kuralı satıcının malları varma yerinde boşaltmasını gerektiren tek Incoterms® kuralıdır. Taraflar boşaltma masraflarını satıcıya yüklenmek istemiyorlarsa bu durumda yukarıda bahsedilen DAP teslim şeklini kullanmalıdır¹⁰⁷.

Mallara ilişkin hasar ve ziya teslim/ varma noktasında alıcıya geçmektedir. Teslim/ varma noktasından önce yapılan masraflar satıcıya ve söz konusu noktadan sonra yapılan masraflar ise alıcıya aittir. Satıcı malların belirlenen teslim/ varma noktasına taşınmasını ayarlamalı ve bunun için ek iç taşımalar yapılması gerekiyorsa bunları da sağlamalıdır. Aksi takdirde satıcı yükümlülüklerini ihlal etmiş olur ve oluşabilecek her türlü zarardan alıcıya karşı sorumlu olur¹⁰⁸. Satıcı ayrıca malların teslim edilmesi için gereken kontrol işlemlerin ait masrafları ödemelidir (DPU A8)¹⁰⁹.

Satıcı bu teslim şeklinde malların ihracat işlemlerini yerine getirmekle sorumludur. Ancak satıcının malların ithalat veya teslim sonrası üçüncü ülkelerden transit geçiş için gümrüklenmesi, ithalat harçlarının ödenmesi veya ithalat için gereken gümrük işlemlerinin yerine getirilmesine ilişkin herhangi bir yükümlülüğü yoktur. Alıcı ithalat için gerekli işlemleri yerine getirmezse mallar varma noktasındaki bir liman veya terminalde tutulacaktır. Böyle bir yerde iken zararın meydana gelmesi durumunda ise bu zarardan alıcı sorumlu olacaktır. Satıcının ithalat işlemlerinden sorumlu olması kararlaştırılacaksa bu durumda uygulanması gereken teslim şekli DDP olmalıdır¹¹⁰.

7. DDP (Delivered Duty Paid – Gümrük Resmi Ödenmiş Olarak Teslim)

Gümrük resmi ödenmiş olarak teslim terimi satıcının malları alıcıya kararlaştırılan varma yerinde veya böyle bir yer kararlaştırılmamışsa belirlenen varma yerindeki ilgili noktada ithalat için gümrüklenmiş halde gelen taşıma aracında boşaltmaya hazır şekilde malların alıcının tasarrufuna bırakıldığında teslim edilmesi olarak tanımlanabilir. Satıcı malların belirlenen varma yerine veya belirlenen varma yerinde kararlaştırılan noktaya getirilmesine ilişkin tüm hasarı üstlenir. Dolayısıyla bu Incoterms® kuralında da varma yeri ile teslim yeri aynı anlama gelmektedir¹¹¹.

Teslimin varma yerinde gerçekleşmesini ve ithalat harçları ve ilgili vergilerin satıcı tarafından ödenmesini öngören DDP terimi satıcıya en fazla sorumluluk yükleyen bir taşıma şekli olduğu için Incoterms® 2020 kurallarında bu konuda “satıcılar için azami sorumluluk” başlıklı uyarı notu düşülmüştür¹¹².

¹⁰⁷ ibid.

¹⁰⁸ ibid 74.

¹⁰⁹ Incoterms® 2020 (n 34) 168.

¹¹⁰ Incoterms® 2020 (n 34), DPU, Kullanıcılar İçin Açıklama Notları, 74.

¹¹¹ Incoterms® 2020 (n 34), DDP, Kullanıcılar İçin Açıklama Notları, 83.

¹¹² ibid 84.

Mallara ilişkin hasar ve ziya teslim/ varma noktasında alıcıya geçmektedir. Söz konusu teslim/ varma noktası önce yapılan ithalat için gerekli gümrük işlemlerine ilişkin masraflar da dâhil olmak üzere tüm masraflar satıcıya, söz konusu noktadan sonra yapılan ithalat masrafları hariç diğer masraflar ise alıcıya aittir. Satıcı malların belirlenen teslim/ varma noktasına taşınmasını ayarlamalı ve bunun için ek iç taşımalar yapılması gerekiyorsa bunları da sağlamalıdır. Satıcı ayrıca malların teslim edilmesi için gereken kontrol işlemlerinin ait masrafları ödemelidir. Aksi takdirde satıcı yükümlülüklerini ihlal etmiş olur ve oluşabilecek her türlü zarardan alıcıya karşı sorumlu olur. Satıcı malları taşıma aracından boşaltmak zorunda değildir. Ancak yine de boşaltma için masraf yaparsa aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça bu masrafları alıcıya rücu edemez¹¹³.

DDP teslim şeklinde satıcının malları ihracat ve ithalat için gerekli tüm gümrük işlemlerini harçlarını ödemesi gerekir. Satıcı ithalat gümrük işlemlerini yapamıyor veya yapmak istemiyorsa bu durumda DAP veya DPU teslim şekillerinden birini tercih etmelidir. Bu durumda masrafların paylaşımına ilişkin A9 hükmü uyarınca bazı vergisel yükümlülükler doğabilir ve bu vergisel yükümlülükler alıcı tarafından ödenmeyebilir (DDP A9)¹¹⁴.

B. Deniz ve İçsu Taşımalarına Özgü Terimler

1. FAS (Free Alongside Ship – Gemi Doğrultusunda Teslim)

Gemi doğrultusunda teslim satıcının malları alıcı tarafından belirlenen sevkıyat limanında alıcıya geminin yanında (bir rıhtımda veya bir mavnada) teslim etmesini veya zaten bu şekilde teslim edilmiş malları tedarik ederek teslim etmesi anlamına gelir. Mallara ilişkin hasar ve ziya mallar gemi doğrultusunda bırakıldıkları zaman alıcıya geçer ve alıcı bu andan itibaren bütün masrafları üstlenir¹¹⁵. Alıcı satıcıya taşımaya ilişkin gerekli bilgileri, geminin adını, yükleme noktasını ve teslim tarihine ilişkin gerekli ihbarları süresinde yapmazsa, alıcı tarafından tayin edilen gemi süresinde limana yanaşmazsa, malları almazsa veya süresinden önce yük almayı durdurursa alıcı malların sözleşme konusu mallar olduğu açıkça belirtilerek kararlaştırılan tarihten itibaren, kararlaştırılan bir süre yoksa teslim için kararlaştırılan sürenin sonundan itibaren mallara ilişkin tüm hasar ve ziyayı üstlendiği gibi (FAS B3)¹¹⁶. tüm bu gecikme ve malların alınmamasından kaynaklanan masrafları da öder (FAS B9)¹¹⁷.

¹¹³ ibid.

¹¹⁴ ibid.

¹¹⁵ Incoterms® 2020 (n 34), FAS, Kullanıcılar İçin Açıklama Notları, 93.

¹¹⁶ ibid 146.

¹¹⁷ Ibid 177.

Tarafların belirlenen yükleme limanında malların rıhtım veya mavnadan gemiye yükleneceği yükleme noktasını kesin bir şekilde netleştirmeleri gerekmektedir. Zira bu noktaya kadar oluşacak hasar ve ziya masrafları satıcıya aittir ve bu masraflar limandan limana değişiklik gösterecektir¹¹⁸. Alıcı tarafından belirli bir yükleme noktası gösterilmemişse satıcı belirlenen yükleme limanında kendi amacına en uygun düşen noktayı seçebilir (FAS A2)¹¹⁹. Satıcı, malların teslim edilmesi için gereken kontrol işlemlerine ait masrafları ödemeli (FAS A8)¹²⁰ ve malların teslim edildiğine dair belgeleri alıcıya sağlamalıdır (FAS A6)¹²¹.

Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça alıcı malların belirlenen yükleme limanından taşınması için masrafları kendisine ait olmak üzere taşıma sözleşmesi yapmalıdır (FAS B4)¹²².

FAS teslim şeklinde satıcı malların ihracat işlemlerini tamamlamakla sorumludur. Ancak satıcının malların ithalat veya üçüncü ülkelerden transit geçiş için gümrük işlemlerini yerine getirmesi, ithalat harçlarını ödemesi veya ithalat ülkesindeki gümrük işlemlerini yerine getirmesine ilişkin herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. İthalat için gereken gümrük işlemlerini yerine getirmek alıcının yükümlülüğündedir¹²³.

2. FOB (Free On Board - Gemide Masrafsız)

Gemide masrafsız teslim şeklinde satıcının malları alıcıya belirlenen yükleme limanında alıcı tarafından tayin edilen gemide veya zaten bu şekilde teslim edilmiş malları tedarik ederek teslim etme ifade edilmektedir¹²⁴. Alıcı tarafından belirli bir yükleme noktası gösterilmemişse satıcı belirlenen yükleme limanında kendi amacına uygun düşen noktayı seçebilir (FOB A2)¹²⁵. Satıcı, malların teslim edildiği ana kadar o mallara ilişkin hasar ve ziyayı üstlenir (FOB A3)¹²⁶. Mallar gemide bulunduğu anda mallara ilişkin hasar ve ziya satıcıdan alıcıya geçer. Bu andan itibaren alıcı bütün masrafları üstlenir (FOB B3)¹²⁷. Alıcı satıcıya taşımaya ilişkin gerekli bilgileri, geminin adını, yükleme noktasını ve teslim tarihine ilişkin gerekli ihbarları süresinde yapmazsa, alıcı tarafından tayin edilen gemi süresinde limana yanaşmazsa, malları almazsa veya süresinden önce yük almayı durdurursa, alıcı, malların sözleşme konusu mallar olduğu açıkça belirtilerek kararlaştırılan tarihten itibaren, kararlaştırılan bir süre

118 Incoterms® 2020 (n 34), FAS, Kullanıcılar İçin Açıklama Notları, 94.

119 Incoterms® 2020 (n 34) 96.

120 ibid 168.

121 ibid 157.

122 ibid 151.

123 Incoterms® 2020 (n 34), FAS, Kullanıcılar İçin Açıklama Notları, 94.

124 Incoterms® 2020 (n 34), FOB Kullanıcılar İçin Açıklama Notları, 103.

125 Incoterms® 2020 (n 34) 106.

126 ibid.

127 ibid 107.

yoksa teslim için kararlaştırılan sürenin sonundan itibaren mallara ilişkin tüm hasar ve ziyayı üstlendiği gibi tüm bu gecikme ve malların alınmamasından kaynaklanan masrafları da öder (FOB B9)¹²⁸.

Satıcı, malların teslim edilmesi için gereken kontrol işlemlerine ait masrafları ödemeli (FOB A8)¹²⁹ ve malların teslim edildiğine dair belgeleri alıcıya sağlamalıdır (FOB A6)¹³⁰. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça alıcı malların belirlenen yükleme limanından taşınması için masrafları kendisine ait olmak üzere taşıma sözleşmesi yapmalıdır (FOB B4)¹³¹.

FOB teslim şeklinde satıcı malları ihracat işlemlerini yerine getirmekle yükümlüdür. Ancak satıcının malların ithalat veya üçüncü ülkelerden transit geçiş için gümrük işlemlerini yerine getirmesi, ithalat harçlarını ödemesi veya ithalat ülkesindeki gümrük işlemlerini yerine getirmesine ilişkin herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır (FOB A7)¹³². İthalat için gerekli gümrük işlemlerini yerine getirmek alıcının yükümlülüğündedir (FOB B7)¹³³.

3. CFR (Cost and Freight – Masraflar ve Navlun)

Masraflar ve navlun teslim şekli satıcının malları alıcıya gemide veya zaten bu şekilde teslim edilmiş malları tedarik ederek teslim edilmesini ifade eder. Mallara ilişkin hasar ve ziya mallar gemiye yüklendiğinde alıcıya geçer. Böylece satıcı varma yerine hasarsız ve eksiksiz ulaşım ulaşmadığına bakılmaksızın mallar gemiye yüklendiğinde teslim yükümlülüğünü yerine getirmiş olur. CFR teslim şekli uyarınca satıcının alıcıya karşı sigorta sözleşmesi yapma yükümlülüğü yoktur. Ancak alıcının sigorta sözleşmesi yapmasında kendisi için fayda vardır¹³⁴.

Satıcı malların teslim edilmesi için gereken kontrol işlemlerine ait masrafları ödemeli (CFR A8)¹³⁵ ve malların teslim edildiğine dair alıcıya ayrıca ihbarda bulunmalıdır (CFR A10)¹³⁶.

Satıcı, mallar alıcıya teslim edilene kadar hasar ve ziyayı üstlenir. Hasar malların yükleme limanında gemiye yüklenmesiyle veya zaten bu şekilde teslim edilmiş malların tedarik edilmesiyle satıcıdan alıcıya geçer. Ancak satıcı malların kararlaştırılan varma yerine taşınması için gerekli taşıma sözleşmesini yapmalıdır.

128 ibid 111.

129 ibid 168.

130 ibid 157.

131 ibid 151.

132 ibid 108.

133 ibid 109.

134 Incoterms® 2020 (n 34), CFR, Kullanıcılar İçin Açıklama Notları, 113.

135 Incoterms® 2020 (n 34) 169.

136 ibid 180.

Taşıma sözleşmesi masrafları satıcıya ait olmak üzere olağan koşullarda yapılmalı ve satılan tür malların taşınması için genellikle kullanılan tipte bir gemide olağan bir rotada taşıma öngörmelidir. Satıcı taşımaya ilişkin her türlü güvenlik önlemlerini de almalıdır (CFR A4)¹³⁷.

Sözleşmelerde varma limanının her zaman belirtilmesi ne kadar önemliyse hasarın alıcıya geçtiği yer olan yükleme limanının da belirtilmesi o kadar önemlidir. Yükleme limanının alıcı açısından önem arz etmesi durumunda örneğin satıcının fiyata dâhil olan navlunun makul olup olmadığını öğrenmek istediği durumlarda tarafların sözleşmede yükleme limanını en açık bir şekilde belirlemeleri gerekmektedir. Tarafların varma limanındaki teslim noktasını da belirlemeleri önemlidir. Zira bu noktaya kadar oluşan masraflar satıcıya aittir. Taşımanın birden fazla taşıyıcı ile yerine getirilmesi de mümkündür. Böyle bir durumda taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece kural olarak hasar ve ziya malların ilk taşıyıcıya teslim edilmesiyle satıcıdan alıcıya geçer. Bu durumda hasar ve ziyanın alıcıya ait olduğu süre uzar. Tarafların hasarın daha sonraki bir aşamada geçmesini tercih etmeleri halinde bunu satış sözleşmelerinde belirtmeleri gerekir¹³⁸. Satıcı taşıma sözleşmesi uyarınca varma limanında belirlenen noktada malların boşaltılmasına ilişkin masraf yaparsa aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça bu masrafları alıcıya rücu edemez¹³⁹.

Satıcı, masrafları kendisine ait olmak üzere kararlaştırılan varma limanı için olağan taşıma belgesini alıcıya sağlamalıdır. Bu taşıma belgesi, sözleşme konusu malları kapsamalı, yükleme için kararlaştırılan süre içerisinde bir tarihi taşınmalı, alıcıya varma limanında malları taşıyıcıdan talep etme hakkı ile aksi kararlaştırılmadıkça malların taşınması sırasında bu belgeyi bir sonraki alıcıya devrederek veya taşıyıcıya bildirimde bulunarak satma hakkı tanınmalıdır. Bu taşıma belgesinin devredilebilir bir şekilde ve birden çok asıl olarak düzenlenmesi durumunda alıcıya asıl belgeler tam takım sunulmalıdır (CFR A6)¹⁴⁰.

CFR teslim şeklinde satıcı malların ihracat işlemlerini yerine getirmekle yükümlüdür (CFR A7)¹⁴¹. Ancak satıcının malların ithalat veya üçüncü ülkelerden transit geçiş için gümrüklenmesi, ithalat harçlarının ödenmesi veya ithalat için gereken gümrük işlemlerinin yerine getirilmesine ilişkin herhangi bir yükümlülüğü yoktur. İthalat için gereken gümrük işlemlerini tamamlamak alıcının yükümlülüğündedir (CFR B7)¹⁴².

137 ibid 116.

138 Incoterms® 2020 (n 34), CFR, Kullanıcılar İçin Açıklama Notları, 114.

139 ibid 115.

140 Incoterms® 2020 (n 34), 157.

141 ibid 118.

142 ibid 119.

4. CIF (Cost, Insurance and Freight – Masraflar, Sigorta ve Navlun)

Masraflar, sigorta ve navlun teslim şekli satıcının malları alıcıya gemide veya zaten bu şekilde teslim edilmiş malları tedarik ederek teslim edilmesini ifade eder. Mallara ilişkin hasar ve ziya mallar gemiye yüklendiğinde alıcıya geçer. Böylece satıcı malların varma yerine hasarsız ve eksiksiz ulaşmasına bakılmaksızın mallar gemiye yüklendiğinde teslim yükümlülüğünü yerine getirmiş olur¹⁴³. Satıcı malların teslim edilmesi için gereken kontrol işlemlerine ait masrafları ödemeli (CIF A8)¹⁴⁴ ve malların teslim edildiğine dair alıcıya ayrıca ihbarda bulunmalıdır (CIF A10)¹⁴⁵.

Satıcı malları teslim ettiği ana kadar o mallara ilişkin bütün ziya ve hasarı üstlenir. Hasar malların yükleme limanında gemiye yüklenmesiyle veya zaten bu şekilde teslim edilmiş malların tedarik edilmesiyle satıcıdan alıcıya geçer. Ancak satıcı malların kararlaştırılan varma yerine taşınması için gerekli taşıma sözleşmesini yapmalıdır¹⁴⁶. Taşıma sözleşmesi masrafları satıcıya ait olmak üzere olağan koşullarda yapılmalı ve satılan tür malların taşınması için genellikle kullanılan tipte bir gemide olağan bir rotada taşıma öngörmelidir. Satıcı taşımaya ilişkin her türlü güvenlik önlemlerini de almalıdır (CIF A4)¹⁴⁷.

Sözleşmelerde varma limanının her zaman belirtilmesi ne kadar önemliyse hasarın alıcıya geçtiği yer olan yükleme limanının da belirtilmesi o kadar önemlidir. Yükleme limanının alıcı açısından önem arz etmesi durumunda örneğin satıcının fiyata dâhil olan navlunun veya sigorta primlerinin makul olup olmadığını öğrenmek istediği durumlarda tarafların sözleşmede yükleme limanını en açık bir şekilde belirlemeleri gerekmektedir. Tarafların varma limanındaki teslim noktasını da belirlemelerinde fayda bulunmaktadır. Zira bu noktaya kadar oluşan masraflar satıcıya aittir. Taşımanın birden fazla taşıyıcı ile yerine getirilmesi de mümkündür. Böyle bir durumda taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece kural olarak hasar ve ziya malların ilk taşıyıcıya teslim edilmesiyle satıcıdan alıcıya geçer. Bu durumda sadece hasar ve ziyanın alıcıya ait olduğu süre uzar. Tarafların hasarın daha sonraki bir aşamada geçmesini tercih etmeleri halinde, bunu satış sözleşmesinde belirtmeleri gerekir¹⁴⁸. Satıcı taşıma sözleşmesi uyarınca varma limanında belirlenen noktada malların boşaltılmasına ilişkin masraf yaparsa aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça bu masrafları alıcıya rücu edemez¹⁴⁹.

Satıcı, ayrıca alıcının mallara ilişkin hasar ve ziya riskine karşı yükleme limanından asgari olarak varma limanına kadar sigorta sözleşmesi yapmalıdır. Bu durum varma

143 Incoterms® 2020 (n 34), CIF, Kullanıcılar İçin Açıklama Notları, 123.

144 Incoterms® 2020 (n 34) 169.

145 ibid 181.

146 Incoterms® 2020 (n 34), CFR, Kullanıcılar İçin Açıklama Notları, 124.

147 ibid 150.

148 Incoterms® 2020 (n 34), CFR, Kullanıcılar İçin Açıklama Notları 124.

149 ibid 125.

ülkesi tarafından sigorta teminatının yerel olarak satın alınmasının talep edildiği hallerde bazı zorluklara neden olabilir. Bu durumda taraflar CFR terimini düşünmelidir. Ayrıca alıcı CIF Incoterms® 2020 kuralları uyarınca satıcının Enstitü Kargo Kuralları A klotzlarının¹⁵⁰ daha geniş kapsamından ziyade Enstitü Kargo Kurallarının C Klotzlarında¹⁵¹ veya benzer klotzlarda öngörülen sınırlı kapsamda bir sigorta temin etmesi gerektiğini unutmamalıdır. Ancak taraflar arzu ederlerse daha yüksek bir sigorta teminatı belirleyebilirler¹⁵². Sözleşme güvenilir bir sigorta şirketi ile yapılmalı ve alıcının veya mallara ilişkin sigortalanabilir bir menfaati olan diğer kişilerin doğrudan sigortacıya başvurabilmesine olanak tanınmalıdır. Sigorta kapsamı asgari olarak satış sözleşmesinde belirtilen bedelin %10 fazlasıyla temin edilmeli ve satış sözleşmesinde yer alan para cinsinden karşılaştırılmalıdır. Sigorta malların teslim noktasından varma noktasına kadar taşınmasını kapsmalıdır. Satıcı alıcıya sigorta poliçesini ya da sigorta şahadetnamesini veya sigortanın neleri kapsadığını gösteren tüm belgeleri sunmalıdır (CIF A5)¹⁵³.

Satıcı masrafları kendisine ait olmak üzere karşılaştırılan varma limanı için olağan taşıma belgesini alıcıya sağlamalıdır. Bu taşıma belgesi, sözleşme konusu malları kapsmalı, yükleme için karşılaştırılan süre içerisinde bir tarihi taşınmalı, alıcıya varma limanında malları taşıyıcıdan talep etme hakkı ile aksi karşılaştırılmadıkça malların taşınması sırasında bu belgeyi bir sonraki alıcıya devrederek veya taşıyıcıya bildirimde bulunarak satma hakkı tanınmalıdır. Bu taşıma belgesinin devredilebilir bir şekilde ve birden çok asıl olarak düzenlenmesi durumunda alıcıya asıl belgeler tam takım sunulmalıdır (CIF A6)¹⁵⁴.

CIF teslim şeklinde satıcı malların ihracat işlemlerini yerine getirmekle yükümlüdür (CIF A7)¹⁵⁵. Ancak satıcının, malların ithalat veya üçüncü ülkelerden transit geçiş için gümrüklenmesi, ithalat harçlarının ödenmesi veya ithalat için gereken gümrük işlemlerinin yerine getirilmesine ilişkin herhangi bir yükümlülüğü yoktur. İthalat için gereken gümrük işlemlerini tamamlamak alıcının yükümlülüğündedir (CIF B7)¹⁵⁶.

C. Sonuç

Incoterms® 2020'nin getirdiği değişiklikleri özellikle tarafların ticari olarak en uygun terimleri seçebilmelerini sağlamak için daha fazla netlik elde etmek ve bir önceki versiyonu olan Incoterms® 2010 versiyonundan bu yana uygulamada uluslararası

150 Enstitü Kargo Kuralları A Klotzları için bkz. <<https://www.tsb.org.tr/icc-a-09.aspx?pageID=588>> Erişim Tarihi 5 October 2020.

151 Enstitü Kargo Kuralları C Klotzları için bkz. <<https://www.tsb.org.tr/enstitu-yuk-klotzları-c.aspx?pageID=580>> Erişim Tarihi 5 October 2020.

152 Incoterms® 2020 (n 34), CFR, Kullanıcılar İçin Açıklama Notları 124-125.

153 Incoterms® 2020 (n 34), 128.

154 ibid.

155 ibid 130

156 ibid 131.

satım alanında ortaya çıkan bazı endişelere cevap vermek olarak özetleyebiliriz. Zira Incoterms® 2020 kurallarının hazırlanmasına neden olan en önemli unsur uygulamacıları satış sözleşmesine en uygun Incoterms® kuralına yönlendirmek ve bunu yaparken sunumun nasıl yapılabileceğine odaklanmaktır. Bu anlamda Incoterms® 2020 kurallarının giriş bölümünde doğru Incoterms®’in seçilmesi konusuna daha çok vurgu yapıldığını görüyoruz. Ayrıca satış sözleşmesi ve buna bağlı olan diğer tamamlayıcı sözleşmeler arasındaki sınırlar ile birbirleriyle olan ilişkileri konusunda daha net açıklamalar yapılmıştır. Incoterms® 2010’da yer alan Rehber Açıklamalar geliştirilerek bu sefer her bir “Incoterms® Kuralına dair Açıklama Notları” şeklinde sunulmuştur. Buna ek olarak Incoterms® kurallarının sırası değiştirilerek teslim (A2/ B2) ve risklerin transferi (A3/ B3) konusuna daha çok önem verildiği görülmektedir.

Tüm bu değişiklikler aslında şekli değişiklikler olmasına rağmen düzgün kullanıldığında uygulamacılara ciddi destek olacaktır. Ancak bunu yaparken her Incoterms® versiyonunda olduğu gibi Incoterms® 2020 kurallarının uygulanabilmesi için de alıcı ve satıcıların dikkat etmesi gereken noktalar bulunmaktadır. Öncelikle Incoterms® 2020’nin uygulanabilir olup olmadığını belirlemede fayda bulunmaktadır. Zira GAFTA, FOSFA gibi bazı standart form sözleşmeler içeriklerinde Incoterms®’in geçerli olmadığını açıkça belirtir.

Diğer taraftan özellikle teslimat yeri, nakliye yöntemleri ve öngörülen varış yeri ile ilgili olarak hangi Incoterm’in ticari düzenlemelerini en doğru şekilde yansıttığını dikkatlice düşünmek gerekir. MTO, çoğunlukla fiyat göstergeleri olarak sözleşmeye Incoterms® yerleştirmeye karşı tarafları uyarır. Bu nedenle çalışmamızda Incoterms® kurallarının neyi düzenleyip düzenlemediği konularına değinilmiş olup bunun önemi gösterilmeye çalışılmıştır.

Bununla birlikte seçilmiş Incoterm’in eski bir sürümünün seçilen Incoterm’in 2020 sürümüyle değiştirilmesinin tarafların ilgili hak ve yükümlülükleri üzerinde etkili olup olmayacağını belirlemek için 1 Ocak 2020’den önce mevcut karşı taraflarla yeni düzenlemelerin gözden geçirilmesinde fayda bulunmaktadır. Taraflar, Incoterms® 2020’yi gözden geçirmeden otomatik olarak sözleşmelerine dâhil etmekten kaçınmalıdır.

Satış sözleşmesinin içeriğine açık, net, herhangi bir şüpheye yer vermeyecek nitelikte terimler yazarak belirsizlik veya belirsizliğin giderilmesi de Incoterms® 2020 kurallarının uygulanmasında birçok sorunu bertaraf edecektir. Teslimatın nerede yapılacağı konusunda belirsizliklerin ortadan kaldırılması için örneğin CIP veya CPT Incoterms® 2020 teslim şekillerinde belirtilen yer, liman veya nokta varış ve teslimat yerini belirterek veya fiziksel olarak alıcıya ulaşmadan önce bir dizi aracı operatöre mal yüklemesine ilişkin detayları ekleyerek bunu sağlayabilirler. Aynı şekilde taraflar bir Incoterms® kuralı içindeki bazı temerrüt hükümlerini değiştirmek, ancak diğer standart

hükümleri elinde tutmak isterse veya taraflar güvenlik konusuna bir anlam yüklemek istiyorlarsa bu hususlara ilişkin hükümleri sözleşmelerinde açıkça belirtmeleri gerekir.

Tüm bu unsurlar yerine getirildiğinde Incoterms® 2020 kurallarının anlamı ve faydası olacak ve bu kurallar amacına uygun olarak günümüz uluslararası satım sözleşmelerine fayda sağlayacaktır.

Teşekkür: Makalemin yayımlanmasına izin verdikleri için Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) ve MTO Türkiye Milli Komitesi'ne teşekkür ederim.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Acknowledgement: I would like to thanks to International Chamber of Commerce (ICC) and ICC Turkey National Committee for allowing the article to be published.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim*, (5th edn, Vedat 2020).
- Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku*, (26th edn, Seçkin 2020).
- Aygül M, 'Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması' (2004) 12 (3-4) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 45-85.
- Ayoğlu T, 'Some Reflections on the Sources of Lex Mercatoria' in Ahmet Cemil Yıldırım, Serhat Eskiöyük (eds), *Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria*(XII Levha, 2014) 27-36.
- Ayoğlu T, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet - Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, (Vedat 2011).
- Balkar S, '*Uluslararası Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları*' (2002) Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Basedow J, 'Die Incoterms® und der Container oder wie man kodifizierte Usancen reformiert' (1979) 43 *RabelsZ* 116-146.
- Bulletin d'Arbitrage CCI, 1999, s. 40-50.
- Bulletin d'Arbitrage CCI, 2/1999, s. 74-77.
- Dilshad S, *Das Risiko der Erteilung von Exportgenehmigungen nach den Incoterms®, verglichen mit demBGB*, Dissertation, Trier (1993).
- Doğan F, 'Incoterms® 2000' (2002) (Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı) 337- 369.
- Eisemann F/ Melis W, *Incoterms® 1980, Kommentar*, (1st edn, Wien 1980) Rn. 30.
- Eisemann F, *Die Incoterms® in Handel und Verkehr*, (1st edn, GOD –Verlag, Wien 1966).
- Ekşi N, *Uluslararası Ticaret Hukuku* (3rd edn, Beta 2019).
- Erdem B, 'Incoterms®'in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukuki Niteliği' (1990) 1-2 *MHB* 65 vd.

- Erdem HE, 'Incoterms® 2000' in Ercüment Erdem (edn), *Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler* (Beta 2008).
- Erdem HE, 'Incoterms® 2010' (2010) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan), 219-237.
- Erdem HE, '*Milletlerarası Ticaret Hukuku*' (Vedat 2020).
- Erdem HE, Lex Mercatoria ve ICC Tahkimi, H. Ercüment ERDEM (edn), *Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler*, (Beta 2008).
- Erdem HE, *Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler 2007-2016*, (1st edn, On İki Levha 2017). Erdem HE, *SİF Satışlar - CIF Sales* (Beta 1999).
- Fouchard P, 'Les Usages, l'arbitre et le juge, à propos de quelques récents arrêts français, Mélanges B. Goldman (Litec 1982).
- Gabriel H, 'International Chamber of Commerce Incoterms® 2000: A Guide to Their Terms and Usage' (2001) 5, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* 41-73.
- Gaillard E, 'La Distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international, Mélanges P. Bellet (Litec 1991) 203-217.
- Glowik M and Smyczek S, *International Marketing Management: Strategies, Concepts and Cases in Europe* (Oldenbourg, 2011) 281.
- Goldman B, 'Frontières du Droit et Lex Mercatoria', (1964) 9 *Archives de Philosophie du Droit* 177-192.
- Goldman B, 'Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria', (1993), *Festschrift Pierre Lalive*, 241-255.
- Goldman B, 'The Applicable Law: General Principals of Law- Lex Mercatoria' in Julian Lew (edn), *Contemporary Problems in International Arbitration* (Springer .1986) 113-125.
- Goldman B, 'La Lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives' (1979) 106 *Journal du Droit International*, 475-505.
- Hermann AH, *International Trade Terms, Standard Terms for Contracts for the International Sale of Goods* (Graham & Trotman/ Martinus Nijhoff London 1993,) XV.
- Horn VN, Heymann, *Handelsgesetzbuch*, Hrsg. (1st edn, 1990) § 346.
- <<https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-prepares-launch-Incoterms®-2020/>> Erişim Tarihi 30 September 2020.
- <<https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-prepares-launch-Incoterms®-2020/>> Erişim Tarihi 30 September 2020.
- <<https://www.jus.uio.no/lm/institute.marine.cargo.clauses.a.1982/doc.html>> Erişim Tarihi 5 October 2020.
- <<https://www.tsb.org.tr/enstitu-yuk-klozlari-c.aspx?pageID=580>> Erişim Tarihi 5 October 2020.
- <<https://www.tsb.org.tr/icc-a-09.aspx?pageID=588>> Erişim Tarihi 5 October 2020.
- <<https://jsumundi.com/en/document/decision/en-the-ministry-of-defence-and-support-for-armed-forces-of-the-islamic-republic-of-iran-v-westinghouse-electric-corporation-award-on-preliminary-issues-wednesday-5th-june-1996>> (Erişim Tarihi 18 October 2020)
- Incoterms® 1990, (ICC Services Publications No. 460) 15.
- Incoterms® 2020 by the International Chamber of Commerce, İç ve Dış Ticarete İlişkin Ticari Terimlerin Kullanımı İçin ICC Kuralları, ICC Yayın No: 723 ET (2019) 3.
- Ülgen H, Helvacı M, Kaya A, Nomer EF, *Ticari İşletme Hukuku*, (6th edn, Vedat 2019) 333.

- Killian M, 'CISG and the Problem with Law Jurisdictions, *Journal of Transnational Law and Policy*' (2000-2001)10, 217-243.
- Kuyucu AS, *Incoterms® (Uluslararası Ticari Terimler)* (Filiz 2011).
- Lando O, 'The Law Applicable to the Merits of the Dispute' in Sarcevic (edn), *Essays on International Commercial Arbitration* (Graham & Trotman 1991) 129-159.
- Lando O, 'The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration' (1985) 34(4) *International and Comparative Law Quarterly*, 747-768.
- Le Masson D, 'Les Incoterms®' in Yves Derains et de Jacques Ghestin (eds), *La Convention de Vienne sur la vente Internationale et les Incoterms®*, Actes du Colloque des 1er 2 décembre 1989 (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1990), 35-54.
- Lehr W, *Der Exportvertrag, Heymanns*, (1st edn, 1998) 110.
- Muhammetnazar İ, *Milletlerarası Ticarete Teslim Şekilleri: Incoterms® 2010 Kuralları* (Seçkin 2019) 37.
- Oğuz A, *Lex Mercatoria*, (1st edn, Yetkin Yayınları 2004).
- Osman F, *Les Principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anatomial*, Collection Bibliographie de droit privé, (1st edn, LGDJ 1992).
- Özalp A, 'ICC Incoterms® 2010', (2012) 1(1), *UTTDER* (2012 Legal) 137-153.
- Özel S, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, (1st edn, Legal 2008) 144-150.
- Pamboukis C, 'The Concept and Function of Usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods, (2005-2006) 25 *Journal of Law & Commerce*, 107-131.
- Pazarıcı H, *Uluslararası Hukuk* (17th edn, Turhan 2019) 104 vd.
- Piltz B, 'Incoterms® 2000 – ein Praxisüberblick' (2000) *Juli Recht der Internationalen Wirtschaft* (RIW), 485-489.
- Ramberg J, *ICC Guide to Incoterms® 2000, 'Understanding and Practical Use'* (ICC Services Publications No.620 1999) 10.
- Ramberg J, *ICC Guide to Incoterms® 2010*, (ICC Services Publications No. 720 E 2011)
- Schmitthoff CM., *International Business Law: a New Law Merchant, Current Law and Social Problems* (1st edn, University of Toronto Press 1961) 129 vd.
- Schmitthoff CM., *The Unification of the Law of International Trade* (1st edn, Gothenburg School of Economics and Business Administration Publication 1964) 5-28.
- Schneider Hartmut, 'Incoterms® 1990' 1991 *RIW* 91-96.
- Sur M, *Uluslararası Hukukun Esasları* (13th edn, Beta 2019) 104 vd.
- Şanlı C, Esen E, Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (8th edn, Beta 2020) 11.
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, (7th Edn, Beta 2019) 6 vd.
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019) 5.
- Şanlı C, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk* (1st edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986) 29.
- Toth O, *The Lex Mercatoria in Theory and Practice*, (Oxford 2017).

- Yargıtay 11 HD, 2974/7352, 15.06.2009. <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi 5 October 2020.
- Yıldırım AC, ‘Solid, Liquid and Gas Forms of the New Lex Mercatoria: How do They Operate in Practice?’ in Ahmet Cemil Yıldırım, Serhat Eskiörük (eds), *Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria*(XII Levha 2014) 5-27.
- Yılmaz M, Özken A, Şahin N, ‘Incoterms® 2000 ve 2010’un Mukayeseli Analizi ve Türkiye Uygulamalarındaki Eksiklikler’ (2011) 23(6) JOY<http://joy.yasar.edu.tr/makale/no23_vol6/6_mutlu.pdf>, Erişim Tarihi 5 September 2020.



Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 24.09.2020
Revizyon Talebi: 30.10.2020
Son Revizyon: 12.11.2020
Kabul: 13.11.2020
Online Yayın: 13.12.2020

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Evlat Edinme Davalarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

International Jurisdiction of Turkish Courts in Adoption Cases

Melis Avşar*

Öz

Çalışma kapsamında yabancılık unsuru taşıyan evlat edinme davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi konusu incelenmiştir. Bu davalarda, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK'un 40. ve devamında yer alan yetki kuralları çerçevesinde tespit edilmektedir. Bu doğrultuda evlat edinme davaları bakımından uygulama alanı bulabilecek MÖHUK m. 40 ve MÖHUK m. 41'de düzenlenen yetki kuralları ilk olarak incelenmiştir. MÖHUK m. 40'a göre Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları vasıtasıyla belirlenecektir. Evlat edinme davaları bakımından iç hukukta yer itibarıyla yetkiyi gösteren kural Medeni Kanun'un 315. maddesinde yer almaktadır. MÖHUK m. 41'de ise Türklerin kişi hâllerine ilişkin davalar bakımından özel bir yetki kuralı öngörülmüştür. Evlat edinme davaları Türklerin kişi hâllerine ilişkin davalardan kabul edilmektedir. Bu sebeple taraflardan birinin Türk vatandaşı olması hâlinde bu madde de uygulama alanı bulabilecektir. İkinci olarak, evlat edinmeye ilişkin uyumsuzluklarla ilgili Türkiye'nin taraf olduğu 1993 tarihli Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair La Haye Sözleşmesi'nin öngördüğü evlat edinme sistemi ve bu sistemin Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi üzerinde sahip olabileceği etkiler incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Ülkelerarası Evlat Edinme, Evlat Edinme Davası, Milletlerarası Yetki, Türk Mahkemeleri, Türklerin Kişi Hâllerine İlişkin Davalar, Ülkelerarası Evlat Edinme Sözleşmesi, 1993 tarihli La Haye Sözleşmesi

Abstract

Within the scope of this study, the issue of international jurisdiction of Turkish courts in adoption cases with foreign elements was examined. In these cases, the international jurisdiction of Turkish courts is determined within the framework of the jurisdiction rules of article 40 of Turkish Private International Law Act (PILA) and subsequent articles. In this direction, the jurisdiction rules regulated in article 40 of the PILA and article 41 of the PILA, which can find application areas in terms of adoption cases, were first examined. According to article 40 of the PIL, the international jurisdiction of Turkish courts will be determined by the jurisdiction rules of the domestic law. In terms of adoption cases, the rule that shows the jurisdiction in terms of place in domestic law is included in article 315 of the Civil Code. In article 41 of the PILA, on the other hand, a special jurisdiction rule is stipulated in terms of cases related to the personal status of Turkish citizens. Adoption lawsuits are accepted from cases related to the personal status of Turkish citizens. For this reason, if one of the parties is a Turkish citizen, article 41 of the PILA may find application area. Secondly, the adoption system of the Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption (Turkey is a party to it) was examined. And the effects that this system could have on the international jurisdiction of Turkish courts were examined.

Keywords

Intercountry Adoption, Adoption Case, International Jurisdiction, Turkish Courts, Disputes relating to the Personal Status of Turkish Citizens, Intercountry Adoption Convention, 1993 Hague Convention

* Sorumlu Yazar: Melis Avşar (Arş. Gör.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: melis.avsar@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-7957-6851

Atf: Avşar M, "Evlat Edinme Davalarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi" (2020) 40(2) PPIL 1151. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.799729>



Extended Summary

In Turkish law, adoption is considered as a civil law procedure that requires a court decision. Thus, in this study the international jurisdiction of Turkish courts will be examined in adoption cases with a foreign element. There is no special jurisdiction rule in terms of adoption cases in Turkish Private International Law Act (PILA). Therefore, it's necessary to determine the international jurisdiction of the Turkish courts by applying the general jurisdiction rule (PILA art. 40) or the special jurisdiction rule (PILA art. 41) related to the personal status of Turkish citizens if it falls within the scope of the PILA.

According to article 40 of the PILA, the international jurisdiction of Turkish courts will be determined by the jurisdiction rules of the domestic law. According to article 315 of the Turkish Civil Code (CC), the competent court in adoption cases is the court of residence of the adopter. (the term of residence here is not used in a technical sense, it's sufficient for the adopter to have a seat in the forum.) If there is a joint adoption, the court of residence of one of the spouses will also be competent. Foreigners who want to adopt in Turkey do not have to have a place of residence or habitual residence in Turkey. However, it is difficult to say when the parties will have a seat in Turkey. The conditions here can be said to be less stringent compared to residence.

With the establishment of the adoption relationship, there will be a change in the personal status of the persons, since a family relationship will be established between the adopted and the adopter. Therefore, the adoption relationship is a subject to PILA art. 41 related to the personal status of Turkish citizens. According to art. 41; If lawsuits concerning the personal status of Turkish citizens who do not have a domicile in Turkey are not or cannot be filed in the foreign state where they have their domicile and if there is no competent court in Turkey, the lawsuit shall be filed at the place of such citizen's habitual residence; or if the person does not have a habitual residence in Turkey, it shall be filed at his/her last domicile in Turkey. In the absence of a last domicile in Turkey, it shall be filed with the courts of Istanbul, Ankara, or Izmir.

In adoption cases, if one of the persons concerned is a Turkish citizen, art. 41 of PILA will be determined whether the Turkish courts are competent or not. In order for Article 41 to be implemented, it is sufficient for one of the concerned to be a Turkish citizen. Considering that the article does not have a complementary jurisdiction rule besides the general jurisdiction rule, the international jurisdiction of Turkish courts in terms of adoption cases in which one of the concerned persons is a Turkish citizen will arise on the condition that the case has not been or could not be opened in a foreign state court.

According to Article 1(2) of the PILA; provisions of international conventions to which the Republic of Turkey is a signatory are reserved. Turkey is a party to the

Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption since 2004. Therefore, to the extent that its scope coincides, this Convention will also find its application. According to Article 2 of the Convention, The Convention shall apply where a child whose habitual residence is in a Contracting State (the State of origin) was taken to the receiving State after adoption in the country of origin by spouses or a person whose habitual residence is in another Contracting State (the receiving State) either after his or her adoption in the State of origin by spouses or a person who has habitual residence in the receiving State, or for the purposes of such an adoption in the receiving State or the State of origin. An adoption within the scope of the convention includes the rule that the decision to adopt will be made by the competent authority of the country of origin or the receiving state, but there is no rule regarding which authority in the country of origin or receiving state will be authorized. If this authority is a court as in Turkish law, there is no regulation regarding the jurisdiction of the courts. Therefore, whether the Turkish courts have international jurisdiction will be determined by the provisions of PILA.

Evlat Edinme Davalarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

Giriş

Evlat edinme, çocuk ile ana ve/veya baba arasında soybağını yapay yoldan kuran bir hukuki işlemdir.¹ Türk hukukunda evlat edinme, mahkeme kararı gerektiren bir medeni hukuk işlemi olarak kabul edilmektedir.² Türk hukukuna göre evlat edinme ilişkisi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda³ aranan şartların sağlanması hâlinde mahkeme kararıyla kurulmaktadır.⁴ Evlat edinme davaları bakımından yer bakımından yetkili mahkeme ise MK m. 315'de düzenlenmiştir. Türkiye'de gerçekleştirilmek istenen bir evlat edinmede yabancılık unsuru bulunmaktaysa mahkemece doğrudan MK'da yer alan bu kurallar uygulanamayacaktır. Zira 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu'nun⁵ kapsam başlıklı 1. maddesi gereği, yabancılık unsuru taşıyan⁶ özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konularında MÖHUK uygulanacaktır. O hâlde ilk olarak yabancılık unsuru içeren bir evlat edinme davasında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığı tespit edilmelidir.⁷ Daha sonra ise uyumsuzluğa uygulanacak hukukun kural olarak MÖHUK hükümleri çerçevesinde tespit edilmesi gerekmektedir.⁸ Bu

1 Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (2. Bs., Vedat Kitapçılık 2005) 219; Şükran Şıpka, '4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi' (1999) 57(1-2) İÜHF 301, 302.

2 Serozan (n 1) 223; Süheyla Balkar, 'Türk Hukukunda Evlat Edinme' (2004) 2 GsÜHFD 235, 236; Oğuz Sadık Aydos, 'Yeni Medeni Kanun'a Göre Evlat Edinme' (2000) 4(1-2) GaÜHFD 1, 3; Mehmet Demir, 'Bazı Ülke Yasaları ile Karşılaştırmalı Olarak Evlat Edinmenin Yasal Koşulları' (2003) 52 AÜHFD 253, 254. Evlat edinmenin hukuki niteliğinin sözleşme olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Hüseyin Hatemi and Burcu Kalkan Oğuztürk, *Aile Hukuku Ders Kitabı* (4. Bs., Vedat Kitapçılık 2014) 173.

3 RG 08.12.2001 – 24607. Çalışmada bundan sonra MK olarak kısaltılacaktır.

4 Ömer Uğur Gençcan, *4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu 2. Cilt* (1. Bs., Yetkin Yayınları 2015) 1545.

5 RG 12.12.2007 – 26728. Çalışmada bundan sonra MÖHUK olarak kısaltılacaktır.

6 Yabancılık unsuru evlat edinme sürecinde şu hâllerde görülebilir: evlat edilen kişilerin birinin veya ikisinin veya tek başına evlat edinen bir kimse söz konusu ise onun yabancı bir devlet vatandaşı olması hâlinde; evlat edilenin yabancı bir devlet vatandaşı olması hâlinde veya tarafların Türk vatandaşı olmalarına rağmen yabancı bir ülkede ikamet etmeleri yahut mutad meskene sahip olmaları hâlinde. Görüleceği üzere yabancılık unsuru taşıyan evlat edinmelerde bu özellik çoğunlukla tarafların yabancı bir devlet vatandaşı olmalarından ya da yabancı bir devlette bulunmalarından ileri gelmektedir. Bkz. Kurt Siehr, *Zürcher Kommentar zum IPRG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht* (2. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2004) 749; Feriha Bilge Tanrıbilir and Banu Şit Köşgeroğlu, 'Uluslararası Özel Hukukta Evlat Edinme' in *Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan* (Yetkin Yayınları 2012) 1033.

7 Bu noktada önemle eklenmelidir ki bazı hukuk sistemlerinde evlat edinme ilişkisi bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaksızın tarafların kendi arasında yapacakları bir anlaşma ile veya noter senedi ile kurulabilmektedir. Bu şekilde Türkiye'de bir evlat edinme ilişkisinin kurulup kurulamayacağı meselesi çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Ancak ifade etmek gerekir ki doktrinde, Türkiye'de mahkeme kararı dışında başka bir yol kullanılarak bir evlat edinme ilişkisi tesis edilmesinin mümkün olamayacağı belirtilmektedir. Bkz. Aysel Çelikel and Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (yenilenmiş 16. Bs., Beta Yayınları 2020) 319; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8. Bs., Vedat Kitapçılık 2020) 201.

8 Evlat edinmeye uygulanacak hukuk MÖHUK m. 18'de düzenlenmiştir. Buna göre, evlat edinme ehliyeti ve şartları, taraflardan her birinin evlat edinme anındaki milli hukukuna tâbidir. Evlat edinmeye ve edinilmeye diğer eşin rızası konusunda eşlerin milli hukukları birlikte uygulanacaktır. Bu çalışma kapsamında evlat edinme ilişkisine uygulanacak hukuk konusu incelenmeyecek, sadece evlat edinme davaları bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi incelenecektir. MÖHUK m. 18 hakkında detaylı bilgi için ise bkz. Çelikel and Erdem (n 7) 315 vd.; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 7) 193 vd.; Gülören Tekinalp and Ayfer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (12. Bs., Vedat Kitapçılık 2016) 178 vd.; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6. Bs., Savaş Yayınevi 2020) 353 vd.

noktada eklemek gerekir ki çalışma kapsamında evlat edinme davaları ile kastedilen sadece evlat edinme ilişkisinin kurulmasına veya kaldırılmasına ilişkin davalardır. Bu hâller dışında yabancı hukuklarda öngörülmüş usuller çerçevesince Türkiye’de bir evlat edinme işleminin yapılıp yapılamayacağı meselesi, evlat edinmenin şekline ilişkindir.⁹ Bu sebeple bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Evlat edinmenin şekline ilişkin ise MÖHUK’ta özel bir kanunlar ihtilafı kuralı bulunmamaktadır. Bu nedenle hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuku gösteren genel şekil kuralı (MÖHUK m. 7) evlat edinmenin şekli bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, evlat edinmenin, evlat edinme işleminin yapıldığı ülke hukukuna göre veya evlat edinmeden doğan uyuşmazlığa uygulanacak hukuka göre şeklen geçerli olması yeterlidir.¹⁰ 1993 tarihli ‘Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair La Haye Sözleşmesi’nin¹¹ uygulama alanı bulduğu bir evlat edinmede, evlat edinmenin şekli yine MÖHUK m. 7 kapsamına girecektir. Zira Sözleşme’de evlat edinmenin şekline ilişkin özel bir düzenleme yoktur.¹² Benzer şekilde evlat edinmenin hükümlerine ilişkin davalarda yetkili mahkeme konusu da bu çalışma kapsamında dışında bırakılmıştır. Zira evlat edinmenin hükümlerine ilişkin davalarda yetkinin, farklı hukuki kurumlarla bağlantısı gözetilerek belirlenmesi gerekecektir.

MÖHUK’ta evlat edinme davaları bakımından özel bir yetki kuralına yer verilmemiştir. Bu yüzden evlat edinme davaları bakımından genel yetki kuralı (m. 40) veya kapsamına girmesi hâlinde Türklerin kişi hâllerine ilişkin davalar bakımından getirilen yetki kuralı (m. 41) uygulanmak sureti ile Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tespit edilmesi gerekecektir. Çalışma kapsamında bu doğrultuda, yabancılık unsuruna sahip evlat edinme davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi konusu ikili bir ayırım çerçevesinde incelenecektir.

Ülkelerarası evlat edinmelere ilişkin Türkiye’nin taraf olduğu 1993 tarihli La Haye Sözleşmesi’nde ülkelerarası evlat edinmelere uygulanacak hukuk ve evlat edinme davalarında milletlerarası yetki konularına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Sözleşme’de öngörülen ülkelerarası evlat edinme usulünün Akit devletlerin mahkemelerinin yetkisi üzerinde dolaylı birtakım etkileri olabilecektir. Zira MÖHUK m. 1/2 uyarınca, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar bakımından Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır. Bu nedenle çalışma kapsamında incelenecek konular ile kesiştiği ölçüde bu Sözleşme’de yer alan düzenlemeler de incelenecektir.

9 Evlat edinme ilişkisinin kurulması için gerçekleştirilmesi gereken işlemler devletin kamusal müdahalesini gerektirmekte olduğu için evlat edinmenin şekli meselesinden ziyade evlat edinmenin usulü konusunun daha fazla önem kazandığı ifade edilmektedir. Bkz. Tanrıbilir and Şit Köşgeroğlu (n 6) 1040. Bu nedenle, bu çalışma kapsamında evlat edinmenin usulüne ilişkin meselelerin şekil kapsamında çözüleceği kabul edilmekle birlikte burada bir vasıflandırma problemi söz konusu olabileceği de vurgulanmalıdır.

10 Çelikel and Erdem (n 7) 319; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 7) 201; Tekinalp and Uyanık (n 8) 182-183.

11 RG 20.01.2004 – 25352. Çalışmada bundan sonra ‘La Haye Evlat Edinme Sözleşmesi veya 1993 tarihli Sözleşme’ olarak kısaltılacaktır.

12 Begüm Süzen, *Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk* (Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayımlanmamış doktora tezi 2019) 141.

I. Genel Bilgi

Yabancılık unsuru bulunan bir davanın Türk mahkemelerinde görülebilmesi için mahkemenin milletlerarası yetkisinin¹³ bulunması gerekmektedir. Türk hukukunda kabul edilen sisteme göre, hâkim, uyuşmazlığın görülmesinde milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığını MÖHUK m. 40 ve devamı maddelerinde yer alan yetki kurallarına göre tespit eder.¹⁴ MÖHUK'ta evlat edinme davalarına ilişkin özel bir milletlerarası yetki kuralı yer almamaktadır. Evlat edinme davalarına özgü olmamakla birlikte, MÖHUK'un 41. maddesinde 'Türklerin Kişi Hâllerine İlişkin Davalar' özel bir yetki kuralı ile düzenlenmiştir. Evlat edinen(ler) veya evlat edinilen kişilerden birinin Türk vatandaşı olması hâlinde bu madde uygulama alanı bulacaktır. MÖHUK'ta yer alan bir diğer özel yetki kuralı olan ve 42. maddede düzenlenen 'Yabancıların Kişi Hâllerine İlişkin Bazı Davalar' maddesi kapsamına ise evlat edinmeye ilişkin davalar girmemektedir. Bahsedilen madde sadece yabancılar hakkında verilecek olan vesayet, kayımlık, kısıtlılık, gaiplik ve ölmüş sayılma kararlarına ilişkin davaları kapsamaktadır. MÖHUK'taki özel milletlerarası yetki kuralları kapsamına giren bir durum olduğunda, bu maddeler kapsamında yetkili bir mahkeme bulunmuyorsa, Türk mahkemelerinin uyuşmazlığı görmede milletlerarası yetkiye sahip olmadığı, yani genel kuralın artık uygulanamayacağını kabul edilmektedir.¹⁵ Her ne kadar evlat edinmeye ilişkin davalara, özel yetki kuralı olan 41. maddenin uygulanması ile 40. maddenin uygulanması -her iki kural da iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına atıfta bulunduğu- pratik açıdan farklı bir sonuç meydana getirmeyecek gibi gözükse de, 41. madde kapsamında Türk mahkemelerinin yetkili olabilmesi için davanın yabancı ülke mahkemelerinde açılmamış veya açılmamış olması bir şart olarak aranmaktadır. Bu koşul, m. 40 genel yetki kuralı kapsamında ise aranmamaktadır.¹⁶

MÖHUK m. 41 kapsamına giren bir durum olmaması hâlinde, yani taraflardan hiçbiri Türk vatandaşı değilse, evlat edinme davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığı genel yetki kuralı çerçevesinde belirlenecektir. MÖHUK m. 40'a göre, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına göre belirlenir.

13 Milletlerarası yetki kuralları, yabancılık unsuru taşıyan bir davaya hangi devletin mahkemesinin bakacağını belirlemeye amacını taşıyan, ancak kaynağı itibarıyla milletlerarası olmayan yetki kurallarıdır. Zira egemenlik hakkının bir sonucu olarak her devlet, kendi mahkemelerinin milletlerarası yetkisini kendi koyacağı kurallar ile belirlemektedir. Bkz. Nuray Ekşi, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (2. Bs., Beta 2000) 19; Çelikel and Erdem (n 7) 559; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 7) 405; Ergin Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku* (2. Bs., Beta 2018) 53.

14 Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22. Bs., Beta Yayınları 2017) 460; Çelikel and Erdem (n 7) 560; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 7) 405; Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 13) 81.

15 Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 7) 370. Aksi görüş için bkz. Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (n 14) 473.

16 Her iki maddenin uygulanması bakımından aranan şartlar bunun dışında da farklılık göstermektedir. MÖHUK md. 41'in uygulanmasının söz konusu olabilmesi için taraflardan birinin Türk vatandaşı olması ve uyuşmazlığın kişi hâllerine ilişkin bir meseleden kaynaklanmış olması gerekir. Bu konuda detaylı açıklama için bkz. aşağıda sy. 1160.

Türkiye'nin taraf olduğu 1993 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde mahkemelerin yetkisine ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur.¹⁷ Ancak Sözleşme'nin uygulama alanı incelendiğinde, mutad meskeni akit devletlerden birinde olan çocuğun, evlat edinilme sonucu veya evlat edinilme amacı ile bir başka akit devlete götürülmesi durumlarını kapsadığı görülmektedir (m.2/1). Sözleşme kapsamına giren bir evlat edinme söz konusu olduğunda bu konuda yetkili makamlar ve evlat edinme usulünün ne şekilde olacağı Sözleşme'de detaylı olarak düzenlenmiştir.¹⁸ Sözleşme, evlat edinmede hangi ülke mahkemelerinin yetkili olduğuna ilişkin doğrudan bir düzenlemeye sahip olmasa da, kapsamına giren evlat edinmelerde hangi devletin hangi konularda karar almaya yetkili olduğunu belirleyerek Sözleşmeye taraf devletlerin mahkemelerinin milletlerarası yetkisi üzerinde dolaylı olarak bir etkiye sahip olmaktadır.¹⁹

Aşağıda sırasıyla önce evlat edinme davalarına ilişkin genel yetki kuralı ve ardından taraflardan birinin Türk vatandaşı olması hâlinde uygulama alanı bulacak olan MÖHUK m. 41'deki yetki kuralı incelenecektir. Son olarak, Türkiye'nin de taraf olduğu 1993 tarihli La Haye Sözleşmesi kapsamına giren bir ülkelerarası evlat edinme söz konusu olduğunda, Sözleşme'nin Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi üzerindeki dolaylı etkisi incelenecektir.

II. Evlat Edinme Davalarına İlişkin Genel Yetki Kuralı

MÖHUK m. 40 kuralı atfı ile evlat edinme davalarında genel yetkili mahkeme iç hukukumuzdaki yer itibariyle yetki kuralları vasıtası ile tespit edilecektir. İç hukukumuzda yer itibariyle yetki kuralları, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu²⁰ başta olmak üzere Medeni Kanun, Ticaret Kanunu gibi diğer kanunlarda düzenlenmektedir. HMK'da evlat edinme davalarına ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. Medeni Kanun'un 315. maddesinde ise evlat edinme davalarında yetkili mahkemeler düzenlenmiştir.²¹ Bahsedilen maddedeki düzenleme, sadece evlat edinme kararı verilmesine yönelik davalara ilişkindir. Evlat edinmenin hükümlerine ve sonuçlarına ilişkin uyuşmazlıklarda ise HMK'daki ve MK'daki diğer yetki kuralları uyarınca mahkemenin yetkisi tespit edilecektir.

17 G. Parra-Araguren, *Explanatory Report on The Convention on Protection of Children And Co-Operation in Respect of Intercountry Adoption* (HCCH Publications 1994) par. 65.

18 Yetkili makamlar ve uygulanacak usul hakkında detaylı bilgi için Ebru Şensöz, 'Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair 1993 Tarihli La Haye Sözleşmesi Uyarınca Yabancı Adli ve İdari Evlat Edinme Kararlarının Doğrudan Tanınması ve Kontrol Usulü' (2011) 10(20) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 179, 197 vd.

19 Errol Melvyn Küffer, *Internationales Privatrecht Art. 1-200 IPRG* (3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2016) Art. 75 Rn 6.

20 RG 04.02.2011 – 27836. Bundan sonra HMK olarak kısaltılacaktır.

21 B. Bahadır Erdem, '22.11.2001 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi' (2002) 22(2) MHB 149, 177; Ziya Akıncı and Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Aile Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2010) 138; Kılıçoğlu (n 46) 140-141.

MK m. 315'e göre, evlat edinme davalarında yetkili mahkeme, evlat edinenin *oturma yeri* mahkemesidir. Eğer birlikte evlat edinme söz konusu ise eşlerden birinin *oturma yeri* mahkemesi de yetkili olacaktır. Görüleceği üzere genel yetki kuralı olan HMK m. 6'daki davalının yerleşim yerine nazaran 'oturma yeri' kriteri ile daha geniş bir yetki kuralı kabul edilmiştir.²² Böylelikle evlat edinmek isteyenlere kolaylık sağlanması amaçlanmıştır.²³ Türkiye'de evlat edinmek isteyen yabancı kişilerin Türkiye'de yerleşim yerine veya mutad meskene sahip olmasına gerek yoktur. O hâlde Türkiye'de yerleşim yerine veya mutad meskene sahip olmayan birinin hangi şartlarla Türkiye'de *oturma yerine* sahip olacağını tespit etmek gerekmektedir.

Yerleşim yeri MK m. 19'da bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer olarak tanımlanmıştır. Yerleşim yerinin oluşabilmesi için, sürekli kalma niyetiyle bir yerde fiilen oturmanın yani hem bir objektif unsurun hem de bir sübjektif unsurun gerçekleşmesi aranır.²⁴ Mutad meskenin ise, kanunlarda buna dair herhangi bir tanım mevcut olmamakla birlikte, bir kişinin hayat ilişkilerinin merkezini oluşturan yer olduğu doktrinde ifade edilmektedir.²⁵ O hâlde kanımızca 'oturma yerinden' anlaşılması gereken sadece fiili durum olmalıdır. Kişinin bu yerde sürekli kalma niyetiyle oturması veya bu yeri hayat ilişkilerinin merkezi hâline getirmiş olması aranmamalıdır. MK'da öngörülen bu yetki kuralı, evlat edinenin Türkiye'de oturmasına göre Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis etmektedir. Evlat edinenin Türkiye'de *oturma yerine* sahip olmaması ancak evlat edinilenin Türkiye'de *oturma yerine* sahip olması hâlinde ise bu madde kapsamında Türk mahkemelerinin yetkisi tesis edilememektedir.

Türkiye gibi Kıta Avrupası hukuk sistemi çevresinde yer alan Almanya'daki düzenlemeler ile bir kıyaslama yapıldığında, Alman hukukunda evlat edinme davaları bakımından, '*evlat edinenin oturma yeri*'ne nazaran çok daha açık bir düzenlemeye yer verildiği tespit edilebilir. Alman hukukunda evlat edinme davalarında yer bakımından yetkili mahkeme Aile Hukukuna İlişkin Davalara ve Çekişmesiz Yargı İşlerine İlişkin Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un²⁶ (FamFG) §187'nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, evlat edinen veya evlat edinenlerden birinin mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi yetkili kabul edilmektedir. Ancak bu maddeye göre yetkili bir mahkeme bulunmaması hâlinde aynı maddenin ikinci fıkrasına göre evlat edinilenin mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi yetkili olacaktır. Buna göre de yetkili bir mahkeme bulunamıyorsa Berlin Schöneberg mahkemesi yetkili

22 Gençcan (n 4) 1546; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (genişletilmiş 3. Bs., Turhan Kitabevi 2017) 472.

23 Evren Koç, 'HMK ve TMK Çerçevesinde Evlat Edinme ve Evlatlık İlişkinin Kaldırılması Davasına İlişkin Bazı Tespitler' (2015) 73(1) İÜHF 363, 367.

24 Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 7) 417.

25 Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (n 14) 119; İlyas Arslan, *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı* (On İki Levha Yayınları 2014) 47 vd.

26 Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

olacaktır.²⁷ Ancak FamFG §101'e göre Alman mahkemelerinin yetkili olabilmesi için evlat edinilen/evlat edinilenlerden biri veya evlat edinilenin Alman vatandaşı olması yahut Almanya'da mutad meskene sahip olması gerekmektedir. O hâlde evlat edinen veya evlat edinilen Alman vatandaşı değilse veya Almanya'da mutad meskene sahip değilse Alman mahkemelerinin milletlerarası yetkisi doğmayacaktır. Alman mahkemelerinin milletlerarası yetkiye sahip olması hâlinde ise §187'nci maddedeki yer itibarıyla yetki kuralları uygulanarak davanın nerede açılacağı tespit edilecektir. Özetle Alman hukukunda taraflardan birinin Alman vatandaşı veya Almanya'da mutad meskene sahip olması, evlat edinme davaları bakımından Alman mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin doğması için yeterli görülmektedir.

Türk hukukundaki düzenleme ile karşılaştırıldığında, Alman hukukunda her ne kadar mahkemelerin yetkisi Alman vatandaşlığına veya Almanya'da mutad meskene sahip olma ile sınırlandırılmış olarak gözüke de esasında daha kapsayıcı bir yetki kuralına yer verilmiştir. Şöyle ki, Alman hukukunda, Türk hukukundaki düzenlemenin aksine, evlat edinilenin de mutad meskeni mahkemesi yetkili görülmüştür. Oysa MK'daki yetki kuralında sadece evlat edinen(ler)in oturma yeri mahkemesini yetkili görülmektedir. Oturma yeri her ne kadar mutad meskene nazaran daha geniş bir kapsama sahip olsa da, evlat edinen(ler)in Türkiye'de oturma yerine sahip olmaması ancak evlat edinilenin Türkiye'de mutad meskene veya oturma yerine sahip olması ihtimalinde (MÖHUK m. 41 kapsamına giren bir uyuşmazlık da olmaması hâlinde) Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi doğmayacaktır. Yine Alman hukukunda, Türk hukukunun aksine, tarafların Alman vatandaşlığına veya Almanya'da mutad meskene sahip olmaları ihtimalinde mutlaka yetkili yer itibarıyla yetkili bir mahkeme bulundurmak adına, üçüncü bir basamakta Berlin Schöneberg mahkemeleri yetkili kabul edilmiştir.²⁸ Böylelikle taraflardan birinin Alman vatandaşı olması veya Almanya'da mutad meskene sahip bulunması hâlinde evlat edinme davasını görmek için mutlaka yetkili bir mahkeme bulundurulmuş olmaktadır. Oysa Türk hukukuna göre taraflardan biri Türk vatandaşı değilse (MÖHUK m. 41) ve evlat edinen(ler) Türkiye'de oturma yerine (MK m. 315) sahip değilse Türk mahkemeleri evlat edinme davaları açısından milletlerarası yetkiye sahip olmayacaktır. Örneğin, Türkiye'de bulunan Suriyeli bir çocuğun Türkiye'de oturma yerine sahip olmayan yabancı biri tarafından evlat edinilmek istenmesi hâlinde bu sorun daha belirgin hâle gelmektedir. Bu yüzden MK m. 315 Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesiste yetersiz kalacaktır. Alman hukukunda olduğu gibi en azından evlat edinilenin Türkiye'de mutad meskene veya oturma yerine sahip olmasının ikinci bir basamak olarak düzenlenmesinin gerektiği tespiti yapılabilir.

27 Alman hukukundaki düzenleme hakkında detaylı bilgi için bkz. Hans-Joachim Musielak, Helmut Borth and Mathias Grandel, *Famliengerichtliches Verfahren Kommentar* (6. neubearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen 2018) FamFG § 187 Örtliche Zuständigkeit Rn 1-6.

28 Bir sonraki bölümde MÖHUK m. 41'e ilişkin açıklamalarda da tekrarlanacağı üzere, nastl ki m. 41 ile Türklerin kişi hâllerine ilişkin davalar bakımından mutlaka yetkili bir Türk mahkemesinin bulunması amaçlanmıştır Alman hukukundaki bu düzenleme ile de tarafların Alman vatandaşı veya Almanya'da mutad meskene sahip olduğu evlat edinme davaları bakımından mutlaka yetkili olacak bir Alman mahkemesi bulundurulmuştur.

MK m. 315’de düzenlenen yetki kuralı ile ilgili değinilmesi gereken bir başka husus, bu kuralın niteliğine ilişkindir. Doktrinde bu kural, hukuki niteliği açısından kesin yetki kuralı olarak kabul edilmektedir.²⁹ O hâlde evlat edinenin Türkiye’de oturma yeri yoksa Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi olmayacaktır. Zira kesin yetki kuralı kapsamında yetkili bir Türk mahkemesi bulunmuyorsa, HMK’daki ve diğer kanunlardaki genel yetki kurallarının uygulanması suretiyle Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesis edilmesi mümkün değildir.

III. MÖHUK m. 41 Uyarınca Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

Evlat edinme kurumu, Türk Medeni Kanunu’nun 305-320. maddelerinde soybağının kurulması başlığı altında aile hukuku konuları arasında düzenlenmiştir.³⁰ Evlat edinme ilişkisinin kurulmasıyla birlikte evlat edinilen ile evlat edinen arasında soybağı ilişkisi kurulacağı için, kişilerin şahsi statüsü üzerinde bir değişiklik meydana gelecektir. Bu sebeple evlat edinme ilişkisi, m. 41 kapsamında kişi hâllerine ilişkin bir konu olmaktadır.³¹

MÖHUK m. 41’e göre; Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davalar, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde Türkiye’de yer itibariyle yetkili mahkemede, bulunmaması hâlinde ilgilinin sakin olduğu yer, Türkiye’de sakin değilse Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür.

Maddenin uygulanabilmesi için aranan ilk şart taraflardan birinin Türk vatandaşı olmasıdır. Evlat edinme davaları uygulamada³² her ne kadar çekişmeli dava şeklinde³³, evlat edinen(ler) davacı taraf ve evlat edinilen davalı taraf olarak gösterilerek açılabilir.

29 Koç (n 23) 367. Aksi görüş için bkz. Pakize Ezgi Akbulut, ‘6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Aile Hukukuna İlişkin İhtilaflarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi ile Bu Kuralların 5718 Sayılı MÖHUK’a Etkisi’ (2010) 12(özel sayı) DEÜHFD 1053,1060. Alman hukukunda, FamFG §187’nci maddede açıkça maddede bahsedilen mahkemenin yetkisinin kesin olduğu vurgulanmıştır. Yargıtay ise yakın tarihli bir kararında; Söke 2. Asliye Hukuk Mahkemesince evlat edinme talebinde bulunan davacı ve evlat edinilmek istenen küçükün İstanbul’da ikamet ettikleri gerekçe gösterilerek yetkisizlik kararı vermesi üzerine, MK 315. maddesindeki düzenlemenin kesin yetki kuralı olmadığı, ancak davalı tarafından bu hususun ilk itiraz olarak ileri sürülmesi hâlinde dikkate alınabileceğine hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay 20. HD E. 2016/5025, K. 2016/6319, T. 06.06.2016 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/20-hukuk-dairesi-e-2016-5025-k-2016-6319-t-6-6-2016>) (Çevrimiçi 21.09.2020).

30 Mustafa Dural, Tufan Ögüz and Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, Cilt III Aile Hukuku* (12. Bs., Filiz Kitabevi 2016) 302.

31 Çelikel and Erdem (n 7) 616; Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 13) 152; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 7) 438; Mine Tan Dehmen, ‘Türk Vatandaşlarının Kişi Hâllerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK’ta Kabul Edilen Yetki Kuralı’ (2013) 33(1) MHB 169, 175; Rona Aybay and Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)* (2. Bs., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008) 221. Evlat edinme davası kişi hâllerine ilişkin olmasına rağmen, çekişmesiz yargıya ilişkin olduğundan m. 41 kapsamına girmeyeceği yönündeki görüş için bkz. Rifat Erten, *Türklerin Kişi Hâllerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (Yetkin Yayınları 2017) 116.

32 Aydos (n 2) 11; Koç (n 23) 370.

33 Davacı olarak evlat edinmek isteyenler, davalı olarak evlat edinilecek gösterilmektedir. Evlat edinilecek kişinin küçük olması hâlinde ise, davalı olarak küçükün vasisinin veya velisinin gösterilmesi gerekmektedir. Bkz. Koç (n 23) 373.

da³⁴ esasında çekişmesiz işlerdendir.³⁵ Çekişmesiz yargıda taraf yerine ilgili kavramı kullanılır. Çünkü çekişmesiz yargıda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.³⁶ Mahkemece re'sen takip edilmesi gereken çekişmesiz yargı işlerinde, ilgililer, maddi anlamda ilgili kavramı esas alınarak tespit edilir.³⁷ Yani 'hukuki durumlarına herhangi bir şekilde dokunulan veya dokunulma ihtimali bulunan kişiler' ilgili olarak kabul edilir.³⁸ O hâlde evlat edinme davaları bakımından ilgililerin evlat edinen(ler) ile evlat edinilen olduğu söylenebilir. Evlat edinilenin biyolojik ailesi veya evlat edinilenin vasisi veya koruyucu bir kurumda bulunuyorsa bu kurumun maddi anlamda ilgili olduğu ise söylenemez. Sayılan bu kişiler evlat edinme sürecine itiraz gibi usuli bir muamele ile katılabilirlerse de bu kişilerin sadece şekli anlamda ilgili³⁹ sıfatı olur. Bu çerçevede incelenmesi gereken bir diğer mesele, MÖHUK m. 41 kapsamına çekişmesiz yargı işlerinin girip girmeyeceğidir. Maddenin başlığı 'Türklerin kişi hâllerine ilişkin davalar' olduğu için ilk etapta sadece çekişmeli yargıya ilişkin uyuşmazlıkların bu madde kapsamına girdiği düşünülebilir. Bunun karşısında maddenin metni incelendiğinde ilgili kavramından bahsedildiği de görülmektedir.⁴⁰ Doktrinde, maddenin amaçsal yorumlanması gerektiği⁴¹ ve çekişmesiz yargı işlerinin Türklerin kişi hâllerine ilişkin uyuşmazlıkların önemli bir kısmını oluşturması nedeniyle m. 41 kapsamında kabul edilmesi gerektiği görüşü savunulmaktadır.⁴² ⁴³ Sonuç olarak evlat edinme davalarında taraftan bahsedilemeyeceği için ilgililerden birinin yani evlat edinen(ler) veya evlat edinilenin Türk vatandaşı olması 41. maddenin uygulanabilmesi için yeterli olacaktır.

41. madde kapsamında Türk mahkemelerinin yetkili olabilmesi için aranan bir diğer şart, davanın yabancı bir devlet mahkemesinde 'açılmamış' veya 'açılmamış'

34 Hatta bu şekilde hasımlı olarak açılmayan davalar Yargıtay'ca reddedilmektedir. Örneğin, "davacının hasımsız açtığı dava ile, bakım ve gözetimini yaptığı küçükler Meltem Alev ve Esra'yı evlat edinme istediği, mahkemece davanın kabulüne karar verildiği ve hükmün tenyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır. ... Mahkemece, Medeni Kanun'un 316. maddesi gereğince kapsamlı bir araştırma yapılmadan ve küçüklerin kanuni temsilcisine karşı dava açılması gerekirken, hasımsız olarak açılan davaya devam edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması da doğru bulunmamıştır." (2. HD., E.2003/13685, K.2003/14841, T.04.11.2003) kararın tam metni için bkz. Cengiz Kaya, *Türk Hukukunda Evlat Edinme* (Beta 2009) 140-141.

35 Baki Kuru, *Nizasız Kaza* (Ajans Türk Matbaası 1961) 77; Aysel Çelikel, 'Evlat Edinmenin Kanunlar İhtilafı Bakımından Meydana Getirdiği Problemler' (1964) 30(1-2) İÜHF 217, 222; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü C. I* (6. Bs., Demir Demir Yayıncılık 2001) 27-28; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku Cilt I* (Yetkin Yayınları 2016) 114.

36 Kuru, *Nizasız Kaza* (35) 30; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Yetkin Yayınları 2014) 344; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku* (7. Bs., Nesil Matbaacılık 2000) 32; Dural, Öğüz and Gümüş (n 30) 319; Şıpka (n 1) 316; Koç (n 23) 370.

37 Kuru, *Nizasız Kaza* (n 35) 143; Tanrıver (n 35) 114.

38 Kuru, *Nizasız Kaza* (n 35) 141.

39 Şekli anlamda ilgili, talep veya itiraz gibi usuli işlemlerle yargılamaya etki eden kişilerdir. Bkz. Kuru, *Nizasız Kaza* (n 35) 142.

40 Doğa Elçin, 'Vesayet ve Kısırlılık Kararı Verilmesine veya Sona Ermesine ve Vesayetin Yürütülmesine Uygulanacak Hukuk, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması' (2018) 67(2) AnKÜHFH 279, 302.

41 Elçin (n 40) 303.

42 Çekişmesiz yargı işlerinin MÖHUK m. 41'in kapsamına girdiği yönündeki görüş için bkz. Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 7) 413; Aybay and Dardağan (n 31) 55; Tan Dehmen (n 31) 174.

43 MÖHUK m. 41'in sadece Türklerin kişi hâllerine ilişkin davalar bakımından uygulanabileceği, çekişmesiz yargıya ilişkin işlerde ise Türk mahkemelerinin yetkisininin MÖHUK m. 40 çerçevesinde tespit edilmesi gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. Erten (n 31) 116.

olmasıdır. Bu şart, Türk hukukunda milletlerarası derdestliğin açıkça kabul edildiği istisnai hâllerden birini oluşturmaktadır.⁴⁴ Yabancı bir devlet mahkemesinde dava açılmamış olması şartından ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Görüşler iki grupta toplanmaktadır. Bir görüşe göre yabancı devlet mahkemesinde dava açılmamış olması şartı, davanın hâlen derdest olması anlamına gelmez, mahkemece dava hakkında bir karar verilmiş olması da 41. madde kapsamında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin doğmasına engel olur.⁴⁵ Bunun karşısında yer alan görüşe göre, madde metninde ve gerekçesinde sadece derdestlikten bahsedildiği için, yabancı mahkemece karara bağlanmış ve artık derdest olmayan bir uyuşmazlık bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi olmadığını söylemek mümkün değildir.⁴⁶ Yabancı bir devlet mahkemesinde davanın ‘açılmamış’ olması şartından ise, hukuki engeller sebebiyle davanın yabancı bir devlet mahkemesinde açılmasının mümkün olmamasının anlaşılması gerekmektedir.⁴⁷

MÖHUK 41. madde çerçevesinde yetkili kabul edilen mahkemeler, basamaklı olarak⁴⁸, Türkiye’deki yer itibariyle yetkili mahkeme⁴⁹, bulunmaması hâlinde ilgilinin Türkiye’de sakin olduğu yerdeki mahkeme, Türkiye’de sakin değilse Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemeleridir.

Evlad edinme davalarında eğer ilgililerden biri Türk vatandaşı ise, m. 41 kapsamında Türk mahkemelerinin yetkili olup olmadığı tespit edilecektir. 41. maddenin uygulanabilmesi için ilgililerden birinin Türk vatandaşı olması yeterlidir. Maddenin, genel yetki kuralı yanında tamamlayıcı bir yetki kuralı olmadığı⁵⁰ dikkate alındığında, ilgililerden birinin Türk vatandaşı olduğu evlat edinme davaları bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, davanın yabancı bir devlet mahkemesinde açılmamış veya açılmamış olması şartına bağlı olarak doğacaktır. O hâlde, Türkiye’de yer itibariyle yetkili mahkeme bulunsa bile, eğer o dava yabancı bir devlet mahkemesinde açılmışsa yani derdestlik şartı gerçekleşmişse Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi olmayacaktır.

44 Çelikel and Erdem (n 7) 617; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik* (1. Bs., Seçkin Yayınları 2002) 45; Nuray Ekşi, ‘Boşanma Davalarında Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi’ [2010] 1 İKÜHFD 13, 22.

45 Bilgin Tiryakioğlu, ‘Türklerin Kişi Hâllerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi’ in *Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan* (Yetkin Yayınları 2012) 1155; Gülüm Bayraktaroglu Özçelik, *Milletlerarası Usul Hukukunda Paralel Davalar* (Yetkin Yayınları 2016) 324.

46 Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (n 14) 474; Çelikel and Erdem (n 7) 617; Akıncı (n 44) 50.

47 Akıncı (n 44) 50; Doğan (n 8) 70; Bayraktaroglu Özçelik (n 45) 318. Ancak doktrinde bu kuralın, yabancı bir devlet mahkemesinde dava açılmış ve davanın yetkisizlik sebebiyle reddedilmiş olması hâlini kapsadığı görüşü de savunulmaktadır. Bkz. Tiryakioğlu (n 45) 1152; Erten (n 31) 125; Elçin (n 40) 307.

48 Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 7) 439; Tan Dehmen (n 31) 187.

49 Evlat edinme davalarında Türkiye’deki yer itibariyle yetkili mahkemenin nasıl tespit edileceği için bkz. Yukarıda sy. 1157.

50 Müstakil bir yetki kuralı olarak kabul eden görüşler için bkz. Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 7) 435; Berk Demirkol, *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları* (Vedat Kitapçılık 2018) 20. Tamamlayıcı bir yetki kuralı olduğu görüşü için Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 13) 152; Doğan (n 8) 70.

IV. 1993 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin Kapsamına Giren Evlat Edinmeler Bakımından Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Sözleşme'nin Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi Üzerindeki Dolaylı Etkisi

A. Genel Olarak Sözleşme Kapsamında Evlat Edinme Kararı Vermeye Yetkili Makamlar

1993 tarihli La Haye Sözleşmesi Türkiye’de 2004 senesinden beri yürürlükte bulunmaktadır. Ayrıca 2009 senesinde Bakanlar Kurulu tarafından ‘Küçüklerin Evlat Edinilmesinde Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük’ yayımlanmıştır.⁵¹ Tüzük hem ülke içi hem de Sözleşme’ye uygun olarak ülkelerarası evlat edinme usulünü düzenlemektedir. Sözleşme ve Tüzük’te öngörülen evlat edinme usulüne değinmeden önce ilk olarak Sözleşme hakkında birtakım bilgiler verilmelidir. 1993 tarihli La Haye Sözleşmesi; kapsam, ülkelerarası evlat edinmelerin şartları⁵², merkezi makamlar ve yetkilendirilmiş organlar, ülkelerarası evlat edinmede usuli şartlar⁵³, evlat edinmenin tanınması ve sonuçları, genel hükümler⁵⁴ ve nihai hükümler olmak üzere toplam yedi bölümden oluşmaktadır.⁵⁵ Sözleşme’nin ‘Kapsam’ başlıklı I. bölümünde Sözleşme’nin amaçları ve kapsamı düzenlenmektedir. Buna göre, Sözleşme’nin amaçları; ülkelerarası evlat edinmelerin, çocuğun yüksek yararlarına ve uluslararası hukukun ona tanıdığı temel haklara uyularak yapılması için koruyucu tedbirleri tesis etmek; bu önlemlere uyulmasını sağlamak ve böylece çocukların kaçırılmasını, satımını ve ticaretini önlemek için Akit devletler arasında bir iş birliği sistemi kurmak ve Sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilen evlat edinmelerin Akit devletlerce tanınmasını sağlamaktır. Sözleşme, ülkelerarası evlat edinmeye ilişkin bütün konuları kapsamına almamaktadır. Örneğin, evlat edinmeye uygulanacak hukuk ve evlat edinme davalarında yetkili mahkeme konuları Sözleşme’nin kapsamı dışında bırakılmıştır. Ancak Sözleşme kapsamında Akit devletlerin evlat edinme sürecinde yerine getirmesi gereken yükümlülüklerle ilişkin düzenlemelerin, mahkemelerin yetkisinin belirlenmesinde dolaylı bir etkisi olmaktadır.⁵⁶ Örneğin, Sözleşme’nin 4. maddesinde sayılan; çocuğun evlat edinmeye uygun olduğunun tespiti ve çocuğun evlat edinilmesinin onun yüksek yararına uygun olduğunun tespiti gibi konularda menşee devletin yetkili makamları karar alacaktır. Bu konularda çocuğun kabul edildiği devletin (kabul eden devlet) makamlarının yetkisi olmayacaktır.

51 RG 15.03.2009 – 27170. (Bundan sonra “Tüzük” olarak bahsedilecektir.)

52 Orijinal metinde ‘*requirements for intercountry adoptions*’ olarak yer alan bu ifade Türkçeye hatalı olarak ‘uluslararası evlat edinmelerin şartları’ olarak çevrilmiştir.

53 1993 tarihli La Haye Sözleşmesi’nde öngörülen usul hakkında detaylı bilgi için bkz. Elif Çörekçi, *Ülkelerarası Evlat Edinme* (Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, 2009) 42 vd.

54 Orijinal metinde ‘*general provisions*’ olarak yer alan bu ifade Türkçeye hatalı olarak ‘nihai hükümler’ olarak çevrilmiştir.

55 Sözleşme hakkında detaylı bilgi için bkz. Faruk Kerem Giray, ‘Uluslararası Sözleşmelerde Evlat Edinme’ (1999-2000) 19(1-2) MHB 333, 343 vd.; Günseli Öztekin Gelgel, ‘Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırılmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler’ (2005) 4(8) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 119, 144; Sibel Özel, ‘Ülkelerarası Evlat Edinme’ (2012) 2011(1-Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan) GsÜHFD 609, 611.

56 Parra-Arraguren (n 17) par. 66.

Sözleşme'nin 2. maddesine göre, Sözleşme'nin kapsamına, mutad meskeni bir Akit devlette (menşe devlet) bulunan çocuğun, mutad meskeni diğer bir Akit devlette (kabul eden devlet) bulunan eşler veya bir kişi tarafından menşe devlette evlat edinildikten sonra kabul eden devlete götürülmüş olması, götürülmekte olması veya götürülmek üzere olması, ya da böyle bir evlat edinme kararının kabul eden devlet veya menşe devlette alınması amacı ile götürülmesi hâlleri girmektedir.⁵⁷ Bu maddeye ilişkin yapılacak ilk tespit; Sözleşme'nin kapsamına yabancılik unsuru içeren bütün evlat edinmelerin girmediğidir. Sözleşme kapsamına sadece tarafların mutad meskeninin farklı Akit devletlerde bulunduğu ve evlat edinme sonucunda çocuğun mutad meskeninin değişecek olduğu evlat edinmeler girmektedir.⁵⁸ Örneğin, Türkiye'de yaşayan yabancı bir çift, Türkiye'de yaşayan bir Türk vatandaşı küçüğü evlat edinip Türkiye'de yaşamaya devam etmek istiyorsa, bu evlat edinme davası bakımından yabancılik unsuru oluşmuş olmasına rağmen, Sözleşme kapsamında ülkelerarası evlat edinme olarak değerlendirilmeyecektir.

Sözleşme'nin 2. maddesinin lafzına ilişkin yapılacak ikinci bir tespit evlat edinme kararını vermeye hangi Akit devletin yetkili olduğuna ilişkindir. Maddenin lafzından, evlat edinme kararının hem menşe devlet hem de kabul eden devlet tarafından verilebileceği anlaşılmaktadır.⁵⁹ Ancak Sözleşme'nin 28. maddesinde bu kurala bir istisna getirilmiştir. Buna göre Sözleşme, bir menşe devletin, mutad meskeni bu devlette bulunan bir çocuğun evlat edinilmesinin söz konusu devlette gerçekleşmesini şart koşan veya onun evlat edinilmeden önce kabul eden devlette yerleştirilmesini veya o devlete gönderilmesini yasaklayan herhangi bir kanun hükmünü etkilemez. Yani menşe

57 Bu çeviri Sözleşmenin orijinal metninden yapılmıştır: Article 2(1): “*The Convention shall apply where a child habitually resident in one Contracting State (“the State of origin”) has been, is being, or is to be moved to another Contracting State (“the receiving State”) either after his or her adoption in the State of origin by spouses or a person habitually resident in the receiving State, or for the purposes of such an adoption in the receiving State or in the State of origin.*” <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=69> (E.T. 21.09.2020). Ancak maddenin resmi Türkçe çevirisi ile orijinal hâli arasında farklılık bulunmaktadır. Türkçe çeviride: Madde 2(1): “*Sözleşme, mutad meskeni bir Akit Devlette (“Menşe Devlet”) bulunan bir çocuğun, mutad meskeni diğer bir Akit Devlette (Kabul Eden Devlet) bulunan bir kişi veya eşler tarafından, menşe Devlette evlat edinildikten sonra kabul eden Devlete götürülmüş olması, götürülmekte olması veya götürülmek üzere olması hâllerinde uygulanır.*” <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5049.html> (E.T. 21.09.2020). Görüleceği üzere resmi Türkçe çevirisi esas alındığında evlat edinme kararının menşe devlet tarafından verilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Oysa Sözleşmenin orijinal metni incelendiğinde evlat edinme kararının menşe devlet veya kabul eden devletin birinden alınabileceği, bu konuda herhangi bir sınırlama olmadığı görülmektedir.

58 Parra-Arraguren (n 17) par. 34; Wolfgang Weitzel, ‘Das Haager Adoptionsübereinkommen vom 29.5.1993-Zur Interaktion der zentralen Behörden’ [2008] 4 NJW 186, 187; Şensöz, *Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme* (n 18) 190.

59 The Implementation and Operation of the 1993 Hague Intercountry Adoption Conventin: Guide to Good Practice (Guide No 1 under the Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption), sy. 100. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/publications/1/?dtid=3&cid=69> (E.T. 21.09.2020). Sözleşme'nin bahsedilen 2. maddesi kapsamına aşağıdaki üç tip evlat edinme girmektedir: 1. Evlat edinme kararı çocuğun mutad meskeni değiştirilmeden önce menşe devlet veya kabul eden devlet yetkili makamlarınca verilmiş olabilir. 2. Evlat edinme kararı, çocuk kabul eden devlete gönderildikten sonra, menşe devlet veya kabul eden devlet yetkili makamlarınca verilmiş olabilir. 3. Çocuk, evlat edinilmesi amacıyla kabul eden devlete gönderilmiş olmasına rağmen, menşe devlet veya kabul eden devlet yetkili makamlarınca evlat edinmeye ilişkin henüz bir kararın verilmediği evlat edinmeler. Bkz. Parra-Arraguren (n 17) par. 74.

devletin kanunları evlat edinmenin mutlaka kendi makamlarında⁶⁰ gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye sahip değilse evlat edinme kabul eden devlette de gerçekleştirilebilecektir.

B. Sözleşme Kapsamına Giren Hâllerde Evlat Edinme Kararı Vermeye Yetkili Türk Mahkemesi

Sözleşme kapsamına giren bir ülkelerarası evlat edinmede, hangi devletin makamlarının yetkili olduğu tespit edildikten sonra, ikinci olarak Türkiye'nin menşee devlet veya kabul eden devlet olması hâlinde, evlat edinme kararının hangi mahkemeden⁶¹ alınacağı konusu incelenecektir.

Sözleşme kapsamına giren evlat edinmelerde, evlat edinme kararının menşee veya kabul eden devlet yetkili makamı tarafından alınacağına ilişkin bir kural yer almakla birlikte, menşee veya kabul eden devletteki hangi makamın yetkili olacağına ilişkin bir kurala Sözleşme'de yer verilmemiştir. Bu makamın Türk hukukunda olduğu gibi bir mahkeme olması hâlinde, mahkemelerin yetkisine ilişkin de herhangi bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Öyleyse Sözleşme kapsamında evlat edinme kararının Türk makamlarınca verilmesi gerekiyorsa, bu davada Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK hükümlerine göre belirlenecektir. Buna göre yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre belirlenmektedir (MÖHUK m. 40). O hâlde MÖHUK m. 40 atfı ile MK m. 315 kapsamında yetkili mahkeme evlat edinmenin veya edinenlerden birinin oturma yeri mahkemesi olacaktır.⁶² Ayrıca evlat edinen veya edinenlerden birinin veya evlat edinilen küçüğün Türk vatandaşı olması hâlinde MÖHUK m. 41 çerçevesinde de Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi belirlenebilecektir.⁶³

İlk olarak ifade etmek gerekir ki Sözleşme'nin uygulamasında esas alınan kriter evlat edinenler ile çocuğun farklı akit devletlerde mutad meskene sahip olmasıdır. Tarafların vatandaşlıklarının ise bir önemi yoktur.⁶⁴ O hâlde Türkiye'nin menşee devlet veya kabul eden devlet olmasına bağlı olarak ikili bir ayırım çerçevesinde yetkili olacak Türk

60 Sözleşme evlat edinme kararını mutlaka bir mahkemece verilmesi gerektiğini düzenlemez. Akit devletlerin kendi iç hukukunda evlat edinme kararı alınması usulü ne şekilde ise buna göre yetkili makam belirlenir. Kural olarak Sözleşme ile yüklenen görevleri yerine getirmek üzere her Akit devlet bir Merkezi Makam tayin eder (m. 6 vd.). Ancak 4. maddede evlat edinme kararı verme yetkisi Merkezi Makamlara verilmemiştir. Sözleşme'ye ilişkin açıklayıcı raporda, evlat edinme kararı vermeye yetkili makam olarak, merkezi makam yerine, akit devletlerin yetkili makamlarını tercih etme nedeninin çocuğu korumak adına getirilen bir önlem olduğu ifade edilmiştir (bkz. Parra-Arraguren (n 17) par. 110). Yine açıklayıcı rapora göre, Sözleşme'de yetkili makama ilişkin herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Akit devletler yetkili makamlarını kendileri belirler. Bu makam, idari, yargısal ya da merkezi bir devlet makamı olabilir (Parra-Arraguren (n 17) par. 111). Türkiye'de evlat edinme kararı vermeye yetkili makam mahkemelerdir (MK m. 315, Tüzük m. 13).

61 Sözleşme'nin uygulandığı hâller bakımından yetkili makam Türkiye'de mahkemelerdir. Bkz. Ebru Şensöz Malkoç, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (1. Bs., On İki Levha Yayınları 2017) 165-166.)

62 Detaylı açıklama için bkz. Yukarıda sy. 1157.

63 Detaylı açıklama için bkz. Yukarıda sy. 1160.

64 Tanrıbilir and Şit Köşgeroğlu (n 6) 1032; Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (1. Bs., Beta 2013) 380.

mahkemesinin tespit edilmesi gerekecektir. Türkiye'nin menşee devlet olarak yetkili olduğu evlat edinmelerde, evlat edinenlerin bir başka akit devlette mutad meskene sahip olmaları söz konusu olabilmektedir. Sözleşme'de öngörülen merkezi makamlar vasıtasıyla evlat edinme sürecini başlatacak kişilerin Türkiye'de bulunmasına gerek olmadığı için MK m. 315 kapsamında Türkiye'de bir oturma yerine sahip olmama ihtimalleri de yüksek olmaktadır. Böyle bir durumda MK m. 315'deki yetki kuralı yetersiz kalmaktadır. Zira bu maddeye göre evlat edinenlerden birinin Türkiye'de oturma yeri yoksa Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi doğmamaktadır. Evlat edinilen çocuğun Türkiye'de oturma yerine sahip olmasına ise maddede yetki tesis eden bir basamak olarak yer verilmemiştir. Bu yüzden Alman hukukunda olduğu gibi evlat edinilenin mutad meskeni veya oturma yerinin bulunduğu yer mahkemelerinin ikinci basamak olarak kanunda yer verilmesi bu sorunu çözebilir.⁶⁵ Medeni Kanun'da kabul edilen mevcut yetki sistemi, evlat edinenleri esas almakta, evlat edinilen çocuğun bulunduğu yeri ise dikkate alınmamaktadır. Oysa 1993 tarihli La Haye Sözleşmesi kapsamında önemli olan çocuğun mutad meskeninin değiştiriliyor olmasıdır. Kanımızca MK m. 315'e göre yetkili bir mahkeme tesis edilemiyor bile olsa Anayasa m. 90/4⁶⁶ ve MÖHUK m. 1/2 gereğince Türkiye'nin taraf olduğu 1993 tarihli La Haye Sözleşmesinin uygulanmaması sonucunu doğuracak şekilde Türk mahkemesince bir yetkisizlik kararı verilmemesi gerekir. Zira Türkiye'nin taraf olduğu bu Sözleşme kanun hükmünde olacaktır. Keza MÖHUK m. 1/2 gereğince de Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklı tutulmuştur. Doktrinde maddede geçen 'saklıdır' ifadesinin, milletlerarası sözleşmelerde yer alan düzenlemelerin kanunlardan farklı olması hâlinde, özel kanun hükmünün (*lex specialis*) genel kanun hükmünün uygulanmasını engellemesi prensibi çerçevesinde, milletlerarası sözleşmede yer alan düzenlemenin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir.⁶⁷ 1993 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde milletlerarası yetkiye ilişkin doğrudan bir düzenleme yer almamakla birlikte, akit devletlere evlat edinme işlemini gerçekleştirme konusunda bir yükümlülük öngörülüyor olması, Türk hukukunda bu yükümlülüğün bir mahkeme kararı verilmesi suretiyle yerine getirilebiliyor olması düşünüldüğünde Sözleşme'nin yetkiye ilişkin sahip olduğu bu dolaylı etki, MÖHUK'ta düzenlenen yetki kurallarına nazaran *lex specialis* kabul edilmelidir. Bu sebeple, 1993 tarihli La Haye Sözleşmesi uyarınca evlat edinme kararının Türkiye'den alınması gerekiyorsa, MÖHUK hükümlerinde yer alan yetkiye ilişkin kuralların Sözleşme'ye rağmen uygulanması mümkün kabul edilmemelidir. Bu konuda değinilmesi gereken bir başka husus ise 1993 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde mahkemelerin yetkisine ilişkin bir düzenleme bulunmadığı için, Türkiye'de yer itibarıyla yetkili olacak mahkemenin nasıl tespit edilmesi gerektiğidir.

65 Bkz. Yukarıda sy. 1158.

66 Anayasa m. 90/4: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır."

67 Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (n 14) 70-71.

1993 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde mahkemelerin yetkisine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığı için kanımızca yer itibariyle yetkili mahkemenin, bu şekilde Türk hukukunda kabul edilen milletlerarası yetki kurallarına göre belirlenememesi hâlinde, merkezi makamın (Türkiye'de bu makam, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü Aile Yanında Destek Hizmetleri Dairesi Başkanlığı'dır⁶⁸) bulunduğu yer olan Ankara mahkemelerinin yetkili olduğunu kabul etmek gerekmektedir.⁶⁹

Türkiye'nin kabul eden devlet sıfatı ile evlat edinme kararı vermesi hâlinde ise, evlat edinme başvurusunda bulunanlar Türkiye'de mutad meskene sahip oldukları için böyle bir problem ortaya çıkmayacaktır.

C. Sözleşmenin Türk Mahkemelerinin Yetkisi Üzerindeki Dolaylı Etkisi

Sözleşme'de, akit devlet mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Sözleşme'de öngörülen evlat edinme usulü, Akit devlet mahkemelerinin milletlerarası yetkisi üzerinde dolaylı bir etkiye sahip olabilmektedir. Zira Sözleşme, ülkelerarası evlat edinme usulüne ilişkin Akit devletlerin sorumluluklarını menşe devlet ve kabul eden devlet makamları arasında dağıtan hükümler içermektedir.⁷⁰

İlk olarak, Sözleşme'nin 28. maddesindeki düzenlemenin, yani menşe devlet konumunda olan Akit devletlerin iç hukukunda, evlat edinme kararının mutlaka kendilerince alınması gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye sahip olmaları hâlinde durumun ne olacağına incelenmesi gerekmektedir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, her ne kadar evlat edinme davaları Türk hukukunda kesin yetki ile düzenlenmiş olsa da (MK m. 315), bu yetki kuralı milletlerarası usul hukukunda münhasır yetki kuralı olarak kabul edilmemektedir.⁷¹ Evlat edinme davaları, Türk hukukunda münhasır yetki kuralı ile düzenlenmediği gibi Türkiye'de mutad meskene sahip bir küçüğün, evlat edinilmesinden sonra mutad meskeni değişecekse, böyle bir evlat edinme kararının mutlaka Türk mahkemelerinden alınması gerektiğine ilişkin bir düzenleme de yer almamaktadır. Bu yüzden Türkiye'nin menşe devlet olduğu evlat edinmeler bakımından, kabul eden devlette de evlat edinme kararı alınabilecektir. Ayrıca Tüzük'te de küçüğün evlat edinme işlemi gerçekleştirilmeden önce kabul eden devlete gönderilmesi imkânı düzenlemektedir. Tüzük'ün 16. maddesinde Türkiye'nin menşe devlet olduğu ülkelerarası evlat edinmelerde uygulanacak usul detaylı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, menşe devlet ve kabul eden devlet merkezi

68 <https://www.ailevecalisma.gov.tr/osmaniye/basvurular/evlat-edinme/> (E.T. 09.11.2020)

69 Çalışmada savunulan bu yaklaşım, Anayasa m. 37 bağlamında tabii hâkim ilkesine aykırılık oluşturabileceği gerekçesiyle eleştirilebilir.

70 Parra-Arraguren (n 17) par. 65.

71 Bir yetki kuralının münhasır yetki kuralı olup olmadığına tespiti, o maddenin ifadesinden ve konuluş amacından yola çıkılarak tespit edilir. Bkz. Çelikel and Erdem (n 7) 601.

makamlarının evlat edinme konusunda anlaşmış olması şartıyla, küçük, evlat edinme işlemi gerçekleştirilmeden önce kabul eden devlete götürülebilecektir (Tüzük m. 16/5). Küçük bir yıllık geçici bakım sözleşmesi imzalanarak evlat edinecek kişilere teslim edilir (Tüzük m. 17/1). Küçüğün evlat edinilmesinin onun yüksek yararına uygun olmayacağı tespit edilirse, kabul eden devletin merkezi makamlarınca çocuk evlat edineceklerden geri alınır ve geçici bakımı sağlanır. Çocuğun yeniden yerleştirilmesi sağlanamazsa, rızası da alınarak menşe devlete geri dönmesi sağlanır (Tüzük m. 18). Görüleceği üzere Tüzük'te de açıkça evlat edinme konusunda menşe devlet ve kabul eden devletin anlaşmasının yeterli olduğu düzenlenmiştir. Çocuğun kabul eden devlete gönderilebilmesi için menşe devlet mahkemesince önce bir evlat edinme kararı verilmiş olması ise aranmamaktadır.

Sözleşme'nin 28. maddesinin Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi üzerinde sahip olabileceği dolaylı etki ise, Türkiye'nin kabul eden devlet sıfatıyla evlat edinme kararı verecek olması ihtimalinde gündeme gelecektir. Türkiye'nin kabul eden devlet olduğu bir evlat edinme söz konusu olduğunda, menşe devletin Sözleşme'nin 28. maddesine uygun olarak kendisini münhasır yetkili görmesi veya mutlaka kendi ülkesinde bu kararın alınması gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye sahip olma ihtimali olabilir. Böyle bir durumda Türk mahkemelerinde bir evlat edinme davası açılabilir mi veya açılması hâlinde Türk mahkemelerinin yetkisizlik kararı vermesi gerekir mi sorularını cevaplamak gerekecektir.⁷² Sözleşme'nin 28. maddesinde menşe devletin, evlat edinme kararını kabul eden devletçe verilmesini yasaklayan bir düzenlemeye sahip olması hâlinde bu düzenlemenin Sözleşme hükümleri karşısında geçerliliğini koruyacağını ifade etmektedir. Ancak 28. madde ile Akit devletlere riayet etmeleri gereken bir yükümlülük getirilmemektedir. Çünkü Akit devletlerin iç hukukunda yer alan bir düzenleme ile diğer Akit devletlerin bağlı olması düşünülemez. O hâlde 28. madde hükmü Akit devletlerin milletlerarası yetkisine ilişkin bir düzenleme getirmemektedir. Türkiye'nin kabul eden devlet olduğu bir evlat edinme davasında bu sebeple Türk mahkemelerinde bir dava açılabilir. Türk mahkemelerince 28. madde kapsamına giren bir durum olup olmadığının incelenmesi yapılmaz. 28. madde ile getirilen kuralın işlevi, menşe devletin iç hukukunda evlat edinme kararının mutlaka kendi makamlarınca verilmesine ilişkin bir hüküm bulunması hâlinde, bu kurala Sözleşme kapsamında geçerlilik sağlamaktır.⁷³ Bu düzenlemeyle menşe devlete, evlat edinme işlemi gerçekleştirilmeden önce çocuğun geçici gözetim anlaşması yoluyla ülkeden dışarı çıkarılmasına izin vermeme hakkı tanınmış olmaktadır. Böylelikle iç hukukunda bu şekilde bir düzenlemeye sahip olan bir akit devlet, menşe devlet olduğu bir evlat edinmede, çocuğun evlat edinme kararı verilmeden ülkeden çıkarılmasına izin vermeme hakkına sahip olacaktır. Bu hakkını kullanması da Sözleşme'yi ihlal ettiği

⁷² Türkiye'nin kabul eden devlet olduğu ülkelerarası evlat edinmeler bakımından Tüzük m. 19'da bu konuda özel bir düzenlemeye yer verilmeyip, 1993 tarihli La Haye Sözleşmesi'ne ve Tüzükte yer alan diğer kurallara uygun olarak bu evlat edinme işlemlerinin gerçekleştirileceği ifade edilmiştir.

⁷³ Parra-Arraguren (n 17) par. 489.

anlamına gelmeyecektir.⁷⁴ 28. madde çerçevesinde böyle bir düzenlemeye sahip olan bir akit devletin menşe devlet olduğu bir evlat edinme söz konusu olduğunda, kabul eden devlet olarak Türkiye’de bir evlat edinme davası açılmışsa, Türk mahkemelerince bu davanın görülmesi, Sözleşme’de kabul edilen usule aykırı olacaktır. Kanımızca bu şekilde verilecek bir karar Sözleşme uygulanmadan verilmiş bir karar olacaktır ve diğer akit devletlerde Sözleşme uyarınca otomatik tanınması mümkün olmayacaktır.⁷⁵

Son olarak bir önceki bölümde de ifade edildiği üzere, menşe devletin Türkiye olduğu ülkelerarası evlat edinme davalarında MÖHUK m. 40 atfıyla⁷⁶ MK m. 315’e göre yetkili bir Türk mahkemesi bulunmuyorsa bile, 1993 tarihli Sözleşme’ye göre evlat edinme kararının Türkiye’de verilmesi gerekiyorsa, Türk mahkemelerince milletlerarası yetkisizlik kararı verilmemelidir. Aksi hâlde Sözleşme’den doğan bir yükümlülük ihlal edilmiş olacaktır.

Sonuç

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK hükümleri çerçevesinde belirlenmektedir. Evlat edinme davaları bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK’ta yer alan genel yetki kuralı (m. 40) veya şartların oluşması hâlinde Türklerin kişi hâllerine ilişkin davalarda yetkili mahkemeyi gösteren madde (m. 41) kapsamında tesis edilmektedir.

Evlat edinme davalarında genel yetkili mahkeme, MÖHUK m. 40’a göre, iç hukukumuzdaki yer itibariyle yetkili mahkemeleri gösteren kurallar ile tespit edilecektir. Bahsedilen yetki kuralları, HMK başta olmak üzere Medeni Kanun, Ticaret Kanunu gibi sair mevzuatta yer almaktadır. Evlat edinme davaları bakımından yer itibariyle yetkiye ilişkin düzenleme MK m. 315’de yer almaktadır. Bu maddeye göre evlat edinme davalarında yetkili mahkeme, evlat edinenin oturma yeri mahkemesidir. Eşler birlikte evlat ediniyorsa eşlerden birinin oturma yeri mahkemesi yetkili olacaktır. Bu madde, evlat edinilen çocuğun Türkiye’de oturma yerine sahip olması ve evlat edineceklerin yurtdışında oturma yerine sahip olması olasılığı bakımından yetersiz bir kural olmaktadır. Bu nedenle maddeye, karşılaştırmalı hukukta da örnekleri olduğu gibi, evlat edinilen çocuğun oturma yerinin de ikinci bir basamak olarak eklenmesi önerilmektedir.

Evlat edinme davaları, çekişmesiz yargı işlerinden kabul edilmektedir. Her ne kadar MÖHUK m. 41’in madde başlığından sadece çekişmeli yargıya ilişkin uyuşmazlıkların

74 Parra-Arraguren (n 17) par. 493.

75 Her ne kadar bire bir 28. maddeye aykırılık örneği olmasa da Türk mahkemelerince verilen bir evlat edinme kararı, mahkemece Sözleşme hiç dikkate alınmadan verildiği için, tanınması Almanya mahkemesince reddedilmiştir. Alman mahkemesince, Sözleşme kapsamında verilmemesi için Sözleşme’de kabul edilen otomatik tanıma usulünün işletilmeyeceğine, Alman milletlerarası özel hukuk kuralları çerçevesince de tanınmasının mümkün olmadığına, zira Türk mahkemesinin Sözleşme’yi uygulanmamış olmasının Alman kamu düzenini ihlal eden bir hâl oluşturduğu yönünde bir karar vermiştir. (AG Hamm, Beschluss vom 29.08.2016-20F 26/14 <https://openjur.de/u/2145458.html> (E.T. 21.09.2020)

76 MÖHUK m. 41’in de kapsamına girmeyen bir evlat edinme olması ihtimali esas alınmıştır.

maddenin kapsamına gireceği anlamı çıkarılabilecek olsa da maddenin lafzında geçen ilgili kelimesi de dikkate alınarak amaçsal bir yorum yapıldığında, maddenin kapsamına çekişmesiz yargı işlerinin de gireceği kabul edilmelidir. Bu yüzden evlat edinme davasında ilgililerden birinin Türk vatandaşı olması, MÖHUK m. 41'in kapsamına girmesi bakımından gerekli ve yeterlidir.

Bu madde kapsamında yer itibariyle yetkili olacak Türk mahkemesi birinci basamakta genel yetki kuralıyla yetkili olacak mahkeme ile paraleldir. Ancak MÖHUK m. 41'in kapsamına giren bir evlat edinme davasında yetki iki konuda genel yetki kuraldan farklı bir sonucun doğmasına yol açmaktadır. Birincisi, MÖHUK m. 41 Türklerin kişi hâllerine ilişkin davalar bakımından mutlaka yetkili bir Türk mahkemesi bulunmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle maddede son basamak olarak Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinin yetkili olacağı düzenlenmiştir. Oysa MÖHUK m. 40 kapsamına giren evlat edinme davaları bakımından mutlaka yetkili olacak bir Türk mahkemesi bulundurulmamaktadır. İkinci farklılık ise MÖHUK m. 41 kapsamına giren bir evlat edinme davasında milletlerarası dersdestlik nazara alınacakken, m. 40 kapsamında milletlerarası derdestlik dikkate alınmayacaktır.

Türkiye 2004 senesinden beri 1993 tarihli Ülkelerarası Evlat Edinmeye ilişkin La Haye Sözleşmesi'ne taraftır. Sözleşme'de doğrudan akit devletlerin mahkemelerinin yetkisine ilişkin bir hüküm içermemekle birlikte, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devlet (menşe devlet) ile evlat edinenlerin mutad meskenlerinin bulunduğu ve evlat edinme sonucunda çocuğun götürülmek istendiği akit devlet (kabul eden devlet) makamları arasında yapmış olduğu iş bölümüne ilişkin düzenlemelerin mahkemelerin yetkisi üzerinde dolaylı bir etkisi bulunmaktadır. İlk olarak Sözleşme evlat edinme kararını hem menşe devletin hem de kabul eden devletin makamları tarafından alınabileceğini kabul etmektedir. Türkiye bakımından evlat edinmenin mutlaka bir mahkeme kararı ile gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Sözleşme'de da özel bir yetki kuralı yer almadığı için Türk mahkemelerinin bu davalar bakımından yetkisi MÖHUK m. 40 atfıyla MK m. 315'e göre veya kapsamına girmesi hâlinde MÖHUK m. 41'deki yetki kuralına göre belirlenecektir. Bu çerçevede ilk olarak ifade edilmesi gerekir ki, Sözleşme kapsamında evlat edinme işleminin Türkiye'de gerçekleştirilmesi gerekiyor, ancak MK m. 315 kapsamında yetkili bir Türk mahkemesi bulunmuyorsa bile Sözleşme'den doğan bir yükümlülüğün ihlal edilmesi neticesini doğuracak şekilde mahkemece bir yetkisizlik kararı verilmesi doğru olmayacaktır. İkinci olarak, Sözleşme'nin 28. maddesi akit devletlerin, menşe devlet oldukları ülkelerarası evlat edinmeler bakımından mutlaka kendi makamlarınca bir karar alınması gerektiğine ilişkin iç hukuk düzenlemelerine sahip olmalarını geçerli kabul etmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

- Akbulut PE, ‘6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Aile Hukukuna İlişkin İhtilaflarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi ile Bu Kuralların 5718 Sayılı MÖHUK’a Etkisi’ (2010) 12(özel sayı) DEÜHFD 1053.
- Akıncı Z, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik* (1. Bs., Seçkin Yayınları 2002)
- Akıncı Z and Demir Gökyayla C, *Milletlerarası Aile Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2010)
- Arslan İ, *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı* (On İki Levha Yayınları 2014)
- Aybay R and Dardağan E, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)* (2. Bs., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008)
- Aydos OS, ‘Yeni Medeni Kanun’a Göre Evlat Edinme’ (2000) 4(1-2) GaÜHFD 1.
- Balkar S, ‘Türk Hukukunda Evlat Edinme’ (2004) 2 GsÜHFD 235.
- Bayraktaroğlu Özçelik G, *Milletlerarası Usul Hukukunda Paralel Davalar* (Yetkin Yayınları 2016)
- Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16. Bs., Beta 2020)
- Çelikel A, ‘Evlat Edinmenin Kanunlar İhtilafı Bakımından Meydana Getirdiği Problemler’ (1964) 30(1-2) İÜHFM 217.
- Çörekçi E, *Ülkelerearası Evlat Edinme* (Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayımlanmamış yüksek lisans tezi 2009)
- Demir M, ‘Bazı Ülke Yasaları ile Karşılaştırmalı Olarak Evlat Edinmenin Yasal Koşulları’ (2003) 52 AÜHFD 253.
- Demirkol B, *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları* (Vedat Kitapçılık 2018)
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6. Bs., Savaş Yayınevi 2020)
- Dural M, Öğüz T and Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku, Cilt III Aile Hukuku* (12. Bs., Filiz Kitabevi 2016)
- Nuray Ekşi, ‘Boşanma Davalarında Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi’ [2010] 1 İKÜHFD 13
----- *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (2. Bs., Beta 2000)
----- *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (1. Bs., Beta 2013)
- Elçin D, ‘Vesayet ve Kısıtlılık Kararı Verilmesine veya Sona Ermesine ve Vesayetin Yürütülmesine Uygulanacak Hukuk, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması’ (2018) 67(2) AnkÜHFH 279.
- Erdem BB, ‘22.11.2001 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi’ (2002) 22(2) MHB 149.

- Erten R, *Türklerin Kişi Hâllerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (Yetkin Yayınları 2017)
- Gençcan ÖU, *4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu 2. Cilt* (1. Bs., Yetkin Yayınları 2015)
- Giray FK, 'Uluslararası Sözleşmelerde Evlat Edinme' (1999-2000) 19(1-2) MHB 333.
- Hatemi H and Kalkan Oğuztürk B, *Aile Hukuku Ders Kitabı* (4. Bs., Vedat Kitapçılık 2014)
- Kaya C, *Türk Hukukunda Evlat Edinme* (Beta 2009)
- Kılıçoğlu AM, *Aile Hukuku* (genişletilmiş 3. Bs., Turhan Kitabevi 2017)
- Koç E, 'HMK ve TMK Çerçevesinde Evlat Edinme ve Evlatlık İlişkinin Kaldırılması Davasına İlişkin Bazı Tespitler' (2015) 73(1) İÜHF 363.
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt 1* (6. Bs., Demir Demir Yayıncılık 2001)
- *Nizasız Kaza* (Ajans Türk Matbaası 1961)
- Küffer EM, *Internationales Privatrecht Art. 1-200 IPRG* (3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2016)
- Musiak H, Borth H and Grandel M, *Familiengerichtliches Verfahren Kommentar* (6. neubearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen 2018)
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (22. Bs., Beta Yayınları 2017)
- *Milletlerarası Usul Hukuku* (2. Bs., Beta 2018)
- Özel S, 'Ülkelerarası Evlat Edinme' (2012) 2011(1-Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan) GsÜHFD 609.
- Öztekin Gelgel G, 'Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler' (2005) 4(8) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 119.
- Parra-Araguren G, *Explanatory Report On The Convention On Protection Of Children And Co-Operation In Respect Of Intercountry Adoption* (HCCH Publications 1994)
- Serozan R, *Çocuk Hukuku* (2. Bs., Vedat Kitapçılık 2005)
- Siehr K, *Zürcher Kommentar zum IPRG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht* (2. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2004) 749
- Süzen B, *Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk* (Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayımlanmamış doktora tezi 2019)
- Şanlı C, Esen E and Ataman Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8. Bs., Vedat Kitapçılık 2020)
- Şensöz E, 'Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair 1993 Tarihli La Haye Sözleşmesi Uyarınca Yabancı Adli ve İdari Evlat Edinme Kararlarının Doğrudan Tanınması ve Kontrol Usulü' (2011) 10(20) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 179.
- *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (1. Bs., On İki Levha Yayınları 2017)
- Şıpka Ş, '4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi' (1999) 57(1-2) İÜHF 301.
- Tan Dehmen M, 'Türk Vatandaşlarının Kişi Hâllerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK'ta Kabul Edilen Yetki Kuralı' (2013) 33(1) MHB 169.
- Tanrıbilir FB and Şit Köşgeroğlu B, 'Uluslararası Özel Hukukta Evlat Edinme' in Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan (Yetkin Yayınları 2012) 1033.
- Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku Cilt I* (Yetkin Yayınları 2016)

The Implementation and Operation of the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention: Guide to Good Practice (Guide No 1 under the Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption)

Tekinalp G and Uyanık A, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (12. Bs., Vedat Kitapçılık 2016)

Tiryakioğlu B, 'Türklerin Kişi Hâllerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi' in Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan (Yetkin Yayınları 2012)

Umar B, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Yetkin Yayınları 2014)

Üstündağ S, *Medeni Yargılama Hukuku* (7. Bs., Nesil Matbaacılık 2000)

Weitzel W, 'Das Haager Adoptionsübereinkommen vom 29.5.1993-Zur Interaktion der zentralen Behörden' [2008] 4 NJW 186.



Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

İklim Göçmenliği Sorununun Hukuki Boyutu

The Legal Dimension of the Climate Migration Matter

Emre Külüşlü*

Öz

İklim değişikliğinin tetiklediği uzun vadeli çevresel bozulmalar ile doğal ve insan kaynaklı afetler sonucunda ortaya çıkan iklim göçmenliği sorunu, yarattığı olumsuz etkiler itibarıyla küresel ölçekte bir mücadelenin yürütülmesini gerekli kılmaktadır. Ağırlıkla ekonomik, sosyal, siyasal ve kültürel etkileri çerçevesinde ele alınan iklim göçmenliği sorununa karşı ciddi bir mücadelenin yürütülmesi; sorunun diğer yönlerinin yanı sıra özellikle hukuki boyutuyla da incelenmesini gerektirmektedir. İklim göçmenliği sorununun hukuki boyutunun tespiti öncelikle meselenin somut özelliklerinin ele alınmasını gerektirmekte, buna bağlı olarak iklim göçmenliğine neden olan etkenler ve iklim göçmenliğinin doğurduğu olumsuz sonuçların çalışmamız kapsamında tanıtılması hedeflenmektedir. Belirtilen bu hedef doğrultusunda, dünyanın çeşitli bölgelerinde gerçekleşen ve göç hareketlerini tetikleyen iklim değişikliği kaynaklı afetler örneklendirilecek ve iklim değişikliğinin önlenmesine yönelik hukuki düzenlemelerde iklim göçmenliğinin ne şekilde ele alındığı ortaya konulacaktır. İklim göçmenliği sorununun somut özellikleri çerçevesinde tanıtılmasının ardından; yürütülecek mücadelenin hukuki boyutunun tespiti adına, yürürlükte bulunan uluslararası koruma hukuku kaynakları incelenecektir. Çalışmamız kapsamında ele alınan ulusal ve uluslararası nitelikteki hukuki düzenlemelerde iklim göçmenlerine yönelik herhangi bir koruma imkânı tanınmamakta, daha açık bir ifadeyle, uluslararası kamuoyu tarafından iklim göçmenliği sorununa karşı kayıtsız kalınmaktadır. Devletlerin ve uluslararası kamuoyunun iklim göçmenliği sorununa ilişkin bu kayıtsız tutumu, iklim göçmenliği sorununa yönelik farkındalık yaratılmasını ve bu çerçevede yürütülmesi gereken hukuki mücadeleye hizmet edecek uluslararası nitelikte düzenlemeler yapılmasını gerekli kılmaktadır. Çalışmamız kapsamında, insanlığın geleceğini tehdit eden iklim göçmenliği sorununa karşı yürütülecek hukuki mücadelenin şekline ilişkin önerilerde bulunulmakta; öncelikle iklim göçmenlerine hukuki koruma sağlanmasına hizmet edecek bir uluslararası anlaşmanın yapılması ve yapılacak bu anlaşma vasıtasıyla devletlerin iklim göçmenliği sorununa ilişkin yükümlülüklerinin belirlenmesi ile iklim göçmenlerinin korunmasına ilişkin koordinasyon ve denetimi sağlayacak uluslararası kuruluşların oluşturulması gerektiği ifade edilmektedir.

Anahtar Kelimeler

İklim değişikliği, iklim göçmeni, iklim mülteci, uluslararası koruma hukuku

Abstract

The matter of climate migration, which arises as a result of long-term environmental degradation triggered by climate change and natural and man-made disasters, requires a global struggle due to its negative effects. Carrying out a large-scale struggle against the matter of climate migration, which is mainly addressed within the framework of its economic, social, political and cultural effects, necessitates the examination of the problem, especially with its legal dimension, as well as other aspects. Determining the legal dimension of the climate migration matter, primarily requires addressing the concrete characteristics of the issue; correspondingly, we aim to introduce the factors causing climate migration and the negative consequences of climate migration within the scope of our study. In line with this stated goal, disasters caused by climate change that occur in various regions of the world and trigger migration movements will be exemplified and how climate migration is addressed in legal regulations for preventing climate change will be determined. Subsequent to introducing the climate migration matter within the framework of its concrete characteristics, the sources of international protection law in force will be examined in order to determine the legal dimension of the struggle to be conducted.

* Sorumlu Yazar: Emre Külüşlü (Arş. Gör.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: emrekuluslu@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-4052-3693

Atrf: Kuluslu E, "İklim Göçmenliği Sorununun Hukuki Boyutu" (2020) 40(2) PPIL 1175. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0088>



The national and international legal regulations considered within the scope of our study, provides no protection opportunity for climate migrants; more clearly, the international community remains unresponsive to the climate migration matter. This unresponsive attitude of the states and the international community regarding the matter of climate migration, requires creation of awareness on the matter of climate migration and establishment of international regulations that will serve the legal struggle to be carried out within this framework. Within the scope of our study, suggestions are made regarding the form of the legal struggle to be carried out against the climate migration matter that threatens the future of humanity; in this framework, it is stated that an international agreement that will serve to provide legal protection to climate migrants should be signed and, through the said agreement, the obligations of states regarding the climate migration matter should be determined and international organisations that will provide coordination and supervision regarding protection of climate migrants should be established.

Keywords

Climate change, climate migrant, climate refugee, international protection law

Extended Summary

Unrestrained energy consumption that emerged after the industrial revolution causes climate change over the long term. Climate change causes migration flows in certain regions by removing the ability of local residents to meet basic humanitarian needs. The climate migration matter that emerges due to natural and man-made disasters and long-term environmental degradations triggered by climate change, stays on course to becoming one of the primary concerns of the near future. Although it is predicted that 150 to 200 million people will be forced to migrate permanently by the middle of the 21st century due to factors related to climate change, the climate migration matter is not sufficiently considered by the world public opinion.

Within the scope of our study addressing the legal dimension of the climate migration matter; concrete instances regarding the factors causing climate migration are given by drawing attention to the threats to the safety of life and property of local residents as a result of natural and man-made disasters and long-term environmental degradations such as rising sea level, melting of glaciers in mountainous regions, rising difficulties of accessing fresh water sources etc. After the general introduction of climate migration matter, how the mentioned matter is being handled in national and international legal regulations on preventing climate change and protecting the environment is examined. However, unfortunately there is no provision to prevent climate migration or provide protection to climate migrants in the mentioned legal regulations.

The unresponsive attitude of the aforementioned legal regulations on the climate migration matter necessitates the examination of the climate migration matter within the framework of international protection law. Nevertheless, the definition of refugee made in the Convention Relating to the Status of Refugees that constitutes the essential of international protection law is limited to those who confront the risk of death or persecution due to their race, religion, nationality, membership of a certain social group or political views. Therefore, climate migrants cannot have refugee status in accordance with the Convention Relating to the Status of Refugees and

the national legal regulations parallel to that convention. In addition, the definition of ‘displaced persons’ made in the European Council Directive 2001/55/EC on Minimum Standards for Giving Temporary Protection in the Event of a Mass Influx of Displaced Persons and on Measures Promoting a Balance of Efforts Between Member States in Receiving Such Persons and Bearing the Consequence Thereof does not apply to climate migrants.

National legal regulations regarding international protection law remain unresponsive to the climate migration matter, parallel with the international legal regulations. Nothing but the few limited provisions of national legal regulations such as the ‘persons otherwise in need of protection’ status in Swedish law and ‘temporary protection’ status under US law provides legal protection to climate migrants. The overwhelming majority of the national legal regulations, apart from the given examples, do not provide legal protection to climate migrants, and also the national legislation of the Republic of Turkey does not address the climate migration matter in a similar manner to the overwhelming majority.

The unresponsive attitude of national and international legal regulations towards climate migration -that stays on course to becoming one of the primary concerns of the near future- prevents the measures against the economic, social, political and cultural negativities caused by climate migration from being considered by the world public opinion. From our perspective, the world public opinion has to conduct a large-scale struggle against the climate migration matter immediately, by way of starting with establishing a climate migrant status and determining the people who will benefit from this status through national and international legal regulations. In this context, our suggestion is to determine the climate migrant status as “*individuals who have to migrate from their environment or country individually or collectively, in consequence of becoming unable to meet their basic humanitarian needs by the reason of natural and man made disasters and long term environmental degradations caused by climate change*”.

Concluding an international agreement to provide legal protection to climate migrants with the joint contributions of states and world public opinion has importance in respect to giving a systematic feature to the requisite struggle to be conducted against the climate migration matter. Climate migrants are forced to abandon their environment by a failure to meet their basic humanitarian needs such as nutrition and shelter as a result of natural and man-made disasters and long-term environmental degradations triggered by climate change. Therefore, an international agreement that will serve to provide legal protection to climate migrants has to address the challenges confronted by climate migrants within the framework of fundamental human rights, especially the right to life.

The aforementioned international agreement that will serve to provide legal protection to climate migrants, has to bring along a mechanism that will coordinate activities regarding the protection of the basic human rights of climate migrants and meet their humanitarian needs. Considering the heaviest obligations arising from climate migration are being fulfilled by the states hosting climate migrants; an international agreement that will serve to provide legal protection to climate migrants should provide an organisation to share the economic, social, political and cultural obligations arising from climate migration fairly.

The organisation and supervision of the actions to be carried out within the scope of the mentioned international agreement that will serve to provide legal protection to climate migrants constitute one of the important dimensions of the struggle that will be conducted against climate migration. International organisations that will be established such as a scientists board, humanitarian relief fund and coordination center etc. will serve to carry out a systematic struggle against climate migration by way of (i) determining the obligations arising from the mentioned international agreement and distribution of these obligations to the states, (ii) ensuring the return of climate migrants to their environments or providing new permanent settlements, (iii) supporting the adaptation of climate migrants to the society and (iv) taking measures to prevent the migration crisis or at least decrease the negative impacts.

İklim Göçmenliği Sorununun Hukuki Boyutu

I. Giriş

Sanayi devrimini takiben yakın çağda gerçekleşen teknolojik gelişmeler ve buna bağlı ulusal enerji politikaları, gezegenimizin sınırlarını zorlayacak nitelikte bir enerji tüketimini doğurmuş; kontrolsüz ve ihtiyacı aşan bu tüketim, uzun vadede iklim değişikliği sorununu ortaya çıkarmıştır. Çevresel bozulmalar başta olmak üzere pek çok olumsuzluğa neden olan iklim değişikliği, çeşitli coğrafyalarda birbirinden farklı tehlikeleri beraberinde getirmektedir. Söz konusu tehlikelerden birini teşkil eden ve uluslararası kamuoyu tarafından arz ettiği önem oranında gündeme alınmayan iklim değişikliği kaynaklı göç akımları; her geçen gün etkisini artırarak yakın geleceğin temel sorunlarından biri olma yolunda ilerlemektedir. Bu noktada, topyekûn bir mücadelenin yürütülmesi ihtiyacı tespit edilerek, çalışmamız kapsamında iklim göçmenliği sorununun hukuki boyutu ele alınmıştır.

İklim göçmenliği sorununa karşı yürütülecek mücadele öncelikle hukuki bir yaklaşımın benimsenmesini, dolayısıyla kavramın tetikleyen etkenler ve sonuçları çerçevesinde detaylı şekilde tanımlanmasını gerektirmektedir. Bu doğrultuda çalışmamızın iklim göçmenliği kavramının tanıtılmasına hizmet eden birinci bölümünde; göç akımlarına neden olan doğal, çevresel ve insan kaynaklı etkenlere dikkat çekilerek, iklim değişikliğinin önlenmesine yönelik hukuki düzenlemelerin iklim kaynaklı göç akımları karşısındaki kayıtsızlığına vurgu yapılacaktır. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, yabancılar ve uluslararası koruma hukukuna ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemeler çerçevesinde iklim göçmenlerinin hukuki durumunun tespit edilmesi hedeflenmektedir. Bu doğrultuda, Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Konvansiyonu¹ başta olmak üzere uluslararası koruma hukukuna ilişkin yürürlükte bulunan hukuki düzenlemeler incelenerek, mevcut şartlar altında iklim göçmenlerine yönelik herhangi bir hukuki koruma imkânı tanınıp tanınmadığı ortaya konulacaktır.

İklim göçmenliği sorunu kapsamında tespit edilen mevcut durum, meselenin olması gereken hukuk doğrultusunda ele alınması gerekliliğini doğurmaktadır. Çalışmamızın üçüncü bölümünde, iklim göçmenliği sorununun çözümüne hizmet edecek bir uluslararası anlaşmanın yapılması önerilerek; iklim göçmenlerine sağlanması gereken hukuki korumaya, bu çerçevede devletlere düşen yükümlülüklerle ve oluşturulması gereken uluslararası kuruluşlara ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır.

¹ RG 05.09.1961/10898. Buradan itibaren “Cenevre Konvansiyonu” olarak anılacaktır.

II. İklim Göçmenliği Kavramı

A. Genel Olarak

İklim değişikliğine bağlı olarak kuraklık, çölleşme, erozyon, deniz seviyesinin yükselmesi, tarım alanlarının kaybedilmesi, tatlı su kaynaklarının azalması vb. uzun vadeli çevresel bozulmalar ile kasırga, fırtına, taşkın vb. doğal afetler yaşanmakta; bunun yanı sıra insan kaynaklı etkenlerin tetiklediği kimyasal, biyolojik ve nükleer afetlerle karşılaşmaktadır. Birbiriyle yakın bir ilişki içerisinde bulunan iklim değişikliği kaynaklı çevresel bozulmalar ile doğal ve insan kaynaklı afetler, kimi bölgelerde yerleşik halkın temel insani ihtiyaçlarını karşılama imkânını ortadan kaldırarak göç akımlarını ortaya çıkarmaktadır. Belirtilen çerçevede yerleşik bulunduğu çevreden göç etmeye zorlanan kişiler, uluslararası literatürde “iklim mültecileri”, “çevre mültecileri” veya “iklim göçmenleri” olarak adlandırılmaktadır.²

B. İklim Göçünü Tetikleyen Etkenler

İklim değişikliğinin tetiklediği uzun vadeli çevresel bozulmalar ile doğal ve insan kaynaklı afetler, yerleşik halkın can ve mal güvenliği ile geçim kaynaklarına yönelik tehditler oluşturmaktadır³; her yıl 60.000 civarı insan doğal afetler nedeniyle hayatını kaybederken çevresel bozulmalar, doğal afetler ve doğal kaynakların tükenmesi 30 milyona yakın insanı göç etmeye zorlamaktadır⁴. Yakın dönemde iklim değişikliği kaynaklı doğal afetlerin normalin iki katına çıktığı göz önünde bulundurulduğunda⁵, iklim değişikliğinden kaynaklanan olumsuzlukların artış eğilimi göstereceği ve 21. yüzyılın ortalarında 150 ila 200 milyon kişinin iklim değişikliğine bağlı etkenler nedeniyle kalıcı şekilde göç etmeye zorlanacağı öngörülmektedir⁶.

İklim değişikliğinin ortaya çıkardığı olumsuzluklar, yaşanan bölgenin özelliklerine ve insan kaynaklı etkenlere bağlı olarak çeşitli mağduriyetlere neden olabilmektedir. Birleşmiş Milletler Kuruluşlararası Daimî Komiteye bağlı Göç ve İklim Değişikliği

2 Jessica B. Cooper, ‘Environmental Refugees: Meeting the Requirements of the Refugee Definition’ (1998) 6(2) New York University Environmental Law Journal 480, 483 vd., 503; Aurelie Lopez, ‘The Protection of Environmentally-Displaced Persons in International Law’ (2007) 37(2) Environmental Law 365, 369 vd.; Tina Acketoft, ‘Environmentally Induced Migration and Displacement: A 21st Century Challenge’, (Council of Europe Parliamentary Assembly, Committee on Migration, Refugees and Population Doc. 11785 2008) 9; Bonnie Docherty and Tyler Giannini, ‘Confronting a Rising Tide: a Proposal for a Convention on Climate Change Refugees’ (2009) 33(2) Harvard Environmental Law Review 349, 349 vd.; Nuray Ekşi, ‘İklim Mültecileri’ (2016) 2(2) Göç Araştırmaları Dergisi 10, 13 vd.; Jane Steffens, ‘Climate Change Refugees in the Time of Sinking Islands’ (2019) 52(3) Vanderbilt Journal of Transnational Law 727, 729 vd. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği; mülteci statüsünün hukuki bir tanımlama olduğuna dikkat çekerek, ‘iklim mültecisi’ veya ‘çevre mültecisi’ kavramlarının mülteci hukukunda yerinin bulunmadığını ifade etmektedir. Bkz. UNHCR, ‘Climate Change, Natural Disasters and Human Displacement: a UNCHR Perspective’ (UNHCR Publications, 2008) 8 vd. Ekşi, ‘İklim Mültecileri’ (n 2) 18.

3 UNHCR, ‘Climate Change, Natural Disasters and Human Displacement’ (n 2) 3.

4 Acketoft (n 2) 8.

5 UNHCR, ‘Climate Change, Natural Disasters and Human Displacement’ (n 2) 3.

6 Cooper (n 2) 485; Ekşi, ‘İklim Mültecileri’ (n 2) 20. Ayrıca 21. yüzyılın sonu itibarıyla, yalnızca deniz seviyesinin yükselmesine bağlı olarak 2 milyar kişinin göçe zorlanacağı öngörülmektedir. Bkz. Steffens (n 2) 729.

Çalışma Grubu tarafından yapılan sınıflandırma uyarınca iklim göçüne neden olan etkenler; hidro-meteorolojik afetler, uzun vadeli çevresel bozulmalar, deniz seviyesinin yükselmesine bağlı toprak kayıpları ve doğal kaynakların azalması sonucunda tetiklenen silahlı çatışmalar olarak sıralanmaktadır⁷. Buna ilaveten göçü tetikleyen temel iklim değişikliği etkileri ise; deniz seviyesinin yükselmesi, olağanüstü meteorolojik olaylar ve tatlı su kaynaklarının azalması şeklinde üç temel başlıkta incelenmektedir.⁸

İklim değişikliğine bağlı olarak deniz seviyesinin yükselmesi, göç akımlarına neden olan çevresel bozulmalar arasında özellikle dikkat çekmektedir. Çeşitli bilimsel araştırmalarda, düşük rakımlı topraklarda yaşayan halkı tehdit eden deniz seviyesi yükselmesinin 21. yüzyıl sonu itibariyle 28-43 cm ve 40-150 cm aralıklarında gerçekteleceği öngörülmekte; bu çerçevede Kiribati, Maldivler, Marshall Adaları, Tuvalu vb. Büyük Okyanus'ta yer alan ada devletlerinin⁹, Almanya, Belçika, Danimarka, Hollanda, Polonya, Romanya vb. Avrupa devletlerinin ve Bangladeş, Çin, Endonezya, Hindistan, Tayland, Vietnam vb. kalabalık nüfuslu Güney Asya devletlerinin büyük bir tehdit altında bulunduğu ifade edilmektedir. Bu noktada deniz seviyesinin yükselmesi sonucunda Bangladeş'te yaşanan çarpıcı nitelikteki olumsuzluklar örnek gösterilerek; yerel halkın istihdamına hizmet eden geniş pirinç tarlaları ve tarım arazilerinde gerçekteleşen taşkınların, söz konusu arazileri kullanılmaz hale getirdiği ve değerli kaynakların kaybına neden olduğu belirtilmektedir. Birleşmiş Milletler Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli, deniz seviyesinin 45 cm yükselmesinin Bangladeş'in %10'luk bir kesimini sular altında bırakacağını ve 5,5 milyon insanı göçe zorlayacağını öngörmektedir.¹⁰

Yerleşik halkın can ve mal güvenliğine yönelik tehditler oluşturarak göç akımlarını tetikleyen taşkınlar; deniz seviyesinin yükselmesinin yanı sıra, dağlık bölgelerdeki buzulların erimesi sonucunda da ortaya çıkabilmektedir. Eriyen buzullar nedeniyle kontrolsüz şekilde oluşan göller, düşük rakımlı vadilerde yerleşik bulunan halkı göçe zorlamaktadır. Bu çerçevede 21. yüzyılın başında buzul göllerinin oluşturduğu taşkınlar nedeniyle Himalayalar'da bulunan ormanlar, çiftlikler ve altyapısının maruz kaldığı zarara dikkat çekilerek; iklim değişikliğine bağlı söz konusu çevresel bozulmaların, yerleşik halka iklim göçmenliğinden başka bir seçenek bırakmadığı ifade edilmektedir.¹¹

7 Informal Group on Migration/Displacement and Climate Change of the IASC, 'Climate Change, Migration and Displacement: Who Will Be Affected' (2008) 2 vd.; UNHCR, 'Climate Change, Natural Disasters and Human Displacement' (n 2) 4; Acketoft (n 2) 10.

8 Docherty and Giannini (n 2) 355; Steffens (n 2) 731.

9 Büyük okyanusta yer alan ada devletlerinin, deniz seviyesinin yükselmesi nedeniyle tehdit altında bulunduğuna dikkat çekilerek, Maldivler'in başkentinin 2025 yılı itibariyle kısmi şekilde sular altında kalacağı ileri sürülmektedir. Bkz. Docherty and Giannini (n 2) 356. Ayrıca Büyük Okyanus'ta yer alan ada devletlerindeki iklim değişikliği kaynaklı göç hareketlerine ilişkin bkz. Elizabeth Burleson, 'Climate Change Displacement to Refugee' (2010) 25(19) Journal of Environmental Law and Litigation 19, 26 vd.

10 Angela Williams, 'Turning the Tide: Recognizing Climate Change Refugees in International Law' (2008) 30(4) Law & Policy 502, 504 vd. Deniz seviyesinin yükselmesinin tetiklediği iklim göçmenliği sorununa ilişkin olarak ayrıca bkz. Cooper (n 2) 509.

11 Williams (n 10) 505 vd.

İklim değişikliği sonucunda karşılaşılabilecek olan diğer bir tehlike, tatlı su kaynaklarına erişimin zorlaşması sonucunda ortaya çıkmaktadır. Birleşmiş Milletler Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli; 21. yüzyılın ortalarında tatlı su kaynaklarına erişimin Asya kıtasında yaşayan 1 milyar insan bakımından zorlaşacağını ve içme suyuna erişemeyen yerleşik halkın büyük çaplı göç akımlarına neden olacağını öngörmektedir.¹² Nitekim Dünya Sağlık Örgütü kayıtlarına göre temiz içme suyu kaynaklarına erişimin sağlanamaması her yıl 485.000 insanın ölümüne neden olmaktadır.¹³ Tatlı su kaynaklarına erişimin sağlanamamasının diğer bir olumsuz sonucu ise, çevre temizliğinin sağlanamaması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü'nün kayıtlarına göre 2016 yılında gerçekleşen 829.000 ölüm, sanitasyon ve hijyene erişimin sağlanamamasından kaynaklanmaktadır.¹⁴ Bu çerçevede, içme suyu ve sanitasyon hakkının, yaşam hakkı ve diğer insan haklarından yararlanılmasının asli unsuru olarak kabul edildiğine dikkat çekilmesi gerekmektedir.¹⁵

Yukarıda sayılan uzun vadeli çevresel bozulmaların yanı sıra, yerleşik halkı göç etmeye zorlayan doğal afetlerin de iklim göçmenliği kapsamında incelenmesi gerekmektedir.¹⁶ Bu çerçevede 1995 tarihli Kobe depremi, 2004 tarihli Hint Okyanusu Depremi ve Tsunamisi, 2005 tarihli Katrina Kasırgası, 2008 tarihli Nargis Kasırgası, 2017 tarihli Irma Kasırgası vb. doğal afetlerin yerleşik halkı göç etmeye zorladığı ve halkın belirli bir kısmının afetin etkileri geçtikten sonra dahi eski yerleşimlerine geri dönemediği ifade edilmektedir.¹⁷

Belirtilen iklim değişikliği kaynaklı etkenlere ilaveten insan kaynaklı afetler de göç akımlarına neden olabilmekte, Fukushima ve Çernobil'de olduğu gibi nükleer sızıntı ve patlamalar veya başkaca insan kaynaklı afetler de yerleşik halkı yerinden edebilmektedir.¹⁸ Bununla birlikte göç akımlarını tetikleyen etkenler, doğal veya insan kaynaklı afetler ve çevresel bozulmalarla sınırlı kalmamakta; Hindistan'da ortalama 33 milyon insanı yerinden eden baraj inşaatlarında görüldüğü gibi, baraj ve sulama kanalı inşası gibi birtakım insan kaynaklı planlı faaliyetler de halkı göçe zorlayabilmektedir. Yukarıda incelenen etkenlerin yanı sıra hatalı hükümet politikaları, aşırı nüfus artışı, doğal kaynakların kontrolsüz kullanımı, tarım ve ticarete yönelik kısıtlamalar gibi

12 Steffens (n 2) 732.

13 <<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/drinking-water>>

14 <[15 Adele J. Kirschner, 'Human Right to Water and Sanitation' Sanitation' \(2011\) 15 Max Planck Yearbook of United Nations Law 445, 467 vd.; UN General Assembly, 'The Human Rights to Safe Drinking Water and Sanitation' \(A/C.3/70/L.55/Rev.1, 2015\) 1. Temiz içme suyuna erişimin ve hijyenik koşulların sağlanmasının yaşamın vazgeçilmez unsurlarından olduğu ifade edilerek; içme suyu ve sanitasyon hakkı çerçevesinde, insani gereksinimlerin ve çevre temizliğinin karşılanabileceği asgari oranda suya erişimin sağlanması gerekliliğine vurgu yapılmaktadır. Bkz. Kirschner \(n 15\) 470 vd.; Elif Çolakoğlu, 'Emniyetli İçme Suyu ve Sanitasyon Hakkı' \(2011\) 25\(272\) Mülkiye Dergisi 217, 221 vd.](https://www.who.int/gho/phe/water_sanitation/burden_text/en/#:~:text=In%20the%20year%202016%2C%20water,environmental%20contributor%20to%20ill%20health.>></p>
</div>
<div data-bbox=)

16 Cooper (n 2) 508.

17 Acketoft (n 2) 8; Steffens (n 2) 733 vd.

18 Lopez (n 2) 373; Ekşi, 'İklim Mültecileri' (n 2) 13. Çernobil'deki nükleer patlamanın neden olduğu göç sorununa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Cooper (n 2) 514 vd.

diğer insan kaynaklı etkenlerin de göç akımlarını tetikleyebileceğine de ayrıca dikkat çekilmesi gerekmektedir.¹⁹

Görüldüğü üzere iklim değişikliği, etki ettiği bölgenin özelliklerine ve insan kaynaklı etkenlere bağlı olarak çalışmamızın konusunu teşkil eden iklim göçmenliğine neden olmaktadır. Bu çerçevede iklim veya çevreye bağlı etkenler sonucunda ortaya çıkan iklim göçmenliği; (i) yer değiştirmenin geçici veya kalıcı oluşuna ya da daha iyi yaşam standartlarının sağlanması amacıyla yapılmasına²⁰, (ii) yer değiştirilen sürenin geçici, uzun veya daimî oluşuna, (iii) yer değiştirmeye sebep olan etkenin doğal veya insan kaynaklı oluşuna ve (iv) yer değiştirmenin yaşanılan ülkenin terk edilmesine neden olup olmadığına bağlı olarak farklı şekillerde sınıflandırılmaktadır.²¹

Günümüzde iklim değişikliğinin olumsuz etkileri, çevresel krizleri engelleme imkânı bulunmayan yoksul ülkelerde daha fazla hissedilmekte; az gelişmiş ülkelerin kırsal alanlarında yaşayan halklar iklim göçmenlerinin büyük çoğunluğunu meydana getirmektedir. Ayrıca iklim değişikliğinden kaynaklanan nedenlerle göç etmek zorunda kalan halkın nitelikli kısmı ‘beyin göçü’ kapsamında gelişmiş ülkelere yerleşirken, geriye kalanlar kendi ülkelerindeki kentsel bölgelere yerleşmekte; dolayısıyla iklim göçmenliğine ilişkin yük yine az gelişmiş ülkelerin üzerinde yoğunlaşmaktadır. Ancak gelecek dönemde olağanüstü hava olaylarının daha sık görülmeye başlanması ve deniz seviyesinin yükselmesinin, Kuzey Avrupa ve Avrupa’nın yoğun nüfuslu kıyı bölgelerini tehdit edeceği ve bu çerçevede gelişmiş ülkelerin de iklim göçmenliğine ilişkin yükü omuzlamak zorunda kalacağı öngörülmektedir.²²

Sonuç olarak, iklim değişikliğine bağlı nedenlerle halkın temel ihtiyaçlarını gidermek üzere gerçekleştireceği göç akımlarının tüm dünyaya belirli oranda yansımaları olacak²³, artış eğilimi gösteren iklim göçmenliği, ekonomik ve sosyal etkileri de beraberinde getirecektir. Bu itibarla, iklim değişikliğiyle mücadeleyle yönelik önlemlerin sıkılaştırılması ve iklim göçmenliğine karşı uluslararası boyutta bir mücadelenin başlatılması hayati önem arz etmektedir.

C. İklim Değişikliğinin Önlenmesine Yönelik Hukuki Düzenlemeler Çerçevesinde İklim Göçmenliği

İklim değişikliği sonucunda ortaya çıkan çevresel, ekonomik, sosyal ve siyasi olumsuzluklar hemen hemen bütün devletleri belirli oranlarda etkilemekte; bu çerçevede Türkiye Cumhuriyeti’nin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler İklim

19 Acketoft (n 2) 9 vd.

20 Williams (n 10) 506 vd.

21 Ekşi, ‘İklim Mültecileri’ (n 2) 13 vd.

22 Acketoft (n 2) 10 vd.

23 Docherty and Giannini (n 2) 354.

Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi²⁴, Kyoto Protokolü²⁵, Ozon Tabakasının Korunmasına Dair Viyana Sözleşmesi²⁶ ve Ozon Tabakasını İncelten Maddelere Dair Montreal Protokolü²⁷ başta olmak üzere ulusal, bölgesel ve uluslararası boyutta önlemler alınarak, iklim değişikliğinin ve ortaya çıkardığı olumsuzlukların kontrol altına alınması amaçlanmaktadır.²⁸

İklim değişikliğine karşı alınacak ulusal boyuttaki önlemler kapsamında, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 09.08.1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu²⁹, 03.03.2005 tarihli ve 5312 sayılı Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun³⁰ ve konuyla ilgili birçok yönetmelik çıkarılmış; aynı zamanda İklim ve Hava Yönetim Koordinasyon Kurulu oluşturulmuş ve Türkiye İklim Değişikliği Stratejisi, Türkiye'nin İklim Değişikliği Uyum Stratejisi ve Eylem Planı, Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi Kapsamında 2007 tarihli İklim Değişikliği Birinci Ulusal Bildirimi ile 2013 tarihli İklim Değişikliği Beşinci Ulusal Bildirimi hazırlanmıştır.³¹

İklim değişikliğinin önlenmesine ve çevrenin korunmasına yönelik söz konusu ulusal ve uluslararası düzenlemeler, iklim göçmenliğine ilişkin herhangi bir hükmü bünyesinde barındırmamaktadır. Ulusal ve uluslararası otoritelerin iklim göçmenliği sorununa kayıtsız kalması, bilimsel araştırmalar çerçevesinde gelişen uluslararası kamuoyu oluşturma çabalarını sonuçsuz bırakmakta ve iklim göçmenlerinin sistematik bir hukuki korumadan yararlanma ihtimalini ortadan kaldırmaktadır. Bu çerçevede, öğretide ortaya konulan hukuki yaklaşımların dikkate alınması ve iklim göçmenliği sorununun çözümüne yönelik uluslararası boyutta adımların atılması gerekmektedir.

III. Uluslararası Koruma Hukuku Kapsamında İklim Göçmenlerinin Hukuki Durumu

A. Genel Olarak

İklim değişikliğinin tetiklediği nedenlerle yerleşik bulunduğu çevreyi terk eden kişiler, uluslararası literatürde iklim mültecisi, çevre mültecisi veya iklim göçmeni olarak adlandırılmakta; ancak söz konusu kişilerin, mülteci statüsünden yararlanmanın temel şartı niteliğindeki ölüm veya zulme uğrama tehlikesiyle karşı karşıya kalmamış

24 RG 18.12.2003/25320.

25 RG 13.05.2009/27227.

26 RG 20.06.1990/20554.

27 RG 20.06.1990/20554.

28 Williams (n 10) 503 vd.; Ekşi, 'İklim Mültecileri' (n 2) 12.

29 RG 11.08.1983/18132.

30 RG 11.03.2005/25752.

31 Ekşi, 'İklim Mültecileri' (n 2) 13.

olmaları, mülteci statüsünün sağladığı imkânlardan yararlanmalarını engellemektedir.³² Nitekim Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği de mülteci statüsünün hukuki bir tanımlama olduğunu ifade ederek; Cenevre Konvansiyonu'nda belirlenen şartları sağlamayan kişilerin iklim mülteci veya çevre mülteci olarak adlandırılmasının terminolojik bir hataya neden olacağına dikkat çekmektedir.³³ Ancak hukuki terminoloji bakımından isabetli bir noktadan hareket eden Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin bu yaklaşımı, iklim göçmenlerinin ihtiyaç duydukları uluslararası korumadan yoksun kalmalarına neden olmaktadır. Zira her ne kadar doğrudan iklim göçmenlerini tehdit eden bir ölüm veya zulme uğrama tehlikesinden söz edilemiyor da olsa; iklim değişikliğinin tetiklediği uzun vadeli çevresel bozulmalar ile doğal ve insan kaynaklı afetler, yerleşik halkın beslenme ve barınma gibi temel ihtiyaçlarını karşılayabilmek adına başka bölge veya ülkelere göç etmeleri zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Bu çerçevede, niteliği itibariyle mülteci olarak kabul edilemeyen, ancak iklim değişikliği kaynaklı çeşitli zorunluluklara bağlı olarak yerleşik bulunduğu çevreyi terk eden iklim göçmenlerinin yürürlükte bulunan ulusal ve uluslararası düzenlemeler çerçevesinde herhangi bir hukuki korumadan yararlanıp yararlanmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

B. Uluslararası Düzenlemelerde İklim Göçmenleri

Uluslararası koruma hukukunun temel hukuki kaynağı niteliğindeki Cenevre Konvansiyonu; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi görüşleri nedeniyle zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korkarak vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen veya tabiiyeti bulunmayan ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunup ilgili ülkeye geri dönemeyen kişileri mülteci olarak tanımlamaktadır.³⁴

Buna karşılık iklim göçünü tetikleyen nedenler ırk, din, tabiiyet, belirli bir toplumsal gruba mensubiyet veya siyasi görüş temelli bir zulme uğrama tehlikesine dayanmamakta; ayrıca iklim değişikliğinin tetiklediği uzun vadeli çevresel bozulmalar ile doğal ve insan kaynaklı afetler, her zaman yerleşik bulunulan ülkeden göç edilmesine neden olmamaktadır. Dolayısıyla, Cenevre Konvansiyonu'nda belirlenen şartları sağlamayan iklim göçmenlerinin, mülteci statüsünden yararlanma imkânı

32 Mülteci statüsü, ölüm veya zulme uğrama tehlikesiyle karşı karşıya kalan kişilere Cenevre Konvansiyonu vasıtasıyla tanınan korumayı ifade etmekte iken; göçmenlik ise daha iyi şartlara kavuşmak amacıyla yerleşik bulunduğu çevreyi terk eden kimseleri tanımlamak için kullanılmaktadır. Bu çerçevede, mülteci ile göçmen arasındaki temel farkın 'tercih' olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Adrian Edwards, 'UNHCR viewpoint: 'Refugee' or 'migrant' - Which is right?' (UNHCR 2016) <<https://www.unhcr.org/news/latest/2016/7/55df0e556/unhcr-viewpoint-refugee-migrant-right.html>>

33 UNHCR, 'Climate Change, Natural Disasters and Human Displacement' (n 2) 8; Ekşi, 'İklim Mültecileri' (n 2) 18.

34 Aysel Çelikel and Günseli Öztekin-Gelgel, Yabancılar Hukuku (25th edn, Beta 2020) 20 vd.; Cooper (n 2) 480 vd.; Acketoft (n 2) 15; Williams (n 10) 507 vd.; Kara K. Moberg, 'Extending Refugee Definitions to Cover Environmentally Displaced Persons Displaces Necessary Protection' (2009) 94(3) Iowa Law Review 1107, 1113 vd.; Docherty and Giannini (n 2) 359 vd.; Burleson (n 9) 20 vd.; Ekşi, 'İklim Mültecileri' (n 2) 15 vd.; Steffens (n 2) 740.

bulunmamaktadır. Nitekim Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından hazırlanan 1951 Konvansiyonu ve 1967 Protokolü uyarınca Mülteci Statüsünün Belirlenmesinde Kullanılacak Ölçüt ve Usuller Hakkında El Kitabı'nda da doğal afetlerin mülteci statüsü kazanılmasına imkân sağlamayacağı belirtilmektedir.^{35,36}

Cenevre Konvansiyonu'nda yapılan mülteci tanımlamasının iklim göçmenlerini kapsamayacağına ilişkin yaklaşım, mahkeme kararlarında da kendisini göstermekte; iklim göçmeni konumundaki Kiribati ve Tuvalu vatandaşlarının Avustralya ve Yeni Zelanda adli mercilerine yaptıkları göçmenlik başvurularının reddedilmesi, söz konusu yaklaşıma emsal gösterilmektedir. İlgili kararlara konu göçmenlik başvuruları, Büyük Okyanus'ta yer alan düşük rakımlı ada devletleri Kiribati ve Tuvalu'da deniz seviyesinin yükselmesi sonucunda tarım alanlarının ve tatlı su kaynaklarının kaybedilmesine bağlı olarak bölgede yaşama imkânı kısıtlanan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş³⁷; Avustralya ve Yeni Zelanda adli mercileri ise, mülteci statüsünün kazanılmasına ilişkin Cenevre Konvansiyonu'nda düzenlenen şartların sağlanmadığı gerekçesiyle başvuruların reddine hükmetmiştir.³⁸

Cenevre Konvansiyonu uyarınca iklim göçmenlerine hukuki koruma imkânı tanınmaması, uluslararası koruma hukukuna ilişkin bölgesel düzenlemelerin incelenmesi gerekliliğini doğurmaktadır. Bu çerçevede, kitlesel şekilde Avrupa Birliği üye devletlerine sığınan yerinden edilmiş kişilere sağlanacak hukuki korumaya ilişkin esasların düzenlendiği 20.07.2001 tarihli ve 2001/55/EC sayılı Geçici Koruma Direktifi³⁹ incelenebilecektir. Mülteci statüsüne ilişkin tanımlama bakımından Cenevre

35 UNHCR, 'Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees' (UNHCR Publications, 1992) para. 39.

36 Informal Goup on Migration/Displacement and Climate Change of the IASC (n 7) 4; Lopez (n 2) 367 vd.; Williams (n 10) 508 vd.; UNHCR, 'Climate Change, Natural Disasters and Human Displacement' (n 2) 8 vd.; Moberg (n 34) 1114; Docherty and Giannini (n 2) 357 vd.; Ekşi, 'İklim Mültecileri' (n 2) 22; Steffens (n 2) 740. Cenevre Konvansiyonu'nda yapılan kısıtlı nitelikteki mülteci tanımlaması, çağın gerekliliklerini karşılamadığı gerekçesiyle eleştirilere konu edilmekte; bununla birlikte söz konusu tanımlamanın iklim göçmenlerine hukuki koruma sağlayacak şekilde genişletilmesine yönelik uluslararası boyutta bir fikir birliği sağlanmasının mümkün görülmediği ifade edilmektedir. Bkz. Cooper (n 2) 482 vd., 499 vd.

37 Başvurucular, Tuvalu Devleti'nin yalnızca hükümete yakın belirli bir kesime uygun yaşam standartları sunduğunu ve kendileri gibi düşük sosyo-ekonomik gruplara mensup bulunan kişileri ihmal ettiğini belirterek; söz konusu ihmaller nedeniyle kötü muameleyle maruz kaldıklarını ve zulüm görme tehdidi altında olduklarını gerçek göstererek Yeni Zelanda'dan iltica talebinde bulunmuşlardır. Buna karşılık Yeni Zelanda hükümeti, başvurucuların belirli bir sosyo-ekonomik gruba mensubiyetlerine dayanan bir zulüm görme tehlikesi altında olduklarını delillendirilemediklerine dikkat çekmiştir. Bkz. Nuray Ekşi, 'Yeni Zelanda Mülteci Statüsü Belirleme İtiraz Mercii'nin Ekonomik ve Çevresel Faktörler Sebepiyle Mülteci Statüsünün Kazanılmayacağına İlişkin Kararı' (2011) 10(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 219, 222 vd.; Ekşi, 'İklim Mültecileri' (n 2) 26 vd.

38 Avustralya ve Yeni Zelanda adli mercileri tarafından verilen kararlara ilişkin değerlendirmeler için Bkz. Ekşi, 'Yeni Zelanda Mülteci Statüsü Belirleme İtiraz Mercii Kararı' (n 37) 219 vd.; Esra Molu, 'Avustralya Mülteci Temyiz Mahkemesi'nin İklim Değişikliklerinin Kiribati Vatandaşına Mülteci Statüsü Kazandırmayacağına İlişkin 10 Aralık 2009 Tarihli Kararı' (2011) 10(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 225, 225 vd.; Ekşi, 'İklim Mültecileri' (n 2) 22 vd. Büyük Okyanusta yer alan ada devletlerinin deniz seviyesinin yükselmesi sonucunda karşı karşıya kalacakları göç tehlikesi nedeniyle, Yeni Zelanda hükümeti tarafından Tuvalu halkına yönelik kısıtlı bir yerleşim imkânı tanındığı; ancak Avustralya hükümetinin bu yönde bir girişiminin bulunmadığı belirtilmektedir. Bkz. Lopez (n 2) 372. Buna ilaveten, Büyük Okyanus'ta yer alan ada devletlerinde yaşayan halkın deniz seviyesinin yükselmesine bağlı yakın bir göç tehlikesi içinde bulunduğuna ilişkin güçlü emarelere rağmen, söz konusu durumun Avustralya hükümeti tarafından kabul edilmediği ifade edilmektedir. Bkz. Williams (n 10) 515.

39 OJ. 07.08.2001 / L 212. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32001L0055>>

Konvansiyonu'na atıfta bulunan Geçici Koruma Direktifi'nde; bölgesel şiddet veya silahlı çatışma ya da insan haklarına yönelik genel veya sistematik ihlallere bağlı olarak risk altına bulunanların, 'yerinden edilmiş kişiler' olarak kabul edileceği düzenlenmektedir. Ancak iklim göçmenleri, yerinden edilmiş kişiler tanımlamasının kapsamına girmemekte; ayrıca söz konusu direktifte iklim göçmeni kavramına ve iklim göçmenlerine sağlanacak hukuki korumaya ilişkin başkaca bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Dolayısıyla iklim göçmenleri, geçici koruma statüsünün kapsamını genişletmemiş olan Avrupa Birliği üye devletlerinden Geçici Koruma Direktifi uyarınca koruma talebinde bulunamamaktadır.⁴⁰

Uluslararası koruma hukukuna ilişkin yukarıda incelenen düzenlemelere paralel şekilde, Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi ve Kyoto Protokolü de iklim göçmenlerine sağlanacak hukuki koruma ve insani yardımlara ilişkin herhangi bir düzenlemeyi bünyesinde barındırmamaktadır.⁴¹ Paralel şekilde, 1986 tarihli Nükleer Kaza veya Radyolojik Acil Hallerde Yardımlaşma Sözleşmesi, 1990 tarihli Petrol Kirliliğine Karşı Hazırlıklı Olma Müdahale ve İşbirliği ile İlgili Uluslararası Sözleşme, 1993 tarihli Büyük Endüstriyel Kazaların Önlenmesi Sözleşmesi vb. insan kaynaklı afetlerin önlenmesine yönelik uluslararası sözleşmeler de iklim göçmenlerine yönelik düzenlemelere yer vermemektedir.

Yukarıda yapılan incelemeler doğrultusunda, iklim göçmenliği sorununun ortaya çıkardığı olumsuz sonuçların ortadan kaldırılmasının, ancak iklim göçmenlerine hukuki koruma sağlanmasına hizmet edecek bir uluslararası anlaşma yapılması ve iklim göçmenliği sorunuyla mücadele edecek uluslararası kuruluşların oluşturulması vasıtasıyla mümkün kılınacağı sonucuna ulaşılmaktadır.⁴² Kanaatimizce söz konusu çözüm önerisinin ilk adımı olarak, akdedilmesi önerilen uluslararası anlaşmada iklim göçmeni statüsünün *"iklim değişikliğinin tetiklediği uzun vadeli çevresel bozulmalar ile doğal ve insan kaynaklı afetler sonucunda temel insani ihtiyaçlarını karşılayamayarak bireysel veya kitlesel olarak yerleşik bulunduğu çevreden veya ülkeden göç etmek zorunda kalan kişiler"* olarak belirlenmesi ve iklim göçmeni statüsü sahiplerine ihtiyaç duydukları hukuki korumanın sağlanacağını kayıt altına alınması gerekmektedir.

40 Ekşi, 'İklim Mültecileri' (n 2) 34 vd. Bu noktada, iklim değişikliği kaynaklı çevresel bozulmalar ile doğal ve insan kaynaklı afetlerin ağırlıklı geri dönüşü olmayan olumsuzlukları tetiklediğine dikkat çekilerek, Geçici Koruma Direktifi uyarınca öngörülen bir yıl süreli korumanın iklim göçmenleri bakımından sınırlı bir çözüm oluşturulacağı ifade edilmiştir. Bkz. Lopez (n 2) 395 vd.

41 Informal Goup on Migration/Displacement and Climate Change of the IASC (n 7) 1; Acketoft (n 2) 21. Uluslararası koruma hukukuna ve iklim değişikliğiyle mücadeleye ilişkin uluslararası düzenlemelerde iklim göçmenlerine hukuki koruma sağlanmasına hizmet edecek bir hüküm bulunmamasıyla birlikte; Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 24. maddesinde düzenlenen 'çevre hakkı' vasıtasıyla iklim göçmenlerine hukuki koruma sağlanabileceğinin dikkate alınmasında isabet bulunmaktadır. Nitekim, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu'nun, iklim değişikliğine bağlı olarak Doğu ve Güney Afrika'da yaşanan olağanüstü meteorolojik olayların insan haklarına etkisine ilişkin 417 sayılı kararında; Afrika Birliği ve Bölgesel Ekonomik Topluluğu üyesi devletlerin, iklim değişikliğinin olumsuz etkilerinin ve iklim değişikliğine bağlı olarak ortaya çıkan insani krizlerin insan ve halkların hakları çerçevesinde çözümlenmesine yönelik bölgesel ve kıtasal iş birliği içinde çalışmasının teşvik edildiği görülmektedir. Bkz. African Commission on Human and Peoples' Rights, 'Resolution on the Human Rights Impacts of Extreme Weather in Eastern and Southern Africa Due to Climate Change' (Res. 417, ACHPR 2019).

42 Docherty and Giannini (n 2) 357 vd.

C. Türk Hukukunda ve Diğer Ulusal Düzenlemelerde İklim Göçmenleri

Uluslararası koruma hukuku kapsamında iklim göçmenlerinin hukuki durumunun tespit edilebilmesi adına, yukarıda incelenen uluslararası düzenlemelerin yanı sıra iklim göçmenlerine hukuki koruma sağlayan ulusal düzenlemelerin ve Türk hukukundaki durumun ortaya konulması gerekmektedir. Yürürlükte bulunan koruma statülerini iklim göçmenlerini kapsayacak şekilde yorumlayan Amerika Birleşik Devletleri ve İsveç'teki uygulamalar, uluslararası kamuoyu tarafından bağımsız bir iklim göçmeni statüsü oluşturuluncaya dek uygulanabilecek alternatiflerin somutlaştırılması adına çalışmamızın kapsamına alınmıştır.

Amerika Birleşik Devletleri hukukunda düzenlenen geçici koruma statüsü; Cenevre Konvansiyonu'nda yapılan mülteci tanımlamasının kapsamına girmemekle birlikte ülkesinde bulunan çeşitli tehlikelerden kaçarak Amerika Birleşik Devletleri'ne sığınan kişilere geçici nitelikte hukuki koruma sağlanmasına hizmet etmektedir. Söz konusu düzenleme uyarınca; (i) silahlı çatışmalara bağlı olarak güvenlikleri tehdit altında bulunan, (ii) çevresel afetler nedeniyle ülkelerine dönemeyen ve (iii) olağanüstü ve geçici nedenlerle ülkelerine dönemeyen kişiler, Amerika Birleşik Devletleri'ne geçici koruma başvurusunda bulunabilmektedir. Bu çerçevede, doğal afetler sonucunda çeşitli zararlar gören Bangladeş, Endonezya, Haiti, Hindistan, Kenya, Maldivler, Malezya, Myanmar, Pakistan, Peru, Seyşeller, Somali, Sri Lanka, Tanzanya ve Tayland devletlerinin vatandaşlarına Amerika Birleşik Devletleri tarafından geçici koruma statüsü tanıdığı ifade edilmektedir.⁴³ Buna karşılık, 2004 tarihli Hint Okyanusu Depremi ve Tsunamisi ile 2005 tarihli Pakistan Depremi sonrasında Hindistan ve Pakistan vatandaşlarına geçici koruma statüsü verilmediğine dikkat çekilerek, Amerika Birleşik Devletleri'nin geçici koruma statüsüne ilişkin dar bir yorum tarzını benimsediği ileri sürülmektedir.⁴⁴

İsveç hukukunda düzenlenen 'başka bir yolla korunmaya muhtaç kişiler statüsü'; mülteci tanımlamasının kapsamına girmemekle birlikte ülkesinde bulunan çeşitli tehlikelerden kaçarak İsveç'e sığınan kişilere hukuki koruma imkânı tanımaktadır. İsveç Yabancılar Kanunu'nun⁴⁵ ilgili düzenlemesi uyarınca; (i) ölüm cezası, işkence veya insanlık dışı ya da onur kırıcı muameleye maruz kalacağına yönelik haklı korkuları bulunan, (ii) silahlı çatışmalar nedeniyle zarara uğrayacağı hususunda haklı korkuları bulunan ve (iii) çevresel afetler nedeniyle ülkesine dönemeyen kişilere, 'başka bir yolla korunmaya muhtaç kişiler statüsü' çerçevesinde hukuki koruma sağlanmaktadır. Söz konusu koruma statüsü, Avrupa Birliği Geçici Koruma Direktifi ve İsveç Yabancılar Kanunu'nda düzenlenen geçici koruma statüsünden farklılaşmakta olup, kitlesel bir

43 Ruth Ellen Wasem and Karma Ester, 'Temporary Protected Status: Current Immigration Policy and Issues' (Congressional Research Service, 2008) 2 vd., 6; Ekşi, 'İklim Mültecileri' (n 2) 36 vd. Amerika Birleşik Devletleri hukukunda düzenlenen tamamlayıcı koruma statülerine ilişkin bkz. Lopez (n 2) 400 vd.

44 Moberg (n 34) 1127; Ekşi, 'İklim Mültecileri' (n 2) 38.

45 <https://www.government.se/contentassets/784b3d7be3a54a0185f284bbb2683055/aliens-act-2005_716.pdf>

göç akımının bulunması şartı aranmaksızın çevresel afetlere bağlı olarak ülkelerine geri dönemeyen kişilere hukuki koruma sağlanmasına hizmet etmektedir.⁴⁶

Yukarıda incelenen ABD ve İsveç örneklerinin aksine, Türk hukukunda iklim göçmenlerine yönelik herhangi bir hukuki koruma imkânı tanınmamaktadır. Cenevre Konvansiyonu’na taraf olan Türkiye Cumhuriyeti; 04.04.2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu⁴⁷ ve ilgili yönetmelikler çerçevesinde, ülkesine sığınma talebiyle başvuran yabancı ve vatansızlara uluslararası ve geçici korunma imkânı sağlamaktadır. Türk hukukunda Cenevre Konvansiyonu’na paralel bir mülteci tanımlaması yapılmakta, ayrıca coğrafi sınırlamanın dışında kalan yabancı ve vatansızlara şartlı mülteci statüsü kapsamında uluslararası koruma sağlanmaktadır. Buna ilaveten, ülkemize sığınma talebiyle başvuran ancak mülteci veya şartlı mülteci statülerine ilişkin şartları sağlamayan yabancı ve vatansızlara; menşee veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde ölüm cezası, işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak ve uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışmalar veya ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahıslarına yönelik tehditlerle karşılaşacak olmaları kaydıyla ikincil koruma statüsü kazandırılabilir. Ayrıca YUKK’un 91. maddesi ve Geçici Koruma Yönetmeliđi⁴⁸ uyarınca; ülkesinden ayrılmaya zorlanan, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen ve buna bağlı olarak acil ve geçici koruma talebiyle kitlesel şekilde sınırlarımıza gelen yabancılara Cumhurbaşkanı kararıyla geçici koruma statüsü tanınabilmektedir.⁴⁹

Türk hukukunda uluslararası koruma statülerine ilişkin şartlar sınırlı şekilde sayılmakta, dolayısıyla söz konusu şartları sağlamayan iklim göçmenlerinin Türkiye Cumhuriyeti’nde uluslararası korumadan yararlanma imkânı bulunmamaktadır. Buna karşılık, geçici koruma statüsü bakımından durumun farklılaştığı, geçici korumadan yararlanacak yabancıları ülkelerinden ayrılmaya zorlayan sebeplerin YUKK’un 91. maddesinde veya Geçici Koruma Yönetmeliği’nde açıkça sayılmadığı görülmektedir. Bu çerçevede, mevcut durumda iklim göçmenlerini kapsayacak bir geçici koruma statüsü uygulanmamakla birlikte, İçişleri Bakanlığı’nın teklifi ve Cumhurbaşkanı’nın takdir yetkisi doğrultusunda iklim göçmenlerine geçici koruma sağlanabileceği ileri sürülmektedir.⁵⁰

Kanaatimizce, iklim göçmenliği sorununa karşı üretilecek çözümün kalıcı bir niteliğe sahip olmasında ve uluslararası düzenlemeler vasıtasıyla oluşturulacak iklim göçmeni statüsünün ulusal düzenlemelerde de yinelenmesinde isabet bulunmaktadır. Bu çerçevede yukarıda önerilen “iklim değişikliğinin tetiklediği uzun vadeli çevresel

46 Ekşi, ‘İklim Mültecileri’ (n 2) 35 vd.

47 RG 11.04.2013/28615. Buradan itibaren “YUKK” olarak anılacaktır.

48 RG 22.10.2014/29153.

49 Çelikel and Öztekin-Gelgel, (n 34) 19 vd.; Ekşi, ‘İklim Mültecileri’ (n 2) 44 vd.

50 Ekşi, ‘İklim Mültecileri’ (n 2) 45.

bozulmalar ile doğal ve insan kaynaklı afetler sonucunda temel insani ihtiyaçlarını karşılayamayarak bireysel veya kitlesel olarak yerleşik bulunduğu çevreden veya ülkeden göç etmek zorunda kalan kişiler” şeklindeki iklim göçmeni statüsünün ulusal düzenlemelerde yer bulması ve söz konusu statüden yararlandırılacak kişilere hukuki koruma sağlanması gerekmektedir.

IV. İklim Göçmenlerine Hukuki Koruma Sağlanmasına Yönelik Bir Uluslararası Anlaşmanın Yapılması Gerekliği

A. Genel Olarak

İklim göçmenliği sorununa ilişkin bilimsel araştırmalar, iklim göçmenlerine hukuki koruma sağlanmasına hizmet edecek uluslararası nitelikte bir anlaşmaya ihtiyaç duyulduğunu göstermektedir.⁵¹ İklim değişikliğinin tetiklediği uzun vadeli çevresel bozulmalar ile doğal ve insan kaynaklı afetler sonucunda yerleşik bulunduğu çevreden göç etmek zorunda kalan kişiler, çoğu zaman beslenme ve barınma gibi temel insani ihtiyaçlarını karşılayamamakta ve buna bağlı olarak doğrudan hayatlarına yönelik tehditlerle karşı karşıya kalmaktadır. Yaşam hakkının en temel hak olarak ele alındığı ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi benzeri tüm dünyada yaygın uygulama alanı bulunan hukuk metinlerinde öncelikli olarak korunduğu da göz önünde bulundurulduğunda; sorunun ciddiyetle ele alınması ve iklim göçmenlerinin içinde bulunduğu olumsuz şartların iyileştirilmesine yönelik uluslararası çalışmaların yapılması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Nitekim tarihsel bir karşılaştırma yapıldığında, insan yaşamına eskiye nazaran çok daha fazla önem atfedildiği ve insan yaşamına yönelik tehditlerin bertaraf edilmesinde büyük ilerlemeler kat edildiği görülmektedir.

Dolayısıyla çağın gereklilikleri dikkate alınarak, iklim değişikliği ve uluslararası koruma hukukuna ilişkin hukuki düzenlemelerden bağımsız bir uluslararası anlaşma akdedilmesi ve bu anlaşma vasıtasıyla iklim göçmenlerinin temel insan haklarının korunmasına⁵² ve insani ihtiyaçlarının karşılanmasına hizmet edecek uluslararası bir mekanizmanın oluşturulması gerekmektedir. Akdedilecek uluslararası anlaşmanın Cenevre Konvansiyonu, Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi vb. hukuki düzenlemelerden ve bu düzenlemelerin getirdiği sınırlamalardan bağımsız

51 Acketoft (n 2) 21; Docherty and Giannini (n 2) 357 vd.; Moberg (n 34) 1112 vd., 1135 vd.; Ekşi, ‘İklim Mültecileri’ (n 2) 18 vd. Uluslararası boyuttaki bir şemsiye sözleşmenin altında konumlandırılacak bölgesel nitelikli sözleşmelerin, iklim göçmenliği sorununun çözümü bakımından daha isabetli sonuç doğuracağı ileri sürülen görüşler arasındadır. Bkz. Williams (n 10) 502 vd., 517 vd.

52 İklim değişikliğinin, doğrudan veya dolaylı şekillerde insan haklarına yönelik ihlallere yol açtığına ilişkin bkz. Burleson (n 9) 23.

bir niteliğe sahip olmasına önem atfedilmekte⁵³, böylelikle anlaşmanın doğrudan iklim göçmenliği sorununa yönelik bir hukuki yaklaşım etrafında tasarlanabileceği belirtilmektedir. Söz konusu uluslararası anlaşma vasıtasıyla, devletlerin iklim göçmenlerine sağlanacak hukuki korumaya ilişkin yükümlülüklerinin belirlenmesi ve organizasyon ve denetimin sağlanmasına hizmet edecek bilim insanları kurulu, insani yardım fonu, koordinasyon merkezi vb. uluslararası kuruluşların oluşturulması hedeflenmektedir.⁵⁴

B. İklim Göçmenlerine Sağlanacak Hukuki Koruma

İklim göçmenlerine hukuki koruma sağlanmasına hizmet edecek uluslararası anlaşmanın, öncelikle iklim göçmeni statüsüne ilişkin bir tanımlama yapması ve bu statüden yararlanacak kişileri belirlemesi gerekmektedir. Yapılacak bu tanımlamada, iklim değişikliğinden kaynaklanan kimi afetlerin bölgede yaşayan hemen hemen herkese etki ettiğinin dikkate alınmasında ve iklim göçmeni statüsünün yaşanılan afetin niteliği doğrultusunda kitlesel boyutta belirlenmesinde isabet bulunmaktadır.⁵⁵ Bu noktada, kitlesel göçe neden olacak nitelikteki afetler anlaşma çerçevesinde oluşturulan bilim insanları kurulu tarafından tespit edilerek, söz konusu afetten etkilenen insan topluluklarına iklim göçmeni statüsü kazandırılabilir.⁵⁶ Kanaatimizce belirlenecek iklim göçmeni statüsünün “*iklim değişikliğinin tetiklediği uzun vadeli çevresel bozulmalar ile doğal ve insan kaynaklı afetler sonucunda temel insani ihtiyaçlarını karşılayamayarak bireysel veya kitlesel olarak yerleşik bulunduğu çevreden veya ülkeden göç etmek zorunda kalan kişiler*” olarak belirlenmesinde isabet bulunmaktadır.

İklim göçmeni statüsünün karşı karşıya kalınan tehlikeye bağlı olarak kalıcı veya geçici bir niteliğe sahip olması ve iklim değişikliğinin etkilerinin ortadan kalkması halinde söz konusu statüsünün de sona erdirilmesi, taraf devletlerin üstlenecekleri yükü hafifleterek anlaşmaya olan ilgiyi arttırması bakımından isabetli bir yaklaşım olacaktır. Böylelikle, iklim göçmenleri ihtiyaç duydukları korumaya kavuşurken, devletlerin kitlesel göçler sonucunda karşılaşacakları olumsuzluklar nedeniyle anlaşmaya taraf olma hususunda gönülsüz hareket etmeleri engellenecektir. Buna karşılık, iklim değişikliği kaynaklı afetlerin ağırlıkla geri dönüşü olmayacak türden hasarlara yol

53 Bu noktada, Cenevre Konvansiyonu'nda yapılan mülteci tanımlamasının iklim göçmenlerine hukuki koruma sağlayacak şekilde genişletilebileceği de ileri sürülen görüşler arasındadır. Bkz. Burleson (n 9) 22. Buna karşılık Cenevre Konvansiyonu kapsamında iklim göçmenlerine hukuki koruma sağlanmasının, göç akımlarının aşırı şekilde artmasına ve sağlanan mevcut korumanın kapsamının daralmasına neden olacağı ileri sürülmektedir. Bkz. Williams (n 10) 509. Ayrıca Kyoto Protokolü çerçevesinde iklim değişikliğine karşı bölgesel iş birliğinin öngörüldüğüne dikkat çekilerek, bu kapsamda iklim göçmenlerine yönelik bölgesel nitelikte bir korumanın sağlanabileceği de ileri sürülen görüşler arasındadır. Bkz. Williams (n 10) 503.

54 Docherty and Giannini (n 2) 350.

55 Cenevre Konvansiyonu uyarınca mülteci statüsünün bireysel şekilde belirlendiğini belirterek aciliyet arz eden hallerde ilk bakışta yapılacak inceleme vasıtasıyla kitlesel belirlemelerin yapılabileceğinin ileri sürüldüğü görüş, iklim göçmenlerine hukuki koruma sağlanmasına hizmet edecek uluslararası anlaşmanın hukuki rejimi bakımından emsal teşkil edebilecektir. Söz konusu görüş için bkz. UNHCR, 'Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee' (n 35) para. 44.

56 Docherty and Giannini (n 2) 374 vd. Ayrıca, potansiyel iklim göçmenlerine yönelik bir koruma sağlanması gerekliliğine dikkat çeken görüş için bkz. Moberg (n 34) 1135.

açtığı da göz önünde bulundurularak, gerekli hallerde ilgili statünün kalıcı şekilde de belirlenebilmesinde isabet bulunmaktadır.⁵⁷

Anlaşma çerçevesinde iklim göçmenlerinin temel insan haklarının korunması bakımından, ayırım gözetilmeksizin herkesin temel hak ve hürriyetlere sahip olacağı ilkesinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, iklim göçmenlerine ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve siyasi haklar tanınarak; hukuki anlamda ev sahibi devletin vatandaşlarıyla eşit muameleye tabi tutulmaları sağlanmalıdır. Buna ilaveten, iklim göçmenlerinin hayatlarına yönelik tehlike ortadan kalkana dek geri göndermeme ilkesi doğrultusunda koruma altında tutulmalarında isabet bulunmaktadır.^{58,59}

İklim göçmenlerinin temel insan haklarının korunması ile insani ihtiyaçlarının karşılanmasının yakın bir ilişki içinde bulunması, anlaşma kapsamında sağlanacak hukuki korumanın her iki unsuru da bünyesinde barındırmasını gerektirmektedir. Bu çerçevede, iklim göçmenlerinin hayatta kalmaları bakımından önem arz eden temel ihtiyaçlarının yanı sıra sağlık hizmetleri, rehabilitasyon, psikolojik destek, sosyal ve ekonomik hayata katılma gibi yaş ve cinsiyet temelli ihtiyaçlarının da karşılanması gerekmektedir.⁶⁰ Bununla birlikte, Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından ileri sürülen görüş benimsenerek, iklim göçmenlerine sağlanacak insani yardımın kapsamı bakımından etkilenilen afetin doğal veya insan kaynaklı oluşu çerçevesinde bir ayrıma gidilmemesi isabetli bir yaklaşım olacaktır.⁶¹

C. İklim Göçmenlerinin Korunması Bakımından Devletlerin Yükümlülükleri

İklim değişikliğinden kaynaklanan sorunlar, yalnızca gerçekleşen çevresel bozulmalar ile doğal ve insan kaynaklı afetlerden etkilenen devletlerin politikalarına bağlı olarak ortaya çıkmamakta; ancak her geçen gün daha tehlikeli bir boyut kazanan iklim göçmenliği vb. sorunlar belirli devletlerin egemenlik alanlarında yoğunlaşmaktadır. Yakın geçmişteki örneklerde, iklim göçü sonucunda ortaya çıkan en ağır yükümlülüklerin iklim göçmenlerine ev sahipliği yapan devletlere düştüğü; iklim göçmenlerinin beslenme ve barınma gibi temel insani ihtiyaçlarının karşılanmasının yanı sıra, temel insan haklarının korunması yükümlülüğünün de ev sahibi devletlerden beklendiği görülmektedir. Ev sahibi devletlerin karşı karşıya kaldıkları ağır yükümlülüklerin yerine getirilmesi hususunda ise, iklim göçmenlerine tanınacak hak ve hürriyetler bakımından ayırım gözetilmeksizin herkesin temel hak ve hürriyetlere sahip olacağı ilkesini benimsemeleri ve iklim göçmenlerine sağlanan insani yardımları, uluslararası kuruluşların da desteğiyle ilgililere ulaştırmaları beklenmektedir. Buna

57 Docherty and Giannini (n 2) 375.

58 Acketoft (n 2) 19.

59 Docherty and Giannini (n 2) 376 vd.

60 Docherty and Giannini (n 2) 378 vd.

61 Burleson (n 9) 32.

karşılık iklim göçmenliği sorununa ilişkin küresel nitelikteki kayıtsızlık ortadan kaldırılarak, tüm dünyayı ilgilendiren bu soruna karşı topyekûn bir mücadelenin yürütülmesi gerektiği tespit edilmektedir. Bu çerçevede iklim göçmenlerine hukuki koruma sağlanmasına hizmet edecek uluslararası anlaşma vasıtasıyla iklim göçünün önlenmesine, iklim göçmenlerinin temel insan haklarının korunmasına ve iklim göçmenlerinin insanî ihtiyaçlarının karşılanmasına ilişkin yükümlülüklerin tüm devletlere belirli ölçülerde paylaştırılmasında isabet bulunmaktadır.^{62,63}

Belirtilen yükümlülükler ev sahibi devletler tarafından yerine getirilirken, iklim değişikliği sonucunda göç veren/verebilecek devletlerin iklim göçünü engellemek üzere gerekli önlemleri almaları ve iklim göçmenlerine sağlanacak hukuki korumaya yönelik iş birliğinde bulunmaları gerekmektedir. İklim değişikliği kaynaklı göç akımları, göçe neden olan diğer hallerin aksine yerleşik bulunan devletin uygulamaları nedeniyle ortaya çıkmamakta; buna bağlı olarak göç veren devletlerin, imkânları ölçüsünde sürece katkı sağlamalarında bir engel bulunmamaktadır.⁶⁴ İklim değişikliği kaynaklı afetlerden etkilenen devletlerin ağırlıkla yardıma muhtaç hale geleceği öngörülmekle birlikte; kimi devletlerin gelişmiş teknolojilerini kullanarak, kimi devletlerin ise iklim değişikliğinden etkilenmeyecek bölgelerde yeni yurtlar edinerek iklim göçüne karşı çeşitli önlemler alabileceği kabul edilmektedir. Bu çerçevede göç veren devletlerin sahip oldukları imkânlar doğrultusunda iklim kaynaklı göçü organize etmeleri, göçü tetikleyen etkenlerin ortadan kalkması halinde gönüllü geri dönüşe imkân sağlamaları, iklim göçmenlerinin geçici veya kalıcı yerleşimlerinin kurulmasına destek olmaları ve iklim göçmenlerine sağlanacak insani yardımlara katkıda bulunmaları beklenmektedir.⁶⁵

Buna ilaveten, iklim değişikliğine olan olumsuz etkileri ve sahip oldukları imkânlar ölçüsünde geriye kalan devletlerin de dâhil edileceği bir yapı oluşturularak, iklim göçmenlerine sağlanacak insani yardımların organize edilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, iklim değişikliği üzerinde olumsuz etkisi bulunan devletlerin sağlayacağı kaynaklar vasıtasıyla küresel bir insani yardım fonunun oluşturulması, iklim göçmenlerine sağlanacak insani yardımların bir araya getirilmesinin ve ilgililere ulaştırılmasının ise söz konusu fon eliyle yürütülmesi isabetli görülmektedir.⁶⁶

62 Moberg (n 34) 1135.

63 Docherty and Giannini (n 2) 379 vd.

64 Deniz seviyesinin yükselmesi vb. nedenlerle topraklarını kaybeden devletlerin varlıklarının sona ereceğinin ve ilgili devletlerin vatandaşlarının vatansız konumuna geleceğinin de ayrıca göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bkz. UNHCR, 'Climate Change, Natural Disasters and Human Displacement' (n 2) 5 vd.

65 Docherty and Giannini (n 2) 380 vd.

66 Docherty and Giannini (n 2) 382 vd.

D. İklim Göçmenlerinin Korunmasına İlişkin Organizasyon ve Denetimin Sağlanmasına Hizmet Edecek Uluslararası Kuruluşlar

İklim göçmenlerine hukuki koruma sağlanmasına hizmet edecek uluslararası anlaşma kapsamında yürütülecek faaliyetlerin organizasyon ve denetimi; bilim insanları kurulu, insani yardım fonu, koordinasyon merkezi vb. uluslararası kuruluşların oluşturulmasını gerektirmektedir. Bu çerçevede en hayati öneme sahip nitelikteki insani yardım fonu; iklim değişikliğine olan etkileri ve sahip oldukları imkânlar ölçüsünde devletlerin sağlayacağı katkılardan meydana getirilerek, ihtiyaç halinde başvurulabilecek kaynağın hazırda bulundurulmasına hizmet edecektir. Söz konusu insani yardım fonu vasıtasıyla iklim değişikliğinin tetiklediği doğal afetlerden kaynaklanan ihtiyaçlara cevap verilmesi, iklim göçmenlerinin göç ettikleri devletlerde yerleşimlerinin ve topluma uyumlarının desteklenmesi ve göçmen krizlerinin önlenmesi veya etkilerinin azaltılmasına yönelik önlemlerin alınması mümkün kılınacaktır.⁶⁷

İklim değişikliği kaynaklı çevresel bozulmalar ve doğal afetlerin bilimsel analizini gerçekleştirerek, iklim göçmeni statüsünün kazandırılması bakımından söz sahibi konumunda bulunacak olan bilim insanları kurulu anlaşma çerçevesinde oluşturulması önerilen uluslararası kuruluşlardan birini teşkil etmektedir. Çeşitli ekonomik, sosyal ve siyasi etkilerden bağımsız hareket etmesi tasarlanan söz konusu kurul; anlaşmadan kaynaklanan yükümlülüklerin ve bu yükümlülüklerin devletlere dağılımının belirlenmesine, iklim göçmeni statüsüne ilişkin bilimsel bir çerçeve oluşturulmasına ve iklim göçmeni tanımlamasıyla örtüşen çevresel bozulmaların tespitine hizmet edecektir. Pek tabii iklim göçmenliğine ilişkin verilerin toplanması ve bilimsel araştırmaların yapılması vasıtasıyla söz konusu sorunla mücadele kapsamında alınabilecek önlemlerin ortaya konulması; oluşturulacak bilim insanları kurulunun öncelikli görevleri arasında yer alacaktır.⁶⁸

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda iklim göçmenlerine hukuki koruma sağlanmasına yönelik uluslararası anlaşmanın uygulanması, denetlenmesi ve koordinasyonun sağlanması bağımsız bir merkez oluşturulması ihtiyacını doğurmaktadır. Oluşturulacak bu koordinasyon merkezinin iklim göçmenlerinin temel insan haklarının korunması ve insani ihtiyaçlarının karşılanmasını, iklim değişikliği kaynaklı göçlerin engellenmesine yönelik önlemler alınmasını, iklim göçmenlerinin yerleşik buldukları çevreye geri dönebilmelerinin veya kalıcı yeni yerleşimler edinmelerinin sağlanmasını koordine etmesi beklenmektedir. Ayrıca oluşturulacak insani yardım fonuna dâhil edilemeyecek nitelikteki maddi yardımların toplanması ve ilgililere dağılması hususu da söz konusu koordinasyon merkezinin faaliyet alanına dâhil edilebilecektir.⁶⁹

67 Docherty and Giannini (n 2) 385 vd. İklim göçmenlerine hukuki koruma sağlanmasına hizmet edecek uluslararası anlaşmanın ve bu çerçevede oluşturulacak koordinasyon merkezi, insani yardım fonu vb. kuruluşlardan müteşekkil bağımsız yapının; Cenevre Konvansiyonu'nun hukuki rejiminden kaynaklanan sınırlamaları ortadan kaldıracak olması bakımından da isabetli sonuç doğuracağı ifade edilmektedir. Bkz. Acketoft (n 2) 22.

68 Docherty and Giannini (n 2) 389 vd.

69 Docherty and Giannini (n 2) 388 vd. Oluşturulacak uluslararası kuruluşların bağımsız bir niteliğe sahip olmasının, iklim göçmenliği sorununa karşı yürütülecek mücadeleye olumlu hizmet edeceği ifade edilmektedir. Bkz. Steffens (n 2) 761.

Sonuç

İklim değışikliğı kaynaklı çevresel bozulmalar ile doğal ve insan kaynaklı afetlerin tetiklediğı iklim göçmenliği sorununun hukuki boyutunun ele alındığı çalışmamızda öncelikle iklim göçmenliği kavramı tanıtılarak mevcut hukuki düzenlemeler uyarınca iklim göçmenlerinin hukuki durumu ortaya konulmuş, bunun ardından olması gereken hukuk çerçevesinde iklim göçmenlerine hukuki koruma sağlanmasına hizmet edecek bir uluslararası anlaşmanın yapılması gerekliliğine dikkat çekilmiştir. Yapılan inceleme ve değerlendirmeler vasıtasıyla iklim göçmenliğini tetikleyen etkenlerin, iklim göçmenliği sorunun olumsuz sonuçlarının ve çözüme yönelik adımların ortaya konulması hedeflenmektedir.

Yukarıda belirtilen çerçevede iklim göçmenliği kavramının tanıtılması, iklim değışikliğı kaynaklı çevresel bozulmalar ile doğal ve insan kaynaklı afetlerin olumsuz sonuçlarına projeksiyon tutulmasını gerektirmektedir. Bu çerçevede iklim göçmenliğinin ağırlıkla deniz seviyesinin yükselmesi, buzul erimelerine bağlı taşkınlar, tatlı su kaynaklarının azalması vb. uzun vadeli çevresel bozulmalar ile doğal ve insan kaynaklı afetler sonucunda ortaya çıktığı tespit edilmiş; gelecekte iklim göçmenliğini tetikleyebilecek başkaca olumsuzlukların ortaya çıkabileceğine ve belirtilen bu sorunun çözümü için uluslararası boyutta bir mücadelenin yürütülmesi gerekliliğine dikkat çekilmiştir. Buna ilaveten, iklim değışikliğinin önlenmesine yönelik ulusal ve uluslararası düzenlemelerin iklim göçmenliği hususundaki kayıtsızlığına da ayrıca vurgu yapılmıştır.

İklim göçmenlerine sağlanan/sağlanacak hukuki korumanın kapsamının tespiti, çalışmamızın temel amaçlarından birini teşkil etmektedir. Bu çerçevede, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin iklim göçmenlerinin mülteci olarak sınıflandırılmasının terminolojik bir hataya neden olacağına ilişkin değerlendirmesi göz önünde bulundurularak; uluslararası, bölgesel ve ulusal nitelikteki hukuki düzenlemeler mercek altına alınmıştır. Ancak bu inceleme sonucunda, başta Cenevre Konvansiyonu olmak üzere uluslararası anlamda uygulanma imkânı bulunan neredeyse hiçbir hukuki düzenlemenin iklim göçmenlerini kapsamına almadığı; yalnızca Amerika Birleşik Devletleri ve İsveç örneklerinde olduğu gibi belirli ülkelerin ulusal mevzuatlarında iklim göçmenlerine yönelik kısıtlı bir hukuki koruma imkânı tanındığı sonucuna ulaşılmıştır. Devletlerin büyük çoğunluğuna paralel şekilde, Türkiye Cumhuriyeti'nde yürürlükte bulunan hukuki düzenlemelerde de iklim göçmenlerine yönelik bir koruma statüsü öngörülmemiş, henüz konuya ilişkin herhangi bir sorunla karşılaşmayan idari otoriteler tarafından bu yönde bir yorumda bulunulmamıştır. Buna ilaveten, 2011 yılında Suriye Arap Cumhuriyeti'nde başlayan ve halen devam etmekte olan iç savaşa bağlı olarak kitlesel göç akımları oluşturan Suriyelilerin ve çeşitli nedenlerle diğer ülkelerde ortaya çıkan göç hareketlerinin hedef ülke konumuna getirdiğı Türkiye Cumhuriyeti'nin, uluslararası boyutta bir sorumluluk paylaşımı olmaksızın iklim

göçmenlerine hukuki koruma sağlanmasına yönelik bir adım atmasını beklemek gerçekçi bir yaklaşım teşkil etmeyecektir. Kaldı ki, iklim göçmenliği sorununa küresel boyutta çözüm üretebilecek konumda bulunan gelişmiş devletler, bu yönde atılmak istenen adımlara sıcak bakmamakta ve bu soruna karşı kayıtsızlıklarını korumaktadır.

Uluslararası kamuoyunun iklim göçmenliği sorununa yönelik kayıtsızlığı ve mevcut hukuki düzenlemelerin yetersizliği, iklim göçmenlerine hukuki koruma sağlanmasına hizmet edecek uluslararası nitelikte bir anlaşmanın yapılması gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. Bu doğrultuda “iklim değişikliğinin tetiklediği uzun vadeli çevresel bozulmalar ile doğal ve insan kaynaklı afetler sonucunda temel insani ihtiyaçlarını karşılayamayarak bireysel veya kitlesel olarak yerleşik bulunduğu çevreden veya ülkeden göç etmek zorunda kalan” iklim göçmenlerinin temel insan haklarının korunmasını, insani ihtiyaçlarının karşılanmasını ve devletlerin bu husustaki yükümlülüklerinin belirlenmesini sağlayacak bir anlaşma yapılması önerisinde bulunulmuştur. Olması gereken hukuk çerçevesinde ele alınan söz konusu uluslararası anlaşma, bağımsız nitelikte uluslararası kuruluşlardan meydana gelen bir organizasyon vasıtasıyla iklim göçmenliği sorununa karşı kapsamlı bir mücadelenin yürütülmesini amaçlamaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

- African Commission on Human and Peoples’ Rights, ‘Resolution on the Human Rights Impacts of Extreme Weather in Eastern and Southern Africa Due to Climate Change’ (Res. 417, ACHPR 2019).
- Acketoft T, ‘Environmentally Induced Migration and Displacement: A 21st Century Challenge’, (Council of Europe Parliamentary Assembly, Committee on Migration, Refugees and Population Doc. 11785 2008).
- Burleson E, ‘Climate Change Displacement to Refuge’ (2010) 25(19) Journal of Environmental Law and Litigation 19-35.
- Cooper JB, ‘Environmental Refugees: Meeting the Requirements of the Refugee Definition’ (1998) 6(2) New York University Environmental Law Journal 480-530.
- Çelikel A and Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (25th edn, Beta 2020).
- Çolakoğlu E, ‘Emniyetli İçme Suyu ve Sanitasyon Hakkı’ (2011) 25(272) Mülkiye Dergisi 217-238.
- Docherty B and Giannini T, ‘Confronting a Rising Tide: a Proposal for a Convention on Climate Change Refugees’ (2009) 33(2) Harvard Environmental Law Review 349-403.

- Edwards A, 'UNHCR viewpoint: 'Refugee' or 'migrant' - Which is right?' (UNHCR 2016).
- Ekşi N, 'İklim Mültecileri' (2016) 2(2) Göç Araştırmaları Dergisi 10-58.
- Ekşi N, 'Yeni Zelanda Mülteci Statüsü Belirleme İtiraz Mercii'nin Ekonomik ve Çevresel Faktörler Sebebiyle Mülteci Statüsünün Kazanılamayacağına İlişkin Kararı' (2011) 10(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 219-224.
- Informal Group on Migration/Displacement and Climate Change of the IASC, 'Climate Change, Migration and Displacement: Who Will Be Affected' (2008).
- Kirschner AJ, 'Human Right to Water and Sanitation' (2011) 15 Max Planck Yearbook of United Nations Law 445-487.
- Lopez A, 'The Protection of Environmentally-Displaced Persons in International Law' (2007) 37(2) Environmental Law 365-409.
- Moberg KK, 'Extending Refugee Definitions to Cover Environmentally Displaced Persons Displaces Necessary Protection' (2009) 94(3) Iowa Law Review 1107-1136.
- Molu E, 'Avustralya Mülteci Temyiz Mahkemesi'nin İklim Değişikliklerinin Kiribati Vatandaşına Mülteci Statüsü Kazandırmayacağına İlişkin 10 Aralık 2009 Tarihli Kararı' (2011) 10(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 225-238.
- Steffens J, 'Climate Change Refugees in the Time of Sinking Islands' (2019) 52(3) Vanderbilt Journal of Transnational Law 727-772.
- UN General Assembly, 'The Human Rights to Safe Drinking Water and Sanitation' (A/C.3/70/L.55/Rev.1, 2015).
- UNHCR, 'Climate Change, Natural Disasters and Human Displacement: a UNCHR Perspective' (UNHCR Publications, 2008).
- UNHCR, 'Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees' (UNHCR Publications, 1992).
- Wasem RE and Ester K, 'Temporary Protected Status: Current Immigration Policy and Issues' (Congressional Research Service, 2008).
- Williams A, 'Turning the Tide: Recognizing Climate Change Refugees in International Law' (2008) 30(4) Law & Policy 502-529.



Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 02.11.2020
Kabul: 20.11.2020
Online Yayın: 15.12.2020

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Yabancılık Unsuru Taşınan Boşanmaların Şekli

The Form of Foreign Divorces

Burak Huysal* , Begüm Süzen**

Öz

Türk hukukunda boşanmanın sadece mahkeme kararıyla gerçekleşmesine karşılık, karşılaştırmalı hukukta, noter önünde, idari bir işlemle ya da sadece tarafların karşılıklı iradeleriyle gerçekleşen mahkeme dışı boşanma örneklerine rastlanmaktadır. Günümüzde mahkeme dışı boşanmaların yaygınlaşması, bu tür boşanmaların hukuki niteliğinin tespitini önemli kılmıştır. Boşanmanın hangi makam önünde gerçekleşeceği ya da boşanma için herhangi bir makamın katılımının gerekli olup olmadığı meselesinin boşanmanın şekline ilişkin bir konu olarak vasıflandırılması halinde, böyle bir boşanmanın Türkiye'de gerçekleşmesinin mümkün olup olmadığı ve yabancı ülkede mahkeme dışı gerçekleşen bir boşanmanın etkilerinin Türk hukukunda tanınıp tanınmayacağı soruları gündeme gelmektedir. Bu makalede, söz konusu sorular, mahkeme dışı boşanmaların hukuki niteliğinin vasıflandırılması sonrasında, sırasıyla ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Karşılaştırmalı hukuk, boşanma, boşanmanın şekli

Abstract

Under Turkish law, divorce is only possible by way of court judgment. Under comparative law, non-judicial divorce is granted before notary publics, by way of administrative acts, or even by mutual consent of the parties. Considering the proliferation of acts of non-judicial divorce, it has become important to determine the legal nature of such acts. In Turkish law, questions concerning the authority and validity of divorce (i.e., whether a foreign, non-judicial divorce can be legally recognized, or whether a granting authority need be present) must be considered. This article, after characterizing the legal nature of non-judicial divorce, will respectively address these questions.

Keywords

Comparative law, divorce, form of divorce

* Burak Huysal (Doç. Dr.), Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: burak.huysal@law.bau.edu.tr ORCID: 0000-0002-7655-1816

** Sorumlu Yazar: Begüm Süzen (Dr. Öğr. Üyesi), Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: begum.sermet@law.bau.edu.tr ORCID: 0000-0001-6613-9353

Atf: Huysal B, Suzen B, "Yabancılık Unsuru Taşınan Boşanmaların Şekli" (2020) 40(2) PPIL 1199.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0011>



Extended Summary

Despite the fact that divorce can only be exercised before the courts, comparative law divorces can be exercised before a notary, by an administrative action, or by mutual consent of the parties. The expansion in the number of non-judicial divorces enhances the importance of their legal qualification.

Law scholars examine the issue of whether a non-judicial divorce is possible as either a formal or procedural matter. If the issue is determined to be procedural, with procedural issues exclusively subject to the law of the courts, then Turkish divorces would be subject to Turkish law and any divorce in Turkey could only be realized before the courts. On the other hand, if the issue is qualified as a formal issue, MÖHUK art. 7 would be applied, since art. 14 does not provide a special provision regarding the form of divorce. Consequently, the law applicable to the merit of the divorce (*lex causae*) would be applied as an alternative *locus regit actio* rule. Therefore, divorce can be effectuated in Turkey before the courts, but also by non-judicial action if the law applicable to the merit of the case stipulates such a method.

Divorce is very similar to marriage in this regard. Marriage is an action that begins a marital union, divorce is an action that terminates it. The question of how parties consent to reflect this joining or dissolution to the outer world is a matter of form. Form in legal actions is defined as a vehicle or a pattern used to reflect consent to the outer world. The discussion regarding consent to terminate a marriage should be affirmed before the courts, or notary, or administrative authority, and shall be qualified as an issue regarding the form of divorce. Additionally, *lex causae* and *LRA* will be applied alternatively to this issue, due to the provision of MÖHUK art. 7. However, the concern of “prevention of crippled marriages” on which the solo application of *LRA* relies, must be taken into consideration when discussing the form of the divorce. Even though *de lege lata*, it is not possible to come to this conclusion, *de lege ferenda* only *LRA* rule must be applied. Therefore, it is advisable to add a provision to MÖHUK art. 14 to enable the application of the law solely on location of divorce. If divorce is qualified as a formal issue, the question of whether to carry out and recognize a non-judicial divorce within Turkey, and a divorce executed outside its borders, will need to be addressed.

To answer the question of whether a non-judicial divorce can be contemplated in Turkey, the *ratio legis* of the norms of Turkish civil code, setting forth that the divorce is contemplated before the courts, must be taken into consideration. Nonetheless, it is concluded that a non-judicial divorce is possible in Turkey if, under MÖHUK art.7, the law applicable to the merit of the divorce allows it.

Turkish law scholars are evaluating the issue with regards to public policy. The rules of Turkish law requiring a tribunal award for a divorce serve to protect the

family as part of social policy, and also maintain a structured system of civil marriage and divorce. Consequently, the mentioned rules are of the “direct application” under MÖHUK art. 6. Therefore, non-judicial divorces are not possible in Turkey regardless of the nationality of the parties, and even though the law may be applicable to the merits of the case.

Due to a lack of any regulations of MÖHUK regarding the recognition of foreign administrative acts and actions, foreign non-judicial divorces cannot be recognized under Turkish law. However, regardless any of recognition thereof, foreign non-judicial divorces would have legal effects in Turkey.

A non-judicial divorce, which takes place in a foreign country in compliance with the forms of the applicable law where the divorce is contemplated, shall not differ from a marriage of similar terms with regards to legal effects. Such a marriage would not require any recognition to be accepted as valid under Turkish law, just as the same rule must be accepted for foreign non-judicial divorces. Nevertheless, as it would not be possible to make an administrative act in Turkey for such divorces in practice, it would be advisable to implement a provision in MÖHUK to enable the recognition of foreign non-judicial divorces.

Yabancılık Unsuru Taşıyan Boşanmaların Şekli

Giriş

Türk hukukunda boşanma, ancak mahkeme kararıyla gerçekleşmektedir. Karşılaştırmalı hukuk örneklerine bakıldığında ise, boşanmanın bir mahkeme kararına bağlı olmaksızın idari işlemle, noter önünde ya da sadece tarafların irade beyanıyla gerçekleşmesini öngören farklı düzenlemelere rastlanmaktadır. Mahkeme dışı boşanmalar özellikle Avrupa’da giderek artan bir uygulama haline gelmiştir. Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun yabancı idari makamlarca verilen boşanma kararlarının Türk nüfus siciline doğrudan tescilini öngören madde 27/A hükmü, sadece boşanmanın taraflarından en az birinin Türk vatandaşı olduğu hallerde uygulanmaktadır. Dolayısıyla söz konusu hükmün uygulama alanı kısıtlıdır. Önümüzdeki dönemlerde mahkeme dışı boşanmalar daha da çok gündeme gelecektir.

Günümüzde yabancı ülke hukuklarında boşanmanın mahkeme dışında gerçekleşmesine olanak tanınması, boşanmanın hangi makam nezdinde gerçekleşeceği meselesinin hukuki olarak nasıl vasıflandırılacağı konusunu gündeme getirmektedir. Bu aşamada vasıflandırma, mahkeme dışında bir boşanmanın Türkiye’de gerçekleştirilmek istenmesi ya da yabancı ülkede gerçekleşmiş böyle bir boşanmanın Türkiye’de etki doğurmasının talep edilmesi halinde önem teşkil edecektir.

Türk hukukunda boşanmanın ancak mahkeme kararıyla mümkün olmasından yola çıkılarak konu usuli bir mesele olarak vasıflandırıldığında, Türkiye’de mahkeme dışı bir boşanmanın gerçekleşmesi söz konusu olamayacaktır. Diğer taraftan konunun bir şekil meselesi olarak vasıflandırılması halinde ise, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 7 çerçevesinde, Türkiye’de gerçekleşecek bir boşanmanın, Türk hukuku buna izin vermese dahi, boşanma statüsüne uygulanacak hukuka uygun olması halinde mahkeme dışında gerçekleşmesi mümkün olacaktır. Bu durumda, öncelikle Türkiye’de mahkeme dışı bir boşanmanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği; ikinci olarak da yabancı bir ülkede mahkeme dışı gerçekleşen bir boşanmaya Türk hukukunda etki tanınıp tanınmayacağı sorularının cevaplandırılması gerekecektir.

Çalışmamızda, bu çerçevede, öncelikle, vasıflandırma kavramına yer verilerek, mahkeme dışı gerçekleşen boşanmaların nasıl vasıflandırılacağına ilişkin doktrin görüşleri açıklanacak ve akabinde konuya ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır. Konu vasıflandırıldıktan sonra, boşanma statüsüne uygulanacak yabancı hukukun buna izin verdiği hallerde, Türkiye’de mahkeme dışı bir boşanmanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği irdelenecektir. Son olarak, yabancı ülkelerde gerçekleşmiş mahkeme dışı boşanmaların Türk hukukunda hangi hükümler çerçevesinde etki doğuracağı, etki doğurabilmeleri için tanınmanın bir zorunluluk olup olmadığı tartışılacaktır.

I. Vasıflandırma

Vasıflandırma, bir müessesenin hukuki karakterinin tespitidir¹. Yabancılık unsuru taşıyan hukuki olay ve ilişkilerde, kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacak hukuku gösterirken, belirli bir kural ya da kural grubuna gönderme yaparak, her hukuki olay ve ilişkiyi maddi hukukta temsil eden sistem kavramlarından yararlanır². Bu kavramlar, uyumsuzluk ile ilgisi olan tüm hukuk sistemlerinde aynı anlam ve içeriğe sahip olmayabilir. Kanunlar ihtilafı hukukunda, bağlama kuralına konu teşkil eden kavram ya da kurumun hukuki nitelik ve içeriği mahkemenin hukuku (lex fori) ile uyumsuzlukla bağlantılı diğer ülke hukuklarında farklı ise, bu hukuklardan hangisinin vasıflandırma konusunda esas alınacağı meselesi ile karşılaşılır ve bu mesele kanunlar ihtilafı hukukunda vasıflandırma sorunu veya vasıf ihtilafı olarak adlandırılır³.

Vasıflandırma sorununun çözümüne ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler önerilmekle birlikte⁴, sorunun çözümünde en çok başvurulan yöntem vasıflandırmanın lex fori'ye göre yapılmasıdır⁵. Buna göre, Türk mahkemeleri önüne gelen yabancılık unsuru taşıyan bir uyumsuzlukta, uyumsuzluk konusu olay ya da ilişkinin niteliği, Türk hukukunun kavramlarına göre vasıflandırılacaktır. Doktrinde, vasıf ihtilafının her olaya göre ayrı ayrı ele alınarak çözümlenmesi gerektiği de ifade edilmektedir⁶. Söz konusu görüş uyarınca, vasıflandırma, kural olarak lex fori'ye göre yapılmalı ancak bu vasıflandırmanın milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti bakımından tatminkâr sonuçlar vermemesi halinde, lex causae'nın (uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukukun) vasıflandırması esas alınmalıdır⁷. Vasıflandırmanın hangi hukuka göre yapılması gerektiği tespit edilirken, bir yandan taraf menfaatlerinin dengelenmesi amacı, diğer taraftan, uyumsuzluk konusuna ilişkin maddi hukuk kuralları ile kanunlar ihtilafı kurallarının amaçları göz önünde bulundurulmalıdır⁸.

Türk hukukunda, boşanma, eşlerden birinin veya her ikisinin talep etmesi halinde, mahkeme kararı ile evlilik birliğinin sonlandırılmasıdır⁹. Hukukumuzda, boşanma sadece mahkeme kararıyla gerçekleşmekte olup, verilen karar bozucu yenilik doğuran

1 Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017) 97; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Beta 2019) 49-50; Gülören Tekinalp and Afyer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (12th edn, Vedat 2016), 34; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (5th edn, Savaş 2019) 213; Aysel Çelikel and Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020) 74.

2 Tekinalp and Uyanık (n 1) 34; Doğan, (n 1) 213.

3 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 1) 50-51; Çelikel and Erdem (n 1) 75; Tekinalp and Uyanık (n 1) 34; Bernard Audit and Louis d'Avout, *Droit International Privé* (7th edn, Economica 2013) 235; Thierry Vignal, *Droit International Privé* (2nd edn, Dalloz 2011) 65-66.

4 Söz konusu yöntemlere ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 1) 52; Çelikel and Erdem (n 1) s. 79-84; Tekinalp and Uyanık (n 1) 35-36; Doğan, (n 1) 214-216.

5 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 1) 52; Tekinalp and Uyanık, (n 1) 35.

6 Çelikel and Erdem (n 1) 86.

7 ibid 87. Benzer görüşte bkz. Doğan (n 1) 217.

8 Çelikel and Erdem (n 1) 87.

9 Mustafa Dural, Tufan Ögüz and Mustafa Alper Gümtüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (14th edn, Filiz 2019) 104; Turgut Akıntürk and Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku* (21th edn, Beta 2019) 235; Mehmet Erdem, *Aile Hukuku* (2nd edn, Seçkin 2019) 100.

bir karar teşkil eder¹⁰. Ancak günümüzde yabancı hukuk düzenlerinde, bir mahkeme kararına bağlı olmaksızın idari işlem, noter sözleşmeleri ve sadece tarafların irade beyanı gibi farklı yöntemlerle boşanmaya olanak tanındığı görülmektedir. Belirttiğimiz bu gelişmeler boşanmanın hukuki olarak nasıl vasıflandırılması gerektiği ve mukayeseli hukuktaki görüşlerin incelenmesini gerekli kılmaktadır.

II. Boşanmanın Hangi Makam Önünde Gerçekleşeceği Konusunun Vasıflandırılması

A. Genel Olarak

Türk hukukunda, boşanma sadece mahkeme kararıyla mümkün olduğundan, bir hukuki işlem olarak ele alınmamaktadır. Türk maddi hukukunda, şekil ancak hukuki işlemler için kullanılan bir kavram ve hukuki kurum olarak ele alındığından, hukukumuzda boşanmanın şeklinden bahsetmek de mümkün olamamaktadır. Ancak Türk hukukunda boşanma bir mahkeme kararıyla oluşmakta ve bunun sonucunda usuli bir süreç şeklinde ele alınmakta olsa da, karşılaştırmalı hukukta, mahkeme dışında gerçekleşen boşanmaların pek çok devlette kabul edildiği görülmektedir.

Fransız hukukunda, Fransız Medeni Kanunu'nun 18 Kasım 2016 tarihli Kanun ile değişikliğe uğramış 229. maddesi gereği, anlaşmalı boşanmanın, tarafların boşanma iradelerini yansıtan ve hem taraflarca hem de vekillerince imzalanmış bir sözleşmenin noter onayına sunulması suretiyle gerçekleşmesi mümkündür¹¹.

Benzer bir örnek, Rus hukukunda karşımıza çıkmaktadır. Rusya Federasyonu Aile Kanunu m. 19/1 uyarınca, mahkeme dışı idari işlemle evliliğin sonlandırılması mümkündür¹². Bunun için iki koşul aranmaktadır: eşlerin ortak velayetleri altında bulunan çocuklarının bulunmaması ve her iki tarafın da ortak irade beyanının bulunması. Söz konusu boşanma işlemi yetkili idari mercide (belediyeye bağlı medeni hal kayıt bürosu *ZAGS*) kayıt altına alınmaktadır. Bu idari merci boşanmanın sebeplerini araştırmamaktadır ve bir karar veya değerlendirme yetkisine sahip olmayıp, sadece ilgili işlemi kayıt altına alma yetkisine sahiptir. Rus hukukunda kabul edilen bu boşanma türünde, işlemin temelini karşılıklı irade beyanları ve ortak talep oluşturmaktadır.

10 Erdem (n 9) 144.

11 Fransız Medeni Kanunu m. 229 hükmü için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

12 Rus hukukunda, taraflardan birinin talebi ve rızasına bağlı olarak evliliğin mahkeme dışında sonlandırılması da mümkündür. Rusya Federasyonu Aile Kanunu m. 19/2 uyarınca, taraflardan birinin talebi ve rızasına bağlı olarak evliliği sonlandırmak için üç ihtimalden birinin gerçekleşmesi gerekir. Bunlar: taraflardan birinin gaipliğine karar verilmiş olması, mahkeme kararıyla tam ehliyetsiz kılınması ya da üç yıldan fazla cezaya hükmedilmiş bir suç işlemiş olması. Bu üç durumda ortak rıza ve ortak çocukların olması bir etki doğurmayıp, tek tarafın rızasıyla evlilik sona erdirilebilmektedir. İdari işlemle sona erdirilen evlilik, ilgili makamın işlemi onaylama tarihinde sona ermiş sayılır, boşanma belgesi de bu tarihte taraflara teslim edilir. Mal rejimi ve tasfiyesi veya velayet ya da nafaka bakımından çıkan uyumsuzluklar ise mahkeme yoluyla çözülecektir. Tarafların ortak reşit olmayan çocuklarının bulunması ve/veya bir tarafın idari işlemle evliliği sona erdirmeye rıza göstermemesi durumunda evlilik ancak mahkeme yoluyla sona erdirilebilir.

Boşanmanın mahkeme dışında tarafların ortak iradesiyle gerçekleşmesine bir diğer örnek Portekiz hukukundan gösterilebilir. Portekiz hukukunda, boşanmanın nüfus tescil dairesinde ya da arabulucu önünde varılan sulh anlaşmasıyla gerçekleşmesi mümkündür. Benzer şekilde, Norveç ve Danimarka’da vali ya da belediye başkanı kararıyla boşanmak mümkündür¹³. Norveç’te çoğu boşanma valiler (*Fylkesmannen*) tarafından gerçekleştirilmektedir. Eşlerin valilik nezdinde boşanabilmeleri için en az bir yıl ayrı evlerde yaşamış olmaları gerekmektedir. Eşlerden biri boşanmak istemediği takdirde, vali tekrar bir yıl ayrı yaşama kararı verebilme yetkisine sahiptir. Vali’nin verdiği boşanma kararı ‘‘ilam’’ niteliğinde olup, bu karara karşı temyiz yolu açıktır¹⁴.

Japon hukukunda tarafların karşılıklı anlaşmasıyla mahkeme dışında gerçekleşen Kyogi Rikon¹⁵ adı verilen boşanmalar, İslam hukukunda kocanın kadına üç defa ‘‘boş ol’’ demesiyle evliliğin sonlandırılmasını ifade eden ‘‘talak’’ yoluyla boşanma, Musevi dininde kocanın karısına boşanma mektubu vererek evliliğin sonlandırılmasını ifade eden ‘‘get’’ yoluyla boşanma, diğer adli olmayan boşanma örnekleridir¹⁶.

Yabancı devletlerde mahkeme dışında gerçekleşen bir boşanmaya Türkiye’de etki tanınması ihtiyacı doğabilir ya da taraflar bu usulle Türkiye’de boşanmak isteyebilirler. Bu noktada, böyle bir boşanmanın Türk hukukunda geçerli kabul edilebilmesi bakımından, boşanmanın hangi makam nezdinde gerçekleştiği hususunun hukuki niteliğinin tespiti gerekir. Boşanmanın mahkeme dışında gerçekleşmesi durumunda, Türk hukukundan farklı olarak, bu mesele usuli bir konu olmaktan çıkıp evliliği sona erdiren bir işleme dönüşecektir. Bu durumda, yapılacak vasıflandırmaya bağlı olarak, mahkeme dışı gerçekleşen bir boşanmanın Türk hukuku bakımından geçerli kabul edilip edilmemesi konusunda farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Yukarıda yer verildiği üzere, bu bir vasıflandırma meselesidir. Bu başlık altında, öncelikle, konuya ilişkin doktrin görüşlerine yer verilecek, sonrasında Türk hukukundaki esaslar çerçevesinde bir değerlendirme yapılacaktır.

B. Konuya İlişkin Doktrin Görüşleri

Fransız hukukunda, yabancı ülkelerde adli olmayan makam (idari ya da dini) kararlarıyla gerçekleşen bir boşanmanın Fransa’da etki doğurup doğurmayacağı

13 Jan Erik Kristiansen, ‘‘Norway’’ in R. CHESTER (ed), *Divorce in Europe* Vol. 3 (Dverten 2012) 53-54; Patric Parkinson, *Family Law and the Indissolubility of Parenthood* (Cambridge University Press 2011) 201-202.

14 Kristiansen (n 13) 53-54; Parkinson (n 13) 201-202.

15 Japon hukukunda çiftler, Kyogi Rikon adı verilen bu boşanmalarda anlaşmalı olarak boşanırlar. Taraflar boşanmanın velayet de dahil tüm sonuçları hakkında anlaşarak bu anlaşmalarını, bir hukuki denetim olmaksızın, dolduracakları bir form ile belediyeye tescil ettirmek suretiyle boşanmayı gerçekleştirebilirler. Detaylı bilgi için bkz. J. McCauley Matthew, ‘‘Divorce And The Welfare Of The Child In Japan’’, *Pacific Rim Law & Policy Journal* Vol. 20 No. 3 595-596. (<http://digital.law.washington.edu/dspace-law/bitstream/handle/1773.1/109/20PacRimLPolyJ589.pdf>)

16 Adli olmayan boşanmalara ilişkin ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz. Nuray Ekşi, *Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması* (Beta 2012) 39 vd.; Merve Ürem Çetinel and Biset Sena Güneş, ‘‘Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu ve Türk Hukukunun Bu Kuruma Yaklaşımı’’, (2020) (1) YBHD 315-326.

meselesi, tanıma ve tenfiz hukuku kapsamında ele alınmakta¹⁷; herhangi bir makamın kararı olmaksızın bir özel hukuk işlemiyle gerçekleşen boşanmaların Fransa’da doğuracağı etkilerin ise, kanunlar ihtilafı kurallarının kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁸. Boşanmanın gerçekleşebilmesi için bir kamu makamının müdahalesinin zorunlu olup olmadığı, böyle bir zorunluluk bulunmaması durumunda taraflarca hangi hukukun şekil kurallarına uyulacağı sorularının, boşanmanın şekline ilişkin bir mesele olduğu ve bu konuda boşanmanın gerçekleştiği ülke hukukunun tek başına uygulanması (LRA kuralı) gerektiği kabul edilmektedir¹⁹. Bu anlamda boşanmanın şekli ile evliliğin şekli konularının benzerlik gösterdiği, benzer mantıkla ele alınması gerektiği savunulmaktadır²⁰. Zira evlilik aile birliğini kuran işlemken, boşanma ise bu aile birliğini ortadan kaldıran işlemidir²¹.

Boşanmanın gerçekleşebilmesi için dini, adli ya da idari bir makamın müdahalesinin gerekip gerekmediği hususu, boşanmanın esasına ilişkin bir mesele olarak vasıflandırıldığı takdirde, yabancı bir ülkeye giderek boşanamayan kişiler bakımından, adalete erişim hakkının ihlal edilmiş olacağı da vurgulanmaktadır²². Diğer taraftan, bir evliliğin Fransa’da medeni nikah ile gerçekleşmesi durumunda, bu evliliğin dini bir makam tarafından sonlandırılması mümkün değildir²³. Bu çerçevede, boşanmanın gerçekleştiği ülke hukuku (lex loci actus), eşlerin boşanabilmesi için bir kamu makamının müdahalesini gerekli kılmıyorsa, boşanma bu ülke hukukunun öngördüğü şekilde gerçekleştirilebilecektir²⁴. Buna göre, yabancı bir ülkede bu ülke hukukuna uygun şekilde adli makam dışında gerçekleşmiş bir boşanmanın sonuçlarına,

17 Dominique Bureau and Horatia Muir Watt, *Droit International Privé/ 2, Partie Spéciale* (4th edn, PUF 2017) 176-177.

18 Pierre Mayer and Vincent Heuze, *Droit International Privé* (11th edn, LGDJ 2014) 430. Bununla birlikte, “Evliliğe ve Velayete İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2201/2003 sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü” (Yeni Brüksel II Tüzüğü) çerçevesinde, üye bir devlette idari işlem şeklinde gerçekleşen boşanmalar da, Tüzük’ün tanıma hükümlerine tabi tutulacaktır (bkz Bureau and Muir Watt (n 17) 177).

19 Mayer and Heuze (n 18) 438; Audit and d’Avout (n 3) 674; Vignal (n 3) 181. Söz konusu meselenin boşanmanın şekline ilişkin olduğunu; bununla birlikte, Fransa’da gerçekleşen boşanmalar bakımından LRA kuralının alternatif bir uygulama alanına sahip olarak boşanmanın esasına uygulanacak hukukun yanı sıra uygulanması gerektiğini savunan görüş için bkz Yvon Loussouarn, Pierre Bourel and Pascal de Vareilles-Sommieres, *Droit International Privé* (10th edn, Dalloz 2013).

20 Mayer and Heuze (n 18) 438; Vignal (n 3) 181.

21 Mayer and Heuze (n 18) 438.

22 Audit and d’Avout (n 3) 674.

23 ibid 674.

24 Mayer and Heuze (n 18) 439. Fransız hukukunda, boşanmanın gerçekleşebilmesi için dini bir makamın müdahalesinin gerekliliği meselesinin, boşanmanın şekline mi yoksa esasına mı ilişkin olduğu hususu, içtihat tartışılmıştır. Fransız Temyiz Mahkemesi, eski tarihli kararlarında, meseleyi boşanmanın esasına ilişkin olarak kabul ederek, Rus Yahudilerin boşanabilmeleri için kendi milli hukuklarına göre hahamın katılımının gerekli olması gerekçesiyle (Rus vatandaşı Yahudi dini mensubu), bu konuda Fransız mahkemelerinin yetkili olmadıkları sonucuna ulaşmıştır (Civ. 29.05.1905, Levinçon, D.P. 1905.1.353, S. 1906.1.161, note Pillet, RDIP 1905.518, JDI 1905.1006). 1955 tarihli *Carastanis* kararıyla evliliğin şekli bakımından kabul edilen prensipler, kıyas yoluyla boşanmanın şekli konusunda da kabul edilerek bu içtihat terk edilmiştir (bkz Mayer and Heuze (n 18) 439; Audit and d’Avout (n 3) 674).

Fransız hukukunda etki tanınacaktır²⁵. Diğer taraftan, Fransa’da yabancı bir devlet konsolosluğunda, dini bir makam önünde ya da herhangi bir makamın müdahalesi olmaksızın sadece tarafların iradesiyle bir boşanmanın gerçekleşmesi mümkün değildir²⁶.

Yukarıda yer verdiğimiz ve noter önünde yapılacak boşanmalara izin veren 2016 tarihli kanun değişikliği öncesinde ortaya konulan bu görüşler, 2016 yılı öncesinde Fransız hukukunda ülke içerisinde kişilerin ancak mahkeme nezdinde boşanabileceklerinin kabul edilmekte olduğu döneme aittir. Bu anlamda Fransız hukukunda kanunlar ihtilafı kuralları bakımından yapılan yorum ve eleştiriler, Türk hukukunun güncel durumu açısından hala önemli birer bakış açısı olarak göz önünde bulundurulmalıdır.

İsviçre hukukuna bakıldığında ise, ülke içerisinde gerçekleşecek boşanmalar için boşanmanın hangi makam nezdinde gerçekleşeceği meselesinin şekle mi yoksa esasa mı ilişkin olduğu konusunda bir tartışmanın söz konusu olmadığı; eşlerin İsviçre’de ancak mahkeme önünde boşanabileceğinin kabul edildiği²⁷ görülmektedir. İsviçre’de mahkeme dışında boşanmanın mümkün olmadığı, Federal Mahkeme’nin çeşitli kararlarında da vurgulanmıştır. Söz konusu kararlarda, İsviçre’de yabancı bir konsoloslukta²⁸ ya da dini bir makam önünde²⁹ gerçekleşen boşanmaların yok hükmünde oldukları sonucuna ulaşılmıştır. İsviçre’de gerçekleşecek boşanmalarda, yetkili mahkeme, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun (LDIP)³⁰ boşanma ve ayrılık davalarında yetkiyi düzenleyen 59. maddesi çerçevesinde belirlenecektir.

Türk doktrininde, 2675 sayılı mülga Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un yürürlüğü öncesinde ileri sürülen bir görüş uyarınca, her ne kadar bazı hukuk sistemlerinde boşanma, mahkemelerin değil, dini ya da idari makamların

25 Fransız hukukunda, tanıma-tenfiz rejimi, sadece yabancı mahkeme kararları için değil, yabancı idari makam kararları hatta, yabancı idari işlemler için de uygulanmaktadır (bkz. Audit and d’Avout (n 3) 451; Pierre Mayer and Vincent Heuze, *Droit International Privé* (9th edn, LGDJ 2007) 345; Vignal (n 3) 421). Yabancı bir idari makam kararının Fransa’da tanıma rejimine tabi olacağına ilişkin bir örnek, 17 Nisan 1953 tarihli Riviere (Civ. 17 avr. 1953, Rev. crit. DIP 1953.412, note Batiffol, JDI 1953.860, NOTE Plaisant, JCP 1954.II.7863, note Buchet, GA n. 22) kararında karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu kararda, Fransız Yargıtayı, Fransız mahkemelerinin yetki alanına giren bir boşanmaya ilişkin uyumsuzlukta, Ekvador valiliğince verilen boşanma kararını, yabancı mahkeme kararı ile aynı tanıma koşullarına tabi tutmuştur.

26 Audit and d’Avout (n 3) 674-675.

27 Bernard Dutoit, *Droit International Privé Suisse – Commentaire de la Loi Fédérale du 18 Décembre 1987* (5th edn, Helbing 2016) 229; Andreas Bucher, *Loi Sur le Droit International Privé – Commentaire Romand, Editeur Andreas Bucher* (Helbing 2011) 492.

28 İsviçre Federal Mahkemesi’nin 15.03.1984 tarihli bir kararında (ATF 110 II 5; karar için bkz. <https://www.swisslex.ch/de/>), iki Fas vatandaşının Bern’deki Fas Büyükelçiliği’nde iki tanık huzurunda gerçekleşmiş olan boşanmalarının geçerliliği sorgulanmıştır. Bu kararda, Federal Mahkeme, İsviçre’de yabancı bir konsoloslukta gerçekleşen boşanmanın İsviçre makamları önünde ileri sürülemeyeceği; böyle bir boşanmanın ardından yabancı bir ülkede bir İsviçre vatandaşı ile bir yabancı arasında gerçekleşen bir evliliğin İsviçre hukuku bakımından yok hükmünde sayılacağı ve İsviçre’de nüfus siciline kaydedilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır.

29 İsviçre Federal Mahkemesi’nin 30.09.1980 tarihli bir kararında (ATF 106 II 180; karar için bkz. <https://www.swisslex.ch/de/>), İsviçre’deki bir dini otorite tarafından yok hükmünde olduğu sonucuna ulaşılan iki İspanyol vatandaşı arasındaki evliliğin, İsviçre’de yeni bir evlilik yapılmasına engel teşkil edeceği sonucuna ulaşılmıştır. Söz konusu kararda, İsviçre’deki dini otoriteler tarafından verilen kararların İsviçre hukukunda hiçbir etki doğurmayacağı vurgulanmıştır.

30 Kanun için bkz. <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html>.

yetkisi dahilinde olsa da boşanma kararını verecek makam ile ilgili konuların boşanmanın esasına ilişkin kabul edilmesi mümkün değildir; kazai yetki ile ilgili hükümler usule ilişkindir ve münhasıran mahkemenin hukukuna (lex fori) tabidir³¹.

Doktrinadaki bir diğer görüş, mahkeme dışında hukuki işlemle boşanmanın mümkün olduğu bir ülkede bu şekilde gerçekleşen boşanmaların şeklen geçerli olup olmadığı araştırılırken, boşanmanın şekline ilişkin olarak MÖHUK m. 14 hükmünde özel bir düzenleme yer almadığından, MÖHUK m. 7 hükmünün uygulanması gerektiğini savunmaktadır³². Benzer bir görüş ise, kanunlar ihtilafı kurallarına göre boşanmaya uygulanması gereken yabancı hukuka uygun olması halinde, Türk kamu düzenine aykırı olmamak kaydıyla, Türkiye’de hukuki işlem niteliğindeki mahkeme dışı gerçekleştirilen boşanmaların hukuki sonuçlarının tanınmasının mümkün olduğunu belirtmektedir³³. Konuyu Türkiye’deki konsolosluklarda gerçekleşen boşanmalarla sınırlı olarak ele alan diğer bir görüşe göre, Türkiye’de bulunan yabancı temsilcilik ya da konsolosluk memurlarının boşanmaya karar verip veremeyecekleri hususu, boşanmanın şekline ilişkin olmakla birlikte, Türk hukukunda boşanmanın mahkeme kararı ile gerçekleşmesi ve bu hükmün kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle, Türkiye’de konsolosluklarda gerçekleşen boşanmalar geçerli kabul edilmeyecektir³⁴.

Konuyu bir vasıflandırma meselesi kapsamında olmaksızın sadece Türkiye’de mahkeme dışı bir boşanmanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bakımından ele alan bir görüş ise, MÖHUK m. 14 (2675 sayılı mülga MÖHUK m. 13) hükmünde açıkça belirtilmemekle birlikte, Türkiye’de boşanmak isteyen kişilerin ancak bir mahkeme kararı ile boşanabileceklerini ve bunun Türk hukuk sisteminin kamu düzeninin bir gereği olduğunu ifade etmektedir³⁵. Benzer bir görüş, boşanmanın kazai niteliğini kabul etmeyerek yalnızca tarafların boşanma yönündeki iradelerini için yeterli gören bir hukuk sisteminin boşanma statüsü olması halinde, bu ülke hukukunun Türk kamu düzenine aykırı görülerek uygulanmayacağını, boşanmanın kazai niteliğinin bertaraf edilmesinin Türk hukukunun temel değerleri ile bağdaşmayacağını savunmaktadır³⁶.

C. Değerlendirme

Evlilik, aile birliğini kuran bir işlemken, boşanma bu birliği sona erdiren işlemdir. Bu işlemin gerçekleşmesine yönelik irade beyanlarının dış dünyaya nasıl yansıtacağı ise, bir şekil meselesidir. Hukuki işlemlerde şekil, iradenin dış dünyaya yansıtılması için

31 Ata Sakmar, *Devletler Hususi Hukukunda Boşanma* (Fakülteler Matbaası 1976) 185.

32 Şanlı, Esen and Ataman-Fıganmeşe (n 1) 144-145.

33 Nomer (n 1) 260.

34 Lale Ayhan İzmirli, "Nüfus Hizmetleri Kanunu Madde 27/A Çerçevesinde Yabancı Ülkelerde Verilen Boşanma Kararlarının İdarî Yoldan Tanınması", (2018) 22 (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 93-94.

35 Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma* (Beta 2006) 26.

36 Doğan, (n 1) 345.

kullanılan araç ya da kalıp olarak tanımlanmaktadır³⁷. Bu durumda, kanaatimizce, evliliği sona erdirmeye yönelik taraf iradelerinin mahkeme önünde mi yoksa idari makam ya da noter huzurunda mı açıklanacağı ise boşanmanın şekline ilişkin bir konu olarak kabul edilmelidir. O halde, boşanmanın nasıl gerçekleşeceği, boşanmaya uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 14’de boşanmanın şekline uygulanacak hukuka ilişkin özel bir kurala yer verilmediğinden, MÖHUK m. 7 hükmüne tabi olacaktır.

Yukarıda vardığımız sonuca bağlı olarak sorgulanması gereken önemli bir konu, MÖHUK m. 7’de öngörülen alternatif nitelikli kanunlar ihtilafı kuralının, boşanmanın şeklinde de aynen kabulünün yerindedir. Şöyle ki boşanma konusu ele alınırken, evlilik ile boşanma arasındaki bağ ve her iki kurumu da şekillendiren temel dinamiklerin paralelliğinin göz ardı edilemeyeceği açıktır. Bu anlamda evlenmenin şeklinde evliliğin gerçekleştiği ülke hukukunun (*lex loci celebrationis*) tek başına yetkili kılınması (MÖHUK m.13/2), milletlerarası özel hukukta topal evliliklerin engellenmesi amacına hizmet etmekte olup³⁸ aynı hukuki kaygıların boşanmanın şekli konusunda da gözetilmesi yadsınamaz bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylece, evliliğin şeklen her ülkede geçerli olabilmesi amacına hizmet eden MÖHUK m. 13/2 hükmünün, boşanmaların şekline uygulanacak hukuk belirlenirken de dikkate alınması ve boşanmanın şekline uygulanacak hukukun belirlenmesinde, bir ülkede geçerli olup diğer bir ülkede geçerli olmayan boşanmaların engellenmesi amacının ön planda tutulması gerekmektedir³⁹. Kanunlar ihtilafı kurallarımızın şu anki düzenlemeleri bu sonuca ulaşmayı mümkün kılmaya da⁴⁰, kanaatimizce olması gereken hukuk bakımından, boşanmanın şekli konusunda LRA kuralının tek başına uygulanması ve bu çerçevede MÖHUK m. 14’e bu yönde bir hükmün eklenmesi yerinde olacaktır⁴¹. Açıkladığımız görüş kapsamında görüşümüz, MÖHUK m. 14 hükmüne eklenecek bir fıkra ile şu yönde bir düzenleme getirilmesidir: “*Boşanmanın şekline, gerçekleştiği ülke hukukunun maddi hukuk hükümleri uygulanır.*”

Boşanmanın şekli meselesi, Türk doktrininde⁴², sadece aynı ülkede gerçekleşen boşanmalar bakımından ele alınmış ancak boşanmanın mahkemenin katılımı olmaksızın, sadece tarafların karşılıklı irade beyanlarıyla gerçekleştiği hallerde, iradelerin açıklandığı anda tarafların farklı ülkelerde bulunması ihtimali

37 Necip Kocayusufoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan and Abdülkadir ARPACI, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme Birinci Cilt* (6th edn, Filiz 2014) 270; Kemal Oğuzman and M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I* (18th edn Vedat 2020) 146; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23th edn, Yetkin 2018) 279.

38 Evliliğin şekli konusunda LRA kuralının tek başına yetkili kılınmasının nedenlerine ilişkin olarak bkz. Begüm Süzen, *Milletlerarası Özel Hukukta Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk* (On İki Levha 2020) 202 vd.

39 Süzen (n 38) 96.

40 Var olan hukuk bakımından ise, Türkiye’de mahkeme dışı boşanmanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bir sonraki başlıkta ele alınacaktır. Bkz başlık III.

41 Aynı yönde bkz Süzen (n 38) 96.

42 Nomer (n 1) 260; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 1) 144-145; Uyanık Çavuşoğlu (n 35) 26; Ayhan İzmirli (n 34) 93-94.

değerlendirilmemiştir. İngiliz hukukunda “denizaşırı boşanma” olarak ifade edilen⁴³ bu boşanmalarda, boşanmanın gerçekleştiği ülke hukukunun nasıl tespit edileceği sorusu gündeme gelmektedir⁴⁴. Örneğin, Yahudi ve Müslüman dinine ait boşanma kurallarının uygulandığı olaylarda, boşanma usulüne ilişkin unsurlar farklı ülkelerde gerçekleşebilmektedir.

Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk kapsamında, farklı ülkelerde bulunan kişiler arasında akdedilen sözleşmelerde, işlem yerinin nasıl tespit edileceğine ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşler şu şekilde sıralanabilir: işlemin kuruluş anına ilişkin maddi hukuk teorilerinden yola çıkarak kuruluş yerini belirleyen görüş, farklı hukuk düzenlerinde bulunan taraflardan her biri için bu hukuk sistemlerinin birlikte uygulanmasını esas alan “bütünleştirici görüş”, taraflardan her birinin kendi bulunduğu yer hukukunun şekil kurallarına uyması gerekliliğini öngören “distribütif görüş” ve hukuki işlemin taraflarının buldukları yerlerden herhangi birinin şekil kurallarına uyulmasını yeterli gören “alternatif görüş”⁴⁵.

Sınır ötesi boşanmalarda, boşanmanın gerçekleştiği ülke hukukunun tespitinde, eşlerden her birinin beyan anında bulunduğu ülke hukuklarının birlikte uygulanmasının -total boşanmaların engellenmesi amacı da dikkate alınarak- en uygun çözüm olacağı görüşündeyiz. Bu çerçevede, işlemin gerçekleştirildiği ülke hukuklarından birinde eşlerin karşılıklı irade beyanlarıyla mahkeme dışında boşanmalarının kabul edilmesi ve diğer ülkede bunun kabul edilmeyerek boşanma için mutlaka bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulması halinde, mahkeme dışı gerçekleşen bir boşanma Türk hukuku bakımından da geçersiz kabul edilmelidir. Böylece, eşlerden birinin bulunduğu ülkede şeklen geçerli, diğer ülkede şeklen geçersiz bir boşanmanın Türk hukuku nezdinde geçerli kabul edilmesi de önerdiğimiz yapı içerisinde engellenmiş olacaktır.

Boşanmanın mahkeme kararı dışında gerçekleştiği durumlarda, konunun bir şekil meselesi olarak vasıflandırılması beraberinde iki önemli sorunu gündeme getirmektedir. Bunlardan ilki, Türkiye’de mahkeme dışı boşanmanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği meselesidir. Cevaplanması gereken ikinci sorun, yabancı ülkelerde mahkeme dışı gerçekleşen rızai boşanmaların Türkiye’de etki doğurması için tanınmasının gerekip gerekmeyeceğidir. Aşağıda bu konular sırasıyla ele alınacaktır.

43 Adrian Briggs, *The Conflict of Laws* (4th edn, Oxford 2013) 349; Peter North and J.J. Fawcett, *Cheshire and North’s Private International Law* (13th edn, 2005) 812. Biz çalışmamızda sınır ötesi boşanmalar kavramını kullanmanın daha doğru olacağını düşünmekteyiz.

44 Örnek karar Berkoovits v. Grinberg, 1995, Fam 142; R v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Fatima [1986] AC 527. Bu kararlarda mahkeme İngiltere’de başlayıp farklı ülkede sonlanan boşanma usulünü geçersiz kabul etmiştir. Mahkeme bu kararlarda boşanmanın tek bir ülkede gerçekleşmesi gerektiği gibi bir varsayım ile hareket etmiş ve boşanmaya İngiltere’de sonuç tanımamıştır. Kararların eleştirisi için bkz. Briggs (n 43) 349.

45 Söz konusu görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp and Yanık (n 1) 93-94; Temel Doğangün, *Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk* (Yetkin 1996) 100-105; Süzen (n 38) 131-134.

III. Türkiye’de Mahkeme Dışı Boşanmaların Gerçekleşip Gerçekleşmeyeceği Meselesi

Boşanmanın mahkeme dışında rızai olarak gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusunun boşanmanın şekline ilişkin bir mesele olarak vasıflandırılması durumunda, Türkiye’de mahkeme dışı gerçekleşen bir boşanmanın geçerliliği sorusu gündeme gelir. Hukukumuzun genel olarak etkisi altında olduğu İsviçre ve Alman hukuklarına baktığımızda bu ülkelerde mahkeme dışında bir boşanmanın gerçekleşmesinin mümkün olmadığı görülmektedir. İsviçre hukukunda, İsviçre’de ancak mahkeme önünde boşanabileceği kabul edilmekte⁴⁶; bu durum İsviçre Federal Mahkemesinin çeşitli kararlarında⁴⁷ da vurgulanmaktadır. Alman hukukunda ise, boşanmanın Almanya’da sadece mahkeme kararıyla gerçekleşebileceğine ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmektedir (BGB art. 1564 I). Bu hüküm kamu düzenine ilişkin olarak yorumlandığından, yabancı boşanma statüsüne tabi olarak mahkeme dışı gerçekleşen boşanmaların Almanya’da yasaklanmış olduğu kabul edilmektedir⁴⁸.

Boşanmanın şekli konusunda MÖHUK m. 14 hükmünde özel bir düzenleme yer almadığından, MÖHUK m. 7 gereği, boşanmanın gerçekleştiği yer hukuku ile boşanmanın esasına uygulanacak hukuk birbirine alternatif olarak uygulama alanı bulacaktır. Bu durumda, boşanmanın esas ya da gerçekleştiği ülke olarak Türk hukukunun uygulanacağı durumlarda, boşanmanın Türk hukukuna uygun biçimde meydana gelmesi, işlemi geçerli hale getirmeye yetecektir.

Yukarıda MÖHUK m. 7 kapsamında yapmış olduğumuz tespit bakımından, Türk hukukunda boşanmanın ancak mahkeme kararıyla gerçekleşebileceğini düzenleyen TMK m. 167 ve 170 hükümlerinin Türkiye’de mahkeme dışı gerçekleşecek bir boşanmaya engel olup olmayacağı sorusunun cevaplandırılması gerekir.

Doktrinde konuyu farklı açılardan ele alan yazarlar bulunmakla birlikte, eğilimin, Türkiye’de mahkeme dışında gerçekleşecek boşanmaların kamu düzenine aykırılık çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde olduğu görülmektedir⁴⁹.

Doktrindeki bir görüş⁵⁰, MÖHUK m. 14’e göre uygulanması gereken yabancı hukukun izin vermesi durumunda, Türkiye’de gerçekleştirilecek mahkeme dışı

46 Dutoit (n 27) 229; Bucher (n 27) 492.

47 Bkz yukarıda dn 28, 29.

48 Rauscher, *Internationales Privatrecht*4 (2012) 207 vd (Nomer 260’dan naklen).

49 Doktrinde mahkeme dışı boşanmaların hukukumuz bakımından faydalı olup olmayacağını değerlendiren bir görüş, Türkiye’de boşanmaların önemli bir kısmında eşlerin anlaşmalı olarak boşanma talebinde buldukları göz önünde bulundurulduğunda, mahkeme dışı boşanma kurumu uygulamada fayda sağlayacağı yönündedir. Bununla birlikte müellifler, anlaşmalı boşanmalarda dahi hâkim denetiminden vazgeçilmediği (TMK m 166/III), evlilik kurumunun anlamı ve boşanmanın kamu düzenini ilgilendiren yönü dikkate alındığında, özellikle eşlerden birinin şiddete maruz kaldığı ya da maddi açıdan kendisini savunamayacak olduğu durumlarda boşanma için mahkeme denetiminden vazgeçilmemesi gerektiğini görüşündedir (bkz Ürem Çetinel and Güneş (n 16) 333). Söz konusu görüş, boşanma anlaşmalarının taraf menfaatlerinin gözetilerek hazırlandığı hallerde, yasal düzenlemeler yapıldığı sürece mahkeme dışı boşanma kurumunun reddedilmemesi gerektiğini savunmaktadır (bkz Ürem Çetinel and Güneş (n 16) 333).

50 Nomer (n 1) 260.

boşanmaların, MÖHUK m. 50 gereği tanınamayacağını ancak bir tespit davasına konu olabileceğini ve boşanmanın etkilerinin bu yolla elde edilebileceğini; ancak, taraflardan birinin dahi Türk vatandaşı olması durumunda, söz konusu idari boşanma kararının Türk kamu düzenine aykırı olacağı gerekçesiyle hukuki bir sonuç doğurmayacağını savunmaktadır. Konuyu kamu düzeni kapsamında ele alan bir diğer görüş⁵¹, her ne kadar MÖHUK m. 14 düzenlemesinde bir hüküm yer almasa da Türkiye’de ancak bir mahkeme kararı ile boşanılabileceğini ileri sürmektedir.

Yabancı ülkelerin Türkiye’deki konsolosluklarında yapılan idari boşanmaların tanınması kapsamında konuyu değerlendiren bir görüşe⁵², yargı yetkisinin egemenlikten kaynaklanan bir yetki olduğunu ve bu yetkinin ancak egemen devletin mahkemeleri tarafından kullanılabilceğini, milletlerarası anlaşmalar istisna olmak kaydıyla, hukukumuzda boşanmanın yargısal karakterde olmasından hareketle, Türkiye’de bu yetkinin ancak mahkemelerce kullanılabilceğini, yabancı ülkenin Türkiye’deki konsolosluklarında yapılan idari boşanmaların tanınmasının kamu düzenine aykırılık yaratacağını savunmaktadır.

Konuyu talak boşanmalarla sınırlı olarak değerlendiren diğer bir görüş, Türkiye’de talak yoluyla gerçekleşecek boşanmaların, hukukumuzun temel ilkelerine ters düşeceğini belirterek, kamu düzenine aykırı olan bu boşanmaların Türkiye’de hüküm doğurmasının mümkün olmayacağını ifade etmektedir⁵³.

Kanaatimizce, Türkiye’de boşanmaların mahkeme önünde gerçekleşmesi zorunluluğunun, kamu düzenine aykırılık meselesi yerine MÖHUK m. 6 çerçevesinde doğrudan uygulanan kural olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Türk hukukunda cumhuriyet dönemiyle birlikte medeni hukuk düzeninin kabulü, evliliklerin ancak medeni nikah şeklinde gerçekleştirilebilmesini öngörmüş ve yeni bir aile hukuku düzenine geçilmiştir. Medeni nikahın kabulü esasında aile birliği bakımından medeni hukuk düzeninin ilk basamağı olup, Cumhuriyetin bu yeni yaklaşımının ikinci ayağı ise evliliklerin ancak mahkemeler önünde ve pozitif hukuk normları çerçevesinde sonlandırılabilceğinin kabul edilmesi olmuştur. Evliliğin şekli konusundaki Medeni Kanunu düzenlemeleri ile boşanmanın ancak bir mahkeme kararı ile gerçekleşebileceğini düzenleyen hükümler bir bütün teşkil etmektedir. Boşanma davalarında, mahkeme sadece şekli bir inceleme yapmayıp, ailenin korunması prensibi çerçevesinde, bazı özel boşanma sebeplerinin varlığı haricinde, boşanmaya karar verebilmek için evliliğin diğer eş için çekilmez hale gelip gelmediğini ya da aile birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığını

51 Uyanık Çavuşoğlu (n 35) 26.

52 Ayhan İzmirli (n 34) 94.

53 Tekinalp and Uyanık (n 1) 172. Aynı yönde bkz Ekşi (n 16) 80. Yargıtay’ın 1945 tarihli bir kararına konu olan olayda, İran vatandaşı erkek Türkiye’de gerçekleştirilen talakın İran konsoloslüğünde tescili bakımından karşının konsolosluk defterini imzalaması için Türkiye’de dava açmış; Yargıtay, bu talebi, kamu düzenine aykırılık nedeniyle reddetmiştir. Karar için bkz Osman Fazıl Berki and Hilmi Ergüney, *Yabancılar Hukuku ve Kanunlar İhtilafları İle İlgili Kararların Tahvil ve İzahları* (Ankara 1963) 76-78; Ekşi (n 16) 80-81.

araştırmaktadır (TMK m. 163, 165, 166/1). Söz konusu hükümler, ailenin korunmasına ve aile birliğinin sona ermesi aşamasında belirli bir düzen korunarak sosyal devlet ilkesinin gerçekleştirilmesi ilkelerine hizmet etmektedir.

Hukukumuzun TMK’da yer alan ve boşanmanın sadece mahkeme kararı ile gerçekleşebileceğini düzenleyen hükmü, günümüz dünyasında meydana gelen değişimler ışığında yerindeliği tartışılabilir bir düzenleme olsa da, var olan hukuk bakımından kanaatimizce MÖHUK m. 6 çerçevesinde bir doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup, Türkiye’de gerçekleşecek boşanmalar bakımından tarafların vatandaşlığı dikkate alınmaksızın uygulama alanı bulacaktır. Bunun sonucu olarak, Türkiye’de gerçekleşecek boşanmaların, boşanmanın esasına uygulanacak hukuk buna imkân tanısa dahi mahkeme dışında gerçekleşmesi mümkün olmayacaktır.

Yukarıda yer verdiğimiz görüşümüze bağlı olarak, öncelikle, konuyu taraflardan birinin Türk vatandaşı olması halinde kamu düzenine aykırılık çerçevesinde ele alan görüşe⁵⁴ katılmamaktayız. Zira Türkiye’de boşanmanın mahkeme önünde gerçekleşmesi zorunluluğu, tarafların Türk ya da yabancı olmasına göre değişimsiz uygulanan bir kuraldır. Türkiye’de gerçekleşecek mahkeme dışı boşanmaların mümkün olup olmayacağı meselesini sadece talak boşanmalar bakımından ele alınması da vardığımız sonuç bakımından bir fark yaratmayacaktır. Zira Türkiye’de boşanmaların mahkeme kararıyla gerçekleşmesi zorunluluğu bakımından yukarıda ortaya koyduğumuz gerekçeler, dini boşanmaların yanı sıra, noter işlemi ya da karşılıklı irade beyanı gibi farklı şekillerde gerçekleşecek tüm boşanmalar bakımından söz konusu olacaktır.

Türkiye’de boşanmaların mahkeme dışı gerçekleşemeyeceği sonucuna ulaştıktan sonra, kişilerin Türkiye’deki yabancı konsolosluklarda boşanıp boşanmayacağı sorusunun da ayrıca cevaplandırılması gerekmektedir. Konsolosluklarda gerçekleşecek boşanmalar bakımından, Türkiye’nin tarafı olduğu⁵⁵ 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi’nin, konsolosların “*noter ve kişi halleri memuru sıfatıyla hareket etmek ve benzeri görevleri kabul eden Devlet’in kanun ve düzenlemelerine aykırı olmadığı ölçüde bazı idarî mahiyetteki görevleri yapmak*” yetkisini haiz olduğunu düzenleyen hükmünün (m. 5/f) göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Doktrinde, Sözleşme’nin bu haliyle, gönderen devlet tarafından kendisine yetki verilen konsoloslukların boşanma işlemini gerçekleştirilmesine olanak tanıdığı; ancak, Türkiye’nin ülkesinde bulunan konsolosluklara bu yönde bir yetki tanınmamış olması nedeniyle böyle bir boşanmanın Türkiye’de gerçekleştirilemeyeceği ifade edilmektedir⁵⁶. Diğer taraftan Türkiye’nin bu yönde bir anlaşma yapması durumunda, ilgili devlet konsololuğunda gerçekleşecek boşanma Türk hukuku bakımından da geçerli kabul edilecektir. Ancak var olan hukuk

54 Nomer (n 1) 260.

55 RG 29.05.1975/15249.

56 Burak Huysal, “Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili”, (2017) 37 (2) MHB 488.

bakımından yine yukarıda açıkladığımız üzere, aksine bir anlaşma olmadıkça yabancı devlet konsolosluklarının Türkiye’de gerçekleştirecekleri boşanmalar bir kamu düzeni ihlali olarak değil, TMK hükümlerinde yer alan doğrudan uygulanan kurallarımız nedeniyle hukuki bir sonuç doğurmayacaktır.

IV. Yabancı Ülkelerde Mahkeme Dışı Gerçekleşen Boşanmaların Türk Hukukunda Etki Doğurması

Yabancı ülkelerde gerçekleşen boşanmaların Türkiye’de etki doğurması meselesinde, milletlerarası anlaşmalar, MÖHUK ve doğrudan tescil ile bu kurumların dışında kalan haller karşımıza çıkmaktadır. Türkiye’nin tarafı olduğu milletlerarası anlaşmalar ve MÖHUK kapsamındaki tanıma talepleri ile doğrudan tescil, çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır. Türkiye’de gerçekleşecek mahkeme dışı boşanmalar ise bir önceki başlıkta ele alınmıştır.

Mahkeme dışı gerçekleşen boşanma kavramı idari işlemle ya da noter önünde gerçekleşen boşanmalar ile sadece taraf iradesine dayanan herhangi bir makamın tescil ya da onay gibi katılımına ihtiyaç duyulmayan boşanmaları ifade etmektedir. Hukukumuzda, ilke olarak mahkemelerin kurucu bir katılımı olmaksızın verilen kararlar, MÖHUK m. 50 nedeniyle Türkiye’de etki doğurmazlar. Ancak 690 sayılı KHK ile 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun (NHK) 27. maddesine eklenen “Yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen boşanma kararlarının nüfus kütüğüne tescili” başlıklı madde ile yabancı ülkelerde idari makamlarca verilen kararların, tanımaya gerek olmaksızın, Türkiye’de sonuç doğurmasına olanak sağlanmıştır. Ancak NHK m. 27/A uyarınca doğrudan tescil talebi, sadece taraflardan birinin Türk vatandaşı olduğu ve iki tarafın da tescil talebinde bulunduğu durumlarda kabul edilmektedir.

MÖHUK m. 50 hükmü ve NHK m. 27/A düzenlemesi birlikte ele alındığında, yabancı ülkelerde mahkeme dışı gerçekleşen boşanmaların NHK m. 27/A koşullarını sağlamaması durumunda yine de bu boşanmaların Türkiye’de sonuç doğurabilmesi ya da en azından bir hukuki gerçeklik olarak kabul edilebilmesi için tanıma kararına gerçekten ihtiyaç duyulup duyulmayacağı sorusu önem kazanmaktadır. Aşağıda mahkeme dışı boşanmaların, Türk hukukunda nasıl etki doğurması gerektiği, etki doğurabilmesi için tanımının bir zorunluluk olup olmadığı ve hatta tanınmasına gerek olmaksızın sonuç doğurup doğuramayacağı tartışılacaktır.

Karşılaştırmalı hukuk örneklerine baktığımızda, yabancı karar kavramının Türk hukukuna göre daha geniş ele alındığı ve mahkeme kararlarının yanı sıra idari işlemlerin de tanıma ve tenfiz rejimine tabi tutulduğu görülmektedir. Türk hukukunun aksine mahkeme kararları yanında, yabancı idari makam kararlarının da tanınması

ve tenfizine olanak tanıyan ülkelere İngiliz⁵⁷, Fransız⁵⁸ ve İsviçre⁵⁹ gibi ülkeler örnek gösterilebilir. Karşılaştırmalı hukukta, milli düzenlemeler dışında konu kapsamında üzerinde durulması faydalı olacak bir düzenleme ise, "Evliliğe ve Velayete İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2201/2003 sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü" dür (Yeni Brüksel II Tüzüğü)⁶⁰. Tüzüğün 46. maddesinde, üye bir devlette resmi şekilde gerçekleştirilmiş icra edilebilir nitelikteki işlemlerin diğer üye devletlerde etki doğurabilmesi, bu kararların tanınması ve tenfizi için Tüzük'te öngörülen koşulların sağlanmış olması şartına tabi tutulmuştur. Tüzük'ün uygulama alanı bulunduğu olaylarda, üye devletlerden birinde yetkili makam önünde gerçekleşen boşanmalar, adli olmayan bir makamın kararıyla hatta idari bir işlemle gerçekleşse dahi, Tüzük'teki tanıma koşulları çerçevesinde diğer üye devletlerde de etki doğuracaktır⁶¹.

İsviçre hukukunda, İsviçre dışında yabancı bir idari ya da dini makam kararıyla gerçekleşen boşanmaların İsviçre'de hüküm doğurması meselesi, yabancı boşanma kararlarının tanınması rejimi (LDIP m. 65) çerçevesinde ele alınmaktadır. "Yabancı karar" kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrindeki bir görüş⁶² uyarınca, tanıma ya da tenfize tabi yabancı bir karar denildiğinde, adli, idari ve dini makam kararları kastedilmekte ve bir karardan bahsedebilmek için ilgili makamın bir karar mercii olarak hareket etmiş olması gerekmektedir. Örneğin, Tayland hukukunda, mahkeme, tarafların ortak iradesine dayanan boşanmayı sadece onaylamakta ve karar mercii olarak hareket etmemektedir. Bu gibi boşanmaların yabancı bir karar olarak kabul edilmesi ve tanıma hükümlerine tabi tutulması mümkün değildir⁶³.

Doktrindeki bir diğer görüş⁶⁴ ise, yabancı karar kavramını daha geniş ele almakta ve idari bir işlem şeklinde gerçekleşen boşanmaları da yabancı boşanma kararı

57 Bkz North and Fawcett (n 43) 805 vd.

58 Bkz Audit and d'Avout (n 3) 451; Pierre Mayer and Vincent Heuze, *Droit International Privé* (9th edn, LGDJ 2007) 345; Vignal (n 3) 421.

59 Bkz Bucher (n 27) 529.

60 RÈGLEMENT (CE) No 2201/2003 DU CONSEIL du 27 novembre 2003 Relatif à la Compétence, la Reconnaissance et l'Exécution des Décisions En Matière Matrimoniale et En Matière de Responsabilité Parentale Abrogeant le Règlement (CE) no 1347/2000, Journal Officiel de L'Union Européenne L 338/ 1. Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R2201&from=FR>.

61 Bureau and Muir Watt (n 17) 177. Bürksel II Tüzüğü'nün uygulama alanı bulmadığı hallerde de, yabancı bir ülkede, Fransız hukukunda olduğu gibi tarafların ortak iradesiyle gerçekleşen ve idari bir makam tarafından tescil edilmiş ya da tasdik edilmiş bir boşanmanın, Fransız hukukunda tanıma rejimine tabi olarak etki doğuracağına ilişkin olarak bkz Marie-Laure Niboyet and Geraud de Geouffre de la Pradelle, *Droit International Privé* (6th edn, LGDJ 2017) N. 67.

62 Dutoit (n 27) 254-255.

63 ibid 254.

64 Bucher (n 27) 529.

saymaktadır⁶⁵. Bu görüş uyarınca, resmi bir işlem şeklinde gerçekleşen boşanmadan bahsedebilmek için boşanmanın gerçekleşmesine resmi bir makamın tescil ya da bir belge ibrazı suretiyle katılması ve aynı zamanda resmi makamın yaptığı işlemin boşanma bakımından kurucu olması gerekmektedir⁶⁶. Boşanmayı gerçekleştiren böyle bir resmi işlemin, anlaşmalı bir boşanma davasında tarafların ortak iradelerini onaylayan mahkeme kararından bir farkı bulunmamaktadır⁶⁷. Ancak böyle bir boşanmanın tanınabilmesi, gerçekleştiği ülkede tüm sonuçları doğurmasına bağlıdır⁶⁸.

İsviçre doktrinindeki tartışmalar, boşanmaların idari kararlar veya idari işlemle gerçekleşmiş olmasına göre bir ayırım ortaya çıkartmaktadır. Bu ayırım yabancı idari işlemlerin de tanıma ve tenfiz rejimine tabi olup olmayacakları hususunda önem taşımaktadır. Türk hukuku bakımından konu ele alındığında, idari işlem ve idari karar ayırımı pratikte bir fark yaratmamakta ve idari karar idari işlemin bir alt türü olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁹. Dolayısıyla, bir boşanmanın idari işlem ya da idari karar ile gerçekleşmesi yönündeki ayırım, Türk hukuku bakımından bir fark yaratmayacaktır.

Yukarıda incelemiş olduğumuz karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler yabancı idari kararların tanınmasına olanak tanıırken, diğer yandan da bunların sonuç doğurması için tanınmalarını bir kanuni zorunluluk haline de getirmektedir. Oysaki Türk hukukunda yabancı idari karar ve işlemlerin MÖHUK hükümleri çerçevesinde tanınmalarına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, bunların MÖHUK hükümleri çerçevesinde tanınmayacakları sonucuna ulaşılmakla birlikte, Türkiye’de etki doğurabilmeleri için -yabancı mahkeme kararlarının aksine- tanıma zorunluluğunun getirilmediği de söylenebilir.

Türk doktrininde bizim de katıldığımız bir görüş uyarınca, yabancı idari makamlar tarafından verilen kararların MÖHUK hükümleri çerçevesinde tanınmaları ya da tenfizleri mümkün olmamakla birlikte⁷⁰, bunların bir tespit davasına konu olması ve bu yolla kararın tanınması ya da tenfizi ile elde edilmek istenen sonuca ulaşılması

65 İsviçre Federal Mahkemesi’nin bahsetmiş olduğumuz bu son görüş doğrultusunda kararları mevcuttur. Federal Mahkeme, bir kararında, yabancı ülkede bu ülke hukukunun öngördüğü usulle gerçekleşen bir boşanmanın, bu ülke hukukunun bir gereği olarak söz konusu usulle gerçekleştiği, bu gerçeğin kabul edilmesi ve bu boşanmaya bir mahkeme kararı gibi sonuç bağlanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır (ATF 122 III 344. Karar için bkz. <https://www.swisslex.ch/de/>). Federal Mahkeme’nin bir diğer kararında ise, yabancı bir ülkede talak yoluyla gerçekleşen bir boşanmaya İsviçre’de etki tanınip tanınmayacağına tartışılırken, yabancı karar kavramının İsviçre hukukunda olduğundan daha esnek şekilde yorumlanması gerektiği vurgulanmıştır (ATF 126 III 327. Karar için bkz. <https://www.swisslex.ch/de/>).

66 Bucher (n 27) 529.

67 ibid 529.

68 Andreas Buchler, "Internationales Scheidungsrecht in der Praxis" in Ingeborg Schwenzer and Andrea Buchler (eds), *Vierte Schweizer FamilienrechtsTage* (Zürich 2008) 39.

69 Metin Günday, *İdare Hukuku* (10th edn, İmaj 2013) 123 vd; Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt I* (2nd edn Ekin 2009) 673 vd.

70 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 1995 tarihli bir kararında (Yargıtay 2 HD, 3612/ 4567, 13.04.1995), Kopenhag Belediyesi tarafından verilmiş bir boşanma kararının tanınması talebini reddeden ilk derece mahkemesinin kararı, "boşanma kararının bir mahkemenin verdiği hüküm niteliği taşıması" gerekçesiyle onanmıştır. Yargıtay bu kararda, kararı veren makamın bir yargı makamı olmadığından hareket ederek yargı makamı niteliği taşımayan bir makam tarafından verilen kararın mahkeme hükmü niteliğinde olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Karar için bkz. www.kazanci.com.tr

mümkündür⁷¹. Örneğin, noter nezdinde gerçekleşen bir boşanmanın MÖHUK hükümleri çerçevesinde tanınması söz konusu değildir; bununla birlikte, bu boşanmanın geçerliliği Türk mahkemeleri önünde bir ön mesele olarak ya da bağımsız bir tespit davasına konu olarak incelenerek boşanmanın geçerli olduğu sonucuna ulaşıldığında, Türk mahkemesince verilen bu karar, fer'i sonuçları hariç, yabancı boşanma kararının tanınması ile aynı etkiye sahip olacaktır.

Var olan hukuk bakımından, yukarıda yer verdiğimiz bu sonuca ulaşılmakla birlikte, kanaatimiz teorik olarak, yabancı ülkede mahkeme dışı gerçekleşen bir boşanmanın, yabancı ülkede Türk hukukundan farklı bir şekilde gerçekleşen evliliklerden (Türkiye'de doğuracağı etki bakımından) bir farkı bulunmadığı yönündedir. Nasıl ki yapıldığı ülke hukukunun şekil kurallarına uygun olarak gerçekleştirilen bir evliliğin Türk hukuku nezdinde geçerli kabul edilerek sonuç doğurabilmesi için bir tanıma kararına ihtiyaç yok ise, aynı durum yapıldığı ülke hukukunda öngörülen usule ve şekle uygun olarak mahkeme dışı gerçekleşen bir boşanma için de geçerlidir.

Türk hukukunda mahkeme kararı zorunluluğu öngörülen bir işlemin yabancı ülkede mahkeme dışında gerçekleşmesi durumunda, işlemin Türk hukukunda tanınma yoluyla mahkeme denetiminden geçirilmesi gerektiği düşünülebilir. Bunun örneği evlat edinme işlemlerinde görülmektedir. Yabancı bir evlat edinme işleminin Türk hukukunda etki doğurabilmesi için, evlat edinmenin çocuğun yararına olup olmadığının denetimi bakımından, adli ya da idari bir makam tarafından verilmiş bir evlat edinme kararının bulunması zorunludur (Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 30).

Türk hukukunda boşanma için mahkeme kararına ihtiyaç duyulmakla birlikte, mahkeme dışı gerçekleşen bir boşanmanın tanınmaması durumunda, evlat edinmeye benzer bir menfaat boşanmada bulunmamaktadır. Örneğin iki Fransız vatandaşının Fransa'da noter nezdinde boşanmaları durumunda, bu boşanmanın Türk mahkemelerinin denetiminden geçirilmesi için korunan bir taraf ya da kamu menfaatinin -çocuğun korunmasında olduğu gibi- bulunduğunu söylemek kanaatimizce güçtür. Bu anlamda TMK'nın boşanmanın mahkeme kararıyla gerçekleşeceğini düzenleyen hükmünün de sınır aşan bir uygulamaya sahip olması amacıyla getirilmediği açık olup, Türk mahkemesinin Fransız aile birliğini korumak gibi evrensel bir amacı bulunmamaktadır.

Yukarıda varılan sonuçları uygulama bakımından düşündüğümüzde ise, Türkiye'de doğrudan doğruya mahkeme dışı bir boşanmaya istinaden idari bir işlem yapılması söz konusu olamayacağı için, olması gereken hukuk bakımından, bu tür boşanmaların tanınabilmelerine olanak sağlayan bir düzenlemeye MÖHUK'ta yer verilmesi kanaatimizce yerinde olacaktır. Bu çerçevede, MÖHUK m. 58 hükmüne şu yönde bir düzenleme eklenmesi düşünülebilir: *“Yabancı ülkelerde mahkeme dışı gerçekleşen boşanmaların tanınması da bu madde hükümlerine tabidir.”*

71 Nomer (n 1) 544; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 1) 539, dn 360.

Sonuç

Türk hukukunda boşanma mahkeme kararı ile gerçekleşmektedir. Boşanmanın hukuki işlem yoluyla gerçekleşmesinin mümkün olmaması, boşanma için mahkeme kararına ihtiyaç duyulup duyulmadığı meselesinin bir şekil meselesinden ziyade usuli bir mesele olduğunu düşündürmekle birlikte, karşılaştırmalı hukuk örneklerinde, giderek yaygınlaşan bir uygulama olarak, boşanmanın mahkeme dışında hukuki işlemle gerçekleştiği görülmektedir. Bu durum, boşanmanın mahkeme önünde mi yoksa mahkeme dışında mı gerçekleşeceği meselesinin nasıl vasıflandırılacağı sorusunu gündeme getirmektedir.

Kanaatimizce, söz konusu mesele, evliliğin şekli ile benzerlik göstermektedir. Zira evlilik, aile birliğini kuran bir işlemken, boşanma bu birliği sona erdiren işlemdir. Bu çerçevede, boşanma iradesinin dış dünyaya nasıl yansıyacağı yani mahkeme önünde mi yoksa idari makam ya da noter huzurunda mı açıklanacağı meselesi, boşanmanın şekline ilişkin kabul edilmelidir. Buna bağlı olarak, boşanmanın nasıl gerçekleşeceği konusunda, boşanmaya uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 14 hükmünde boşanmanın şekline uygulanacak hukuka ilişkin özel bir düzenleme yer almadığından, MÖHUK m. 7 hükmü uygulanacak ve lex causae ile lex fori birbirlerine alternatifli şekilde yetkili olacaktır. Bununla birlikte, evliliğin şekli konusunda LRA kuralının tek başına uygulanmasının (MÖHUK m. 13/2) temelinde yatan "topal evliliklerin engellenmesi düşüncesi", kanaatimizce boşanmanın şekli konusunda da dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, topal boşanmaların engellenmesi amacıyla var olan hukuk bakımından bu sonuca ulaşmak mümkün olmamakla birlikte, olması gereken hukuk bakımından, boşanmanın şekli konusunda LRA kuralının tek başına uygulanması ve bunu temin amacıyla MÖHUK m. 14 hükmüne şu yönde bir düzenlemenin eklenmesi kanaatimizce yerinde olacaktır: "*Boşanmanın şekline, gerçekleştiği ülke hukukunun maddi hukuk hükümleri uygulanır.*"

Boşanmanın mahkeme kararı dışında gerçekleştiği durumlarda, konunun bir şekil meselesi olarak vasıflandırılması, iki önemli sorunu gündeme getirmektedir: Türkiye’de mahkeme dışı boşanmanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ve yabancı ülkelerde mahkeme dışı gerçekleşen boşanmaların Türkiye’de etki doğurması için tanınmasının gerekip gerekmediği meseleleri.

Ortaya koyduğumuz ilk sorun bakımından, Türk hukukunda boşanmanın mahkeme önünde gerçekleşmesi zorunluluğuna ilişkin TMK hükümlerinin getiriliş amacı çerçevesinde bir yorum yapılması gerekmektedir. Türk hukukunda, boşanma davalarında, mahkeme sadece şekli bir inceleme yapmayıp, ailenin korunması prensibi çerçevesinde, bazı özel boşanma sebeplerinin varlığı haricinde, boşanmaya karar verebilmek için evliliğin diğer eş için çekilmez hale gelip gelmediğini ya da aile birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığını araştırmaktadır (TMK m. 163, 165, 166/1).

O halde, kanaatimizce, boşanma için mahkeme kararı zorunluluğu öngören hükümlerin devletin sosyal bir politikası olarak ailenin korunması yanında medeni evlilik ve medeni boşanmadan oluşan bir sistemin korunması amacına hizmet ettiğinin ve bu çerçevede MÖHUK m. 6 kapsamında birer doğrudan uygulanan kural teşkil ettiklerinin kabulü gerekir. Buna bağlı olarak, Türkiye’de gerçekleşecek boşanmaların, tarafların vatandaşlığı dikkate alınmaksızın ve boşanmanın esasına uygulanacak hukuk buna imkân tanısa dahi, mahkeme dışında gerçekleşmesini mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmalıdır.

Ortaya koyduğumuz ikinci sorun bakımından, Türk hukukunda yabancı idari karar ve işlemlerin MÖHUK hükümleri çerçevesinde tanınmalarına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, yabancı ülkelerde mahkeme dışı gerçekleşen boşanmaların MÖHUK hükümleri çerçevesinde tanınamayacakları sonucuna ulaşmakla birlikte, bu boşanmaların Türkiye’de etki doğurabilmeleri için tanınmalarına gerek olmadığı kanaatindeyiz.

Kanaatimizce, yabancı ülkede o ülke hukukuna uygun olarak mahkeme dışı gerçekleşen bir boşanmanın, yabancı ülkede yapıldığı ülkenin şekil kurallarına uygun olarak gerçekleşen bir evlilikten Türkiye’de doğuracağı etki bakımından bir farkı bulunmamaktadır. Böyle bir evliliğin Türk hukuku nezdinde geçerli kabul edilebilmesi için nasıl ki bir tanıma kararına ihtiyaç yok ise, aynı durum, yapıldığı ülke hukukuna uygun olarak mahkeme dışında gerçekleşen bir boşanma için de söz konusudur. Bununla birlikte, uygulamada, yabancı ülkede mahkeme dışı gerçekleşen bir boşanmaya istinaden Türkiye’de bir idari işlem yapılması söz konusu olamayacağından, kanaatimizce, yabancı mahkeme dışı boşanmaların tanınmasına imkan sağlayan bir düzenlemeye MÖHUK’ta yer verilmesi; bu doğrultuda, MÖHUK m. 58 hükmüne şu yönde bir düzenleme eklenmesi yerinde olacaktır: “*Yabancı ülkelerde mahkeme dışı gerçekleşen boşanmaların tanınması da bu madde hükümlerine tabidir.*”

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

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

Audit B and d’Avout L, *Droit International Privé* (7th edn, Economica 2013).

Ayhan İzmirli L, “Nüfus Hizmetleri Kanunu Madde 27/A Çerçevesinde Yabancı Ülkelerde Verilen Boşanma Kararlarının İdarî Yoldan Tanınması”, (2018) 22 (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 67-126.

- Berki O F and Ergüney H, *Yabancılar Hukuku ve Kanunlar İhtilafları İle İlgili Kararların Tahlil ve İzahları* (Ankara 1963).
- Briggs A, *The Conflict of Laws* (4th edn, Oxford 2013).
- Bucher A, *Loi Sur le Droit International Privé – Commentaire Romand, Editeur Andreas Bucher* (Helbing 2011).
- Buchler A, "Internationales Scheidungsrecht in der Praxis" in Ingeborg Schwenzer and Andrea Buchler (eds), *Vierte Schweizer FamilienrechtsTage* (Zürich 2008).
- Bureau D and Muir Watt H, *Droit International Privé/ 2, Partie Spéciale* (4th edn, PUF 2017).
- North P and Fawcett J.J., *Cheshire and North's Private International Law* (13th edn, 2005).
- Çelikel A and Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020).
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (5th edn, Savaş 2019).
- Doğangün T, *Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk* (Yetkin 1996).
- Dural M, Ögüz T and Gümüş M A, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (14th edn, Filiz 2019).
- Dutoit B, *Droit International Privé Suisse – Commentaire de la Loi Fédérale du 18 Décembre 1987* (5th edn, Helbing 2016).
- Ekşi N, *Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması* (Beta 2012).
- Erdem M, *Aile Hukuku* (2nd edn, Seçkin 2019).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23th edn, Yetkin 2018).
- Gözler K, *İdare Hukuku Cilt I* (2nd edn Ekin 2009).
- Günday M, *İdare Hukuku* (10th edn, İmaj 2013).
- Huysal B, "Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili", (2017) 37 (2) MHB 473-507.
- Kristiansen J E, "Norway" in R. CHESTER (ed), *Divorce in Europe* Vol. 3 (Dverten 2012).
- Kocayusufoğlu N, Hatemi H, Serozan R and ARPACI A, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme Birinci Cilt* (6th edn, Filiz 2014).
- Loussouarn Y, Bourel P and Vareilles-Sommieres P, *Droit International Privé* (10th edn, Dalloz 2013).
- Mayer P and Heuze V, *Droit International Privé* (9th edn, LGDJ 2007).
- Mayer P and Heuze V, *Droit International Privé* (11th edn, LGDJ 2014).
- Matthew M, "Divorce And The Welfare Of The Child In Japan", *Pacific Rim Law &PolicyJournal* Vol. 20 No. 3.
- Niboyet M-L and de Geouffre de la Pradelle G, *Droit International Privé* (6th edn, LGDJ 2017).
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017).
- Oğuzman K and Öz M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I* (18th edn Vedat 2020).
- Parkinson P, *Family Law and the Indissolubility of Parenthood* (Cambridge University Press 2011).
- Rauscher, *Internationales Privatrecht* 4 (2012).
- Sakmar A, *Devletler Hususi Hukukunda Boşanma* (Fakülteler Matbaası 1976).
- Süzen B, *Milletlerarası Özel Hukukta Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk* (On İki Levha 2020).

- Şanlı C, Esen E and Ataman-Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Beta 2019).
- Tekinalp G and Uyanık A, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (12th edn, Vedat 2016).
- Uyanık Çavuşoğlu A, *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma* (Beta 2006).
- Ürem Çetinel M and Güneş B S, "Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu ve Türk Hukukunun Bu Kuruma Yaklaşımı", (2020) (1) YBHD 309-340.
- Vignal T, *Droit International Privé* (2nd edn, Dalloz 2011).

Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıkların Yargısal Yolla Çözümünde Tahkime Rakip Olarak Milletlerarası Ticaret Mahkemeleri: Hollanda Ticaret Mahkemesi Üzerinden Bir Analiz

International Commercial Courts Versus Arbitration in International Commercial Disputes: An Analysis Based on the Netherlands Commercial Court

Barış Mesci* , Emre Esen** 

Öz

Bu çalışmanın amacı, bilhassa son beş yıllık süre içerisinde yaygınlaşan “milletlerarası ticaret mahkemesi” müessesesinin, Hollanda Ticaret Mahkemesi örneği üzerinden ele alınması ve ticarî tahkim müessesesiyle kıyaslanarak avantaj ve dezavantajlarının ana hatlarıyla değerlendirilmesidir. Çalışmamızın birinci kısmında, milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümü bakımından sahip olduğumuz seçenekler belirtilmiştir. Bu seçeneklerden tahkim, bütün avantaj ve dezavantajlarıyla birlikte değerlendirildiğinde, milletlerarası ticarî işlem ve ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların yargı yoluyla çözümü bakımından en ideal ve en yaygın çözüm yolu olarak kabul görmektedir. Bu itibarla, çalışmamızın ikinci kısmında tahkimi öne çıkaran sebepler irdelenmiştir. Dünyanın farklı ülkelerinde kurulmuş milletlerarası ticaret mahkemeleri birçok ortak özellik taşımakta olup, çalışmamıza model olarak aldığımız Hollanda Ticaret Mahkemesi'nin hukukî rejimi diğer milletlerarası ticaret mahkemeleri bakımından da genel bir fikir vermektedir. Bu itibarla çalışmamızın üçüncü kısmında milletlerarası ticaret mahkemeleri hakkında genel bir bilgi verilerek, Hollanda Ticaret Mahkemesi'nin hukukî rejimi, yapısı ve işleyişi ele alınmıştır. Milletlerarası ticaret mahkemeleri, Hollanda Ticaret Mahkemesi modeli üzerinden tahkimle kıyaslandığında bu mahkemelerin tahkime nazaran bazı açılardan daha avantajlı, bazı açılardan daha dezavantajlı olduğu, bazı açılardan ise tahkimden pek de farklı olmadığı görülmektedir. Milletlerarası ticaret mahkemeleri, bütün avantaj ve dezavantajlarıyla birlikte değerlendirildiğinde, milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin sahip olduğu egemenliği bir ölçüde sarsabilecektir. Ne var ki, uygulamada tahkimin tercih edilmesindeki en önemli sebep olarak gösterilen hakem kararlarının yüksek icra kabiliyeti, milletlerarası ticaret mahkemeleri tarafından verilen kararlarda -en azından şimdilik- bulunmamaktadır.

Anahtar Kelimeler

Milletlerarası ticarî uyuşmazlık, ticarî tahkim, milletlerarası ticaret mahkemesi, Hollanda Ticaret Mahkemesi, devlet mahkemeleri, NCC Kuralları

Abstract

International commercial courts have become increasingly popular around the world, especially in the last five years. This article discusses the advantages and disadvantages of these courts by comparing them to commercial arbitration. The first part of the article provides information on the resolution options for international commercial disputes. The second part investigates the characteristics that make arbitration the most preferred method in judicial settlements of international commercial disputes. A high degree of commonality exists among international commercial courts established in different states. Therefore, the legal regime of the Netherlands Commercial Court is used as a model in this article to give a general understanding of other international commercial courts. The third part of the article provides general information on

* Sorumlu Yazar: Barış Mesci (Dr.), İstanbul Kültür Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: b.mesci@iku.edu.tr ORCID: 0000-0002-9133-2953

** Emre Esen (Prof. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: emreesen@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-2411-4144

Atf: Mesci B, Esen E, “Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıkların Yargısal Yolla Çözümünde Tahkime Rakip Olarak Milletlerarası Ticaret Mahkemeleri: Hollanda Ticaret Mahkemesi Üzerinden Bir Analiz” (2020) 40(2) PPIL 1223. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.835549>

international commercial courts and examines the legal regime of the Netherlands Commercial Court. Based on the model of the Netherlands Commercial Court, international commercial courts have advantages and disadvantages when compared to arbitration. In some respects, however, these two dispute resolution mechanisms do not differ substantially. Given the advantages and disadvantages, international commercial courts may weaken to a certain extent the dominant status of arbitration in the resolution of international commercial disputes. However, easy and widespread enforceability of awards is considered the most important reason arbitration is preferred in practice. Judgments of international commercial courts currently lack this feature, at least for the time being.

Keywords

International commercial dispute, commercial arbitration, international commercial court, the Netherlands Commercial Court, state courts, NCC Rules

Extended Summary

State courts and arbitration are the two options for the judicial settlement of disputes arising from international commercial transactions. In practice, arbitration is preferred over the state courts. One of the features that make arbitration more popular is that it serves as a “private” kind of dispute resolution mechanism based on the autonomy of the parties. In accordance with this autonomy, parties to an arbitration agreement have the ability to influence the adjudication process by agreeing on several procedural and substantive issues.

State courts are structured to serve domestic disputes rather than international. They strictly follow the national procedural rules and generally lack the necessary expertise to solve international commercial disputes, therefore causing delays and increased costs. Nevertheless, particularly in the last five years, some states have established state courts that are structured and functioning to resolve international commercial disputes. These “international commercial courts” are becoming strong competitors to arbitration.

International commercial courts are domestic courts specifically established and dedicated to resolve commercial disputes including foreign element. Examples of international commercial courts are found in Dubai, Qatar, France, Singapore, Abu Dhabi, Germany, China, the Netherlands, and Kazakhstan.

The primary reasons for the establishment of state courts specialized in international commercial disputes are: A) to attract foreign investment by creating a sound and reliable dispute resolution climate; and B) to generate income from providing adjudication services for international commercial disputes.

International commercial courts seem to be the result of an endeavor to create a dispute resolution mechanism by combining the advantages of both the arbitration and the state courts. For this reason, there is a high degree of commonality among international commercial courts established in different states. Therefore, the legal

regime of the Netherlands Commercial Court, used as a model within this analysis, provides a general idea about the operations in other international commercial courts.

Legislation establishing the Netherlands Commercial Court entered into force on 1 January 2019. It enabled courts to give judgments in English and regulated court fees for the Netherlands Commercial Court. There are two chambers of the Netherlands Commercial Court, the NCC District Court and the NCC Court of Appeal. Both chambers function as specialized courts for the settlement of international commercial disputes.

Although the proceedings in the Netherlands Commercial Court are conducted in accordance with the Dutch Code of Civil Procedure, a set of specifically designed procedural rules (i.e., NCC Rules) are also applied.

For a case to be heard in the Netherlands Commercial Court, the parties should have expressly agreed in writing for proceedings to be before the NCC District Court in English and the dispute must contain a foreign element. There are many factors that satisfy the internationality criteria, including but not limited to residence of the parties, location of establishment, place of transaction, applicable law, language of the contract, place of business, area where the consolidated turnover is realized, and marketplace of the securities.

Based on the model of the Netherlands Commercial Court, international commercial courts have advantages and disadvantages when compared to arbitration. On the one hand, enforceability of awards, flexibility, right to choose the arbitrators and language of the proceedings, representation by foreign counsel and confidentiality are characteristics that may make arbitration more advantageous than international commercial courts. On the other hand, the high cost of arbitration proceedings, issues of arbitrability, sanctioning power on the counsels, obligatory witness testimony, the use of state power to enforce interim measures, power in relation to third parties, inclusion of third parties to the proceedings, consolidation of cases, duration of proceedings, and developing jurisprudence may be features that make international commercial courts more advantageous to arbitration. However, with respect to features such as dedicated judge, flexibility in the amendment of claim and defense, and waiver of appeal, international commercial courts and arbitration are quite similar. International commercial courts provide a more advantageous system than other state courts with respect to resolution of international commercial disputes.

In consideration of all the advantages and disadvantages, international commercial courts may weaken to a certain extent the dominant status of arbitration in the resolution of international commercial disputes. As they are relatively new institutions,

we will have to wait to see whether these courts will be successful. However, it is certain that, the issue of enforceability is the biggest challenge ahead for international commercial courts in their pursuit to become strong competitors to arbitration. Easy and widespread enforceability of awards is considered the most important reason why arbitration is preferred in practice, and, at least for now, judgments of international commercial courts lack this feature.

Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıkların Yargısal Yolla Çözümünde Tahkime Rakip Olarak Milletlerarası Ticaret Mahkemeleri: Hollanda Ticaret Mahkemesi Üzerinden Bir Analiz

I. Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıkların Çözümü Bakımından Sahip Olduğumuz Seçenekler

Sadece tacirler arasındaki ticarî ilişkileri değil, devletler arasındaki sosyal, siyasal, bilimsel, ekonomik ve kültürel ilişkileri de önemli ölçüde etkileyen ve biçimlendiren faaliyetler topluluğu olarak değerlendirilen ve devletler bakımından vazgeçilmez bir kalkınma vasıtası olarak görülen milletlerarası ticaret; savaş, ayaklanma, grev, millileştirme, el koyma, ambargo, doğal afet vb. beklenmeyen birçok fiziksel, sosyal veya siyasal faktörün etkisine açık olduğu gibi, tarafların daha az riskle daha çok kazanma hırsı gibi kişisel duygu ve düşüncelerin etkisine de açıktır ve bu nedenlerden ötürü uyuşmazlık yaşanması konusunda yerel ticarî ilişkilere nazaran çok daha ciddi bir risk potansiyeline sahiptir. Ancak uyuşmazlıkların altında yatan sebep her ne olursa olsun, milletlerarası ticarî ilişkilerde hedeflenen amaca ulaşılabilmesi, bu uyuşmazlıkların en süratli, en ucuz ve en etkin yöntemle giderilmesine önemli ölçüde bağlıdır.¹

Hukuk sistemlerinde genellikle bir uyuşmazlık doğduktan sonra uyuşmazlığın en süratli ve en masrafsız biçimde nasıl çözümlenebileceği önemsenir; bu yönde çalışmalar yapılır, arabuluculuk tipi yöntemler devletler tarafından teşvik edilir. Hâlbuki bu konudaki en fonksiyonel yöntem -sağlık alanındaki önleyici veya koruyucu hekimlik olarak adlandırılan sistemin benzeri olarak- kişiler arasında cereyan eden işlem ve ilişkilerde uyuşmazlık doğmasını engellemektir. Çok geniş bir yelpazeye yayılan hukuk alanında bu yöntemin nasıl hayata geçirilebileceği çok kapsamlı ve derin bir mesele olup, bu çalışmanın amacını ve kapsamını aşmaktadır. Ancak bu çalışmanın amacı ve kapsamı ile sınırlı olarak meseleye kısaca temas edilecek olursa; milletlerarası ticarî faaliyetlerin temelinde daima bir akdî ilişkinin yer aldığı ve bu ilişkiyi tanzim eden akdin de uzman ve profesyonel kişilerin ve bilhassa hukukçuların katılımıyla hazırlandığı varsayıldığında, bu tür sözleşmelerin uyuşmazlıklara yol açmayacak surette hazırlanması için azamî gayretin sarf edilmesi hâlinde, potansiyel uyuşmazlıkların önüne büyük ölçüde set çekilmiş olacağı söylenebilir².

Ancak uygulamada karşılaştığımız uyuşmazlıklar, bu konuda arzu edilen noktadan uzak olduğumuzu ortaya koymaktadır. Bazen tarafların karşılıklı olarak gereken gayreti ve dikkati sarf etmemeleri bazen ise ticarî ve ekonomik yönden daha kuvvetli olan tarafın baskın çıkması sebebiyle, akdin hükümlerinin tanzimi, uyuşmazlıkları önlemekten ziyade uyuşmazlıkların önünü açabilmektedir. Bu ihtimalde, ortaya

1 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019) 1.

2 ibid 11.

çıkan uyuşmazlıkların en ideal yoldan çözümünün hangisi olduğu sorusu gündeme gelmektedir.

Bu sorunun ilk basamaktaki cevabı basittir. Hiç şüphesizdir ki, doğmuş bir uyuşmazlığın en ideal çözüm yolu, uyuşmazlığın taraflarının bir araya gelerek sulh olmasıdır. Bir anlamıyla “uzlaşma”, diğer anlamıyla “barış” anlamına gelen sulh, uygulamada bizzat tarafların -herhangi bir kişinin aracılığına ihtiyaç duymaksızın- bir araya gelerek anlaşmak suretiyle uyuşmazlığı ortadan kaldırması veya arabuluculuk yahut uzlaştırma³ ya da teknik bilirkişilik⁴ veya ön hakemlik⁵ veyahut diplomatik usul⁶ gibi farklı yöntemler dâhilinde bir (veya birden çok) kişinin aracılık etmesi suretiyle uyuşmazlığı dostane yoldan sulhen tasfiye etmesi şeklinde gerçekleşebilir. Tarafların uyuşmazlıklarını sulh yoluyla çözüme kavuşturması, diğer olasılıklara nazaran, her hâlükârda daha süratli ve daha masrafsız bir biçimde gerçekleşir. Ayrıca taraflar aralarındaki uyuşmazlık sebebiyle zedelenen ticarî ilişkilerini de kendileri uzlaşarak onardıkları için, bu ticarî ilişkinin devam ettirilmesi ihtimali de daha yüksektir.

Ne var ki uyuşmazlığın taraflarının sulh yoluyla çözüm sağlayamaması durumunda, uyuşmazlık çözümü için tek çare yargı yoluna başvurmaktır.

Milletlerarası ticarî işlem ve ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların yargı yoluyla çözümü bakımından iki seçenek mevcuttur: *devlet mahkemeleri veya tahkim*.

Tahkim yoluna gidilebilmesi için taraflar arasında bir tahkim anlaşması bulunması gerekmektedir ve eğer böyle bir anlaşma bulunmuyorsa, taraflar açısından mesele, hangi devlet mahkemesine gidileceği sorusuna indirgenir. Bu sorunun cevabı da taraflar arasında bir yetki anlaşması bulunup bulunmamasına göre ve eğer bu tür bir anlaşma bulunmuyorsa aralarındaki ilişkinin unsurlarına göre değişiklik gösterecektir.

Taraflar arasında bir tahkim anlaşması mevcut ise, uyuşmazlık doğduğunda bu anlaşmaya uygun olarak tahkim yoluna gitmeleri gerekmektedir.

Tahkim, bütün avantaj ve dezavantajlarıyla birlikte değerlendirildiğinde, milletlerarası ticarî işlem ve ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların yargı yoluyla

3 Detaylı bilgi için bkz. Michelle Sanson, *Essential International Trade Law* (Cavendish 2002) 132-133; Linda C Reif, ‘The Use of Conciliation or Mediation for the Resolution of International Commercial Disputes’ (2007) 45 Can Bus LJ 20; Indira Carr and Peter Stone, *International Trade Law* (5th edn, Routledge 2014) 610ff; Şanlı (n 1) 532ff.

4 Detaylı bilgi için bkz. Clive Freedman and James Farrell, *Kendall on Expert Determination* (5th edn, Sweet & Maxwell 2015); Şanlı (n 1) 543ff; Adham Kotb, ‘Alternative Dispute Resolution: Arbitration Remains a Better Final and Binding Alternative than Expert Determination’ (2017) 8 QMLJ 125.

5 Detaylı bilgi için bkz. Christian Hausmaninger, ‘The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure: A Step Towards Solving the Problem of Provisional Relief in International Commercial Arbitration?’ (1992) 7(1) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 82; Emmanuel Gaillard and Philippe Pinsolle, ‘The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences’ (2004) 20(1) Arbitration International 13; Şanlı (n 1) 553ff.

6 Detaylı bilgi için bkz. Şanlı (n 1) 568ff; Habip Ünyılmaz, *Uluslararası Hukukta Uyuşmazlıkların Diplomatik Yollarla Çözümü* (Seçkin 2017).

çözümü bakımından en ideal ve en yaygın çözüm yolu olarak kabul görmektedir⁷. Elbette buradaki mukayese, diğer yargı yolu alternatifi olan devlet mahkemelerine nazaran yapılmaktadır. Zira uyuşmazlık doğmaması için başlangıçta azamî gayretin sarf edilmesi veya uyuşmazlık doğduktan sonra sulh yoluyla çözülmesi, tahkim yoluna nazaran çok daha ideal çözüm yöntemleri olma özelliklerini korumaktadır.

Önemle belirtelim ki, tahkim kusursuz bir uyuşmazlık çözüm mekanizması değildir ancak yargısal yolla çözüm bakımından tek rakibi olan devlet mahkemelerinin durumu, tüm kusurlarına rağmen tahkim yöntemini milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümünde öne çıkarmaya devam etmektedir. Zira devlet mahkemeleri esasen yerel uyuşmazlıklara göre yapılandırılmıştır ve bu bakımdan milletlerarası ticarî işlem ve ilişkilerin ihtiyaçlarına uygun bir işleyişten yoksundur. Devlet mahkemelerinin ayrıca milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümü için uzmanlığa sahip olmamaları ve ait oldukları devletin yargılama usulü kurallarına sıkı sıkıya bağlı olmaları nedeniyle davaların uzaması ve yargılama maliyetinin artması gibi sorunlar yaşanmaktadır. Milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümünde devlet mahkemelerinin tercih edilmemesine yol açan bu sebepler, tahkimi popüler hâle getiren sebepler olarak da karşımıza çıkmaktadır⁸.

Ne var ki son yıllarda bu konuda çok ilginç bulduğumuz bazı gelişmeler yaşanmakta ve bazı devletler, milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümüne münhasır olarak yapılandırılan ve işleyen devlet mahkemeleri (“*milletlerarası ticaret mahkemeleri*”) kurmak suretiyle, âdeta tahkimin tahtına göz dikmektedir.

Öncelikle belirtmelidir ki; “milletlerarası ticaret mahkemesi” ibaresinde yer alan *milletlerarası* tabiri, gerçek anlamıyla devletler arasında kurulmuş (“Uluslararası Adalet Divanı” gibi) devletler üstü bir yargı merciini ifade etmemektedir. Burada *milletlerarası* tabiri “yabancılık unsuru”nu işaret etmekte ve yabancılık unsuru taşıyan ticarî işlem ve ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla kurulmuş ihtisas mahkemelerini kast etmektedir⁹. Milletlerarası ticaret mahkemeleri, yabancılık unsuru içeren ticarî uyuşmazlıkların çözümü için millî hukuk sistemlerince sunulan -tahkim, arabuluculuk vb. çözüm yollarının yanı sıra- bir alternatif olarak karşımıza

7 Şanlı (n 1) 319. 2018 yılında Londra Queen Mary Üniversitesi bünyesindeki Milletlerarası Tahkim Okulu ile White&Case LLP iş birliğiyle yürütülen “2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration” ismini taşıyan geniş çaplı (922 adet anket yanıtı, 142 adet mülakat) anket çalışmasına (kısaca “Arbitration Survey” olarak anılacaktır) katılanların yüzde 97’si, yabancı unsurlu (*cross-border*) uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin en çok tercih ettikleri yöntem olduğunu belirtmiştir [School of International Arbitration at Queen Mary University of London and White&Case LLP, <[http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF)> Erişim Tarihi 2 December 2020, 5].

8 Şanlı (n 1) 82, 320.

9 Bu yönde bkz. Stephan Wilske, ‘International Commercial Courts and Arbitration - Alternatives, Substitutes or Trojan Horse’ (2018) 11 Contemp Asia Arb J 153, 157; Dorothee Ruckteschler and Tanja Stooss, ‘International Commercial Courts: A Superior Alternative to Arbitration?’ (2019) 36(4) Journal of International Arbitration 432, 432; Pamela K Bookman, ‘The Adjudication Business’ (2020) 45 Yale J Int’l L 227, 228-229.

çıkmaktadır¹⁰. Bu mahkemeler, buldukları devletin yargı örgütünde yer alan diğer mahkemeler gibi “millî” nitelik taşımaktadır. Milletlerarası ticaret mahkemeleri; Türkiye’de aile hukuku uyuşmazlıkları için kurulmuş aile mahkemesi veya marka, patent, endüstriyel tasarım gibi fikrî haklara ilişkin özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümü amacıyla kurulmuş fikrî ve sınaî haklar hukuk mahkemesi benzeri devlet mahkemeleridir.

Bu çalışmanın amacı, bilhassa son beş yıl içerisinde yaygınlaşan “milletlerarası ticaret mahkemesi” müessesesinin, Hollanda Ticaret Mahkemesi örneği üzerinden ele alınması ve ticarî tahkim müessesesiyle kıyaslanarak avantaj ve dezavantajlarının ana hatlarıyla değerlendirilmesidir.

II. Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıkların Yargısal Yolla Çözümünde Tahkimi Öne Çıkaran Sebepler

Tahkimin tercih edilmesinde öne çıkan sebepler, esas itibarıyla, tahkimin tarafların serbest iradesine dayanan “özel” bir yargılama usulü olmasının ortaya çıkardığı sonuçlardır¹¹. Tahkim usulünün sağladığı irade serbestisi doğrultusunda tahkim sözleşmesinin tarafları; tahkim yeri, yargılamayı yapacak kişiler [hakem(ler)], yargılama usulü (tahkim prosedürü) kuralları ve uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddî hukuk kuralları gibi hususları bizzat kararlaştırmak suretiyle yargılama faaliyetine yön verebilmektedirler¹².

Yabancılık unsuru içeren bir özel hukuk uyuşmazlığının çözümü için bir devlet mahkemesine başvurulması hâlinde; bu mahkemenin ait olduğu devletin hukuk sisteminin (*lex fori*) kanunlar ihtilâfı hukuku, usul hukuku ve antlaşmalar hukuku sisteminin etkisi altına girilir. Bu doğrultuda, mahkemenin milletlerarası yetkisi de dâhil olmak üzere usul hukuku meseleleri *lex fori*ye tâbi olur. Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk da yine *lex fori*nin kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca tayin edilir. Ayrıca *lex fori*nin maddî milletlerarası özel hukuk kuralları, doğrudan uygulanan kuralları veya kamu düzeni anlayışı da uyuşmazlığın çözümüne etki edebilir.

Tahkimde ise gerek taraflar gerekse hakemler; uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddî hukuk kurallarını¹³ ve tahkim yargılamasının tâbi olacağı usul kurallarını

10 Xandra Kramer and John Sorabji, ‘International Business Courts in Europe and beyond: A Global Competition for Justice’ (2019) 12 Erasmus L Rev 1, 8; Bookman (n 9) 229.

11 Emmanuel Gaillard and John Savage (eds), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (Wolters Kluwer 1999) 1; Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Wolters Kluwer 2003) 4-5.

12 Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (4th edn, Vedat 2016) 8; Şanlı (n 1) 322ff; Dalma R Demeter and Kayleigh M Smith, ‘The Implications of International Commercial Courts on Arbitration’ (2016) 33 J Int’l Arb 441, 445; Wilske (n 9) 158.

13 Meselâ 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (Kanun Numarası: 4686, Kabul Tarihi: 21.6.2001, RG 5.7.2001/24453) (“MTK”) m.12/C uyarınca hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir. Tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmamış olmaları hâlinde, hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddî hukuk kurallarına göre karar verir.

(tebligat, süreler, davaya müdahale, ispat, gizlilik, kullanılan dil, dilekçelerin verilmesi, yargılamanın süresi, bilirkişi atanması, sulh, kanun yolları, yargılama giderleri vb.) belirlemede büyük ölçüde serbestir¹⁴.

Tahkimde tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddî hukuk kurallarını seçebilmeleri, aralarındaki maddî hukuk sözleşmesinin uyuşmazlığın çözümünde daha etkin bir rol oynamasını sağlamaktadır. Ayrıca hakemler, hâkimlere kıyasen, millî hukukların emredici ve kamu düzenine ilişkin kuralları dışına daha kolay çıkabilmekte, ticarî örf-âdet ve teamülleri ve taraf anlaşmalarını daha etkin biçimde uygulayarak karar verebilmektedirler¹⁵. Tarafların, yargılamanın tâbi olacağı usul kurallarını seçebilmeleri, devlet mahkemelerinin bürokratik işleyişinin ortaya çıkardığı formalitelerden uzaklaşarak uyuşmazlığın daha kısa sürede sonuçlandırılmasına yardımcı olmaktadır¹⁶.

Tahkimde tarafların hakemleri seçebilmeleri, yargılamanın uyuşmazlık konusuyla ilgili uzman kişiler tarafından yürütülmesini sağlayarak hem uyuşmazlığın daha kısa sürede sonuçlandırılmasına hem de hakkaniyete uygun hükümler verilmesine hizmet etmektedir¹⁷. Objektif bir karar vereceğine güven duyulan kişilerin hakem olarak seçilmesi, yargılama faaliyetinin tarafsız yürütüleceği konusundaki tereddütleri giderecektir¹⁸. Hakemlerin konusunda uzman kişiler olmaları, bilirkişiye başvurma ihtiyacını ortadan kaldırmak suretiyle de zamandan tasarruf sağlamaktadır¹⁹.

Böylelikle devlet mahkemelerinin kendi vatandaşından yana bir tavır takınmasından ve hâkimlerin bağlı oldukları devletin politikalarına bağlı olarak karar vermesinden, diğer bir ifadeyle devlet mahkemelerinin tarafsız ve/veya bağımsız hareket edemeyebileceğinden endişe duyan ve devletlerin hukuk sistemlerinden ve devlet mahkemelerinden sakınmak isteyen taraflar açısından tahkim daha makbul bir yöntem olarak görülmektedir²⁰.

Ayrıca devlet mahkemelerinin, yerel uyuşmazlıkların çözümü esasına göre düzenlendiği, dolayısıyla milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümü için gerekli

14 Meselâ 4686 sayılı MTK m.8 uyarınca taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama kurallarını, söz konusu kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler.

15 Şanlı (n 1) 321.

16 Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay and Muhammet Özkes, *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı* (5th edn, Vedat 2017) 581; Akıncı (n 12) 8-9; Şanlı (n 1) 320-321.

17 Akıncı (n 12) 8; Şanlı (n 1) 320.

18 Lew, Mistelis and Kröll (n 11) 7; Şanlı (n 1) 320. 4686 sayılı MTK m.7/C uyarınca, kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren hâl ve şartları açıklamak zorundadır. Taraflar önceden bilgilendirilmemiş oldukları takdirde hakem, daha sonra ortaya çıkan durumları da gecikmeksizin taraflara bildirir.

19 Pekcanitez, Atalay and Özkes (n 16) 581; Şanlı (n 1) 320. Bununla birlikte meselâ 4686 sayılı MTK m.12/A uyarınca, hakem veya hakem kurulu, belirlediği konular hakkında rapor vermek üzere bir veya birden çok bilirkişi atanmasına karar verebilir.

20 Gaillard and Savage (n 11) 1; Lew, Mistelis and Kröll (n 11) 6-7; Akıncı (n 12) 7; Şanlı (n 1) 82, 320; Arbitration Survey (n 7) 7.

imkânlardan ve hukukî yapılanmadan yoksun olduğu, çok çeşitli türden ve karmaşık ticarî uyumsuzluklar konusunda gerekli uzmanlığa ve tecrübeye sahip bulunmadığı da ifade edilmektedir²¹.

Milletlerarası ticarî uyumsuzlukların yargısal yolla çözümünde tahkimi öne çıkaran bir başka sebep gizliliklidir²². Devlet mahkemelerinin aksine, tahkim yargılamalarının tarafların iradesine bağlı olarak, kamuya kapalı yürütülmesi esastır. Uygulamada tahkim yargılamasının gizli olmasının kural, açık olmasının istisna olması gerektiği düşüncesi hâkimdir²³. Tahkim, yargılamanın gizli yürütülmesine imkân sağlaması itibarıyla, ticarî sırların açıklanmaması ve ticarî itibarın zedelenmemesi düşünceleriyle de tercih edilmektedir²⁴.

Hakem kararları kural olarak, verilmekle taraflar için bağlayıcılık kazanır ve ancak sınırlı sayıdaki sebeplerle iptal edilebilir²⁵. Bu durum, yargılama sürecini hızlandırmak ve masrafları azaltmakla birlikte istinaf veya temyiz yolunun kapalı olmasının, tahkimin olumsuz yanlarından biri olarak da görülebileceği belirtilmektedir²⁶.

Uygulamada ve öğretide, tahkimin tercih edilmesindeki en önemli sebeplerden biri olarak, hakem kararlarının yüksek icra kabiliyeti gösterilmektedir²⁷. Günümüzde 166 devletin taraf olduğu 1958 tarihli “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair New York Konvansiyonu²⁸” hakem kararlarının yaygın bir şekilde ve öngörülebilir kurallar çerçevesinde icra edilmesini temin ederek hukukî güvenlik sağlamaktadır²⁹. Devlet mahkemelerinin kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda böyle geniş katılımlı bir milletlerarası antlaşma bulunmamaktadır. Bu sebeple, bir devlet mahkemesi kararının yabancı bir devlette icrası gerektiğinde genellikle bu devletteki tanıma-tenfiz koşullarına ve usullerine uyulması gerekmektedir. Ancak devletlerin tanıma-tenfiz koşulları ve usulleri arasındaki farklılıklar ve bilhassa kararın verildiği devlet ile tenfiz devleti arasında aranan “mütekabiliyet” koşulu nedeniyle, yabancı mahkeme kararlarının icrası, yabancı hakem kararlarının icrasına nazaran çok daha belirsiz görünmektedir.

21 Şanlı (n 1) 82.

22 Arbitration Survey (n 7) 7. Detaylı bilgi için bkz. Candan Yasan, ‘Milletlerarası Tahkimde Gizlilik’ (2011) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan) 777; Faruk Kerem Giray, ‘Milletlerarası Tahkimde Gizlilik’ (2015) 4(2) UTTDER 65; Cemre Tüysüz, ‘Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü’ (2017) 37(2) MHB (Yücel Sayman’a Armağan) 846.

23 Arbitration Survey (n 7) 27-28; Gary F Bell, ‘The New International Commercial Courts - Competing with Arbitration - The Example of the Singapore International Commercial Court’ (2018) 11 Contemp Asia Arb J 193, 212.

24 Pekantez, Atalay and Özkes (n 16) 582; Akıncı (n 12) 9; Şanlı (n 1) 322; Demeter and Smith (n 12) 448.

25 Lew, Mistelis and Kröll (n 11) 7, 170; Demeter and Smith (n 12) 449; Wilske (n 9) 159. Meselâ 4686 sayılı MTK m.15/A uyarınca, hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir ve hakem kararları aynı maddede sayılan hallerin varlığı halinde iptal edilebilir.

26 Demeter and Smith (n 12) 444; Bell (n 23) 210.

27 Şanlı (n 1) 321; Arbitration Survey (n 7) 7.

28 RG 25.9.1991/21002.

29 Şanlı (n 1) 322.

Öğretide, hakemlerin aynı zamanda birer uzlaştırıcı gibi hareket edebilmeleri sebebiyle, tahkimin taraflar arasındaki ilişkileri daha az yıpratın, daha barışçıl bir çözüm yolu olması da bir tercih sebebi olarak ifade edilmektedir³⁰. Gerçekten de tahkim, tarafların ortak rızasına dayanan bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğu için, taraflardan birinin diğeri aleyhine devlet mahkemesine başvurmasının ortaya çıkardığı husumetlerin tahkim usulünde -en azından aynı şiddette- yaşanmayacağı söylenebilir.

Tahkimi öne çıkaran bir diğere sebep, devlet mahkemelerinde sadece mahkemenin ait olduğu devletin resmî dilinde yargılama yapılıyor olmasıdır. Milletlerarası ticarî işlem ve ilişkiler genellikle farklı devletlerde mukim kişiler veya kurumlar arasında cereyan etmektedir ve bu işlem veya ilişkileri düzenleyen metinler de genellikle taraflardan en az biri açısından yabancı olan bir dilde tanzim edilmektedir. Uyuşmazlık hâlinde devlet mahkemelerine gidilecek olduğunda, yargılamanın, mahkemesine başvuru devlet resmî dilinde yürütülmesi sebebiyle, bu dilde düzenlenmemiş olan bütün belgelerin bu dile tercüme edilmesi gerekecek³¹, tanıkların bu dili bilmemesi hâlinde tercüman desteği almak zorunlu olacak³², yabancı dildeki tabirlerin tam karşılığı konusunda yeni uyuşmazlıklar ortaya çıkacak ve böylece taraflardan en az biri kendisini bu yargılamaya “yabancı” hissedecektir. Hâlbuki tahkim yargılamasında tarafların tahkim yargılamasının dilini seçme imkânı mevcuttur³³.

Milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinde yürütülmesi açısından dezavantaj olarak görülebilecek bir diğere husus, yabancı avukatla temsil imkânının bulunmamasıdır³⁴. Bir milletlerarası ticarî işlem veya ilişkinin kurulmasında ve yürütülmesinde bilfiil görev alan ve/veya bu işlem veya ilişkinin hukukî rejimi konusunda uzmanlığı bulunan avukatların sırf yabancı oldukları için davada avukatlık yapma imkânı bulamaması, böyle bir kısıtlamanın bulunmadığı tahkim lehine bir durum teşkil eder³⁵.

30 Şanlı (n 1) 322.

31 Meselâ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.1.2011, RG 4.2.2011/27836) (“HMK”) m.223 uyarınca, yabancı dilde yazılmış belgeye dayanan taraf, tercümesini de mahkemeye sunmak zorundadır ve mahkeme kendiliğinden veya diğere tarafın talebi üzerine, belgenin resmî tercümesini de isteyebilir.

32 Meselâ 6100 sayılı HMK m.263 uyarınca, tanık Türkçe bilmezse tercümanla dinlenir.

33 Meselâ 4686 sayılı MTK m.10/C uyarınca tahkim yargılaması, Türkçe veya Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınan devletlerden birinin resmî dilinde yapılabilir. Yargılamada kullanılacak dil veya diller, taraflar arasında kararlaştırılmamışsa, hakem veya hakem kurulu tarafından belirlenir. Tarafların anlaşmasında veya hakemlerin konu ile ilgili ara kararında aksi öngörülmemiş ise, bu dil veya diller, tarafların bütün yazılı beyanlarında, duruşmalarda, hakem veya hakem kurulunun ara kararlarında, nihai kararında ve yazılı bildirimlerinde kullanılır.

34 Meselâ 1136 sayılı Avukatlık Kanunu (Kanun Numarası: 1136, Kabul Tarihi: 19.3.1969, RG 7.4.1969/13168) m.44 uyarınca; yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde Türkiye’de faaliyet göstermek isteyen yabancı avukatlık ortaklıkları, bu Kanuna ve avukatlık ortaklığı düzenlemesine uygun olarak kurulmak koşuluyla, yalnızca yabancı hukuklar ve milletlerarası hukuk konularında danışmanlık hizmeti verebilirler. Bu sınırlama yabancı avukatlık ortaklığında çalışan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı ya da yabancı avukatları da kapsar.

35 Meselâ 4686 sayılı MTK m.8 uyarınca taraflar tahkim yargılamasında yabancı gerçek veya tüzel kişiler tarafından da temsil olunabilir.

III. Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıkların Çözümünde Milletlerarası Ticaret Mahkemelerinin Yeri

A. Genel Olarak

Günümüzde, milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların en yaygın çözüm yolu tahkim olmakla birlikte; tarafların her somut ilişkinin yapısına özgü düşüncelerle devlet mahkemelerini yetkili kılmaları da söz konusu olmaktadır³⁶.

Meselâ Londra ve New York, milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinde çözümü bakımından uzun yıllardır en çok tercih edilen yerler olmuştur³⁷. 1895'te kurulan Londra Ticaret Mahkemesi ve 1993'te kurulan New York Ticaret Dairesi; Anglo-Amerikan (*common law*) maddî hukukunun milletlerarası ticaret tatbikatında tercih edilen bir hukuk olması, Anglo-Amerikan hukukunun ticarî davaların niteliğine uygun düşen esnek usul kuralları, yargılama dilinin İngilizce olması ve köklü bir uyuşmazlık çözüm tecrübesine sahip olmaları itibarıyla milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümünde tercih edilmektedir³⁸.

Ancak bu çalışmanın konusu, milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümüne özgülenmiş biçimde kurulan ve işleyen mahkemelerden olmamasına rağmen milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümünde tercih edilen New York veya Londra mahkemeleri gibi devlet mahkemelerini incelemek değildir. Bu çalışmada, milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümüne özgülenmiş biçimde kurulan ve işleyen devlet mahkemeleri ("milletlerarası ticaret mahkemesi") ele alınmaktadır.

Bugün dünyanın çok farklı devletlerinde "milletlerarası ticaret mahkemesi" örneklerine rastlanmaktadır. Bu örnekler arasında gelişmekte olan devletler olduğu gibi, gelişmiş devletler de mevcuttur. Kuruluş tarihi sırasıyla gidecek olursak; 2004'te Dubai Milletlerarası Finans Merkezi (DIFC) bünyesinde kurulan mahkeme³⁹, 2009'da Katar Finans Merkezi (QFC) bünyesinde kurulan mahkeme⁴⁰ (*Qatar International Court and Dispute Resolution Center*), Paris mahkemelerinin 2010'da kurulan özel dairesi ve Paris İstinaf Mahkemesi'nin 2018'de kurulan özel dairesi⁴¹, 2015'te kurulan Singapur Milletlerarası Ticaret Mahkemesi⁴² (SICC) ve Abu Dhabi Küresel Piyasa Mahkemeleri⁴³ [*Abu Dhabi Global Market Courts (ADGMC)*], Frankfurt Yüksek

36 Bu konuda bkz. Şanlı (n 1) 83, 128ff.

37 Bookman (n 9) 227.

38 Bookman (n 9) 234.

39 Detaylı bilgi için bkz. <<https://www.difccourts.ae/>> Erişim Tarihi 2 December 2020.

40 Detaylı bilgi için bkz. <<https://www.qicdrc.gov.qa/>> Erişim Tarihi 2 December 2020.

41 Detaylı bilgi için bkz. Toni Deskoski and Vangel Dokovski and Ljuban Kocev, 'The Birth and Rise of the International Commercial Courts in Paris - Boosting Litigation or Alternative to Arbitration' (2019) 10 *Iustinianus Primus L Rev* 29.

42 Detaylı bilgi için bkz. <<https://www.sicc.gov.sg/>> Erişim Tarihi 2 December 2020; Bell (n 23) 199ff.

43 Detaylı bilgi için bkz. <<https://www.adgm.com/adgm-courts>> Erişim Tarihi 2 December 2020.

Mahkemesi'nin 2018'de kurulan özel dairesi⁴⁴, 2018'de kurulan Çin Milletlerarası Ticaret Mahkemesi⁴⁵ (CICC), 2019'da kurulan Hollanda Ticaret Mahkemesi ve Astana (Nur-Sultan) Milletlerarası Finans Merkezi (AIFC) Mahkemesi⁴⁶ günümüzdeki "milletlerarası ticaret mahkemesi" örnekleridir. Gana, Ruanda, Avustralya, Belçika ve İsviçre'de de bu nitelikte mahkemeler kurulmuş veya bu nitelikte mahkemelerin kurulması değerlendirilmektedir⁴⁷.

Devletleri bu nitelikte mahkemeler kurmaya teşvik eden sebepler devletten devlete değişebilmektedir. Meselâ Dubai⁴⁸, Katar⁴⁹ ve Kazakistan, uyuşmazlık çözümünde tecrübe sahibi mahkemelere sahip olmayı, kurmuş oldukları özel ekonomik bölgelere yabancı yatırım ve sermaye çekme plânının bir parçası olarak görmektedir⁵⁰. Çin bakımından bu mahkeme, 2013 yılında başlatılan "Kuşak ve Yol Girişimi"⁵¹ (*Belt and Road Initiative*) kapsamında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü bakımından özellikle önem arz etmektedir⁵². Kıta Avrupası devletleri bakımından ise bu mahkemeler, Brexit'in ortaya çıkardığı hukukî belirsizliklerin de etkisiyle⁵³, milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümü alanında Londra'nın sahip olduğu egemenliğe son vermeyi ve bu nitelikte uyuşmazlıkların kendi devlet mahkemelerinde çözülmesini teşvik etmeyi amaçlamaktadır⁵⁴. Yabancılık unsuru içeren ticarî uyuşmazlıkları çözümlenmek üzere özel bir mahkeme kurulması fikri farklı devletler için farklı sebeplere dayanmakla birlikte, sebeplerin ortak paydasında "ekonomi" yer almaktadır⁵⁵. Bu mahkemelerin ekonomiyi

44 Hamburg, Düsseldorf ve Münih'te de benzer daireler bulunmaktadır [Bookman (n 9) 255].

45 Detaylı bilgi için bkz. Zachary Mollengarden, 'One-Stop Dispute Resolution on the Belt and Road: Toward an International Commercial Court with Chinese Characteristics' (2019) 36 UCLA Pac Basin LJ 65.

46 Detaylı bilgi için bkz. <<https://court.aifc.kz/>> Erişim Tarihi 2 December 2020.

47 Wilske (n 9) 169, 171; Erik Peetermans and Philippe Lambrecht, 'The Brussels International Business Court: Initial Overview and Analysis' (2019) 12 Erasmus L Rev 42; Natalija Matic, 'Switzerland: In The Pipeline: Zurich International Commercial Court' (*Mondaq*, 13 October 2018) <<http://www.mondaq.com/x/745118/international+trade+investment/In+The+Pipeline+Zurich+International+Commerical+Court>> Erişim Tarihi 2 December 2020; Bookman (n 9) 228. Böyle bir mahkemenin Belçika'da yakın zamanda kurulmasının pek muhtemel olmadığı yönünde bkz. Kramer and Sorabji (n 10) 2.

48 DIFC'nin amacı, Doğu ile Batı arasındaki iktisadî faaliyetleri desteklemek ve geliştirmektir. Bu suretle Dubai'nin küresel bir iş merkezi olarak konumunun sürdürülmesi ve güçlendirilmesi hedeflenmektedir [Wilske (n 9) 163]. DIFC'nin baş yöneticisi Amna Sultan Al Owais, 2018 yılında yapmış olduğu bir konuşmada, DIFC mahkemelerinin 2021 yılı itibarıyla dünyanın en önde gelen ticaret mahkemelerinden biri olmasının hedeflendiğini ifade etmiştir <<https://www.difccourts.ae/2018/01/25/global-and-local-challenges-in-commercial-dispute-resolution/>> Erişim Tarihi 2 December 2020.

49 Katar Finans Merkezi (QFC) bünyesinde kurulan *Qatar International Court and Dispute Resolution Center*, Katar devletinin birinci sınıf finans merkezi inşa etme girişiminin son parçasını teşkil etmektedir <<https://www.qicdrc.gov.qa/about-us>> Erişim Tarihi 2 December 2020.

50 Wilske (n 9) 163; Ruckteschler and Stooss (n 9) 433-434; Bookman (n 9) 231.

51 Kuşak ve Yol Girişimi, Çin Halk Cumhuriyeti Devlet Başkanı Xi Jinping tarafından 2013 yılında başlatılan ve Doğu Asya'dan Avrupa'ya uzanan coğrafyada çok sayıda yatırımın hayata geçirilmesini hedefleyen bir altyapı projesidir. Bkz. <<https://www.cfr.org/background/chinas-massive-belt-and-road-initiative>> Erişim Tarihi 2 December 2020.

52 Wilske (n 9) 174; Ruckteschler and Stooss (n 9) 433; Bookman (n 9) 257.

53 Kıta Avrupası devletlerinde milletlerarası ticaret mahkemelerinin oluşturulmasında Brexit'in de etkisi olduğu yönünde bkz. Wilske (n 9) 156; Bell (n 23) 194-195; Eddy Bauw, 'Commercial Litigation in Europe in Transformation: The Case of the Netherlands Commercial Court' (2019) 12 Erasmus L Rev 15, 15; Ruckteschler and Stooss (n 9) 434ff; Kramer and Sorabji (n 10) 2.

54 Wilske (n 9) 169-170; Bell (n 23) 194-195; Ruckteschler and Stooss (n 9) 435-436; Erelis Themeli, 'Matchmaking International Commercial Courts and Lawyer's Preferences in Europe' (2019) 12 Erasmus L Rev 70, 70; Bookman (n 9) 246.

55 Bu yönde bkz. Kramer and Sorabji (n 10) 3.

esas itibarıyla iki şekilde etkilemesi muhtemeldir. Birincisi, yatırımcılar için güvenli bir uyuşmazlık çözüm ortamı oluşturmak suretiyle yabancı yatırım ve sermayenin ülkeye girmesini kolaylaştırmak; ikincisi, milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümü için sunulan yargılama hizmetleri sektöründen gelir elde etmek⁵⁶.

Milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümünde devlet mahkemelerinin tercih edilmemesine yol açan ve tahkimi popüler hâle getiren sebepler, milletlerarası ticaret mahkemelerinin hukukî rejiminin oluşturulmasına da etki etmiştir. Zira milletlerarası ticaret mahkemelerinin, yabancılık unsuru taşıyan ticarî uyuşmazlıkların çözümünde uzman mahkemeler olmalarının sağlanması ve yerel yargılama usulü kuralları nedeniyle karşılaşılan bazı sorunların giderilmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla, bu mahkemeler, diğer millî mahkemelerden farklı şekilde yapılandırılmakta ve farklı yargılama usulü kuralları ihdas edilmektedir. Yargılama dilinin İngilizce olması ve ilâmların İngilizce verilmesi, yabancı hâkim veya uzman hukukçuların istihdam edilmesi, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yargılama sürecine dâhil edilmesi, taraflara yerel usul hukuku kurallarının bazılarında (örneğin delillerin sunulmasına veya istinafa ilişkin) ayrılma imkânı tanınması, bu farklılıklara örnek olarak gösterilebilir⁵⁷.

Yukarıda sayılan milletlerarası ticaret mahkemelerinin hepsinin tüm detaylarıyla incelenmesi bu makalenin kapsamını aşacağı için, Hollanda Ticaret Mahkemesi bir model olarak seçilmiş ve milletlerarası ticaret mahkemelerinin hukukî rejiminin bu model üzerinden incelenmesi yoluna gidilmiştir.

Aşağıda, Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil bir ülke olan Hollanda'nın milletlerarası ticaret mahkemesi konumundaki "Hollanda Ticaret Mahkemesi"nin (*Netherlands Commercial Court*) hukukî rejimi, yapısı ve işleyişi hakkında genel bir bilgi verilecektir.

B. Hollanda Ticaret Mahkemesi'nin (*Netherlands Commercial Court*) Hukukî Rejimi, Yapısı ve İşleyişi

1. Genel Olarak

Hollanda adli yargı örgütü içerisinde on bir adet bölge mahkemesi (*district court*), dört adet istinaf mahkemesi (*court of appeal*) ve Hollanda Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*) bulunmaktadır⁵⁸. Hollanda Ticaret Mahkemesi'nin [*Netherlands Commercial Court* ("NCC")], biri ilk derece yargılaması yürüten NCC Bölge

56 Kramer and Sorabji (n 10) 3. Hukukî hizmetler Singapur'un 2018 yılı gayri safi yurt içi hasılasına 2,3 milyar dolar katkı yapmıştır [Bookman (n 9) 249].

57 Wilske (n 9) 157ff; Bookman (n 9) 229.

58 <<https://www.government.nl/topics/administration-of-justice-and-dispute-settlement/the-dutch-court-system#:~:text=The%20Netherlands%20is%20divided%20into,of%20up%20to%20%E2%82%AC25%2C000>> Erişim Tarihi 2 December 2020.

Mahkemesi, diğeri istinaf yargılaması yürüten NCC İstinaf Mahkemesi olmak üzere iki dairesi mevcuttur. NCC Bölge Mahkemesi, Amsterdam Bölge Mahkemesi'nin; NCC İstinaf Mahkemesi ise Amsterdam İstinaf Mahkemesi'nin özel bir dairesini (milletlerarası ticaret dairesi) teşkil etmektedir. Hollanda Ticaret Mahkemesi'nin iki dairesi de, tarafların anlaşmasına istinaden, bilhassa karmaşık yapıdaki milletlerarası ticarî uyuşmazlıklar bakımından ihtisas mahkemeleri olarak çalışacaktır⁵⁹.

Hollanda Ticaret Mahkemesi'nin kurulmasına ilişkin kanun, 1 Ocak 2019'da yürürlüğe girmiştir ve bu düzenlemeyle, Hollanda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*) 30r maddesi eklenerek, mahkemelerin İngilizce hüküm vermeleri mümkün hâle getirilmiştir⁶⁰. Bu kanunla ayrıca, Hukuk Davalarında Mahkeme Harçlarına İlişkin Kanun'da (*Wet griffierechten in burgerlijke zaken*) değişiklik yapılarak Hollanda Ticaret Mahkemesi'nde görülen yargılamalarda alınacak yargı harçları düzenlenmiştir.

Buna ilâveten, Amsterdam Bölge Mahkemesi ve Amsterdam İstinaf Mahkemesi'nin yönetim konseyleri tarafından NCC yargılamalarına münhasır birtakım usul kuralları [NCC Kuralları (*Rules of Procedure for the International Commercial Chambers of the Amsterdam District Court and the Amsterdam Court of Appeal*)] kabul edilmiştir⁶¹.

2. NCC'ye Başvuru Koşulları

Bir uyuşmazlığın NCC Kuralları uyarınca “milletlerarası ticarî dava” sayılması ve NCC Bölge Mahkemesi'nde görülebilmesi için;

- tarafların iradelerine tâbi bir işle bağlantılı ve hukukî⁶² veya ticarî nitelikte⁶³ bir mesele olması,
- Alt Bölge Mahkemesi'nin (*Subdistrict Court*) yetkisine⁶⁴ veya başka bir mahkeme yahut dairenin⁶⁵ kesin yetkisine girmemesi ve
- milletlerarası nitelik⁶⁶ taşıması gerekir (NCC Kuralları m.1.3.1).

59 Bauw (n 53) 17.

60 Bauw (n 53) 16-17.

61 Bkz. <<https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/ncc-procesreglement-en.pdf>> Erişim Tarihi 2 December 2020.

62 Sözleşmeden veya haksız fiilden doğan uyuşmazlıklar, aynı hak uyuşmazlıkları ve şirketler hukuku meseleleri gibi geniş anlamda medenî hukuka ilişkin uyuşmazlıklar bu kapsamda değerlendirilir (NCC Kuralları, s.31). Aile veya miras hukukuna ilişkin olup tarafların iradesine tâbi kılınmış meseleler de bu kapsama girebilir (NCC Kuralları, s.32).

63 Hollanda mahkemelerinin ticaret dairelerinde görülen bütün meseleler bu kapsamda değerlendirilmektedir (NCC Kuralları, s.31). Sigorta, finans, fikrî haklar, kamu ihaleleri, rekabet, telekomünikasyon, taşıma veya idarenin sorumluluğu da “*hukukî veya ticarî meseleler*” kapsamına girebilir (NCC Kuralları, s.31-32). İflâs idarecinin sorumluluğu veya *trusteenin* hukukî işlemlerinin iptali gibi iflâsa ilişkin meseleler de bu kapsama girebilir (NCC Kuralları, s.32).

64 Örneğin iş, kira, tüketici veya taksitle satış davaları ile dava konusunun değeri 25.000 Avro veya altında olan uyuşmazlıklar (NCC Kuralları, s.32).

65 Örneğin Amsterdam İstinaf Mahkemesi'nin Ticarî İşletme Dairesi, Lahey Bölge Mahkemesi'nin Patent Dairesi, Rotterdam Bölge Mahkemesi'nin Deniz Ticareti Dairesi (NCC Kuralları, s.32).

66 Bauw (n 53) 18.

- Ayrıca Amsterdam Bölge Mahkemesi'nin, tarafların anlaşması sonucu veya başka bir sebeple yetkili olması ve tarafların, yargılamanın NCC Bölge Mahkemesi'nde İngilizce olarak yürütülmesi konusunda açıkça⁶⁷ ve yazılı şekilde anlaşmış olmaları gerekir⁶⁸.

Aşağıdaki hallerden herhangi birinin varlığı, uyumsuzluğun milletlerarası nitelik taşıdığını gösterir (NCC Kuralları, s.32);

- taraflardan en az birinin, Hollanda dışında ikamet eden veya yurtdışında ya da yabancı bir hukuka göre kurulmuş bir şirket yahut böyle bir şirketin şubesi olması,
- uyumsuzluğa milletlerarası bir antlaşmanın veya yabancı bir hukukun uygulanabilir olması ya da uyumsuzluğun Felemenkçe'den başka dilde hazırlanmış bir sözleşmeden kaynaklanması,
- taraflardan en az birinin, dünya çapındaki çalışanlarının çoğunluğunun Hollanda dışında çalıştığı bir şirkete veya şirketler grubuna ait olması,
- taraflardan en az birinin, konsolide cirosunun yarısından fazlası Hollanda dışında tahakkuk eden bir şirkete veya şirketler grubuna ait olması,
- taraflardan en az birinin, menkul kıymetleri Hollanda dışında, Hollanda Mali Gözetim Kanunu'nda tanımlanan şekilde düzenlenmiş bir piyasada işlem gören bir şirkete veya şirketler grubuna ait olması,
- uyumsuzluğun Hollanda dışında gerçekleşen hukukî vakıalar veya hukukî işlemler içermesi,
- uyumsuzluğun başka şekilde bir sınır-ötesi menfaat içermesi.

Yukarıda sayılan hallerin varlığı bakımından NCC klozunun akdedildiği an esas alınır (NCC Kuralları, s.32).

Bir uyumsuzluğun yukarıda sayılan şartları taşıyıp taşımadığı mahkemece resen değerlendirilir. NCC Kuralları m.1.3.4 uyarınca, davalının sadece bu yöndeki itirazının değerlendirilmesi bazı özel kurallara tâbidir. Buna göre; Amsterdam Bölge veya İstinaf Mahkemesi'nin yetkisine veya yargılamanın NCC Bölge yahut İstinaf Mahkemesi'nde İngilizce olarak yürütülmesi konusundaki anlaşmaya yönelik itirazın, esasa ilişkin

67 Taraflardan birinin hazırladığı genel işlem koşullarında yer alan ve diğer tarafın açıkça kabul etmediği yetki klozu bu koşulu sağlamamaktadır (NCC Kuralları, s.33).

68 Taraflar bu amaca yönelik olarak aşağıdaki metni kullanabilirler: "All disputes arising out of or in connection with this agreement will be resolved by the Amsterdam District Court following proceedings in English before the Chamber for International Commercial Matters ("Netherlands Commercial Court" or "NCC"). An action for interim measures, including protective measures, available under Dutch law may be brought in the NCC's Court in Summary Proceedings ("CSP") in proceedings in English."

savunmalardan önce yapılması zorunludur (NCC Kuralları m.6.2). Bu yöndeki itirazın Felemenkçe yapılması mümkündür, bu takdirde itirazın değerlendirilmesi bu dilde yapılır ve itiraza ilişkin karar yine bu dilde verilir. Mahkeme, bu itirazı zamanında yapmayan davalıyı, itiraz hakkından feragat etmiş sayabilir (NCC Kuralları m.6.2). Amsterdam Bölge veya İstinaf Mahkemesi'nin yetkisine veya yargılamanın NCC Bölge yahut İstinaf Mahkemesi'nde İngilizce olarak yürütülmesi konusundaki anlaşmaya yönelik itirazda bulunacak davalı, bu hususu bildirmek kaydıyla diğer Hollanda mahkemelerinde uygulanan standart mahkeme harcını öder. İtirazın reddedilmesi halinde NCC mahkeme harcı ile standart harç arasındaki fark davalıdan tahsil edilir (NCC Kuralları m.10.1).

3. NCC'de Görev Yapan Hâkimler ve Mahkemenin Teşkili

Hollanda Ticaret Mahkemesi'nde, Hollanda vatandaşı⁶⁹ hâkimler arasından İngilizce dil yeterliliği ve bilgi birikimlerine dayanılarak oluşturulan bir havuzdan seçilerek özel bir eğitime tâbi tutulan hâkimler görev yapmaktadır⁷⁰.

Davalar kural olarak, bir başkan ve iki üyeden oluşan üç hâkimlik bir heyet tarafından görülmekle birlikte, Seri Yargılama Mahkemesi'nde görülen davalarda tek hâkim görev yapar (NCC Kuralları m.3.5.1). Belirli bir davada görev yapacak hâkim veya hâkimler ile bir kalem memuru, talep belgesinin sunulmasının ardından, hâlin icabına göre NCC Bölge Mahkemesi ya da NCC İstinaf Mahkemesi'nin başkanı tarafından atanır⁷¹ (NCC Kuralları m.3.5.2). Seri Yargılama Mahkemesi'ne sunulan talepler, NCC Bölge Mahkemesi başkanı tarafından tek hâkime havale edilir (NCC Kuralları m.3.5.3). NCC yargılamalarında görevlendirilen hâkimler, davayı başından sonuna kadar yürütür ve çok istisnâî haller dışında değişmez⁷².

4. NCC Yargılamalarına Özgü Usul Kuralları

a. Genel Olarak

Hollanda Ticaret Mahkemesi'nde yürütülen yargılamalarda esasen Hollanda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan usul kuralları uygulanır. İlâveten, Amsterdam Bölge Mahkemesi ve Amsterdam İstinaf Mahkemesi'nin yönetim konseyleri tarafından münhasıran NCC yargılamalarında uygulanmak üzere NCC Kuralları

69 Öte yandan, Dubai Milletlerarası Finans Merkezi (DIFC) bünyesinde kurulan mahkemede ve Singapur Milletlerarası Ticaret Mahkemesi'nde (SICC) yabancı hâkimler de görev yapmaktadır [Demeter and Smith (n 12) 446].

70 Bauw (n 53) 17. Mahkeme bünyesinde şimdilik, altısı NCC Bölge Mahkemesi'nde, dördü NCC İstinaf Mahkemesi'nde olmak üzere on hâkim görev yapmaktadır. Bkz. <<https://www.rechtspraak.nl/English/NCC/Pages/judges-and-Staff.aspx>> Erişim Tarihi 2 December 2020.

71 Bkz. <<https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/NCC-case-assignment-rules.pdf>> Erişim Tarihi 2 December 2020.

72 Bauw (n 53) 19.

kabul edilmiştir⁷³. Bu kurallar esas itibarıyla NCC Bölge Mahkemesi'ndeki ilk derece yargılamasında uygulanmakla birlikte; bizzat ilgili kuralda veya Hollanda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yahut başka bir kanunda aksine hüküm bulunmadıkça ve yargılamanın niteliğine uygun düştüğü ölçüde NCC Bölge Mahkemesi bünyesinde yer alan Seri Yargılama Mahkemesi'nde veya NCC İstinaf Mahkemesi'nde de uygulanır (NCC Kuralları m.1.1.2). NCC Kuralları'nın bazıları ise özellikle Seri Yargılama Mahkemesi'ndeki veya NCC İstinaf Mahkemesi'ndeki yargılamalarda uygulanmaktadır (NCC Kuralları m.1.1.2).

Mahkemece aksi yönde bir karar verilmedikçe, tarafların mahkemeye olan iletişimi ve taraf usul işlemleri kural olarak sadece NCC'nin web portalı (eNCC) üzerinden gerçekleştirilmektedir⁷⁴. Nitelik itibarıyla portal üzerinden sunulamayan delillerin görevli memura bırakılması da mümkündür (NCC Kuralları m.3.2.1). eNCC'ye ilişkin kurallar (*eNCC Rules*) NCC Kuralları'nın IV numaralı ekinde yer almaktadır.

b. Yargılamanın Dili

Hollanda Ticaret Mahkemesi'nin yargılama dili İngilizce'dir. Ne var ki, yargılamanın kısmen veya tamamen Felemenkçe yapılması yönünde tarafların oybirliğiyle talepte bulunması hâlinde mahkeme bu yönde karar verebilir (NCC Kuralları m.2.1.1). Mahkeme taraflardan, yargılama dilinden başka bir dilde yazılmış belgenin onaylı veya onaysız tercümesinin sunulmasını isteyebilir. Mahkemece aksi belirtilmediği takdirde; Hollanda yargı kararlarının, Felemenkçe bilimsel görüşlerin ve Felemenkçe, İngilizce, Almanca veya Fransızca dilinde yazılmış belgelerin tercüme edilmesine gerek yoktur (NCC Kuralları m.2.1.2). Duruşma esnasında taraflar, gerek kendileri gerek ifadesine başvurmak istedikleri tanık veya uzmanlar için, masraflarını kendileri karşılamak kaydıyla tercümandan yararlanabilir (NCC Kuralları m.2.1.4).

Ancak NCC İstinaf Mahkemesi kararlarının temyiz mercii olan Hollanda Yüksek Mahkemesi ise temyiz sürecini İngilizce yürütmek zorunda değildir (NCC Kuralları, s.34).

c. Yargılamanın Sürati ve Sürelerin Tayini

Mahkeme, resen veya taraflardan birinin talebi üzerine, davanın âdil ve hızlı çözümü için gerekli tedbirleri alabilecektir. Bu amaçla mahkeme, mümkün olduğu

73 Bkz. <<https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/ncc-procesreglement-en.pdf>> Erişim Tarihi 2 December 2020. NCC Kuralları on iki bölümden oluşmaktadır: Kapsam; Dil; Yargılama Usulü ve Süreler; Davanın Açılması; Temerrüt ve Savunma; Talepler ve Geçici Hukukî Korumalar; Duruşma; İspat; Hüküm; Masraflar; Dosyanın İşlemden Kaldırılması, Davanın Geri Alınması ve Davanın Yenilenmesi; Son Hükümler. NCC Kuralları'nın dört adet de eki bulunmaktadır: Usul kurallarına ilişkin açıklayıcı notlar; NCC klozu; Vekâlet ücretleri; eNCC Kuralları. Bu kuralların Londra Ticaret Mahkemesi'nin uygulama yönergelerine benzediği yönünde bkz. Bauw (n 53) 18-19.

74 Kural bu olmakla birlikte, mahkemeye olan iletişim şimdilik basılı kopya belgeler aracılığıyla yapılmaktadır [bkz. Addendum to the Rules of Procedure for the International Commercial Chambers of the Amsterdam District Court (NCC District Court) and the Amsterdam Court of Appeal (NCC Court of Appeal), Amendment B <<https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/addendum-ncc-rules.pdf>> Erişim Tarihi 2 December 2020].

ölçüde, makul olmayan gecikmeleri önlemeye yönelik kararlar verir. Taraflar da makul olmayan gecikmeleri önleme konusunda birbirlerine karşı yükümlüdür (NCC Kuralları m.3.4.1). Mahkeme, tarafların taleplerini de göz önünde bulundurarak, her dava bazında usul işlemlerinin tamamlanması için gereken süreleri tayin eder (NCC Kuralları m.3.4.2).

d. Davanın Başlatılması, Değiştirilmesi veya Genişletilmesi

NCC Kuralları'nın dördüncü bölümünde (m.4.1. ve m.4.2.), talep belgesinde yer alması gereken unsurlar ve sunulması gereken deliller de dâhil olmak üzere davanın başlatılmasına ilişkin hususlar yer almaktadır. Mahkeme nihaî kararını verinceye veya nihaî kararını vereceği tarihi belirleyinceye kadar davacı, dava sebebini veya talep sonucunu genişletebilir, daraltabilir veya değiştirebilir⁷⁵. Fakat mahkeme, itiraz üzerine veya resen, davanın genişletilmesine veya değiştirilmesine izin vermeyebilir (NCC Kuralları m.4.2.2).

e. Davalının Usulî Temerrüdü ve Davaya Cevap

NCC Kuralları'nın beşinci bölümünde (m.5.1. ila m.5.4.), davalının mahkemede hazır bulunmaması veya avukat tayin etmemesine yahut mahkeme harcını zamanında ödememesi hallerine bağlanan sonuçlara, davalının savunmasına ve karşı dava açılmasına ilişkin hükümler yer almaktadır.

Buna göre davalı, Seri Yargılama Mahkemesi'ndeki ve kanunun izin verdiği ölçüde diğer davalarda duruşmalara katılmak, diğer davalarda ise duruşmalara bizzat katılmak veya tayin ettiği avukatı zamanında bildirmek zorundadır (NCC Kuralları m.5.1). Davalı; duruşmada hazır bulunmaz veya tayin ettiği avukatı zamanında bildirmez ya da mahkeme harcını zamanında yatırmazsa, ihbar süre ve şekillerine uyulmak kaydıyla mahkeme, bu durumu zapt altına alır ve davalının gıyabında bir karar verir. Mahkemenin, davacının iddiasını hukuka aykırı veya mesnetsiz bulması halleri saklıdır (NCC Kuralları m.5.2). Davalının, nihaî karar verinceye kadar bu temerrüt hâlini sona erdirmesi mümkündür. Davalı, kanun hükümleri dairesinde ve süresi içerisinde bu karara itiraz edebilir (NCC Kuralları m.5.2).

Davalı, öngörülen süre içerisinde savunmasını sunmak zorundadır. Davalı, davaya cevabında taleplerini ve mahkemece aksine karar verilmemiş veya Amsterdam Mahkemeleri'nin yetkisine ya da yargılamanın NCC Mahkemeleri'nde İngilizce olarak yürütülmesi konusundaki anlaşmaya yönelik bir itiraz söz konusu değilse esasa ilişkin savunmalarını belirtmelidir (NCC Kuralları m.5.3). Mahkeme, süresinde ve usulüne

75 NCC Kuralları m.4.2.1. Fakat bu kural şimdilik, "Mahkeme nihai kararını verinceye kadar, genişletmeye, daraltmaya veya değişikliğe müsaade edilir." şeklinde uygulanmaktadır [bkz. Addendum to the Rules of Procedure for the International Commercial Chambers of the Amsterdam District Court (NCC District Court) and the Amsterdam Court of Appeal (NCC Court of Appeal), Amendment K].

uygun savunma yapmayan davalıyı esasa ilişkin savunma yapma hakkından feragat etmiş sayabilir (NCC Kuralları m.5.3).

Davalının karşı dava açması da mümkün kılınmıştır. Buna göre davalı, cevap dilekçesinde ileri sürmek ve yargılama usulüne aykırı olmamak kaydıyla, NCC Kuralları m.1.3'teki şartları⁷⁶ sağlayan bir karşı dava açabilir (NCC Kuralları m.5.4.1).

f. Geçici Hukukî Korumalar

Bir uyuşmazlığın NCC Bölge Mahkemesi'nde görülebilmesi için NCC Kuralları m.1.3.1'de aranan şartların varlığı hâlinde ve dava konusuyla yeterli bağlantıya sahip olmak kaydıyla, yargılama süresince geçici hukukî koruma talebinde bulunulabilir (NCC Kuralları m.6.3). Geçici hukukî koruma talepleri, Seri Yargılama Mahkemesi tarafından değerlendirilir (NCC Kuralları m.1.3.2). NCC yetki klozu aynı zamanda Seri Yargılama Mahkemesi'nin de yetkili kılındığı anlamına gelir (NCC Kuralları, s.34). Seri Yargılama Mahkemesi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde tarafların menfaatlerini de göz önünde bulundurarak uygun gördüğü bir geçici hukukî koruma tedbirine karar verebilir (NCC Kuralları m.6.3.2).

g. Üçüncü Kişilerin Davaya Katılması

Davanın tarafları, üçüncü kişilerin davaya katılması için talepte bulunabilir. Üçüncü kişilerin de davacı veya davalının yanında yahut üçüncü bir taraf olarak davaya katılma talebinde bulunması mümkündür (NCC Kuralları m.6.4).

h. Paralel Davalar

Mahkeme, tarafların talebi üzerine veya resen, aynı mahkemede açılmış, tarafları ve konusu aynı olan veya yakın bağlantılı davaların birleştirilmesine karar verebilir. Böyle bir davanın diğer ilk veya ikinci derecedeki Hollanda mahkemelerinde derdest olması hâlinde de, söz konusu davanın NCC Bölge veya İstinaf Mahkemesi'ne gönderilmesi durumunda davalar birleştirilebilir (NCC Kuralları m.6.5).

Yabancı bir devlet mahkemesinde görülmekte olan yakın bağlantılı bir davanın varlığı halinde, yabancı mahkemede görülmekte olan dava, NCC davası bakımından "bekletici sorun" yapılabilir; bu durumda mahkeme, yabancı mahkemenin talebi üzerine veya yabancı mahkemeye istişare ettikten sonra video konferans yahut benzer bir yolla duruşmaların birlikte yapılmasına karar verebilir (NCC Kuralları m.6.5 ve m.7.8).

76 Bkz. yukarıda "NCC'ye Başvuru Koşulları" başlığı altında yapılan açıklamalar.

i. Duruşmalar

NCC duruşmaları kural olarak alenîdir. Bununla birlikte; kamu düzeni, genel ahlâk veya millî güvenliğin gerekli kıldığı hallerde, küçüklerin menfaatinin ya da tarafların mahremiyetinin korunması yahut âdil yargılamanın olumsuz etkilenmesini önlemek amacıyla duruşmaların kısmen yahut tamamen gizli yapılmasına veyahut da sadece belirli kişilerin katılımına izin verilmesine mahkemece karar verilebilecektir (NCC Kuralları m.7.5).

i. Deliller

Taraflar, kanunî delil kurallarından ayrılmayı sağlayacak bir delil sözleşmesi yapabilirler⁷⁷. Bu takdirde, tarafların böyle bir sözleşmenin varlığını mahkemeye sundukları ilk yazılı beyanda belirtmeleri ve sözleşmeyi mahkemeye sunmaları zorunludur (NCC Kuralları m.8.3). Delil sözleşmesi, kanunun taraf iradelerinin ötesinde sonuçlar bağladığı vakıaların ispatına ilişkin olması⁷⁸ veya Hollanda Medenî Kanunu yahut yetkili yabancı hukuk uyarınca icra kabiliyetinden yoksun olması hâlinde mahkeme tarafından dikkate alınmaz (NCC Kuralları m.8.3). Kanuna uygun olarak kendisine davetiye çıkarılan herkes, sır nedeniyle veya ailevî nedenlerle tanıklıktan çekinme hakkı olmadığı sürece tanıklık yapmakla yükümlüdür (NCC Kuralları m.8.5.3).

j. Karar

Mahkeme, uyuşmazlığın kapsamını ve karmaşıklığını göz önünde bulundurarak, esas hakkında nihaî kararın verileceği tarihi tayin eder (NCC Kuralları m.9.1). Karar alenî olarak verilir (NCC Kuralları m.9.4). Mahkeme, kararın Hollanda Mahkemeleri'nin internet sitesinde (www.rechtspraak.nl) yayımlanmasına hükmedebilir⁷⁹ (NCC Kuralları m.9.5). Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça veya davanın niteliğine aykırı düşmedikçe mahkeme, taraflardan birinin talebi üzerine, istinafin icrayı durdurmayacağına karar verebilir. Mahkeme bu kararı, teminat yatırılması şartına tâbi kılabilir (NCC Kuralları m.9.7).

k. Yargılama Giderleri

Hollanda Ticaret Mahkemesi'nin kurulmasına ilişkin kanunla, Hukuk Davalarında Mahkeme Harçlarına İlişkin Kanun'da (*Wet griffierechten in burgerlijke zaken*) değişiklik

77 NCC Kuralları, s.41.

78 Bu sınırlama esas itibarıyla, üçüncü kişilerin haklarını koruma amacına da hizmet eden delil kurallarına ilişkindir (NCC Kuralları, s.38).

79 NCC'nin internet sayfasında bugüne kadar altı adet karar yayımlanmıştır: 8 Mart 2019 tarihli *Elavon Financial Services DAC vs IPS Holding B.V. and others*; 4 Temmuz 2019 tarihli *Symphony Solutions B.V. vs OpenBet Limited et al*; 4 Mart 2020 tarihli *Subsea Survey Solutions LLC vs South Stream Transport B.V.*; 14 Nisan 2020 tarihli *McCourt Global Sports & Media LLC vs Tennor Holding B.V.*; 29 Nisan 2020 tarihli *McCourt Global Sports & Media LLC vs Tennor Holding B.V.*; 13 Mayıs 2020 tarihli *GLAS Trust Corporation Limited vs IHC Merwede Holding BV. and others* <<https://www.rechtspraak.nl/English/NCC/Pages/judgments.aspx>> Erişim Tarihi 2 December 2020.

yapılarak Hollanda Ticaret Mahkemesi'nde görülen yargılamalarda alınacak yargı harçları düzenlenmiştir. Böylece yargılamanın taraflarına, NCC Bölge Mahkemesi'ndeki ilk derece yargılaması için 15.377Avro ve seri mahkeme yargılaması için 7.688Avro; NCC İstinaf Mahkemesi'ndeki istinaf yargılaması için 20.502Avro ve seri mahkeme yargılaması için 10.251Avro'luk maktu bir harç getirilmiştir⁸⁰. Bu harçlar, diğer Hollanda mahkemelerinde görülen davalar için alınan harçlardan çok daha yüksektir⁸¹.

NCC sisteminde tarafların, yargılama giderleri konusunda anlaşmaları mümkündür (NCC Kuralları m.10.2). Anlaşma yapılmadığı takdirde, yargılama giderleri davayı kaybeden tarafa yüklenir. Bununla birlikte, vekâlet ücreti ve Hollanda Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.237 vd. kapsamına giren harcamalar dışında, davayı kazanan tarafça yapılan masraflar kaybeden tarafa yükletilmeyebilir. Mahkemece, her bir tarafın kendi yaptığı masrafları yükleneyeğine veya yeterli bir gerekçeye dayanmayan masrafların bu masraflara yol açan tarafa yükletilmesine karar verilebilir (NCC Kuralları m.10.3).

1. Avukatın Hollanda Barosuna Kayıtlı Olma Zorunluluğu

Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça taraflar, Hollanda Barosu'na kayıtlı bir avukatla temsil edilmek zorundadır (NCC Kuralları m.3.1.1; m.7.6.1). Yargılama usulüne ilişkin tüm işlemlerin Hollanda Barosu'na kayıtlı bir avukat tarafından yerine getirilmesi zorunludur⁸². Avrupa Birliği veya Avrupa Ekonomik Alanı üyesi devletlerin barolarına yahut İsviçre barosuna kayıtlı avukatların, Hollanda barosuna kayıtlı bir avukatla işbirliği yapmak kaydıyla, Hollanda Avukatlık Kanunu m.16e uyarınca usulî olmayan bazı işlemleri yapmaları mümkündür (NCC Kuralları m.3.1.2).

5. NCC Sisteminde Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk

Hollanda Ticaret Mahkemesi bünyesinde yürütülen yargılamalarda uyuşmazlığın esasına uygulanacak yetkili hukukun tespiti Hollanda milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca yapılmaktadır (NCC Kuralları m.1.2.1). Hollanda milletlerarası özel hukukunda akdî borç ilişkilerine uygulanacak hukuk, "Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 593/2008 sayılı AB Tüzüğü (Rome I)" uyarınca tayin edilmektedir⁸³. Bu bağlamda tarafların gerek NCC yetki klozunu kaleme alırken gerek yargılama sırasında uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçme imkânı bulunmaktadır (NCC Kuralları, s.41).

80 <<https://www.rechtspraak.nl/English/NCC/Pages/costs.aspx>> Erişim Tarihi 2 December 2020. Yargı harçları bakımından gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasında bir ayırım bulunmamaktadır [Bauw (n 53) 17 fn 18].

81 Kramer and Sorabji (n 10) 7.

82 NCC'de yürütülen yargılamalar için tayin edilen vekâlet ücretleri hakkında bkz. NCC Kuralları, s.42.

83 K. Boele-Woelki and D. van Iterson, 'The Dutch Private International Law Codification: Principles, Objectives and Opportunities' (2010) 14(3) Electronic Journal of Comparative Law <<http://www.kernkamp.nl/en/services/labour-and-employment-law/dutch-rules-on-law-applicable-to-employment-contracts/>> Erişim Tarihi 2 December 2020.

6. NCC Sisteminde Kanun Yolları

Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça⁸⁴, Seri Yargılama Mahkemesi'nin veya NCC Bölge Mahkemesi'nin kararlarına karşı NCC İstinaf Mahkemesi'nde istinaf yoluna başvurulabilir [NCC Kuralları m.1.3.3.(a)]. NCC İstinaf Mahkemesi'nin bir davaya ilk derece mahkemesi olarak bakması da mümkündür. Fakat bunun için uyumsuzluğun, NCC Bölge Mahkemesi'nde görülebilmesi için aranan şartları taşınması, yargılama sonucu verilecek kararın aleyhine istinaf yoluna başvurulabilen kararlardan olması ve tarafların Amsterdam Bölge Mahkemesi yerine Amsterdam İstinaf Mahkemesi'ni yetkili kılmış olmaları gerekir [NCC Kuralları m.1.3.3.(b)]. Mahkeme, bu şartların sağlanıp sağlanmadığını resen değerlendirir (NCC Kuralları m.1.3.5).

7. NCC İstinaf Mahkemesi'nde Hakem Kararının İptali İçin Dava Açma İmkânı

Hollanda Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.1064a uyarınca, hakem kararına karşı iptal davası, tahkim yeri hangi istinaf mahkemesinin yargı çevresindeyse o mahkemede açılır. Amsterdam İstinaf Mahkemesi'nin yargı çevresi içerisinde cereyan eden (tahkim yerinin Amsterdam olarak tayin edildiği) bir tahkim yargılamasının ardından, tahkim yargılamasına konu uyumsuzluğun yabancılik unsuru içermesi ve tarafların, yargılamanın NCC İstinaf Mahkemesi'nde İngilizce olarak yürütülmesi konusunda açıkça ve yazılı şekilde anlaşmış olmaları hâlinde de NCC İstinaf Mahkemesi'nde hakem kararının iptali için dava açılabilir⁸⁵.

C. Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıkların Çözümü Bakımından Milletlerarası Ticaret Mahkemelerinin Avantaj ve Dezavantajlarının NCC Örneği Üzerinden Değerlendirilmesi

Gerek tahkimin gerekse devlet mahkemelerinin kendilerine özgü olumlu veya olumsuz yanları bulunmaktadır. Milletlerarası ticarî uyumsuzluklar bakımından tahkimin olumlu yanları, devlet mahkemelerinin olumlu yanlarından ağır bastığı içindir ki milletlerarası ticaret camiasında uyumsuzlukların çözüm mekanizması olarak genellikle tahkim tercih edilmektedir. Milletlerarası ticaret mahkemeleri, tahkimin olumlu yanları ile devlet mahkemelerinin olumlu yanlarını⁸⁶ bünyesinde toplamayı hedefleyen bir uyumsuzluk çözüm mekanizması getirme çabasının ürünü olarak gözükmektedir. Bu iki yargılama faaliyetinin olumlu yanlarını bünyesinde toplamayı başardığı ölçüde söz konusu mahkemeler tercih edilir olacaktır⁸⁷.

84 NCC yargılamasını seçen tarafların, istinaf ve temyizden feragat etmeleri mümkündür [Bauw (n 53) 18].

85 NCC Kuralları m.1.3.3.(c); NCC Kuralları, s.32 ve s.34.

86 Meselâ, tahkim sözleşmesine taraf olmayan kişiler üzerinde ve konu bakımından daha geniş bir alanda yargı yetkisi, tanıklık yapma mecburiyeti, üçüncü kişilerin davaya katılabilmesi, maktu harç uygulaması, cebri icra organlarını harekete geçirebilecek veya üçüncü kişileri bağlayan nitelikte geçici hukukî koruma tedbirine hükmedebilme, taraf avukatları üzerinde yaptırım yetkisi, davaların birleştirilebilmesi, içtihat geliştirme imkânı.

87 Avrupa ülkelerindeki milletlerarası ticaret mahkemelerinin, avukatların tercihlerine hitap etmediği yönünde bkz. Themeli (n 54) 80-81.

Milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümünde tahkimi popüler hâle getiren sebepler, milletlerarası ticaret mahkemelerinin hukukî rejiminin oluşturulmasına da etki etmiştir. Bu bağlamda milletlerarası ticaret mahkemeleri, tahkimin olumlu özelliklerinden esinlenmekte ve yakınılan özelliklerini⁸⁸ de dışlamaktadır⁸⁹. Bununla birlikte, söz konusu mahkemelerin, tahkime rakip olmasından ziyade, tarafların türlü nedenlerle ilk plânda tahkime başvurmayı düşünmediği milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümü bakımından başvurabileceği bir mekanizma olmasının amaçlandığı ifade edilmektedir⁹⁰. Nitekim Qatar International Court bünyesinde tahkim yargılaması da yürütülmekte, Dubai International Financial Center Mahkemelerinde tahkimle bağlantılı mahkeme işlemleri yapılabilmektedir⁹¹.

Aşağıda milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümü bakımından NCC'nin avantaj ve dezavantajları –tahkim yöntemi ile mukayese edilmek suretiyle– ortaya konulmaya çalışılacaktır. Böylece, NCC modeli üzerinden, milletlerarası ticaret mahkemelerinin geldiği noktanın ve eksiklerinin daha iyi anlaşılması sağlanabilir.

1. Kararların İcra Kabiliyeti Bakımından

Uygulamada ve öğretilerde, tahkimin tercih edilmesindeki en önemli sebep olarak gösterilen hakem kararlarının yüksek icra kabiliyeti, milletlerarası ticaret mahkemeleri tarafından verilen kararlarda bulunmayacaktır zira bu mahkemelerin kararları da millî mahkeme kararı niteliği taşımaktadır⁹². Millî mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda geniş katımlı küresel düzeyde bir milletlerarası antlaşma bulunmamasının yanı sıra, tenfiz devleti ile ilâmın verildiği devlet arasında “mütekabiliyet” aranması nedeniyle yabancı mahkeme kararlarının icrasında yaşanan güçlükler⁹³, milletlerarası ticaret mahkemeleri tarafından verilen kararlar bakımından da söz konusu olacaktır.

Meselâ bu çalışmada bir model olarak ele aldığımız Hollanda Ticaret Mahkemesi tarafından verilen kararlarının Türkiye’de tenfiz edilip edilmeyeceği konusunda ciddi belirsizlikler söz konusudur. Zira Hollanda Medeni Usul Kanunu’nun 431. maddesine göre, Hollanda’da sadece bu devlet ile tenfiz anlaşması olan ülkelerden verilen

88 Meselâ, yüksek dava harçları ve masraflar, çok sayıda ve farklı nitelikte sözleşmenin iç içe geçtiği uyuşmazlıklar bakımından tahkim sözleşmesine taraf olmayan kişilerin yargılamaya katılamaması, cebrî icra organlarını harekete geçirebilecek veya üçüncü kişileri bağlayan nitelikte geçici hukukî koruma tedbirine hükmedememe, bazı uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmaması, üçüncü kişilerin tanıklık yapmaya zorlanamaması, taraf avukatları üzerinde yeterli yaptırım yetkisi olmaması, başka davaların birleştirilememesi, içtihat geliştirme imkânı olmaması.

89 Bookman (n 9) 276. Milletlerarası ticaret mahkemeleri, mahkeme yargılaması ile tahkim yargılamasının birbirine tamamen zıt değil, hukukî uyuşmazlıkların çözümü bakımından birbirini tamamlar nitelikte kurumlar olduklarını göstermektedir (ibid 275).

90 Demeter and Smith (n 12) 445; Wilske (n 9) 168. Öğretilerde, milletlerarası ticaret mahkemelerinin kurulmasındaki en önemli itici gücün, tahkimle girişilen rekabet olduğu da ileri sürülmektedir. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Bookman (n 9) 261ff.

91 Wilske (n 9) 163-164.

92 Öte yandan, Dubai Milletlerarası Finans Merkezi (DIFC) Mahkemesi tarafından verilen kararların yine aynı mahkemece hakem kararına çevrilmesi (*conversion*) mümkündür. Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. Demeter and Smith (n 12) 454ff.

93 Akıncı (n 12) 8.

kararların tanınması ve tenfizi mümkündür (akdî mütakabiliyet). Bununla beraber, akdî mütakabiliyetin bulunmadığı durumlarda yabancı mahkeme kararını Hollanda’da tenfiz ettirmek isteyenlerin, yabancı mahkeme kararına konu teşkil eden ihtilâfî müstakil bir dava olarak Hollanda mahkemeleri önünde dava konusu yapmak ve yabancı kararın kısa bir özetini dosyaya sunmak suretiyle, bu karar üzerinden mahkemenin hüküm tesis etmesini isteyebilecekleri, Hollanda Yüksek Mahkemesi’nin geliştirdiği içtihatlar göre de bu yabancı karar Hollanda hukukunun aradığı kriterleri karşılamakta ise, yabancı mahkeme kararı doğrultusunda bir karar verileceği; bu şekilde verilen kararın, yabancı mahkeme kararı ile paralel olsa da, Hollanda mahkemesi tarafından verilmiş “müstakil” bir Hollanda mahkeme kararı olduğu ve “gizli tenfiz kararı” (*disguised exequatur*) olarak adlandırıldığı zira Hollanda mahkemesinde açılan davanın esas bakımından yeniden değerlendirilmediği, sadece yabancı mahkemede görülen davaya ilişkin bazı kriterlerin karşılanıp karşılanmadığına bakıldığı belirtilmektedir⁹⁴.

Hollanda Yüksek Mahkemesi içtihatlarına göre, Hollanda’da tenfizi mümkün olmamakla beraber, bu ülkede tenfizi istenen yabancı mahkeme kararı aşağıda sayılan dört kriteri karşıladığı takdirde *gizli tenfiz* olarak anılan karar verilebilmektedir:

- kararı veren yabancı mahkemenin yetkisinin, milletlerarası standartlar açısından genel kabul gören bir yetki prensibine dayanması,
- yabancı mahkeme kararının, âdil yargılama ilkelerine uygun bir yargılama neticesinde verilmiş olması,
- yabancı mahkeme kararının tanınmasının Hollanda kamu düzenine aykırı olmaması,
- yabancı mahkeme kararının, aynı taraflar arasındaki bir Hollanda mahkemesi kararıyla çatışmaması veya aynı taraflar arasında ve aynı uyumsuzluğa ilişkin olarak ve aynı dava sebebine binaen verilmiş olup Hollanda’da tanınabilir bir yabancı mahkeme kararı ile çatışmaması.⁹⁵

Bir Hollanda mahkeme kararının Türkiye’de tenfiz edilip edilmeyeceği MÖHUK m.54(a) uyarınca mütakabiliyete bağlıdır ve Hollanda ile Türkiye arasında mütakabiliyet bulunup bulunmadığı, yukarıda yapılan açıklamalar dairesinde Hollanda ile Türkiye arasında bir fiilî mütakabiliyet durumunun bulunup bulunmadığı konusunda Türk mahkemelerinin yapacağı değerlendirmeye bağlıdır. Ancak bu değerlendirmenin nasıl sonuçlanacağı belirsizdir. Demek ki Hollanda mahkemelerinde emek, zaman ve para harcanarak alınacak bir mahkeme kararının Türkiye’de icra edilmeme ihtimali bulunmaktadır. Milletlerarası ticaretle uğraşanlar bakımından bu belirsizlik, borçlunun malvarlığı değerlerinin Türkiye bulunduğu ve dolayısıyla borçlu aleyhine alınacak

94 Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8th edn, Beta 2020) 579-580.

95 ibid 580.

bir mahkeme kararının Türkiye’de icra edilmesinin gerekli olduğu hallerde Hollanda mahkemelerine müracaattan imtina etmeyi gerektirecek ölçüdedir.

Ancak Hollanda’da verilmiş bir hakem kararı, gerek Türkiye’nin gerekse Hollanda’nın taraf olduğu New York Konvansiyonu çerçevesinde Türkiye’de icra ettirilebilecektir. Bu itibarla; kararların icra kabiliyeti açısından bakıldığında ve Türkiye bakımından ele alındığında, tahkim yönteminin NCC’ye nazaran daha makbul olduğu söylenebilecektir.

Dolayısıyla Hollanda’nın NCC’ye daha geniş bir işlerlik kazandırmak istemesi hâlinde, akdî mütakabiliyetten vazgeçmesi veya mümkün mertebe çok sayıda devlet ile iki taraflı antlaşmalar yapması yahut âkit devlet mahkemeleri tarafından verilen kararların tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler de içeren 2005 tarihli “Yetki Anlaşmasına İlişkin Lahey Sözleşmesi”nin veya 2019 tarihli “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey Sözleşmesi”nin geniş çapta kabul görmesini beklemesi gerekecektir.

2. Esneklik – Usul Kuralları Bakımından

Milletlerarası ticaret mahkemelerinde -hususen NCC’de- mahallî hukuktan daha esnek usul kuralları uygulanmakta ve belirli bir ölçüde (özellikle ispat hukuku bakımından) taraflara irade serbestisi tanınmaktadır. Fakat yine de, usul kuralları bakımından belirli bir devlet hukukunun hâkimiyeti sürmektedir⁹⁶. Bu durum, tarafların yerel bir avukat tutmak zorunda kalmaları veya bu ihtiyacı hissetmeleri sonucunu doğurmaktadır⁹⁷.

Tahkimde ise tarafların iradesi, belirli bir devletin bütün usul hukuku sistemi tarafından değil, sadece tahkim yeri hukukunun veya ilgili kurumsal tahkimin emredici kuralları tarafından sınırlandırılmaktadır⁹⁸. Bu durum tahkimi öne çıkarmaya devam etmektedir.

3. Hakemlerin – Hâkimlerin Seçimi Bakımından

Tahkim usulünün taraflara sağladığı irade serbestisi doğrultusunda uyuşmazlığın tarafları, yargılamayı yapacak kişileri [hakem(ler)i] tayin edebilir fakat -NCC de dâhil olmak üzere- milletlerarası ticaret mahkemelerinde tarafların hâkimleri seçme imkânı bulunmamaktadır⁹⁹. NCC’de hâkim olmak için İngilizce bilmek ve bilgi birikimi bulunmak gibi şartların aranması NCC’yi diğer devlet mahkemelerine nazaran öne çıkarmakla birlikte, yargılamayı yapacak hâkimleri seçme imkânı bulunmayışı, NCC

96 Demeter and Smith (n 12) 446; Wilske (n 9) 182.

97 Ruckteschler and Stooss (n 9) 449.

98 Demeter and Smith (n 12) 446.

99 Demeter and Smith (n 12) 446; Bell (n 23) 212.

karşısında tahkim yöntemini öne çıkaran bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca hâkimlerin Hollanda vatandaşı olma zorunluluğu, tahkimde hakemlerin belirli bir devletin resmî görevlisi sıfatıyla hareket etmediği nazara alındığında, NCC aleyhine bir durum olarak görülebilir.

4. Dil Bakımından

Milletlerarası ticaret mahkemelerinde –hususen NCC’de- yargılamanın İngilizce yürütülebilmesi¹⁰⁰ ve kararın İngilizce verilmesi bu mahkeme lehine bir avantaj yaratmaktadır. Bu özelliği, milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümünde NCC’yi diğer devlet mahkemelerine nazaran öne çıkarmaktadır. Ancak tahkim yargılamanın sadece İngilizce değil tarafların istedikleri herhangi bir dilde yürütülebilir olması bazı işlem veya ilişkiler bakımından tahkim yöntemini öne çıkarabilecektir¹⁰¹.

Diğer yandan, NCC Bölge Mahkemesi tarafından verilen bir kararın NCC İstinaf Mahkemesi nezdinde incelenmesi sürecinin de İngilizce olması bir avantaj teşkil ederken, kararın Hollanda Yüksek Mahkemesi nezdinde temyiz edildiği hallerde Yüksek Mahkemenin temyiz sürecini Felemenkçe yürütme yetkisinin bulunması da NCC bakımından bir dezavantaj olarak görülebilir.

5. Yabancı Avukatla Temsil Bakımından

Milletlerarası ticaret mahkemelerinde yabancı avukatların görev yapması konusunda farklı uygulamalar görülmektedir. Bazı devletlerde yabancı avukatla temsil ancak sınırlı hallerde söz konusudur¹⁰². NCC’de ise Hollanda Barosu’na kayıtlı bir avukatla temsil zorunluluğu bulunmaktadır. Ancak tahkimde böyle bir sınırlama genelde bulunmamaktadır. Buna karşılık, devlet mahkemelerinde hâkimlerinin tayinlerinin çıkması sebebiyle, başladıkları yargılamaları karara bağlayamama riski bulunmakla birlikte, NCC bakımından davayı başından sonuna kadar aynı hâkimin yürütmesi kuralının getirilmiş olması, diğer devlet mahkemelerine nazaran avantaj olarak görülebilir ve tahkim ile milletlerarası ticaret mahkemelerinin ortak özelliği olarak değerlendirilebilir.

6. Gizlilik Bakımından

Uygulamada tahkim yargılamanın gizli olmasının kural, açık olmasının istisna olması gerektiği düşüncesi hâkimdir¹⁰³. Fakat milletlerarası ticaret mahkemelerinde

100 Wilske (n 9) 158.

101 Ruckteschler and Stooss (n 9) 448.

102 Demeter and Smith (n 12) 447; Wilske (n 9) 158. Örneğin DIFC yargulamalarında, sicile kayıtlı olmak kaydıyla yabancı avukatlar da vekillik yapabilir [Wilske (n 9) 162].

103 Arbitration Survey (n 7) 27-28; Bell (n 23) 212.

kural olarak alenîlik prensibi geçerlidir¹⁰⁴. NCC’de gerek duruşmalar gerekse kararlar bakımından alenîyet ilkesi hâkimdir. Bu durum ticarî sırların açıklanmaması ve ticarî itibarın zedelenmemesi düşünceleriyle tahkimin öne çıkmasına sebep olabilir.

7. Yargılama Masrafları Bakımından

Yargılama masraflarının yüksekliği, tahkim uygulayıcıları tarafından tahkimin en büyük dezavantajı olarak gösterilmektedir¹⁰⁵. Yargılama masraflarının dava konusunun değeri nispetinde hesaplandığı kurumsal tahkim yargılamalarıyla kıyaslandığında, maktu harç uygulayan milletlerarası ticaret mahkemelerinde (örneğin NCC) yargılama masrafları daha düşük olabilmektedir¹⁰⁶. Bununla birlikte milletlerarası ticaret mahkemelerindeki maktu harç uygulaması, dava konusunun değeri düşük olan davalar bakımından daha masraflı olabilir¹⁰⁷.

8. Görev Alanı Bakımından

Milletlerarası ticaret mahkemelerinde konu bakımından yetki alanı tahkime kıyasen daha geniş tutulmaktadır¹⁰⁸. Meselâ, aynî hak uyuşmazlıkları ve şirketler hukuku meseleleri, aile veya miras hukukuna ilişkin olup tarafların iradesine tâbi kılınmış meseleler; sigorta, finans, fikrî haklar, kamu ihaleleri, rekabet, telekomünikasyon, taşıma veya idarenin sorumluluğuna ilişkin meseleler; iflâs idarecisinin sorumluluğu veya *trusteenin* hukukî işlemlerinin iptali gibi iflâsa ilişkin meselelerin NCC’de görülme ihtimali bulunmaktadır (NCC Kuralları, s.31-32). Dolayısıyla, tahkime elverişli olmayan bazı uyuşmazlıkların milletlerarası ticaret mahkemelerinde görülmesi söz konusu olabilmektedir.

NCC örneğinde olduğu üzere, milletlerarası ticaret mahkemelerin konu bakımından yetki alanına, hakem kararının iptali davalarının da dâhil edilmesi kanaatimizce isabetlidir zira milletlerarası ticaretin işleyişinden ve milletlerarası tahkimin özelliklerinden

104 Demeter and Smith (n 12) 448; Wilske (n 9) 158; Ruckteschler and Stooss (n 9) 443.

105 Arbitration Survey (n 7) 7-8.

106 Meselâ İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM) bünyesinde yürütülen ve uyuşmazlık konusu değerinin 500.000TL olduğu bir tahkim yargılamasında idarî masraf tutarı 4.000TL, tek hakem ücreti 32.000TL, üç hakem ücreti ise 43.500TL’dir (<<https://www.itotam.com/Ucretler.aspx>> Erişim Tarihi 2 December 2020). İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) bünyesinde yürütülen ve uyuşmazlık konusu değerinin 500.000TL olduğu bir tahkim yargılamasında başvuru harcı 300TL, idarî masraf tutarı 6.500TL, tek hakem ücreti 23.000TL, hakem kurulu ücreti ise 33.000TL’dir (<<https://istac.org.tr/uyusmazlik-cozumu/masraflar-ve-ucretler/hesaplayici/>> Erişim Tarihi 2 December 2020). International Chamber of Commerce (ICC) bünyesinde yürütülen ve uyuşmazlık konusu değerinin 500.000USD olduğu olağan (*ordinary*) bir tahkim yargılamasında gider avansı 42.159USD, ortalama tek hakem ücreti 26.924USD’dir (<<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/costs-and-payments/cost-calculator/>> Erişim Tarihi 2 December 2020). London Court of International Arbitration (LCIA) bünyesinde yürütülen ve uyuşmazlık konusu değerinin 500.000 GBP olduğu tek hakemli bir tahkim yargılamasında taraf başına yaklaşık 70.000 GBP masraf oluşmaktadır (<<https://www.international-arbitration-attorney.com/lcia-arbitration-cost-calculator/>> Erişim Tarihi 2 December 2020). NCC’de ise, seri mahkeme yargılamaları da dâhil olmak üzere ilk derece ve istinaf yargılamaları için tarafların her birinin ödeyeceği maktu mahkeme harcı toplamda yaklaşık 50.000 Avro’dur.

107 Ruckteschler and Stooss (n 9) 444-445.

108 Demeter and Smith (n 12) 444.

yeterince haberdar olmayan devlet mahkemelerinin hakem kararının iptali davalarında verdikleri kararlar hatalı olabilmektedir. Ne var ki NCC uygulamasının aksine, bu konuda milletlerarası ticaret mahkemesine başvurunun taraflara bırakılmış bir tercih olmaktan çıkarılıp, bir zorunluluk olarak düzenlenmesi daha isabetli olacaktır.

Bir uyuşmazlığın NCC’de görülebilmesi için aranan şartlardan biri, yabancılık unsuru taşımasıdır ve NCC Kuralları’nda uyuşmazlığa yabancılık unsuru katan örnek haller çok geniş bir şekilde sayılmıştır (NCC Kuralları, s.32). Buna göre tarafların ikametgahı, kuruluş yeri, işlem yeri, uygulanacak hukuk¹⁰⁹, sözleşmenin dili¹¹⁰, çalışanların işyeri, konsolide cironun tahakkuk yeri, menkul kıymetlerin işlem yeri gibi bağlantı noktalarından hareketle yabancılık unsuru sağlanabilmektedir. Uyuşmazlığa yabancılık unsuru katan hallerin NCC’de tahdidî olarak sayılmaması kanaatimizce isabetli bir yaklaşımdır zira yabancılık unsurunun mevzuat tarafından değil mahkeme içtihatları ve öğretisi tarafından tanımlanması daha uygundur¹¹¹.

9. Hakemlerin Yaptırım Gücü Bakımından

Uygulamada tahkimin olumsuz olarak görülen yanlarından biri olarak, hakemlerin taraf avukatları üzerinde kısıtlı bir yaptırım gücüne sahip olması gösterilmektedir¹¹². Bu otorite zayıflığının ve “usule uygunluk paranoyası”nın, kararlarının iptal edilmesinden endişe duyan hakemlerin, avukatların yargılamayı sabote eden hareketlerine göz yummasına ve türlü taktiklerle davayı uzatmaya çalışan kötü niyetli avukatlara karşı etkisiz kalmasına sebep olabildiği ifade edilmektedir¹¹³. Bu durum aynı zamanda, tahkim yargılamasını yavaşlatabilecektir¹¹⁴. Buna karşılık, devlet mahkemesi niteliği taşımaları itibarıyla, milletlerarası ticaret mahkemelerinin, hakemlere nazaran, avukatlar üzerinde daha etkin bir yaptırım gücüne sahip olduğu iddia edilmektedir¹¹⁵. Ayrıca, tarafların dürüst davranma yükümlülüğü devlet yargısı bakımından usul kurallarında açıkça düzenlenmekte¹¹⁶ ve bu yükümlülüğe aykırı hareket edilmesi bazı yaptırımlara tâbi tutulmaktadır¹¹⁷.

109 Türk milletlerarası özel hukuk öğretisinde, objektif bir yabancılık unsuru içermeyen akıtlarla hukuk seçimi yapıp yapılamayacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur [bu konuda bkz. Şanlı, Esen and Ataman-Fıganmeşe (n 94) 297ff].

110 NCC Kuralları uyarınca, bir sözleşmenin Felemenkçe dışında bir dilde düzenlenmiş olması uyuşmazlığa yabancılık unsuru katarken, Türkiye’de Türk şirketlerinin taraf olduğu sözleşmelerin yabancı dilde düzenlenmiş olması 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun hükümlerine aykırı olarak değerlendirilebilmekte ve sözleşmenin geçersizliği dahi gündeme gelebilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Emre Esen, ‘İktisadi Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun’un Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi’ (2020) 40(1) PPIL 203.

111 4686 sayılı MTK m.2’de yabancılık unsurunun tanımlanmış olmasının kanun tekniği bakımından doğru olmadığı yönünde bkz. Şanlı (n 1) 341.

112 Arbitration Survey (n 7) 8, 27.

113 Arbitration Survey (n 7) 8; Ruckteschler and Stooss (n 9) 446.

114 Ruckteschler and Stooss (n 9) 446-447.

115 Bell (n 23) 209.

116 Meselâ bkz. 6100 sayılı HMK m.29.

117 Meselâ bkz. 6100 sayılı HMK m.327 ve m.329.

Devlet mahkemelerinde kural olarak tanıklık yapma mecburiyeti söz konusudur¹¹⁸. Bu doğrultuda devlet mahkemelerinin, usulüne uygun olarak çağrılan tanıkları zorla getirme yetkisi bulunmaktadır. Tahkimde ise tanıklık yapmak ihtiyarîdir.

NCC yargılamalarında ileri sürülen geçici hukukî koruma talepleri, Seri Yargılama Mahkemesi tarafından değerlendirilir (NCC Kuralları m.1.3.2). Bu itibarla, verilen kararlar devlet mahkemesi kararı niteliği taşıy ve devletin icra makamları tarafından cebren yerine getirilebilir. Buna karşılık hakem mahkemeleri, cebrî icra organlarını veya diğer resmî makamları harekete geçirebilecek yahut üçüncü kişileri bağlayıcı nitelikte geçici hukukî koruma tedbirine hükmedemez¹¹⁹.

10. Üçüncü Kişilerin Yargılamaya Dâhil Olması ve Davaların Birleştirilmesi Bakımından

Çok sayıda ve farklı nitelikte sözleşmenin iç içe geçtiği, dolayısıyla çok sayıda kişi veya ülkeyle bağlantılı uyumsuzluklar bakımından, tahkim sözleşmesinin üçüncü kişilere teşmil edilmemesi uygulamada bazı sorunlara neden olabilmektedir¹²⁰. NCC’de davanın tarafları, üçüncü kişilerin davaya katılması için talepte bulunabileceği gibi, üçüncü kişilerin de davacı veya davalının yanında yahut üçüncü bir taraf olarak davaya katılma talebinde bulunması mümkündür (NCC Kuralları m.6.4). Ayrıca, devlet yargılamalarında bulunan “mecburî dava arkadaşlığı” müessesesi¹²¹ de üçüncü kişilerin yargılamaya dâhil edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu itibarla, milletlerarası ticaret mahkemeleri, üçüncü kişilerin yargılamaya dâhil edilmesi konusunda tahkime nazaran avantajlıdır¹²².

NCC, diğer devlet yargılamalarında da görüldüğü üzere¹²³, bağlantılı davaların birleştirilmesine karar verebilmektedir (NCC Kuralları m.6.5). Buna karşılık, tahkim sözleşmesinin sadece taraflarını bağlaması nedeniyle, aynı tahkim sözleşmesine tâbi olmayan davaların birleştirilmesi de söz konusu olmayacaktır.

11. İddia ve Savunmayı Genişletme veya Değiştirme Yasağı Bakımından

Devlet mahkemelerindeki yargılamalarda kural olarak, davanın belirli bir aşamasından sonra iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasaktır¹²⁴. NCC yargılamasında ise, mahkeme nihaî kararını verinceye kadar, genişletmeye, daraltmaya veya değişikliğe müsaade edilmektedir (NCC Kuralları m.4.2). Tahkim

118 Meselâ bkz. 6100 sayılı HMK m.245.

119 Meselâ bkz. 4686 sayılı MTK m.6.

120 Demeter and Smith (n 12) 443; Arbitration Survey (n 7) 8.

121 Meselâ bkz. 6100 sayılı HMK m.59-60.

122 Wilske (n 9) 159; Bell (n 23) 211.

123 Meselâ bkz. 6100 sayılı HMK m.166.

124 Meselâ bkz. 6100 sayılı HMK m.141.

yargılamalarında da, taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça, yargılama sırasında iddia veya savunmaların değiştirilmesi veya genişletilmesine kural olarak izin verildiği görülmektedir¹²⁵. Dolayısıyla, iddia ve savunmayı genişletme veya değiştirme yasağı bakımından, NCC ile tahkim yargılamalarının birbirine yaklaştığı ve diğer devlet mahkemelerine nazaran daha avantajlı olduğu söylenebilir.

12. Yargılama Süresi Bakımından

Tahkim yargılamalarının tâbi olduğu usul kurallarında, taraflarca veya kurallarda belirlenen süre içerisinde nihaî hakem kararının verilmesi gerektiği düzenlenmektedir¹²⁶. Buna rağmen uygulamada, tahkim yargılamalarının arzu edilen süratte yürütülmediğinden yakınılmaktadır¹²⁷. NCC Kuralları'nda mahkemenin, davanın hızlı çözümü için gerekli tedbirleri alabileceği, tarafların makul olmayan gecikmeleri önleme konusunda birbirlerine karşı yükümlü oldukları ve mahkemenin her dava bazında usul işlemlerinin tamamlanması için gereken süreleri tayin edeceği düzenlenmektedir (NCC Kuralları m.3.4). NCC örneğinde olduğu üzere, milletlerarası ticaret mahkemesi hâkimlerinin, yargılamanın makul bir süre içerisinde yürütülmesi konusunda sahip olduğu yetkiler, bu mahkemeleri tahkime nazaran daha avantajlı kılabilir. Zira tahkimde, yargılama süresine ilişkin uyuşmazlıklarda yine devlet mahkemelerine başvuru söz konusu olabilmektedir¹²⁸.

13. Kanun Yollarına Başvuru Bakımından

Hakem kararlarına karşı doğrudan doğruya istinaf veya temyiz yoluna başvurunun kapalı olması tahkimin milletlerarası ticaret mahkemeleri karşısında daha avantajlı gözükmesine neden olabilir, zira bu durum hem yargılama sürecini hızlandırır hem de masrafları azaltır¹²⁹. Bununla birlikte, millî mevzuatlarda hakem kararlarına karşı iptal davası açılabilmesi ve iptal davası hakkında verilen kararlara karşı da istinaf ve/veya temyiz yoluna başvurulabileceği düzenlenmektedir¹³⁰. Milletlerarası tahkime ilişkin antlaşmalarda ve millî mevzuatlarda, hakem kararlarının denetimi bakımından “esasa girme yasağı” kabul edilmiş¹³¹ olmakla birlikte, hakem kararlarının iptal

125 Meselâ bkz. 4686 sayılı MTK m.10.

126 Meselâ 4686 sayılı MTK m.10 uyarınca; taraflar aksini kararlaştırmadıkça, tek hakemli davalarda hakemin seçtiği, birden çok hakemli davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir. Yine meselâ 6100 sayılı HMK m.427 uyarınca; taraflar aksini kararlaştırmadıkça, bir hakemin görev yapacağı davalarda hakemin seçtiği, birden çok hakemin görev yapacağı davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde, hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir.

127 Arbitration Survey (n 7) 8, 37.

128 Meselâ 4686 sayılı MTK m.10 uyarınca; tahkim süresi, tarafların anlaşamamaları hâlinde taraflardan birinin başvurusu üzerine asliye hukuk mahkemesince uzatılabilir.

129 Demeter and Smith (n 12) 449-450. Öte yandan bu durumu tahkimin olumsuz yanlarından biri olarak görenler de bulunmaktadır: bkz. Demeter and Smith (n 12) 444; Bell (n 23) 210.

130 Meselâ bkz. 4686 sayılı MTK m.15.

131 Şanlı (n 1) 379.

davasında ve iptal davasında verilen kararın da istinaf ve/veya temyiz incelemesinde kontrole tâbi tutulması, tahkim yargılamasının tercih sebeplerinden biri olan “hızlı sonuç elde etme” amacıyla bağdaşmayacaktır. Dolayısıyla, hakem kararlarının bir veya iki dereceli kontrol sistemine tâbi tutulduğu hallerde, tahkimin milletlerarası ticaret mahkemelerine nazaran sürat bakımından daha avantajlı olduğu düşüncesine tereddütle yaklaşılabilir.

Buna karşılık millî mevzuatlarda tahkim yargılamasının taraflarına, iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat etme imkânı da tanınmaktadır¹³². Aynı şekilde bazı milletlerarası ticaret mahkemelerinde (örneğin NCC veya SICC) tarafların istinaf veya temyizden feragat etmesi mümkündür. Bu açıdan milletlerarası ticaret mahkemeleri ile tahkimin birbirine yaklaştığı görülmektedir.

14. İçtihat Geliştirme Bakımından

Milletlerarası ticaret mahkemeleri, tahkim yargılamasında bulunmayan bir özellik olarak, içtihat geliştirme imkânına sahiptir¹³³. Bu durum, öngörülebilirlik ve hukukî güvenlik açısından faydalı olduğu gibi, maddî hukukun gelişmesine de katkı sağlar.

IV. Sonuç ve Değerlendirme

Günümüzde devletler bakımından vazgeçilmez bir kalkınma vasıtası olarak görülen milletlerarası ticaret ile hedeflenen amaçlara ulaşılabilmesi önemli ölçüde, milletlerarası ticarî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların en süratli, en ucuz ve en etkin yöntemle giderilmesine bağlıdır.

Milletlerarası ticarî faaliyetlerin temelinde daima bir akdî ilişkinin yer aldığı varsayıldığında, bu tür sözleşmelerin uyuşmazlıklara yol açmayacak surette hazırlanması için azamî gayretin sarf edilmesi hâlinde, potansiyel uyuşmazlıklar büyük ölçüde önlenmiş olacaktır. Ne var ki, bir sözleşme ne kadar ayrıntılı ve dikkatli hazırlanırsa hazırlansın uyuşmazlık doğma ihtimali her zaman mevcuttur ve bu ihtimalde artık uyuşmazlığın en ideal yoldan nasıl çözüleceği sorusu gündeme gelmektedir.

Doğmuş bir uyuşmazlığın en ideal çözüm yolu, uyuşmazlığın taraflarının sulh olmasıdır. Tarafların uyuşmazlıklarını sulh yoluyla çözüme kavuşturması, diğer olasılıklara nazaran, daha süratli, daha masrafsız ve daha dostane bir biçimde gerçekleşir. Ne var ki, uyuşmazlığın taraflarının sulh yoluyla çözüm sağlayamaması durumunda, çözüm için tek çare yargı yoluna başvurmaktır.

132 Meselâ bkz. 4686 sayılı MTK m.15.

133 Wilske (n 9) 158; Bell (n 23) 210; Ruckteschler and Stooss (n 9) 436-437.

Milletlerarası ticarî işlem ve ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların yargı yoluyla çözümü bakımından iki seçenek mevcuttur: *devlet mahkemeleri* veya *tahkim*. Bu seçeneklerden tahkim, uygulamada devlet mahkemelerine nazaran daha yaygın olarak tercih edilmektedir. Tahkimin tercih edilmesinde öne çıkan sebepler, esas itibarıyla, tahkimin tarafların serbest iradesine dayanan “özel” bir yargılama usulü olmasının ortaya çıkardığı sonuçlardır. Tahkim usulünün sağladığı irade serbestisi doğrultusunda tahkim sözleşmesinin tarafları; usule ve esasa ilişkin birçok hususu bizzat kararlaştırmak suretiyle yargılama faaliyetine yön verebilmektedir.

Buna karşılık devlet mahkemeleri, esasen yerel uyuşmazlıklara göre yapılandırılmış olup, milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümü için uzmanlığa sahip olmamaları ve ait oldukları devletin yargılama usulü kurallarına sıkı sıkıya bağlı olmaları nedeniyle davaların uzaması ve yargılama maliyetinin artması gibi sorunlar yaşanmaktadır. Ne var ki, bilhassa son beş yıllık süre içerisinde bazı devletlerin, milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümüne münhasır olarak yapılandırılan ve işleyen devlet mahkemeleri kurdukları gözlemlenmektedir. “Milletlerarası ticaret mahkemesi” olarak adlandırılan bu mahkemeler, âdeta tahkimin tahtına göz dikmektedir.

Milletlerarası ticaret mahkemeleri, yabancılık unsuru taşıyan ticarî işlem ve ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla kurulmuş, milli nitelikteki ihtisas mahkemeleridir. Bu nitelikte mahkemelere Dubai, Katar, Fransa, Singapur, Abu Dhabi, Almanya, Çin, Hollanda ve Kazakistan’da rastlanmakta olup, diğer bazı ülkelerde de bu nitelikte mahkemelerin kurulması değerlendirilmektedir.

Yabancılık unsuru içeren ticarî uyuşmazlıkları çözümlenmek üzere özel bir mahkeme kurulması fikrinin temelinde yer alan başlıca sebepler; yatırımcılar için güvenli bir uyuşmazlık çözüm ortamı oluşturmak suretiyle yabancı sermayenin ülkeye girmesini kolaylaştırmak ve milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümü için sunulan yargılama hizmetleri sektöründen gelir elde etmektir.

Milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümünde devlet mahkemelerinin tercih edilmemesine yol açan ve tahkimi popüler hâle getiren sebepler, milletlerarası ticaret mahkemelerinin hukukî rejiminin oluşturulmasına da etki etmiştir. Bu mahkemeler, tahkimin olumlu yanları ile devlet mahkemelerinin olumlu yanlarını bünyesinde toplamayı hedefleyen bir uyuşmazlık çözüm mekanizması getirme çabasının ürünü olarak gözükmektedir. Bu durum, dünyanın farklı ülkelerinde kurulmuş milletlerarası ticaret mahkemelerinin birçok ortak özellik taşımasına neden olmuştur. Dolayısıyla, çalışmamıza model olarak aldığımız Hollanda Ticaret Mahkemesi’nin hukukî rejimi diğer milletlerarası ticaret mahkemeleri bakımından da genel bir fikir vermektedir.

Hollanda Ticaret Mahkemesi, 1 Ocak 2019’da yürürlüğe giren kanunla kurulmuştur. Bu kanuni düzenlemeyle, mahkemelerin İngilizce hüküm vermeleri mümkün hâle

getirilmiş ve Hollanda Ticaret Mahkemesi'nde görülen yargılamalarda alınacak yargı harçları düzenlenmiştir. Hollanda Ticaret Mahkemesi'nin, biri ilk derece yargılaması diğeri istinaf yargılaması yürüten iki dairesi mevcuttur. Bu daireler, Amsterdam Bölge Mahkemesi'nin ve Amsterdam İstinaf Mahkemesi'nin özel birer dairesini teşkil etmektedir. Hollanda Ticaret Mahkemesi'nin iki dairesi de, tarafların anlaşmasına istinaden, bilhassa karmaşık yapıdaki milletlerarası ticarî uyuşmazlıklar bakımından ihtisas mahkemeleri olarak çalışmaktadır.

Hollanda Ticaret Mahkemesi'nde yürütülen yargılamalarda esasen Hollanda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan usul kuralları uygulanmakla birlikte, münhasıran NCC yargılamalarında uygulanmak üzere NCC Kuralları adı altında bir dizi usulî kural kabul edilmiştir.

NCC Kurallarında; mahkemeye başvuru koşulları, mahkemenin teşkili, yargılamanın dili, sürelerin tayini, davanın başlatılması ve davaya cevap, karşı dava, iddianın veya savunmanın değiştirilmesi/genişletilmesi, geçici hukukî koruma talepleri, üçüncü kişilerin davaya katılması, davaların birleştirilmesi, bekletici sorun, duruşmaların yapılması, delil sözleşmesi, nihaî kararın verilmesi, yargılama giderleri, kanun yolları, hakem kararlarının iptali için dava açma imkânı gibi hususlara ilişkin hükümler yer almaktadır.

Bir uyuşmazlığın “milletlerarası ticarî dava” sayılarak Hollanda Ticaret Mahkemesi'nde görülebilmesi için; tarafların iradelerine tâbi bir işle bağlantılı ve hukukî veya ticarî nitelikte bir mesele olması, Alt Bölge Mahkemesi'nin yetkisine veya başka bir mahkeme yahut dairenin kesin yetkisine girmemesi, yabancılık unsuru taşınması, Amsterdam Bölge Mahkemesi'nin yetkili olması ve tarafların, yargılamanın NCC Bölge Mahkemesi'nde İngilizce olarak yürütülmesi konusunda açıkça ve yazılı şekilde anlaşmış olmaları gerekir. NCC Kuralları'nda uyuşmazlığa yabancılık unsuru katan örnek haller çok geniş bir şekilde sayılmıştır. Buna göre tarafların ikametgahı, kuruluş yeri, işlem yeri, uygulanacak hukuk, sözleşmenin dili, çalışanların işyeri, konsolide cironun tahakkuk yeri, menkul kıymetlerin işlem yeri gibi bağlantı noktalarından hareketle yabancılık unsuru sağlanabilmektedir.

Milletlerarası ticaret mahkemeleri, Hollanda Ticaret Mahkemesi modeli üzerinden tahkimle kıyaslandığında bu mahkemelerin tahkime nazaran bazı açılardan daha avantajlı, bazı açılardan daha dezavantajlı olduğu, bazı açılardan ise tahkimden pek de farklı olmadığı görülmektedir.

Hakem kararlarının yüksek icra kabiliyeti, usul kuralları bakımından esneklik, yargılama yapan kişileri ve yargılama dilini seçme serbestisi, yabancı avukatla temsil edilebilme ve gizlilik bakımından tahkimin milletlerarası ticaret mahkemeleri karşısında daha avantajlı olduğu söylenebilir. Buna karşılık; uyuşmazlık konusunun yüksek değerde olduğu davalar bakımından tahkim yargılamasının masraflı olması, bazı

uyuşmazlık türlerinin tahkime elverişli kabul edilmemesi, taraf avukatları üzerindeki yaptırım gücü, tanıklık yapma mecburiyeti, cebrî icra organlarını harekete geçirebilecek veya üçüncü kişileri bağlayıcı nitelikte geçici hukukî koruma tedbirine hükmedebilme, üçüncü kişilerin yargılamaya dâhil edilmesi, davaların birleştirilebilmesi, yargılama süresi ve içtihat geliştirme bakımından milletlerarası ticaret mahkemelerinin tahkim karşısında daha avantajlı olduğu söylenebilir. Öte yandan; yargılamanın başından sonuna kadar aynı kişi(ler) tarafından yürütülmesi, iddia ve savunmayı genişletme veya değiştirme yasağının daha esnek uygulanması ve kanun yollarına başvurudan feragat bakımından tahkim ile milletlerarası ticaret mahkemelerinin birbirine yaklaştığı söylenebilir. Milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümü bakımından milletlerarası ticaret mahkemelerinin diğer devlet mahkemelerine kıyasen çok daha avantajlı bir mekanizma sunduğu ise aşikârdır.

Milletlerarası ticaret mahkemeleri, bütün avantaj ve dezavantajlarıyla birlikte değerlendirildiğinde, milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin sahip olduğu egemenliği bir ölçüde sarsabilecektir. Görece yakın bir geçmişte kuruldukları göz önüne alındığında bu mahkemelerin başarılı olup olmayacağını görmek için bir süre daha beklememiz gerekmektedir. Fakat şurası bir gerçek ki, tahkimi tahtından indirme konusunda milletlerarası ticaret mahkemelerinin önündeki en büyük engel kararların icra kabiliyeti noktasındadır. Zira hakem kararlarının yüksek icra kabiliyeti, uygulamada tahkimin tercih edilmesindeki en önemli sebep olarak gösterilmektedir ve böyle bir icra kabiliyeti milletlerarası ticaret mahkemeleri tarafından verilen kararlarda -en azından şimdilik- bulunmamaktadır. Millî mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda geniş katımlı küresel düzeyde bir milletlerarası antlaşma bulunmamasının yanı sıra, tenfiz devleti ile ilâmın verildiği devlet arasında “mütekabiliyet” aranması nedeniyle yabancı mahkeme kararlarının icrasında yaşanan güçlükler, milletlerarası ticaret mahkemeleri tarafından verilen kararlar bakımından da söz konusu olacaktır.

Teşekkür: Yazarlar, İngilizce inceleme için Enago'ya (www.enago.com) teşekkür etmektedirler.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Acknowledgement: The authors would like to thank Enago (www.enago.com) for the English language review.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (4th edn, Vedat 2016).

Bauw E, 'Commercial Litigation in Europe in Transformation: The Case of the Netherlands Commercial Court' (2019) 12 *Erasmus L Rev* 15-23.

- Bell G F, 'The New International Commercial Courts - Competing with Arbitration - The Example of the Singapore International Commercial Court' (2018) 11 *Contemp Asia Arb J* 193-216.
- Boele-Woelki K and van Iterson D, 'The Dutch Private International Law Codification: Principles, Objectives and Opportunities' (2010) 14(3) *Electronic Journal of Comparative Law* 1-31.
- Bookman P K, 'The Adjudication Business' (2020) 45 *Yale J Int'l L* 227-283.
- Carr I and Stone P, *International Trade Law* (5th edn, Routledge 2014).
- Demeter D R and Smith K M, 'The Implications of International Commercial Courts on Arbitration' (2016) 33 *J Int'l Arb* 441-469.
- Deskoski T and Dokovski V and Kocev L, 'The Birth and Rise of the International Commercial Courts in Paris - Boosting Litigation or Alternative to Arbitration' (2019) 10 *Iustinianus Primus L Rev* 29-41.
- Esen E, 'İktisadi Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun'un Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi' (2020) 40(1) *PPIL* 203-229.
- Freedman C and Farrell J, *Kendall on Expert Determination* (5th edn, Sweet & Maxwell 2015).
- Gaillard E and Pinsolle P, 'The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences' (2004) 20(1) *Arbitration International* 13-38.
- Gaillard E and Savage J (eds), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (Wolters Kluwer 1999).
- Giray F K, 'Milletlerarası Tahkimde Gizlilik' (2015) 4(2) *UTTDER* 65-121.
- Hausmaninger C, 'The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure: A Step Towards Solving the Problem of Provisional Relief in International Commercial Arbitration?' (1992) 7(1) *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 82-113.
- [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF)
- <https://court.aifc.kz>
- <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/costs-and-payments/cost-calculator>
- <https://istac.org.tr/uyusmazlik-cozumu/masraflar-ve-ucretler/hesaplayici/>
- <https://www.adgm.com/adgm-courts>
- <https://www.cfr.org/background/chinas-massive-belt-and-road-initiative>
- <https://www.difccourts.ae>
- <https://www.difccourts.ae/2018/01/25/global-and-local-challenges-in-commercial-dispute-resolution>
- <https://www.government.nl>
- <https://www.international-arbitration-attorney.com/lcia-arbitration-cost-calculator>
- <https://www.itotam.com/Ucretler.aspx>
- <https://www.qidrc.gov.qa>
- <https://www.rechtspraak.nl>
- <https://www.sicc.gov.sg>
- Kotb A, 'Alternative Dispute Resolution: Arbitration Remains a Better Final and Binding Alternative than Expert Determination' (2017) 8 *QMLJ* 125-138.

- Kramer X and Sorabji J, 'International Business Courts in Europe and beyond: A Global Competition for Justice' (2019) 12 Erasmus L Rev 1-9.
- Lew J D.M., Mistelis L A. and Kröll S M., *Comparative International Commercial Arbitration* (Wolters Kluwer 2003).
- Matic N, 'Switzerland: In The Pipeline: Zurich International Commercial Court' (*Mondaq*, 13 October 2018).
- Mollengarden Z, 'One-Stop Dispute Resolution on the Belt and Road: Toward an International Commercial Court with Chinese Characteristics' (2019) 36 UCLA Pac Basin LJ 65-111.
- Peetermans E and Lambrecht P, 'The Brussels International Business Court: Initial Overview and Analysis' (2019) 12 Erasmus L Rev 42-55.
- Pekcanitez H, Atalay O and Özekes M, *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı* (5th edn, Vedat 2017).
- Reif L C, 'The Use of Conciliation or Mediation for the Resolution of International Commercial Disputes' (2007) 45 Can Bus LJ 20-47.
- Ruckteschler D and Stooss T, 'International Commercial Courts: A Superior Alternative to Arbitration?' (2019) 36(4) Journal of International Arbitration 432-449.
- Sanson M, *Essential International Trade Law* (Cavendish 2002).
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8th edn, Beta 2020).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019).
- Themeli E, 'Matchmaking International Commercial Courts and Lawyer's Preferences in Europe' (2019) 12 Erasmus L Rev 70-81.
- Tüysüz C, 'Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü' (2017) 37(2) MHB (Yücel Sayman'a Armağan) 846-873.
- Ünyılmaz H, *Uluslararası Hukukta Uyuşmazlıkların Diplomatik Yollarla Çözümü* (Seçkin 2017).
- Wilske S, 'International Commercial Courts and Arbitration - Alternatives, Substitutes or Trojan Horse' (2018) 11 Contemp Asia Arb J 153-192.
- Yasan C, 'Milletlerarası Tahkimde Gizlilik' (2011) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan) 777-806.



Aile Hukuku Hakemleri Enstitüsü Kuralları Uyarınca Aile Hukuku Tahkimi

Family Law Arbitration According to Institute of Family Law Arbitrators' Rules

Ayşe Yasemin Aydoğmuş*

Öz

Tarihsel açıdan kökeni çok eskiye dayanan tahkim kavramı genel olarak ticaret hukuku alanında tercih edilen bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmuştur. Günümüzde ise tahkime konu olabilecek uyuşmazlıkların kapsamının genişletilmesine yönelik çalışmalar yapılmaktadır. Bu bağlamda son yıllarda gündeme gelen hususlardan biri de aile hukuku tahkimidir. Birleşik Krallık'ta bu amaçla kurulmuş olan Aile Hukuku Hakemleri Enstitüsü de aile hukuku tahkiminde önemli bir yere sahiptir. Aile Hukuku Hakemleri Enstitüsü bünyesinde yürütülecek olan tahkim yargılamalarında finansal ve çocuklara dair uyuşmazlıkların çözümü kapsamlı ve konu özeline dair detaylı düzenlemelerden oluşan kurallar ışığında gerçekleştirilmektedir. Aile hukuku ve tahkim alanında uzman kişilerden oluşan enstitü ve bu kişiler tarafından hazırlanmış tahkime dair genel düzenlemelere paralel kurallar aile hukuku tahkimine ışık tutmak, aile hukuku tahkiminin ticari tahkimden farklılıklarını ortaya çıkarmak, aile hukukuna özgü gereksinimleri karşılamak ve özellikle kamusal niteliği olan hususlarda güvenli adımlar atmak adına son derece önemlidir. Çalışmamızın amacı bu kurum ve aile hukuku tahkim kurallarını inceleyerek doktrine katkı sağlamaktır.

Anahtar Kelimeler

Aile hukuku, Tahkim, Tahkime elverişlilik, Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, Mal rejimi, Velayet

Abstract

Arbitration which has a long history is a dispute resolution method generally preferred for commercial disputes. Today, studies are trying to extend the scope of disputes subject to arbitration, including family law arbitration. The Institute of Family Law Arbitrators (IFLA) was established in the United Kingdom for that purpose and has an important role in family law arbitration. For trials to proceed before the IFLA detailed and specialized rules for the settlement of financial and child-oriented disputes are used. The institute was established by experts in family law and arbitration law. The family law arbitration rules they established run parallel to general arbitration rules and differentiate family law arbitration from commercial arbitration by responding to the special needs of family law and taking secure steps with issues of a public nature. This paper contributes to the legal doctrine by analyzing the institute's family law arbitration rules.

Keywords

Family law, Arbitration, Arbitrability, Alternative dispute resolution methods, Marital property, Custody

* Sorumlu Yazar: Ayşe Yasemin Aydoğmuş (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: yasemin.aydogmus@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-3265-4178

Atf: Aydogmus AY, "Aile Hukuku Hakemleri Enstitüsü Kuralları Uyarınca Aile Hukuku Tahkimi" (2020) 40(2) PPII 1261. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.823277>



Extended Summary

In today's world, although alternative dispute resolution methods are preferred for commercial disputes some countries are developing systems for the resolution of civil law disputes. In many countries, this has been and remains a long-discussed issue due to their legal system, public policy, the nature of disputes, their sociological background, citizens' economic power, religious considerations, and many other reasons. Today, as a result of the regulations prepared over the last 20 years, family law arbitration has become an alternative dispute resolution method in some parts of the world. One of the most important examples of institutions working in the field of family law arbitration is the Institute of Family Law Arbitrators (IFLA). This paper examines its rules, its properties, and its system while discussing its advantages and disadvantages.

IFLA is a not-for-profit organization, created by the Chartered Institute of Arbitrators, the Family Law Bar Association, and the family lawyers' group resolution, in association with the Centre for Child and Family Law Reform. IFLA has a dual system of family law arbitration. Disputes to be settled before IFLA can be categorized either as a financial dispute or a dispute about children. The two schemes are called the Financial Scheme and the Children's Scheme. IFLA schemes were created by a collaboration between member organizations. IFLA has developed these two schemes to help parties resolve family law disputes quickly and cheaply, by using a flexible and less formal procedure than a regular court. Both schemes have their own arbitration rules and panel of arbitrators. Each scheme operates according to its own rules that have been specially designed to meet the particular needs of family arbitration for application by specialist arbitrators.

Once parties apply to IFLA the first step is determining the scheme to be applied. Here parties are free to decide; however, according to the rules, both the IFLA and the arbitrator appointed to resolve the dispute have the power to determine if the said dispute may not be subject to a proceeding under the chosen scheme. The two schemes have largely parallel regulations. However, sometimes, due to the nature of the disputes, there are some differences or detailed regulations that must be applied. In this paper, the rules about the scope of family law arbitration schemes will be examined in detail along with the arbitration procedure, the appointment of the arbitrator, the power of the arbitrator, the award or determination after the proceedings, the costs, and other important IFLA family law arbitration rules, together with a comparison of the two schemes. In this way, family law arbitration that is a relatively new legal notion will be introduced to Turkish doctrine.

Aile Hukuku Hakemleri Enstitüsü Kuralları Uyarınca Aile Hukuku Tahkimi

I. Giriş

Dünyada uyuşmazlıkların çözümü alanında meydana gelen değişiklik ve gelişmelerin ticari ilişkiler üzerinde yoğunlaştığı gözlemlense de; medeni hukuk alanında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde de bu değişim ve gelişimin etkilerine rastlanmaktadır¹. Bu etkilerin bir yansıması da aile hukuku alanında ortaya çıkan uyuşmazlıkların alternatif çözüm yolları ve özellikle tahkim yoluyla çözümlenemeyeceğine ilişkindir². Elbette bu konu doğrudan aile hukuku uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olup olmadığı hususu ile bağlantılıdır. Devlet yargısına alternatif oluşturan tahkim yargılaması ile ilgili olarak en çok tartışılan hususlardan biri uyuşmazlık konusunun tahkime elverişliliğidir. Türk hukukunda tahkime elverişlilik kavramı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu³ m. 408 ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu⁴ m. 1 çerçevesinde şekillenmektedir. Buna göre Türk hukukunda taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı kabul edilmektedir⁵. Tahkime elverişlilik kavramı farklı hukuk düzenlerinde her bir ülkenin ekonomik ve sosyolojik yapısı, ülkelerin gelişmişlik düzeyi ve hukuk sistemleri uyarınca değişiklik göstermektedir⁶. Türk hukukunda kabul edilen iki tarafın iradelerine tabi olmayan

- 1 Örneğin Türk hukukunda tüketici hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuk ve zorunlu tahkimin uygulama alanı bulmasının yanı sıra, ihtiyari tahkimin de mevzuat bağlamında mümkün olduğuna ya da aile hukuku uyuşmazlıklarının bir kısmının arabuluculuğa elverişli olduğuna dair görüşler mevcuttur. Tüketici hukuku uyuşmazlıklarında ihtiyari tahkimin önünde hukuki engel bulunmadığına dair bkz. Gökçe Kurtulan, "Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği" (2017) 131 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 255. Aile hukuku uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişliliği hakkında bkz. Alper Uyumaz and Kemal Erdoğan, "Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları", (2015) 17(1) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, 140 – 160. Çalışmamızın konusu olan İngiltere ve Galler haricinde İskoçya, Kanada ve Almanya'da aile hukuku tahkimi hakkında bkz. Öncü Serter, "Aile Hukukunda Tahkim" in Günseli Öztekin Gelgel and Faruk Kerem Giray (eds), Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler (Beta 2017) 265 – 271, Amerika Birleşik Devletleri'nde aile hukuku tahkimi için bkz. George K. Walker, "Family Law Arbitration: Legislation and Trends" (2008) 21 Journal of American Academy of Matrimonial Lawyers 521 vd., Audrey J. Beeson Esq., "Arbitration. A Promising Avenue For Resolving Family Law Cases?" (2018) 18 Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 213 vd., Lynn P Burelson, "Family Law Arbitration: Third Party Alternative Dispute Resolution" (2008) 30 Campbell Law Review 297, 300 vd.
- 2 Doktrinde tahkimin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olup olmadığına dair farklı görüşler mevcuttur. İlgili görüşler için bkz. Süha Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", (2006) 64 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 171. Çalışmamızda bu konuya dair detaylı bir incelemeye yer verilmeksizin tahkim genel anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında kabul edilecektir.
- 3 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.1.2011, RG 4.2.2011/27836.
- 4 Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kanun Numarası: 4686, Kabul Tarihi: 21.6.2001, RG 5.7.2001/24453.
- 5 Tahkime elverişlilik kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (Vedat 2010) 7 vd., özellikle objektif tahkime elverişlilik hakkında bkz. 15. Doktrinde, mevzuatımızda tahkime elverişliliğin kriteri olarak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilme ilkesinin benimsenmiş olmasına rağmen taşınmazların ayırdınan doğan ihtilafların tahkime elverişli sayılmamasının çelişkili bir durum olduğunu ileri süren görüş için bkz. Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Aktülerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019) 341 – 341. Tahkime elverişlilik ile ilgili olarak mülga mevzuat döneminde çeşitli görüş ayrılıkları yaşanmıştır. HMK m. 450 ile yürürlükten kaldırılan 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (RG 2, 3, 4.7.1927/622, 623, 624) m. 518 "Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez" hükmünü amir idi. Bu nedenle de tahkime elverişlilik ile ilgili olarak HUMK ve MTK arasındaki farklılıktan kaynaklanan bir görüş ayrılığı mevcuttur. HMK'da ilgili maddenin MTK'ya paralel şekilde düzenlenmesi ile bu görüş ayrılığının sebebi ortadan kaldırılmıştır. HUMK ve MTK düzenlemeleri kapsamında tahkime elverişlilik hakkındaki görüşler için bkz. Huysal (n5) 16 – 18.
- 6 Huysal (n 5) 26 vd.

işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar kavramı elbette yoruma açık bir kavramdır. Özellikle aile hukuku gibi kamusal yönü de bulunan ve ticaret hukukuna kıyasla farklı öncelikleri olan bir alanın tahkime elverişli olup olmadığı tartışmaya açık bir husustur.

Tahkimin sahip olduğu avantajlar dikkate alındığında aile hukuku uyuşmazlıklarının tamamının olmasa dahi bir kısmının bu avantajlardan faydalanmak adına tahkime elverişli olarak kabul edilebileceği ileri sürülebilirse de; aile hukukunun kamusal yönü, içinde yaşadığımız toplumun sosyolojik yapısı, aile dinamikleri ve aile hukuku uyuşmazlıklarının farklı boyutlarda yarattığı etkiler dikkate alındığında aile hukuku tahkiminin son derece dikkatle ele alınması gerektiği ortadadır. Aile hukuku tahkimine yönelik tartışmaların bir kısmı dini temelli bir kısmı ise yargısal faaliyetlerin yürütülmesine yöneliktir⁷. Kanaatimizce aile hukuku tahkiminin salt bir yargılama faaliyeti olarak ele alınması mümkün değildir. Sosyolojik yönü ve toplumsal etkileri son derece güçlü olan bu faaliyet her bir toplumun kendi dinamikleri dahilinde değerlendirilmeli ve toplumsal ihtiyaçlar çerçevesinde uygulama alanı bulup bulmaması gerektiğine karar verilmelidir⁸.

Halihazırda Türk hukukunda aile hukuku uyuşmazlıklarının tahkime konu olmasına dair güncel bir tartışma ya da gelişme mevcut değildir. Burada aile hukuku tahkimi konusu Türk hukuku ile ilişkilendirilmeden, sadece IFLA kurumu ve tahkim kuralları açıklanmak suretiyle ele alınacaktır. Bu çalışma, Birleşik Krallık'ta devam eden uygulamayı tanıtarak dünyada bu konuda yürütülen faaliyetleri ortaya koymayı ve ilgilileri Birleşik Krallık'ta yürütülen aile hukuku tahkimine dair bilgilendirmeyi hedeflemektedir. Kanaatimizce mevzuatımızda yer almayan aile hukuku tahkimi müessesesini tanıtmak için konunun öncü kurumlarından biri olan Aile Hukuku Hakemleri Enstitüsü'nün (Institute of Family Law Arbitrators ("IFLA")) kuralları ve sistematüğinden faydalanılması hukuki müesseseyi anlamak ve ticari tahkimden farklılıklarını ortaya koymak adına faydalı olacaktır.

II. Aile Hukuku Hakemleri Enstitüsü'nün Kuruluşu ve Faaliyet Alanı

Birleşik Krallık hukukunda, Türk hukukunda olduğu gibi, tahkim genel anlamda ticari uyuşmazlıklar bakımından tercih edilen ve genel çerçevesi 1996 tarihli Tahkim Kanunu⁹ ile çizilmiş bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. 1996 tarihli Tahkim Kanunu tahkim yargılamasına dair genel esasları, tahkim sözleşmesi, tahkim yargılaması,

7 Serter (n 1) 259. Bu bağlamda aile hukuku tahkiminin tarihsel boyutu ile ilgili olarak bkz. Burak Huysal, "International Family Law Arbitrations" Rona Aybay'a Armağan (1) (2015) 1353 - 1354.

8 Bu noktada aile hukuku tahkimi bakımından tahkime hakim genel ilkeler ile çocuğun yüksek menfaati arasındaki ilişkiye dikkat edilmelidir. Devlet mahkemelerinde hakimler öncelikle çocuğun üstüne menfaatini dikkate alırlar, ancak tahkimde asıl olan tarafların iradeleridir. Dolayısıyla aile hukuku tahkiminde taraf iradesiyle çocuğun üstün menfaatinin birbirleriyle örtüşmemesi halinde sorunlar ortaya çıkabilir. Aile hukuku tahkiminde bu konunun mutlak surette dikkate alınması gereklidir. Huysal (n 7) 1362.

9 1996 tarihli Tahkim Kanunu (Arbitration Act 1996) için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents> 24.10.2020.

hakem heyetinin oluşturulması, hakem kararı, masraflar ve devlet mahkemelerinin tahkim yargılamasına müdahalesi gibi konuları düzenlemektedir. Bu bağlamda 1996 tarihli Tahkim Kanunu hem UNCITRAL Model Kanunu'na hem de bu kanundan faydalanılarak hazırlanmış olan bir çok devletin tahkim mevzuatına benzerlik göstermektedir¹⁰. Birleşik Krallık'ta tahkim yargılamaları devam ederken, aslında 1996 tarihli Tahkim Kanunu'nda aile hukuku uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olmadığına dair bir hüküm yer almamasına rağmen, hukukçuların genel olarak aile hukukunun tahkime elverişli olmadığına kanaat getirmesi ve mevzuatta da bu konuda özel düzenlemeler bulunmaması nedeniyle yakın zamana dek aile hukuku alanında tahkime gidilmemiştir¹¹. Zaman içerisinde tahkimin avantajlarından aile hukuku alanında da faydalanmak isteyen ve bu konuda çaba gösteren kişiler IFLA'nın kurulmasını sağlamıştır¹².

IFLA İngiltere ve Galler'de aile tahkiminin sistematikleşmesi ve kurumsallaşmasına yardımcı olan, uygulamacılar ile halkı bilgilendirmek konusunda etkin faaliyetler yürüten bir kurumdur¹³. İngiltere ve Galler'de 2012 yılında kurulmuş olan IFLA, Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb)¹⁴, Aile Hukuku Barosu (The Family Law Bar Association (FLBA))¹⁵ ve aile hukuku alanında faaliyet gösteren hukukçular topluluğu Resolution¹⁶ tarafından Aile ve Çocuk Hukuku Reformu Merkezi'nin (Centre for Child and Family Law Reform)¹⁷ katkılarıyla kurulmuş kar amacı gütmeyen bir kuruluştur¹⁸. Hem aile hukuku hem de tahkim alanında uzmanlaşmış örgütlerin birlikte hareket etmesi sonucunda kurulan IFLA iki alanda da uzman kişilerin tecrübeleri ve öngörülerinden faydalanarak İngiltere ve Galler'de aile hukuku uyuşmazlıklarında tahkime gidilmesi halinde izlenmesi gereken yol ve dikkat edilmesi gereken unsurları

- 10 Mevzuatlarını Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanunu'ndan faydalanarak hazırlayan ülkelerin listesi ve güncel durumları için bkz. https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status 7.11.2020.
- 11 Timothy Scott QC, *Family Arbitration: An Introduction* para 2 <https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed90447> 24.10.2020.
- 12 Scott QC (n 10) para 3, Wendy Kennett, "It's Arbitration, But Not As We Know It: Reflections on Family Law Dispute Resolution" (2016) 30 *International Journal of Law, Policy and The Family* 1.
- 13 Birleşik Krallıklar içerisinde İngiltere ve Galler, İskoçya ve Kuzey İrlanda olmak üzere her biri birbirinden ayrı yargı teşkilatına sahip üç farklı yargı yetkisi bulunmaktadır. Birleşik Krallık parlamentosu tarafından düzenlenen bazı istisnai alanlar olmakla beraber çalışmamızın konusu olan aile tahkimi bölgeseldir. <https://libguides.bodleian.ox.ac.uk/c.php?g=422832&p=2887371> 30.9.2020.
- 14 CI Arb uluslararası alanda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulamasını iyileştirmek ve geliştirmek için çalışan, bu bağlamda eğitimler veren, akademik yayımlar hazırlayan, araştırmalar yapan, 149 ülkeden binlerce üyesi bulunan Birleşik Krallık 'ta kurulmuş kar amacı gütmeyen bir kuruluştur. <https://www.ciarb.org/about-us/about/> 30.9.2020.
- 15 FLBA 1700'den fazla aile hukuku alanında uzmanlaşmış avukat (dava vekili) üyesi bulunan aile hukuku odaklı Londra merkezli bir barodur. <https://www.flba.co.uk/> 30.9.2020.
- 16 Resolution aile hukuku uyuşmazlıklarının yapıcı şekilde çözülmesi amacıyla 1982 yılında kurulan ve günümüzde 6500'den fazla üyesi bulunan aile hukuku alanında faaliyet gösteren hukukçulardan oluşan bir topluluktur. <https://resolution.org.uk/about-us/> 30.9.2020.
- 17 The Centre for Child and Family Law Reform City Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından desteklenen avukatlar, hakimler ve akademisyenlerin mevcut aile hukuku düzenlemeleri ve içtihatları üzerinde çalışarak gerekli yerlerde değişiklikler yapılmasına yardımcı olmak adına faaliyet gösterdiği bir araştırma merkezidir. <https://www.city.ac.uk/about/schools/law/research/centre-on-child-and-family-law-reform> 30.9.2020.
- 18 <http://ifla.org.uk/about-ifla/> 30.9.2020.

ortaya koymak adına şemalar oluşturmuştur. IFLA şemaları olarak adlandırılan bu şemalar IFLA bünyesinde yürütülen yargılamalarda kullanılmaktadır.

Konuların geniş kapsamı dikkate alınarak IFLA bünyesinde gerçekleştirilecek tahkim yargılamaları finansal uyumsuzluklar ve çocuk ile ilgili uyumsuzluklar olmak üzere ikiye ayrılmıştır. IFLA 2012 yılında Finansal Şemayı, 2016 yılında ise Çocuk Tahkimi Şemasını yayınlamıştır¹⁹. Zaman içerisinde bu şemalar revize edilmiştir. Halihazırda Finansal Şema'nın 2018 yılında yürürlüğe giren altıncı edisyonu²⁰ ve Çocuk Şeması'nın 2020 yılında yürürlüğe giren dördüncü edisyonu²¹ kullanılmaktadır. Her bir şema aile hukukunun kendine has özellikleri dikkate alınarak hazırlanmıştır.

Aile hukuku tahkimi ile güdülen amaç aile hukuku uyumsuzluklarını mahkemelere kıyasla daha hızlı, daha ucuz, daha esnek şekilde, uzman kişiler tarafından daha az formalite içerisinde çözmektir²². Bu bağlamda aile hukuku tahkiminin ticari tahkime ve yatırım tahkimine paralel avantajları olduğu kabul edilebilir. Zira tahkimin devlet mahkemelerine göre tarafsız, bağımsız ve daha hızlı olması, tahkim yargılamasında gizliliğin hakim olması, yargılamanın konusunda uzman kişiler tarafından yürütülüyor olması, yabancı hakem kararlarının tenfizinin yabancı mahkeme kararlarına göre daha kolay olması ve tahkime taraf iradesinin hakim olması²³ doktrinde tahkimin avantajları olarak sayılmaktadır²⁴. IFLA, halkı bilgilendirmeye yönelik olarak hazırladığı kitapçığında aile tahkiminin aile hukuku kaynaklı uyumsuzlukları hızlı şekilde, mahkeme masrafları ve mahkemenin katı kuralları olmaksızın çözmek için ideal olduğunu dile getirmiştir²⁵. İlgili bilgi notunda, aile hukuku tahkiminin çok yaygın olmaması sebebiyle, yanlış anlaşılmalara ve önyargılara bertaraf etmek adına, yargılamalarda tarafların savunma hakkına riayet edileceği, hakemlerin her biri

19 IFLA, FAQs <http://ifla.org.uk/what-is-arbitration/faqs/> 30.9.2020.

20 1.1.2018 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren IFLA Aile Hukuku Tahkimi Finansal Şema Tahkim Kuralları için bkz. <http://ifla.org.uk/divi/wp-content/uploads/Financial-Scheme-Rules.pdf> 30.9.2020.

21 6.4.2020 itibarıyla yürürlüğe giren IFLA Aile Hukuku Tahkimi Çocuk Şeması Tahkim Kuralları için bkz. <http://ifla.org.uk/divi/wp-content/uploads/01-Rules-CS-April-2020.pdf> 30.9.2020.

22 IFLA, *Family Arbitration An Introductory Guide* (3rd edn), 3 <http://ifla.org.uk/divi/wp-content/uploads/Public.pdf> 30.9.2020, IFLA, *A Guide to the Family Law Arbitration Scheme*

An Introductory Guide for Family Arbitrators, Judges and Professional Referrers (3rd edn), 5-7 <http://ifla.org.uk/divi/wp-content/uploads/Arbitrators.pdf> 30.9.2020.

23 Aysel Çelikel ve B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020) 773. Tahkimde taraf iradesine tanınan serbestinin yansımaları birçok noktada gözlemlenebilir. Örneğin taraflar hakemlerin sayısı, hakemlerin seçim tarzı, tahkim yeri, tahkim usulüne uygulanacak hukuk, esasa uygulanacak hukuk, tahkim yargılamasının lisanı ve tahkim yargılamasında başvurulacak ispat vasıtaları gibi birçok unsuru serbestçe belirleyebilirler. Ergin Nomer, Nuray Ekşi and Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku V:1* (5th edn, Beta 2016) 1, Şanlı (n5) 324 – 325, Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8th edn, Beta 2020) 674.

24 Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017) 554 – 555, Çelikel and Erdem (n 21) 772, Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat 2020) 10 – 11, Ziya Akıncı, *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi* (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1994) 40 – 45, Ziya Akıncı, "Hakemlerin İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisi" in Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1997) 209 – 210. Ayrıca tahkimin diğer alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemlerinden farklı olarak bağlayıcılık özelliğine sahip olması da bir avantajdır. Nomer (n 21) 555, Şanlı (n 5) 320 – 322, Nuray Ekşi, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (Beta 2019) 170 – 171, Akıncı (n 15) 9, Huysal (n 7) 1352, 1356 - 1358.

25 IFLA (n21) 2.

tarafın iddialarını dinleyeceği, tarafsız ve adil karar vereceği açıkça belirtilmiřtir²⁶. Kanaatimizce bu açıklamalar özellikle hukuk alanında faaliyet göstermeyen, bu alandan uzak olan ancak herhangi bir aile hukuku uyuşmazlığı nedeniyle tahkim ile tanışması muhtemel kişileri tahkim müessesesi ile tanıştırmak, aile hukuku tahkimini tanıtmak ve desteklemek adına pratik ve etkilidir.

III. IFLA Tahkiminde Gizlilik

A. Genel Olarak

Tahkim yargulamalarından bahsedildiğinde akla gelen çeşitli ilkeler mevcuttur. Örneğin ticari tahkime hakim olan ilkelerin başında irade serbesti ve gizlilik gelmektedir²⁷. Aile hukuku tahkiminde ise bu ilkelerin kapsamaları ve uygulamaları bakımından uyuşmazlıkların niteliğinden kaynaklanan farklılıklar mevcuttur. Örneğin gizlilik ilkesinin ticari tahkimdeki tatbiki ile aile hukuku tahkimindeki tatbiki arasında ele alınan uyuşmazlıkların doğasından kaynaklanan farklılıklar mevcuttur²⁸. Gizlilik aile hukuku tahkimi bağlamında tarafların korunması, uyuşmazlık konusu konuların hassas olması ve gerektiğinde çeşitli kurum ve kuruluşlarla irtibata geçilmesinin gerekmesi nedeniyle ayrı bir başlık altında incelenmelidir. Bu bölümde de IFLA tahkiminde gizlilik ilkesinin yeri ve uygulaması aile tahkimine özgü yönleriyle ele alınacaktır.

B. IFLA Tahkim Kurallarında Gizlilik

IFLA bünyesinde iki ayrı şema altında yürütölen tahkim türlerinin niteliği gereği bazı düzenlemeler bir şemada diğerine nazaran daha detaylı olarak düzenlenmiştir. Gizlilik konusu da iki şemada nispeten farklı kapsamlarda düzenlenmiş konulardandır²⁹. “Gizlilik” başlıklı Aile Hukuku Tahkimi Finansal şema 2018 Tahkim Kuralları (“FşTK”) m. 16’da ilkesel olarak tahkim ve sonuçlarının gizli olduğu, ancak karara itiraz, kararın yerine getirilmesi ya da değiştirilmesi nedeniyle mahkemeye başvurulması halinde ya da kanunen gereken durumlarda yargılama ve sonuçlarının üçüncü kişiler

26 IFLA (n 21) 2. IFLA kuralları uyarınca aile hukuku tahkiminde şeffaf ve tarafsız bir yargılama yürütölmeli adına taraflar diğer taraf ile hakem arasındaki her türlü iletişimden haberdar edilecek ve hakem, idari düzenlemeler haricinde, taraflardan biri ya da onun temsilcisi ile diğer taraf ya da temsilcisi olmaksızın asla iletişim kurmayacaktır. Finansal şema Tahkim Kuralları m. 6.1.3, Çocuk şeması Tahkim Kuralları m. 6.1.3.

27 Doktrinde gizliliğin tahkimin en önemli avantajı olduğu, devlet mahkemelerindeki aleni yargılamaların ticari tahkim bakımından büyük bir dezavantaj olarak algılandığı ileri sürölmektedir. Bernardo M. Cremades and Rodrigo Cortes, “The Principle of Confidentiality in Arbitration: A Necessary Crisis” (2013) 23 (3) Journal of Arbitration Studies 26.

28 Ticari tahkimde gizlilik ticari sırların ve itibarın korunması, tarafların mali tablolarının işa edilmemesi, yeni yatırımların gizli tutulması ve şirketlerin iç işleyişinin üçüncü kişilerce öğrenilmemesi adına önemlidir. Bahsi geçen gerekçelerle ticari hayatta yargılamanın kural olarak aleni yapıldığı devlet mahkemeleri yerine tahkim tercih edilmektedir. Candan Yasan, “Milletlerarası Tahkimde Gizlilik” (2011) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakölteisi Dergisi (Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan) 779.

29 Tahkimde gizlilik kavramı yargılama ile ilgili bilgi ve belgelerin üçüncü kişiler ile paylaşılmaması ve duruşmaların üçüncü kişilere kapalı olması anlamına gelmektedir. Yasan (n 27) 783 – 784. IFLA kurallarında ise gizlilik ile ilgili düzenlemeler bilgi ve belge paylaşımına ilişkindir. Kanaatimizce duruşmalar bakımından özellik arz eden bir durum olmadığı için gizlilik başlığı altında duruşmaların gizliliği kavramına dair herhangi bir düzenlemeye yer verilmiştir.

ile paylaşılmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça ya da kanunda aksi öngörülmedikçe, bir tarafça sunulan tüm belgeler beyanlar, bilgiler ve diğer materyaller diğer taraf ve temsilcisi tarafından gizlilik içerisinde yalnızca tahkim yargılaması amacıyla kullanılabilirler³⁰. Yargılamanın transkriptleri taraflar ve hakeme verilecektir. Tıpkı dosyada bulunan diğer bilgi ve belgeler gibi bahsi geçen transkriptler de gizlidir ve yine aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça ya da kanunda aksi öngörülmedikçe sadece tahkim yargılaması, kararın icrası ya da mahkemeye başvuru amacıyla kullanılabilirler³¹. Ayrıca taraflarca kararlaştırılmadığı ya da kanunda aksi öngörülmediği sürece hakemin tahkim sürecine dair tanıklık yapması ya da herhangi bir bilgi ya da belge sunması mümkün değildir³².

Aile Hukuku Tahkimi Çocuk Şeması Tahkim Kuralları (“ÇŞTK”) m. 16.1(a)’da da, Finansal Şema’ya paralel olarak, tahkim ve sonuçlarının gizli olduğu, ancak tahkim kararına itiraz, tahkim kararın yerine getirilmesi ya da değiştirilmesi nedeniyle mahkemeye başvurulması ya da kanunda öngörülen haller gereği yargılama ve sonuçlarının açıklanabileceği düzenlenmiştir. Bunlara ek olarak hakemin çocuğun refahı için herhangi bir yerel otorite ya da kamu kurumunu bilgilendirmesi gerektiğinde ya da taraflarla görüşmeyi reddetmeye veya tahkimi sonlandırmaya dair kararını IFLA’ya bildirmesi durumunda genel gizlilik prensibinden vazgeçilebileceği de açıkça düzenlenmiştir³³. Bu kural özellikle çocuğun hayatını daha iyi şekilde sürdürebilmesi, menfaati ve refahı açısından kamu kurumlarının devreye girmesi ihtimaline binaen hazırlanmış ve çocuk hukuku tahkiminde olması gereken bir düzenlemedir. Aile hukuku altında özellikle çocuklar ile ilgili uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin en önemli özelliklerinden biri olan gizlilikten çocuğun menfaati uğruna vazgeçilmesi makul bir karardır.

Çocuk Şeması’nda Finansal Şema’dan farklı olarak, tahkim yargılamasında sunulan bilgi, belge, beyan ve diğer materyallerin taraflar ve yetkili temsilcileri tarafından tahkim yargılamasının devamı amacıyla kullanılmasının yanı sıra, hakem gerektiğinde bunları ilgili mercilerle ya da kanunda öngörülen hallerde gereken kişilerle ve son olarak da hakemin takdirine bağlı olarak taraflarca bilirkişiye başvurulması halinde ya da delil temini amacıyla herhangi bir uzmandan yardım alınması halinde, tahkimle ilgili bir kişi ya da kuruma karşı bir iddia ileri sürülmesi durumunda ve çocuklarla ilgili olmak suretiyle tahkim ile ilgili kanuni düzenleme, prensip ya da usule itiraz edilmesi amacıyla çocuğun koruması için çalışan kişiler ile paylaşabilecektir³⁴. Bu noktada Çocuk Şeması’nda gizliliğin esnetilmesine dair bu düzenlemeler de çocuğun menfaatini korumaya yöneliktir. Özellikle çocuğun korunması amacıyla yapılan

30 FŞTK m. 16.2.

31 FŞTK m. 16.3.

32 FŞTK m. 16.4.

33 ÇŞTK m. 16.1 (b).

34 ÇŞTK m. 16.2.

işlemlerde ya da yargılamayı devam ettirmek adına ilgili kişi, kurum ve kuruluşlardan yardım alınması halinde gizliliğin ortadan kalkması aslen tahkime zarar vermemekte; uyuşmazlığın en sağlıklı şekilde çözülmesine hizmet etmektedir. Çocuklarla ilgili uyuşmazlıklar bakımından, finansal uyuşmazlıklar için de geçerli olan, transkriptlerin gizliliği ve hakemin tanık olarak çağırılmaması esasları geçerlidir³⁵.

C. Çocuk Şeması Bağlamında Bilgi ve Belge Paylaşımından Kaynaklanan Özel Durumlar

IFLA tahkim kurallarından gizlilik ile ilişkili olarak ele alınması gereken bir diğer husus ise dosyaya sunulacak ya da sunulmuş olan belgelerin IFLA, taraflar ve ilgili diğer kişiler ile paylaşılmasına ilişkindir. Bilgi ve belgelerin paylaşımı uyuşmazlıkların niteliği dikkate alındığında özellikle Çocuk Şeması uyarınca yürütülecek yargılamalar bakımından önem arz etmektedir. Çocuk Şeması uyarınca tahkim başlamadan önce her bir tarafın IFLA'nın Çocuk Şeması ile ilgili formlarını doldurması, formalarda doğru bilgi vermesi, gerektiğinde ilgili kurumlardan çocuğun refahı ve korunmasına dair gerekli belgeleri temin ederek IFLA'ya teslim etmesi ve bunları hakem ve diğer taraf ile paylaşması gereklidir³⁶. Ayrıca ÇŞTK m. 17.1.2 uyarınca taraflardan her biri tahkim başlamadan önce ve tahkim yargılaması boyunca çocuğun korunması ve refahı ile ilgili kendi bilgisi dahilinde ya da kontrolünde meydana gelen olaylar ve aynı bağlamda üretilen belgelerin tamamını hakem ve diğer tarafla paylaşmakla yükümlüdür. Buna bağlı olarak da çocuğun fiziksel ve duygusal tehdit altında olduğunu düşündürecek gelişmeler yaşanması halinde hakem tahkime güvenli şekilde devam edilip edilemeyeceğine karar vermekle yükümlüdür³⁷.

Hakemin uyuşmazlığın artık Çocuk Şeması altında ele alınmaya uygun olmadığına karar vermesi halinde yazılı kararını ve bu kararın gerekçelerini taraflara bildirmesi, ayrıca IFLA'yı da kararından haberdar etmesi gereklidir³⁸. Buraya kadar olan kısım tahkim yargılamasının sağlıklı yürütülmesi ile ilgilidir ve aslen hakemler ile taraflar arasındaki bilgi ve belge paylaşımını düzenlediği için genel olarak gizlilik ilkesine herhangi bir istisna getirmemektedir. Ancak Çocuk Şeması kurallarında hakeme önemli bir görev daha yüklenmiştir. Hakemin karar vermeden önce tahkim yargılaması süresince taraflardan biri ya da çocuğun diğer tarafın mevcut ya da muhtemel davranışları nedeniyle ciddi şekilde tehlike altında olduğuna dair bir şüpheyne sahip olması halinde yerel merciler ya da ilgili kurumlar ile irtibata geçmesi

35 ÇŞTK m. 16.3, 4.

36 ÇŞTK m. 17.1.1.

37 ÇŞTK m. 17.2.1.

38 ÇŞTK m. 17.2.2.

gereklidir³⁹. Bu düzenleme elbette meydana gelebilecek olumsuzlukların niteliğinden kaynaklanmaktadır. Anılan kural ile somut uyuşmazlığın çözümünde mahkeme yerine tahkime başvuran tarafların özellikle muhtemel bir tehlike karşısında mağdur olmaması adına hakeme bu yetki tanınmıştır.

IV. IFLA Tahkimine Konu Olabilecek Uyuşmazlıklarının Kapsamı

Aile tahkimi kavramı aile hukuku uyuşmazlıklarının devlet mahkemeleri yerine alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak hakem tarafından çözümlenmesi anlamına gelmektedir. Ticari tahkimde olduğu gibi aile tahkiminde de öncelikle tarafların uyuşmazlığın çözümü için tahkim yargılamasına gitmek üzere anlaşmaları gereklidir⁴⁰. Tarafların somut bir aile hukuku uyuşmazlığının çözümü amacıyla tahkim yargılamasına gitmek istemesi üzerine gerekli başvuru işlemi yapıldıktan sonra süreç başlayacaktır. Aile hukuku tahkimine başvurma kararı ile birlikte tahkim sonucunda elde edilecek olan gerekçeli ve yazılı kararın bağlayıcı olacağı kabul edilir⁴¹. Tahkimin genel esaslarına uygun olan bu durum aslında tahkimi yerel mahkemelerin tam bir alternatifi haline getirmekte; tahkimi arabuluculuk ve diğer alternatif yargı yöntemlerinden ayırmaktadır⁴². Aile hukuku uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülmesi denilince akla öncelikle aile hukukunun ekonomik boyutu olarak sınıflandırılabilir mal rejimi, nafaka, tazminat gibi konular gelebilir. İngiltere ve Galler hukuku uyarınca ise tahkime konu olabilecek aile hukuku uyuşmazlıkları ekonomik konular ile sınırlı değildir. Evli ya da evli olmayan çiftler arasındaki finansal konular, mülkiyet hakkı uyuşmazlıkları, çocuk nafakası ile ilgili hususlar, ayrılık sonrası çocukların yaşamına dair düzenlemeler, velayet sahiplerinin ile çocukların ilişki kurması, çocukların hayatına dair gidecekleri okul ve benzeri diğer önemli hususlar, çocukların velilerden biri ile İngiltere ve Galler içerisinde başka bir yere taşınması gibi son derece önemli konular da tahkime konu olabilmektedir⁴³. IFLA şemaları uyarınca ele alınabilecek olan uyuşmazlıklar ilgili şemanın kurallarında açıkça sayılmıştır.

A. Finansal Şema Kapsamında Tahkime Konu Olabilecek Uyuşmazlıkların Tabi Olduğu Hukuki Rejim ve Uyuşmazlıkların Kapsamı

Finansal Şema Kuralları m. 1.1 uyarınca aile hukuku tahkimi finansal şeması aile temelinde meydana gelen finansal ve mülkiyete dair uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesini düzenlemektedir. Madde 1.3'te IFLA Finansal Şeması uyarınca sürdürülecek yargılamaların tabi olacağı hukuki rejim açıkça sayılmıştır. Buna göre,

39 ÇŞTK m. 17.3.

40 IFLA kuralları uyarınca her iki tarafında da uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesine yönelik iradelerini göstermek adına kendileri ya da yetkili temsilcileri tarafından imzalanmış başvuru formunu IFLA'ya teslim etmeleri gereklidir (FŞTK m. 4.1, ÇŞTK m. 4.1).

41 IFLA, FAQ, <http://ifla.org.uk/what-is-arbitration/faqs/> (Çevrimiçi 30.09.2020).

42 Bkz. n 23.

43 IFLA (n 21) 2.

Finansal Şema uyarınca sürdürülecek yargılamalarda 1996 tarihli Tahkim Kanununun emredici olan ve olmayan hükümleri, Tahkim Kanunu'nun emredici olmayan hükümlerini hariç tuttukları, yerine başka bir düzenleme getirdikleri ve değiştirdikleri durumlarda FŞTK hükümleri ve Tahkim Kanunu ile FŞTK hükümlerinin emredici olmayan hükümlerini hariç tuttukları, yerine başka bir düzenleme getirdikleri ve değiştirdikleri durumlarda tarafların iradesi uygulama alanı bulacaktır.

Tahkimde taraf iradesine oldukça geniş bir serbesti tanınmasına rağmen aile hukuku tahkiminde öncelikle uygulanacak hukuk bağlamında taraf iradesinin sınırlandırıldığı görülmektedir. Şöyle ki, FŞTK m. 1.3 (c) uyarınca tarafların m.3 ile düzenlenen uygulanacak hukuk konusunda anlaşma yapması mümkün değildir. Ayrıca tarafların tahkim yargılaması başladıktan sonra, ancak hakem tarafından kabul edilmesi şartıyla FŞTK hükümleri ve usul hakkında herhangi bir değişiklik yapması mümkündür⁴⁴. Her halükarda hakem tarafından kabul edilse dahi, tarafların m.3 ile düzenlenmiş olan esasa uygulanacak hukuku değiştirmesi mümkün deđildir⁴⁵. Bu durumda aile tahkiminde, aile hukukunun niteliğine uygun ve ticari tahkimden farklı olarak tahkimde taraf iradesine tanınan alan daraltılmış; hakemin onaylamasıyla dahi olsa taraflara uygulanacak hukuku seçme imkanı tanınmamıştır.

Finansal Şemanın kapsamı m.2'de düzenlenmiştir. Buna göre, finansal şema evlilik ve boşanma, ayrılık ve yokluk halleri dahil olmak üzere evliliğin sona ermesinden, medeni birliktelik ve medeni birlikteliğin sona ermesinden, birlikte yaşama ve birlikte yaşamamanın sona ermesinden, velayet ya da velayetin paylaşılmasından, murisin emlakına dair bağımlı kişiler ile ilgili hükümlerden kaynaklanan finansal ve mülkiyet hakkına dair uyuşmazlıkların çözümünü kapsamaktadır. Madde 2.2. de finansal şema kapsamında değerlendirilebilecek iddiaların hukuki dayanağı olarak sunulabilecek aile ve çocuk hukuku ile ilgili çeşitli kanunlardan örnekler verilmiş ve özellikle iddiaların burada sayılan kanunlar ile sınırlı olmadığı belirtilmiştir⁴⁶. Kanaatimizce burada İngiltere ve Galler hukuku uyarınca finansal şema ile doğrudan ilgili olabilecek düzenlemeler anılmış ancak sayılan düzenlemelerden kaynaklanmasa da konu itibariyle şema kapsamı altında yer alan uyuşmazlıkların da finansal şema uyarınca yürütülecek tahkime konu olabileceği belirtilmiştir. Özetle aile tahkimi finansal şema altında ele alınabilecek uyuşmazlıklar belirli kanunlarda düzenlenen hususlar ile sınırlı değildir; uyuşmazlıklar ilişkili oldukları haklar bağlamında ele alınmıştır. Hayatın olağan akışı

44 FŞTK m. 1.4.

45 FŞTK m. 1.4.

46 FŞTK m.2.2'de sayılan düzenlemeler

- Married Women's Property Act 1882, s.17;

- Matrimonial Causes Act 1973, Part II;

- Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975;

- Matrimonial and Family Proceedings Act 1984, s.12 (financial relief after overseas divorce);

- Children Act 1989, Sched.1;

- Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996;

- Civil Partnership Act 2004 Sched.5, or Sched.7, Part 1, para.2 (financial relief after overseas dissolution) dir. Bunlar aile, çocuk ve miras hukukuna dair çeşitli düzenlemelerdir.

içerisinde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çeşitliliği düşünüldüğünde bunun doğru bir yaklaşım olduğu kabul edilebilir.

FŞTK m. 2.3 incelendiğinde bazı konuların da özellikle şema kapsamı dışında tutulduğu görülmektedir. Bu konular bireylerin özgürlükleri, bireylerin ya da ilişkinin statüsü, finansal konular haricinde çocuklara ilişkin diğer tüm hususlar olarak adlandırılabilir olan velayet ile ilgili konular, etki alanının genişliği nedeniyle iflas, tahkime taraf olmayan kişi ya da organizasyonlar ile doğrudan ilişkili konulardır⁴⁷. Bu düzenlemeler ışığında IFLA Finansal Şeması altında ele alınacak konulara örnek olarak evlilik, miras, evlilik malları, tescilli beraberliklerden doğan finansal konular sayılabilir. Finansal şema haricinde kalan konulara örnek olarak bireylerin özgürlükleri, bireysel statüler, taraflar arasındaki ilişkinin statüsü, finansal konular haricinde çocuklara ilişkin diğer tüm hususlar, iflas, yabancı ülkelerde gerçekleştirilen evlenmelerin tescili ve boşanmaların tanınması tenfizi ile tahkime taraf olmayan kişiler ile ilgili konular sayılabilir.

B. Çocuk Şeması Kapsamında Tahkime Konu Olabilecek Uyuşmazlıkların Tabi Olduğu Hukuki Rejim ve Uyuşmazlıkların Kapsamı

06.04.2020 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren Çocuk Şeması Kurallarının 4. edisyonunda çocuk şemasının 1. maddesinde velayet hakkından kaynaklanan sorumlulukların yerine getirilmesinde ve çocuğun refahına dair diğer özel hukuk konularında ortaya çıkan uyuşmazlıkların hakem atanması suretiyle çözülebileceği belirtilmiştir. ÇŞTK aslen birçok noktada FŞTK ile benzerlik taşımaktadır. Örneğin Finansal Şemaya paralel olarak Çocuk Şeması kapsamında sürdürülecek yargılamalarda da 1996 tarihli Tahkim Kanununun emredici olan ve olmayan hükümleri, Tahkim Kanunu'nun emredici olmayan hükümlerini hariç tuttukları, yerine başka bir düzenleme getirdikleri ve değiştirdikleri durumlarda ÇŞTK hükümleri ve Tahkim Kanunu ile ÇŞTK hükümlerinin emredici olmayan hükümlerini hariç tuttukları, yerine başka bir düzenleme getirdikleri ve değiştirdikleri durumlarda tarafların iradesi uygulama alanı bulacaktır⁴⁸. Çocuk Şeması kuralları uyarınca da m.3 ile düzenlenen uygulanacak hukuk konusunda tarafların anlaşması suretiyle uygulanacak hukukun değiştirilmesi mümkün değildir⁴⁹. Tarafların tahkim başladıktan sonra uygulanacak kurallar ve usul hakkında değişik yapmak istemesi halinde ilgili değişiklik ancak hakemin bu değişikliğe onay vermesi ile mümkündür ve her hâlükârda hakem kabul etse dahi uygulanacak hukukun değiştirilmesi mümkün değildir⁵⁰.

47 Bu husus aslında kurallarda açıkça zikredilmese de tahkimin doğası gereği dikkate alınır. Zira tahkim anlaşması kural olarak sadece tarafları bağlar ve tahkime taraf olmayan kişiler hakkında hüküm tesis edilemez. Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 22) 723.

48 ÇŞTK m. 1.3.

49 ÇŞTK m. 1.3 (c).

50 ÇŞTK m. 1.4.

Bu noktaya kadar FŞTK ile ÇŞTK'nin öngördüğü hukuk rejiminin aynı olduğu ortadadır. Çocuk Şeması bağlamında özellik arz eden durumlardan biri terminolojidir. ÇŞTK m. 1.5'te Çocuk Şemasında "tespit etmek" (*determine*) ya da "tespit" (*determination*) olarak kullanılan ifadelerin Tahkim Kanunu'nda kullanılan "hakem kararı" (*award*) kelimesi eş anlamlı olduğu açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, Çocuk Şeması bağlamında yapılan tespitler 1996 tarihli Tahkim Kanunu kapsamında hakem kararı olarak değerlendirilecektir. Bu terminoloji farklılığı Tahkim Kanunu kapsamında verilecek kararlar ile Çocuk Şeması kapsamında verilecek kararların niteliğinden kaynaklanmaktadır⁵¹.

Çocuk Şemasının kapsamını ele alacak olursak; veliler ya da velayet kapsamında yer alan sorumluluklara sahip diğer kişiler ya da çocuğun refahı ile ilgili kişilerin sahip oldukları sorumluluklarını kullanmalarından kaynaklanan uyuşmazlıklar, çocuğun hayatına dair mevcut ya da gelecek düzenlemeler, çocukla iletişim kurulması ve çocuğun eğitimi dahil olmak üzere çocuğun üstün menfaati başta olmak üzere Aile Mahkemesi'ne 1989 tarihli Çocuk Kanunu'nun 8. Bölümü uyarınca yargılamaya konu olabilecek hususlardır⁵².

Çocuk Şeması kapsamı dışında tutulan hususlar da ÇŞTK m.2.2'de sayılmıştır. Madde 2.2'de sayılan hususlar sınırlı sayıdadır. Şemanın kapsamadığı konular bunlarla sınırlıdır. Zira hükmün lafzından aksini çıkartmak mümkün değildir. Hüküm incelendiğinde bazı hususların taraf olunan milletlerarası sözleşmeler nedeniyle Çocuk Şeması kapsamına dahil edilmediği görülmektedir⁵³. Şema kapsamına dahil edilmeyen diğer konular ise çocuğun velayeti, çocuğun yerinin değiştirilmesi, velayet hakkına dair esaslı konular, çocuğun hayatında ciddi değişiklikler yapabilecek tıbbi ve diğer tedaviler gibi hususlardır⁵⁴. Bu konular haricinde kalan ve m. 1 uyarınca Çocuk Şeması kapsamında yer alan diğer tüm konular ilgili başvuru işlemlerinin yapılması suretiyle Çocuk Şeması Tahkim Kuralları altında yargılamaya tabi olabilir.

51 İki farklı terim kullanılmasının nedeni çocuklar ile ilgili nafaka gibi hususlar hakkında verilen kararların sonradan ortaya çıkabilecek durumlar nedeniyle yeniden düzenlenebilecek olmasıdır. Her ne kadar IFLA tahkiminde velayet konusu kapsam dışında bırakılmış olsa da, Türk hukukunda yabancı mahkemeler tarafından verilen velayet kararlarının tenfizinde de benzeri bir durum gündeme gelmektedir. Günseli Öztekin Gelgel, "Türk Devletler Özel Hukukunda Velayet Ve Vesayet Kararlarının Tanınması Ve Tenfizine İlişkin Bazı Problemler" (2015) 35 (2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 109 vd.

52 1989 tarihli Çocuk Kanunu'nun 8. Bölümü (Children Act 1989 Section 8) uyarınca ele alınacak konular ÇŞTK'da anılan konulara paraleldir. Anılan bölümde çocuğun kiminle yaşayacağı, kiminle vakit geçireceği ya da iletişim kuracağı, bunların kimlerle ne zaman gerçekleşeceği, velayetten doğan hak ve yükümlülükler ile ilgilidir. İlgili düzenlemenin İngilizce metni için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/section/8> 27.10.2020. Burada akıllara tahkim anlaşmasının nisbiligi gelmektedir. Kural olarak tahkim yargılamaları sadece tahkim anlaşmasına taraf olan kişiler açısından geçerli ve bağlayıcıdır. Şanlı (n 5) 457. Çalışmamız kapsamında çocuk şeması uyarınca yapılacak yargılamalar sonucunda verilecek kararların çocuğu da etkilemesi mümkündür. IFLA çocuk şeması kapsamında çocuğun hayatı, eğitimi, ebeveynlerin çocuk ile nasıl ve ne şekilde iletişim kuracakları gibi önemli konular ele alınabilecektir. Bu yargılamalar neticesinde verilecek kararlar da elbette çocuğu doğrudan etkileyecektir ancak burada asıl olarak tarafların belirli hususları yapması ya da yapmaması yönünde karar verilecektir. Örneğin bir babanın çocukla ne zaman ve nerede görüşeceğine dair kararda asıl olarak velilerin hareketleri ile ilgili bir karar verilecektir. Bu nedenle de IFLA huzurunda görülecek aile hukuku tahkimi yargılamalarında hakemlerin çocuğu ilgilendiren konularda karar vermesi nisbilik ilkesi ile çelişmemektedir.

53 ÇŞTK m. 2.2 (a), (b), (c).

54 ÇŞTK m. 2.2 (d), (e), (f), (g), (h), (i).

V. IFLA Kuralları Uyarınca Tahkim Yargılaması

A. Başvuru Usulü

IFLA tahkim kuralları uyarınca izlenecek tahkime başvuru ve tahkim usulü, ticari tahkimin genel esaslarına paralel şekilde düzenlenmiştir. Her iki şemanın kurallarında da tarafların bizzat kendileri ya da yasal temsilcileri tarafından imzalanmış bir tahkim anlaşması ile IFLA'ya başvurması halinde Finansal ya da Çocuk Şeması kapsamında tahkim sürecinin başlatılacağı düzenlenmiştir⁵⁵. Taraflarca yapılacak başvuruda aile hukuku tahkimine gitme iradesi ile belirli konularda anlaşmış kabul edilir. Tarafların üzerinde anlaşmış kabul edilen konular, yargılama sonucunda verilecek 1996 tarihli Tahkim Kanunu çerçevesinde temyizi kabil yazılı hakem kararını kabul etmeleri, hakem tarafından verilecek kararın mahkeme tarafından düzenlenmesi gereken hallerde mahkemenin yapacağı değişiklikleri kabul etmeleri ve son olarak da gelecekte devam edecek ödemelere dair karar verilmesi halinde ileride verilecek hükümler ya da mevcut hükmü değiştirecek hükümleri kabul etmeleridir⁵⁶.

Başvuru sürecinde hem IFLA'nın hem de ilgili hakemlerin önemli bir görevi vardır. Başvuru formunun sunulmasından sonra IFLA ya da hakemler tarafından başvuru konusu uyumsuzluğun başvuru şema kapsamında yürütülecek tahkime uygun olup olmadığı kontrol edilir. Zira FŞTK ve ÇŞTK'de bu husus özellikle düzenlenmiştir. Başvuru formunun ve varsa diğer belgelerin sunulmasından sonra IFLA ve hakemlerin uyumsuzluk konusunu değerlendirip konunun finansal şema ya da çocuk şeması kapsamında olmaması halinde tarafları bu konuda bilgilendirmesi gereklidir. Bu değerlendirme bir nevi uyumsuzluğun ilgili şema altında tahkime elverişli olup olmadığına yönelik bir denetimdir. Bu durumda bahsi geçen başvuru geri çekilmiş kabul edilir⁵⁷.

B. Esasa Uygulanacak Hukuk

IFLA Kuralları uyarınca hakem uyumsuzluğun esasına yalnızca İngiltere ve Galler hukukunu uygulayabilir. Hakemler başka bir ülkenin hukukunu ise bir Yüksek Mahkeme hakiminin bir yargılama esnasında başka bir ülke hukukunu dikkate aldığı ve delil olarak kabul ettiği şekilde dikkate alabilirler⁵⁸. IFLA tarafından hazırlanmış olan Finansal Şemada da Çocuk Şemasında da uygulanacak hukuk bakımından temelde farklılık bulunmamaktadır. İki şema arasındaki fark Çocuk Şemasındaki düzenlemenin daha detaylı olmasından kaynaklanmaktadır.

55 FŞTK m. 4.1, ÇŞTK m. 4.1.

56 IFLA (n 23) 12-13.

57 FŞTK m. 4.4., ÇŞTK m. 4.4.

58 FŞTK m. 1, ÇŞTK m. 3.1. IFLA tahkiminde hakemlerin yabancı hukuku uygulamasına dair tarafımızca yapılan araştırma sonucunda bunun aslen uygulanmadığı kanaatine varılmıştır. Zira bu konu ile ilgili olarak IFLA'nın yönetim kurulunda bulunan Dr. Frances Burton ile yapılan yazışmada IFLA tahkiminde sadece İngiliz hukukunun uygulama alanı bulunduğu, IFLA tahkimi coğrafi olarak başka bir yerde gerçekleşse dahi bunun yine de İngiliz hukukuna tabi olacağı, tarafların yabancı olması halinde uyumsuzluğun İngiltere ve Galler'in yetkisinde ve İngiliz hukuku uyarınca çözümlenebilecek bir konu olması gerektiği vurgulanmıştır. Dr. Frances Burton'un 28.10.2020 tarihli e-postası.

Her iki Şemada da yer alan genel kuraldan sonra ŐTK m.3.2’de çocuğun yetiŐtirilmesine dair hususlarda ocuğun Őstün menfaati hakemin önceliği olacağı ve bu bağlamda hakemin 1989 tarihli ocuk Kanunu’nda yer alan kontrol listesinden faydalanması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Böylelikle her ne kadar esasa uygulanacak hukukun İngiltere ve Galler hukuku olduğu tahkim kurallarında açıkça düzenlenmiş olsa da; ocuğun Őstün menfaati ile ilgili olarak doğrudan mevzuattaki özel bir düzenlemeye atıfta bulunulmuş ve burada herhangi bir ihmalin meydana gelmemesi adına detaylı bir düzenleme yapılmıştır. Kanaatimizce bu düzenleme ocuğun Őstün menfaati ve refahı ile ilgili konularda hakeme takdir hakkından ziyade mevzuatta yer alan düzenlemelerin Őstün tutulması gerektiğini hatırlatarak; çocuğun yetiştirilmesi ve refahına dair detayların somutlaştırılması adına yerinde bir tercihtir.

Uygulanacak hukuk konusu, ticari tahkim ile aile tahkimi arasındaki temel farklılıklardan birisidir. Bilindiği üzere ticari tahkimde taraf iradesine tanınan serbesti dahilinde tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçmesi mmkündür⁵⁹. Taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçerken herhangi bir gerekçe göstermek zorunda deđildir⁶⁰. Seçilen hukukun taraflarla ya da uyuşmazlık konusuyla ilgili olması dahi gerekmemektedir⁶¹. Fakat grldği üzere aile hukuku tahkiminde tarafların esasa uygulanacak hukuka dair iradelerini ortaya koymaları mümkün değildir. Elbette bunun sebebi aile hukukunun niteliğinden ve yerel mahkemelerin de yabancılık unsuru içermeyen aile hukuku uyuşmazlıklarında yalnızca İngiltere ve Galler hukuku uygulamasından kaynaklanmaktadır⁶².

C. Hakem Atanması

IFLA bünyesinde Finansal Hakemler Paneli ve ocuk Hakemleri Paneli olmak üzere iki panel mevcuttur. Bu paneller CIArb ũyesi, aile hukuku alanında uzman, özellikler yer aldıkları panelin konusuna göre finansal ya da çocuğa dair konularda deneyimli ve bu konuların tahkim yoluyla çözülmesine ilişkin olarak özel eğitim almış kişilerden oluŐur⁶³. Taraflar, tahkim sürecinde hakemlerin atanması için panellere başvurabileceği gibi doğrudan panel ũyesi hakeme de başvurabilirler. Tarafların ortak kararı ile doğrudan hakeme başvurulması halinde hakemin atanmayı kabul etmeden önce durumu bir an evvel IFLA’ya bildirmesi gereklidir. Ardından IFLA, tarafların anlaştığı hakemin atanması için gerekli işlemleri yapar. Taraflarca tercih edilen hakemin görevlendirmeyi kabul etmemesi halinde taraflar başka bir hakemin

59 Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 22) 676. Milletlerarası özel hukukta ve milletlerarası tahkimde esasa uygulanacak hukukta irade serbestisi için bkz. Cemal Şanlı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986) 113 vd., Rachel Engle, “Party Autonomy in International Arbitration: Where Uniformity Gives Way to Predictability” (2002) 15 *The Transnational Lawyer* 327, 329 – 330.

60 Şanlı (n 56) 113 vd., Engle (n 58) 334 – 335.

61 Şanlı (n 56) 113 vd.

62 Kennett (n 10) 16.

63 FŞTK m. 4.2, ŐTK m. 4.2.

atanmasını isteyebilirler ancak tarafların anlaşamaması halinde ilgili kurallar uyarınca hakem IFLA tarafından atanır⁶⁴.

Tahkimi yürütecek hakemin görevlendirilmesine ilişkin bir diğer seçenek ise tarafların ilgili panele üye olan kişiler arasından hakem olması konusunda anlaştıkları kişilerin kısa listesini IFLA'ya ulaştırıp herhangi bir kriter aranmaksızın IFLA tarafından yapılacak seçim sonucunda bu kişilerden herhangi birinin hakem olmasını kabul etmeleridir. IFLA, bu listede yer alan hakemlerden birini herhangi bir gerekçe göstermeksizin atayacaktır. Bu usulde IFLA tarafından seçilen hakemin görevlendirmeyi kabul etmemesi halinde IFLA listeden yeni bir isim belirleyecektir. Listedeki hakemlerden hiçbirinin görevlendirmeyi kabul etmemesi halinde IFLA tarafları durumdan haberdar edecek ve yeni isimler bildirmelerini isteyecektir⁶⁵.

Diğer tüm hallerde ya da tarafların bu yönde talebi olması halinde IFLA, uyuşmazlığın konusunu, tarafların hakemin tecrübesine, özelliklerine, uzmanlığına ve coğrafi konumuna dair dile getirdikleri tercihlerini ve ilgili diğer tüm hususları dikkate almak suretiyle panel üyesi hakemlerden birini kendisi atayabilir⁶⁶. Tahkim, hakemin taraflar ile görevlendirmeyi kabul ettiğine dair irtibata geçmesi ile başlar⁶⁷. Çocuk Şeması özelinde hakeme ilgili tüm bilgi ve belgelerin kendisine ulaştırılması ve kendisinin bunları değerlendirmesi için imkan tanınmıştır. Hakem bahsi geçen bilgi ve belgeleri temin edene dek görevlendirmeyi kabul etmeme ya da tahkimi başlatmama imkanına sahiptir⁶⁸. Bu düzenleme, hakeme dosya üzerinde genel bir inceleme yapma imkanı tanımaktadır. Kanaatimizce aile hukuku tahkiminde, özellikle çocuklar ile ilgili uyuşmazlıkların çözümünde, hakeme bu şekilde bir ön inceleme imkanı tanınmış olması yürütülecek yargılama faaliyetinin doğasına uygundur.

Finansal ve çocuğa dair konularda yargılama yapmak üzere görev alabilecek hakemler bu konuda yetkin kişiler tarafından eğitilerek ilgili alana özgü hakem listesine dahil olduktan sonra aile hukuku tahkiminde hakem olarak görev alabilirler. Hakemlerin ilgili şartları sağlamak kaydıyla her iki alanda da faaliyet göstermesi mümkündür⁶⁹. IFLA'nın internet adresinde yer alan hakem listesindeki tüm hakemler aynı zamanda CIArb üyesidir⁷⁰. Mevcut ya da muhtemel bir menfaat çatışması ya da tarafsızlığından şüphe duyulmasına yol açabilecek herhangi bir hususun varlığı halinde hakemler somut

64 FŞTK m. 4.3.1, ÇŞTK m. 4.3.1. IFLA tahkiminde ticari tahkimden farklı olarak uyuşmazlıkların çözümünde tek hakemin görevlendirileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle de hakem sayısının birden fazla, özellikle uygulamada yaygın olduğu üzere üç olması mümkün değildir.

65 FŞTK m.4.3.2, ÇŞTK m.4.3.2.

66 FŞTK m. 4.3.3, ÇŞTK m. 4.3.3.

67 FŞTK m. 4.5, ÇŞTK m. 4.5.

68 ÇŞTK m. 4.5.

69 <http://ifla.org.uk/what-is-arbitration/faqs/> 28.10.2020. IFLA'nın hakemlerin isim, resim ve iletişim bilgilerinin bulunduğu sayfasında hakemlerin hangi alanda faaliyet gösterdiklerine dair arama yapılması da mümkündür. Bkz. <http://ifla.org.uk/search-for-an-arbitrator/> 28.10.2020.

70 <http://ifla.org.uk/what-is-arbitration/faqs/> 28.10.2020.

uyuşmazlığın çözümünde görevlendirilmeyi kabul etmeden önce ya da ilgili durumdan haberdar olur olmaz derhal bu durumu taraflara bildirmekle yükümlüdür⁷¹. Hakemin kendisi ile taraflar arasında menfaat çatışmasına yol açabilecek ya da tarafsızlığını etkileyebilecek bir durumun varlığına dair bildirimde bulunması halinde taraflar ya da somut olayın özelliğine göre taraflardan biri hakemin yargılamaya devam etmesine dair itiraz hakkından vazgeçebilir. İtiraz hakkından vazgeçildiği takdirde hakem davayı görmeye başlayabilir ya da bu durum yargılama başladıktan sonra ortaya çıktıysa yargılamaya devam edebilir.

Taraf ya da tarafların ortaya çıkan menfaat çatışması ya da hakemin tarafsızlığından şüphe duyulmasına neden olacak olay karşısında itiraz haklarını kullanmaları halinde ise hakem, taraflarca kendisine verilen ve yine taraflarca geri alınabilir olan yetkisine dayanarak yargılamaya devam edebilir ya da mahkemenin duruma müdahale etmesi yönünde karar verebilir⁷². Bu durumda elbette tarafların birlikte anlaşmak suretiyle hakeme verdikleri yetkiyi geri almaları da mümkündür. Hakemin yetkisinin taraflarca geri alınması, hakemin mahkeme tarafından görevden uzaklaştırılması, hakemin istifası, ölümü ya da görev yapmasını engelleyici diğer haller nedeniyle göreve devam etmeyi reddetmesi ya da göreve devam edememesi halinde taraflardan biri ya da mevcut hakem IFLA'dan ilgili panel üyesi hakemlerden birini mevcut hakemin yerine görevlendirmesini isteyebilir⁷³. Hakem değişikliği halinde yeni görevlendirilen hakem bir önceki hakem tarafından yapılan yargılamanın ne kadarının yargılama bakımından geçerli olmaya devam edeceğine ve yeni dönemde de hüküm ifade edeceğine karar verecektir⁷⁴.

D. Hakemin Yetkileri

1. Tahkim Yargılamasında Hakemin Esasa Dair Yetkileri

IFLA bünyesinde gerçekleşen aile hukuku tahkim yargılamalarında hakemler 1996 Tahkim Kanunu ile hakemlere verilen tüm yetkilere sahiptirler⁷⁵. IFLA tahkim kurallarında hakeme kapsamlı karar verme yetkisi tanınmıştır. Şöyle ki, gerek FŞTK m. 7.2 gerekse ÇŞTK m. 7.2 uyarınca hakemler, yargılama yetkilerini Yüksek Mahkeme hakimlerine benzer ya da onlar ile aynı şekilde kullanabilirler, aynı kapsamda emirler ya da hükümler

71 FŞTK m. 5.1, ÇŞTK m. 5.1.

72 FŞTK m. 5.2, ÇŞTK m. 5.2.

73 FŞTK m. 5.4, ÇŞTK m. 5.4.

74 FŞTK m. 5.5, ÇŞTK m. 5.5.

75 FŞTK m. 7.1, ÇŞTK m. 7.1.

tesis edebilirler⁷⁶. Aile tahkiminde hakemlere çok önemli bir görev düşmektedir. Bu görev, uyuşmazlık konusunun başvuru şemaya uygunluğunu denetlemektir. FŞTK m. 7.4 uyarınca hakemin uyuşmazlığın Finansal Şema uyarınca yürütülecek tahkime uygun olmadığına kanaat getirilmesi halinde hakemin yargılamaya son verme yetkisi olduğu düzenlenmiştir. ÇŞTK m. 7.3 ise daha detaylıdır. Buna göre hakemin uyuşmazlık konusu hakkında karar vermeden önce herhangi bir aşamada konunun artık çocuğun refahı ya da diğer konular uyarınca Çocuk Şeması uyarınca yürütülecek tahkime uygun olmadığı kanaatine varması halinde yargılamaya son verebileceği düzenlenmiştir. Finansal Şemadan farklı olarak burada, açıkça, herhangi bir aşamada hakemin yargılamaya son vermesine imkan tanınmıştır. Bu nedenle hakemlere uyuşmazlık konusunu, konunun ilgili şema ile irtibatını dikkate alma yükümlülüğü getirilmiştir⁷⁷.

Hakemler tahkim yargılamasında tarafların talebi ile bağlıdır ve taraflarca dile getirilmeyen konularda karar vermeleri ve talep edilmeyen şeylere hükmetmeleri mümkün değildir⁷⁸. IFLA kurallarında buna bir istisna getirilerek hakemlerin finansal konularda tarafların açıkça talep etmemesi halinde dahi Tahkim Kanunu'nun 49. bölümü uyarınca faize hükmetme hakkı olduğu düzenlenmiştir⁷⁹.

2. Tahkim Yargılamasında Hakemin Usule Dair Yetkileri

a. Genel Olarak

IFLA kurallarında hakemlerin sahip olduğu yetkiler mümkün mertebe ticari tahkimde hakemlerin sahip olduğu yetkilere paraleldir. Hakemlerin tahkim yargılamasında

76 Hakemlere tanınan bu yetkinin ihtiyati tedbir, hapis ya da tahkime taraf olmayan kişiler hakkında karar verme yetkisi sağlamadığı da aynı maddede açıkça belirtilmiştir. Tahkim yargılamalarının devlet mahkemeleri huzurunda görülen yargılamalardan daha kısa sürdüğü kabul edilse dahi, uyuşmazlığın ortaya çıkması ile karara bağlanması arasında geçen süre yargılama ile elde edilmek istenen sonuca kavuşulmasında sorunlar yaratabilir. Örneğin yargılama sonucunda tazminat ödemesi gereken bir kişinin bu sonucu öngörerek malvarlığını elden çıkartması ya da belirli bir eşyayı teslim etmesi gerekecekse bu eşyaya zarar vermesi, onu yok etmesi mümkündür. Bu noktada da yargılama ile elde edilmek istenen sonuca ulaşamaması gündeme gelebilir. Dolayısıyla özellikle milletlerarası ticari tahkim bakımından hakemlerin ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacze karar verme yetkisi gündeme gelmiştir. Uzun yıllardır tartışılan bu konuda ülkelerin farklı eğilimleri mevcuttur. Akıncı (n 23) 209 - 211, İlyas Arslan, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Türk Mahkemelerinin İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisi” (2016) 27 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 692 – 694. Diğer taraftan milletlerarası ticari tahkim bakımından dahi halen tartışılmalı olan hakemlerin ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı verme yetkisinin aile hukuku tahkiminde söz konusu olmaması ise özellikle çocuklar ile ilgili uyuşmazlıkların niteliği bakımından yerinde bir karardır. Ayrıca İngiltere’de aile hukuku uyuşmazlıkları ile ilgili yargı ağı ve ilgili mahkemeler için bkz. <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-justice-system/jurisdictions/family-jurisdiction/>.

77 Elbette hakemlere verilmiş olan bu yetki kompetenz - kompetenz kuralı ile ilgili değildir. Kompetenz – kompetenz kuralı mahkemelerde tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi suretiyle tahkim yargılamasının engellenmesini önlemek adına hakem ya da hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisidir. Bu kural tahkim anlaşmasının mevcudiyeti ve geçerliliğine ilişkin iddiaların değerlendirilmesine yöneliktir. Emre Esen, “Uluslararası Tahkim Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz–Kompetenz Prensibi” (2011) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan) 357 – 358, 376, Recep Çakrak, “Kompetenz – Kompetenz Prensibi” (2017) 31 (8) TAAD 659 – 660. Bahsi geçen yetki ise uyuşmazlık konusunun ilgili şema kapsamında tahkime uygunluğunu denetlemeye ilişkindir.

78 1996 tarihli Tahkim Kanunu m. 30, 67 ve 68 hükümleri çerçevesinde hakemlerin tahkim sözleşmesinde belirtilen sınırları aşmaları ve talebi aşan hükümler tesis etmeleri kararın iptal edilmesine neden olabilir. HMK m. 439/2/d ve MTK m. 15/1/e uyarınca Türk hukukunda da hakem kararlarında yetki aşımı iptal sebebi olarak düzenlenmiştir. Detaylı bilgi için bkz. İnci Biçkin, “Hakem Sözleşmesi ve Hakem Yargılaması” (2006) 67 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 387 – 388.

79 FŞTK m. 7.3.

usule dair sahip oldukları yetkiler her iki şemanın da tahkim kurallarında ayrı birer madde olarak ele alınmıştır. Her iki tahkim kuralının da 8. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca, hakemler, tarafların da üzerinde irade serbestisine sahip olduğu, yargılamanın yapılacağı yer ve zaman, yargılamanın dili, yazılı beyan sunulması, iddia ve savunmaların kapsamı ve bu kapsamların değiştirilmesi ve beyanların sunulacağı zaman, dava dosyasına belge ve delil sunulmasına dair kurallar gibi 1996 tarihli Tahkim Kanunu Bölüm 34(2)'de⁸⁰ yer alan hususlar da dahil olmak üzere yargılamanın usulü ve delillere dair her türlü konuda karar verme yetkisine sahiptir⁸¹. Bu noktada tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konularda hakemlerin de yetki sahibi olduğu söylenebilir.

FŞTK m.9 ve ÇŞTK m.9 uyarınca taraflar usule uygulanacak kuralları, gerektiğinde hakem ile birlikte⁸², kararlaştırabilirler⁸³. Tarafların usule uygulanacak kurallara dair bir anlaşma yapmamış olması halinde hakem somut olayın özelliklerini dikkate alarak olaya en uygun usulü uygulama yetkisine sahiptir. Bu bağlamda oldukça geniş bir takdir hakkına sahip olan hakem elbette Tahkim Kanunu'nda yer alan mahkemenin genel yükümlülüklerini de dikkate almak zorundadır⁸⁴. 1996 tarihli Tahkim Kanunu'nun 33. bölümünde de hakemin olayın somut özelliklerini dikkate alması, adil ve tarafsız olması yargılama süresince gereksiz zaman ve masraf harcamaktan kaçınması gerektiği belirtilmiştir⁸⁵.

Madde 9'da yer alan bu düzenleme genel olarak tahkime hakim olan, aile hukuku tahkimi özelinde de uygulama alanı bulan irade serbestisi ilkesine uygundur. Aile hukuku tahkiminde tarafların devlet mahkemelerine göre daha geniş hakları olduğu ve hakem ile birlikte yargılamaya hakim olacak usul hakkında karar verme yetkisine sahip oldukları kabul edilmektedir⁸⁶. IFLA sistematığı uyarınca taraflar usule dair kuralların uygulanmasında irade serbestisine sahiptir; ancak yargılama başladıktan sonra yapılacak değişikliklerde değişiklik hakemin kabulüne muhtaçtır⁸⁷. IFLA kurallarında hakemlere sunulan geniş yetkilerin somutlaştırıldığı düzenlemeler de mevcuttur. Örneğin hakemlerin tarafların elinde bulunan bilgi ve belgelerin temin

80 1996 tarihli Tahkim Kanunu Bölüm 34(2), IFLA kurallarındakinden farklı olarak usule ve delillere dair konuları sınırlı olarak saymıştır. IFLA ise bunlara atıfta bulunmuş; ancak hakemin yetkilerinin bunlar ile sınırlı olmadığını açıkça belirtmiştir. 1996 tarihli Tahkim Kanunu 34(2) için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/34> 28.10.2020.

81 FŞTK m. 8.1, ÇŞTK m. 8.1.

82 Burada FŞTK m. 1.4. ve ÇŞTK m.1.4'te bahsedilen yargılama başladıktan sonra yapılacak değişikliklerden bahsedilmektedir.

83 Maddede tarafların yargılamanın duruşmasız ya da daha basitleştirilmiş bir usule yapılmasına dair anlaşmalarının da geçerli olacağı özellikle belirtilmiştir. Zira burada önemli olan tahkimin yapısına uygun taraflarca seçilecek bir yargılama usulünün tercih edilmesidir. Tahkim yargılama usulü ile devlet yargılama usulü arasındaki en önemli fark, taraf iradesidir. Ticari tahkimde usule hakim mutlak kurallar yoktur; birçok ülke ve tahkim kurumu tarafından kabul edilmiş genel prensipler mevcuttur. Ekin Hacibekiroğlu, *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2012) 28 – 29, 34. Aile hukuku tahkimi bakımından da mutlak kurallar olduğu söylenemez; ancak ticari tahkimden farklı olarak hakemin usuli işlemlere dair daha fazla müdahale hakkı bulunmaktadır.

84 FŞTK m. 9, ÇŞTK m. 9.

85 1996 tarihli Tahkim Kanunu Bölüm 33 için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/33> 28.10.2020.

86 IFLA (n23) 5.

87 FŞTK m. 1.4, ÇŞTK m.1.4.

edilmesinde izleyeceği yol detaylı olarak düzenlenmiştir. Hakem taraflardan belirli bir bilginin, belgenin ya da materyalin belirli bir şekilde ve/veya zamanda temin edilmesi, dava esnasında gündeme gelen ya da taraflardan birinin elinde ya da kontrolünde bulunan herhangi bir eşya, belge ya da materyalin mahkeme, bilirkişi ya da taraflardan biri tarafından incelenmesi, fotoğraflanması, değerlendirilmesi, muhafaza edilmesi, alıkonulması yönünde karar verebilir⁸⁸.

Hakemin yetkilerinden bahsederken ele alınması gereken bir konu da hakemin çocukla iletişimidir. IFLA tarafından çocuğun kendi menfaati amacıyla yargılamaya dahil edilmemesi gerektiği kabul edilmiştir. ÇŞTK m. 8.3 uyarınca hakem yargılamanın herhangi bir aşamasında vereceği karar ya da kararın uygulamasına dair müzakere ya da açıklama yapmak amacıyla dahi olsa çocukla görüşemez. Burada elbette çocuğun ruh sağlığı düşünülmüş ve mümkün mertebe yargılamaya dahil edilmemesi hedeflenmiştir.

b. IFLA Tahkiminde Bilirkişi ve Uzmanların Yeri

Tahkimin avantajlarından bahsedilirken en çok dile getirilen konu yargılamanın konusunda uzman hakemler tarafından yürütüleceği ve bunun da hem verilecek kararın niteliği, hem de masraf ve sürat gibi konular bakımından önemli bir avantaj olduğudur⁸⁹. Buna rağmen aile hukuku tahkiminde de hakemlerin her konuda uzman olamayacağı ve bazı hususlarda yardıma ihtiyaç duyabileceği kabul edilmiş ve IFLA kurallarında yargılaması esnasında uzmanlık gerektiren alanlarda hakemlerin bilirkişilerden görüş almasına izin veren düzenlemelere yer verilmiştir⁹⁰. Çocuk Şeması uyarınca yürütülecek tahkim yargılamalarında bilirkişilere dair daha kapsamlı düzenleme yapılmıştır. Örneğin ÇŞTK m. 8.2.2 uyarınca hakemlerin bilirkişi sayısını sınırlandırması, bilirkişiye başvurulmayacağına dair karar vermesi ya da yalnızca hakemin izni ile bilirkişiden görüş alınacağına karar vermesi mümkündür.

Tarafların bağımsız bir sosyal hizmet uzmanı tarafından çocuğun istek ve duyguları hakkında ya da çocuğun refahına dair bir rapor hazırlamasını istemeleri halinde hakemin bu talebi onaylamasının ardından ilgili rapor alınabilir. Tarafların bağımsız bir sosyal hizmet uzmanından görüş almak istemesi halinde, taraflar bu kişinin ismi üzerinde anlaşabilir; taraflarca bu konuda bir anlaşmaya varılamaması halinde hakem bu kişiyi kendisi seçecektir⁹¹. Ayrıca taraflardan böyle bir talep gelmemesi halinde de hakem bağımsız bir sosyal hizmet uzmanına başvurarak benzeri içerikte bir rapor alınmasını sağlayabilir. Hakemin ihtiyaç duyması halinde yapılacak bu başvurunun taraflarca kabul edilmesine de gerek yoktur⁹². Burada elbette çocuğun menfaati dikkate

88 FŞTK m. 8.4, ÇŞTK m. 8.4.

89 Bkz. n 24, IFLA (n 21) 5.

90 FŞTK m. 8.2, ÇŞTK m. 8.2.1.

91 ÇŞTK m. 8.2.3.

92 ÇŞTK m. 8.2.4.

alınmıştır. Zira uyuşmazlığın taraflarının ihmali ya da bilinçli tercihi sonucunda çocuğun arzu, istek ve refahına dair objektif bir uzman görüşüne başvurulmaması halinde hakem yargılamanın sağlıklı devam edebilmesi için böyle bir uzman görüşünün gerekli olduğunu düşünüyorsa hakem kendi inisiyatifi ile bu raporu alabilir.

E. Tahkim Yargılamasına Hakim Genel Usul

Tahkim yargılamasına hakim olan irade serbestisi uyarınca tarafların usule uygulanacak kuralları seçmeleri mümkündür⁹³. IFLA kurallarında da 1996 tarihli Tahkim Kanunu ve IFLA kurallarının emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla tarafların uygulanacak kuralları seçebileceği açıkça düzenlenmiştir. Tarafların böyle bir seçim yapmaması halinde IFLA kurallarında öngörülen usul uygulama alanı bulacaktır. IFLA kurallarında tahkime hakim olan genel usule dair kapsamlı düzenlemeler mevcuttur⁹⁴. Elbette, diğer konularda olduğu gibi, burada da Finansal Şema ile Çocuk Şeması oldukça paraleldir. Çocuk Şeması Tahkim Kuralları en son 2020 yılında güncellendiği için bazı hususlar Finansal Şema kurallarına göre daha detaylı olarak düzenlenmiştir. Usule dair madde 10 da bu farklılığın gözlemlendiği maddelerden biridir. Bu bölümde iki şema arasındaki farklılıklara yeri geldikçe değinilecektir. IFLA bünyesinde yürütölen tahkim yargılamaları hakemin taraflar ile görevlendirmeyi kabul ettiğine dair irtibata geçmesi ile başlar⁹⁵. Her iki şema uyarınca yürütölecek yargılamalarda hakem, yargılamanın başlaması üzerine, tarafların uyuşmazlığa dair kendi görüşlerini kısaca açıklayan, uygulanacak usulün seçimine, zaman çizelgesine ve ilgili diğer tüm hususlara dair beyanlarını sunmalarını ister⁹⁶. Hakem uygun gördüğu hallerde bir ön toplantı, telekonferans ayarlayarak ya da başka herhangi bir şekilde tarafların uyuşmazlık konusuna dair fikirlerini karşılıklı olarak paylaşmasını sağlayabilir⁹⁷. Bu görüşme aile hukuku uyuşmazlıkları bakımından önemlidir. Uyuşmazlıkların doğası gereği tarafların hakem gibi bir üçüncü kişi eşliğinde karşılıklı olarak görüşmesi ve uyuşmazlığa ilişkin beyanlarını sunması çözüme ulaşmak bakımından önemli bir adım olabilir.

FŞTK m. 10.3 uyarınca taraflar makul bir süre içerisinde uyuşmazlığa dair fikirleri sunduktan sonra hakem usuli işlemler için bir zaman çizelgesi belirleyecektir. ÇŞTK m.

93 Hacıbekiroğlu (n 80) 28. Deliller bakımından irade serbestisi için bkz. Hacıbekiroğlu (n 80) 34 vd.

94 IFLA Kuralları içerisinde alternatif usul olarak adlandırılan ayrı bir usule de yer verilmiştir. FŞTK m. 12.1 ve ÇŞTK m. 12.1 uyarınca somut olayın şartları dahilinde mümkün olduğu müddetçe taraflar m.12’de yer alan alternatif usulün uygulanması konusunda anlaşılabilir ya da hakem alternatif usulün uygulanmasına karar verebilir. Madde 12 incelendiğinde alternatif usul olarak adlandırılan bu usulün aslında yargılamaya bir çok kolaylık getirdiği, özellikle uyuşmazlığı daha esnek bir usul dahilinde dostane şekilde çözümlenmeyi hedeflediği görölmektedir. Alternatif usul uyarınca taraflar hakemin de muvafakati ile ya da doğrudan hakem yargılamanın her bir aşamasında yapılması gereken işlemlerde değışikliğe gidebilir ya da yeni işlemler yapılmasına karar verebilir. Ayrıca özellikle uyuşmazlığın çözümüne dair bir kolaylık sağlanarak hakeme yargılamanın herhangi bir aşamasında taraflara durum değerdendirmesi ve dostane çözüme ulaşmak amacıyla süre verme yetkisi tanınmıştır. FŞTK m. 12.2, ÇŞTK m. 12.2.

95 FŞTK m. 4.5, ÇŞTK m. 4.5.

96 FŞTK m. 10.1, ÇŞTK m. 10.1.

97 FŞTK m. 10.2, ÇŞTK m. 10.2.

10.3'te Finansal Şemada makul süre olarak belirtilen bu sürenin en fazla 14 gün olacağı açıkça düzenlenmiştir. Kanaatimizce her ne kadar Finansal Şemada bu yönde bir kural olmasa da; makul sürenin tespitinde elbette Çocuk Şemasındaki düzenlemeden faydalanılabilir. Kurallarda hakem tarafından zaman çizelgesine konu olacak usuli işlemlere örnek olarak yazılı beyanların, ilgili bilgi ve belgelerin, tanık ifadelerinin sunulması, bilirkişi sayısının tespiti, bilirkişi görüşlerinin sunulması, ilgili her türlü toplantı ve duruşmanın ayarlanması, sözlü beyanlar, tanık ifadeleri ve duruşma süresini uzatabilecek diğer her türlü usuli işleme dair sürelerin belirlenmesi sayılmıştır⁹⁸. Elbette hakem tarafından çizelgeye dahil edilecek işlemler bunlara sınırlı değildir. Hakemler somut olayın özelliklerini dikkate alarak, özellikle yargılamanın makul bir süre içerisinde sağlıklı olarak yürütülmesi adına gerekli gördükleri tüm usuli işlemler için belirli süreler tespit edebilir ve bunları yargılama için planlanan zaman çizelgesine dahil edebilirler.

Yargılamanın makul bir süre içerisinde tamamlanması tahkimin hedeflerinden biridir. Bu sebeple her iki şemanın da 11. Maddesinde, hakemlerin usule ve esasa işlemler için süre verebileceği belirtilmiştir. Tarafların usule ya da esasa dair talepleri olması halinde taraflar bunları ilgili delil ve/veya beyanlar ile destekleyebilir ya da hakemler taleplerin bu şekilde gerekçelendirilmesi yönünde karar verebilirler⁹⁹. Ayrıca hakemler yargılamanın herhangi bir anında tarafların beyanlarını, tanıklara sorulacak soruları ve tanıkların her bir soruya yönelik olarak verecekleri cevaplarını yazılı olarak sunmalarını isteyebilirler¹⁰⁰. IFLA kurallarına uygun olarak gerçekleştirilecek yargılamalarda hakemlerin tarafların iddia ve beyanlarını karşılıklı olarak dinlemelerini ve birbirlerine makul süre içerisinde cevap vermelerini sağlayacak bir ortam yaratması gereklidir¹⁰¹.

FŞTK m. 12.3 uyarınca hakemin taraflara görevlendirmeyi kabul ettiğini bildirmesinin ardından 56 gün içerisinde taraflar hem hakeme hem de diğer tarafa finansal durumları ile hakem tarafından istenilebilecek diğer delil ve bilgileri yeminli bir beyan şeklinde sunacaklardır. Çocuk Şemasında yer alan benzeri kural olan m. 12.3 uyarınca ise hakemin taraflara görevlendirmeyi kabul ettiğini bildirmesinin ardından 14 gün içerisinde iddialarını dayandırdıkları olayların kısa özeti, talepleri ve hakem tarafından istenebilecek diğer delil ve bilgileri yeminli bir beyan ile sunmaları gereklidir. Finansal Şema ile Çocuk şemasında tarafların iddiaları, delilleri ve gerekli bilgi ve belgeleri sunmalarına yönelik süre farklılığı elbette uyumsuzlukların niteliğinden kaynaklanmaktadır. Özellikle finansal uyumsuzluklarda taraflarca dosyaya sunulması gereken banka hesapları, çeşitli taşınır ve taşınmazlara dair yatırımlarını ortaya koyan belgeler ile bir kişinin finansal durumuna dair bilgi içeren sair tüm

98 FŞTK m. 10.3, ÇŞTK m. 10.3.

99 FŞTK m. 11.2, ÇŞTK m. 11.2.

100 FŞTK m. 10.4, ÇŞTK m. 10.4.

101 FŞTK m. 11.3, ÇŞTK m. 11.3.

evrakın ilgili kurum ve kuruluşlardan teminin belirli bir süre alacağı düşünülerek finansal uyuşmazlıklarda öngörülen sürenin daha uzun olması makuldür. Finansal Şema'da öngörülen bu süre tahkimin avantajlarından biri olan sürat bakımından bir sorun yaratmamaktadır.

Bahsi geçen beyanların diğer tarafa ulaşmasının ardından Finansal Şema uyarınca yürütölen yargılamalarda 28 gün içerisinde Çocuk Şeması uyarınca yürütölen yargılamalarda da 14 gün içerisinde taraflar diğer tarafa ve hakeme çeşitli sorular sorabilir ve/veya ek bilgi ve belge talep edebilirler¹⁰². Tarafların soru ve talepleri karşı tarafa iletdikten sonra, ilgili tarafın bu soruları cevaplamak istememesi ya da ilgili talebi yerine getirmek istememesi halinde Finansal Şema uyarınca yürütölen yargılamalarda 14 gün içerisinde Çocuk Şeması uyarınca yürütölen yargılamalarda da 7 gün içerisinde taraflardan biri hakem ve diğer tarafa bu durumu gerekçeli olarak bildirebilir; bir ön görüşme talep edebilir¹⁰³. Bu noktadan sonra Finansal Şema ve Çocuk Şeması arasında uyuşmazlıkların niteliğine bağlı olarak bazı farklılıklara yer verilme devam edilmiştir.

FŞTK m. 12.6 uyarınca itirazların iletilmesi itibariyle 14 gün içerisinde ya da bir ön görüşme yapılması halinde görüşmenin ardından geçecek olan makul bir süre içerisinde hakem taraflara bir bildirimde bulunur. Hakem tarafından yapılacak bildirimde hangi soruların cevaplandırılacağı ve hangi taleplerin yerine getirileceğini ve bunların hangi süre içerisinde gerçekleşeceği, hangi mülklerin değerlendirileceği, değerlendirmeyi kimin yapacağı, bu kişilerin nasıl atanacağı, değerlendirme zamanı ve gerekli diğer tüm hususlar bildirilecektir. Bu bağlamda tarafların yapılacak değerlendirme ve süreç hakkında kapsamlı ve tatmin edici şekilde bilgilendirilmesi sağlanır.

Çocuk Şeması'nda ise Finansal Şema'dan farklı olarak öncelikle tarafların soru ve taleplerine itiraz edilmemesi hali düzenlenmiştir. ÇŞTK m. 12.6 uyarınca soru ya da taleplere yönelik bir itiraz ileri sürölmemesi halinde ilgili bilgi ve belgelerin 14 gün içerisinde dosyaya sunulması gereklidir. İtiraz halinde ise hakem itirazı değerlendirecek ve talebin ne şekilde, hangi kapsam ve süre içerisinde yerine getirileceğine karar verecektir. Alternatif olarak hakemin taraflar arasında bir görüşme ayarlaması ve tarafların kendi durumlarını ortaya koyan yazılı beyan sunmalarına karar vermesi mümkündür¹⁰⁴. Hakem gerek görürse beyanların sunulmasının ardından da sürecin ilerleyişini görmek için bir görüşme ayarlayabilir. Hakemin bütün bu işlemleri yaparken masraflara ve yargılama süresine dikkat etmesi gereklidir¹⁰⁵. Usule dair son olarak, hakemin gerekli gördüğü hallerde dosyadaki esaslı unsurların kaleme alınması, yazılı beyanların sunulması, toplantı ya da duruşmaların detayları, beyanların sunulması

¹⁰² FŞTK m. 12.4, ÇŞTK m. 12.4.

¹⁰³ FŞTK m. 12.5, ÇŞTK m. 12.5.

¹⁰⁴ ÇŞTK m. 12.7.

¹⁰⁵ ÇŞTK m. 12.8.

ve tanık dinlenmesine dair sürelerin tespiti gibi usul bakımından yerine getirilmesi gereken işlemlere dair detaylı kararlar verebileceği düzenlenmiştir¹⁰⁶.

Usul bakımından önemli olan bir diğer husus ise taraflardan birinin yargılamaya dahil olmaması halidir. Yargılamanın sağlıklı yürütülmesi ve etkin olabilmesi adına hakeme tanından bir diğer önemli yetki de yükümlülüklerini yerine getirmeyen tarafa karşı sahip olduğu yetkidir. Taraflardan biri yeterli bir gerekçe sunmaksızın Tahkim Kanunu ve IFLA kuralları uyarınca sahip olduğu yargılamanın sağlıklı şekilde yürütülmesine dair genel yükümlülüklerini yerine getirmese ya da duruşmalara katılmaz ve dilekçe sunmazsa hakem bu tarafa ihtarda bulunduktan sonra bu tarafın yokluğunda yargılamaya devam edebilir veya ilgili tarafça herhangi yazılı bir delil ya da beyan olmaksızın kendisine sunulmuş olan delillere dayanarak karar verebilir. Taraflar, taraflardan birinin hakem tarafından verilen kesin kararlara uymaması halinde diğer taraf Tahkim Kanunu hükümleri çerçevesinde mahkemeye başvurma hakkına sahiptir¹⁰⁷.

VI. IFLA Kuralları Uyarınca Hakem Kararları

Önceki bölümlerde açıklandığı üzere IFLA bünyesinde yürütülen aile hukuku tahkimi yargılamalarında uyuşmazlıkların kapsamı kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, tazminat gibi ekonomik boyutu olan finansal uyuşmazlıklar ile ortak çocuğa ilişkin hususlar ve nafaka gibi çocuğa dair uyuşmazlıklar birbirinden farklı niteliktedir. Bu bağlamda da aile tahkimi sonucunda verilen kararlar farklı şekilde adlandırılmaktadır. IFLA tahkiminde Finansal Şema uyarınca yürütülen yargılama sonucunda verilen karar, “hakem kararı” (*award*) olarak adlandırılırken; çocuk şeması uyarınca yürütülen tahkimin sonucunda hakem tarafından verilen karar, “tespit kararı” (*determination*) olarak adlandırılmaktadır¹⁰⁸. Bu bölümde IFLA kuralları uyarınca hakem kararı verilmesine dair kurallar iki ayrı alt bölümde ele alınacaktır.

A. Finansal Şema Uyarınca Yürütülen Yargılamalarda Karar Tesisi

FŞTK m. 13 hakem kararına dair esasları düzenlemektedir. Madde 13.1 uyarınca hakem yargılamanın tamamının ya da ilgili kısımlarının sona ermesinin ardından makul süre içerisinde kararı tesis edecektir. Hakem tarafından verilecek kararın yazılı olması, tahkim yerinin kararda belirtilmiş olması, karara tarih atılmış ve aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça ya da karar tarafların da onayıyla alınmadıkça hakem kararının gerekçelerinin kararda yeterli şekilde belirtilmiş olması gereklidir. Hakem kararları m. 13.3 hükmünde sayılan haller saklı kalmak kaydıyla kesindir ve taraflar üzerinde bağlayıcıdır. Madde 13.3’te yer alan haller hakem kararlarının tahkim kararlarının Tahkim Kanunu uyarınca temyizi ya da gözden geçirilmesi ya da Tahkim

¹⁰⁶ FŞTK m. 12.8, ÇŞTK m. 12.9.

¹⁰⁷ FŞTK m. 8.5, ÇŞTK m. 8.5.

¹⁰⁸ FŞTK m. 1.5, ÇŞTK m. 1.5. Ayrıca IFLA, FAQ.

Kanunu'nun birinci bölümünde yer alan tahkime hakim genel ilkeler bağlamında ileri sürülecek itirazlar, Tahkim Kanunu'nun kapsamı, tahkim yeri, emredici kurallar, emredici olmayan kurallar ve yazılı anlaşma maddeleri çerçevesinde hükme karşı ileri sürülecek itirazlar, hakem kararının mahkeme kararı ile düzenlenmesi gereken hallerde¹⁰⁹ mahkeme tarafından yapılması gereken her türlü değişiklik, bir taraftan diğerine ya da çocuklara devam eden ödemeler yapılmasına hükmedilen hallerde devam eden ödemelere dair maddeleri gözden geçiren, değiştiren, ortadan kaldıran ve mevcut bir hükmün yerine geçen daha sonra tesis edilecek bir hakem kararı ya da mahkeme kararı, bir taraftan diğer tarafa çocukların menfaati için yapılan ve devam eden ödemelerin İştirak Nafakası Hizmetleri¹¹⁰ tarafından değerlendirilmesidir. FşTK'da sayılan bu sınırlı sayıdaki durumlar haricinde hakem tarafından tesis edilen kararlar kesin ve taraflar üzerinde bağlayıcıdır.

B. Çocuk Şeması Uyarınca Yürütölen Yargılamalarda Karar Tesisi

Hakemin tespiti başlıklı ÇşTK m. 13 uyarınca hakem tıpkı finansal şemada olduğu gibi yargılamanın ya da ilgili kısımlarının tamamlanmasının ardından makul süre içerisinde tespit kararı tesis edecektir. Kararda bulunması gereken unsurlar finansal şemaya paraleldir. ÇşTK m. 13.2 uyarınca hakem tarafından tesis edilecek tespit kararının yazılı olması, tahkim yerinin kararda belirtilmiş, karara tarih atılmış, hakem tarafından imzalanmış ve hakem kararı yeterli şekilde gerekçelendirilmiş olması gereklidir. Hakem tarafından tesis edilecek kararlar, m. 13.3'te sayılan haller saklı kalmak kaydıyla kesindir ve taraflar üzerinde bağlayıcıdır¹¹¹. Madde 13.3'te yer alan haller tahkim yargılamasının Tahkim Kanunu çerçevesinde temyizi ya da gözden geçirilmesi ya da Tahkim Kanunu'nun birinci bölümünde yer alan tahkime hakim genel ilkeler bağlamında ileri sürülecek itirazlar, Tahkim Kanunu'nun kapsamı, tahkim yeri, emredici kurallar, emredici olmayan kurallar ve yazılı anlaşma maddeleri çerçevesinde hükme karşı ileri sürülecek itirazlar, hakem kararının mahkeme kararı ile düzenlenmesi gereken hallerde mahkeme tarafından yapılması gereken her türlü değişiklik, mahkeme tarafından ilgili mevzuat gereğince yetkili mahkemeye önceki tespit kararının değiştirilmesi ya da önceki kararın yerine yeni bir tespit kararı ya da karar verilmesi halleridir.

109 Aile hukuku tahkiminde verilen bazı kararların, kararın konusu nedeniyle ayrıca devlet mahkemeleri tarafından yeniden düzenlenmesi gerekebilir. FşTK m. 13.4 uyarınca gerekli durumlarda, taraflar aynı ya da benzer şekilde esasa dair hüküm tesis etmede yetkili olan mahkemeye başvurarak aynı ya da benzer hükümleri içeren bir karar tesis edilmesini isteyebilir ya da ilgili taraf mahkemeye başvurarak bahsi geçen kararın temini için gerekli tüm işlemlerin yapılmasını sağlayabilir.

110 Child Maintenance Service Birleşik Krallık'ta faaliyet gösteren iştirak nafakaları ile ilgili sorunları ele alan nafaka ödeyen ya da alan ya da işçisinin maaşından kesinti yapmak suretiyle iştirak nafakası ödeyen işverenlere yardımcı olan bir kamu kurumudur. <https://childmaintenanceservice.direct.gov.uk/online/revive/public/landing-screen> (Çevrimiçi - 08.10.2020).

111 Finansal Şema ile Çocuk Şeması yargılamaları sonucunda verilen kararların "award" ve "determination" olmak üzere iki farklı şekilde adlandırıldığını açıklamıştık. Bu nedenle iki şema uyarınca verilen kararların etkilerinin farklı olabileceği düşünölsü de; her iki karar tipi için de aynı ifadeler kullanılmıştır. Her iki şemanın da 13. maddesinde "Once an award has been made, it will be final and binding on the parties" denilerek hakem kararlarının kesin ve taraflar üzerinde bağlayıcı olduğu belirtilmiştir. Bu durumda verilen kararların farklı isimlendirilmesine rağmen sahip oldukları etkinin aynı olduğu savunulabilir.

Tespit kararının konusu nedeniyle tarafların hakem kararı ile aynı ya da benzer hükümlere ya da hakem kararının ilgili kısmına sahip olan veya hakem kararının yerine getirilmesi için gereken bir mahkeme kararına ihtiyaç duymaları halinde gerekli tüm başvuruları ve işlemleri yapmaları mümkündür¹¹². Çocuğun belirli bölgeler içerisinde yer değiştirmesine dair kararlarda hakemin taraflarla işbirliği yapacağı ve özellikle çocuğun menfaati ve talepleri doğrultusunda hareket edilmesi gerektiği de vurgulanmıştır¹¹³. Hakem tarafından verilecek tespit kararında taraflardan birinin belirli taahhüt altına girmesine yönelik bir karar varsa, taahhüdün uygun şekilde sunulması ve bu durumun ayrıca mahkemece kabul edilmesi gereklidir¹¹⁴. Çocuk Şeması'na uygun olarak verilecek tespit kararlarında çocuğun menfaati en önemli unsur olarak benimsenmiştir. Bu nedenle de verilecek kararlarda işbirliği, psikolojik ve sosyolojik faktörler kararın tesisi aşamasında önem kazanmıştır.

VII. IFLA Kuralları Uyarınca Yargılamanın Sona Ermesi ve Masraflar

A. Masraflar

IFLA Kurallarında yargılama giderleri ve masraflar 1996 tarihli Tahkim Kanununa atıfla düzenlenmiştir. Her iki şemada da yer alan düzenlemeler uyarınca aksi açıkça belirtilmediği sürece, IFLA Kuralları çerçevesinde yürütülen bir tahkimde masraflar Tahkim Kanunu 59. bölümde belirtilen masraflar ile IFLA ücret ve masraflarıdır¹¹⁵. Tahkim Kanunu 59. bölümde sayılan masraflar, hakem ücreti ve masrafları, ilgili tahkim merkezi ücret ve masrafları, tarafların hukuki ya da diğer masraflarıdır¹¹⁶. Hakem kendi ücretinin yargılamanın taraflarca kararlaştırılmış olan ara aşamalarında ya da böyle bir anlaşma yoksa makul zamanlarda ödenmesine karar verebilir¹¹⁷. Hakem taraflardan kendi ücreti ve masrafları ile IFLA ücret ve masrafları için teminat yatırmalarını isteyebilir¹¹⁸.

112 ÇŞTK m. 13.4.

113 ÇŞTK m. 13.5.

114 ÇŞTK m. 13.6.

115 FŞTK m. 14.1, ÇŞTK m. 14.1.

116 Bu bağlamda tahkim masrafları kapsamına dahil edilen masrafların tespitine dair yapılan giderler de yine masraflar kapsamında değerlendirilmektedir (Tahkim Kanunu 59(2)). Tahkim Kanunu 63. bölüm uyarınca taraflar hangi masraf ve giderlerin tahkim masrafı olarak kabul edileceğine birlikte karar verebilirler. Taraflarca bu konuda bir anlaşmaya varılmamış olması halinde uygulanacak usul yine aynı bölümde düzenlenmiştir. Genel olarak tahkimde masraflar ve yargılama giderleri denilince akla gelen masraf kalemleri genel giderler ve taraf giderleri olarak ikiye ayrılabilir. Genel giderler yargılamanın yapılabilmesi için ödenen hakem ücreti ve hakemlerin seyahat giderleri, tahkim merkezi ücreti, duruşma yeri, sekreteryaya, transkript ve benzeri diğer giderlerdir. Taraf giderleri ise başta yargılama öncesi ve süresince alınan hukuki hizmetler olmak üzere, tanık masrafları, keşif, bilirkişi ve uzman masraflarıdır. Bu masrafların arasında da en büyük kısım taraflarca dışarıdan alınan hukuki hizmetlere ait olan masraflardır. CIARB Costs of International Arbitration Survey 2011” <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2017/01/CIARB-Cost-of-International-Arbitration-Survey.pdf> 2,11 31.10.2020.

117 FŞTK m. 14.2., ÇŞTK m. 14.2. Hakem ücretinin ödenmesi IFLA kurallarında detaylı olarak düzenlenmiştir. FŞTK m. 13.5 ve ÇŞTK m. 13.7 uyarınca hakem kendi ücretinin tamamının ödenmemesi halinde kararı taraflara iletmekten imtina edebilir.

118 FŞTK m. 14.3, ÇŞTK m. 14.3.

Tahkimde uyuşmazlık konusu kadar yapılan masrafların karşılanması da son derece hassas bir konudur. Her ne kadar aile hukuku tahkiminin ticari tahkime göre daha az maliyetli olabileceği düşünülse de; IFLA'nın çıkış noktası olan devlet mahkemelerine kıyasla süratli ve ucuz yargılama hedefi uyarınca burada da masrafların makul seviyede kalması arzu edilir. Tahkimin genelinde masrafların paylaşımında öncelikle taraf iradesine gidilmesi gerektiği, irade serbestisinin masraf paylaşımını da kapsadığı; bu nedenle de tarafların masrafların paylaşılmasına dair herhangi bir anlaşma yapmış olması halinde bu anlaşmanın ya da bu konuda bir düzenlemeye atıfta bulunulması halinde atıfta bulunulan düzenlemenin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir¹¹⁹. Tahkimde taraf iradesine verilen önem göz önünde bulundurulduğunda bu durum son derece makuldür. IFLA da tahkimin geneline hakim olan bu ilkedен yola çıkarak masrafların karşılanması konusunda taraflara bu konuda anlaşma yapma imkanı tanımıştır¹²⁰.

Tarafların paylaşımına dair bir anlaşma yapmaması halinde uygulanacak esaslar da yine ilgili şemanın kurallarında düzenlenmiştir. Buna göre, tarafların masrafların nasıl karşılanacağına dair anlaşma yapmamış olması halinde taraflar hakem ücreti ve masrafları ile IFLA ücret ve masraflarını eşit olarak paylaşacaklardır. Taraflardan birinin diğerinin hukuki ya da diğer masraflarını ödemesine hükmedilemez. Ancak bu esaslara hakeme sunulan takdir hakkı çerçevesinde istisna getirilebilir¹²¹. Bu haliyle IFLA'nın doktrinde Amerikan prensibi olarak da anılan, yargılama giderlerinin eşit olarak paylaşıldığı ve vekalet ücreti başta olmak üzere hiçbir taraf masrafının paylaşımına dahil edilmediği masraf paylaşımı sistemini¹²² benimsediği söylenebilir.

IFLA tarafından hakeme tanınan takdir hakkı ise masraflar bakımından son derece önemlidir. Takdir hakkı, çocuk şemasında daha kapsamlı olmakla beraber, her iki şemada da masrafları düzenleyen 14. madde altında ele alınmıştır. IFLA kuralları uyarınca hakem tahkim öncesinde ya da tahkim süresince bir tarafın sergilediği tavırları dikkate alarak bu tarafın hakem ve IFLA ücret ve masraflarının tamamı ya da yarısından fazlası ile diğer tarafın hukuki ve diğer masraflarını ödemesine hükmedebilir¹²³. Hakemin masrafların ödenmesine dair bahsi geçen takdir hakkını kullanıp kullanmama ve kullanacaksa ne şekilde kullanılacağına dair karar verirken dikkat edeceği hususlar da yine aynı maddenin devamında düzenlenmiştir. Buna göre taraflardan birinin ilgili şemanın kuralları ya da hakem kararları ve talimatlarını yerine getirmemesi, taraflardan birinin uzlaşma için hükümleri mahkemece belirlenecek bir açık teklif ileri sürmesi, taraflardan birinin spesifik bir iddia ya da konuyu ileri sürmesinin makul olup olmaması, belirli bir iddia ya da suçlamaya ne şekilde cevap

119 John Yukio Gotanda, "Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations", Michigan Journal of International Law (1999) 21 (1), 3 – 4, 13, Mika Savola, "Awarding Costs in International Commercial Arbitration", Scandinavian Studies in Law, (2017) 63, 288 - 289.

120 FŞTK m. 14.4, ÇŞTK m. 14.4.

121 FŞTK m. 14.4, ÇŞTK m. 14.4.

122 Gotanda (n 118) 10.

123 FŞTK m. 14.5, ÇŞTK m. 14.5.

verdiği, yargılama süresince sergilediği tavırlar ve masrafların taraflar üzerindeki finansal etkisi takdir hakkının kullanılmasında etkilidir¹²⁴.

ÇŞTK m. 14.6'da bunlara ek olarak çocuğun refahına dair mahkeme tarafından uygulanan esaslar da hakem tarafından takdir hakkı kullanılırken dikkat edilmesi gereken unsurlar arasında sayılmıştır. Masraflara dair bir kural da şemaların genel hükümleri olarak adlandırılan son hükümlerinde yer almaktadır. IFLA tahkiminde hakemin tahkimin ilgili aşamalarında tarafları uyuşmazlığın tamamının ya da belirli bir kısmının çözümü için diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yönlendirmesi mümkündür ve bu durumda hakem teşviki ile de olsa uyuşmazlığın tahkim haricinde bir alternatif çözüm yöntemi ile sonuçlanması halinde taraflar o ana kadar yapılan masrafları ödemekle yükümlüdür¹²⁵. Bu son düzenleme kafalarda herhangi bir soru işareti kalmaması ve IFLA tarafından sona erdirilmemiş olan tahkim yargılamalarının masraflarının karşılanması adına son derece önemlidir.

B. Yargılamanın Sona Ermesi

IFLA kurallarında tahkimin sona ermesine dair kapsamlı düzenlemelere yer verilmiştir. Öncelikle tarafların şahsından kaynaklanabilecek haller ele alınmıştır. Her iki şema uyarınca da tahkim yargılaması, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ölmesi ya da ilgili mevzuat uyarınca fiil ehliyetini kaybetmesi halinde hakem tarafından sona erdirilecektir¹²⁶. Finansal Şema m. 15.1'de Çocuk Şemasından farklı olarak ehliyete dair hükümde bir istisnaya yer verilmiştir. Buna göre, fiil ehliyeti olmayan tarafın yetkili bir avukat tarafından temsil ediliyor olması halinde avukat kendi takdirine göre tahkime devam etmeye ya da tahkimi sona erdirmeye karar verebilir. Yine aynı şekilde bu taraf adına mahkemece bir vekil atanmış olması halinde de vekil tahkime devam etmeye ya da son vermeye karar verebilir. FŞTK ve ÇŞTK m. 15.2 uyarınca hakem uyuşmazlığın ilgili şemaya uyarınca çözülmeye uygun olmadığına karar vererek yargılamayı sonlandırırca, tahkime eşzamanlı olarak devlet mahkemelerinde yargılama mevcutsa ve mahkeme tahkim lehine yargılamaya son vermiyorsa, tarafların uzlaşması halinde hakem yargılamaya son verirse, taraflar tahkime devam etmeme yönünde yazılı karar alıp bunu hakeme tebliğ ederse, hakem uyuşmazlık konusu tüm hususlara cevap veren kanun yolları açık bir hüküm tesis ederse tahkim sona erer.

VIII. Sonuç

Aile hukuku tahkimi son yıllarda uluslararası platformda sıkça gündem olan, özellikle aile hukukunun kamusal yönü ve sosyolojik yapısıyla olan ilişkisi nedeniyle

124 FŞTK m. 14.6, ÇŞTK m. 14.6.

125 FŞTK m. 17.3, ÇŞTK m. 18.3.

126 FŞTK m. 15.1, ÇŞTK m. 15.1.

çokça tartışılan bir konudur. Türk hukukunda aile hukuku tahkimine dair herhangi bir düzenleme ya da uygulama yoktur. Bu konuda dünya üzerinde de sınırlı düzenleme ve uygulama mevcuttur. Bu çalışmada aile hukuku tahkimi konusunda gerek yargılamaların yürütülmesi gerekse bilimsel çalışmaların yapılması suretiyle faaliyet gösteren IFLA tarafından hazırlanmış olan aile hukuku tahkim kuralları ele alınmıştır. Böylelikle Türk hukukunda uygulama alanı bulmayan; dünyada da sınırlı sayıda ülkede mümkün olan aile hukuku tahkimini tanıtmak, özelliklerini ve ticari tahkimden farklı yönlerini ortaya koymak hedeflenmiştir.

IFLA, aile hukuku tahkiminde uzmanlaşmış, aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların kolay, süratli ve güvenli şekilde çözümü için elinden geleni yapmayı hedefleyen bir kurumdur. Bu bağlamda kurum bünyesinde aile hukukundan doğan ve tahkime elverişli olduğu kabul edilen uyuşmazlıklar iki ana başlık altında toplanmıştır. Bu ayrım uyarınca başvuru süreci ve tabi oldukları kurallar farklı olan Finansal Şema ve Çocuk Şeması olarak adlandırılan iki tip tahkim seçeneği oluşturulmuştur. IFLA tarafından bu başlıklar için uyuşmazlıkların niteliklerine ve tahkimin doğasına uygun kurallar hazırlanmıştır. Çalışmamızda IFLA tarafından yürütölen aile hukuku tahkimlerine dair detaylı bilgi vermek adına her iki şema için hazırlanmış olan kurallar kapsamlı olarak ele alınmış, kategorize edilmiş, gerektiğinde ortak noktaları gerektiğinde ise farklılıkları vurgulanmak suretiyle kuralların tamamı incelenmiştir. Kurallar incelenirken göröldüğü üzere, IFLA tarafından yürütölen yargılamalar klasik anlamda tahkim yargılamalarıdır; bu yargılamaların arabuluculuk, müzakere ya da başka alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile bir tutulması mümkün değildir. Bu yargılamalar sonucunda verilen kararlar kesindir ve taraflar üzerinde bağlayıcıdır.

IFLA kuralları, aile hukuku tahkiminde hangi konuların tahkime elverişli olduğunu, hangi konuların IFLA tahkimine konu olamayacağını, tahkim sürecinin nasıl başlatılacağını, tahkim usul ve esasına hakim olan kuralları, hakemin yetkilerini, kararın nasıl tesis edileceğini, yargılamanın sona ermesi ve masrafların kapsamı ile paylaşımına dair esasları düzenlemektedir. Bütün bu kurallarda tahkime dair genel esaslar ile aile hukukunun özellikleri çerçevesinde dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir. IFLA'nın kurumsal olarak hedeflediği uyuşmazlıkların kolay, süratli ve güvenli çözümü IFLA kurallarının geneline yansımıştır. IFLA tarafından yürütölen yargılamalarda çözüm odaklı, çocuk ve taraf menfaatlerinin ön plana alındığı bir yaklaşım hakimdir. Aile hukuku tahkimine konu olabilecek uyuşmazlıklar doğası gereği ticari tahkimden farklıdır. Kamusal yönü bulunan aile hukuku uyuşmazlıklarında başta çocuğun güvenliği, üstün menfaati ve aile kurumunun korunması gibi öncelikler mevcuttur. Çalışmamızda bu öncelikler dikkate alınarak kabul edilen ilkeler ve geliştirilen sistematik konunun Türk doktrinine tanıtılması adına detaylı olarak incelenmiştir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

- Akıncı Z, “Hakemlerin İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisi” in Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1997) 209–224.
- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat 2020).
- Akıncı Z, *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi* (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1994).
- Arslan İ, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Türk Mahkemelerinin İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisi” (2016) 27 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 691–727.
- Beeson A J, “Arbitration. A Promising Avenue For Resolving Family Law Cases?” (2018) 18 Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 211–239.
- Biçkin İ, “Hakem Sözleşmesi ve Hakem Yargılaması” (2006) 67 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 380–397.
- Burelson LP, “Family Law Arbitration: Third Party Alternative Dispute Resolution” (2008) 30 Campbell Law Review 297–314.
- Cremades BM and Cortes R, “The Principle of Confidentiality in Arbitration: A Necessary Crisis” (2013) 23 (3) Journal of Arbitration Studies 25–38.
- Çakrak R, “Kompetenz – Kompetenz Prensibi” (2017) 31 (8) TAAD 659–668.
- Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020).
- Ekşi N, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (Beta 2019).
- Engle R, “Party Autonomy in International Arbitration: Where Uniformity Gives Way to Predictability” (2002) 15 The Transnational Lawyer 323–356.
- Esen E, “Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz–Kompetenz Prensibi” (2011) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan) 355 – 380,
- Gotanda JY, “Awarding Costs and Attorneys’ Fees in International Commercial Arbitrations”, Michigan Journal of International Law (1999) 21 (1), 1–50.
- Hacıbekiroğlu E, *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2012).
- Huysal B, “International Family Law Arbitrations” Rona Aybay’a Armağan (1) (2015) 1351–1364.
- Huysal B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (Vedat 2010).
- Kennett W, “It’s Arbitration, But Not As We Know It: Reflections on Family Law Dispute Resolution” (2016) 30 International Journal of Law, Policy and The Family 1–31.

- Kurtulan G, “Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği” (2017) 131 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 239–260.
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017).
- Nomer E, Ekşi N and Öztekin Gelgel G, *Milletlerarası Tahkim Hukuku V:1* (5th edn, Beta 2016).
- Öztekin Gelgel G, “Türk Devletler Özel Hukukunda Velayet ve Vesayet Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Bazı Problemler” (2015) 35 (2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 107–138.
- Savola M, “Awarding Costs in International Commercial Arbitration”, *Scandinavian Studies in Law*, (2017) 63, 275–318.
- Serter Ö, “Aile Hukukunda Tahkim” in Günseli Öztekin Gelgel and Faruk Kerem Giray (eds), *Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler* (Beta 2017) 259–278.
- Şanlı C, Esen E and Ataman Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8th edn, Beta 2020).
- Şanlı C, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019).
- Tanrıver S, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, (2006) 64 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 151–177.
- Uyumaz A and Erdoğan K, “Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, (2015) 17(1) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, 119–169.
- Walker G K, “Family Law Arbitration: Legislation and Trends” (2008) 21 *Journal of American Academy of Matrimonial Lawyers* 521–652.
- Yasan C, “Milletlerarası Tahkimde Gizlilik” (2011) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan) 777–806.
- <http://ifla.org.uk>
- <https://libguides.bodleian.ox.ac.uk>
- <https://resolution.org.uk>
- <https://uncitral.un.org>
- <https://www.ciarb.org>
- <https://www.city.ac.uk>
- <https://www.familylawweek.co.uk>
- <https://www.flba.co.uk>
- <https://www.international-arbitration-attorney.com>
- <https://www.judiciary.uk>
- <https://www.legislation.gov.uk>



Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 08.09.2020
Revizyon Talebi: 23.09.2020
Son Revizyon: 02.10.2020
Kabul: 10.10.2020
Online Yayın: 17.12.2020

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Yargı Etiği

Judicial Ethics

Ejder Yılmaz¹

Öz

Etik, insanın gerek bireysel yaşamında gerek toplumsal yaşam bakımından uyması gereken önemli kavramlardan birisidir. Ahlâk kavramı ile ilişkisi konusunda genellikle kabul edildiği üzere ahlâk kuralları, “olan”ı; etik kuralları ise, “olması gereken”i anlatır. Etik kavramı, günümüzde “meslek etiği” şeklinde giderek canlanan, tartışılan ve derinleşen bir konu haline gelmiştir. Bu bağlamda etik, “adalete uygun karar verme” işlevi çerçevesinde, hâkimlik mesleğiyle de yakından ilgilidir. Diğer mesleklerde olduğu gibi hâkimlerin de görevlerini belli etik ilkeler çerçevesinde yerine getirmesi zorunludur. Etik ilkelerin neler olduğu veya olması gerektiği konusunda, millî ve milletlerarası çeşitli düzenlemeler yapılmıştır ve bu hususta yeni yeni gelişmeler yaşanmaktadır. Yargı etiğinin temel ilkelerinin başında, hâkimin dışardan gelecek etki ve baskılar altında kalmamasını ifade eden “bağımsızlık ilkesi” ile doğrudan doğruya hâkimin bizzat kendisinden/içinden gelen kişisel eğilimlere yenilmemesi anlamına gelen “tarafsızlık ilkesi” gelir. Anılan ilkeler, adil yargılanma hakkının da gereklerindedir. Bu iki temel etik ilkenin yanı sıra hâkimin görevini, bireylerin mahkemeye ve aslında yargı işlevini yerine getiren Devlet’e karşı duydukları güven duygusunu zedelemeyecek şekilde, kanunların gösterdiği esas ve usuller çerçevesinde, doğru bir biçimde, dürüstlük kurallarına da uyarak yerine getirmesi şarttır. Hâkim, yargılamayı davanın tarafları ve davadaki diğer ilgililer arasında ırk, renk, cinsiyet, ulusal köken, sosyal ve ekonomik statü gibi hususları tümüyle göz ardı ederek evrensel eşitlik kurallarına göre yürütmelidir. Bütün bunların gerçekleştirilebilmesi; bilgi, akıl, deneyim, insana ve doğaya sevgi/saygı duygularıyla bezenmiş olma gibi yüksek değerlere sahip olan ve özetle hâkimlik mesleğinin gerektirdiği ehil ve liyakatli kimselerin hâkim olarak seçilmesine bağlı hususlardır. Elinizdeki makale, mahkemelerin verdikleri kararların adaletli olmasının asgari araçlarından olan yargı etiği kurallarının önemi ve bu konuda Türkiye’de kabul edilen yeni yargı etiği kuralları hakkında bilgi verilmesi ve bunların değerlendirilmesi amacıyla kaleme alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Etik, Yargı etiği, Adalet, Mahkeme, Hâkim, Savcı, Adil Yargılanma Hakkı, Mahkemelerin Bağımsızlığı, Mecelle, Bengalor Yargı Etiği Kuralları, Türk Yargı Etiği Bildirgesi, Birleşmiş Milletler Yargıda Şeffaflığa İlişkin İstanbul Bildirgesi

Abstract

Ethics are a key ingredient in any social contract. Society is either civil or barbarous depending upon the presence of ethics in individual, commercial, and social spheres. While moral rules express *the law in force*; ethical rules, on the other hand, express *the ideal law (lex ferenda)*. The concept of professional ethics is increasingly relevant, profound, and popular in today’s judiciary structure. In this context, ethics are closely related to judicature within the framework of “making decisions in accordance with justice.” As in other professions, judges are obliged to fulfill their duties within the framework of certain ethical principles. Various national and international regulations have been established regarding such principles. The two key precepts of judicial ethics are the “principle of independence,” where the judge is not influenced by external pressures, and the “principle of impartiality (neutrality),” where the judge does not succumb to personal inclinations and biases. These principles form the basis of a person’s right to a fair trial. Beyond these two fundamental ethical principles, judges must conduct their duties in accordance with the principle of good faith and within the framework of other rules and legal procedures. For example, judges should conduct legal proceedings in accordance with the universal rules of equality. Their decisions should not be affected by race, color, gender, national origin, or

¹ Sorumlu Yazar: Ejder Yılmaz (Prof. Dr.), Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: ejderyilmaz@bilkent.edu.tr ORCID: 0000-0001-5901-5395

Atf: Yılmaz E, “Yargı Etiği” (2020) 40(2) PPIL 1293. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0055>



socio-economic status of the parties involved in the case. Accomplishing this ideal depends on the quality of the election system, appointing judges with high values including knowledge, intelligence, experience, affection, and respect for all people and nature. These qualities constitute the core requirements of the judge's profession, defining competency in the role. This article was written for the purpose of clarifying and evaluating the importance of judicial ethics and fairness in Turkish courts.

Keywords

Ethics, Judicial ethics, Justice, the court, Judge, Prosecutor, Right to a Fair Trial, Independence of Courts, Mecelle, Bangalore Rules of Judicial Ethics, Turkish Declaration of Judicial Ethics, United Nations Istanbul Declaration on Transparency in the Judicial Process

Extended Summary

In Turkey, as much as anywhere else in the world, the rules of professional ethics provide a legal and commercial framework for operating a wide range of services. The Turkish Medical Association has published the rules of conduct for medical professionals based on the ethical standards of the Hippocratic Oath. Legal professionals abide by the ethical code published by the Union of Turkish Bar Associations. Accountants comply with the ethical rules adopted by the Union of Chambers of Certified Public Accountants and Sworn-In Certified Public Accountants of Turkey. Construction professionals follow the "Professional Rules of Conduct" regulations as members of the Union of Chambers of Turkish Engineers and Architects. Even travel agencies must abide by "Professional Rules of Travel Agencies" as members of their governing body.

Public officials, too, must comply with specific ethical legislation recommended by the Organization for Economic Co-operation and Development. The "Public Officers Ethics Board developed certain ethical principles for public officials. Exceptions to these principles are provided for certain public officials, such as university officials and members of the judiciary. The Council of Higher Education has its own particular ethics regulations titled, "Higher Education Institutions Ethical Behavior Principles."

Judicial ethics dictate how judicial services should be conducted with a purpose and in a fair manner. Therefore, judicial ethics need to be evaluated with the concept of justice. Although "justice" is ambiguously defined by philosophers, it is an inevitable and certain result or decision that emerges within the framework of the courts.

In my opinion, the purpose of a trial is "to make a decision in accordance with justice." A fair decision is one that resolves the concrete dispute brought before the court in a way that conscientiously and legally satisfy the parties. The court's resolution restores social peace and reflects material reality. Ideally, decisions should be made simply, inexpensively, and quickly. Justice enables people to come together and live in harmony. Judicial ethics have always had a prominent role in human history from regulating the sale of property, goods, and services; to settling disputes regarding compensation and overseeing the maintenance of human rights. They lay

the foundation of the state (*iustitia est fundamentum regnorum*) and form the basis for our own legal history.

Article 1792 of the Ottoman Code of Civil Law (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye) was enacted 150 years ago (1868–1876), during the Ottoman reign. It was a fundamental code, defining the role of the judge and expressing the basic principles of judicial ethics. It advocated that a judge should be “wise, understanding, accurate, reliable, respected, and resilient” according to the rules of Mecelle. Even when the Mecelle was abolished and new laws were established in the Republican period, this judicial code of ethics continued to be practiced in the Turkish judicial system.

The Bangalore Principles of Judicial Conduct, adopted without modification by the United Nations (number 315) on 06.27.2006, stem from the principles of Mecelle. Specifically, it is a detailed annotation of Mecelle’s relevant provisions. The Turkish Board of Judges and Prosecutors recently conducted studies on judicial ethics and published their findings in the Official Gazette of 03.14.2019. The summary entitled, “Declaration of Turkish Judicial Ethics,” referred to Article 1792 of Mecelle which bears resemblance to The Bangalore Principles of Judicial Conduct. Furthermore, three judicial codes accepted by the Turkish Supreme Court are in accordance with the Bangalore Principles of Judicial Conduct and the original Mecelle doctrine. They are the “Supreme Court Judicial Ethics Principles,” the “Supreme Court Prosecutors’ Ethical Conduct Principles,” and the “Supreme Court Staff Ethical Conduct Principles.” Clearly, the ethical principles codified within the Mecelle continue to influence judicial policy today.

Yargı Etiği

I. Etik Kavramı

Etik kelimesi, yabancı dillerde kullanılan benzerlerinden alınarak Türkçemize yerleşen bir kavramdır. Etik, yerli ve yabancı sözlüklerde¹, genellikle, “ahlâk” veya “ahlâk bilimi” karşılığı kullanılmaktadır. Öğretide, etik kavramı ile ahlâk kavramının farklılığı üzerinde bazı görüşler bulunmakla birlikte, ağırlıklı klasik görüş, insan davranışlarında neyin doğru (iyi) neyin yanlış (kötü) olduğunun belirlenmesinde etik, kuramı (teoriyi); ahlâk ise, onun uygulanmasını (pratiğini) ifade eder. Buradan hareket edilirse etik, “olması gereken”; ahlâk ise, “olan”dır.

Bu açıdan bakıldığında etik, insanlar arası davranışların temelinde yer alan değerlerin iyi veya kötü olduğunu araştıran felsefe dalıdır; başka bir ifade ile, ahlâk felsefesidir².

Etik, küreselleşmenin de etkisi altında ve yalnızca insan ilişkileri bakımından değil, toplumlar, kurum ve kuruluşlar ile ekonomik ticari işletmeler bakımından da anlam ifade etmeye başlamıştır. Özellikle son yarım yüzyılda, **meslek etiği** ile ilgili yoğun gelişmeler yaşanmaktadır.

Genel olarak bir kişinin, para kazanmak ve hayatını sürdürmek için yaptığı profesyonel işe, **meslek** denir. Geleneksel anlamda meslek, kayıtlı ve diplomalı uzmanlar tarafından, belirli bir ücret karşılığında, güven ve saygı esasına dayalı olarak, talepte bulunanlara sunulan hizmet demektir. Bir işin meslek sayılabilmesi için, belli bir tekniğinin bulunması ve belli değerlere sahip olması gerekir. Bunun için de meslekler, önceden belirlenmiş belli standartlar ve etik kurallar çerçevesinde yerine getirilir; aksine davranış, ilgili meslek için oluşturulmuş kurulların denetimine tâbidir.

Etik kurallar, mesleğin niteliğine göre değişkenlik göstermekle birlikte dürüstlük, güven, saygı sevgi, mesleğe bağlılık, uzmanlık ve özen, zarar vermeme, insan hakları ve hukukun üstünlüğü, sorumluluk, şeffaflık, adalet, insancılık (hümanizm), tutarlılık gibi temel ilkeler, ortak payda olarak uygulanır. Buna karşılık bilgisizlik, ihmal, ayrımcılık, mesleğin kötüye kullanılması, sömürü, yolsuzluk, maddi manevi kötü davranma, aşağılama gibi hususlar etik kurullarla bağdaşmazlar³.

1 “**Ethic**”, *Webster’s Third New International Dictionary of The English Language* (Unabridged, 1993) 780; Le Petit Robert, *Ethique: Grand Format, Dictionnaire de la Langue Française* (1993) 830; Ethik, *Wahrig Deutsches Wörterbuch* (1997) 448; TDK Türkçe Sözlük (2011) 829.

2 Bkz. Doğan Özlem, *Etik - Ahlâk Felsefesi* (2nd edn, Notos 2014) 21-28; Ahmet Cevizci *Etik - Ahlâk Felsefesi* (2nd edn, Say 2014) s.11-21; İonna Kucuradi, *Etik*, (Türkiye Felsefe Kurumu 2015) 2,15; Agnes Heller (Abdullah Yılmaz, Koray Tütüncü, Ertürk Demirel trs, 1st edn, Ayrıntı Yayınları 2006) 17 vd, 217 vd; Alasdair MacIntyre, *Homerik Çağdan Yirminci Yüzyıla Etik’in Kısa Tarihi* (Hakkı Hünler, Solmaz Zelyüt Hünler trs, 1st edn, Paradigma 2001) 5 vd; Fred Felman, *Etik Nedir* (Ferit Burak Aydar tr, 2nd edn, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi 2013) 11,28; Immanuel Kant, *Ethica Etik Üzerine Dersler* (Oğuz Özügül tr, 2nd edn, Pencere Yayınları 2007) 11 vd; Sururi Akta, ‘Komüniteryan Etik’ (2002) 6(1-4) Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3,16.

3 Bkz. Kenan Mehmet Ekici, *Meslek Etiği* (3rd edn, Savaş 2013) 45 vd; Menşure Kolçak, *Meslek Etiği*, (4th edn, Ekin Basım 2016) 71 vd.

Bilinen en eski meslek etiği kurallarından biri, temelini “Hipokrat Yemini”nden alan, **tıp etiği kurallarıdır**⁴. Hekim (doktor), mesleğinin başında, özetle, yaşamını insanlığın hizmetine adayacağına, hastasının sağlığına öncelik vereceğine, insan yaşamına saygı göstereceğine, herkese eşit davranacağına, sır saklamaya, mesleğini vicdan onur ve iyi hekimlik ilkelerine göre yapacağına yemin eder. Ülkemizde bu konudaki meslek kuruluşu olan Türk Tabipler Birliği, Kanunun kendisine verdiği yetki çerçevesinde “Hekimlik Meslek Etiği Kuralları” yayınlamıştır. Bu metinde, hekimin uyması gereken evrensel tıbbi etik ilkeleri; yararlılık, zarar vermeme, adalet ve özerklik olarak gösterilmiş ve ayrıca, hekimin görevi sırasında ayırıcılık yapmayacağı, vicdani ve bilimsel kanaatine göre hareket edeceği, sır saklayacağı, uzmanlığı ne olursa olsun gerekli tıbbi girişimlerin yapılamadığı durumlarda acil yardımda bulunacağı, reklam yapmayacağı gibi kurallara yer verilmiştir⁵.

Avukatların üst meslek kuruluşu olan Türkiye Barolar Birliği, **avukatların uyacağı etik kuralları** gösteren “Meslek Kuralları” yayınlamıştır. Bu metin; genel kurallar, yargı organları ve adli mercilerle ilişkiler, meslektaşlar arası dayanışma ve ilişkiler, iş sahipleriyle ilişkiler başlıkları altında çeşitli kurallar içermektedir. Bunlar arasında özellikle, bağımsızlık, mesleğe güveni sağlama, mesleği itibarını zedeleyecek tutum davranışlardan kaçınma, objektiflik, reklam yasağı, yargı organları ve adli mercilerle ilişkilerde saygı, meslek onuruna uygun davranma, meslektaşlarla iyi ilişkilerde bulunma, meslek sırrı ile bağlılık, zamanının ve yeteneklerinin erişemediği işi kabul etmeme, baktığı davada görevini ihmal veya kötüye kullanarak müvekkiline zarar vermeme gibi hususlar yer almaktadır⁶.

Bunların dışında bilinen etik ilkelere; Türkiye Serbest Muhasebeci Malî Müşavirler ve Yeminli Malî Müşavirler Odaları Birliğinin, kendi mensupları için yayınladığı etik ilkeler⁷; Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Mesleki Davranış İlkeleri⁸; Türkiye Seyahat Acentaları Birliği’nin yayınladığı Seyahat Acentalığı Meslek İlkeleri⁹; Jandarma Okullar Komutanlığı’nın yayınladığı Jandarma Etiği, Meslek Ahlâkı¹⁰ gibi çeşitli örnekler gösterilebilir.

Ülkemizde, **kamu görevlilerinin uyacağı etik ilkeler** konusunda, OECD’nin tavsiyesi doğrultusunda kabul edilen özel bir mevzuat vardır. Konu, Kamu Görevlileri Etik Kurulu

4 Tıp etiği konusunda bkz. Gülay Yıldırım and Selim Kadioğlu, ‘Etik ve Tıp Etiği Temel Kavramlar’ (2007) 29(2) Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi 75-84.

5 Bkz. ‘Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’ < <https://www.ttb.org.tr/> >.

6 Bkz. ‘Meslek Kuralları’ < <https://www.barobirlik.org.tr/> >; Faruk Erem, *Meslek Kuralları Şerh* (TBB Yayınları 1977); Semih Güner, *Avukatlık Hukuku* (6th edn, Yetkin 2015) 419 vd.

7 Bkz. Serbest Muhasebeciler, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Ve Yeminli Mali Müşavirlerin Mesleki Faaliyetlerinde Uyacakları Etik İlkeler Hakkında Yönetmelik, RG 19.10.2007/26675; (ayrıca bkz. TÜRMOB Web Sitesi <<https://turmob.org.tr/>>); Tamer Aksoy, *Etik, Ulusal ve Uluslararası Etik İlkelere Yönelik Karşılaştırmalı Bir İnceleme* (Yetkin, 2006).

8 Bkz. TMMOB Web Sitesi <<https://turmob.org.tr/>>.

9 Bkz. TÜRSAB Web Sitesi <<https://turmob.org.tr/>>.

10 Jandarma Genel Komutanlığı, *Jandarma Etiği, Meslek Ahlâkı* (Jandarma Okullar Komutanlığı 2001).

Kurulması Hakkında Kanun'la düzenlenmiştir. Bu Kanunun amacı, kamu görevlilerinin uymaları gereken saydamlık, tarafsızlık, dürüstlük, hesap verebilirlik, kamu yararını gözetme gibi etik davranış ilkelerini belirlemek ve uygulamayı gözetmek üzere Kamu Görevlileri Etik Kurulu'nun kuruluş, görev ve çalışma usul ve esaslarının belirlenmesidir. Bu Kanun, bazı istisnalar dışında, bütün kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan; yönetim ve denetim kurulu ile kurul, üst kurul başkan ve üyeleri dahil tüm personeli kapsar.

Kanunun Genel Gerekçesinde belirtildiği üzere İdare, kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında **açıklık, saydamlık, hesap verebilirlik, tarafsızlık, dürüstlük, objektiflik** ilkeleri teminat altına alındığında ve kamu yararına uygun işlediğinde etkili ve verimli işleyebilir. **Dürüst, güvenilir ve âdil kamu hizmeti**, kamuya olan güveni artırdığı gibi, iş dünyası için de uygun bir ortam oluşturur ve bu suretle piyasaların iyi işlemesine ve ekonomik gelişmeye katkıda bulunur.

Kamu yönetiminde etik, **iyi yönetimin** temel anahtarıdır. Etik davranış kuralları ile yasalarda arasında yakın bir ilişki vardır. Yasaların kimi zaman düzenlemekte yetersiz kaldığı öznel durumları etik davranış kuralları düzenlemekte, belli bir statüye tâbi olanların nasıl davranmaları gerektiği yönünde kurallar koymakta ve böylece bu kurallara uyulmasını sağlamaktadır¹¹.

Bu konudaki etik kurallarının neler olduğu, Etik Kurul tarafından yayınlanan bir yönetmelikle belirlenmiştir¹². Bu Yönetmelik, kamu görevlilerinin, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde; sürekli gelişimi, katılımcılığı, saydamlığı, tarafsızlığı, dürüstlüğü, kamu yararını gözetmeyi, hesap verebilirliği, öngörülebilirliği, hizmette yerindeliği ve beyana güveni esas almaları gereğini belirttikten sonra, etik ilkeleri çok ayrıntılı bir şekilde, özetle şöyle göstermiştir: Halka hizmet bilinci, hizmet standartlarına uyma, çalışılan kurumun amaç ve misyonuna bağlılık, dürüstlük ve tarafsızlık, saygınlık ve güven, nezaket ve saygı, çıkar çatışmasından kaçınma, görev ve yetkilerin menfaat sağlamak amacıyla kullanılmaması, hediye alma ve menfaat sağlama yasağı, kamu malları ve kaynaklarının amaçları dışında kullanılmayarak muhafazası, savurganlıktan kaçınma, halka bilgi verme, saydamlık ve katılımcılık, yöneticilerin hesap verme sorumluluğu, mal bildiriminde bulunma¹³.

11 Bkz. "Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum, İçişleri ve Anayasa Komisyonları Raporları (1/705)", Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, TBMM S. Sayısı: 432.

12 "Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri İle Başvuru Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik". Etik Kurulu ve diğer mevzuat için bkz. bkz. Kamu Görevlileri Etik Kurumu Web Sitesi <etik.gov.tr>. Bu Site'de yer alan diğer önemli ilkeler şunlardır: **Eğitim-öğretim Hizmeti Verenler** için Mesleki Etik İlkeler; Eğitimciler için Mesleki Etik İlkelerle İlişkin Milli Eğitim Bakanlığı Genelgesi; **Denetim Görevlilerinin** Uyacakları Mesleki Etik Davranış İlkeleri Hakkında Yönetmelik; **Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu Üyeleri** ile Bankacılık Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu **Personelinin** Uyacakları Mesleki ve Etik İlkeler Dair Yönetmelik; **Sayıştay Denetçilerinin** Mesleki Etik Kurallarına İlişkin Usul ve Esaslar; **Sermaye Piyasası Kurulu Üyeleri ve Personelinin** Uyacakları Mesleki ve Etik İlkeler Hakkında Yönetmelik; **Gümrük Personeli** Meslek Etik İlkeleri; **TBMM Başkanlığı İdari Teşkilat** Etik Rehberi.

13 Bkz. Cüneyt Yüksel, *Devlette Etik, Dünyada ve Türkiyede Kamu Yönetiminde Etik, Yasal Altyapı ve Uluslararası Uygulamalar* (Boğaziçi Üniversitesi Yayınları 2010); Sibel Inceoğlu, *Devlette Etik Denetim: Yargıda Etik* (TÜSİAD Yayınları 2012).

Mevzuatın uygulanmasını teminen, kamu görevlilerine, görevlerini yürütürken bu Yönetmelikte belirtilen etik davranış ilkelerine uymakla yükümlü olduklarına dair, “**Etik Sözleşme**” imzalatılmaktadır.

Bu mevzuatın, nitelikleri gereği, kanunda sayılan bazı kamu görevlileri bakımından uygulanmayacağı yukarıda belirtilmişti. Bunlardan biri, üniversitelerdir. Yüksek Öğretim Kurumu bu konuda, “**Yükseköğretim Kurumları Etik Davranış İlkeleri**”¹⁴ adlı düzenlemeyi kabul etmiştir. Bu düzenlemenin giriş bölümüne göre, yükseköğretim kurumları mensupları, dürüstlük ilkesi ve sorumluluk bilincine dayalı olarak etik davranış standartlarına uygun hareket etme yükümlülüğü taşırlar. Yükseköğretim kurumları mensupları, **gerçeğin takipçisi olmaya** ve mükemmele ulaşma yönünde çalışmaya; etik ilke ve ideallerin gerçekleşebilmesi bakımından bilimsel araştırma, öğrenme, öğretme, bilgi paylaşımı, görüş açıklama, iletişim ve ifade özgürlüklerini kapsayan akademik özgürlüğün korunmasına, herkese eşit fırsat ve imkanlar sunulması gerekliliğine vurgu yaparlar. Yükseköğretim kurumları mensupları, bütün bu süreçleri, aşağıda yer verilen etik ve değer ilkeler doğrultusunda yürütmeyi kabul ve taahhüt ederler. Sözü edilen düzenlemede, temel ilke ve değerler, akademik **özgürlük** ve **özerklik**; akademik **dürüstlük**; sorumluluk ve hesap verebilirlik; temel hak ve özgürlüklerin korunması ve güçlendirilmesi; başkalarına saygı ve akademik **liyakat** olarak belirtilmiştir. Daha sonra da, ayrı ayrı olmak üzere, “bilimsel araştırma, yayın ve değerlendirme etiği”; “eğitim ve öğretim etiği”; “hizmet etiği”; “akademik yönetim etiği” hakkında ayrıntılı açıklamalar yapılmıştır.

Kamu görevlilerin uyacağı etik ilkelerle ilgili mevzuatın diğer bir istisnası, **yargı mensupları** bakımındandır. Bu konu aşağıdaki başlık altında incelenmiştir.

II. YARGI ETİĞİ

Yargılamanın amacı kanımca, “**adalete uygun karar vermek**”tir ve adaletli karar, mahkeme önüne gelen somut uyuşmazlığı, davanın taraflarını hukuken/vicdanen tatmin eder şekilde ortadan kaldıran; böylece uyuşmazlığı sanki hiç olmamış gibi sonsuza kadar yok eden; toplumsal barışı sağlayan; maddi gerçekliği yansıtan; ucuz, basit ve çabuk bir yargılama sonunda verilmiş olan karardır¹⁵.

14 Bkz. Yükseköğretim Kurumu Web Sitesi <<https://www.yok.gov.tr>>.

15 Bu konuda bkz. Ejder Yılmaz, *Adalet “İnsana Yakışan Anlayış”*, (Savaş 2020) 298 vd; Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukukunda Islah* (5th edn, Yetkin 2014) 25 vd.

Yargı etiği, yargı hizmetlerinin amacına uygun şekilde, adalete uygun olarak nasıl yürütülmesinin gerektiğini gösteren meslek etiğidir¹⁶.

Adalet hizmetlerinde, sonucu karara bağlayan kişinin, “hâkim” olduğu dikkate alındığında, yargı etiğinin öncelikle hâkim (genel anlamda mahkeme) bakımından önemi vardır. Ancak, yargı etiğinin, yargılama faaliyetine doğrudan veya dolaylı olarak katılan (savcı, avukat, adalet memurları vb.) diğer unsurları da kapsadığı muhakkaktır¹⁷. Ülkemizde avukatlarla ilgili etik kurallar, yukarıda anılan “Meslek Kuralları”nda düzenlenmiş olup aşağıdaki açıklamalarda, esas itibarıyla mahkemeler dikkate alınmıştır.

Yargı etiği, “adalet”in gerçekleştirilmesini sağlayan temel ilkelerle ilgilidir. Adalet kavramının¹⁸ insan için değeri ve bunun yanı sıra sosyolojik anlamda “toplumsal sözleşme” gereği devletin temeli olması¹⁹ sebebiyle, yargı etiği, insanlık tarihinde her zaman üzerinde titizlikte durulan konuların başında yer almıştır. Bunun bizce bilinen en yakın örneği, kendi hukuk tarihimizde yaşadığımız gelişmelerdir²⁰.

Toplumsal yaşamda insan denilen varlığın giderek ön plana çıkması, insan hakları ve buna bağlı olarak hukukun üstünlüğü anlayışının yükselen değerler haline gelmesi, toplumları ve uygarlıkları birbirine yaklaştırmış, her alanda milletlerarası **ortak değerler** üzerindeki çalışmalar yoğunlaşmıştır. Bu çalışmalardan biri de yargı etiği konusundadır.

16 Genel olarak yargı etiği konusunda bkz. Sibel İnceoğlu, *Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri* (Beta 2008); Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği* (Şen Matbaası 2007); A. Can Tuncay, *Hukuksal Etik (Legal Ethics) Ders Notları* (2nd edn, Beta 2015); Selma Çetiner, *Yargı Etiği (Yargı Erki ve Değerler)* (2nd edn, Seçkin 2016); Ahmet Ulutaş and Ömer Serdar Atabey, *Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla Yargı Etiği, Ulusal Düzenlemeler Uluslararası Düzenleme ve İlkeler Yargı Kararları* (On İki Levha 2011); Hayrettin Ökçesiz, *Adli Yargıda Yolsuzluk Araştırması* (İstanbul Barosu Yayınları 2001); Şahban Yıldırım, ‘İslâm Hukukunda Yargıç Etiği’ (2012) VII Şarkiyat İlmî Araştırmaları Dergisi 33,50; Zehra Gönül Balkır, ‘Hukuk ve Adalet Estetiği Üzerine Bir Deneme’ (2012) 23 HSFA Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 44,60; Zehra Gönül Balkır, ‘Adalet Estetiği’ (2014) 72(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 61,72; Güçlü Ateşoğlu, ‘Etik Hukuk İlişkisinde Adalet ve Özgürlük’ (2019)2 HFSA Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, Muğla Üniversitesi “Felsefe Günleri” 9-12 Ekim 2003 “Adalet” Sempozyumu Bildirileri 225,234; Yavuz Adugit, ‘İntikam: Adaletin Estetiği’ (2007)1 Sanat ve Tasarım 11,32.

17 “Legal ethics” terimi de bu anlamda kullanılmaktadır (bkz. Black’s Law Dictionary (2004) 976). Örneğin bkz. American Bar Association, “Model Rules of Professional Conduct”.

18 Adalet kavramı konusunda bkz. Yılmaz (n 16) 19 vd, 155 vd, 279 vd.

19 Abdullah Bağdemir, “‘Adalet Mülkün Temelidir’ Özdeyişi Üzerine” (2009)3 Turkish Studies for Languages Literature and History of Turkish or Turkic 283,296.

20 Bkz. Nası Aslan, *İslâm Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri* (2nd edn, Karahan 2014) 13 vd, 75 vd, 115 vd; Ahmet Kılınç, *Osmanlı Devletinde Hâkimlerin Uyması Gereken Etik İlkeleri: Hâkimin Adabı* (Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu -International Symposium On Judicial Ethics 2017), 121,187; Mustafa Avcı, *Mecelle’ye Göre Hâkimlik Etiği* (Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu -International Symposium On Judicial Ethics 2017) 225,238; bizdeki tarihsel gelişmeyi, edebi dille aktaran bir inceleme olarak ayrıca bkz. Yaşar Aydemir, *Edebiyat Aynasında Yargı Etiği* (Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu -International Symposium On Judicial Ethics 2017) 30,52.

A. Bengalor Yargı Etiği İlkeleri

Bu çalışmaların en önemlisi, Birleşmiş Milletler öncülüğünde hazırlanan “**Bengalor²¹ Yargı Etiği İlkeleri**”dir²². Bengalor Yargı Etiği Kuralları, bizde (o günkü adıyla) Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu kararıyla²³ benimsenmiş ve uygulanması hususu bir genelge ile tüm mahkemelere duyurulmuştur.

Oldukça ayrıntılı olarak hazırlanan Bengalor Yargı Etiği İlkeleri adlı metin, bir Önsöz ile her biri “değer” (value) olarak ifade olunan altı ilke (Bağımsızlık; Tarafsızlık; Doğruluk; Dürüstlük; Eşitlik; Ehliyet ve Liyakat) ve bunların her birinin uygulaması hakkında açıklamalar içermektedir. Bu ilkeler, başlıklar halinde şunlardır: **Yargı Bağımsızlığı**, hukukun üstünlüğünün ön koşulu ve âdil yargılanmanın temel garantisidir; bu nedenle hâkim, hem bireysel hem de kurumsal yönleriyle yargı bağımsızlığını korumalı ve bu konuda örnek teşkil etmelidir. **Tarafsızlık**, yargı görevinin doğru bir şekilde yerine getirilmesinin esasını oluşturur; bu ilke sadece kararlar için değil, kararların oluşturulduğu süreç açısından da geçerlidir. **Doğruluk**, yargı görevinin düzgün bir şekilde yerine getirilmesi esastır. **Dürüstlük** ve dürüstlük görünüşü, bir hâkimin tüm faaliyetlerinin yürütülmesinde esaslı bir unsurdur. **Eşitlik**, mahkemelerin herkese aynı şekilde davranması olup hâkimlik görevinin yerine getirilmesi için çok gerekli bir unsurdur. **Ehliyet ve liyakat** (göreve lâıyk olma), yargı görevinin gereğince yerine getirilmesinin ön koşullarıdır²⁴.

Bengalor Yargı Etiği İlkeleri ile ilgili metni, tam olarak yararlanılabildiğini ve bizdeki diğer Yargı Etiği Kuralları ile karşılaştırılabildiğini teminen, aşağıda aynen vermek isterim:

“Önsöz: -İnsan Hakları Evrensel Beyanname’si’nin herkesin, hak ve yükümlülüklerin belirlenmesinde ve herhangi bir suç isnadının karara bağlanmasında bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından tam bir eşitlikle, âdil ve alenî olarak yargılanma hakkına sahip olduğunu temel bir ilke olarak tanıdığı; -Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin, herkesin mahkemeler önünde eşit olmasını ve bir davada herhangi bir suç isnadının karara bağlanmasında veya hak ve yükümlülüklerin belirlenmesinde herkesin kanunla kurulmuş, yetkili, **bağımsız ve tarafsız mahkeme** tarafından âdil ve alenî olarak, sebepsiz gecikme olmaksızın yargılanma hakkına sahip olmasını teminat altına aldığı; -Aşağıdaki temel ilkelerin ve hakların, bölgesel insan hakları belgelerinde, ulusal anayasalarda, yasalarda ve içtihat hukukunda ve yargı teamül ve geleneklerinde de kabul görmüş veya yansıtılmış olduğu; -Yetkili, bağımsız

21 **Bengalor** (Bengalore), Hindistan’da bir kentin adıdır; sözü edilen ilkelerle ilgili 24-26 Şubat 2001 tarihli toplantılar Bengalor’da yapıldığı için, ilkeleri içeren metin, bu kentin adıyla anılmaktadır.

22 Ayrıntılar için bkz. UNODC United Nations Office on Drugs and Crime, Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct (basım yeri ve tarihi yok); İbrahim Akın and Tansu Akın, *Yargı Etiği* (2nd edn, Ankara Barosu Başkanlığı 2014).

23 HSYK’nun 27.06.2006 gün ve 315 sayılı kararı.

24 Birleşmiş Milletler, ilkeler konusunda bir şerh de yayınlamıştır. Bkz.: UNODC United Nations Office on Drugs and Crime, Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct (basım yeri ve tarihi yok). Ayrıca bkz. Akın and Akın (n 23).

ve tarafsız yargının insan haklarının korunması açısından sahip olduğu önemin; diğer tüm hakların icra edilebilmesinin nihai olarak adaletin doğru idaresine bağlı olması keyfiyetince de vurgulandığı; -Aynı şekilde yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargının, mahkemelerin anayasa ve **hukukun üstünlüğünü** koruma rollerini yerine getirmeleri bakımından da elzem olduğu; -Modern ve **demokratik bir toplumda halkın yargı sistemine güveninin ve yargının ahlaki otoritesinin ve doğruluğunun** son derece önemli olduğu; -Hâkimlerin, bireysel ve toplu olarak, hâkimlik makamına kamusal bir sorumluluk olarak saygı ve hürmet duymalarının ve yargı sistemine olan güveni artırmaya ve idame ettirmeye çalışmalarının oldukça önemli olduğu; -Yargı etiğinde yüksek standartların teşvik ve muhafaza edilmesine yönelik temel sorumluluğun her bir ülkedeki yargı organına ait olduğu; -Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri'nin **yargının bağımsızlığını güvence altına almak** ve ilerletmek üzere tasarlandığı ve öncelikle devletlere yönelik olduğu dikkate alınarak Hâkimlere yönelik etik davranış standartlarını oluşturmak amacıyla aşağıdaki ilkeler belirlenmiştir. Bu ilkeler, **hâkimlere rehberlik sunmak** ve yargıya yargı etiğini düzenlemeye yönelik bir çerçeve temin etmek üzere tasarlanmıştır. Bu ilkelerin amacı ayrıca **yasama ve yürütme mensupları** ile avukatların ve kamuoyunun **yargıyı daha iyi anlamalarına** ve ona destek olmalarına yardımcı olmaktır. Bu ilkeler, hâkimlerin, yargı standartlarını idame ettirmek üzere oluşturulmuş olan ve kendileri de bağımsız ve tarafsız olan uygun kurumlar karşısında meslekî davranışlarından dolayı sorumlu olduklarını varsayar ve hâkimler üzerinde bağlayıcı olan mevcut hukuk ve davranış kurallarını değiştirmeyi değil onları tamamlamayı amaçlar.

1 inci değer **Bağımsızlık** / İlke: Yargı bağımsızlığı, hukukun üstünlüğünün ön koşulu ve adil yargılanmanın temel garantisidir. Bu nedenle **hâkim**, hem bireysel hem de kurumsal yönleriyle **yargı bağımsızlığını korumalı** ve bu konuda örnek teşkil etmelidir. Uygulama: 1) Hâkim; herhangi bir yerden herhangi bir sebeple doğrudan ya da dolaylı olarak gelebilecek her türlü dış etki, rüşvet, baskı, tehdit ve müdahaleden uzak şekilde, olaylara ilişkin kendi değerlendirmesine dayanarak ve hukuka dair kendi vicdani anlayışı ile uygun biçimde yargı işlevini bağımsız olarak yerine getirmelidir. 2) Hâkim, genel anlamda toplumdan, özelde ise karara bağlamak durumunda olduğu ihtilafın taraflarından bağımsız olmalıdır. 3) Hâkim, yasama ve yürütme organlarıyla uygunsuz bağlantılardan ve bu organların etkisinden bağımsız olmalı ve ayrıca makul bir şekilde gözlemlendiğinde de bunlardan bağımsız görünmelidir. 4) Hâkim, yargısal görevlerini yerine getirirken bağımsız şekilde karar vermekle yükümlü olduğu hususlarda meslektaşlarından bağımsız olmalıdır. 5) Hâkim, yargının kurumsal ve eylemsel bağımsızlığını sürdürmek ve artırmak için yargısal görevlerinin ifasına yönelik koruma tedbirlerini teşvik etmeli ve korumalıdır. 6) Hâkim, yargı bağımsızlığını sürdürmede esas olan yargıya yönelik kamusal güveni güçlendirmek amacıyla yargı etiği ile ilgili yüksek standartlar sergilemeli ve bunları ilerletmelidir.

2 nci değer **Tarafsızlık** / İlke: Tarafsızlık, yargı görevinin doğru bir şekilde yerine getirilmesine esas teşkil eder. Bu ilke sadece kararlar için değil, kararların oluşturulduğu süreç açısından da geçerlidir. Uygulama: 1) **Hâkim, yargı görevlerini tarafsız, önyargısız ve iltimasız olarak yerine getirmelidir.** 2) Hâkim, mahkeme içerisinde ve dışında, halkın, hukukçuların ve dava taraflarının yargı ve hâkim tarafsızlığına duyduğu güveni koruyacak ve artıracak davranışlar içerisinde olmalıdır. 3) Hâkim, makul olduğu ölçüde, duruşma ve karar aşamalarında davadan reddini gerektirecek durumları en aza indirecek şekilde hareket etmelidir. 4) Hâkim, önündeki veya önüne gelme ihtimali olan bir dava hakkında, bilerek ve isteyerek, davanın sonucunu etkilemesi veya sürecin aşikâr adillik vasfını zayıflatması beklenebilecek hiçbir yorumda bulunmamalıdır. Ayrıca hâkim, kamuya açık olsun veya olmasın, herhangi bir şahıs ya da mesele konusunda adil yargılamayı etkileyebilecek herhangi bir yorum da yapmamalıdır. 5) Hâkim, tarafsız olarak karar veremeyeceği veya makul bir gözlemcide tarafsız olarak karar veremeyeceği izlenimi doğurabileceği durumlarda yargılamanın herhangi bir aşamasına katılmaktan kaçınmalıdır. Bu tür davalar aşağıdaki durumlarda söz konusu olup, bu üç bentle sınırlı değildir: 1- Hâkimin, davanın taraflarından biriyle ilgili gerçek bir önyargı veya tarafgirlik içerisinde olması veya davaya ilişkin delil kabilinden tartışılan olaylarla ilgili kişisel bir bilgiye sahip olması; 2- Hâkimin ihtilafli konuda daha önceden avukatlık yapmış olması veya esas tanıklardan biri olarak yer almış olması; 3- Hâkimin ya da hâkimin ailesinden birisinin ihtilâf konusu dava sonuçlarıyla ilgili ekonomik bir çıkarının olması. Davaya bakmaya devam edecek başka bir hâkimin belirlenememesi halinde veya herhangi bir eylemde bulunulmamasının, durumun aciliyeti nedeniyle ciddi şekilde adaletsizliğe yol açacağı durumlarda hâkime görevden el çektirmek gerekmez.

3 üncü değer **Doğruluk** / İlke: Doğruluk, **yargı görevinin düzgün bir şekilde yerine getirilmesinde** esastır. Uygulama: 1) Hâkim, davranışlarının makul bir kişinin gözünde tasvip edilir nitelikte olmasını sağlamalıdır. 2) Hâkimin hâl ve davranış tarzı, insanların **yargının doğruluğuna ilişkin inancını kuvvetlendirici nitelikte olmalıdır.** Adalet sağlanmakla kalmamalı, sağlandığı görüntüsü de yansıtılmalıdır.

4 üncü değer **Dürüstlük** / İlke: Dürüstlük ve dürüstlük görüntüsü, bir hâkimin tüm faaliyetlerinin icrasında esaslı bir unsurdur. Uygulama: 1) Hâkim, tüm faaliyetlerinde uygunsuz davranışlardan ve uygunsuzluk görüntüsü oluşturmaktan kaçınmalıdır. 2) Sürekli kamu gözetiminin öznesi durumunda olan hâkim, sıradan bir vatandaşın ağır olarak nitelendirilebileceği kişisel sınırlamaları kabul etmek durumundadır ve bunu özgürce ve kendi iradesiyle yapmalıdır. Hâkim, özellikle **yargı vazifesinin onuruyla** uyumlu bir tarzda davranmalıdır. 3) Hâkim, kendi mahkemesinde hukuk mesleğini icra eden kişilerle olan kişisel ilişkilerinde, makul şekilde değerlendirildiğinde taraflılık veya iltimas görüntüsü veya şüphesi doğurması muhtemel olan durumlardan kaçınmalıdır. 4) Hâkim, kendi ailesinden birinin taraf olduğu veya herhangi bir şekilde

bağlantılı olduğu bir davanın karara bağlanma sürecine dâhil olmamalıdır. 5) Hâkim, kendi ikametgâhının, hukuk mesleğini icra eden birisi tarafından müvekkillerini veya meslektaşlarını kabul yeri olarak kullanılmasına izin vermemelidir. 6) Hâkim, diğer vatandaşlar gibi ifade, inanç, dernek kurma ve toplanma özgürlüğüne sahiptir; ancak bu hakların kullanılmasında, yargı mesleğinin onurunu, yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruyacak şekilde davranmalıdır. 7) Hâkim, kişisel olarak ve emaneten taşıdığı mali menfaatlerinin farkında olmalı ve aile üyelerinin mali menfaatlerinin de farkında olmaya yönelik makul bir çaba sarf etmelidir. 8) Hâkim; ailesinin, sosyal ilişkilerinin veya diğer ilişkilerinin, hâkim olarak meslekî davranışlarını veya kararlarını uygunsuz bir şekilde etkilemesine izin vermemelidir. 9) Hâkim, hâkimlik mesleğinin itibarını; kendisine, aile üyelerinden birisine veya herhangi bir kimseye özel çıkar sağlayacak şekilde kullanmamalı ve kullandırtmamalıdır. Ayrıca hâkim, yargı görevinin yerine getirilmesinde herhangi bir kimsenin kendisini uygunsuz bir şekilde etkileyebileceği izlenimine yol açmamalı ve başkalarının böyle bir izlenime yol açmasına müsaade etmemelidir. 10) Hâkim, hâkimlik sıfatıyla elde ettiği gizli bilgileri, yargısal görevleriyle ilgili olmayan diğer amaçlar için kullanmamalı ve ifşa etmemelidir. 11) Yargısal görevlerini doğru bir şekilde icra etmek kaydıyla hâkim; 1- Hukuk, hukuk sistemi, adaletin idaresi veya bunlarla ilintili diğer konularda yazı yazabilir, konferans verebilir, ders verebilir ve diğer etkinliklere katılabilir; 2- Hukuk, hukuk sistemi, adaletin idaresi veya bunlarla ilintili diğer konularla ilgili resmi bir organ önündeki kamuya açık bir duruşmaya katılabilir; 3- Eğer üyeliği, hâkimin algılanan bağımsızlığına ve siyasi yansızlığına hâle getirmeyecekse resmi bir organın veya başka bir hükümet komisyonunun, komitesinin veya danışma kurulunun üyesi olarak hizmet verebilir; 4-Hâkimlik makamının onurunu zedelememesi ve yargısal görevlerin yerine getirilmesine engel olmaması koşuluyla diğer etkinliklere katılabilir. 12) Hâkim, hâkimlik makamında görevli iken avukatlık yapamaz. 13) Hâkim, hâkimlerle ilgili derneklere katılabilir, bu tür bir dernek kurabilir ve hâkimlerin çıkarlarını temsil eden diğer örgütlere katılabilir. 14) Hâkim ve hâkimin aile üyeleri; hâkimin yargısal görevlerinin yerine getirilmesiyle ilişkili olarak yapılmış, yapılacak veya yapılmamış bir şey ile ilgili herhangi bir hediye, bağış, borç ya da iltimas talebinde bulunmamalı ve bunları kabul etmemelidir. 15) Hâkim; mahkeme personelinin veya kendi nüfuzu, idaresi veya yetkisi altında bulunan diğer kişilerin, hâkimin görev ve işlevleriyle ilişkili olarak yapılmış, yapılacak veya yapılmamış bir şey ile ilgili herhangi bir hediye, bağış, borç ya da iltimas talebinde bulunmasına veya bunları kabul etmesine bilerek müsaade etmemelidir. 16) Kamunun bilgilendirilmesi konusundaki kanunlar ve yasal gerekler gözetilmek suretiyle hâkim; makul şekilde değerlendirildiğinde yargısal görevlerinin ifasında hâkimi etkilemek amacıyla verildiği izlenimi yaratmayacak olması veya taraflılık görüntüsüne yol açmayacak olması kaydıyla, sunuluş vesilesine uygun olarak sembolik bir hediye, ödül veya avantajı kabul edebilir.

5 inci değer **Eşitlik** / İlke: Mahkemeler önünde herkese eşit muamele gösterilmesi, hâkimlik görevinin gereğince yerin getirilmesi için elzem bir unsurdur. Uygulama: 1) Hâkim, yargı görevlerini yerine getirirken davaya mesnet olmayan sebeplere dayanarak herhangi bir kişi ya da gruba karşı sözle veya davranışlarıyla **yanlılık veya önyargı sergilememelidir**. 2) Hâkim; ırk, renk, cinsiyet, din, ulusal köken, sosyal sınıf, engellilik, yaş, evlilik durumu, cinsel yönelim, sosyal ve ekonomik statü ve benzeri diğer hususlar (“davaya mesnet olmayan sebepler”) dâhil olmak üzere, ancak bunlarla sınırlı kalmamak kaydıyla, çeşitli unsurlara dayanan farklılıkların ve toplumdaki çeşitliliğin bilincinde olmalı ve bunları anlamalıdır. 3) Hâkim, yargısal görevlerini; davaya mesnet olmayan ve görevlerin düzgün bir şekilde icra edilmesinde ehemmiyetsiz olan sebeplerle ayrımcılık yapmaksızın davanın tarafları, tanıklar, avukatlar, mahkeme personeli ve yargı görevini icra eden meslektaşları dâhil herkes için gerekli ilgiyi göstererek yerine getirmelidir. 4) Hâkim, mahkeme personeline veya kendisinin nüfuzu, idaresi veya denetimi altında bulunan diğer kişilere, kendi önüne gelmiş bir konuda, davaya mesnet olmayan sebeplere dayanarak bireyler arasında ayrımcılık yapmalarına izin vermemelidir. 5) Hâkim, mahkeme huzurundaki yargılamalarda avukatlardan, yargılama konusuyla hukuki açıdan ilişkili olan ve meşru savunmanın konusu olabilecek olan hususlar hariç olmak kaydıyla, davaya mesnet olmayan sebeplere dayanarak herhangi bir kişi ya da gruba karşı sözleriyle veya davranışlarıyla yanlılık veya önyargı sergilemekten kaçınmalarını talep etmelidir.

6 ncı değer **Ehliyet ve Liyakat** / İlke: Ehliyet ve liyakat, yargı görevinin gereğince yerine getirilmesinin ön koşullarıdır. Uygulama: 1) Bir hâkimin yargısal görevleri, diğer tüm faaliyetlerden önce gelir. 2) Hâkim, meslekî faaliyetini yargısal görevlere adanmalıdır; bu görevler, sadece mahkemedeki yargısal işlev ve sorumlulukların yerine getirilmesini ve karar vermeyi değil, aynı zamanda yargı makamı ve mahkemenin işleriyle ilgili diğer görevleri de içerir. 3) Hâkim, yargının denetimi altında hâkimlere sunulması gereken eğitimlerden ve diğer fırsatlardan yararlanarak yargısal görevlerin düzgün bir şekilde icrası için gerekli olan **meslekî bilgisini**, becerisini ve bireysel niteliklerini **korumak ve artırmak için gerekli adımları atmalıdır**. 4) Hâkim, uluslararası sözleşmeler ve **insan hakları normlarını** oluşturan diğer belgeler dâhil olmak üzere **uluslararası hukuktaki ilgili gelişmeleri takip etmelidir**. 5) Hâkim, mahkeme kararlarının verilmesi de dâhil tüm yargısal görevlerini etkin ve adil bir şekilde ve makul bir süre içerisinde yerine getirmelidir. 6) Hâkim, mahkemedeki tüm yargılama aşamalarında düzeni ve davranış uygunluğunu sağlamalı; davanın tarafları, jüri üyeleri, tanıklar, avukatlar ve hâkimin resmi sıfatıyla muhatap olduğu diğer kişilerle ilişkilerinde **sabırlı, vakur ve nazik olmalıdır**. Hâkim, aynı davranış tarzını tarafların yasal temsilcilerinden, mahkeme personelinden ve kendi nüfuzu, idaresi ve denetimi altında bulunan diğer kişilerden de talep etmelidir. 7) Hâkim, yargısal görevlerini layıkıyla yerine getirmesine uygun düşmeyen davranışlar içerisinde bulunmamalıdır.

Uygulama: Yargı vazifesinin doğası gereği, hâlihazırda hukuk sistemlerinde bu ilkeleri uygulamaya yönelik mekanizmaları bulunmayan ulusal yargı teşkilatları, bu mekanizmaları temin etmek için etkili tedbirler almalıdır”.

B. Budapeşte İlkeleri

Hâkimler hakkında yayınlanan bu etik ilkelerin yanısıra, **savcılar bakımından** Avrupa Konseyi, “**Budapeşte İlkeleri**” olarak anılan etik ilkeler yayınlamıştır²⁵. Buna göre savcıların temel görevleri, özetle, şunlardır. Savcılar; görevlerini her zaman ilgili ulusal ve uluslararası hukuka uygun olarak âdil, tarafsız, tutarlı ve hızlı bir şekilde yerine getirirler; insan onuru ve insan haklarına saygı duyar, bu değerleri korur ve desteklerler; toplum adına ve kamu yararına hareket ettiklerini, dikkate alırlar; toplumun genel menfaatleri ile bireylerin hak ve menfaatleri arasında âdil bir denge kurmaya çalışırlar.

C. Türk Yargı Etiği Bildirgesi

Hâkimler Savcılar Kurulu da, Türkiye Cumhuriyeti hâkimlerinin ve savcılarının takip edecekleri etik ilkeleri içeren ve bağlayıcı nitelik taşıyan “**Türk Yargı Etiği Bildirgesi**” adı verilen bir metin yayınlamıştır²⁶.

Bildirge’nin başlıkları şunlardır: Hâkimler ve savcılar, 1- **İnsan onuruna saygılıdır**, insan haklarını korur ve herkese eşit davranırlar; 2- **Bağımsızdırlar**; 3- **Tarafsızdırlar**; 4- **Dürüst** ve tutarlıdırlar; 5- Yargıya olan güveni temsil ederler; 6- **Mahremiyeti** gözetirler; 7- **Mesleğe yaraşır** şekilde davranırlar; 8- **Yetkindirler** ve mesleklerinde özenli davranırlar.

Bildirge metninin başlangıcı (girişi) ile sonuna bakıldığında, hâkim ve savcılar, bu metinle, sayılan etik ilkelerin uygulanması konusunda **taahhüt altında girmektedirler**. Şöyle ki:

Metnin başlangıcına göre, “Hâkimler ve savcılar, görevlerini yerine getirirken **adaletin** en hassas ve doğru şekilde dağıtıldığından emin olan, **mesleki sorumluluk** içinde davranan, bütün işlemleri ile karar ve davranışlarında insan ve toplum hayatına tesir edeceklerinin ve toplum nezdindeki saygınlıklarının korunmasının **Türk yargısının itibarını** da yükselteceğinin bilincinde olan ‘hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn’ **insanlardır**. Anayasa ve kanunlardan aldıkları yetki çerçevesinde, **hür vicdanları** ile **evrensel değerleri** şiar edinerek **bağımsız ve tarafsız** olarak görevlerini yürütürler. Bu Bildirgede belirtilen etik ilkeleri içtenlikle benimser, gerek meslekî gerekse sosyal hayatlarında davranmaya **onurları ve vicdanları üzerine söz verirler**”.

25 “Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa İlkeleri (Budapeşte İlkeleri)” Budapeşte 29-31 Mayıs 2005. Metin için bkz. Hâkimler ve Savcılar Kurulu Web Sitesi <hsk.gov.tr>.

26 Bkz. RG 14.03.2019/30714.

Metnin sonuna göre de, “Türk Yargı Etiği Bildirgesi; **hâkimler ve savcılar**ın, adına karar verdikleri Yüce Türk Milleti’ne ve O’nun her bir ferdine verilmiş **sözüdür**”.

Bu Bildirge’nin, etik ilkeleri gösteren başlıkları ve bunların içeriklerini gösteren açıklamaları itibarıyla, tamamiyle, Bengalor Yargı Etiği İlkelerine paralel olarak hazırlandığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, yaklaşık yirmi yıl sonraki tarihi taşıyan Bildirge’nin, içeriği itibarıyla Bengalor Yargı Etiği İlkeleri’ne oranla daha iyi kaleme alındığı söylenebilir.

Bildirge’de kullanılan hukuki dil de, genellikle, herkesin anlayabileceği şekildedir ve hukuk dili için genellikle kabul edilen “anayasa dili”ne uygundur. Bununla birlikte, Bildirge’nin başlangıcında yer alan ve hâkimlerle savcılarını tanımlayan ‘**hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn**’ ifadesi yadırgatıcıdır.

Bilindiği gibi, Osmanlı Devleti’nde bundan yaklaşık 150 yıl önce (1868-1876) yürürlüğe giren ve daha sonra Cumhuriyet kanunlarıyla yürürlükten kaldırılan önemli bir kanun olan Mecelle’nin, hâkimin niteliklerini belirleyen 1792 nci madde aynen şöyledir: “Hâkim, hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn olmalıdır”. Bu hükmü, bugünkü Türkçemize çevirecek olursak, “Hâkim, **bilge, anlayışlı, doğru, güvenilir, saygın ve dayanıklı** olmalıdır”.

Birbuçuk yüzyıl önce Mecelle’yi kaleme alanların, **hâkimin niteliklerini** özetlemek üzere özenle seçtikleri bu kelimelerin, önemli bir kültür birikimini ifade ettiği ve bu tanımın bugün dahi geçerliliğini sürdürdüğü muhakkaktır²⁷. Bildirge bakımından yadırgatıcı olan, sözkonusu tanımın, bugünkü güzel Türkçemize çevirilmeden, Mecelle’deki Osmanlıca ifadenin aynen aktarılmış olmasıdır. Orijinal Osmanlıca metinde yer alan ve hâkimin niteliklerini (ki, bunlar yargı etiği kavramlarıdır) gösteren altı kelimenin tümü de, bugünkü Türkçemizde kullanılmayan kelimelerdir ve yeni nesil (hâkim ve savcılar dahil), bunları bilmemektedir. **Bilinmeyen bir şeyi, anlamanın mümkün olmadığı** düşünülecek olursa, Bildirge’de kullanılan ifade, sözkonusu güzel tanımın değerini, deyiş yerinde ise, “yoketmiştir”. Başka bir ifadeyle Bildirge’de Türk hâkimi, her nedense Türkçe değil, yabancı kelimelerle tanımlanmış gibidir!

Günümüz hâkim ve savcılarının, kendilerini tanımlayan ve etik olarak ne yapmaları gerektiğini vurgulayan Mecelle’deki güzel tanımı bilebilmeleri ve buna göre davranabilmeleri için, olması gereken hukuk bakımından, Bildirge’deki bu tanımın, en kısa zamanda, günümüzün güzel Türkçesine çevrilmesinin yerinde olacağını düşünmekteyim.

Bu vesileyle bir kez daha vurgulamak isterim ki, hukuk kuralları bakımından önemli olan husus, yazılmış bulunan “sözler” değil, bunların uygulanmasıdır. Ümit ve temennim, çağdaş hukuk anlayışını yansıtan ve iyi bir metin olan Türk Yargı Etiği Bildirgesi’nin, sözde kalmayıp, uygulamaya da aynen yansımalarıdır.

27 Hâkimin nitelikleri konusunda bkz. Recep Akcan, *Hâkimin Vasıfları* (Babil 2013).

D. Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri

Ülkemizde yargı etiği bakımından yapılan önemli diğer bir çalışma, Yargıtay’ın, kendi hâkimleri, Cumhuriyet savcıları ve personeli için kabul ettiği yargı etiği ilkeleridir²⁸.

Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından 08.12.2017 tarihinde kabul edilen ve Yargıtay üyeleri ile tetkik hâkimlerini (genel olarak, Yargıtay hâkimlerini) bağlayan “**Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri**”, (Bengalor Yargı Etiği İlkeleri’ne benzer şekilde) altı ayrı “değer”den oluşmaktadır. Buna göre:

Değer 1: **Bağımsızlık**. Yargı bağımsızlığı, hukukun üstünlüğünün ön şartı ve âdil yargılanmanın temel güvencesidir; bu nedenle hâkim, hem bireysel hem de kurumsal yönleriyle yargı bağımsızlığını yüceltir ve örnek biçimde temsil eder. Değer 2: **Tarafsızlık**. Tarafsızlık, yargı görevinin doğru biçimde ifası için vazgeçilmez bir unsurdur. Bu ilke, temyiz sürecinde salt karar için değil, kararın oluşturulduğu süreç için de geçerlidir. Değer 3: **Dürüstlük**. Dürüstlük, yargı görevinin doğru biçimde ifası için vazgeçilmez bir unsurdur. Değer 4: **Mesleğe yaraşırılık**. Mesleğe yaraşırılık ve bunun görüntü olarak ortaya konulması, hâkimin tüm faaliyetlerinin ifası için vazgeçilmez unsurdur. Değer 5: **Eşitlik**. Yargı görevinin doğru biçimde ifası için mahkeme önünde herkese eşit muamelede bulunmak vazgeçilmez bir unsurdur. Değer 6: **Ehliyet ve özen**. Ehliyet ve özen, yargı görevinin doğru biçimde ifasının ön şartlarıdır²⁹.

Yargıtay Cumhuriyet Savcıları tarafından 19.10.2017 tarihinde kabul edilen “**Yargıtay Cumhuriyet Savcıları Etik Davranış İlkeleri**”nde de Yargıtay’da görevli tüm Cumhuriyet savcılarının, mesleki davranışlarına ilişkin kuralların belirtilmesinden sonra, bağımsızlık ve tarafsızlık ilkeleri ile ceza yargılamasındaki davranışları ile özel yaşamdaki davranışlarının nasıl olması gerektiği açıklanmaktadır³⁰.

Yukarıda anılan İlkelerin yanı sıra, kamu görevlileri etik mevzuatı uyarınca hazırlanan “**Yargıtay Personeli Etik Davranış İlkeleri**” yürürlüğe konulmuştur³¹.

Bütün bunların yanı sıra, Yargıtay ile Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (UNDP) işbirliğinde geliştirilen ve uluslararası niteliği bulunan **Yargıda Şeffaflığa İlişkin İstanbul Bildirgesi** ve 23 Temmuz 2019 tarihli Uygulama Tedbirleri’ne de

28 Bu ilkelerin metinleri için bkz. Yargıtay Web Sitesi <<https://www.yargitay.gov.tr/>>

29 Bu konuda bkz. Yargıtay Etik, Şeffaflık ve Güven Projesi Açılış Sempozyumu, 13-14 Nisan 2017 Antalya (Yargıtay yayını, basım yeri ve tarihi yok); “Yargıtay Etik, Şeffaflık ve Güven Projesi” Etik İlkeler Çalıştayı, 12-16 Mayıs 2017 Antalya (Yargıtay yayını, basım yeri ve tarihi yok). İnyet Aydın and Mustafa Saldırım, *Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri Eğitimi Kolaylaştırıcı El Kitabı* (2019); İnyet Aydın and Mustafa Saldırım, *Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri Eğitimi Katılımcı El Kitabı* (2019).

30 İnyet Aydın and Mustafa Saldırım, *Yargıtay Cumhuriyet Savcıları Etik Davranış İlkeleri Eğitimi Kolaylaştırıcı El Kitabı* (2019).

31 İnyet Aydın and Mustafa Saldırım, *Yargıtay Personeli Etik Davranış İlkeleri Eğitimi Kolaylaştırıcı El Kitabı* (2019); İnyet Aydın and Mustafa Saldırım, *Yargıtay Personeli Etik Davranış İlkeleri Eğitimi Katılımcı El Kitabı* (2019).

değirmek gerekir. Bu konuda, Türk Yargıtayının başarılı çalışmalarının sonucu olarak hazırlanan metin³², Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey Komisyonu kararıyla kabul edilmiş ve üye tüm devletlerin adalet politikalarının oluşturulmasında ve geliştirilmesinde dikkate alınması önerilmiştir.

Bu Bildirgede belirtilen ilkeler şunlardır: 1) Yargılama, temel bir ilke olarak, **kamuya açık** yapılmalıdır; 2) Yargı sistemi adliyelere ve adli bilgiye **kolay erişimi** sağlamalıdır; 3) Yargı, yargı sistemine erişimi kolaylaştırmalıdır; 4) Yargı, mahkeme kullanıcılarına, herhangi bir ücret talep etmeksizin, yazılı ve sözlü **çeviri imkanları** sağlamalıdır; 5) Yargı, davaların **şeffaf biçimde tevzi** edilmesini sağlamalıdır; 6) Yargı, **adaletin şeffaf biçimde gerçekleştirilmesini** sağlamalıdır; 7) Mahkemeler, **gözaltı** ve **tutuklama** konusunda denetim yetkisine sahip olmalıdır; 8) Yargı, üst derece / temyiz **mahkeme kararlarının düzenli olarak yayınlanmasını** sağlamalıdır; 9) Yargı, öğrencilerin yargı süreci hakkında **bilgilendirilmesine** yönelik programları teşvik etmelidir; 10) Yargı, **adalet sisteminin rolü hakkında halkı eğitmeye** yönelik halka ulaşım programları başlatmalı ve/veya bu programları desteklemelidir; 11) Yargı, yargı kararları dahil olmak üzere yargının işlemleri hakkında halkı bilgilendirmeye yönelik meşru işlevini ifa edebilmesi için **basına erişim** ve uygun **yardım sağlamalıdır**; 12) Yargı, adaletin gerçekleştirilmesine ilişkin **halkın memnuniyetini** değerlendirmeli ve bu yolla adaletin kalitesini yükseltme yönünde çaba göstermelidir; 13) **Hâkim atamaları** şeffaf olmalıdır; 14) Yargı, hâkimlerin etik dışı davranışlarına ilişkin **şikâyetlere şeffaf biçimde karşılık vermelidir**; 15) Hâkimlere ilişkin **disiplin süreci** şeffaf olmalıdır³³.

Yukarıdaki metnin 8 inci maddesinden hareketle, **yüksek mahkeme kararlarının yayınlanmasının** da yargı etiği kuralları arasına alınmış olması, sevindiricidir. Bu vesile ile, Yargıtay kararlarına ulaşabilmenin zorluğunu bilen, bundan yakınan ve bu hususu sözlü ve yazılı olarak, yıllardır dile getiren bir bilim adamı olarak, “Yargıtay kararlarına, özel sektör kuruluşlarının yaptığı pratik teknikler uygulanarak, kolayca ulaşabilmenin en kısa zamanda gerçekleşebileceğini temenni ederim.

Yüksek mahkeme kararlarının tam ve düzenli olarak yayınlanması, bireylerin hukuku bilip ona göre hareket etmesi adına demek olan, **hukuki güvenlik ilkesi**”nin bir gereğidir. Anayasa Mahkememizin, bu konuda bireysel başvurular vesilesiyle verdiği ve dolaylı da olsa yüksek mahkemeleri uyardığı çok güzel kararları vardır. Öte yandan konunun, Millet’in kendi adına yapılan yargılama sonucunda verilen **hükmü**, aleniyet ilkesi çerçevesinde **görüp değerlendirmesi** ve böylece **yargıyı denetlemesi** bakımından da önemi vardır.

32 23 Temmuz 2019 tarihli

33 Bildirgenin metni için bkz. Yargıtay Web Sitesi <yargitay.gov.tr>

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

“Ethic”, *Webster’s Third New International Dictionary of The English Language* (Unabridged, 1993).

“Yargıtay Etik, Şeffaflık ve Güven Projesi” Etik İlkeler Çalıştayı, 12-16 Mayıs 2017 Antalya (Yargıtay yayını, basım yeri ve tarihi yok).

Aduğit Y, ‘İntikam: Adaletin Estetiği’ (2007)1 Sanat ve Tasarım 11,32.

Akcan R, *Hâkimin Vasıfları* (Babil 2013).

Akın İ and Akın T, *Yargı Etiği* (2nd edn, Ankara Barosu Başkanlığı 2014).

Akta A, ‘Komüniteryan Etik’ (2002) 6(1-4) Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3,16.

Aslan N, *İslâm Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri* (2nd edn, Karahan 2014).

Ateşoğlu G, ‘Etik Hukuk İlişkisinde Adalet ve Özgürlük’ (2019)2 HFSA Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi

Avcı M, Mecelle’ye Göre Hâkimlik Etiği (Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu -International Symposium On Judicial Ethics 2017).

Aydemir Y, Edebiyat Aynasında Yargı Etiği (Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu -International Symposium On Judicial Ethics 2017).

Aydın İ and Saldırım M, *Yargıtay Cumhuriyet Savcıları Etik Davranış İlkeleri Eğitimi Kolaylaştırıcı El Kitabı* (2019).

Aydın İ and Saldırım M, *Yargıtay Personeli Etik Davranış İlkeleri Eğitimi Kolaylaştırıcı El Kitabı* (2019).

Aydın İ and Saldırım M, *Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri Eğitimi Katılımcı El Kitabı* (2019).

Aydın İ and Saldırım M, *Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri Eğitimi Kolaylaştırıcı El Kitabı* (2019).

Bağdemir A, “‘Adalet Mülkün Temelidir’ Özdeyişi Üzerine” (2009)3 Turkish Studies for Languages Literature and History of Turkish or Turkic 283,296.

Black’s Law Dictionary (2004)

Cevizci A, *Etik – Ahlak Felsefesi* (2nd edn, Say 2014).

Çetiner S, *Yargı Etiği (Yargı Erki ve Değerler)* (2nd edn, Seçkin 2016).

Ekici KM, *Meslek Etiği* (3rd edn, Savaş 2013).

Erem F, *Meslek Kuralları Şerh* (TBB Yayınları 1977).

Ethik, *Wahrig Deutshes Wörterbuch* (1997).

Felman F, *Etik Nedir* (Ferit Burak Aydar tr, 2nd edn, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları 2013).

Gönül Balkır Z, ‘Adalet Estetiği’ (2014) 72(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 61,72.

Gönül Balkır Z, ‘Hukuk ve Adalet Estetiği Üzerine Bir Deneme’ (2012) 23 HSFA Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 44,60.

- Güner S, *Avukatlık Hukuku* (6th edn, Yetkin 2015).
- Heller A, *Bir Ahlak Kuramı* (Abdullah Yılmaz, Koray Tütüncü, Ertürk Demirel trs, 1st edn, Ayrıntı Yayınları 2006).
- İnceoğlu S, *Âdil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği* (Şen Matbaası 2007).
- İnceoğlu S, *Devlette Etikten Etik Devlete: Yargıda Etik* (TÜSİAD Yayınları 2012).
- İnceoğlu S, *Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri* (Beta 2008).
- Jandarma Genel Komutanlığı, *Jandarma Etiği, Meslek Ahlâkı* (Jandarma Okullar Komutanlığı 2001).
- Kant I, *Ethica Etik Üzerine Dersler* (Oğuz Özügöl tr, 2nd edn, Pencere Yayınları 2007).
- Kılınç A, Osmanlı Devleti'nde Hâkimlerin Uyması Gereken Etik İlkeleri: Hâkimin Adabı (Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu -International Symposium On Judicial Ethics 2017).
- Kolçak M, *Meslek Etiği*, (4th edn, Ekin Basım 2016).
- Kuçuradi I, *Etik* (Türkiye Felsefe Kurumu 2015).
- MacIntyre A, *Homerik Çağdan Yirminci Yüzyıla Ethik'in Kısa Tarihi* (Hakkı Hünler, Solmaz Zelyüt Hünler trs, 1st edn, Paradigma 2001).
- Muğla Üniversitesi "Felsefe Günleri" 9-12 Ekim 2003 "Adalet" Sempozyumu Bildirileri 225,234.
- Ökçesiz H, *Adli Yargıda Yolsuzluk Araştırması* (İstanbul Barosu Yayınları 2001).
- Özlem D, *Ahlak Felsefesi* (2nd edn, Notos 2014).
- Robert LP, *Ethique: Grand Format, Dictionnaire de la Langue Française* (1993).
- TDK *Türkçe Sözlük*, 2011.
- Tuncay AC, *Hukuksal Etik (Legal Ethics) Ders Notları* (2nd edn, Beta 2015).
- Ulutaş A and Atabey ÖS, *Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla Yargı Etiği, Ulusal Düzenlemeler Uluslararası Düzenleme ve İlkeler Yargı Kararları* (On İki Levha 2011).
- UNODC United Nations Office on Drugs and Crime, *Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct* (basım yeri ve tarihi yok)
- Yargıtay Etik, Şeffaflık ve Güven Projesi Açılış Sempozyumu, 13-14 Nisan 2017 Antalya (Yargıtay yayını, basım yeri ve tarihi yok).
- Yıldırım G and Kadioğlu S, 'Etik ve Tıp Etiği Temel Kavramlar' (2007) 29(2) Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi 75,84.
- Yıldırım Ş, 'İslâm Hukukunda Yargıç Etiği' (2012) VII Şarkiyat İlmi Araştırmaları Dergisi 33,50.
- Yılmaz E, *Adalet "İnsana Yakışan Anlayış"* (Savaş 2020).
- Yılmaz E, *Medeni Usul Hukukunda Islah* (5th edn, Yetkin 2014).
- Yüksel C, *Devlette Etik, Dünyada ve Türkiyede Kamu Yönetiminde Etik, Yasal Altyapı ve Uluslararası Uygulamalar* (Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi 2010).
- 'Hekimlik Meslek Etiği Kuralları' < <https://www.ttb.org.tr/>>.
- 'Meslek Kuralları' < <https://www.barobirlik.org.tr/>>
- TÜRMOB Web Sitesi <<https://turmob.org.tr/>>
- TMMOB Web Sitesi <<https://turmob.org.tr/>>.
- TÜRSAB Web Sitesi < <https://www.tursab.org.tr/>>
- Kamu Görevlileri Etik Kurumu Web Sitesi < <https://etik.gov.tr/>>
- Hâkimler ve Savcılar Kurulu Web Sitesi < <https://www.hsk.gov.tr/>>.
- Yargıtay Web Sitesi <<https://www.yargitay.gov.tr/>>



Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması

Effectivity and Validity of Choice of Law, Choice of Court, and Arbitration Agreements Stipulated in Terms and Conditions Under Turkish Law

Berk Demirkol*

Öz

Taraflar sözleşmesel bir hukukî ilişkiye girerken, sözleşmenin bir hükmünde, aralarındaki hukukî ilişkiye uygulanacak hukuku ve bu ilişkiden veya bu ilişkiyle ilgili doğabilecek uyuşmazlıkların belli bir mahkemede ya da tahkimde çözülmesini kararlaştırabilirler. Bu düzenlemelere genel işlem şartları altında yer verilmesi de mümkündür. Bu düzenlemelere genel işlem şartları altında yer verilmesi durumunda, bu düzenlemelerin hüküm doğurup doğurmadığının Borçlar Kanunu'nun 20 ilâ 25. maddelerinde yer alan ve genel işlem şartlarına ilişkin olan düzenleme çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Genel işlem şartlarında yer alan hükümlerin etki doğurmasını sınırlayan çeşitli hükümlere tüketici hukuku ve ticaret hukukunda da rastlanmaktadır. Bu çalışma tüketici işlemlerinde yer alan hukuk seçimi, yetki anlaşması ve tahkim anlaşmalarının incelemektedir. Bu nedenle, bu çalışmada, söz konusu düzenlemelerin hüküm doğurması için borçlar hukukundaki şartların ne zaman karşılanmış olacağı konusu ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Genel işlem şartları, tahkim anlaşması, hukuk seçimi, yetki anlaşması, incorporation

Abstract

While entering into a contract, parties may stipulate in a clause of this contract a special provision envisaging the law applicable to the legal relationship between the parties or the court or arbitral tribunal before which any dispute arising out of, or in relation to, this contract shall be resolved. These stipulations may be envisaged in contractual terms that are qualified as “terms and conditions” or “general conditions”. If these stipulations are found in terms and conditions, the issue of whether they will be effective will be examined within the context of Articles 20–25 of the Turkish Code of Obligations. In Turkish law, there are other applicable provisions to the validity of terms and conditions under consumer and commercial law. However, this paper does not address the validity of choice of law, choice of court, and arbitration agreements in consumer contracts. It discusses the issue of the effect of the aforementioned stipulations found in terms and conditions against the provisions set forth in contract law and the question of when the requirements in these provisions would be deemed satisfied.

Keywords

Terms and conditions, arbitration agreement, choice of law, choice of court, incorporation

* Sorumlu Yazar: Berk Demirkol (Doç. Dr.), Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye. E-posta: bdemirkol@gsu.edu.tr
ORCID: 0000-0001-9758-8450

Atf: Demirkol B, “Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması” (2020) 40(2) PPIL 1313. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0034>



Extended Summary

While entering into a contract, parties may stipulate in a clause of this contract a special provision envisaging the law applicable to the legal relationship between the parties or the court or arbitral tribunal before which any dispute arising out of, or in relation to, this contract shall be resolved. These stipulations may be envisaged in contractual terms that are qualified as “terms and conditions” or “general conditions”. If these stipulations are found in terms and conditions, the issue of whether they will be effective will be examined within the context of Articles 20–25 of the Turkish Code of Obligations.

The fact that choice of law, choice of court, and arbitration agreements are found in terms and conditions does not constitute a factor in Turkish law that leads in and of itself to invalidity or ineffectiveness of these agreements. Neither the legal provisions in the Code of Obligations cause these clauses to be disregarded, nor is there any other particular provision in specific legal provisions allowing the abovementioned stipulations to be concluded, which would preclude the parties from agreeing to these stipulations in terms and conditions. Moreover, choice of law, choice of court, and arbitration agreements that are considered incompatible with the good faith principles, for example, not serving any legitimate purpose, might be deemed invalid.

A person who provides a service or a good to different counter-parties on a regular basis might be inclined to envisaging choice of law, choice of court, and arbitration agreements in their standard contracts. In terms and conditions, these agreements will be effectively concluded if (1) this person provides their counter-party with the information that the contractual relationship between the parties includes and refers to terms and conditions, (2) this person provides their counter-party with access to these terms and conditions including the abovementioned clauses, and finally, (3) the counter-party accepts being bound by the terms and conditions.

The counter party who concludes the contract is informed of the use of terms and conditions and is allowed access to the context of these conditions when it receives the hard copy of a standard contract or its electronic version (especially in cases where the contract is concluded online). The standard contract may include a choice of law clause determining the law applicable to the contract or a jurisdiction or arbitration clause determining the jurisdiction of competent courts or arbitral tribunal that will hear any dispute arising out of or in relation to the contractual relationship established by the contract involving the general conditions. Existence of such clauses in the terms and conditions does not require the drafter of the standard contract to provide specific and detailed information to the counter party as to the inclusion and application of these clauses into the standard contract or terms and conditions. Articles 20–25 of the Turkish Code of Obligations do not require the drafter to make sure that the counter

party has understood well the meaning of these clauses. Giving information generally on the use of the whole set of general conditions would and should suffice without the need to identify specifically any condition among the others. Similarly, it is not required that the counter-party give its specific consent for each and every clause including choice of law, choice of court, and arbitration agreements.

By the same token, the last condition for the effectivity of these conditions will be met when the counter-party accepts the use of terms and conditions. It is not necessary that the counter-party provide special consent in relation to the choice of law, choice of court, or arbitration clauses so that these clauses become effective. This consent may be given either by signing the text of the standard contract including these clauses or by signing the contract, which includes a clause that refers to an external text including the choice of law, choice of court, or arbitration clauses. In a contract concluded online, the counter party would be deemed having accepted these clauses when it clicks the relevant box, whereby it agrees to the contract or the general conditions. This method is sufficient even to satisfy the formal requirement of jurisdiction and arbitration clauses: Clicking such boxes online satisfies the written condition of these clauses.

Finally, including choice of law, choice of court, or arbitration clauses in terms and conditions shall not be deemed surprising. Thus, the inclusion of these clauses will not trigger Article 21(2) of the Code of Obligations. In principle, the inclusion of these clauses is not against good faith principles.

Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması

Giriş

Taraflar sözleşmesel bir hukukî ilişkiye girerken, sözleşmenin bir hükmünde, aralarındaki hukukî ilişkiye uygulanacak hukuku ve bu ilişkiden veya bu ilişkiyle ilgili doğabilecek uyuşmazlıkların belli bir mahkemede ya da tahkimde çözülmesini kararlaştırabilirler. Uygulamada bu hükümler, genellikle “Uygulanacak Hukuk ve Tahkim” veya “Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme” olarak başlıklandırılmaktadır. Uygulanacak hukuk ve tahkim veya yetkili mahkeme şartları, aynı hükümde veya farklı hükümlerde öngörülebilir.

Hukuk seçimi, yetki anlaşması veya tahkim anlaşması niteliği taşıyan bu sözleşme maddeleri, tarafların üzerinde müzakere yaptığı ve beraber son hâline getirdikleri bir metinde yer alabilir. Bunun gibi, bu hükümler, taraflardan birinin ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden tek başına hazırladığı metinlerde de yer alabilir. Karşı tarafla sözleşme kurulacağı sırada, bu metinler kullanılmak suretiyle, sözleşmenin şartları, üzerinde hiç müzakere yapılmadan, taraflar arasındaki anlaşmanın konusu hâline getirilebilir. İşte bu durumda, hukuk seçimi, yetki anlaşması veya tahkim anlaşması genel işlem şartı¹ olarak taraflar arasındaki hukukî ilişkinin bir parçası hâline gelmiş olmaktadır.

Bu makalede ilk önce genel işlem şartının tanımı üzerinde durulacak, ardından Türk hukukundaki düzenlemenin hukuka aykırı genel işlem şartlarını tâbi kıldığı yaptırımların hukukî niteliği belirlenecek, daha sonra da yaptırıma tâbi tutulan genel işlem şartlarının özellikleri üzerinde durulacaktır. Bu son aşamada, genel işlem şartlarında yer alabilecek hukuk seçimi, yetki anlaşması veya tahkim anlaşmasının hangi durumlarda geçerli olarak sonuç doğurup doğurmayacağı tartışılacaktır. Böylece, bu hükümlerin genel işlem şartı olarak öngörülmesinin hükümlerin geçerliliğini etkileyip etkilemediği değerlendirilmiş olacaktır.

1 Piyasa ekonomisinde tacirlerin neden genel işlem şartları kullanmaya yöneldiği konusunda, bkz. Yeşim Atamer, ‘Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurulabilecek Değerlendirme Kriterleri’ in Çiğdem Kırcı (ed), *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu* (Vedat 2013) 103, 110-115.

Bu makalede, hukuk seçimi,² yetki anlaşması³ ve tahkim anlaşmasına⁴ uygulanacak hukuk tartışmasına girilmeyecek ve bu anlaşmalara Türk hukukunun uygulandığı varsayılacaktır. Dolayısıyla, söz konusu klozların genel işlem şartlarında öngörülmesinin bu anlaşmaların geçerliliğini etkileyip etkilemediği incelemesi Türk hukuku altında yapılmaktadır.

Ayrıca bu makalede yapılan inceleme borçlar hukuku çerçevesinde kabul edilen genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeleri esas alacaktır. Genel işlem şartlarının veya “haksız şartlar”ın⁵ tüketici sözleşmeleri çerçevesinde doğurduğu sonuçlar veya geçerlilik koşulları ayrıca incelenmeyecektir.⁶ Dolayısıyla, bu makalede yapılan inceleme tüketicinin korunmasına özgü mevzuatı dikkate almamaktadır. Bu tercihin arkasında yatan temel nedenlerden biri tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi, yetki veya tahkim anlaşmaları yapılmasıyla ilgili olarak zaten milletlerarası özel hukuk,

- 2 Hukuk seçimine uygulanacak hukukla ilgili olarak, bkz. Berk Demirkol, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (2nd edn, Vedat 2014) 79-88; Cemal Şanlı, *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk* (Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü 1986) 110; Vahit Doğan, *Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif* (Savaş 2005) 146, vd.; Vahit Doğan, *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti* (Yetkin 1996) 27, vd; Bilgin Tiryakioglu, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Aktlerine Uygulanacak Hukuk* (AÜHF 1996) 25, vd; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri* (Yetkin 1996) 75; Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)* (2nd edn, Vedat 2013) 295; Zeynep Derya Tarman, ‘5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşınan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi’ (2010) 26(1) BATİDER 143, 150; Aslı Bayata Canyaş, *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural* (Adalet, 2012) 82; Bernard Dutoit, François Knoepfler, Pierre Lalive and Pierre Mercier, *Répertoire de droit international privé suisse*, Vol 1 (Staempfli 1982) 31; Antoine Kassis, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux* (LGDJ 1993) 229.
- 3 Milletlerarası yetki anlaşmalarına uygulanacak hukukla ilgili olarak, bkz. Fügen Sargın, *Milletlerarası Usül Hukukunda Yetki Anlaşmaları* (Yetkin 1996) 243-244; Gülin Güngör, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması* (Yetkin 2000) 160; Ziya Akıncı, ‘Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu’ (2002) 22 MHB 1, 3.; Berk Demirkol, *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları* (Vedat 2018) 45-59; Hélène Gaudemet-Tallon, *La prorogation volontaire de juridiction en Droit international privé* (Dalloz 1965) 5-95; David Sindres, ‘Retour sur la loi applicable à la validité de la clause d’élection du for’ (2015) 104(4) RCDIP 787, 804 ve 806; Zheng Sophia Tang, *Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law* (Routledge 2014) 25-26; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (4th edn, Savaş 2017) 78; Gabrielle Kaufmann-Kohler, *La clause d’élection de for dans les contrats internationaux* (Helbing&Lichtenhahn 1980) 36, 47 ve 66; James J Fawcett and Paul Torremans (eds), *Cheshire, North & Fawcett Private International Law* (15th edn, OUP 2017) 233; Tena Ratkovic and Dora Zgrabljic Rotar, ‘Choice-of-Court Agreements under the Brussels I Regulation (Recast)’ (2013) 9(2) JPIL 245, 257; Peter Stone, *EU Private International Law* (3rd edn, Edward Elgar Publishing, 2014) 181; Ilaria Queirolo, ‘Choice of Court Agreements in the New Brussels I-Bis Regulation: A Critical Appraisal’ (2013/2014) 15 YPIL 113, 125.
- 4 Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukla ilgili olarak, bkz. Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat, 2020) 161-163; Sibel Özel, *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Legal, 2008) 79-80; Renato Nazzini, ‘The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles’ (2016) 65 ICLQ 681.
- 5 Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 7.11.2013, RG: 28.11.2013/28835) (“TKHK”) m. 5(1) uyarınca, “haksız şart” şu şekilde tanımlanmaktadır: “tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları”.
- 6 Bu konuyla ilgili olarak, bkz. Süleyman Toprak, ‘Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları’ (2016) 122 TBB Dergisi 281; Gökçe Kurtulan, ‘Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği’ (2017) 131 TBB Dergisi 239, 255-258.

medenî usûl hukuku ve tahkim hukukundan kaynaklanan sınırlamalar bulunmasıdır.⁷ İctihatta ve genel olarak öğretilde kabul edilen bu sınırlamalar nedeniyle, tüketici sözleşmelerinde genel işlem şartlarının ne gibi sonuçlar doğurduğu incelemesine geçilmeden önce, zaten bu sözleşmelerde hukuk seçimi, yetki veya tahkim anlaşmalarına özgü sınırlamaların ele alınması gerekecektir. Bu sınırlamaların daha derinlemesine incelenmesi ise, bu makalenin kapsamını aşmaktadır.

I. Genel İşlem Şartları Tanımı

20. yüzyılın son çeyreğinde, genel işlem şartları, Türk hukuk mevzuatında genel hatlarıyla düzenlenmemiş olsa dahi, çeşitli yazarların dikkat çektiği bir konu hâline gelmeye başlamıştır.⁸ Örneğin 1993 yılında basılan Tekinay Borçlar Hukuku kitabında, Akman, genel işlem şartları ile ilgili bazı tespitlerde bulunarak söz konusu şartları şu şekilde tarif etmiştir: “hukuk yaşamımızda genellikle ‘şartname’, ‘umumî şartlar’,

7 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG: 12.12.2007/26728 (“MÖHUK”) m. 26(1)’de, tüketici sözleşmeleri çerçevesinde taraflara hukuk seçimi yapma imkanı tanınmış, ama seçilen hukukun uygulanmasına önemli bir sınırlama getirilmiştir. Bu sınırlamaya göre, “tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı” olarak tarafların seçtikleri hukuk uygulanacaktır. Hukuk seçiminin etkisine böyle bir sınırlama getirilmesi, aslında hukuk seçiminin emel doğurduğu sonucun (hukuk seçimi yapılmasaydı uygulanacak emredici hukuk kurallarının bertaraf edilebilmesinin) uygulama alanı bulmaması demektir. Bu açıdan, MÖHUK m. 26(1)’e tâbi olan tüketici sözleşmeleri çerçevesinde, gerçek bir hukuk seçimi yapma imkanı olduğu söylenemez. Hukuk seçiminin temel özelliğinin, seçilen hukuk düzeninin diğer hukuk düzenlerinin emredici hukuk kurallarının bertaraf edilmesini sağladığı yönünde, bkz. Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk (n 2) 70*. MÖHUK m. 47(2)’de tüketici sözleşmelerine ilişkin davalarla ilgili olarak MÖHUK m. 45’te öngörülen milletlerarası yetki kuralı uyarınca belirlenen yetkili mahkemelerin yetkisinin, tarafların yapacağı bir yetki anlaşmasıyla bertaraf edilemeyeceği belirtilmiştir. Bu hükme göre, bir tüketici sözleşmesinde yabancı mahkemeler yetkilendirilmiş olsa dahi, bu tüketici sözleşmesinden doğan davaları MÖHUK m. 45 uyarınca görmeye yetkili Türk mahkemelerinin yetkisi devam edecek; yetki anlaşmasının Türk mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldıran bir etkisi olmayacaktır. Bu hükmün kapsamıyla ilgili olarak bkz. Berk Demirkol, ‘Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Tüketicilere İlişkin Hükümlerin Kapsamı’, in Kemal Şenocak (ed), *IV. Uluslararası Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı* (Asos Yayınları 2018) 215, 220-223. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.1.2011, RG: 12.01.2011/27836. (“HMK”) m. 17 uyarınca, Türk mahkemelerini yetkilendiren yetki anlaşmalarının sadece tacirler ve kamu tüzel kişileri tarafından yapılabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla, tüketicilerle yapılan ve Türk mahkemelerini yetkilendiren yetki anlaşmaları geçerli olmayacaktır. Bu yönde, bkz. Nur Bolayır, ‘Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmeleri’ (2011) 85(5) İBD 131, 132-133. Öte yandan, Türk hukukunda tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği tartışmalı bir konudur. Tüketici sözleşmelerinin tahkime elverişli olmadığı yönünde Yargıtay içtihadı bulunmaktadır. Öğreti de tüketicinin korunmasına ilişkin mevzuatın (TKHK) amacından, tüketici uyuşmazlıklarının kamu düzeninden olduğunun anlaşıldığı ve bu nedenle tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olmayacağını savunan bir görüş bulunmaktadır (bu yönde bkz. Gülen Sinem Tek, ‘Tüketici Mahkemelerinin Görevi, Yetkisi ve Tüketici Mahkemelerinde Yapılan Yargılamanın Usulü’ (2012) 8(99-100) BAUHFD/Kazancı 127, 138; Seda Özmumcu, ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış’ (2014) 16 DEÜHFD /Özel Sayı: Hakan Pekcanitez’e Armağan) 831, 834-835. Bu görüşün haklı bir eleştirisi için, bkz. Bilgehan Yeşilova, ‘6502 Sayılı (Yeni) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü ve Yargılama Kuralları’ (Kasım 2014) 9 (Özel Sayı) Terazi Hukuk Dergisi 107, 118; Kurtulan (n 6), 252-255. Özellikle de, arabuluculuğa elverişli olan tüketici uyuşmazlıklarının, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri uyuşmazlıklardan olduğunun kabul edilmesi mümkün olmamalıdır. Bununla birlikte, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik (RG: 29033/17.06/2014) Ek-1 m. 1(n)’de genel işlem şartlarında tüketici uyuşmazlığının çözümü için “hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek” haksız şart olarak kabul edilmiştir. Bu düzenleme uyarınca, tüketici sözleşmesi çerçevesinde yapılan genel işlem şartlarında öngörülen tahkim şartlarının kesin hükümsüz olacağı saptaması için, bkz. Kurtulan (n 6) 257. Öte yandan, bu yaklaşım, tüketici uyuşmazlığının tahkim yoluyla çözümünün genel işlem şartlarında öngörülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olmadığı durumlarda, kanunî bir hakkın yönetmelikle sınırlandırılmış olamayacağı ve ayrıca uyuşmazlıkların tahkim yöntemiyle çözümünün hukuki düzenlemelerde (HMK ve MTK’da) öngörülmesi bir yöntem olduğu gerekçeleriyle eleştirilebilir (Yönetmelik’teki düzenlemeye ilişkin farklı eleştiriler için bkz. Kurtulan (n 6) 257-258). Öte yandan, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra tüketici ile tacir arasında akdedilen tahkim anlaşmalarının geçerli olmasını engelleyen herhangi bir neden bulunmamaktadır (bu yönde, bkz. Kurtulan (n 6), 258).

8 Kapsamlı bir çalışma için, bkz. Yeşim Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi* (Beta 1999).

‘mukavele şartları’, ‘genel kayıtlar’, ‘katılma’ ya da ‘satış şartları’, ‘genel işlem şartları’ gibi deyimlerle adlandırılan [sic], aslında hukukî mahiyeti itibarıyla Özel Hukukun Borçlar Hukuku kısmında yer alan; hukuk uygulamamızda (bir kaç [sic] yargısal karar hariç) üzerinde durulmaması bir yana çok yanlış olarak içeriği gözden kaçırılan ve sanki sözleşenlerin eşit statüdeki, eşit koşullardaki, eşit kişilermiş gibi işlem gördükleri varsayılan, aslında batı ülkelerinde çoktan yapıldığı gibi üzerine sosyal bir hukuk anlayışı ile eğilimesi gereken bir olgu”.⁹ O dönemde genel işlem şartları, Türk hukukunda ayrıca düzenlenmeyen ve Akman’ın da belirttiği gibi, üzerine eğilinmemiş, özellikleri ortaya konmamış bir konu idi. Günümüzde ise, genel işlem şartları hem borçlar hukukunun, hem de farklı görünüşleriyle tüketici ve ticaret hukukunun önemli bir kavramı hâline gelmiştir.

Türk hukukunda genel işlem şartları, esas itibarıyla ve genel olarak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹⁰ (“BK”) m. 20 – m. 25 arasında düzenlenmiştir. BK m. 20(1)’e göre, “[g]enel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir”. Buna göre bir hükmün genel işlem şartı olarak sayılabilmesi için, söz konusu hükmün önceden ve sadece tek bir taraf tarafından hazırlanmış olması ve karşı tarafa sunulduğunda müzakere etme şansı bulunmaması gerekir.

BK m. 20(1)’deki bu tanımdan, bir metnin genel işlem şartı olarak sayılabilmesi için, metnin, metni karşı tarafa sunan kişi tarafından hazırlanması gerektiği gibi bir algı anlaşılabilir. Fakat, üçüncü bir kişi tarafından da hazırlanan genel işlem şartları karşı tarafa sunulmuş olabilir.¹¹ Örneğin kiralayanın belirlediği ve üzerine kiralayan ve kiracının bilgilerinin girilmesi gereken matbu kira sözleşmeleri kiralayan tarafından hazırlanmamaktadır; ama bu hükümlerin genel işlem şartı niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerekir.¹² Benzer şekilde, özellikle deniz taşımacılığı veya sigorta sözleşmelerinde, çeşitli meslek birliklerinin hazırladığı standart şartlara atıf yapılabilmektedir. Bu metinler de, sözleşmenin bir tarafı tarafından hazırlanmasa dahi, sözleşmenin bir tarafının karşı tarafa dayattığı şartlardır. Bir metnin genel işlem şartı olarak nitelendirilmesinde asıl önem taşıyan özellik, sözleşme hükümlerini oluşturan matbu hükümleri, kimin kaleme aldığı değil, kimin karşı tarafa sunduğu¹³ veya

9 Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Hâluk Burcuoğlu and Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler* (7th edn, Filiz 1993) 154.

10 Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.1.2011, RG: 4.2.2011/27836.

11 Necip Kocayusufoğlu, *Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuk Bölüm*, Cilt 1 (6th edn, Filiz 2014) 233; Yeşim Atamer, ‘Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak’ in Başak Şit (ed), *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu* (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 2012) 9, 15; Ezgi Kutluay, ‘Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları’ (2017) 19 DEÜHFD (Özel Sayı: Şeref Ertaş’a Armağan) 1369, 1384.

12 Atamer, ‘Yeni TBK’da GİK Denetimi” (n 11), 17. Ayrıca bkz. Mustafa Arkan, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları’ in O Gökhan Antalya and Murat Topuz (eds), *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011)* 67, 68.

13 Arkan, (n 12), 69.

dayattığıdır.¹⁴ Bu nedenle, üçüncü kişi tarafından hazırlanan, ama sözleşme tarafı tarafından kullanılan standart metinlerin de genel işlem şartı olarak dikkate alınması gerekir.

Genel işlem şartının bulunduğu yer (sözleşme metninde veya ekinde bulunması) veya kapsamı, karşı tarafın bilgilendirilmiş olması, ayrıca imzalanması, hazırlayanın kanuna veya yetkili makamın verdiği izne dayanan bir kişi olması, hatta hükümde bu koşulların ayrı ayrı tartışılarak kabul edildiğine ilişkin bir ifade bulunması, bir sözleşme hükmünün, genel işlem şartı olarak nitelendirilmesini değiştirmemektedir (BK m. 20(1), (3) ve (4)).

Örneğin bir ilaç üreticisi, çeşitli ülkelerde kendi ilaçlarının dağıtımına ilişkin olarak distribütörlük sözleşmesi yaparken, kendi önceden hazırladığı form sözleşmeyi kullanıyorsa ve bu sözleşmenin hükümlerinin müzakere edilmesi söz konusu olamıyorsa, bu sözleşme hükümlerinin genel işlem şartı niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Böyle bir sözleşmede yer alan hukuk seçimi ve tahkim şartı (veya yetki anlaşması klozu) da, bu hükümler taraflar arasında müzakere edilmiyorlarsa, yine genel işlem şartı niteliğinde olacaktır. İlaç üreticisinin, duruma ve sözleşmenin karşı tarafının bulunduğu ülkeye göre tahkim şartında yer alan hakem sayısını değiştirmesi, tahkim yerini farklı ülkelerde belirlemesi veya farklı hukuk düzenlerinin uygulanacak hukuk olarak belirtilmesi, tahkim şartının veya hukuk seçimi hükmünün genel işlem şartı niteliğinde olmadığını göstermez. Zira, BK m. 20(2)'ye göre, “[a]ynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez”. Dolayısıyla, ilaç üreticisinin farklı sözleşmede farklı hukuk seçimi yapması, aynı tahkim yerini seçmemesi, farklı tahkim kurumlarının kurallarını benimsemesi veya farklı sayıda hakem sayısı belirlemesi, bu hukuk seçimi ve tahkim klozlarının genel işlem şartı sayılmasını engellemeyecektir.

II. Kanunda Yazılı Şartları Sağlamayan Genel İşlem Şartlarına Uygulanan Yaptırım

Genel işlem şartları farklı denetimlerden geçmektedir.¹⁵ Bu makalede özellikle iki farklı tip denetim ve bu denetimler uyarınca genel işlem şartlarının taşınması gereken özellikler üzerinde durulacaktır: BK m. 21 altındaki yürürlük denetimi ve BK m. 25 altındaki içerik denetimi. Bu iki denetim dışında, BK m. 23'te genel işlem şartlarına ilişkin olarak yorum denetimi düzenlenmiştir.¹⁶ Bu düzenleme uyarınca yapılması gereken yorum denetimi özellikle anlamı açık olmayan ve patolojik nitelikteki tahkim

¹⁴ Kutluay, (n 11) 1384.

¹⁵ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, (n 11) 232; Atamer, “Yeni TBK’da GİK Denetimi” (n 11), 11.

¹⁶ İlgili hükme göre, “[g]enel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır”. Bu düzenleme, birden fazla yorum sonucundan hangisinin benimsenmesi gerektiği konusunda yol göstermektedir. Bu yönde, bkz. Atamer, “Yeni TBK’da GİK Denetimi” (n 11), 37.

anlaşmaları açısından uygulama alanı bulabilir; ancak bu çalışmanın konusuna ilişkin hususlarda yorum denetiminin uygulanması spesifik bir durum yaratmayacağı için bu çalışmada yorum denetimi üzerinde daha fazla durulmayacaktır.

Genel işlem şartlarına uygulanan yürürlük denetimi, genel işlem şartının sözleşme içeriğine dahil olup olmadığını tespit eder.¹⁷ Yürürlük denetimi altında genel işlem şartlarına bağlanan en temel etki, BK m. 21(1)'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “[k]arşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır”. BK m. 21(2)'de ise, “[s]özleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları”nın da yazılmamış sayılacağı düzenlenmiştir. Kanun’un gerek BK m. 21(1)'de, gerekse de BK m. 21(2)'de öngördüğü yaptırım, genel işlem şartının “yazılmamış sayılması”dır.

“Yazılmamış sayılma”nın sözleşmeye nasıl bir etkisi olacağı BK m. 22’de belirlenmiştir. Bu hükme göre, sözleşmede yazılmamış sayılan hükümler haricinde diğer hükümler geçerliliğini koruyacaktır. Bu düzenlemenin mefhumu muallifinden, “yazılmamış” sayılan genel işlem şartının geçerliliğini korumadığı anlaşılmaktadır. Buradaki yaptırımın hukukî niteliğinin, taraflar arasında irade uyuşması olmaması nedeniyle yokluk derecesinde bir hükümsüzlük yaptırımı olduğu belirtilmiştir.¹⁸ Benzer bir şekilde, Atamer, buradaki hukukî yaptırımın “geçersizlik” veya “butlan” hâli olmadığını,¹⁹ çünkü genel işlem şartının sözleşme içeriği hâline gelmediğini ifade etmektedir.²⁰

Doktrinde Barlas tarafından ileri sürülen bir görüş ise, Kanun’un mevcut sisteminden “yazılmamış sayılma” ibaresinden, hükmün amacı ve düzenleniş biçiminden “yokluk” yaptırımının anlaşıldığını, ancak olması gereken hukuk açısından BK m. 21’de “yasak” a aykırı davranışın yaptırımının “kesin hükümsüzlük” olmasının daha doğru olacağını belirtmektedir.²¹ Yazara göre, BK m. 21’de öngörülen “[s]oruna uyan ve yakışan yaptırım kesin hükümsüzlüktür”.²² Yazar, bu ihtimalde yokluk yaptırımının söz konusu olmaması gerektiğini, “yokluk”un hukukî işlemin kurucu unsurlarında eksiklik olması hâlinde söz konusu olacağını, bu ihtimalde ise kurucu unsur olan

17 Burcu Zengin, ‘Tahkim Şartının, Genel İşlem Koşullarına İlişkin Kurallar Karşısında Durumu’ (2013/2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 129, 142; Evrim Erişir, ‘Yetki Şartlarının Genel İşlem Koşulu Denetimi’ (2014) 16 DEÜHFD (Özel Sayı: Hakan Pekcanitez’e Armağan) 1141, 1154.

18 M Kemal Oğuzman and M Turgut Öz, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, Cilt 1 (13th edn, Vedat 2015) §510; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (16th edn, Yetkin 2013) 221; Melek Bilgin Yüce, ‘Edimi Belirleme Yetkisinin Mevcut Genel İşlem Koşulları Teorisi ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi’ (2013) 8 Journal of Yaşar University (Özel Sayı) 3191, 3219.

19 Aksi yönde, bkz. Arıkan, (n 12), 70 (yazar “yazılmamış sayılma” ile kastedilenin genel işlem şartlarının “batıl” sayılması olduğunu ifade etmektedir).

20 Atamer, “Yeni TBK’da GİK Denetimi” (n 11), 31.

21 M Kemal Oğuzman and Nami Barlas, *Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar* (25th edn, Vedat 2019) 224.

22 Oğuzman and Barlas, (n 21) 224.

taraf iradesinin olduğunu ve tarafların karşılıklı iradelerinin birleşmesiyle sözleşmenin kurulmuş olduğunu belirtmektedir.²³

Yazarın görüşü şu noktada eleştirilebilir: tarafların genel olarak sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanlarının mevcut olmasıyla, genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriğine taşınmasına ilişkin iradelerinin bulunması farklı konulardır. BK m. 22’deki “[s]özleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez” düzenlemesi de bu farklılığı doğrulamaktadır. Elbette, genel işlem şartlarını ayrı bir sözleşme olarak görmek doğru olmayacaktır. Genel işlem şartları, daha çok sözleşmeye eklenmesi düşünülen bir hükümler kümesidir. Bu hükümlerin sözleşmesel ilişkinin bir parçası hâline getirilmesi için, sözleşmenin kurulmasıyla ilgili taraf iradelerinin bu genel işlem şartlarını da karşılaması gerekir. Ancak karşı tarafa genel işlem şartlarının kullanıldığı bildirilmemişse, genel işlem şartlarının kullanıldığı belirtilmiş ama bu şartların içerdiği hükümler karşı tarafa sunulmamışsa ve karşı tarafın bu hükümlerin sözleşmesel ilişkiye eklenmesiyle ilgili rızası alınmamışsa, bu genel işlem şartları sözleşmesel ilişkinin dışında kalacaktır. Bu durumda, genel işlem şartlarının geçersiz olduğu değil, sözleşmeye eklenmemiş olduğu, yani bu şartların sözleşmesel ilişkiye taşınmasıyla ilgili kurucu unsurların oluşmadığı belirtilmelidir.

Daha önce de belirtildiği üzere, sözleşmesel ilişkin bu yaptırımın uygulama alanına girmeyen diğer hükümleri ise, “yazılmamış sayılma” veya başka bir hükümsüzlük sebebinden etkilenmeyecektir. BK m. 22’deki açık hükme göre, genel işlem şartlarını düzenleyen taraf, “yazılmamış” sayılan düzenleme olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağını ileri süremeyecektir. Dolayısıyla, “yazılmamış” sayılan genel işlem şartları nedeniyle sözleşmenin—ayrı bir hükümsüzlük hâli söz konusu olmadığı sürece—diğer hükümlerinin bütünüyle veya kısmen hükümsüz kılınması söz konusu olmayacaktır.

Genel işlem şartlarına uygulanan içerik denetimi BK m. 25’te öngörülmüştür. Bu hükme göre, “[g]enel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz”. Bu hüküm, belirli nitelikteki genel işlem şartlarının sözleşmeye “konulamayacağını” belirtmektedir; ancak bu hükümlerin genel işlem şartı olarak öngörülmesi durumunda, yaptırımın niteliği ile ilgili bir düzenleme BK m. 25’te veya kanunun genel işlem şartlarına ilişkin diğer hükümlerinde öngörülmemiştir. BK m. 25’e aykırı genel işlem şartlarına, bu duruma özgü özel bir kural olmadığı için, genel hukuka aykırılık yaptırımının uygulanması gerekecektir.²⁴ BK m. 25 hükmüne aykırı bir genel işlem şartı, BK m. 27 anlamında “[k]anunun emredici hükümlerine” aykırı bir düzenlemedir.

²³ ibid 224.

²⁴ Bu yönde, bkz. Atamer, “Yeni TBK’da GİK Denetimi” (n 11), 61.

BK m. 27(1)'e göre, böyle bir düzenlemeye uygulanan yaptırım kesin hükümsüzlüktür. Ancak BK m. 27(2) uyarınca, belli bir hükmün veya sözleşmenin belli bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyecektir. Bu durumda kısmî hükümsüzlük yaptırımının uygulanması gerekecektir.²⁵

III. Genel İşlem Şartlarına Uygulanan Yaptırımlar Çerçevesinde Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması Ve Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği

BK m. 21(1), “[k]arşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır” demektir. BK m. 21(2), “[s]özleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları”nı hükümsüz kılmaktadır. BK m. 25 de, “[g]enel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz” demektir. İki maddede yer alan bu üç düzenlemeyi hukuk seçimi, yetki veya tahkim şartları açısından incelemek gerekmektedir. Bu düzenlemeler sırasıyla incelenecektir.

A. BK m. 21(1) düzenlemesi: genel işlem şartının varlığı hakkında bilgi verme, şartın içeriğini öğrenme imkanı sunma ve karşı tarafın şartı kabul etmesi şartlarının gerçekleşmemesi durumunda hukuk seçimi, yetki veya tahkim şartlarının yazılmamış sayılması

BK m. 21(1) düzenlemesinde, (1) “genel işlem şartının varlığı hakkında bilgi verme”, (2) “şartın içeriğini öğrenme imkanı sunma” ve (3) “karşı tarafın şartı kabul etmesi” koşulları sayılmaktadır. Bu koşulların hepsi gerçekleşmediği sürece, karşı tarafın menfaatine aykırı olduğu kabul edilen genel işlem şartı “yazılmamış olma” yaptırımına tâbi olacaktır. Bu çerçevede, hukuk seçimi, yetki anlaşması veya tahkim anlaşmasının genel işlem şartı niteliğinde olması veya genel işlem şartı niteliğindeki bir metinde yer alması ihtimalinde, eğer bu hükümlerin veya bu metnin varlığı hakkında karşı tarafa bilgi verilmediyse, karşı tarafa bu hükümlerin içeriğini öğrenme imkanı sunulmadıysa veya karşı taraf bu hükümleri kabul etmediyse, söz konusu hukuk seçimi, yetki anlaşması veya tahkim anlaşması “yazılmamış sayılacak” ve dolayısıyla öğretilerdeki ağırlıklı görüşe göre bu klozlar “yok” hükmünde olacaktır.

Bu üç koşulu incelemeyi önce, BK m. 21(1) düzenlemesinde bulunan genel işlem şartının “karşı tarafın menfaatine aykırı olma” durumu incelenmelidir. Kanun düzenlemesi uyarınca, BK m. 21(1) uyarınca, bu düzenlemede belirtilen üç koşuldaki herhangi birini karşılamayan genel işlem şartının yazılmamış sayılması için, bu genel

25 Aynı yönde, Mehmet Akçaal, ‘Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme’ (2014) 18(1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 49, 62.

işlem şartının karşı tarafın menfaatine aykırı olması gerekmektedir. Bu düzenlemeden, karşı tarafın menfaatine aykırı olmayan genel işlem şartlarının, belirtilen koşulları karşılamaması durumunda bile geçerli olabileceği gibi bir anlam ortaya çıkabilir. Ancak Atamer'in de haklı görüşü ve uyarısı uyarınca,²⁶ hükümde sayılan koşullara uymayan genel işlem şartları, karşı tarafın lehine olsa dahi, hüküm doğurmamalıdır, çünkü bu şartların gerçekleşmemesi durumunda, artık tarafların karşılıklı iradeleriyle söz konusu genel işlem şartını kurmuş olduğu ve buradaki hükümler üzerinde anlaştıkları söylenemeyecektir. Gerçekten de, karşı tarafın kabul etmediği bir genel işlem şartı, karşı tarafın lehine olsa dahi, artık bir sözleşme hükmü hâline gelmiş olamaz.

Bu nedenle, BK m. 21(1)'deki yaptırımın uygulanması açısından, hukuk seçimi, yetki veya tahkim şartlarının hangi tarafın menfaatine olduğu tartışmasına girilmesi aslında gerekli olmamalıdır. Ancak bu tartışmaya giriliyorsa (Atamer'in görüşü değil, bu konuda Kanun'un lafzına ve genel yaklaşıma göre bir yorum yapılması gerekirse), hukuk seçimi, yetki veya tahkim şartlarına sözleşmesel ilişkide yer verilmesi, tek başına, bir tarafın menfaatine aykırı olan bir durum olarak değerlendirilemez. Bu şartların, genel işlem şartlarını düzenleyen tarafın lehine olduğu, ancak çeşitli faktörlerin değerlendirilmesiyle saptanabilir. Örneğin genel işlem şartlarında yer alan hukuk seçimi, çok ağırlıklı olarak genel işlem şartlarını düzenleyen tarafı koruyan bir hukuk düzeni ise ve bu hukuk seçimi yapılmadığında söz konusu hukuk uygulanmayacaksa, bu genel işlem şartının karşı tarafın menfaatine aykırı olduğu belirtilebilir. Karşı tarafın menfaatine aykırı olabilecek bir diğer örnek ise, milletlerarası yetki anlaşmasının yokluğunda uygulanan milletlerarası yetki kuralları uyarınca yetkili olan ve karşı tarafın kolayca ulaşabileceği bir mahkemenin yetkisini engelleyecek biçimde münhasır yetki anlaşması öngörülmesidir.

Genel işlem şartlarında öngörülen hukuk seçimi, yetki veya tahkim şartlarının karşı tarafın menfaatine aykırı bir sonuç doğurduğunun tespit edilmesi, bu anlaşmanın geçersiz sayılması için yeterli değildir. Milletlerarası yetki anlaşmasının geçersiz sayılması için, BK m. 21(1)'de öngörülen diğer koşulların yerine gelip gelmediğinin incelenmesi gerekmektedir.

Fakat genel işlem şartlarının “yazılmamış sayılma” yaptırımına uğramasına sebep olan ve yukarıda belirtilen üç koşuldan tam olarak ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Daha doğrusu, “koşulların varlığı hakkında karşı tarafa bilgi verilmesi”, “bu koşulların içeriğini öğrenme imkanı tanınması” ve “karşı tarafın bu koşulları kabul etmesi” hâllerinin tam olarak ne zaman karşılanmış sayılacağı tartışma konusu edilebilir. Aşağıda bu koşullar tek tek incelenecek ve ardından hukuk seçimi, yetki ve tahkim şartlarının BK m. 21(1)'e uygun akdedilmesiyle ilgili genel bir değerlendirme yapılacaktır.

26 Atamer, “Yeni TBK’da GİK Denetimi” (n 11), 28.

1. Genel İşlem Şartının Varlığı Hakkında Bilgi Verme Koşulu

BK m. 21(1)'de yer alan ilk koşul, sözleşmenin kurulduğu sırada karşı tarafa genel işlem şartlarının varlığı ile ilgili açıkça bilgi vermesidir. Bu koşulun karşılanması için, genel işlem şartlarını düzenleyen tarafın, karşı tarafa, önceden ve tek taraflı hazırlanmış genel işlem şartlarının hukukî ilişkide uygulanacağını bildirmesi yeterli olacaktır.

Ancak öğretilerde bu şartın mahiyeti ile ilgili olarak farklı görüşler ileri sürülmüştür. Örneğin Oğuzman / Öz'e göre, "genel işlem koşulu, sözleşme imzalanmadan önce karşı tarafça yeterince incelenip değerlendirilmemiş ve ileride doğuracağı tüm sonuçlar gözönüne [sic] alınmadan imzalanmışsa, yazılmamış sayılacaktır".²⁷ Bu görüşe göre, genel işlem şartının geçerli olabilmesi için, bu şartın karşı tarafça yeterince incelenip tüm sonuçlarının değerlendirilmiş olması ve daha sonra imzalanması gerekmektedir.²⁸ Bu görüşün kabul edilmesi, genel işlem şartı konusunda ciddi bir bilgilendirme yapılmasını, karşı tarafın sözleşmeyi imzalamadan önce genel işlem şartlarını incelemek için vakit ayırmasını ve tüm sonuçlarını değerlendirecek kadar incelemesini gerektirmektedir. Benzer bir yönde, Yüce, sözleşmenin akdedilmesi sırasında, karşı tarafa genel işlem şartlarını okuma imkânı verilmiş olsa bile, karşı tarafın metinde değişiklik yapamayacak olması sebebiyle genel işlem şartlarını okumadığı ve bunun sonucunda da okumuş olsaydı kabul etmeyeceği genel işlem şartları ile sözleşmeyi kurduğu durumlarda, normal şartlar altında kabul etmeyeceği düzenlemenin yok hükmünde olacağını belirtmektedir.²⁹ Yazar, bir inşaattan bağımsız bölüm satın alan kişinin, kendisine sunulan yönetim planını okumamasını, bu yönetim planına göre ortak kullanım alanı olan havuza dışarıdan kimsenin giremeyeceği kuralının bulunduğunu, bağımsız bölümü alan kişinin ise ilgili konutu sırf dışarıdan gelecek torunları için aldığını, genel işlem şartlarını bilseydi bu konutu almayacağını, bu nedenle de genel işlem şartının yok hükmünde olduğunu ifade etmiştir.³⁰ Bu yoruma göre, karşı tarafın genel işlem şartlarını okuyup tamamen anlaması sağlanmadığı sürece, karşı taraf dilediği zaman ilgili genel işlem şartlarını okusaydı, bu sözleşmeyi bu şartlarda yapmayacağını ileri sürebilecektir. Dikkat edilecek olursa, bu görüş hata hükümlerine de dayanmamakta; genel işlem şartları altında bilgilendirme yükümlülüğünün bu çerçevede yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir.

BK m. 21(1)'in lafzına ve genel işlem şartları uygulamasına daha uygun bir görüş, Atamer tarafından dile getirilmiştir. Yazara göre, "GİK kullanan sadece karşı tarafa metnin kendisini temin edecektir veya temin edebileceği şekilde bir yerde ilan edecektir, ama onun dışında bilgilendirme ile 'vakit harcamayacaktır'".³¹ Yazar bir başka makalesinde, genel işlem şartları kullanan tarafın, karşı tarafa kullanılan genel

27 Oğuzman and Öz, (n 18) §509.

28 ibid §509.

29 Bilgin Yüce, (n 18) 3215-3216.

30 ibid, 3216.

31 Atamer, "GİK mi Bireysel Pazarlık mı" (n 1), 119.

işlem şartlarının içeriği hakkında bir bilgi verme yükümlülüğünün *kesinlikle* olmadığını belirtmiştir.³² Diğer bir deyişle, karşı tarafa genel işlem şartları kullanıldığı uyarısı yapılması ve metnin karşı tarafın okuması amacıyla sağlanması yeterli olacaktır.³³ Başka bir yazarın da belirttiği üzere, BK m. 21(1) hükmünde “bu koşulların ‘varlığı’ hakkında karşı tarafa açıkça bilgi verilmesi ve içeriğinin öğrenilmesi ‘imkanının sağlanması’ yeterli görülmüş; ‘içeriğinin öğrenilmesi’ ise şart kılınmamıştır”.³⁴ Eren de, Oğuzman / Öz’ün belirttiğine benzer bir bilgilendirme yükümlülüğünden bahsetmemektedir.³⁵ Dolayısıyla, hükümdeki ilk şart, karşı tarafa sadece sözleşmede genel işlem şartları kullanıldığı bilgisi verilmesiyle karşılanmış olmaktadır.

Dikkat edilecek olursa, BK m. 21(1)’de, genel işlem şartlarını hazırlayan tarafın, genel işlem şartlarında düzenlenen her konuya ilişkin ayrıntılı bilgi verip bu düzenlemelerin olası sonuçlarıyla ilgili olarak karşı tarafı uyarma yönünde bir yükümlülüğü olduğu düzenlenmemiştir. Diğer bir deyişle, karşı tarafa genel işlem şartlarında yer alan her bir hüküm için ayrı ayrı bilgilendirme yapılması da gerekmemektedir.³⁶ BK m. 21(1), karşı tarafa, genel işlem şartlarındaki düzenlemelerin *varlığı* hakkında genel bir bilgi verilmesini—bu şart kapsamında—yeterli görmektedir.

Genel işlem şartlarında hukuk seçimi, yetki veya tahkim anlaşması yer alıyorsa, genel işlem şartlarının varlığı hakkında bilgi verilmediği sürece, bahsi geçen klozların hüküm doğurması mümkün olmayacaktır. Ancak, karşı tarafa bilgi verme yükümlülüğü, genel işlem şartını düzenleyen tarafın hukuk seçimi, yetki veya tahkim anlaşmasının ne anlama geldiği, bu klozların sonuçlarının ne olacağı yönünde bir bilgilendirme yapılmasını gerektirmemektedir. Hatta, genel işlem şartlarını düzenleyen taraf, genel işlem şartları arasında hukuk seçimi, yetki ve tahkim klozlarının da bulunduğunu ayrıca belirtmek durumunda değildir.³⁷

Buna rağmen, doktrinde bir görüş, genel işlem şartları düzenleyen tarafın, özellikle genel işlem şartlarının *incorporation* yoluyla sözleşmeye dahil edildiği ihtimalde, karşı tarafı tahkim şartı ile ilgili uyarması gerektiğini; gerekli bilgilendirme yapılmazsa yollama yapılan metindeki tahkim şartının taraflar arasındaki hukukî ilişkiye dahil edilmemiş olacağını ifade etmektedir.³⁸ Ancak bu görüşün çok da tutarlı olduğu söylenemez. BK m. 21(1) altında, genel işlem şartlarını düzenleyen tarafın

32 Atamer, “Yeni TBK’da GİK Denetimi” (n 11), 28.

33 Atamer, “Yeni TBK’da GİK Denetimi” (n 11), 29.

34 Kutluay, (n 11) 1397.

35 Eren, (n 18) 221.

36 Kutluay, (n 11) 1397-1398.

37 Yetki anlaşmaları çerçevesinde benzer yönde, bkz. Erişir, 1154-1155. Yazarın görüşüne göre, “[genel işlem şartları] kullanılan yetki şartı da dâhil olmak üzere tek tek kendisinin kaleme aldığı sözleşme hükümlerini karşı tarafa açıklama yükümlülüğü yoktur. Başka bir söyleyişle, yetki şartının sözleşmenin içeriğine dâhil olması için, kullanılan sözleşmede yetki şartına yer verildiğine işaret etmesi, münhasırlık gibi yetki şartının hüküm ve sonuçları hakkında bilgi vermesi gerekli değildir”. Karş. Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (20th edn, Beta 2013) 310.

38 Zengin, (n 17)150.

bilgilendirme yükümlülüğü, karşı tarafa söz konusu ilişkide genel işlem şartları düzenlendiği konusunda bilgi vermekle sınırlıdır. BK m. 21(1), genel işlem şartlarını düzenleyen tarafa, genel işlem şartlarında düzenlenen her konuda spesifik bir uyarma yükümlülüğü getirmemektedir. Hâl böyle iken, genel işlem şartlarında tahkim şartı düzenlendiği konusunda spesifik bir bilgilendirme yapılması yükümlülüğünün kanunî veya hukukî bir dayanağı bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, hukuk seçimi, yetki veya tahkim şartlarının genel işlem şartları arasında yer aldığı ihtimalde, genel işlem şartlarını düzenleyen tarafın karşı tarafa genel işlem şartlarının varlığı hakkında bilgi vermesi (genel işlem şartları arasında hukuk seçimi, yetki veya tahkim şartı bulunduğu konusunda spesifik olarak bilgi vermesi değil), genel işlem şartlarının ve bu klozların geçerli sayılmasına ilişkin BK m. 21(1)'de öngörülen ilk geçerlilik şartını yerine getirmiş olacaktır. BK m. 21(1)'in karşı tarafa daha kapsamlı bir bilgi vermesi gerektiği yönündeki bir yorum (örneğin Oğuzman / Öz'ün görüşü), genel işlem şartlarını düzenleyen tarafa, her bir sözleşme çerçevesinde, genel işlem şartları arasında yer alan her bir kloz hakkında karşı taraf için bilgilendirme seansı düzenlemesi anlamına gelecektir. Hatta, Oğuzman / Öz'ün belirttiği genel işlem şartlarının “tüm sonuçlarının değerlendirilmiş olması” koşulu, genel işlem şartları arasında hukuk seçimi ve tahkim klozu bulunması durumunda, seçilen hukukla ilgili tüm detaylarıyla bilgi verilmesi ve tahkim mekanizmasının ne olduğunun en ayrıntılı şekilde anlatılmasını bile gerektirebilir. Bu durum, özellikle neredeyse tamamı genel işlem şartları üzerinden yürüten e-ticaret işlemleri için, her bir işlemde önce adeta birkaç dönemlik hukuk dersi sağlanmasını gerektirir. Bu da, basit bir işlemin (örneğin tüketici sözleşmesi niteliğinde olmayan bilet alımı, araç kiralama veya internet üzerinden kitap satın alınması gibi işlemlerin) aylarca tamamlanamaması demektir. BK m. 21(1)'in lafzından, genel işlem şartlarını düzenleyen tarafın böyle bir yükümlülüğü olduğu anlaşılmamaktadır. Kanun koyucu, genel işlem şartlarını düzenleyen tarafın, karşı tarafa, taraflar arasındaki ilişkiye genel işlem şartlarının uygulanacağını açıkça bildirmesini, bilgilendirme yükümlülüğü çerçevesinde yeterli görmüştür.

2. Genel İşlem Şartının İçeriğini Öğrenme İmkânı Sağlanması Koşulu

Genel işlem şartlarını düzenleyen tarafın, karşı tarafa, sözleşmesel ilişkide genel işlem şartları uygulandığı konusunda bilgi vermesi yeterli değildir. Genel işlem şartının karşı taraf açısından bağlayıcı hâle gelebilmesi için, kullanılan genel işlem şartlarının içeriğinin söz konusu taraf tarafından öğrenilebilmesi gereklidir. Aksi hâlde, genel işlem şartlarını kullanan tarafın, bu şartları kullandığı bilgisini vermesi yeterli olacak, ama karşı tarafın bu şartlara ulaşma, bu şartları okuma ve hatta bu şartlara dayanarak dava açma veya savunma yapma olanağı olmayacaktır. Üstelik karşı tarafa genel işlem şartının içeriğini öğrenme imkânı vermeyen taraf, genel işlem şartlarında yasal sınırlar çerçevesinde birçok ağırlaştırılmış düzenleme öngörebilir ve bu düzenlemelerin karşı taraf tarafından kontrol edilmesi söz konusu olmaz.

İşte bu gerekçelerle, BK m. 21(1)'in öngördüğü bir diğer koşul, genel işlem şartlarını düzenleyen tarafın, bu şartların içeriğinin karşı taraf tarafından öğrenilmesi için imkan tanınmasıdır. Bu koşul, karşı tarafın genel işlem şartlarına ulaşması sağlanarak yerine getirilebilecektir. Bunun haricinde, karşı tarafın ilgili hükmü okuması, anlaması ve sonuçlarını idrak etmesi şart değildir. Öte yandan, karşı tarafa sağlanması gereken genel işlem şartlarının, sözleşmenin kurulmasından önce verilmesi gerekmektedir; sözleşme kurulduktan sonra karşı tarafa verilen fatura, bilet gibi belgelerde yer alan genel işlem şartları ile sözleşme içeriğinin oluşturulması veya değiştirilmesi mümkün değildir.³⁹

Dolayısıyla, içinde hukuk seçimi klozu, yetki veya tahkim şartı bulunan genel işlem şartları, karşı taraf tarafından ulaşılabilir olduğu sürece, BK m. 21(1)'deki ikinci koşulu yerine getirmiş olacaktır. Örneğin genel işlem şartlarının da yer aldığı sözleşme metninin dosyalanarak müşteriye verilmesi veya çevrimiçi yapılan bir sözleşmede, sözleşmenin kurulmasından önce, genel işlem şartlarının yer aldığı internet sitesinin bağlantı adresinin (linkinin) sağlanması hâllerinde bu şart gerçekleşmiş olacaktır.

3. Genel işlem şartının karşı tarafça kabul edilmesi koşulu

a. Genel işlem şartlarının kabulünde “ya hep ya hiç” durumu

Genel işlem şartlarını düzenleyen tarafın bu şartların uygulanmasıyla ilgili bilgi vermesi ve bu şartları karşı tarafa sunması, bu şartların uygulanması açısından yeterli olmayacaktır. Bu iki koşul, genel işlem şartının karşı taraf açısından bağlayıcı bir sözleşme hükmü hâline gelmesini sağlamamaktadır.⁴⁰ Zira, genel işlem şartları da, diğer sözleşme hükümleri gibi, sadece bir tarafın iradesiyle her iki taraf açısından bağlayıcı hâle gelmemektedir. BK m. 1 'de de belirtildiği üzere, “[s]özleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur”. Bu düzenleme, genel işlem şartları açısından da geçerlidir: eğer sözleşmenin bir tarafının düzenlediği genel işlem şartlarının karşı taraf açısından sözleşmesel ilişki çerçevesinde bağlayıcı bir düzenleme hâline getirilmesi isteniyorsa, genel işlem şartlarının bu sözleşmesel ilişkide uygulanacağına dair karşı tarafın iradesinin alınması gerekmektedir. Aksi hâlde, tarafların rızası ile sözleşmenin içeriği hâline getirilene kadar, genel işlem şartları varlık kazanmamış olurlar ve hukuken değer taşımazlar.⁴¹

39 Kocayusufoğlu, (n 11) 233. Benzer bir saptama için, bkz. Atamer, “Yeni TBK’da GİK Denetimi” (n 11), 29.

40 Tarafların genel işlem şartlarını karşı tarafa göndermeleri, örneğin genel işlem şartlarında yer alan hukuk seçiminin kurulması için yeterli değildir; genel işlem şartının ayrıca kabul edilmesi veya kabul edilecek sözleşmenin bir parçası hâline getirilmesi gerekmektedir. Örneğin tarafların sözleşme müzakereleri sırasında birbirlerine kendi genel işlem şartlarını göndermeleri, ancak kurulan sözleşmede bu genel işlem şartlarına atıf yapılmaması durumunda, genel işlem şartlarındaki hukuk seçimi kurulmamış olacaktır. Bu yönde, bkz. Jonathan Hill, ‘Choice of Law in Contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts’ (2004) 53 ICLQ 325, 326-327.

41 Kocayusufoğlu, (n 11) 229. Yazar, tarafların rızasını almamış ve sözleşmenin içeriği hâline gelmemiş genel işlem şartlarını futbol müsabakalarında yedek bekleyen oyunculara benzetmiştir; bu oyuncular ancak teknik direktörün talimatı ve hakemin izni ile sahaya girebilmekte, oyuna girene kadar ise oyun dışı kabul edilmektedirler.

Bu gereklilik, özel olarak BK m. 21(1)'de düzenlenen üçüncü koşulun konusunu oluşturmaktadır. Bu düzenlemeye göre, karşı tarafın genel işlem şartlarını kabul etmesi gerekmektedir. Karşı taraf, genel işlem şartlarını kabul etmeden, bu şartların sözleşmesel ilişkisinin bir parçası hâline gelmesi mümkün değildir.

Ancak bu koşul, sanki yazılı şekilde yapılmış sözleşmeyi imzalayan karşı tarafın, ayrıca genel işlem şartlarındaki düzenlemeleri tek tek onaylaması gerektiği biçiminde anlaşılmalıdır. Yine aynı şekilde, genel işlem şartlarının karşı taraf tarafından kabul edilmesi, bu şartların karşı tarafın onayına sunulduğu, karşı tarafın da bu şartlar arasında istediklerini seçebildiği anlamına da gelmemektedir.

Genellikle genel işlem şartlarının yer aldığı sözleşmeler “ya hep ya hiç” yöntemiyle hazırlanmaktadır.⁴² Zaten genel işlem şartları, tanımı gereği bir tarafın “tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu” sözleşme hükümleridir. Dolayısıyla, karşı tarafın genel işlem şartlarını müzakere etme şansı bulunmamaktadır. Karşı taraf, kendisine sunulan sözleşmeyi ya bütün olarak (sözleşmenin asıl hükümleri ve ekleriyle beraber) kabul edecek ya da sözleşmenin tarafı hâline gelmeyi reddedecektir. Bu nedenle, BK m. 21(1)'de bahsedilen “karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesi” koşulu, karşı tarafın genel işlem şartlarında yer alan her hükmü benimsemesi, tercih etmesi ve ayrı olarak kabul etmesi anlamına gelmemektedir.

Genel işlem şartlarının yer aldığı sözleşmelerin “ya hep ya hiç” yöntemiyle yapıyor olması, bu şartlarda yer alan hukuk seçimi, yetki veya tahkim şartlarını kabul etmeyen karşı tarafın, sözleşmeyi kurmaktan vazgeçmek dışında bir şansı kalmadığı anlamına gelmektedir. Diğer bir deyişle, sözleşmede ve genel işlem şartlarında herhangi bir değişiklik yapma şansı tanınmayan karşı taraf, sözleşmeyi kurabilmek için genel işlem şartlarını ve bu şartlarda yer alan hukuk seçimi, yetki veya tahkim şartlarını da kabul etmek zorunda bırakılmaktadır. Sözleşmenin kurulması için karşı tarafın genel işlem şartlarını kabul ettiği beyanının alınmasıyla, BK m. 21(1)'deki son koşul da gerçekleşmiş olmaktadır.⁴³

b. Genel işlem şartlarının kabul edilmesi yöntemleri arasında incorporation

BK m. 21(1)'deki söz konusu bu üçüncü koşul, tarafların imzaladığı veya başka bir yöntemle (örneğin internet sayfası üzerinde gerekli butonu tıklayarak) kabul ettikleri sözleşmenin bir hükmünde bir tarafın hazırladığı standart şartlara (ek formlar, tarifeler,

42 Kocayusufoşaoğlu, genel işlem şartının karşı tarafının yapabileceği iki şey olduğunu ifade etmiştir: “1- Önüne konulan şartları olduğu gibi kabul etmek; 2- Arz edilen mal veya hizmet ediminden ve dolayısı ile sözleşmenin kurulmasından vazgeçmek”. Bkz. Kocayusufoşaoğlu, (n 11) 226.

43 Farklı bir görüş için, bkz. A İpek Sarıöz Büyükalp, “‘Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması’ Kavramları” (2014) 16 DEÜHFD (Özel Sayı: Hakan Pekantez’e Armağan) 2015, 2039. Yazar, BK m. 21 ve m. 22 düzenlemesini inceledikten sonra, “asıl sözleşme içinde veya ekinde ‘genel işlem şartları’ olarak nitelendirilen, düzenleyenin karşı taraf ile müzakere etmediği ve karşı tarafça açık bir şekilde kabul edildiği anlaşılmayan tahkim anlaşmalarının hükümsüz olacağı kabul edilmelidir” görüşündedir. Bu ifadeden, yazarın tahkim anlaşmasının karşı tarafça açık bir şekilde kabul edildiği anlaşılmadıkça, tahkim anlaşmasının hüküm doğurmayacağı görüşünde olduğu anlaşılmaktadır.

vs) atf olması durumunda da yerine gelecektir. Taraflar bu sözleşmeyi imzalamakla, bu sözleşmenin bir maddesinde atf yapılan genel işlem şartlarını da kabul etmiş olmaktadır. Bu yöntem *incorporation* (aktarım) denmektedir.⁴⁴ *Incorporation*, “her hangi [sic] bir belgenin, diğer bir belgenin eki veya parçası haline getirilmesi metodu”dur.⁴⁵ Bu yöntem sayesinde, taraflar sözleşmede atf yapılan metnin, hukukî ilişkilerinde uygulama alanı bulmasını sağlamış olmaktadır.

Bununla birlikte, *incorporation* yoluyla ana sözleşmeye dahil edilen düzenlemeler, karşı tarafın genel işlem şartlarını kabul etmesinin tek yöntemi değildir. Daha klasik bir yol, sözleşmenin ana metninin bir taraf tarafından önceden hazırlanmış ve defalarca kullanılan bir metin olması sebebiyle genel işlem şartı niteliğinde olmasıdır. Bu durumda, karşı taraf, sözleşmeyi imzalayarak genel işlem şartı niteliğindeki sözleşmeyi kabul etmiş olacaktır.

Bu açıklamalar, sözleşmede veya sözleşmenin atf yaptığı bir başka metinde hukuk seçimi klozu veya yetki ya da tahkim şartı olması durumunda da geçerlidir. Bu klozların sözleşmenin ana metninde yer alması durumunda, zaten bu klozlar imzalanmış veya başka bir biçimde tarafların kabul beyanlarını ortaya koydukları metinlerde ortaya çıkmaktadır. Bu klozların ayrı bir metinde yer aldığı durumda da, ana sözleşmenin bu metne atf yapması ve bu sözleşmenin taraflarca imzalanması veya bu metnin başka bir biçimde taraflarca kabul edilmesi, tarafların geçerli bir hukuk seçimi, yetki anlaşması veya tahkim anlaşması yapması için yeterli olacaktır.⁴⁶

c. Tahkim şartlarının *incorporation* yoluyla kurulması

Yukarıda yapılan saptamanın tahkim anlaşmaları açısından da geçerli olup olmadığı konusunda Türk öğretisinde bir tartışma bulunmaktadır.⁴⁷ Şanlı’ya göre, “genel şartlar içinde yer alan tahkim klozunun taraflar bakımından geçerli bir tahkim sözleşmesi oluşturabilmesi için, sözleşmedeki genel şartlara atfın tahkim iradesini de kapsamaması gerekir”.⁴⁸ Yazara göre, genel şartlara yapılan atf, kural olarak, ayrıca açık olarak belirtilmediği sürece genel işlem şartlarındaki tahkim klozunu kapsamayacak; sadece maddî hukuk düzenlemelerini kapsayacaktır.⁴⁹ Yazar, 4686 sayılı Milletlerarası

44 Demirkol, *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları* (n 3) 180.

45 Nuray Ekşi, ‘Kanunlar İhtilafı Alanında “Incorporation” (1999-2000) 19-20 MHB (Özel Sayı: Aysel Çelikel’e Armağan) 263, 263.

46 Bkz. Aysel Çelikel and B Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017) 621.

47 Tartışma için bkz. Turgut Kalpsüz, ‘Tahkim Anlaşması’, in Hüseyin Ülgen, Arslan Kaya and Gül Okutan Nilsson (eds), *Bilgi Toplumunda Hukuk: Ünal Tekinalp’e Armağan*, Cilt II (Beta 2003) 1027, 1038-1040; İbrahim Arslan and Sevgican Aydın, ‘Çarter Partideki Tahkim Klozunun Konişmento Hamiline Etkisi’ (2013) 17(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 123, 128-129. Ayrıca, bkz. Duygu Damar, ‘Konişmentodan Çarter Partide Yapılan Atıfla Tahkim Anlaşmasının Kurulması Meselesi ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’ndaki Hükümün Değerlendirilmesi’ (2006) 64(2) İÜHFM 247, 252-253.

48 Cemal Şanlı, ‘Konişmentonun Devri, Alacağın Temliki ve “Perdeyi Kaldırma Teorisi” Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konişmentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu’ (2002) 22 MHB 773, 774.

49 Şanlı, ‘Konişmento’ (n 48) 774.

Tahkim Kanunu (“MTK”)⁵⁰ m. 4 hükmünü ele aldıktan sonra bile, tahkim şartının *incorporation* yoluyla sözleşmeye taşınması için özel bir iradeye gereksinim olduğunu ifade etmektedir.⁵¹ Hatta, yazar, “[k]anun koyucunun, geçerli bir tahkim sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların tahkime gitme iradesini aramaksızın, kategorik olarak, sadece tahkim şartı içeren genel şartlara atfı yeterli saydığını söyleme”nin mümkün olmayacağını belirtmektedir.⁵²

Bir sözleşmenin, bir hukukî metne atıf yapması ve o metnin *incorporation* yoluyla sözleşmesel ilişkiye dahil edilmesi durumunda, böyle genel bir atfın atıf yapılan genel işlem şartlarındaki tahkim şartını kapsamayacak olması görüşü, Türk hukukunda ne kanunî, ne de hukukî herhangi bir dayanakla açıklanmamakta veya desteklenmemekte; bu sonuca sadece akademik yorumla ulaşılmaktadır. Ancak bu akademik yorumun, kanunî düzenlemeler ve yorum ilkeleri karşısında ne kadar savunulabilir olduğu şüphelidir. Bu yorum, MTK m. 4(2)’nin son cümlesi ile uyuşmamaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre, “[a]sıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır”.⁵³ MTK m. 4(2) hükmünde, yukarıda belirtilen görüşe kaynaklık edebilecek hiçbir ifade yer almadığı gibi, kanunî düzenleme söz konusu görüşün tam tersini benimsemiştir.⁵⁴ Düzenleme, açıkça “tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması”ndan bahsetmekte; “tahkim şartı içeren bir belgedeki tahkim şartına yollama yapılması”nı gerektirmemektedir. Eğer kanun koyucunun amacı, söz konusu görüşün belirttiği gibi, genel işlem şartlarında yer alan tahkim şartına spesifik olarak atıf yapılmadığı sürece, tahkim şartının kurulmuş olmayacağı yönünde olsaydı, kanun koyucu MTK m. 4(2)’nin son cümlesinde böyle bir spesifik belirlemeyi gerekli kılan ve bu görüşe uygun bir lafız benimserdi.

Üstelik bu görüş, MTK m. 4(2)’nin sadece lafzı ile değil, mantığı ile de uyuşmamaktadır. Eğer taraflar *incorporation* yoluyla tahkim anlaşması yapıyorlarsa, bu kurumun mantığı, sözleşmede tahkim anlaşması düzenlenmese bile, sözleşmenin atıf yaptığı düzenlemenin tahkim şartı içermesi durumunda, tarafların bununla bağlı olacak olmasıdır. Eğer taraflar atıf yaptıkları genel işlem şartındaki tahkim şartının kendilerini bağlaması için ayrıca sözleşmelerinde ilgili tahkim şartına da atıf yapıldığını belirlemeleri gerekecekse, zaten sözleşmenin kendisi tahkim şartını içermiş olacak (taraflar sadece “tahkim” ifadesini kullanarak tahkim anlaşması yapabilirler); sadece tahkim şartının detayları için atıf yapılan genel işlem şartlarına bakılması gerekecektir. Bu ise, MTK m. 4(2)’nin son cümlesinde getirilmek istenen geniş imkanın mantığına

50 Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kanun Numarası: 4686, Kabul Tarihi:21.6.2001, RG: 5.7.2001/24453.

51 Şanlı, “Konişmento” (n 48) 775.

52 ibid 775.

53 Aynı düzenleme HMK m. 412(3)’te de bulunmaktadır.

54 Kalpsüz de, bu düzenlemeyi, tahkim şartı içeren bir belgeye genel bir atıf yapan sözleşme hükmü ile tahkim anlaşması yapılmasına izin verildiği yönünde yorumlamaktadır. Bkz. Kalpsüz, (n 47) 1039-1040.

aykırı olacaktır. Çünkü bu düzenleme, tahkim şartının başka bir metinde olması durumunda, sadece bu metne atıf yöntemiyle tahkim şartının kurulabilmesi imkanına işaret etmektedir. Eğer başka metindeki tahkim anlaşmasının sözleşmesel ilişkiye taşınması için, sözleşmede yine de tahkim düzenlemesine yer vermek gerekcekse, bu imkanın pek anlamı kalmayacaktır.

Sözleşmenin bir hükmünde tahkim şartı içeren genel işlem şartlarına genel bir atfın bulunmasını yeterli gören ve bu kapsamda sözleşmede genel işlem şartlarındaki tahkim şartına özel bir vurgu yapılmasını aramayan bir görüş, böyle bir vurgu aranmamasını milletlerarası ticarete iş yapan tacirlerin ticarî faaliyetlerinde göstermeleri gereken özen ile açıklamaktadır.⁵⁵ Öte yandan, genel işlem şartlarına yapılan atfın tahkim şartını da içerecek şekilde anlaşılması için, karşı tarafın milletlerarası ticaretle iştigal olan bir tacir olması ve hukukî ilişkinin bir ticarî iş sırasında yapılması gerekli değildir. Zira, yine Kalpsüz tarafından belirtildiği üzere, “yazılı bir sözleşmede açıkca [sic] atıfta [sic] bulunulan belgenin, o sözleşmenin ayrılmaz bir cüz’ü olduğunun belirtilmiş bulunması halinde, o belgedeki kayıtların sözleşmeyi imza edenleri bağlayacağı şüpheden varestedir. Sözleşmede bir belgeye açıkca [sic] atıfta bulunmakla o belgenin müderecatını olduğu gibi sözleşmeye geçirmek arasında fark yoktur”.⁵⁶

Bu noktada vurgulanması gereken önemli bir nokta da, gerek Şanlı’nın, gerekse de Kalpsüz’ün, söz konusu tartışmayı özellikle konişmentonun çarter partiye yaptığı atf çerçevesinde ele almış olmasıdır. Her ne kadar, çarter partinin kendisi genel işlem şartı niteliğindeki bir standart sözleşmeye atıf yapsa dahi, çarter partinin kendisi bir genel işlem şartı değil, ayrı bir sözleşmedir.⁵⁷ Bu nedenle, konişmentonun çarter partiye yaptığı atıf, BK m. 20 – m. 25 çerçevesinde değerlendirilemez. Tam da bu sebepten dolayı, konişmentonun çarter partiye yaptığı atfın hüküm doğurması, çarter partinin konişmentoya eklenmesine veya konişmento ile birlikte sunulmasına bağlı değildir. Dolayısıyla, konişmentoyu alan kişi çarter partiye yapılan atıf uyarınca çarter partideki hükümleri görmeden bu hükümlerle bağlı olabilmektedir. İşte Şanlı’nın görüşü uyarınca çarter partiye yapılan atıfta tahkim şartının vurgulanması gereksinimi de, Kalpsüz’ün belirttiği tacirin özen hükmü uyarınca atıfta bulunulan metni incelemesi gerekeceği argümanı da, yazarların *incorporation* yoluyla tahkim şartı öngörülmesi tartışmasını konişmento - çarter parti ilişkisini göz önünde tutarak yapmasından kaynaklanmaktadır. Ancak genel işlem şartları çerçevesinde durum farklıdır: genel işlem şartlarına dayanan taraf, karşı tarafa, tahkim şartının yer aldığı ilgili metni sağlamadığı sürece, zaten genel işlem şartları yok hükmünde olacak; tahkim şartı da kurulmamış olacaktır. Genel

55 ibid 1038-1039.

56 Kalpsüz, (n 47) 1039.

57 Konişmentonun çarter partiye atıf yapmasının nedeni, konişmentonun çarter parti uyarınca taşınan malı temsil etmesidir. Böyle bir hukukî ilişkide, çarter parti, BK m. 20’de tanımlanan genel işlem şartı özelliklerini taşımamaktadır. Çarter parti, donatan ile taşıtan arasındaki sözleşmenin kendisidir; yoksa konişmento ilişkisi yapılırken düzenleyen in ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden hazırladığı sözleşme hükümleri değildir. Bu tespitin, çarter parti kurulurken, çarter partinin atıf yaptığı genel işlem şartları olabileceği tespiti ile de karıştırılmaması gerekir.

işlem şartlarının, çarter partiden farklı bu özelliği sebebiyle, sözleşmede genel işlem şartlarına yapılan genel bir atfın, bu şartlar arasında yer alan tahkim şartını da kapsadığı tartışmasız olarak kabul edilmelidir.

Zira Şanlı tarafından da, çarter parti tartışmasına girilmeden, genel olarak genel işlem şartları çerçevesinde kabul edildiği üzere, tahkim şartı içeren bir genel işlem şartlarının asıl sözleşmenin eki yapılması suretiyle tahkim anlaşmasının kurulması mümkün olacak; bu ihtimalde tahkime itiraz eden taraf asıl sözleşmede tahkimle ilgili bir düzenleme yapılmamış olmasına dayanarak tahkim anlaşmasının kurulmamış olduğuna dayanan bir itiraz getiremeyecektir. Böylece, tahkim şartı içeren bir belgeye atıfla dolaylı olarak tarafların tahkim iradeleri ortaya çıkmış ve tahkim kabul edilmiş olmaktadır.⁵⁸ Hatta yazar şu örneği vermiştir: “taraflar, sözleşmelerindeki bir atıfla (*Incorporation*) Rafine Şeker Birliği Tahkim Mahkemesinin (The Refined Sugar Association Arbitration Tribunal) yetkisini içeren Londra’daki Rafine Şeker Birliği Genel Şartlarını mukavelenin eki hâline getirmişlerse, bu yolla yazılı bir tahkim sözleşmesi de yapmış sayılırlar”.⁵⁹

Son olarak, sözleşmenin genel olarak genel işlem şartlarına atıf yapmasının genel işlem şartlarında yer alan tahkim anlaşmasını içermeyecek olduğu görüşünün, tahkim anlaşmasının bağımsız ve ayrı bir sözleşme ve düzenleme olmasına dayanıp dayanamayacağı ele alınmalıdır. Fouchard / Gaillard / Goldman’ın da ifade ettiği gibi, tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesi, tahkim anlaşmasının referans yoluyla sözleşmesel ilişkiye dahil edilmesinin geçerliliği konusunda herhangi bir engel çıkarmamaktadır.⁶⁰ Yazarların da belirttiği üzere, tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesi, genel işlem şartlarına genel referans yapılmasıyla tahkime irade gösterilmiş sayılması konusuyla ilgisizdir.⁶¹ Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesi, MTK m. 7-H(1)’de de belirtildiği üzere, bir sözleşmede yer alan tahkim şartının geçerliliği ile ilgili karar verilirken, bu şartın sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilmesi anlamına gelmektedir. Yoksa, tahkim şartı, içinde yer aldığı sözleşme metninden kopuk tamamen ayrı bir hukukî ilişki değildir. Bu nedenle, bir sözleşmenin atıf yaptığı genel işlem şartlarında öngörülen maddî kurallar ile usûlî kurallar arasında bu derece bir ayırım yapılması doğru olmayacaktır. En nihayetinde, atıf yapılan ve *incorporation* yöntemiyle sözleşmeye dahil edilen metinde, söz konusu maddî hakların ileri sürülmesi şartları, bu metinde yer alan usûlî kurallara (yetki veya tahkim şartı da dahil olmak üzere) tâbi kılınmıştır.

58 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Aktillerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (6th edn, Beta 2016) 324; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Beta 2019) §339.

59 Şanlı, *Uluslararası Ticari Aktiller* (n 58) 324.

60 Emmanuel Gaillard and John Savage (eds), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 1999) 272.

61 Gaillard and Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* 272.

Bütün bu sebeplerle, Fouchard / Gaillard / Goldman'ın da belirttiği üzere, genel işlem şartları gibi tahkim şartı içeren bir metne yapılan genel bir referans, tahkime irade göstermenin geçerli bir yöntemidir.⁶²

d. Incorporation yoluyla kurulan hukuk seçimi, yetki ve tahkim anlaşmalarının şekil şartlarını karşılaması

Bu noktada, aktarım veya atıf yöntemiyle taraflar arasında bağlayıcılık kazanan genel işlem şartlarında yer alan hukuk seçimi, yetki ve tahkim anlaşmalarının ilgili kanunlarda öngörülen geçerlilik (özellikle de şekil) şartlarını yerine getirip getirmediği tartışılabilir.

MÖHUK m. 24(1) uyarınca hukuk seçiminin açık olarak yapılması gerekmektedir. Hukuk seçiminin bütünüyle genel işlem şartı niteliğindeki bir sözleşmenin bir hükmü veya böyle bir sözleşmenin atıf yaptığı standart şartlarda yer alan bir kloz olması, hukuk seçiminin açık olarak yapılmasını engellemektedir.

Türk mahkemelerini yetkilendiren yetki anlaşmalarının HMK m. 18(2) uyarınca yazılı olarak yapılması, yabancı mahkemeleri yetkilendiren yetki anlaşmaların ise MÖHUK m. 47(1) uyarınca yazılı delille ispat edilmesi gerekmektedir.⁶³ Gerek sözleşmedeki, gerekse de sözleşmenin atıfta bulunduğu metinlerde genel işlem şartı olarak öngörülen yetki anlaşmalarının yazılı şekil şartına uygun yapılmış olmasının önünde herhangi bir engel yoktur. Sözleşmede yer alan yetki anlaşmalarında, sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasıyla bu şart gerçekleşecektir. Sözleşmenin atıf yaptığı metinlerde yer alan yetki anlaşmasının yazılı şekil şartına uygun olarak kurulduğunun kabul edilebilmesi için, bu metne atıf yapan sözleşmenin bu şekil şartına uygun kurulması yeterlidir. Biraz daha net ifade etmek gerekirse, taraflarca imzalanan sözleşmenin bir hükmünde yetki anlaşması yer alan metnin bu sözleşme çerçevesinde uygulanacağını belirtiyor olması, hem yetki anlaşmasının taraflar açısından bağlayıcılık kazanması, hem de yetki anlaşmasının yazılı şekilde yapılmış sayılması için yeterli olacaktır. Atıf yapılan metnin ayrıca taraflarca imzalanması gerekmemektedir.⁶⁴

HMK m. 412(3) ve MTK m. 4(2) uyarınca tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Buradaki yazılı şekil şartı borçlar hukuku anlamında bir yazılılık şartı (tarafların sözleşmeyi imzalaması) değildir.⁶⁵ Gerçekten de, borçlar hukuku anlamında adi yazılı şekle tâbi sözleşmelerden farklı olarak, tahkim

62 Gaillard and Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (n 60) 272.

63 Bu tasnif öğreti ve Yargıtay içtihadındaki genel yaklaşıma uygun yapılmıştır. Türk mahkemelerini yetkilendiren milletlerarası yetki anlaşmalarının da MÖHUK m. 47'ye tâbi olması gerektiği konusunda, bkz. Demirkol, *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları* (n 3) 124-132.

64 Demirkol, *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları* (n 3) 181.

65 Bkz. Akıncı, *Tahkim* (n 4) 168; Kalpsüz, (n 47) 1031-1032; Şanlı, Esen and Ataman-Figamneşe, (n 58) §338.

anlaşmasının taraflar arasında teati eden faks, eposta, teleks gibi yazışmalarla veya internet sitesi gibi elektronik ortamlar üzerinden kurulması mümkündür.⁶⁶ Buna göre, tahkim şartının yazılı şekil şartına uygun yapılması için mutlaka taraflarca imzalanmış olması gerekmektedir.⁶⁷

Yazılı şekle göre daha hafifletilmiş bu şartın, genel işlem şartlarında yer alan tahkim anlaşmaları açısından yerine getirilmesi, yine genel işlem şartlarında yer alan yetki şartlarına paraleldir. Buna göre, sözleşmede veya sözleşmenin atıf yaptığı bir metinde yer alan tahkim anlaşması, sözleşmenin (atıf yapılan metnin değil) bu özel yazılı şekil şartına uygun yapılmasıyla geçerli olacaktır.⁶⁸

4. Genel değerlendirme

BK m. 21(1) düzenlemesi ilk bakışta genel işlem şartlarını kullanan taraf aleyhine çeşitli sınırlamalar getiriyor gibi gözükse de, aslında hükmün lafzına dikkatli bakıldığında, hükmün sözleşmenin kurulmasıyla ilgili genel ilkelere çok farklılaşmadığı anlaşılabilecektir. Hüküm, genel işlem şartları kullanan tarafın, bu durumu karşı tarafa bildirmesi, genel işlem şartlarının içeriğini karşı tarafla paylaşması ve karşı tarafın genel işlem şartlarını kabul etmesi gerektiğini ifade etmektedir. Zaten böyle bir bilgilendirme olmadan, genel işlem şartlarının içeriği karşı tarafla paylaşılmadan ve karşı taraf bu koşulları kabul etmeden, genel işlem şartlarını içeren sözleşmenin kurulması teknik olarak mümkün değildir. Örneğin maktu formda hazırlanan ve genel işlem şartı niteliğinde olan bir sözleşme karşı tarafa sunulmadan ve karşı tarafın bu sözleşmeyi kabul etmesi söz konusu olmadan kurulamayacaktır. Bu nedenle, BK m. 21(1)'in, genel kuralların çok da ötesine geçen, korumacı bir düzenleme getirdiği söylenemez. Dolayısıyla, aslında genel işlem şartları altındaki yürürlük denetimi, karşı tarafın sözleşmesel ilişkide bu şartların kullanıldığını bildiğinden veya bilmesi gerektiğinden hareket edilip edilemeyeceği ve bunun sonucunda da tarafların irade uyuşmasının genel işlem şartlarını kapsayıp kapsamadığı sorularını yanıtlamaktadır.⁶⁹

Genel işlem şartları düzenlemesinde yürürlük denetiminin bu şekilde yorumlanmasının, genel işlem şartlarını düzenleyen tarafın karşısında yer alan zayıf tarafı yeterince korumadığı ileri sürülebilir. Ancak unutulmamalıdır ki, Borçlar Kanunu'ndaki genel işlem şartı düzenlemesi tacir-tüketici ilişkisi öngörülerek getirilmemiştir. Tacir-tüketici ilişkisi, zaten TKHK'daki özel düzenlemelere tâbidir.⁷⁰

66 Akıncı, *Tahkim* (n 4) 168-170.

67 Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitler* (n 58), 323.

68 Bkz. Kalpsüz, (n 47) 1039.

69 Atamer, "Yeni TBK'da GİK Denetimi" (n 11), 27.

70 Yabancılık unsuru taşıyan tüketici ilişkilerinde de uygulanacak hukukun ve yetkili mahkemenin saptanmasında özel kurallar öngörülmüştür. Benzer kanunlar ihtilafı ve milletlerarası yetki düzenlemeleri, diğer zayıf taraf olarak kabul edilen işçi ve sigortalılar için de getirilmiştir.

Tüketicilerin korunmasına ilişkin mevzuatta öngörülen “haksız şart” denetimi, BK m. 20-25’te öngörülen genel işlem şartlarından daha geniştir.⁷¹ Dolayısıyla, tüketicinin zaten Borçlar Kanunu’nda düzenlenen genel işlem şartları ile değil, TKHK’deki daha özel düzenleme ile korunması hedeflenmektedir. Bu durumda, Borçlar Kanunu’nda öngörülen düzenleme tacir-tacir ilişkileri ile tacir konumunda olmayan kişiler arasındaki standart sözleşmelere uygulanacaktır.⁷² Genel işlem şartlarının daha çok tacir niteliğinde olan kişiler tarafından kullanıldığı göz önüne alındığında (ve tacir konumunda olmayan kişiler arasındaki standart sözleşmelerin yaygın olmadığı düşünüldüğünde), BK m. 20-25’te düzenlenen kurallar ağırlıklı olarak tacir-tacir ilişkisinde kullanılmış olacaktır.⁷³ Yine bu düzenlemenin tacir olmayan kişiler arasındaki hukukî ilişkilere (örneğin genel işlem şartı olarak düzenlenen kira sözleşmelerine) uygulanmasının önünde bir engel yoktur.

Buna paralel olarak, genel işlem şartlarında öngörülen hukuk seçimi, yetki veya tahkim şartlarının karşı tarafın menfaatine aykırı olduğu kabul edilse bile, bazı basit usûllerin yerine getirilmesiyle, bu klozlar geçerli olarak kurulabilecek; bu klozların geçerli olmayacağı yönündeki itirazların önüne geçilebilecektir.⁷⁴ Hatta bunun için, genel işlem şartlarını düzenleyen tarafın hukuk seçimi, yetki veya tahkim şartlarının varlığı konusunda karşı tarafı ayrıca ve özel olarak bilgilendirmesi de gerekmemektedir; bu klozların yer aldığı genel işlem şartlarının varlığı hakkında bilgilendirme—genel işlem şartlarının içeriğinin öğrenilme imkanı sunulması ve karşı tarafın genel işlem şartlarını kabul etmesi şartıyla—yeterli olacaktır.

Öğretide bu konuya ilişkin farklı görüşler de ifade edilmiştir. Örneğin bir görüşe göre, genel işlem şartları düzenleyen tarafın, özellikle genel işlem şartlarının *incorporation* yoluyla sözleşmeye dahil edildiği ihtimalde, karşı tarafı tahkim şartı ile ilgili uyarması gerektiği; gerekli bilgilendirme yapılmazsa yollama yapılan metindeki tahkim şartının taraflar arasındaki hukukî ilişkiye dahil edilmemiş olacağını ifade edilmektedir.⁷⁵ Ancak BK m. 21(1) altında, genel işlem şartlarını düzenleyen tarafın bilgilendirme yükümlülüğü, karşı tarafa söz konusu ilişkide genel işlem şartları düzenlendiği konusunda bilgi vermekle sınırlıdır; bu hüküm, genel işlem şartlarında düzenlenen her konuda ya da spesifik olarak tahkim anlaşmaları konusunda, karşı tarafa ek açıklamalar yapılmasını gerektirmemektedir.

Benzer başka bir görüşe göre, BK m. 21 ve m. 22’deki düzenleme karşısında, tahkim şartının genel işlem şartları arasında yer alması durumunda, düzenleyenin tahkim şartını

71 Atamer, “Yeni TBK’da GİK Denetimi” (n 11), 20. Karş Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz and H Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler* (On İki Levha 2016) 278-279.

72 Oğuzman and Öz, (n 18) §522.

73 Ayrıca bkz. Atamer, “GİK mi Bireysel Pazarlık mı” (n 1), 103.

74 Aksi hâlde (BK m. 21(1)’deki koşullardan biri yerine getirilmezse), ilgili şartlar yazılmamış sayılacak ve böylece söz konusu şartlar yok hükmünde olacaktır.

75 Zengin, (n 17) 150.

karşı tarafla müzakere etmemesi sebebiyle ve karşı tarafın da tahkim şartını “açık bir şekilde” kabul ettiğinin anlaşılmadığı ihtimalde, tahkim anlaşmasının hükümsüz olduğunun kabul edilmesi gerekir.⁷⁶ Bu görüş, genel işlem şartlarında yer alan tahkim şartlarının hüküm doğurmamasını iki kümülatif özelliğe dayandırmaktadır: tahkim şartının müzakere edilmemesi ve karşı tarafın tahkim şartını açık bir şekilde kabul etmemiş olması. Bu iki kümülatif özelliği sırasıyla değerlendirmek gerekirse: İlk olarak, genel işlem şartlarında yer alan tahkim anlaşmalarının karşı tarafla müzakere edilmemesi, tahkim anlaşmasının genel işlem şartları arasında yer almasının bir özelliğidir. Bu özelliğin tek başına tahkim anlaşmalarının hükümsüz olmasına sebep vermesi mümkün değildir; aksi hâlde bir tarafın maktu sözleşmesinde yer alan tahkim şartı ile geçerli bir tahkim anlaşması yapması mümkün olmazdı. İkinci olarak, BK m. 21 ve m. 22 düzenlemesinde, genel işlem şartlarında yer alan her bir hükmün karşı taraf tarafından ayrıca kabul edilmesini gerektiren bir gereklilik de yoktur. Bu nedenle, tahkim şartının karşı taraf tarafından ayrıca “açık bir şekilde kabul edilmesi” gibi bir gerekliliğin pozitif hukuk düzeninde bir karşılığı bulunmamaktadır. Elbette, tahkim anlaşması, tarafların karşılıklı iradelerinin bir araya gelmesiyle kurulmaktadır. Ancak böyle bir irade, genel işlem şartlarının yer aldığı bir sözleşmeyi kuran (ve böylece genel işlem şartlarını kabul eden) taraf tarafından—karşı tarafa genel işlem şartlarının varlığı konusunda bilgi verildiği ve genel işlem şartları karşı tarafa sunulduğu sürece—sağlanmaktadır. Diğer bir deyişle, tarafların tahkim anlaşmasına genel işlem şartları vasıtasıyla varması, tahkim anlaşmasının açık bir biçimde yapılmış olmasını engelleyecek bir durum değildir; genel işlem şartlarının müzakere edilmemiş olması da, tahkim anlaşmasının açık olmasının önünde engel oluşturmaz.

Örneğin internet üzerinden yapılan bir satışta, tüketici sözleşmelerine ilişkin milletlerarası özel hukuk ve yetki kuralları saklı kalmak üzere, genel işlem şartlarında hukuk seçimi, yetki veya tahkim kuzları yer alabilir ve bahsedilen basit usûllere uyulduğu takdirde bu kuzlar hüküm doğurabilecektir. Bunun için, internet üzerinden hizmet veya mal sağlayan kişinin, ticarî faaliyetini sürdürdüğü internet sayfasında, sözleşmenin kuruluşu sırasında sözleşmede genel işlem şartlarının uygulanacağını belirtmesi, söz konusu genel işlem şartlarının karşı taraf tarafından okunabilmesi için bir bağlantı (*link*) sağlaması ve işlemin tamamlanmasından önce de karşı tarafın genel işlem şartlarını onayladığını belirten bir kutucuğu işaretlemesini gerektirmesi yeterli olacaktır. İnternet sitesi, karşı tarafın genel işlem şartlarını onaylamasını sağlayan kutucuk tıklanmadan, satış işleminin gerçekleşmesine izin vermeyebilecektir. Dolayısıyla, internet üzerinden ilgili ürünü ya da hizmeti almak isteyen kişi, genel işlem şartlarını onaylamak zorunda kalacaktır. Bu onayın verilmesi ve diğer şartların da gerçekleşmesiyle, BK m. 21(1)’de öngörülen koşullar yerine getirilmiş olacaktır. Böylece genel işlem şartlarında yer alan hukuk seçimi, yetki veya tahkim şartları, taraflar arasında hüküm ifade edecektir.⁷⁷

76 Sarıöz Büyükalp, (n 43) 2039.

77 İnternet üzerinden yapılan sözleşmelerde genel işlem şartlarında hukuk seçimi öngörülmesiyle ilgili olarak farklı görüşte, Gülin Güngör, ‘Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve *Click-Wrap* Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı’ (2002) 51(1) AÜHFD 19, 38-39.

B. BK m. 21(2) düzenlemesi: hukuk seçimi, yetki veya tahkim şartlarının sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı kabul edilerek yazılmamış sayılması

BK m. 21(2), sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine aykırı olan genel işlem şartlarının geçersiz olduğunu düzenlemiştir. Bu düzenleme güven kuramına dayanmaktadır: genel işlem şartlarını bütün olarak kabul eden tarafın, normal şartlar altında genel işlem şartlarında yer alması beklenmeyecek bir hükmü kabul ettiği düşünülemez.⁷⁸ Bir genel işlem şartının “şaşırtıcı” veya “beklenmedik” olduğunun kabul edilebilmesi için, ilgili şartın “[s]özleşmenin tümü dikkate alındığında işlem hayatı açısından normal sayılan veya işletmecinin tavırları nedeniyle somut sözleşmede normal kabul edilebilecek olandan farklı” bir düzenleme getirmesi gerekir.⁷⁹ Örneğin bir taşıma sözleşmesinde, yolcunun getirdiği yükün taşıma şirketine bağışlandığını belirten veya yolcunun üçüncü bir kişinin edimini taahhüt eden bir düzenleme, sözleşmenin niteliği ve işin özelliği ile bağdaşmayacak ve bu tip klozlar hüküm doğurmayacaktır.

Hukuk seçimi, yetki veya tahkim şartlarının müzakere edilen bir sözleşmede ya da tek taraflı hazırlanan bir genel işlem şartında yer almasının sözleşmenin veya işin niteliğine aykırı olduğu ileri sürülemez. Elbette bu hükümler, sözleşmesel ilişkinin esasına ilişkin düzenlemeler değildir. Fakat bu özellik, genel işlem şartlarında öngörülen bu tip düzenlemelerin sözleşmenin niteliği ya da işin özelliğine yabancı olması anlamına gelmemektedir. Zira, taraflar, sözleşmelerinin hangi hukuka tâbi olduğunu kural olarak hukuk seçimi yoluyla hemen hemen her hukukî ilişkilerinde belirleyebilirler. Üstelik bir sözleşmenin hangi hukuka tâbi tutulacağını belirlemesinden daha doğal bir durum olamaz.⁸⁰ Ayrıca taraflar arasındaki hukukî bir ilişkiden uyuşmazlık çıkması da çok olağandır. Taraflar, bu uyuşmazlığın hangi mekanizmada ve nerede görüleceğini de gayet olağan olarak belirleyebilirler.⁸¹ Bu sebeplerle, genel işlem şartlarında hukuk seçimi, yetki ya da tahkim şartları bulunması, sözleşmenin niteliğine aykırı özellikler değildir.⁸² Böyle bir şartın sözleşmede bulunması şaşırtıcı da değildir.⁸³ Hatta, ticarî hukukî ilişkilerde olağan davranışın, hukukî ilişkiye uygulanacak hukuku saptamak ve uyuşmazlıkların görüleceği mekanizmayı saptamak olduğu da söylenebilir. Üstelik, tarafların hukukî ilişkilerini yönetmek için standart şartlar hazırladığı bir ortamda, hukuk seçimi, yetki ve tahkim şartlarının öngörülmesinin şaşırtıcı değil, tam tersine oldukça tedbirli ve temkinli bir yaklaşım olduğu da kabul edilmelidir.

78 Atamer, “Yeni TBK’da GİK Denetimi” (n 11), 29-30.

79 ibid 30.

80 Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (n 2) 184.

81 Erişir, yetki anlaşmalarının genel işlem şartlarında kullanılmasıyla ilgili makalesinin ilk cümlesinde bu şartın genel işlem şartlarının vazgeçilmez bir parçası hâline geldiği belirtmektedir. Bkz. Erişir, (n 17) 1141.

82 Sözleşmeden doğabilecek bir uyuşmazlığın çözümünde tahkime başvurulması yönünde bir hüküm olmasının sözleşmenin niteliği ile bağdaşmayacak şaşırtıcı şart olmadığı yönünde, bkz. Zengin, (n 17) 143.

83 Aksi yönde, Tercier, Pichonnaz and Develioğlu (n 71) 275.

Hukukî ilişkilerde, hukuk seçimi, yetki veya tahkim şartı öngörmek, her ne kadar şaşırtıcı olmasa ve sözleşmenin niteliğine aykırı olmasa da, seçilen hukuk, yetkilendirilen mahkeme veya tahkim mekanizması bu özellikleri taşıyabilir. Örneğin genel işlem şartlarını düzenleyen taraf, sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların yargılanmasını engellemek amacıyla uyuşmazlıkla ilgisi olmayan, coğrafi olarak çok uzak mahkemeleri veya çok pahalı bir tahkim mekanizmasını yetkilendirmiş olabilir. Hatta, tahkim şartında uyuşmazlık çıkması hâlinde hangi hakemlerin uyuşmazlığa bakacağı önceden belirlenmiş olabilir. Hukuk seçimi, yetki veya tahkim şartlarının varlığının değil, içeriğinin bu şekilde şaşırtıcı olması, ilgili genel işlem şartının yürürlüğünün denetlenmesini (yürürlük denetimi) değil, geçerliliğinin denetlenmesini (içerik denetimi) gerektirir. Aslında bu noktada, ilgili genel işlem şartının “olağan dışı” olması ile “haksız” olması arasında bir ayırım yapılmalıdır; “olağan dışılık” özelliği, bir kaydın “işleme yabancı” olması (o işlemden yer almasının beklenmeyecek olması) tespiti ile sağlanır.⁸⁴ Oysa, bu paragrafta verilen örneklerde, olsa olsa genel işlem şartının “haksız” nitelikte olduğu ileri sürülebilecektir. Bu nedenle, bu şartların denetimi BK m. 21’den ziyade, BK m. 25’e tâbi olmalıdır. Bu tip şartların içerik denetlenmesine ilişkin açıklamalar aşağıda yapılacaktır.

C. BK m. 25 düzenlemesi: dürüstlük kuralına aykırı olarak hukuk seçimi, yetki veya tahkim şartlarının genel işlem şartlarına konulamayacağı

Bu hüküm, BK m. 21’deki koşulları sağlayan ve tarafların anlaştığı genel işlem şartlarına ilişkin bir içerik denetimi getirmektedir. Gerçekten de BK m. 25’in kenar başlığı “[i]çerik denetimi”dir. Bu hüküm, bir genel işlem şartının, şartı düzenleyen karşıdaki tarafın aleyhine bir düzenleme getirmesini veya onun durumunu ağırlaştırmasını yasaklamamaktadır. Dolayısıyla, kanundaki düzenleme genel işlem şartlarında düzenleyen karşıdaki taraf aleyhine hükümler öngörülmesini engellemektedir. Ancak BK m. 25’e göre, getirilen ağırlaştırıcı nitelikteki hükümlerin dürüstlük kuralına aykırılık derecesine varmaması gerekir. Örneğin bir genel işlem şartı ile cezaî şart öngörülmesi ve böylece karşı tarafın edimini yerine getirmemesi durumunda bir sözleşme cezası ödemek durumunda kalması mümkündür. Ancak belirlenen cezaî şart dürüstlük kuralına uygun olmalıdır.

BK m. 25’teki düzenleme de, aslında, genel işlem şartlarına özgü ve tamamen bu kurumun niteliklerinden kaynaklanan bir düzenleme değildir.⁸⁵ Dürüstlük kuralına aykırı bir sözleşme hükmü zaten 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu⁸⁶ (“MK”) m. 2 ve

84 Kocayusufoğlu, (n 11) 238.

85 Genel işlem şartlarında içerik denetiminin bu kadar sınırlı olmasıyla ve mevzuattaki genel işlem şartlarına ilişkin diğer hükümlerin dikkate alınmamış olmasıyla ilgili bir eleştiri için, bkz. Atamer, “Yeni TBK’da GİK Denetimi” (n 11), 10 ve 41-42.

86 Türk Medenî Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG: 8.12.2001/24607.

BK m. 27 uyarınca kesin hükümsüz kılınabilecektir.⁸⁷ BK m. 25 bu sonucu sadece genel işlem şartları çerçevesinde daha açık bir şekilde düzenlemiş olmaktadır.⁸⁸

Burada dürüstlük kuralına aykırılık hakkın kullanılması veya borcun ifasında değil, ilgili hükmün sözleşmeye konmasında aranacaktır.⁸⁹ Aslında, herhangi bir sözleşme hükmünün dürüstlük kuralına aykırı olması ile, aynı içerikte ve taraflar arasındaki ilişkide borç yüklerini aynı şekilde bozan bir hükmün genel işlem şartlarında öngörülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olması arasında da bir ayırım yapılması ve bu hususların farklı bir değerlendirmeye tâbi tutulması gerekmektedir. BK m. 25'in özel olarak düzenlenmesiyle de, böyle bir ayırımın varlığı vurgulanmış olmaktadır. Diğer bir deyişle, genel işlem şartları altında dürüstlük kuralına aykırılık tespitinde bulunulmasının eşiği, normal düzenlemelere kıyasla daha düşüktür. Zira, normal düzenlemelerde tarafların karşılıklı müzakere ederek eriştikleri bir hüküm söz konusu iken, ikinci durumda bir tarafın hiçbir zaman müdahale edemeyeceği bir düzenleme söz konusu olmaktadır.

Bu nedenlerle, BK m. 25 uyarınca yapılacak içerik denetimi çerçevesinde tüketici hukukundaki haksız şartlara ilişkin düzenlemelerden yararlanabileceği ileri sürülmüştür.⁹⁰ BK m. 25 uyarınca yapılacak içerik denetiminin tespitinde daha geçerli olacak kaynak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁹¹ (“TTK”) m. 55(1)(f) düzenlemesidir.⁹² Bu düzenleme TTK'daki haksız rekabet düzenlemesi çerçevesinde getirilmiştir. TTK m. 55, dürüstlük kuralına aykırı çeşitli davranış ve ticarî uygulamaların haksız rekabet hâli teşkil ettiğini belirlemektedir. TTK m. 55(1)(f)'de ise, daha spesifik olarak “[d]ürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak” bir haksız rekabet hâli olarak düzenlenmiştir. Bu hükme göre,

Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;

1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya
2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.

87 Benzer yönde, Bilgin Yüce, (n 18) 3221-3222.

88 Bu düzenlemenin dürüstlük kuralının genel işlem koşulları bakımından özel bir uygulaması olduğu yönünde, bkz. Akçaal, (n 25) 62.

89 Oğuzman and Öz, (n 18) §514.

90 Atamer, “Yeni TBK'da GİK Denetimi” (n 11), 43.

91 Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.1.2011, RG: 14.2.2011/27846.

92 Bu düzenlemenin, hakimın başvurabileceği diğer bir önemli kaynak olduğu yönünde, bkz. Atamer, “Yeni TBK'da GİK Denetimi” (n 11), 43.

Bu düzenleme, BK m. 25 çerçevesinde yapılacak içerik denetimine ışık tutabilecek niteliktedir. Bu hüküm yorumlanırken, sözleşmesel düzenlemelerin mevcut kanunî düzenlemelerden ayrılan yükümlülükler getirmesinin dürüstlük kuralına aykırı olacağı gibi bir sonuç ortaya çıkmamalıdır. Ancak özellikle sözleşmenin niteliği göz önüne alındığında, *önemli ölçüde* sözleşmesel ilişkinin kendi dengesini bozacak düzenlemeler getiren ve yanıltıcı özellikteki genel işlem şartlarının BK m. 25 denetiminden geçememesi gerekecektir.

Genel işlem şartlarında öngörülen hukuk seçimi, yetki ve tahkim şartlarına ilişkin içerik denetimini bu çerçevede değerlendirmek gerekecektir. Kural olarak, genel işlem şartlarında hukuk seçimi, yetki ve tahkim şartları öngörülmesi dürüstlük kuralına aykırı değildir;⁹³ eğer bu şartların dürüstlük kuralına aykırı olduğu düşünülseydi, bu kurumlar Türk hukukunda genel olarak yasaklanmış olurdu.

Genel işlem şartlarında düzenlenen hukuk seçimi, yetki veya tahkim şartları uyarınca seçilen hukuk ve yetkilendirilen mahkeme veya hakem heyetinin karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olmasının, örneğin normalde yetkili olacak mahkeme yerine başka bir yerde dava açılmak zorunda kalınmasının, tek başına BK m. 25'e aykırı olduğu söylenemez. Bu şartların BK m. 25 denetimi uyarınca kesin hükümsüz kılınması için, karşı tarafın durumunu ağırlaştırmanın dürüstlük kuralına aykırı olması gerekir. Bu koşul ise, söz konusu genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına uymayan bir menfaat sağlanacak biçimde öngörülmüş olmalarını gerektirmektedir.

Örneğin basit bir satım sözleşmesi ile ilgili bir genel işlem şartında, adalete erişimi zorlaştırmak için inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi karışık ve çok aşamalı bir uyuşmazlık çözüm yolu ya da davayı ispatlamayı güçleştirmek için hayatın ve mevcut ticarî ilişkinin gerçeklerini aşan zorlayıcı bir delil sözleşmesi öngörülmüş olabilir. Benzer bir şekilde, genel işlem şartlarında yer alan hukuk seçimi veya milletlerarası yetki anlaşmasının, karşı tarafın erişmesinin çok güç olduğu bir hukuku veya mahkemeyi belirlemesi hâlinin de karşı tarafın durumunu dürüstlük kuralına aykırı biçimde ağırlaştırıcı nitelikte olduğu kabul edilebilecektir.⁹⁴ Bir diğer örnek ise, tarafların 30,000 TL'lik bir mal satımından doğan uyuşmazlıklarını çözmek için ICC tahkimini yetkilendirmeleridir. Böyle bir uyuşmazlıkta sırf dava açma masrafı ve

93 Genel işlem şartlarında yetki anlaşması öngörülmesinin BK m. 25 çerçevesinde dürüstlük kuralına uygun bir kayıt olabileceği yönünde, bkz. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. HD, E. 2017/12, K. 2017/23, T. 25.01.2017 ((2017/1) 13(36) MİHDER 197).

94 Öte yandan, uluslararası ticarî uyuşmazlıklarda sıklıkla seçilen uzman veya bağımsız nitelikleri ile öne çıkan hukuk düzenleri veya ülke mahkemelerinin seçiminin dürüstlük kuralına aykırı olduğunu söylenemez. Örneğin, bir Alman şirketin hazırladığı genel işlem şartlarında, Alman mahkemelerinin, Londra mahkemelerinin, hatta New York mahkemelerinin yetkilendirilmesi meşru menfaatlerle açıklanabilir: Londra ve New York mahkemeleri milletlerarası ticaret konusundaki tecrübeleri, içtihatları, yaklaşımları veya usul kurallarının sağladığı imkanlar nedeniyle, Alman mahkemeleri de şirkete yakınlık nedeniyle yetkilendirilmiş olabilecektir. Öte yandan, söz konusu Alman şirketinin genel işlem şartlarında Bolivya, Eritre ya da Moğolistan mahkemelerinin yetkilendirilmesini açıklayabilecek meşru bir sebep genel olarak bulunmayacaktır. Bkz. Demirkol, *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları* (n 3) 168-169.

hakeme ödenecek bedel toplam 8,000 Amerikan Doları olacaktır.⁹⁵ Dolayısıyla, sırf tahkim davası açma ve hakem ücreti gibi sabit masraflar, uyuşmazlığın olası toplam değerinden yüksektir.⁹⁶ Genel işlem şartlarında böyle bir tahkim şartı öngörülmesi, karşı tarafın fiilen dava açma hakkını elinden alacaktır. Böyle bir genel işlem şartı da dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Genel işlem şartlarında yer alan yetki veya tahkim şartının, yetkili mahkeme veya hakem tarafından verilecek kararın genel işlem şartlarını düzenleyen taraf aleyhine icra veya tenfiz edilmesi mümkün olmayacak şekilde düzenlenmesi durumunda da (böyle bir sonuca sebep verecek bir mahkemenin veya tahkim yerinin seçilmesi ihtimalinde) dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı öngörüldüğü kabul edilebilecektir.

Bununla birlikte, burada belirtilen dürüstlük kuralına aykırılık durumları çok geniş yorumlanamaz. Örneğin, sırf maliyeti yüksek olan bir tahkim yolunun seçilmiş olması nedeniyle, genel işlem şartında yer alan tahkim şartının dürüstlük kuralına aykırı ve bu nedenle kesin hükümsüz olacağını söylemek her zaman mümkün değildir.⁹⁷ Genel işlem şartlarını kabul eden tacirin, basiretli davranarak böyle bir tahkim anlaşmasının olası etkilerini önceden değerlendirmesi gerekmektedir. Örneğin bir tek satıcılık sözleşmesinde, global bir ilaç üreticisi Türkiye’deki bir ilaç distribütörüyle kendi genel işlem şartlarına dayanarak sözleşme akdetmiş olabilir. Böyle bir hukukî ilişkide uyuşmazlıkların çözümü için tarifesi çok da ucuz olmayan bir kurumsal tahkim yolu öngörülmüş olması oldukça olağan ve dürüstlük kuralına herhangi bir aykırılık içermeyen bir uygulamadır. Böyle bir durumda, sırf taraflar arasındaki ekonomik dengesizliği ve tahkim şartının genel işlem şartlarında öngörülmüş olmasını dikkate alarak, bu şartın kesin hükümsüz olacağını söylemek doğru olmayacaktır.

Doktrinde bir görüş, genel işlem şartları çerçevesinde öngörülen yetki anlaşmaları çerçevesinde, iki tarafın da tacir olduğu, ancak taraflardan birinin ekonomik gücü büyük bir şirket iken, öbür tarafın küçük veya orta ölçekli bir işletme olduğu durumlarda, küçük işletmenin tüketicilerden pek de farklı bir konumda olmadığını ve bu tip tacirlerin de alelâde bir tüketici kadar olmasa da genel işlem şartlarına karşı korunma ihtiyacı olduğunu belirtmektedir.⁹⁸ Bu noktadan yola çıkarak, söz konusu görüş Borçlar Kanunu’nun genel işlem şartlarına ilişkin öngördüğü denetimde tacir-tüketici ve tacir-tacir işlemleri arasında ayırım yapılmaması gerekebileceğini belirtmektedir.⁹⁹ Yazar, daha sonra, “adil yargılanma hakkının unsurlarından olan hakkaniyete uygun olarak yargılanma, yani silahların eşitliği olarak ifade edilen

95 ICC Tahkim Kuralları Ek III: Tahkim Masrafları ve Ücretleri m. 1(1) uyarınca ICC nezdinde dava açma ücreti 5,000 Amerikan Doları’dır; hakem ücret tarifesine göre de, 50,000 Amerikan Doları’na kadar olan uyuşmazlıklarda hakemlere en az 3,000 Amerikan Doları ücret verilmesi gerekmektedir. Bkz. <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/> (erişim tarihi 12.06.2020).

96 Bu makalenin yazıldığı dönemde, 1 Amerikan Doları = 6.80 Türk Lirası.

97 Aksi yönde, bkz. Zengin, (n 17) 145.

98 Erişir, (n 17) 1167.

99 ibid 1168.

tarafaların eşit bir biçimde iddia ve savunmada bulunmaları, nihayetinde eşit biçimde hükme etki edebilmeleri, kanunen yetkili mahkemeden başka bir yerde yapılan yargılamayı yürütmek zorunda kalmaları durumunda zorlaşmaktadır” demektedir.¹⁰⁰ Yazar, bir tarafın kanunen yetkili mahkemeden başka bir yerde dava açmaya veya savunma yapmaya zorlanması durumunda, bu tarafın yargısal bir temel hakkına müdahale edilmiş olacağını ve bu nedenle genel işlem şartlarındaki böyle bir yetki şartının, kesin olmayan yetki kurallarından sapılmasına neden olması durumunda, kural olarak bu sapmanın önemli ölçüde olduğunu kabul etmek gerekeceğini belirtmektedir.¹⁰¹ Yazar, genel işlem şartlarını kullanan tarafın, böyle bir sapmayı haklı kılacak bir menfaati ortaya koyması gerektiğini ifade etmekte ve sapılan yetki kuralının “adalet değeri ne kadar geniş, hükme yüklenen anlam ne kadar derinse, [genel işlem şartları] kullananın sapmayı gerekçelendirmesi de o kadar zor olmalıdır” demektedir.¹⁰² Yazarın dikkat çektiği bir nokta da, Türk hukukunda yetki anlaşmalarının kural olarak münhasır nitelikte olduğunun kabul edilmesi karşısında, genel işlem şartlarında yer alan yetki şartının kural olarak diğer mahkemelerin yetkisine son vereceği, bu durumun karşı taraf bakımında çok ağır olacağı ve hakim münhasırlarını gerektirecek net bir denge bozukluğu sonucunu doğurduğudur.¹⁰³ Bu değerlendirmelerin ardından, yazar, “münhasıran kullananın yerleşim yerinin kararlaştırıldığı yetki şartlarının kanunî düzenlemeden önemli ölçüde saptığı, kullanan haklı bir sebebi veya ticarî örf-adeti ispat etmediği sürece içerik denetimi sonucunda hükümsüz sayılması gerektiği” sonucuna ulaşmıştır.¹⁰⁴ Dolayısıyla, bu görüşe göre, genel işlem şartlarında yapılan ve genel işlem şartlarını düzenleyen tarafın bulunduğu şehir mahkemelerini yetkilendiren bir yetki anlaşması ile kanunda öngörülen kesin olmayan yetki kurallarından önemli ölçüde sapılmış olunmakta; bu durum dürüstlük kuralına ve dolayısıyla BK m. 25 düzenlemesine aykırı olacağı için de yetki anlaşması kesin hükümsüz olmaktadır.

Erişir’in bu görüşü eleştiriye açıktır. İlk olarak, iki tacir arasında sözleşmesel düzene yansıyan her dengesizlik kanun koyucu veya yargı organlarının dengelenmek durumunda değildir. Elbette, güçlü tarafın pazarlık gücü zayıf taraftan fazla olacaktır. Taraflar arasındaki bu dengesizlik de, ister istemez sözleşme hükümlerine yansımayaacaktır. Örneğin edimin fiyatı, sözleşmenin sona erme şartları bu dengesizlikten etkilenebilir. Erişir’in ifade ettiğinin tersine,¹⁰⁵ sözleşmenin menfaat dengesinin tacirlerden biri aleyhine bozulmuş olması maddî hukukta her durumda müdahale gerektiren bir husus değildir. Aksi hâlde, hemen hemen her bankacılık sözleşmesinde menfaat dengesinin bariz bir şekilde bankaların lehine kurgulandığı belirtilip bu sözleşmelerin kesin

100 ibid 1170.

101 ibid 1171. Yazarın ifadesi şu şekildedir: “[k]arşı tarafı kanunen tâbi olduğu yerden başka bir yerde usûl ilişkisinin tarafı olmaya mecbur bırakmak, onun yargısal bir temel hakkına müdahale teşkil etmektedir”.

102 ibid 1171-1172.

103 ibid 1173.

104 ibid 1174.

105 ibid 1168.

hükümsüz kılınması mümkün olabilirdi. Böyle bir müdahale, olsa olsa gabin hâlinde veya BK m. 25 çerçevesinde dürüstlük kuralını ihlal edecek ölçüde bir durumun çıkması durumunda söz konusu olmaktadır.

İkinci olarak, adil yargılanma hakkı ve yargılamada silahların eşitliği ilkeleri, kural olarak hangi mahkemenin yetkili olacağını değil, yetkili mahkemede yapılan yargılamanın niteliğini gösteren özelliklerdir. Adil yargılanma hakkı ve yargılamada silahların eşitliği ilkeleri, yetkili mahkemede yapılacak yargılamanın bağımsız ve tarafsız bir şekilde yürütülmesini gerektirir; bu kural ve ilkeler yargılamanın nerede yapılması gerektiğine ilişkin bir sınırlama getirmemektedir.¹⁰⁶ Hatta bu nitelendirme sayesinde, adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği ilkesi, asimetric yetki anlaşmalarının geçerli olarak kurulmasını—hukuk düzeninde öngörülen diğer sınırlamalara uyulmak kaydıyla—engellememektedir. Zaten, bu sebeple, doktrinde tarafların dava açabilecekleri mahkemelerin farklı olması (üstelik bir tarafa diğer taraftan daha çok sayıda mahkemede dava açma hakkı tanınması) durumu bile, adil yargılanma hakkını ve taraflar arasında silahların eşitliği ilkelerini ihlal etmeyeceği kabul edilmekte; buna gerekçe olarak da, adil yargılanma hakkının tarafların aynı veya belli mahkemelere başvurmasını değil, onlara yetkili mahkeme önünde kendi dava ve savunmalarını ileri sürmek için yeterli imkanın verilmesini gerektirdiği ifade edilmektedir.¹⁰⁷ Dolayısıyla, bir tarafın (sözleşmenin zayıf tarafının bile) kendi şehrinde mahkemeye erişim hakkı olmaması, hatta sözleşmenin karşı tarafının bulunduğu şehirde yargılanmaya zorlanmasının tek başına adil yargılanma hakkına ve silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğunu kabul etmek mümkün olmamalıdır.

Üçüncü olarak, TTK m. 55(1)(f) hükmü, BK m. 25'te genel işlem şartlarına ilişkin öngörülen içerik denetiminin kapsamının belirlenmesinde kıyasen uygulanabilese bile, Erişir'in görüşü, TTK m. 55(1)(f) hükmündeki önemli bir şartı pek dikkate almamaktadır. TTK m. 55(1)(f) hükmüne göre, kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan sözleşme hükümünün haksız rekabet durumu teşkil etmesi için, bu hükmün *yanıltıcı* bir şekilde sözleşme içeriğine getirilmiş olması gerekir. Bu düzenleme, taraflara kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan sözleşme hükümleri öngörmelerini engellememektedir. Aksi bir yorumun sözleşme serbestisi karşısında savunulması güç olacaktır. Genel işlem şartlarında yetki veya tahkim şartı öngörülse, bu şartların kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrıldığı kabul edilse bile, bu tespit, yapılan yetki veya tahkim anlaşmasının haksız rekabete sebep olduğu veya dürüstlük kuralını ihlal ettiği anlamına gelemes. Yetki veya tahkim anlaşmasının böyle bir sonuç doğurması için bu anlaşmaların yanıltıcı bir şekilde yapılması gerekir.

106 Louise Merrett, 'The Future Enforcement of Asymmetric Jurisdiction Agreements' (2018) 67(1) ICLQ 37, 45.

107 Marie-Elodie Ancel, Léa Marion and Laurence Wynaeds, 'Reflections on one-sided jurisdiction clauses in international litigation (about the *Rothschild* decision, French *Cour de cassation*, 26 September 2012', <http://ssrn.com/abstract=2258419> adresinden ulaşılabilir (erişim tarihi: 17 Haziran 2020), §17; Cemile Demir Gökyayla, 'Asimetric Yetki Sözleşmeleri' (2016) 11(145-146) BAUHF (Özer Seliçi'nin Anısına Armağan) 417, 446; Demirkol, *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları* (n 3) 197.

Yukarıda belirtilen yaklaşım kabul edilirse, gerek yurtiçi, gerekse de milletlerarası ticarete, genel işlem şartlarında ne yetki, ne de tahkim anlaşmaları yapılması mümkün olabilecektir. Unutulmamalıdır ki, genel işlem şartları “ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanılmak üzere” hazırlanmaktadır. Bu durumda, genel işlem şartlarını hazırlayan taraf, bu şartlardaki yetki ve tahkim anlaşmasını karşı tarafa göre değil, kendisine göre hazırlamaktadır. Örneğin, bir kağıt veya kalem üreticisi, satış yaptığı tüm dağıtıcılarına (marketlere, kırtasiyelere, vs) aynı genel işlem şartını önerilemekte ve böylece uyuşmazlıkların çoğunlukla kendi şehrindeki mahkemelerde çözülmesini öngörmektedir. Bu durum, yetki anlaşması olmaması durumunda uygulanacak yetki kurallarından sapma anlamına gelebilecektir. Üstelik aynı mantıkla, tarafların böyle bir genel işlem şartında tahkim şartı öngörmesi de mümkün olmayacaktır. Tahkim anlaşmasının, kanunen yetkili mahkemelerin yetkisini ortadan kaldırdığı ve bu açıdan kanundaki düzenlemeden önemli ölçüde ayrıldığı ortadadır. Bu görüş takip edilirse, sözleşmenin tarafları arasında güç farkı olması durumunda hiçbir zaman genel işlem şartlarında tahkim şartı öngörülemeyecektir. Böyle bir sonucun savunulması, ne ticaretin işleyişi karşısında gerçekçi, ne de kanun koyucunun getirdiği düzenlemeler karşısında pozitif hukuka uygun olacaktır.

Erişir’in görüşüne ilişkin olarak vurgulamakta fayda olacak bir diğer husus, eğer yetki ve tahkim şartlarının sonuçlarının bir taraf aleyhine bu kadar ağır sonuçlarının olduğu ve bu nedenle hakimin müdahalesini gerektirecek net bir denge bozukluğu yarattığı kabul edilecekse, bu durumda, bu kurumların tamamen hukuk düzeninden çıkartılması veya sadece son derece güçlü—ya da en azından sadece eş güçteki—tacirler arasındaki hukukî ilişkilerde öngörülebilecek biçimde hukuk düzeninde kalmasının sağlanmasının gerekeceğidir. Zira yazarın yaklaşımı aslında genel işlem şartlarına özgü değil, bu kurumların genel özelliklerine ilişkindir. Gerçekten de, iki tacir arasındaki ilişkinin güçlü tarafı, genel işlem şartları kullanmasa dahi, dilediği bazı hükümleri (özellikle de hukuk seçimi, yetki veya tahkim şartlarını) karşı tarafa empoze edebilecek durumdadır. Erişir’in görüşü kabul edilirse, güçlü tacir ile zayıf tacir arasında yapılan sözleşmelerde genel işlem şartları haricinde de öngörülen yetki veya tahkim şartlarının kesin hükümsüz olduğunun kabul edilmesi gerekecektir. Oysa, pozitif hukuk düzeninde, gerek yetki, gerekse de tahkim anlaşmalarının tacirler arasındaki hemen hemen her türlü ticarî ilişkide öngörülebileceği ve bu durumun da kural olarak adil yargılanma hakkını özel olarak ihlal etmediği kabul edilmektedir. Aksi hâlde, kanun koyucu gerek yetki, gerekse de tahkim anlaşmalarının kurulmasını çok daha zor şartlara tâbi tutardı.

Sonuç olarak, genel işlem şartlarında öngörülen hukuk seçimi, yetki veya tahkim anlaşması meşru olmayan bir menfaate hizmet ediyorsa, bu durumda ilgili şartın dürüstlük kuralına aykırı olacağı söylenebilecektir. Bu özellikleri taşıyan ve genel işlem şartları arasında yer alan hukuk seçimi, yetki veya tahkim şartları BK m. 25’e aykırı

olacaktır. Bu tespite göre, bu şartların kesin hükümsüz olacağı sonucuna ulaşılabilecektir.¹⁰⁸ Ancak bu şartların sırf karşı tarafın durumunu ağırlaştırması veya mevcut kanunî düzenlemeden farklı bir durum öngörmesi, bu tip şartların dürüstlük kuralına aykırı olacağı anlamına gelemmez.

Sonuç

Hukuk seçimi, yetki veya tahkim şartlarının genel işlem şartlarında öngörülmesi Türk hukukunda tek başına bu şartların geçersiz olmasına sebep olan bir durum olarak kabul edilemez, edilmemelidir. Ne genel işlem şartlarına ilişkin kanunî düzenlemede bu şartların “yazılmamış” sayılmasına neden olacak, ne de hukuk seçimi, yetki veya tahkim şartlarını düzenleyen kanunlarda bu şartların genel işlem şartı olarak düzenlenmesini engelleyecek bir hüküm bulunmaktadır. Bununla birlikte, içeriği itibariyle dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın durumunu ağırlaştıran ve meşru bir menfaate hizmet etmeyen hukuk seçimi, yetki veya tahkim şartlarının kesin hükümsüz olduğu kabul edilebilecektir.

Sürekli benzer sözleşmeler kurarak hizmet veren bir kişinin standart sözleşmesinde hukuk seçimi, yetki veya tahkim şartları bulunması mümkündür. Bu şartlar, sözleşmesel ilişkide genel işlem şartları kullanıldığı bilgisinin karşı tarafa verilmesi, söz konusu genel işlem şartlarına karşı tarafın erişiminin sağlanması ve karşı tarafın bu genel işlem şartlarını kabul etmesiyle geçerli olarak kurulabilecektir.

Sözleşmeyi imzalayan karşı taraf, zaten önüne bir standart sözleşme gelmesi veya elektronik ortamda bu sözleşmenin kendisine gönderilmesiyle, hem genel işlem şartlarının varlığı hakkında açıkça bilgilendirilmiş olmakta, hem de bu şartların içeriğini öğrenme imkânı edinmektedir. Bu standart sözleşmede, sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyen hukuk seçimi veya sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların nerede ve hangi usûl kurallarına göre çözüleceğini belirleyen tahkim veya yetki anlaşması gibi hükümler bulunması, bu şartların varlığı hakkında ayrıca ayrıntılı bilgi verilmesini, bu şartların içeriğinin karşı tarafça öğrenilmesi için gerekli açıklamalar yapılmasını veya karşı tarafın bu şartları ayrıca tek tek kabul ettiğine ilişkin ayrı beyanlarda bulunmasını gerektirmez.

Karşı tarafın bu şartları kabul etmesi ise, karşı tarafın genel işlem şartlarının yer aldığı metni imzalamasıyla veya imzalanan sözleşmenin bir hükmünde söz konusu genel işlem şartlarına atıf yapılmasıyla mümkün olabilecektir. İnternet üzerinden kurulan sözleşmelerde de, karşı tarafın bu sözleşmeyi veya genel işlem şartlarını kabul

¹⁰⁸ Oysa benzer hukuk seçimi, yetki veya tahkim şartlarının taraflarca karşılıklı olarak müzakere edilen bir sözleşmede yer alması durumunda, bu şartların dürüstlük kuralına aykırı olduğu ve bu gerekçeyle kesin hükümsüz olacakları iddiasını ileri sürmek—imkansız olmasa da—daha güç olacaktır. Bu ihtimalde, bu şartların karşılıklı olarak müzakere edilmiş olması ve bu konularda taraflara tanınan irade serbestisi nedeniyle, dengesiz olan bu şartların kesin hükümsüz kılınmasını engelleyecek bir yorum yapılabilmesi çetlitli durumlarda mümkün olabilecektir.

ettiğine dair kutucuğu işaretlemesi, yazılı şekilde yapılması gereken milletlerarası yetki ve tahkim anlaşmaları için öngörölmüş olan bu şekil şartını dahi karşılayacaktır.

Hukuk seçimi, yetki veya tahkim anlaşmalarının sözleşmenin parçası olarak kullanılan genel işlem şartlarına eklenmesinin “şasırtıcı” olduğu söylenemeyecektir. Bu nedenle, bu klozların genel işlem şartlarına eklenmesi BK m. 21(2)’deki yaptırımını tetiklemeyecektir.

Son olarak, söz konusu klozların dürüstlük kuralına aykırı olduğu da genel olarak kabul edilemez. Ancak bu klozların içeriği kimi durumlarda dürüstlük kuralına aykırı olabilir. Özellikle seçilen hukuk ve yetkilendirilen mahkemenin bu şekilde seçilmesini açıklayabilecek hiçbir meşru sebep yoksa, bu durumda bu klozların dürüstlük kuralına aykırı olduğu kabul edilebilir. Ayrıca bu klozlarda öngörölen tahkim usûlü uyarınca uyuşmazlığın çözümü çok komplike ve pahalı olacak bu durum özellikle sözleşmenin basit bir işlem öngördüğü durumlarda dürüstlük kuralına aykırı olabilecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

- Akçaal M, ‘Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme’ (2014) 18(1) Gazi üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 49-69
- Akıncı Z, *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri* (Yetkin 1996)
- Akıncı Z, ‘Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu’ (2002) 22 MHB 1-28
- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat 2020)
- Ance ME, Marion L and Wynaednts L, ‘Reflections on one-sided jurisdiction clauses in international litigation (about the *Rothschild* decision, French *Cour de cassation*, 26 September 2012’, <http://ssrn.com/abstract=2258419> adresinden ulaşılabilir (erişim tarihi: 17 Haziran 2020)
- Arıkan M, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları’ in O Gökhan Antalya and Murat Topuz (eds), *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011)* 67-74
- Arslan İ and Aydın S, ‘Çarter Partideki Tahkim Klozunun Konişmento Hamiline Etkisi’ (2013) 17(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 123-139.
- Atamer Y, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi* (Beta 1999)
- Atamer Y ‘Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TTKH m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak’ in Başak Şit (ed), *Türk Hukukunda*

- Genel İşlem Şartları Sempozyumu* (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 2012) 9-73
- Atamer Y, 'Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurulabilecek Değerlendirme Kriterleri' in Çiğdem Kırca (ed), *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu* (Vedat 2013) 103-137.
- Bayata Canyaş A, *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural* (Adalet 2012)
- Bilgin Yüce M, 'Edimi Belirleme Yetkisinin Mevcut Genel İşlem Koşulları Teorisi ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi' (2013) 8 Journal of Yaşar University (Özel Sayı) 3191-3137
- Bolayır N, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmeleri' (2011) 85(5) İBD 131-148.
- Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017)
- Damar D, 'Konişmentodan Çarter Partiye Yapılan Atıfla Tahkim Anlaşmasının Kurulması Meselesi ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'ndaki Hükümün Değerlendirilmesi' (2006) 64(2) İÜHFMD 247-271
- Demir Gökyayla C, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)* (2nd edn, Vedat 2013)
- Demir Gökyayla C, 'Asimetrik Yetki Sözleşmeleri' (2016) 11(145-146) BAUHFD (Özer Seliçi'nin Anısına Armağan) 417-458.
- Demirkol B, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (2nd edn, Vedat 2014)
- Demirkol B, 'Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Tüketicilere İlişkin Hükümlerin Kapsamı', in Kemal Şenocak (ed), *IV. Uluslararası Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı* (Asos Yayınları, 2018) 215-223
- Demirkol B, *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları* (Vedat 2018)
- Doğan V, *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti* (Yetkin 1996)
- Doğan V, *Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif* (Savaş, 2005)
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (4th edn, Savaş 2017)
- Dutoit B, Knoepfler F, Lalive P and Mercier P, *Répertoire de droit international privé suisse*, Cilt 1 (Staempfli 1982)
- Ekşi N, 'Kanunlar İhtilafı Alanında "Incorporation"' (1999-2000) 19-20 MHB (Özel Sayı: Aysel Çelikel'e Armağan) 263-292
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (16th edn, Yetkin 2013)
- Erişir E, 'Yetki Şartlarının Genel İşlem Koşulu Denetimi' (2014) 16 DEÜHFMD (Özel Sayı: Hakan Pekcanitez'e Armağan) 1141-1213
- Fawcett JJ and Torremans P (eds), *Cheshire, North & Fawcett Private International Law* (15th edn, OUP 2017)
- Gaillard E and Savage J (eds), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 1999)
- Gaudemet-Tallon H, *La prorogation volontaire de juridiction en Droit international privé* (Dalloz, 1965)
- Güngör G, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması* (Yetkin 2000)

- Güngör G, ‘Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve *Click-Wrap* Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı’ (2002) 51(1) AÜHFD 19-42.
- Hill J, ‘Choice of Law in Contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts’ (2004) 53 ICLQ 325-350.
- Kalpşüz T, ‘Tahkim Anlaşması’, in Hüseyin Ülgen, Arslan Kaya and Gül Okutan Nilsson (eds), *Bilgi Toplumunda Hukuk: Ünal Tekinalp’e Armağan*, Cilt II (Beta, 2003) 1027-1053
- Kassis A, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux* (LGDJ, 1993)
- Kaufmann-Kohler G, *La clause d’élection de for dans les contrats internationaux* (Helbing&Lichtenhahn, 1980)
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuk Genel Bölüm*, Birinci Cilt (6th edn, Filiz 2014)
- Kurtulan G, ‘Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği’ (2017) 131 TBB Dergisi 239-260.
- Kutluay E, ‘Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları’ (2017) 19 DEÜHFD (Özel Sayı: Şeref Ertaş’a Armağan) 1369-1422
- Merrett L, ‘The Future Enforcement of Asymmetric Jurisdiction Agreements’ (2018) 67(1) ICLQ 37-61.
- Nazzini R, ‘The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles’ (2016) 65 ICLQ 681-703.
- Nomer E, *Devletler Hususî Hukuku* (20th edn, Beta, 2013)
- Oğuzman MK and Barlas N, *Medenî Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar* (25th edn, Vedat 2019)
- Oğuzman MK and Öz MT, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, Cilt 1 (13th edn, Vedat 2015)
- Özel S, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri (Legal 2008)
- Özümücü S, ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış’ (2014) 16 DEÜHFD (Özel Sayı: Hakan Pekcanitez’e Armağan) 831-871.
- Queirolo I, ‘Choice of Court Agreements in the New Brussels I-Bis Regulation: A Critical Appraisal’ (2013/2014) 15 YPIL 113-143.
- Ratkovic T and Zgrabljic Rotar D, ‘Choice-of-Court Agreements under the Brussels I Regulation (Recast)’ (2013) 9(2) JPIL 245-268.
- Sargın F, *Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Anlaşmaları* (Yetkin 1996)
- Sarıöz Büyükalp Aİ, ‘“Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması” Kavramları’ (2014) 16 DEÜHFD (Özel Sayı: Hakan Pekcanitez’e Armağan) 2015-2061.
- Sindres D, ‘Retour sur la loi applicable à la validité de la clause d’élection du for’ (2015) 104(4) RCDIP 787-836
- Stone P, *EU Private International Law* (3rd edn, Edward Elgar Publishing 2014)
- Şanlı C, Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk (Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü 1986)
- Şanlı C, ‘Konişmentonun Devri, Alacağın Temliki ve “Perdeyi Kaldırma Teorisi” Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konişmentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu’ (2002) 22 MHB 773-790.

- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (6th edn, Beta 2016)
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Beta 2019)
- Tang ZS, *Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law* (Routledge 2014)
- Tarman ZD, '5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi' (2010) 26(1) BATİDER 143-171.
- Tek GS, 'Tüketici Mahkemelerinin Görevi, Yetkisi ve Tüketici Mahkemelerinde Yapılan Yargılamanın Usulü' (2012) 8(99-100) BAUHFD/Kazancı 127-171.
- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H and Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler* (7th edn, Filiz 1993)
- Tercier P, Pichonnaz P and Develioğlu HM, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler* (On İki Levha 2016)
- Tiryakioğlu B, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk* (AÜHF 1996)
- Toprak S, 'Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları' (2016) 122 TBB Dergisi 281-314.
- Yeşilova B, '6502 Sayılı (Yeni) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü ve Yargılama Kuralları' (Kasım 2014) 9 (Özel Sayı) Terazî Hukuk Dergisi 107-143.
- Zengin B, 'Tahkim Şartının, Genel İşlem Koşullarına İlişkin Kurallar Karşısında Durumu' (2013/2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 129-153.



Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması Yollarında Aranılan Ortak Şart: Millî Güvenlik Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hâli Bulunmamak

The Common Condition Sought for the Ways of Re-acquisition of Turkish Citizenship: Not Being in a Position Constituting an Obstacle for the National Security

Rifat Erten*

Öz

Türk vatandaşlığının yeniden kazanılması, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 13, 14 ve 43. maddelerinde düzenlenmiştir. Türk Vatandaşlığı Kanununun 13 ve 43. maddelerinde ikamet şartı aranmaksızın, 14. maddede ise ikamet şartıyla Türk vatandaşlığını kazanabilecekler belirlenmiştir. Her bir maddede ayrı ayrı bu yoldan vatandaşlığı kazanabilecek kişi grupları, yetkili makam ve vatandaşlığın kazanılması şartları da belirtilmiştir. Diğer yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılması yollarında “millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama” şartı aranırken, Türk vatandaşlığının yeniden kazanılması yollarının hepsinde “millî güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama” şartı aranmıştır. Türk Vatandaşlığı Kanununda şartta geçen “millî güvenlik” ve “kamu düzeni” kavramları tanımlanmadığı gibi hangi hususların şartın kapsamına girdiğini tespit etmemizi sağlayacak bir hüküm de mevcut değildir. Ancak Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte, şartla ilgili önemli hükümler getirilmiştir. Makalede, Kanunun ve Yönetmeliğin ilgili hükümleri hakkında genel değerlendirmeler yapılmış; akabinde Türk vatandaşlığının yeniden kazanılması için aranılan “millî güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmamak” şartının doğuracağı muhtemel sonuçlar üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Türk vatandaşlığı Kanunu, Türk vatandaşlığının kazanılması, Türk vatandaşlığının yeniden kazanılması, millî güvenlik, kamu düzeni

Abstract

Reacquisition of Turkish citizenship is regulated under articles 13, 14 and 43 of the Turkish Citizenship Act No. 5901. Articles 13 and 43 set forth the individuals who may acquire Turkish citizenship without the requirement of residence whereas article 14 designates the persons who may acquire the citizenship with the requirement of residence. Under each provision, groups of persons who may acquire the citizenship through this way, the competent authority and the conditions of acquisition are provided separately. While the condition of ‘not being in a position constituting an obstacle for the national security and public order’ is sought for the other ways of acquisition of Turkish citizenship by the decision of the competent authority, in all of the ways of reacquisition of the Turkish citizenship, ‘not being in a position constituting an obstacle for the national security’ is set as a condition. The concepts of ‘national security and public order’ which are referred by the said conditions are not defined in the Turkish Citizenship Act, and there is no provision that enables us to determine which issues fall under the scope of this requirement. However, some significant provisions are provided under the Implementing Regulation of the Turkish Citizenship Act. In the article, general evaluations are made about the relevant provisions of the Act and the Regulation; subsequently, the possible consequences of the condition of “not being in a position constituting an obstacle for the national security” which is sought for the reacquisition of Turkish citizenship, are discussed.

Keywords

Turkish Citizenship Act, Acquisition of Turkish citizenship, recovery (reacquisition) of Turkish citizenship, national security, public order

* Sorumlu Yazar: Rifat Erten (Prof. Dr.), Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: rerten@law.ankara.edu.tr ORCID: 0000-0003-2528-4321

Atf: Erten R, “Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması Yollarında Aranılan Ortak Şart: Millî Güvenlik Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hâli Bulunmamak” (2020) 40(2) PPIL 1351. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.825632>



Extended Summary

The reacquisition of Turkish citizenship is regulated under the provisions of articles 13, 14, and 43 of the Turkish Citizenship Act (TCA) No. 5901. Articles 13 and 43 set forth which individuals may reacquire Turkish citizenship without the residence requirement, and article 14 designates those who may reacquire citizenship only if the requirement of residence is met. For each provision, the groups of persons who may reacquire citizenship through this way, the competent authority, and the conditions of reacquisition are provided separately.

The common conditions for the broader case of the acquisition of Turkish citizenship in relation to the decision of a competent authority, excluding the conditions for reacquisition, include “not being in a position constituting an obstacle for the national security and public order.” This condition, which was not stipulated under the previous act that was in force before the present one, was sought in accordance to sub-administrative regulations. This condition is regulated in TCA No. 5901 for the first time, and although it could have been considered to fall within the discretion of the competent authority, it is instead regulated as a condition, a fact that has drawn criticism. Another point of criticism is that because the scope of the condition is not sharply indicated, the competent authority has functionally been granted expansive discretionary power.

Criticisms regarding the ambiguity of the scope of the condition and the fact that it grants the competent authority an expansive discretion are correct. However, the concepts of national security and public order, invoked by the condition, are not defined in the TCA, and no provision allows it to be determined what issues fall under the scope of the requirement. Nevertheless, under article 72(5) of the Implementing Regulation of the TCA, the scope of the condition is established. Here, it is stated that persons who are found to have committed the actions mentioned in the provision and who are then sentenced to imprisonment for more than six months, excluding crimes of negligence, are not eligible to acquire Turkish citizenship. This provision, which is set forth in a long text, has been subject to criticism regarding its scope, in various ways. However, it does have certain significance with regard to restriction to the discretion of the competent authority and providing a certain amount of foreseeability. Thus, a scope is established for the applicant regarding this condition. Another qualification here is that the condition must be evaluated in relation to the national security and public order of the Turkish Republic.

Matters that are unrelated to the applicant or to the attitude or actions of the applicant and do not have a direct effect on the Turkish Republic, along with the decisions rendered by a foreign court, may form part of a decision regarding the acquisition of Turkish citizenship. The competent authority may decide to approve

or reject an application through an evaluation of the existence of these issues within the framework of its general discretion. However, it is not possible for the competent authority to its use general discretion for matters that fall under article 72(5) of the Implementing Regulation; their application should be decided pursuant to that article.

One negative side regarding article 72(5) of the Implementing Regulation is that it is very strict. For instance, the nature any prison sentence of more than six months is not considered except insofar as whether it administered for a negligent crime, and the time period that has passed after the sentence is considered irrelevant. The provision strictly stipulates that persons not meeting these criteria are not eligible to acquire Turkish citizenship.

The common condition sought for the reacquisition of Turkish citizenship for the applicant is, “not being in a position constituting an obstacle for the national security.” This condition is set forth under each provision of articles 13, 14, and 43 of the TCA. The concept of public order that is provided under the conditions regarding other ways by which Turkish citizenship may be acquired with the decision of competent authority, is not sought in the case of reacquisition of Turkish citizenship.

There was no such discrepancy in the Draft of the TCA submitted to the Turkish Grand National Assembly. The amendment was done to facilitate the reacquisition of Turkish citizenship, following consultations in regard to the Draft Act conducted under the Commission of Interior. The TCA was enacted with the amendments made to articles 13, 14, and 43.

The legislator deliberately excluded the ‘public order concept from the text and restricted the scope of the condition. Hence, it is not possible for the competent authority to consider public order when evaluating the applications for reacquisition of Turkish citizenship. In terms of reacquisition of Turkish citizenship, article 72(5) of the Implementing Regulation should be taken into account in relation with the framework designated for the national security. We are in the opinion that the competent authority cannot evaluate the public order matter even within its general discretionary power.

Pursuant to article 14 of the TCA, persons who are issued a decision of loss of nationality according to article 29 of the Act, may reacquire Turkish citizenship provided that ‘they are not in a position that constitutes an obstacle for national security’ and that ‘they reside in Turkey for three years’. On the other hand, we observe that it is very hard for these individuals to reacquire Turkish citizenship in practice. First of all, the reasons which are provided for the loss of nationality under article 29 of the TCA is mostly based on the fact that the person is out of the country. In particular, the reason provided under article 29(2) relies on the fact that

the person is out of the country. Therefore, it is very hard for those who are issued loss of nationality decisions to fulfill the three-year residence condition. Even if we assume that this condition is met, the actions which are considered as either direct or indirect reasons for the issuance of loss of nationality decisions are of nature to be considered within one or some of the actions related to national security under article 72(5) of the Implementing Regulation. Bearing in mind that article 72(5) does not grant a discretionary power in relation to the actions listed under this provision, it would be consistent to state that it is very difficult for the individuals who are issued a loss of nationality decision to reacquire Turkish citizenship.

Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması Yollarında Aranılan Ortak Şart: Millî Güvenlik Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hâli Bulunmamak

Giriş

Türk vatandaşlığının yeniden kazanılması, Türk Vatandaşlığı Kanunu (TVK)¹ m. 13, 14 ve 43’de düzenlenmiştir. Mülga kanunlarda düzenlendiği gibi yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılması yollarından biri olarak kaleme alınmakla birlikte, yürürlükteki düzenlemenin öncekilere göre önemli farklılıkları da bulunmaktadır. TVK’nın 13 ve 43. maddeleri ikamet şartı aranmaksızın, 14. maddesi ise ikamet şartıyla Türk vatandaşlığının yeniden kazanılmasına ilişkin düzenleme getirmiştir. Her bir maddede ayrı ayrı bu yoldan vatandaşlığı kazanabilecek kişi grupları, yetkili makam ve vatandaşlığın kazanılması şartları belirtilmiştir.

Türk vatandaşlığının yeniden kazanılması dışındaki diğer yetkili makam kararıyla kazanma yollarının tamamında (vatandaşlığı genel olarak, istisnaî yolla ve evlenme yoluyla kazanma) ve evlât edinilme yoluyla kazanmada -her bir yola ilişkin ayrı belirlenen şartlar yanında-, aranılan ortak şart, “*millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama*”dır. Bu şart, Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan TVK Tasarısının ilk hâlinde² Türk vatandaşlığının yeniden kazanılması için de aranmakla birlikte, İçişleri Komisyonunda Tasarı hakkında yapılan görüşmeler sırasında, “*kamu düzeni*” kavramı metinden çıkarılmış ve ilgili maddeler (m. 13, 14 ve 43) bu şekilde kanunlaşmıştır. Böylece “*millî güvenlik*” ve “*kamu düzeni*” kesişen yönleri bulunmakla birlikte farklı kavramlar olduğundan³, şartın kapsamı daraltılarak Türk vatandaşlığının yeniden kazanılması kolaylaştırılmak amaçlanmıştır⁴. Daha sonra TVK’nın 43. maddesi Nüfus Hizmetleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 32. maddesi ile yeniden düzenlenmiştir⁵. “*Millî güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama*” şartı değişik metinde de korunmuştur.

1 Türk Vatandaşlığı Kanunu, Kanun Numarası: 5901, Kabul Tarihi: 29.5.2009, RG 12.6.2009/27256. TVK m. 47(1) uyarınca, 11.02.1964 tarihli ve 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu (mülga 403 sayılı TVK) yürürlükten kaldırılmıştır. TVK, 48. maddesi uyarınca yayımlandığı tarihte yürürlüğe girmiştir. Aksi ifade edilmedikçe metinde verilen madde numaraları TVK’ya aittir. Mülga 403 sayılı Kanun, RG 22.2.1964/11638.

2 Tasarı için bkz. ‘Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı ve İçişleri Komisyonu Raporu (1/458)’ <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss90.pdf>> Erişim Tarihi 15.9.2020.

3 İki kavramın farklılıkları hakkında bkz. Mustafa Erkan, ‘Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılmasında ‘Millî Güvenlik’ ve ‘Kamu Düzeni’ Kavramlarının İncelenmesi’ in Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz and Lale Ayhan İzmirli (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu* (Savaş 2019) 17, 23 vd (*Millî Güvenlik ve Kamu Düzeni*); Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı* (XII Levha 2011) 72 vd.

4 Bkz. ‘İçişleri Komisyonu Raporu (1/458)’ <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss90.pdf>> Erişim Tarihi 15.9.2020; Rifat Erten ‘Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı’nın Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler’ (2008) 66(4) Ankara Barosu Dergisi 36, 47; Vahit Doğan, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (16th edn, Savaş 2020) 81 vd.

5 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 Kanunla TVK’da yapılan değişiklikler hakkında değerlendirmeler hakkında bkz. Mustafa Erkan, ‘Türk Vatandaşlığı Kanununda 7039 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin İncelenmesi’ (2019) 29(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 415, 418 vd (*Değişiklikler*).

Makalede, TVK m. 13, 14 ve 43 hükümlerinde, Türk vatandaşlığının yeniden kazanılmasında ortak şart olarak aranan “*millî güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir hâlin bulunmaması*” şartı ele alınacaktır. Bu şartla ilgili, Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik⁶ (Yönetmelik) hükümleri de nazara alınarak muhtemel durumlar ortaya konulacak ve tahliller yapılacaktır. Ancak, öncelikle, “*millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek hâli bulunmama*” şartı hakkında açıklamalara yer verilecektir. Zira ilk olarak anlam ve kapsamı itibarıyla bu şartla ilgili yapılacak değerlendirme ve tespitlerin birçoğu “*millî güvenlik*” şartı bakımından da geçerlidir; ikinci olarak da bu yöntemle farklılıklar ortaya konulacaktır.

I. Millî Güvenlik ve Kamu Düzeni Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hâlin Bulunmaması Şartı

A. Genel Olarak

Mülga 403 sayılı TVK döneminde, millî güvenlik ve kamu düzeni açısından engel teşkil edecek bir hâlin bulunmaması şartı, kanunda yer almamakla birlikte, idarî düzenlemelerdeki benzer ifadeler nedeniyle uygulamada aranmıştır. Konuya ilişkin gizli bir yönergenin de olduğu mahkeme kararlarına yansımıştır. Danıştay, söz konusu yönergeye dayalı idarî işlemler konusunda aksi yönde kararlar vermekle birlikte, devletin hükümlerlik/egemenlik hakkı, devletin genel güvenliği ve siyasî çıkarları gibi gerekçelerle vatandaşlığı kazanma taleplerinin reddi işleminde hukuka aykırılık görmediği kararları da söz konusudur⁷. Yetkili makamın vatandaşlığa alma hususunda takdir yetkisi varken, alt idarî düzenlemelerle yeni bir şart getirilmesi, Türk vatandaşlık hukukunun en önemli ve temel ilkesi olan Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının⁸ 66. maddesinin üçüncü fıkrasında geçen “*Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir*” hükmünde dayanağını bulan kanunilik ilkesi bağlamında doktrinde tenkit edilmiştir⁹.

TVK’da, Türk vatandaşlığının yeniden kazanılması dışındaki yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılması yollarında, ilgili hükümlerin hepsinde “*millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil eden bir hâli bulunmama*” şartı aranmıştır (bkz. TVK m. 11(1)(g), m. 12(1) ve m. 16(1)(c)). Niteliğine uygun düşmemekle birlikte evlât edinilme yoluyla vatandaşlığın kazanılması için de aynı şartla

6 Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, Sayısı: 2010/139, Kabul Tarihi: 11.2.2010, RG 5.4.2010/27544.

7 Doğan (n 4) 71.

8 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 7.11.1982, RG 9.11.1982/17863 Mükerrer.

9 Bilgin Tiryakioğlu, ‘Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısına Göre Vatandaşlığın Yetkili Makam Kararıyla Kazanılması’ in Vahit Doğan, Feriha Bilge Tanrıbilir and Banu Şit (eds), *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu* (Seçkin 2008) 79, 82; Feriha Bilge Tanrıbilir, ‘Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri’ (2008) 75 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 27, 40 vd; Erten (n 4) 44.

yer verilmiştir (bkz. TVK m. 17(1))¹⁰. Türk vatandaşlığının yeniden kazanılmasında ise kolaylık sağlamak amacıyla “*kamu düzeni*” ibaresi çıkarılmış ve bunlarla ilgili “*millî güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmamak*” şartı aranmıştır (bkz. TVK m. 13, 14 ve 43).

Yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılması şartları arasında “*millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil eden bir hâli bulunmama*” şartına yer verilmesi suretiyle, öncesinde idarî düzenlemelerde yer alan uygulamanın kanunî dayanağa kavuşturularak, kanunîlik ilkesine aykırılık durumuna son verildiği ifade edilmiştir¹¹. Bununla birlikte, yetkili makamın takdir yetkisine sahip olduğu, bu yetkinin millî güvenlik ve kamu düzeni açısından da değerlendirmeyi içerdiği, buna rağmen varlığı ve yokluğunun yine idarenin takdirine bağlı bu şartın getirilmesinin yerindeliliğine yönelik eleştiriler de söz konusudur¹². Bunun yanında “*millî güvenlik*” ve “*kamu düzeni*”nin, içeriğinin tespiti kolay olmayan muğlâk kavramlar olduğu, bu yüzden yetkili makamın takdir yetkisini genişlettiği de belirtilmiştir¹³.

B. Şartın Kapsamı

“*Millî güvenlik*”¹⁴ ve “*kamu düzeni*” gibi kavramlar soyutluğuna, içeriğinin tespitinin zorluğuna rağmen düzenlemelerde sıklıkla kullanılmaktadır. Bunlar ve benzer nitelikteki kavramlar, zamanla ortaya çıkan anlayış değişikliklerinde ve öngörülme sorunlarda karar vermede kolaylık sağlarken, diğer yandan yetkili makamın takdir

- 10 Evlât edinilme yoluyla vatandaşlığın kazanılması, TVK Tasarısının ilk hâlinde “*Bir Türk vatandaşı tarafından evlat edinilme yedi yaşından küçük çocuk, evlat edinildiği tarihten itibaren Türk vatandaşlığını kazanır*” şeklinde iken, İçişleri Komisyonu görüşmeleri sonrasında bugünkü hâlini alarak kanunlaşmıştır. İçişleri Komisyonu raporunda, “*...belli bir yaşın üstünde olanların vatandaşlığa alınması durumunda istenmeyen sonuçların doğabileceği ve bu hakkın kötüye kullanılabilceği endişesi(nden)...*” dolayı değişikliğe gidilerek, evlât edinilme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasının otomatik olmaktan çıkarılıp, yetkili makam kararıyla vatandaşlığa alınmaya dönüştürüldüğü belirtilmiştir. Bununla birlikte, sonradan vatandaşlığın kazanılması yollarının sayıldığı TVK m. 9’da herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Bu maddeye göre, evlât edinilme, yetkili makam kararı ve seçme hakkının kullanılmasıyla birlikte vatandaşlığın sonradan kazanılması yollarından biri olarak düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gülin Güngör, *Tâbiyet Hukuku* (8th edn, Yetkin 2020) 108 vd; B. Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (7th edn, Beta 2019) 182 vd; Doğan (n 4) 100 vd; Rona Aybay, Nimet Özbek and Gizem Ersen Perçin, *Vatandaşlık Hukuku* (1st edn, Siyasal 2019) 143 vd; Musa Aygül, ‘Evlât Edinme Yolu ile Vatandaşlığın Kaybedilmesi ve Kazanılması’ (2012) 99 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 45, 64 vd.
- 11 Tiryakioğlu (n 9) 82; Tanrıbilir (n 9) 41; Erten (n 4) 44. Anayasa m. 66/III göz önüne alındığında TVK’da şarta açıkça yer verilmesinin olumlu bir düzenleme olarak da nitelendirilebileceği hakkında bkz. Erdem (n 10) 138.
- 12 Ergin Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (24th edn, Filiz 2018) 87; 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), *Millîlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu* (Savaş 2019) 3, 5 vd; Esra Gül Dardağan Kibar, ‘Türk Vatandaşlığının İradî Olarak Kazanılması’ in Arzu Alibaba and Ulvi Nail Gül (eds), *Prof. Dr. Esin KONANÇ Anısına TC-KKTC Karşılaştırmalı Vatandaşlık Hukuku Sempozyumu* (DAÜ 2016) 39, 44. Ayrıca bkz. Doğan (n 4) 72; Erdem (n 10) 135 vd.
- 13 Kamuran Reçber and Zeynep Özgeçen, ‘5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunundaki Bazı Boşluklar’ (2016) 74(1) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 373, 379; Doğan (n 4) 71 vd. Şartın, son derece belirsiz ve vatandaşlığın kazanılması bakımından oldukça tehlikeli bir koşul olarak değerlendirilebileceği hakkında bkz. Aybay, Özbek and Ersen Perçin (n 10) 143. Bununla birlikte, şartın Türk vatandaşlığının seçme hakkı yoluyla kazanılmasında neden aranmadığına yönelik de eleştiriler getirilmiştir: Reçber and Özgeçen (no 12) 377 vd; Erkan, *Kamu Düzeni ve Millî Güvenlik* (n 3) 27.
- 14 Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 2(1)(d)’de “*millî güvenlik*” ibaresinin, “*Devletin anayasal düzeninin, millî varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dâhil bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanmasını*” ifade ettiği belirtilmiştir. Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Sayısı: 6, RG 15.7.2018/30479.

yetkisini çok genişlettiğinden bireyler aleyhine keyfi kararların verilmesine de dayanak olabilmekte, öngörülebilirliği engellemektedir.

TVK'da “*millî güvenlik*” ve “*kamu düzeni*” kavramları tanımlanmadığı gibi, vatandaşlığı kazanma taleplerinde hangi hâllerin millî güvenlik ve kamu düzeni açısından engel olacağını tespit etmemizi kolaylaştıracak bir hüküm de yoktur. Şarta, TVK'da ilk olarak 11. maddenin birinci fıkrasının (g) bendinde yer verilmiş olup; söz konusu madde genel olarak vatandaşlığın kazanılması şartlarını saymaktadır. TVK m. 11(1)(g)'nin gerekçesinde, şartla ilgili şu açıklamalara yer verilmiştir: “*Bu şartın konulması ile millî güvenlik bakımından tehlike teşkil eden ve millî menfaatler ve ülke bütünlüğü aleyhine faaliyet gösterenlerle bu faaliyetleri destekleyenlerin, bu gibi kişi veya kuruluşlarla ilişki içerisinde bulunanların ve herhangi bir isyan, sabotaj, casusluk, silah ve uyuşturucu kaçakçılığı, evrakta sahtecilik gibi kamu düzenini bozan faaliyetlerde bulunanların Türk vatandaşlığını kazanmaları engellenmektedir.*”

Gerekçenin genel bir fikir vermekle birlikte, şarta dair somut bir tanım veya sınırları belirgin bir çerçeve sunmadığını söyleyebiliriz¹⁵. Bunun yanında *millî güvenlik* ve *kamu düzeni* kavramları arasındaki çizgi net değildir. Açıklamanın kamu düzeni kapsamında sayılan eylemlerin bir kısmı, aynı zamanda millî güvenlik bağlamında da değerlendirilebilecek niteliktedir¹⁶. Oysa iki kavram arasındaki çizginin net olması Türk vatandaşlığının yeniden kazanılması başvurularında millî güvenlik bakımından yapılacak değerlendirmeyi kolaylaştıracaktır. Ayrıca “*gibi*” ifadesinin kullanılmasından anlaşılacağı üzere *kamu düzeni* bakımından sayılanlar örnek kabilinden olup; benzer eylem değerlendirmesine bağlı olarak başka eylemler de kapsama alınabilecektir. Son olarak belirtilen eylemlerin tespitinin nasıl yapılacağına dair de bir açıklık söz konusu değildir.

Gerekçeden de anlaşılacağı üzere millî güvenlik ve kamu düzeni kavramları Türkiye Cumhuriyetiyle ilgilidir. Başka bir ifadeyle, Türk vatandaşlığını kazanma başvurusunda bulunanın Türkiye Cumhuriyetinin millî güvenliği ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmamalıdır. Şartın, ilgilinin başvuru öncesinde gerçekleştirdiği eylemleri dikkate alınarak, vatandaşlığın kazanılması sonrasında millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından sakınca doğuracak riskleri bertaraf etmeyi amaçladığını söyleyebiliriz. Dolayısıyla yetkili makam geçmişe bakıp, geleceğe ilişkin bir varsayımla karar vermek durumundadır.

C. Yönetmelik m. 72(5) Hükmü

Yönetmeliğin “*Araştırma, soruşturma ve geçerlilik süresi*” başlıklı 72. maddenin beşinci fıkrası, şartla ilgili oldukça önemli bir hüküm getirmiştir. Fıkra, açıkça “*millî*

15 Gerekçedeki bu açıklamaya rağmen, hangi hâllerin millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edeceğinin belirlenmesinde tereddütlerin doğmasının mümkün olduğu hakkında bkz. Nomer (n 12) 86.

16 Erkan, *Millî Güvenlik ve Kamu Düzeni* (n 3) 28.

güvenlik” ve/veya “kamu düzeni” ibarelerini içermemektedir; bununla birlikte, doktrinde, içeriği itibariyle hükmün, millî güvenlik ve kamu düzeni şartıyla ilgili olduğu kabul görmüştür.

Fıkra hükmüne göre, “*İlgili kurumlarca yapılan araştırma sonucunda Anayasa ile kurulu devlet düzenini yıkma yolunda faaliyette bulunduğu, bu faaliyetlerde bulunanlarla işbirliği yaptığı veya bunları maddi olarak desteklediği, Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne karşı yurt içinde veya dışında, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarla ilgili faaliyetlerde bulunduğu, isyan, casusluk ve vatana ihanet suçlarına katıldığı, silah ve uyuşturucu madde kaçakçılığı, insan kaçakçılığı ve insan ticareti yaptığı veya bunlarla ilişki içerisinde bulunduğu tespit edilenler ile taksirli suçlar hariç olmak üzere ertelenmiş, zamanaşımına uğramış, hükmün açıklanması geriye bırakılmış, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa dahi, altı aydan fazla hapis cezası alanlar Türk vatandaşlığını kazanamaz.*”

Hükümde, millî güvenlik ve kamu düzeni kavramları arasındaki sınırla ilgili net bir açıklık yoktur. Ancak, hükmün “*Anayasa ile kurulu devlet düzenini yıkma yolunda faaliyette bulunduğu, bu faaliyetlerde bulunanlarla işbirliği yaptığı veya bunları maddi olarak desteklediği, Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne karşı yurt içinde veya dışında, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu*¹⁷ *kapsamına giren suçlarla ilgili faaliyetlerde bulunduğu, isyan, casusluk ve vatana ihanet suçlarına katıldığı, silah ve uyuşturucu madde kaçakçılığı, insan kaçakçılığı ve insan ticareti yaptığı veya bunlarla ilişki içerisinde bulunduğu tespit edilenler*” kısmının genelde millî güvenlikle; diğer kısmın, yani “*taksirli suçlar hariç olmak üzere ertelenmiş, zamanaşımına uğramış, hükmün açıklanması geriye bırakılmış, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa dahi, altı aydan fazla hapis cezası alanlar*” kısmının ise kamu düzeniyle ilgili olduğunu değerlendirebiliriz. Ayırımın çizgisinin net olmadığını tekrar belirtmek gerekir. İlk kısımda eylemler; ikinci kısımda ise hapis cezası süresi (mahkeme kararı) kıstas alınmıştır. Millî güvenlik bakımından engel teşkil edecek hâllerle ilgili mahkeme kararına gerek görülmemiştir. Dolayısıyla millî güvenlik kapsamında kalan eylemlerle ilgili mahkeme kararı olsa dahi hükme bağlanan hapis cezasının süresinin de bir önemi bulunmayacaktır.

Yönetmeliğin bu hükmü olumlu ve olumsuz yönleri itibariyle eleştirilebilir. Hükmün olumlu yanı, yukarıda belirtildiği gibi, “*millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel hâli bulunmama*”yı bir şart olarak ele alması, kapsama giren hususları biraz daha somutlaştırması, böylece belli bir düzeyde öngörülebilirliği sağlamasıdır. Kapsamın başarılı bir şekilde kaleme alınıp alınmaması hususunu bu aşamada göz

17 Terörle Mücadele Kanunu, Kanun Numarası: 3713, Kabul Tarihi: 12.4.1991, RG 12.4.1991/20843 Mükerrer.

ardı ederek¹⁸, TVK’da getirilen şartın içerdiği kavramlar nedeniyle muğlâk ve/veya belirsiz olduğu yönündeki eleştiriler de dikkate alındığında, Yönetmelik m. 72(5) hükmünün işlevi önem kazanmaktadır. Şartın içeriğine dair somut tespitler, yetkili makamın takdir yetkisini önemli ölçüde sınırlamakta, vatandaşlığın yetkili makam kararıyla kazanılmasında belli bir düzeyde öngörülebilirlik sağlamaktadır.

D. Yönetmelik m. 72(5) Hükmünün Uygulanmasına İlişkin Meseleler

Yönetmelik m. 72(5) hükmünün uygulanması, muhtemel şu sorulara verilecek yanıtlarla daha açık bir şekilde ortaya konulabilir. İlk olarak, yetkili makam, Yönetmelik m. 72(5) kapsamına girmeyen bir eylem veya durumla ilgili, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunduğu değerlendirilmesiyse başvuruyu reddedebilir mi? Soruya olumsuz cevap vermek gerekecektir; zira hüküm, nedenleri sınırlı sayıda kaleme alarak, yetkili makamın bu şart açısından takdir yetkisini önemli ölçüde sınırlamıştır.

İkinci soru, yetkili makamın, Yönetmelik m. 72(5)’de yer alan eylem ya da durumun varlığı ya da yokluğu hususunda bir takdir yetkisinin bulunup bulunmadığı hususundadır. Kamu düzeni bağlamında fıkra hükmü, suçun niteliği (taksirle işlenip işlenmediği) ile hapis cezası ve bunun süresini (altı ay) esas almıştır. Taksirli suçlar ve altı aydan az hapis cezasını gerektiren diğer suçlar kamu düzeni bakımından engel bir hâl olarak değerlendirilmemiştir. Şu hâlde hükmün kamu düzeni bakımından, somut belirlemede bulunduğunu, bu nedenle yetkili makamın takdirini gerektiren bir durumun olmadığını söyleyebiliriz.

Yönetmelik m. 72(5)’in millî güvenliğe ilişkin olduğunu değerlendirdiğimiz kısım ile ilgili, ikinci kısımda olduğu gibi bir mahkeme kararından bahsedilmemekte, eylemleri gerçekleştirdiği “*tespit edilenler*” denmektedir. Tespiti hangi makamın yapacağı hususunda fıkra da bir açıklık yoktur. Şu hâlde bu tespitin idare tarafından yapılabileceğini söyleyebiliriz. Yönetmelik de konuya dair bu yönde hükümler getirmiştir. Yönetmeliğin 35. maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları bu hususa ilişkindir. Buna göre Türk vatandaşlığını yeniden kazanma talebinde bulunan hakkında millî güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir hâlinin bulunup bulunmadığının tespiti için Emniyet Genel Müdürlüğünden (Yönetmelik m. 35(3))¹⁹; diğer yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanma yollarında ise başvuru sahibinin millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâlinin bulunup bulunmadığının tespiti için Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığından ve Emniyet

18 Yönetmeliğin m. 72(5) hükmünün içeriği itibariyle tenkit edilmesi gereken yönleri vardır. Örneğin hükmün “*ertelenmiş, zamaşımına uğramış, hükmün açıklanması geriye bırakılmış, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa dahi, altı aydan fazla hapis cezası alanlar*” kısmıyla ilgili haklı eleştiriler için bkz. Mustafa Erkan, “Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 72/5. Maddesinin Kanunilik İlkesi ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Bağlamında Değerlendirilmesi” 2019 (14)175-176 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 329, 330 vd. (*Değerlendirme*).

19 Millî güvenlik bakımından yapılacak araştırmanın sadece Emniyet Genel Müdürlüğünde yapılmasının eksik ve yetersiz kalacağı hakkında görüş için bkz. Erkan, *Kamu Düzeni ve Millî Güvenlik* (n 3) 30.

Genel Müdürlüğünden arşiv araştırması (Yönetmelik m. 35(2)) istenecektir (karş. Yönetmelik m. 28(1)(c), m. 72(1)). Yönetmelikte, yabancıнын millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâlinin bulunup bulunmadığının bu makamlarca tespit edilerek araştırmanın sonucunun açık bir şekilde bildirileceği ifade edilmiştir (Yönetmelik m. 35(4)). Dolayısıyla bu hükümler çerçevesinde millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâlin tespiti görevi, araştırmayı yapacak kurumlara verilmiştir. Tespitin, soyut, farazi isnatlara dayanmaması; millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek eylem ya da durumun başvuru sahibinin şahsında gerçekleştiğinin somut delillerini içerecek şekilde yapılması gerekmektedir²⁰. Sadece kamu düzeni ve/veya millî güvenlik açısından sakıncalıdır ya da sakıncalı olduğu düşünülmektedir şeklinde değerlendirmeler yeterli sayılmamalıdır. Yönetmelik, araştırma yapan kurumların, tespiti yapmasını ve araştırma sonucunu açık bir şekilde bildirmesi gerektiğini de hükme bağlamıştır. Araştırma kurumlarının, arşiv bilgilerine dayanarak sadece olayları ve durumları bildirmeleri yeterli görülmemiştir. Bu durumda, yetkili makamın, araştırma kurumlarının yaptığı ve bildirdiği somut delillere dayanan tespite aykırı bir karar verilebilmesinin mümkün olmadığını, başvuru sahibinin millî güvenlik ve kamu düzeni açısından engel bir hâli bulunup bulunmadığının yetkili makamca tekrar değerlendirilemeyeceğini söyleyebiliriz.

Yönetmelik m. 72(5)'de sayılan eylemlerle ilgili bir mahkeme kararının bulunması ihtimalini de değerlendirmek gerekmektedir. Başvuru sahibinin, söz konusu eylemlerle ilgili yapılan yargılaması neticesinde suçsuzluğunu hükme bağlayan bir mahkeme kararı varsa, artık millî güvenlik bakımından bir engelin bulunduğunu söyleyemeyiz. Kişinin, soruşturmada veya yargılamada adının geçmesi, tek başına vatandaşlık kazanma talebinin reddi için yeterli bir gerekçe olmamalıdır. Mahkeme kararında, başvuru sahibinin eyleminin sabit olduğuna hükmedilmişse, bu karara dayanılarak ret kararı verilecektir; zira tespit mahkeme kararıyla yapılmış olup; idare, bunun aksine bir karar veremez. Yönetmelik m. 72(5)'de sayılan eylemlerden birinden dolayı hüküm tesis edildiğinde, verilen hapis cezasının süresi de önemli değildir.

Netice itibariyle, Yönetmelik m. 72(5) hükmüyle, yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılmasında “*millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek hâli bulunmama*” şartı belli bir düzeyde öngörülebilir hâle gelmiştir. Artık yetkili makam, fıkra kapsamındaki bir faaliyeti ya da durumu tespit edilen kişinin vatandaşlığı kazanma talebini kabul edemeyecektir²¹. Aynı şekilde fıkroda sayılan eylemler ve durum haricinde bir nedene dayanarak da başvurunun reddedilmemesi gerektiğini söyleyebiliriz.

Yönetmeliğin 16. maddesinde, m. 72(5) hükmüyle çelişen bir hükme yer verilmiştir. İçeriği itibariyle de problemler taşıyan Yönetmelik m. 16(2)(ç)'ye göre, yabancı

20 Doğan (n 4) 72.

21 Erkan, *Değerlendirme* (n 18) 333.

hakkında herhangi bir suç nedeniyle yürütülen bir yargılama olması veya yabancının hükümlü ya da tutuklu bulunması genel olarak vatandaşlığın kazanılması başvurusunun kabul edilmeme nedenidir. Yönetmelik m. 17(1)(h) hükmünde ise müracaat makamınca oluşturulacak dosyada bulunacak belgeler arasında, herhangi bir suç nedeniyle hakkında kesinleşmiş mahkeme kararı bulunuyorsa bunun onaylı örneğinin bulunması gerektiği belirtilmiştir. Kesinleşmiş mahkeme kararının onaylı örneği, Türk vatandaşlığının kazanılması başvuru formunun (Form No. Vat-3) arkasında belirtildiği üzere başvuru sırasında sunulması gereken belgeler arasındadır^{22, 23}. Buna karşılık yukarıda belirtildiği üzere m. 72(5)'e göre taksirli suçlar ve -millî güvenlik kapsamında sayılan eylemler dışında bir suçtan olmak kaydıyla- altı aydan az hapis cezasını gerektiren mahkeme hükümleri, vatandaşlığı kazanma talebinin reddi nedeni değildir. Dolayısıyla sadece hükmün varlığına dayalı başvurunun kabul edilmemesine ilişkin m. 16(2)(ç), Yönetmelik m. 72(5) hükmü ile çelişmekte ve işlevini engellemektedir. Ayrıca Yönetmelik m. 16(2)(ç)'nin, herhangi bir suç nedeniyle devam eden yargılamanın bulunmasını ve tutukluluk hâlini, vatandaşlık başvurusunun kabul edilmemesi nedeni sayması da problemlidir. Zira suçluluğu henüz sabit olmayan kişi hakkında, aksinin kabulü ile işlem yapılması masumiyet karinesine aykırılık teşkil edecektir²⁴.

Yönetmelik m. 72(5)'le ilgili bir başka problem de sadece belli nitelikteki eylemin tespitini veya taksirli suçlar dışında belli bir sürenin üzerinde hapis cezasını kıstas almasından kaynaklanmaktadır. Yönetmelikte eylemlerin ya da mahkeme kararının güncel olmasından ya da belli bir süreden bahsedilmemiştir. Yönetmelik m. 72(5)'in lafzına göre, başvuru sahibinin geçmişte herhangi bir zamanda gerçekleştirdiği eylem ya da hakkında kasıtlı bir suçtan verilmiş altı aydan fazla hapis cezası varsa vatandaşlık kazanamayacağı sonucu çıkmaktadır. Hatta hüküm altı aydan fazla hapis cezası ertelenmiş, zamanaşımına uğramış, hükmün açıklanması geriye bırakılmış, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa dahi vatandaşlık kazanılamayacağını açıkça belirtmiştir²⁵. Kişinin eylemine ve hakkında verilen hapis cezasına, herhangi bir süre kısıtlamasına gitmeksizin böyle bir sonuç bağlamak, insanların değişebileceği gerçeğini göz ardı etmektir. Ayrıca hapis cezasına sebep eylemin -taksirli olup olmaması dışında- niteliği de fark etmemektedir. Yönetmelik, kesin ifade tarzı ile yetkili makama herhangi bir hareket alanı bırakmamaktadır. Olması gereken bakımından, eylem üzerinden geçen süre, hapis cezasını gerektiren eylemin niteliği, ceza kararından sonra kişinin tutumu ve davranışları, hapis cezasının infaz edilmesi sırasında ve sonrasında hâl ve tavırları gibi hususların değerlendirilebilmesine imkân sağlayacak şekilde hükmün kaleme

22 'Genel Olarak Türk Vatandaşlığının Kazanılması Başvuru Formu (Form No. Vat-3)' için bkz. <<https://www.nvi.gov.tr/turk-vatandasliginin-kazanilmasi>> Erişim Tarihi: 20.10.2020.

23 Benzer düzenlemeler evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin Yönetmelik hükümlerinde de yer almaktadır. Bkz. Yönetmelik m. 25(2)(c), m. 26(1)(e), 'Evlenme Yoluyla Vatandaşlığın Kazanılması Başvuru Formu (Form No. Vat-6). İstisnâî yoldan Türk vatandaşlığının kazanılmasında da "millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel bir hâli bulunmamak" şartı aranmakla birlikte, Yönetmeliğin ilgili hükümlerinde, aynı ya da benzer hükümler söz konusu değildir.

24 Erkan, *Millî Güvenlik ve Kamu Düzeni* (n 3) 29.

25 Bkz. yuk. dñn. 17.

alınması gerektiğini söyleyebiliriz.

Millî güvenlik ve kamu düzeni açısından engel teşkil edecek bir hâli bulunmamak şartı, yukarıda belirtildiği üzere Türkiye Cumhuriyetinin millî güvenliği ve kamu düzeniyle ilgili koruma getirmeyi amaçlamaktadır. Hem TVK m. 11(1)(g) hükmünün yukarıda verilen gerekçesi hem de Yönetmelik m. 72(5)'de sayılan ve millî güvenliğe ilişkin olduğunu değerlendirdiğimiz eylemler Türkiye Cumhuriyetinin millî güvenliğine ilişkindir. Zaten kavramdaki “millî” ibaresi de bunu teyit etmektedir. Ayrıca Yönetmelik m. 72(5)'de geçen hapis cezası, Türk mahkemesi tarafından verilenleri ifade etmektedir. Aksi durum, Türk vatandaşlığının kazanılmasında yabancı bir resmî makamın kararına doğrudan etki tanımak anlamına gelir. Yabancı bir devletin millî güvenliğine ve kamu düzenine aykırı eylemde bulunanların durumları ya da yabancı mahkeme kararına dayalı hapis cezası Türk vatandaşlığının kazanılmasında Yönetmelik m. 72(5) kapsamında değerlendirilemez. Muhtemel bu durumlarda, yetkili makam TVK'nın ilgili hükümlerinde tanınan genel takdir yetkisi çerçevesinde konuyu ele alarak sonuca bağlayabilir.

E. Yetkili Makamın Takdir Yetkisi Bağlamında Şartın Değerlendirilmesi

Yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılmasının tipik özelliği, vatandaşlığın kazanılmasında yetkili makama tanınan takdir yetkisidir. Kanunda aranan şartları taşımak başvuru sahibine Türk vatandaşlığını kazanma hususunda mutlak bir hak bahşetmez (TVK m. 10(1)). Buna uygun olarak ilgili maddelerde, başvuru sahibinin vatandaşlığı -kazanacağı değil- kazanabileceği belirtilmiştir. Vatandaşlığın sadece başvuru sahibinin değil, devletin ve toplumun menfaatleriyle de ilgisinin bulunması, yetkili makama takdir yetkisinin tanınmasını gerektirmiştir. Yetkili makama tanınan bu yetkinin keyfilik anlamına gelmediği, hukuka uygun kullanılması gerektiği hususunda da tereddüt yoktur. Dolayısıyla, vatandaşlığın kazanılması başvurusunun reddi kararı hukukîlik açısından mahkemelerce incelenebilmektedir. Ancak, mahkemenin yerindelik açısından bir değerlendirme yaparak karar vermesi mümkün değildir. Yerindelik bakımından inceleme, mahkemenin kendisini yetkili makamın yerine koyması anlamına gelir. Yetkili makam, vatandaşlık başvurularını incelerken millî güvenlik, kamu düzeni, genel ahlak gibi ölçütlerden hareket ederek kararını verecek, sonuçta kamu yararını temin etmeyi hedefleyecektir.

Millî güvenlik ve kamu düzeni, yetkili makamın takdir yetkisi dâhilinde olan bir konu olmasına rağmen, neden TVK'da Türk vatandaşlığının yetkili makam kararıyla kazanılmasında aranan bir şart olarak yer almıştır? TVK'nın bu hükümleri bir çelişki doğurmakta mıdır? Soruya verilecek cevap, Yönetmelik m. 72(5)'in TVK'ya aykırı olup olmadığı hususunda da sonuç doğuracaktır.

Sonda söyleneceği baştan belirtelim TVK'nın ilgili hükümlerinde bir çelişkinin olmadığını düşünüyoruz. İlk olarak kanun koyucunun ve kanunun abesle işteğal etmeyeceği düşüncesiyle, düzenlemelerin bu çerçevede ele alınması gerekmektedir. Kanımızca, yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılmasında aranan “*millî güvenlik ve kamu düzeni*” ya da sadece “*millî güvenlik*” bakımından engel teşkil edecek hâli bulunmamak şartı, başvuru sahibinin şahsı ile ilgilidir. Açık ifadeyle, vatandaşlığa alınma talebinin, başvuru sahibi yabancıнын bu kapsamdaki faaliyetleri veya durumu nedeniyle reddedilip reddedilmeyeceği meselesine ilişkindir. Millî güvenlik ve kamu düzeni kavramlarının TVK'da bir tanımının ya da net bir kapsamının bulunmaması, yetkili makamın ilgili bakımından getirilen bu şart bakımından çok geniş bir takdir yetkisine sahip olması sonucunu doğuracaktır. Belirtildiği üzere, -içeriği/kapsamı haklı olarak eleştirilebilirse de- ilgili açısından millî güvenlik ve kamu düzeni şartı bağlamında Yönetmelik m. 72(5) hükmü, böyle bir sonucu, eylemleri belli bir düzeyde somutlaştırarak önemli ölçüde engellemiştir.

Yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılması yollarında yetkili makama tanınan takdir yetkisinin bir anlamının kalıp kalmadığı hususunda şunları söyleyebiliriz: Millî güvenlik, kamu düzeni bakımından sakınca, sadece vatandaşlığa alınan kişinin şahsı ile ilgili olmayabilir. Daha açık ifade edersek, millî güvenlik bakımından başvuru sahibinin şahsında engel teşkil edecek bir hâli bulunmamakla birlikte, devletin dış politikası, uluslararası ilişkilerdeki çıkarları çerçevesinde de talebin değerlendirilmesine ihtiyaç bulunabilir. Örneğin bazı devlet vatandaşlarının ya da yurt dışındaki belli bir coğrafi alandan kişilerin başvurularının, dış politika mülahazaları kapsamında değerlendirilmesinde takdir yetkisinin işlev göreceğini belirtebiliriz²⁶. Başvuran kişinin önceki eylemleri Türkiye Cumhuriyetinin millî güvenliğine veya kamu düzenine ilişkin olmayabilir yahut yabancı mahkeme kararıyla kişi mahkûm edilmiş olabilir. Bu ihtimallerin, Yönetmelik m. 72(5) kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Yetkili makam, bu takdirde, vatandaşlığı kazanma talebini, genel takdir yetkisi çerçevesinde değerlendirecektir.

II. Millî Güvenlik Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hâlin Bulunmaması Şartının Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılmasında Doğurduğu Bazı Sonuçlar

A. Şartın Kapsamı

Makale konusu itibariyle, vurgulanması gereken bir diğer husus, kanun koyucunun bilinçli bir şekilde şartı sadece millî güvenlikle sınırlı tutması nedeniyle, Yönetmelik m. 72(5)'in kamu düzeniyle ilgili olduğu değerlendirilen kısmının Türk vatandaşlığının

26 Bir dönem Türkiye'nin Türk asıllı Kıbrıslıların Türk vatandaşlığına alınmalarını istemeyen bir dış politika takip ettiği hakkında bkz. Nomer (n 12) 75.

yeniden kazanılması başvurularında nazara alınamayacağıdır. Buna göre, Türk vatandaşlığını yeniden kazanma başvurusunda bulunan kişi, taksirli olmayan bir suçtan dolayı altı aydan fazla ceza almış olsa dahi, ceza hükmünün konusu olan suç millî güvenlikle ilgili sayılan eylem tiplerinden birine girmediği sürece, kişinin vatandaşlığa alınma talebinin değerlendirilmesinde etki doğurmayacaktır. Çünkü ifade edildiği üzere, kanun koyucu, kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmamayı bilinçli bir şekilde TVK Tasarısından çıkarmıştır. Ayrıca diğer yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılması yollarının bazılarında, herhangi bir suç nedeniyle hakkında kesinleşmiş mahkeme bulunuyorsa bunun onaylı örneğinin başvuru dosyasında bulunması aranırken (bkz. Yönetmelik m. 17(1)(h); m. 26(1)(e)), Türk vatandaşlığının yeniden kazanılması başvurusu için gerekli belgelerin sayıldığı Yönetmeliğin 23. maddesinde böyle bir gereklilikten bahsedilmemesi de, kamu düzeni bakımından bir değerlendirme yapılmayacağını teyit etmektedir.

B. Kaybettirme Kararı Verilenlerin Türk Vatandaşlığını Yeniden Kazanması

Millî güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir hâlin bulunmaması şartının, yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, TVK m. 29 kapsamında haklarında kaybettirme kararı verilmiş kişilerin Türk vatandaşlığını yeniden kazanmaları bakımından da özellikle değerlendirilmesi gerekmektedir.

TVK m. 14'e göre, m. 29 uyarınca haklarında kaybettirme kararı verilenler millî güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir hâlinin bulunmaması ve Türkiye'de üç yıl ikamet etmek şartlarıyla Türk vatandaşlığını yeniden kazanabilirler. TVK'nın 29. maddesinde haklarında kaybettirme kararı verilebilecek kişiler, kaybettirme nedenleri ve yetkili makam belirtilmiştir. Maddenin ilk fıkrasında sayılan kaybettirme nedenleri veya haklarında kaybettirme kararı verilebilecekler şu şekildedir: “a) *Yabancı bir devletin, Türkiye'nin menfaatlerine uymayan herhangi bir hizmetinde bulunup da bu görevi bırakmaları kendilerine yurt dışında dış temsilcilikler, yurt içinde ise mülki idare amirleri tarafından bildirilmesine rağmen, üç aydan az olmamak üzere verilecek uygun bir süre içerisinde kendi istekleri ile bu görevi bırakmayanlar.* b) *Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devletin her türlü hizmetinde Cumhurbaşkanının izni olmaksızın kendi istekleriyle çalışmaya devam edenler.* c) *İzin olmaksızın yabancı bir devlet hizmetinde gönüllü olarak askerlik yapanlar.*” Daha sonra 680 Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin²⁷ 75. maddesiyle maddeye ikinci fıkra olarak²⁸ “26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun²⁹ 302 nci, 309 uncu, 310 uncu, 311 inci, 312 nci, 313 üncü, 314 üncü ve 315 inci

27 Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Karar Sayısı: KHK/680, Tarihi: 2.1.2017, RG 6.1.2017/29940 (Mükerrer).

28 Daha sonra hüküm aynen kabul edilmiştir. Bkz. 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).

29 Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.9.2004, RG 12.10.2004/25611.

maddelerinde yazılı suçlar nedeniyle hakkında soruşturma veya kovuşturma yürütülen ve yabancı ülkede bulunması nedeniyle kendisine ulaşılamayan vatandaşlar, bu durumun soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı veya kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından öğrenilmesinden itibaren bir ay içinde vatandaşlıklarının kaybettirilmesi amacıyla Bakanlığa bildirilir. Bakanlıkça Resmî Gazetede yapılan yurda dön ilanına rağmen üç ay içinde yurda dönmeleri halinde, bu kişilerin Türk vatandaşlıkları Cumhurbaşkanlığı kararıyla kaybettirilebilir.” hükmü eklenmiştir. Kaybettirme kararı verme yetkisi Cumhurbaşkanına ait olup; Cumhurbaşkanının bu konuda takdir yetkisi bulunmaktadır. TVK m. 29’da sayılan nedenler gerçekleşmiş ve usul tamamlanmış olsa dahi Cumhurbaşkanı ilgili hakkında kaybettirme kararı vermeyebilir³⁰.

TVK m. 29(2) uyarınca kaybettirme kararı verilebilmesi için vatandaş hakkında Türk Ceza Kanununun 302. ve 309 ilâ 315. maddeleri uyarınca soruşturma veya kovuşturma yürütülmesi gerekir. TCK’nın 302. maddesi “Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak”; 309. maddesi “Anayasayı ihlal”; 310. maddesi “Cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı”; 311. maddesi “Yasama organına karşı suç”; 312. maddesi “Hükûmete karşı suç”; 313. maddesi “Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine karşı silâhli isyan”; 314. maddesi “Silâhli örgüt” ve 315. maddesi “Silâh sağlama” başlıklarını taşımaktadır. TCK m. 312’nin yer aldığı bölümün başlığı “Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar” iken, diğer maddeler ise “Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar” başlığını taşıyan bölüm altında yer almaktadır. TVK m. 29(2) uyarınca kaybettirme kararı verilebilmesinin nedeni, belirtilen suçların işlenmiş olması veya işlendiği iddiası değildir. Fıkranın işlerlik kazanması için, soruşturma veya kovuşturma sonunda suçun sabit olduğunun tespitine de gerek bulunmamaktadır. Kaybettirme nedeni, sayılan suçlar nedeniyle yürütülen soruşturma ve kovuşturma esnasında, yabancı ülkede bulunması nedeniyle kendilerine ulaşılamayan vatandaşın, yapılan çağrıya rağmen yurda dönmemesidir.

Bu genel açıklamalardan sonra TVK m. 29 uyarınca haklarında kaybettirme kararı verilen kişilerin Türk vatandaşlığını yeniden kazanabilmelerinin çok zor olduğunu belirtmek gerekir. Kaybettirme kararına dayanak eylemleri gerçekleştirenlerin genelde yurt dışında olacaklarını söyleyebiliriz³¹. Özellikle TVK m. 29(2)’de sayılan kaybettirme nedeninin en önemli unsuru kişinin çağrıya rağmen yurda dönmemesi olduğundan TVK m. 14’de aranan Türkiye’de üç yıl ikamet etme koşulunu yerine getirebilmeleri çok zordur. Zira her şeyden evvel, bunların, yabancılar mevzuatı hükümleri nedeniyle hukuka uygun bir şekilde Türkiye’ye giriş yapabilmeleri güçtür.

30 Örneğin 05.06.2017 tarih ve 30087 tarihli Resmî Gazetede İçişleri Bakanlığı tarafından TVK m. 29(2) uyarınca isimleri ve bilgileri belirtilen kişilere duyuru yapılmasına ve TVK m. 29(2)’deki süreç tamamlanmasına rağmen, bunlar hakkında kaybettirme kararı verilmemiştir.

31 TVK m. 29(1) kapsamında kaybettirme kararı verilebilmesi için ilgilinin yurt dışında bulunması zorunluluğu yoktur. Bununla birlikte bunların normal zamanlar için yurt içinde olmaları hâlinde, gerekli cezaî süreçlerin yürütülmesinin önünde bir engel bulunmadığından haklarında kaybettirme kararının verilmesine gerek olmayacağını; ancak savaş, isyan gibi olağanüstü dönemlerde kaybettirme yaptırımının işletilebileceğini söyleyebiliriz. TVK m. 29(2)’da sayılan eylemlerin ciddiyetine rağmen bunların tek başına kaybettirme nedeni sayılmaması da bu düşüncemizi teyit etmektedir.

İkinci olarak, kaybettirme kararı verilmesinden sonra ilgilinin bir şekilde Türkiye'ye döndüğü ve ikamet koşulunu sağladığını farz etsek dahi, Türk vatandaşlığını yeniden kazanma talebi, ancak kaybettirme kararına doğrudan veya dolaylı dayanak teşkil eden eylemin Yönetmelik m. 72(5)'de sayılan kapsamda olmaması ihtimalinde kabul edilebilir. Bununla birlikte TVK m. 29'da kaybettirme nedeni olarak sayılan eylemlerin, Yönetmelik m. 72(5)'de millî güvenlik kavramı içinde sayılan eylemlerden bir veya birkaçı içinde değerlendirilebilecek nitelikte olduğunu söyleyebiliriz. Bu durumda, yukarıda detaylı açıklandığı üzere, Yönetmelik m. 72(5) hükmü, yetkili makamın takdir yetkisini önemli ölçüde daralttığından söz konusu fıkra kapsamında olduğu tespit edilen bir yabancıнын Türk vatandaşlığını yeniden kazanma talebinin kabulü mümkün değildir.

TVK m. 29 kapsamında haklarında kaybettirme kararı verilenlerin Türk vatandaşlığını yeniden kazanabilmesi, ancak Türkiye'ye gelerek ikamet şartını gerçekleştirmeleri ve doğrudan ya da dolaylı olarak kaybettirme nedeni sayılan ve millî güvenlik kapsamında değerlendirilen eylemlerin ilgili tarafından gerçekleştirilmediğinin tespiti hâlinde söz konusu olabilir. TVK m. 29(2) uyarınca kaybettirme kararıyla Türk vatandaşlığını kaybeden kişinin, yapılan yargılama sonunda suçsuzluğunun sabit olması ve beraat etmesi hâlini bu duruma örnek olarak verebiliriz.

Son olarak TVK m. 43'ün, 7039 sayılı Kanunla değişik metninin üçüncü fıkrasına da değinmek gerekir. Söz konusu fıkra, millî güvenlik bakımından engel teşkil edecek hâli bulunanların taleplerinin İçişleri Bakanlığı tarafından reddedileceğini hükme bağlamaktadır. TVK m. 43'ün birinci ve ikinci fıkraları uyarınca Türk vatandaşlığının yeniden kazanılmasında yetkili makam zaten İçişleri Bakanlığı olarak tayin edilmiştir. Şu hâlde, İçişleri Bakanlığının yetkisine dair üçüncü fıkrada getirilen hüküm, olanın teyidinden öte bir yenilik getirmemektedir³².

Sonuç

TVK'ya göre Türk vatandaşlığının yeniden kazanılması yolu hariç yetkili makam kararıyla ve evlât edinilme yoluyla vatandaşlığın kazanılması hâllerinde “*millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama*” şartı aranmaktadır. Bununla birlikte Türk vatandaşlığının yeniden kazanılmasında ise “*millî güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama*” şartı aranmış olup; amaç, bu yoldan vatandaşlığın kazanılmasını kolaylaştırmaktır.

“*Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama*” şartı, TVK ile kabul edilmiştir. Mülga 403 sayılı TVK döneminde, kanunda açıkça düzenlenmemekle birlikte, uygulamada, idarî düzenlemeler gereği bu şart aranmıştır. O dönemde kanunîlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülerek uygulama eleştirilmiştir.

³² Erkan, *Değişiklikler* (n 5) 433.

TVK’da açıkça düzenlenmesi ile uygulamada aranan şartın kanunî dayanağa kavuştuğu belirtilmiştir. Buna karşılık, yetkili makamın vatandaşlığa alıp almama hususundaki takdir yetkisi dâhilinde millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından da değerlendirme yapabileceği, buna rağmen yine takdir yetkisine dayalı bu şartın getirilmesine yönelik eleştiriler de dile getirilmiştir.

Şartın değerlendirmesinde “millî güvenlik” ve “kamu düzeni” kavramı çok önemli bir yere sahiptir. Kavramların kapsamına dair geniş ya da dar yorumlar, vatandaşlığın kazanılması taleplerinin değerlendirilmesinde doğrudan etki doğuracaktır. TVK’da söz konusu kavramların tanımı yapılmamış; hangi hâllerin millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edeceğini tespit etmemizi sağlayan bir çerçeve sunulmamıştır. TVK’nın madde gerekçesinde yer verilen açıklamalar da fikir vermekle birlikte tatmin eden bir netliğe sahip değildir. Vatandaşlığın kazanılması gibi önemli bir konuda soyut ve içeriği muğlâk kavramların kullanılması yetkili makamın takdir yetkisini çok genişletmekte, bireyler açısından öngörülebilirliği kaldırmaktadır.

Yönetmelikte, metninde kavramların isimleri açıkça zikredilmemekle birlikte, “millî güvenlik ve kamu düzeni” kavramlarının içeriğini tespit etmemizi ve dolayısıyla belli bir düzeyde öngörülebilirliği sağlayan bir hüküm mevcuttur. Oldukça uzun olan söz konusu hükümde, özetle, belirlenen eylemleri gerçekleştirdiği tespit edilenlerin ve taksirli suçlar hariç haklarında altı aydan fazla hapis cezası bulunanların Türk vatandaşlığını kazanamayacakları belirtilmiştir. Hükümde millî güvenlik ve kamu düzeni kavramlarının kapsamı içinde değerlendirebilecek hususlar sayılmıştır. Böylece yetkili makamın takdir yetkisi daraltılmış ve belli bir düzeyde öngörülebilirlik sağlanmıştır. Takdir yetkisini sınırlama gibi bir işleve sahipken, diğer yandan m. 72(5) özelinde bunun olumsuz sonuçları da vardır. Örneğin hükümde sayılan eylemlerde bulunanların ve taksirli suçlar hariç altı aydan fazla hapis cezası alanların Türk vatandaşlığını kazanamayacakları belirtilmiş; ancak, süre açısından bir sınırlama getirilmemiştir. Hatta hapis cezasının ertelenmesi, zamanaşımına uğraması, hükmün açıklanmasının geriye bırakılması, paraya çevrilmesi veya affa uğraması dahi, m. 72(5)’in açık ifadesi nedeniyle sonucu değiştirmemektedir. Hükmün, süre, hapis cezasına konu eylemin niteliği ve güncel şartlar bakımından değerlendirme yapabilmeyi sağlayacak şekilde yeniden kaleme alınması uygun olacaktır.

TVK’da aranan “*millî güvenlik ve kamu düzeni*” ya da sadece “*millî güvenlik*” bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama şartının başvuru sahibinin şahsında yapılacak değerlendirmeyi içerdiğini düşünüyoruz. Şart aynı zamanda Türkiye Cumhuriyetinin millî güvenliği ve kamu düzeniyle ilgili düzenleme getirmiştir. Yönetmelik hükmünde geçen hapis cezası ibaresinin, terminolojisine de bakarak, Türk mahkemelerince verilen kararları kasd ettiğini söyleyebiliriz. Aksi takdirde yabancı mahkeme kararına Türk vatandaşlığının kazanılması/kazanılmaması hususunda

doğrudan etki tanımak bir sonuç doğacaktır. Başvuru sahibiyle ilgili olmayan hususlar ya da başvuru sahibinin Türkiye Cumhuriyetini doğrudan etkilemeyen tutum ve davranışları veya yabancı mahkeme tarafından verilen bir ceza kararı da Türk vatandaşlığının kazanılmasında gündeme gelebilir. Yetkili makam, kendisine tanınan genel takdir yetkisi çerçevesinde, bu hususların varlığını da değerlendirerek başvurunun kabulüne veya reddine karar verebilecektir. Ancak, Yönetmelik m. 72(5)'in kapsamına giren hususlarda, yetkili makamın genel takdir yetkisini kullanabilmesi mümkün değildir; başvurunun Yönetmelik m. 72(5) hükmü uyarınca karara bağlanması gerekmektedir.

Kanun koyucu şartta yer alan kamu düzeni kavramını, bilinçli bir şekilde çıkardığından, yetkili makamın Türk vatandaşlığının yeniden kazanılması başvurularında kamu düzeni açısından değerlendirme yapması mümkün değildir. Yönetmelik m. 72(5) hükmü, Türk vatandaşlığının yeniden kazanılmasında millî güvenlikle ilgili belirlenen çerçevede ele alınmalıdır. Yetkili makamın sahip olduğu genel takdir yetkisi kapsamında da kamu düzeni açısından değerlendirme yapamayacağını düşünüyoruz.

TVK m. 14, haklarında kaybettirme kararı verilen kişilerin Türk vatandaşlığını yeniden kazanmalarına ilişkin hüküm getirmiştir. Buna göre TVK m. 29 uyarınca haklarında kaybettirme kararı verilenler “*millî güvenlik bakımından engel bir hâlinin bulunmaması*” ve “*Türkiye’de üç yıl ikamet etme*”si şartıyla Türk vatandaşlığını yeniden kazanabilirler. TVK m. 29’daki eylemler genelde ilgilinin yurt dışında bulunduğu eylemlerdir. Özellikle TVK m. 29(2)’de kabul edilen kaybettirme nedeni, millî güvenlik kapsamında değerlendirilebilecek belli suçlar nedeniyle hakkında soruşturma veya kovuşturma yürütülen Türk vatandaşının yurt dışında bulunduğundan kendisine ulaşamaması ve yurda dönmesi için yapılan çağrıya riayet etmemesidir. Dolayısıyla haklarında kaybettirme kararı verilenlerin, Türkiye’de ikamet etme şartını yerine getirmelerinin mümkün olmadığını söyleyebiliriz. İkinci olarak, TVK m. 29 hükmündeki kaybettirme nedenleri göz önünde bulundurulduğunda, bunlar genelde millî güvenlik kapsamında değerlendirilebilecek niteliktedir. Yönetmelik m. 72(5)’de sayılan eylemlerden birinin kapsamına girdiğinin tespiti hâlinde, kişinin Türk vatandaşlığını yeniden kazanma talebinin kabulü mümkün değildir. Çünkü Yönetmelik m. 72(5) hükmünün lafzı, yetkili makama herhangi bir takdir yetkisi tanımamaktadır.

TVK m. 29 kapsamında haklarında kaybettirme kararı verilenlerin Türk vatandaşlığını yeniden kazanabilmesi, Türkiye’de ikamet şartını yerine getirmeleri ve doğrudan ya da dolaylı olarak kaybettirme nedeni sayılan ve millî güvenlik kapsamında değerlendirilen eylemlerinin, ilgili tarafından gerçekleştirilmediğinin tespiti hâlinde söz konusu olabilir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

- Aybay R, Özbek N and Ersen Perçin G, *Vatandaşlık Hukuku* (1st edn, Siyasal 2019).
- Aygül M, 'Evlât Edinme Yolu ile Vatandaşlığın Kaybedilmesi ve Kazanılması' (2012) 99 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 45-80.
- Dardağan Kibar EG, 'Türk Vatandaşlığının İradî Olarak Kazanılması' in Arzu Alibaba and Ulvi Nail Gül (eds), *Prof. Dr. Esin KONANÇ Anısına TC-KKTC Karşılaştırmalı Vatandaşlık Hukuku Sempozyumu* (DAÜ 2016) 39-60.
- Dardağan Kibar EG, 'Türk Vatandaşlık Mevzuatı ve Güncel Gelişmeler Işığında Vatandaşlığın Kanunîliği İlkesi' in Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz and Lale Ayhan İzmirli (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu* (Savaş 2019) 3-16.
- Doğan V, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (16th edn, Savaş 2020).
- Erdem BB, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (7th edn, Beta 2019).
- Erkan M, 'Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 72/5. Maddesinin Kanunilik İlkesi ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Bağlamında Değerlendirilmesi' 2019 (14)175-176 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 329-356. (Değerlendirme)
- Erkan M, 'Türk Vatandaşlığı Kanununda 7039 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin İncelenmesi' (2019) 29(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 415-446. (Değişiklikler)
- Erkan M, 'Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılmasında 'Millî Güvenlik' ve 'Kamu Düzeni' Kavramlarının İncelenmesi' in Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz and Lale Ayhan İzmirli (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu* (Savaş 2019) 329-356. (Millî Güvenlik ve Kamu Düzeni)
- Erten R, 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler' (2008) 66(4) Ankara Barosu Dergisi 36-61.
- Güngör G, *Tâbiyet Hukuku* (8th edn, Yetkin 2020).
- Nomer E, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (24th edn, Filiz 2018).
- Okay Tekinsoy Ö, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı* (XII Levha 2011).
- Reçber K and Özgenç Z, '5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunundaki Bazı Boşluklar' (2016) 74(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 373-387.
- Tanrıbilir FB, 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri' (2008) 75 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 27-62.
- Tiryakioğlu B, 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısına Göre Vatandaşlığın Yetkili Makam Kararıyla Kazanılması' in Vahit Doğan, Feriha Bilge Tanrıbilir and Banu Şit (eds), *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu* (Seçkin 2008) 79-96.

‘Genel Olarak Türk Vatandaşlığının Kazanılması Başvuru Formu (Form No. Vat-3)’ <<https://www.nvi.gov.tr/turk-vatandasliginin-kazanilmasi>> Erişim Tarihi: 20.10.2020.

‘Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı ve İçişleri Komisyonu Raporu (1/458)’ <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss90.pdf>>, Erişim Tarihi 15.09.2020.



Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 14.08.2020
Revizyon Talebi: 15.09.2020
Son Revizyon: 12.10.2020
Kabul: 13.10.2020
Online Yayın: 17.12.2020

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Uyarınca Koruma ve Ziyaret Hakkı

The Rights of Custody and Access in the Framework of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction

Ebru Akduman*

Öz

Türkiye 2000 yılından beri “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi”ne taraftır. Lahey Sözleşmesi’nin amacı, esas olarak velayet hakkını ihlal ederek kaçırılan veya alıkonulan çocuğun en kısa zamanda mutad meskenine iadesinin sağlanmasıdır. Bunun için öncelikle Sözleşme’de yer alan “mutad mesken”, “mutad mesken hukuku”, “koruma hakkı” ve “ziyaret hakkı” kavramlarının kapsamının belirlenmesi gerekir. Sözleşme’nin uygulama alanı bulabilmesi için, çocuğun mutad meskeninin taraf devletlerden birinde bulunması gerekmekte olup bununla kastedilen, çocuğun yer değiştirme eyleminden hemen önceki fiili yaşam merkezidir. Sözleşme’de koruma hakkı ile ziyaret hakkı tanımlanmış ancak mutad mesken kasıtlı olarak tanımlanmamıştır. Sözleşme’de velayet hakkı kavramı yerine koruma hakkı kavramı kullanılmış ve “çocuğun şahsının bakım hakkı ve özellikle ikamet yerinin tespiti hakkı” olarak tanımlanmıştır. Hukuk sistemleri koruma hakkı bakımından velayet hakkı ve sair farklı bir terminolojiye sahip olabilir ama önemli olan bu hakkın hangi yetki ve görevleri kapsadığıdır. Sözleşme’de yer alan diğer bir önemli kavram olan ziyaret hakkı, şahsi ilişki hakkı olup “çocuğun, sınırlı bir süre için, mutad ikametgâhından başka bir yere götürülmesi hakkı” vermektedir. İlgili madde hükmünden çocuğun başka bir yere götürülmesinden kastedilenin mutlak surette başka bir akit devlet olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Sözleşme’de çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet kanununa gönderme yapılmakla beraber bu devletin kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınıp alınmayacağı açık değildir. Prensip olarak, milletlerarası sözleşmelerin uygulanmasında atf genellikle dikkate alınmamaktadır. Bununla beraber, geçerli bir koruma hakkının bulunup bulunmadığının çocuğun mutad meskeni hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği maddi hukuka göre belirlenmesi Sözleşme’nin temel amacına daha uygun olacaktır.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Çocuk Kaçırma, Lahey Sözleşmesi, Koruma Hakkı, Ziyaret Hakkı, Mutad Mesken Hukuku

Abstract

Turkey is a signatory state to the “Hague Convention On The Civil Aspects Of International Child Abduction” starting from 2000. The essential aim of the Convention is the prompt return of the child to his/her state of habitual residence in case of wrongful removal or retention in breach of the custody right. In order to realize the implementation of the Convention accordingly, it is important to determine the scope of the terms of “habitual residence”, “law of the state of habitual residence”, “custody right” and “access right”. For the application of the Convention, the habitual residence of the child -which refers to the actual place of residence right before the removal- should be located in a contracting state. However, the term of habitual residence is not defined in the Convention unlike the rights of custody and access. In the Convention, the term of custody right is preferred to guardianship and described as “right relating to the personal care of the child and, in particular, the right to determine the child’s place of residence”. The legal systems may use different terminology for custody right like guardianship but, what matters is the rights and duties entitled to this right. Access right, in other words, visitation right is another important term in the Convention and grants “the right to take the child for a limited period of

* Sorumlu Yazar: Ebru Akduman (Dr. Öğr. Üyesi), İzmir Ekonomi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İzmir, Türkiye. E-posta: ebru.akduman@ieu.edu.tr ORCID: 0000-0002-6462-7887

Atf: Akduman E, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Uyarınca Koruma ve Ziyaret Hakkı” (2020) 40(2) PPIL 1373. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0076>



time to a place other than the child's habitual residence". It is not clear from the related article that the child can be taken to a state which is not signatory to the Convention. It is not explicit in the Convention whether the conflict of law rules of the state of the child's habitual residence will be applied as being the part of that state's law. In principle, renvoi is not considered in international conventions. However, determination of the rights of custody and access by the substantive law referred to by the private international law of the state of the child's habitual residence will better suit the main purpose of the Convention.

Keywords

International Child Abduction, Hague Convention, Right of Custody, Right of Access, Law of Habitual Residence

Extended Summary

Turkey is a signatory state to the "Hague Convention On The Civil Aspects Of International Child Abduction" starting from 2000. The essential aim of the Convention is the prompt return of the child to his/her state of habitual residence in case of wrongful removal or retention in breach of the custody right. In order to realize the implementation of the Convention accordingly, it is important to determine the scope of the terms of "habitual residence", "law of the state of habitual residence", "custody right" and "access right". In this study, rights of custody and access are examined.

In the Convention, the term of custody right is preferred to guardianship and described as "right relating to the personal care of the child and, in particular, the right to determine the child's place of residence". The legal systems may use different terminology for custody right like guardianship but, what matters is the rights and duties entitled to this right. The wrongful removal and retention, in other words, international child abduction act is detected upon the breach of the custody right as defined under the Convention.

Access right, in other words, visitation right is another important term in the Convention and grants "the right to take the child for a limited period of time to a place other than the child's habitual residence". It is not clear from the related article that the child can be taken to a state which is not signatory to the Convention. If such case happens, it should be noted that both rights of custody and access cannot be protected by the Convention.

The right of custody may arise in particular by operation of law or by reason of a judicial or administrative decision or by reason of an agreement having legal effect under the law of that state. This list is not exhaustive. In ascertaining whether there has been a wrongful removal or retention, the judicial or administrative authorities of the requested state may ask a certificate or an affidavit from a central authority or other competent authority of the state of the child's habitual residence or from any other qualified person regarding the relevant law of that state. Instead the judicial or administrative authorities of the requested state may take notice directly of the law and judicial or administrative decisions, formally recognized or not, of the state of the habitual residence of the child without recourse to the specific procedures for the

proof of that law or for the recognition of foreign decisions which would otherwise be applicable. The legal grounds of access right are not stated in the Convention. But, it is widely accepted that access right is also emanated from a legal authority, a judicial or administrative decision, or an agreement having legal effect under the law of that state and the courts of the state of the child's habitual residence have the authority to grant an access right. There appeared discrepancies among the court decisions in interpretation of rights of custody and access since the information and documents provided by the state of the child's habitual residence are not binding.

It is not explicit in the Convention whether the conflict of law rules of the state of the child's habitual residence will be applied as being the part of that state's law. In principle, *renvoi* is not considered in international conventions. However, determination of the rights of custody and access by the substantive law referred to by the private international law of the state of the child's habitual residence will better suit the main purpose of the Convention.

The custody decision of the court of the state of the child's habitual residence has importance in both determination of wrongful removal/retention and prevention of unfair and pointless restrictions on the travel rights of the child and the custodial parent. In passport and visa applications and in border controls the written approval of the non-custodial parent is required as a precaution to wrongful removal or retention even so the custodial parent has the right to take the child abroad temporarily or permanently within the right of custody granted by the state of the child's habitual residence. As a solution, a protocol on international travel of the child can be agreed by the parents. In case no such agreement or approval of the non-custodial parent is obtained, the custodial parent can request a permission from the court of the state of the child's habitual residence for the child's travel abroad. In our opinion, these problems can easily be eliminated if the courts can state explicitly in their divorce or custody decisions that no approval is required from the non-custodial parent for international travel of the child.

The right of access is protected less comparing to the right of custody. Even if the parents signed an agreement stating that the approval of the non-custodial parent is compulsory for travel and change of residence of the child to abroad, the right of access is not protected effectively. Furthermore, the Convention does not provide convenience for court decisions on access rights like the automatic enforcement of the court decisions on custody rights without recourse to the specific procedures.

An application to make arrangements for organizing or securing the effective exercise of right of access may be presented to the central authorities of the contracting states in the same way as an application for the return of a child. However, habitual residence and breach of the custody right matters are not investigated since the return of the child cannot be claimed in this application.

In order to determine the international child abduction act, it is important to clarify the scope of the access right. According to the Turkish court practice, the visitation right should be used at the place of the child's habitual residence on suspicion of abduction. Besides some other state courts decide on the performance of the access right under supervision to prevent such risk of kidnapping.

Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Uyarınca Koruma ve Ziyaret Hakkı

I. Giriş

Türkiye çocuk hakları bakımından her türlü uluslararası sözleşmeye uzun yıllardan beri taraf olan bir ülkedir. 1990 yılından beri “Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”¹’ne, 1999’dan beri “Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi”²’ne, 2000’den beri “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi (“Sözleşme”)³’ne, 2001’den beri “Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi”⁴’ne, 2004’den beri “Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi”⁵’ne, 2011’den itibaren “Çocuklar ile Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi”⁶’ne ve 2016’dan beri “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi”⁷’ne taraftır.

Lahey Sözleşmesi’nin amacı, ebeveynlerin velayet ve şahsi ilişki kurma haklarının düzenlenmesi değil bu haklara aykırı olarak kaçırılan veya alıkonulan çocuğun en kısa

1 RG 27.1.1995/22184.

2 RG 2.11.1999/23864; “Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi” m. 19 uyarınca, “İşbu Sözleşme, bir kararın tanınmasını veya tenfizini sağlamak bakımından menşei Devleti ile talepte bulunulan Devlet arasında yürürlükte bulunan bir uluslararası belgeye ya da talepte bulunulan Devletin uluslararası bir anlaşmadan kaynaklanmayan diğer herhangi bir mevzuatına dayanma olanağını bertaraf etmez”. Bu hükümden işbu Sözleşme’nin çocukla ilgili diğer Sözleşmeler ile beraber uygulanacağını anlamaktayız; İşbu Sözleşme, 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi gibi sadece hukuka aykırı yeri değiştirilen ve kaçırılan çocuklarla sınırlı değildir, velayet sorumluluğunu ihlal eden her türlü fiili kapsamaktadır. Ancak uygulama alanı, sadece Avrupa kıtasında bulunan devletlerle sınırlı olup diğer kıtalarda 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi uygulanabilir (bkz. Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi “Kaçırılan Çocukların İadesi”* (Beta Basım 2010) 237); İşbu Sözleşme’de çocuğun iadesinin yabancı ülke mahkemesince verilen velayet kararının tanınması ve tenfizi şartına tabi tutulması, uzun ve zor formaliteler gerektirdiğinden tercih edilmediği ve 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi’ne göre başvuru yapıldığı görülmektedir (bkz. Mehlika Aytay, “Uluslararası Çocuk Kaçırılmalarının Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesinin Uygulanması ve Karşılaşılabilir Sorunlar” (2004) 20 *Adalet Dergisi* 36-37).

3 RG 15.5.2000/23965.

4 RG 1.12.2001/24305, RG 2.5.2002/24743.

5 RG 20.1.2004/25352.

6 RG 17.11.2011/28115; “Çocuklar ile Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi”’nde alınmış tedbirlere rağmen, tayin edilmiş sürenin sonunda kişisel ilişki kurma hakkına sahip kişinin çocuğu iade etmemesi durumunda ne şekilde hareket edileceği konusunda Sözleşme’de bir düzenleme yoktur. Bu Sözleşme, kişisel ilişki kurma hakkının tabi olduğu hukuk ve yetki konusunda da hüküm içermemektedir. Bu durumda, izlenecek yolu 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi başta olmak üzere diğer ilgili Sözleşmeler gösterecektir (bkz. Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8th edn Beta Basım 2020) 189); Bununla birlikte Sözleşme’nin m. 20 (3) hükmü gereğince, AB’ne üye devletler kendi aralarında çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ihtilaflar hakkında işbu Sözleşme’yi uygulamayacaklardır. Şu halde, Brüksel IIA Tüzüğü kurallarının uygulama alanı bulacağı durumlarda işbu Sözleşme hükümleri AB’ne üye devletler arasında dikkate alınmayacaktır.

7 RG 22.5.2016/29719; “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi”, 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi’nden farklı olarak velayet sorumluluğu ile çocukların korunmasına yönelik kararların tanınması ve tenfizini düzenlemektedir. Ayrıca, hem velayet ihtilafları bakımından yetkili mahkemeyi düzenlemekte hem de m. 15-22 arasında velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuku ele almaktadır. İşbu 1996 tarihli Sözleşme’nin m. 50 hükmü uyarınca, 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi öncelikli uygulanacaktır.

zamanda, diğer deyişle derhal⁸mutad meskenine iadesinin sağlanmasıdır⁹. Bu nedenle, diğer sözleşmelerden farklı olarak Lahey Sözleşmesi’nde çocuğun mutad meskeni adli veya idari makamlarınca verilmiş olan velayet hakkına ilişkin kararların doğrudan tanınması imkanı getirilmiştir¹⁰.

Belirtilen vakaların özellikle ailenin bütünlüğü ve korunması ile Sözleşme’nin öngördüğü prosedürlerin icrası açısından taşıdığı öneme binaen, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“AİHM”)” tarafından da, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (“AİHS”)”¹¹’nin m. 6¹² ve m. 8¹³ düzenlemeleri bağlamında değerlendirmeye tabi tutulduğu anlaşılmaktadır¹⁴.

Sözleşme’ye taraf olan devlet sayısı ve taraf devletlerin mevzuatında yer alan velayet ve şahsi ilişki kurma haklarına ilişkin düzenlemelerin farklılığı nazara alındığında, Sözleşme’nin etkinliği büyük ölçüde taraf devletlerdeki uygulama başarısı ile paralellik arz etmektedir. Bu kapsamda taraf devletler, Sözleşme’nin yürürlüğünün sağlanması noktasında çeşitli pozitif düzenlemeler öngörmek durumundadır. Sözleşme’nin Türkiye’de uygulanmasını sağlamaya yönelik usul ve esaslar, 22.11.2007 tarihli ve 5717 sayılı “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun (“Kanun”)”¹⁵ ile Adalet Bakanlığı Uluslararası ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü’nün

- 8 Sözleşme m. 11 (2) uyarınca, “Müracaatta bulunulan adli veya idari makam, müracaattan itibaren 6 hafta içinde karar vermezse, talep eden veya talep edilen Devletin merkezi makamı kendi girişimi ile gecikmenin nedenlerine dair bir belge isteyebilir. Cevap, talep edilen Devletin merkezi makamına gelir ise, bu makamın, cevabı, talepte bulunulan Devletin merkezi makamına veya icabında müracaat sahibine intikal ettirmesi gereklidir.”; Çok açık olarak bütün hukukçuların bildiği üzere Türkiye gibi coğrafi bakımdan büyük ve çocuğun kaçırılabilceği yer bakımından ihtimalin fazla olduğu ve mahkemeler bakımından da adli yargı yükünün çok fazla olduğu bir ülkede kaçırılan çocuğun altı hafta içinde iadesi mümkün değildir (bkz. Bahadır Erdem, “Türk Hukukunda Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Uygulamaları (“Makale”)” (2015) 35 (2) MHB 151; Bahadır Erdem, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Türk Hukukundaki Sorunları ve Çözümü (“Seminer”)” (Özel Hukuk Meselelerinde Adli İşbirliği Çalıştayı 1980 tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması Semineri, Ankara, 22-23 Şubat 2013) 8 <<http://diabgm.dadlet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2492019162925laheycocuksemineri.pdf>> erişim tarihi 13 Mart 2020).
- 9 “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yöntünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi”, “Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi” ve “Çocuklar ile Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi”nin amacı ise esas olarak velayete ve/veya şahsi ilişki kurmaya ilişkin tedbirler alınması ve bu kararların tanınması ve tenfizidir.
- 10 Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 91; Ebru Şensöz Malkoç, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (Oniki Levha Yayınları 2017) 201-202.
- 11 RG 19.3.1954/8662.
- 12 “Adil yargılama hakkı
1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezaî alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir. Ancak demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemeye bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tim dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.
2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.
3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir: a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamamın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak; c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek; d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çekirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek; e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.”
- 13 “Özel ve aile hayatına saygı hakkı
1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.
2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir”.
- 14 Örnek kararlar için bkz. Faruk Kerem Giray, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Aile İçi Uluslararası Çocuk Kaçırma İhtilaflarına İlişkin Seçilmiş Kararları (“AİHM Kararları”)” (2015) 35 (2) MHB 173-201; “Tematik Bilgi Notu - Uluslararası Çocuk Kaçırma” <www.echr.coe.int/Documents/FS_Child_abductions_TUR.pdf> erişim tarihi 24 Şubat 2020.
- 15 RG 4.12.2007/26720.

çıkardığı 16.11.2011 tarihli ve 65/2 sayılı “Genelge”¹⁶ ile düzenlenmiştir. Genelge’nin m. 3 (1) (a) hükmünde belirttiği üzere Türkiye’nin Sözleşme için belirlediği merkezi makam, Adalet Bakanlığı’dır ve m. 5 uyarınca, Bakanlık yetkilerini Cumhuriyet savcılarını eliyle kullanır.

Avrupa Birliği (“AB”) üyesi ülkelerde, uluslararası çocuk kaçırma vakalarına yön veren tek düzenleme Lahey Sözleşmesi olmayıp 27.11.2003 tarihli ve 2201/2003 sayılı “Evlilik ve Ebeveynlik Sorumluluğuna İlişkin Hususlarda Yetki, Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Konsey Tüzüğü (“Brüksel IIA Tüzüğü”)¹⁷, uluslararası çocuk kaçırmalarına ilişkin iade prosedürünü, mahkemelerin milletlerarası yetkisini ve bu kararların yerine getirilme usulünü düzenlemektedir. Bu Tüzük Sözleşme’ye birebir benzerlik göstermekle beraber fazladan olarak Sözleşme’nin eksik bıraktığı birçok usulü konuyu düzenlemiştir. AB dışındaki çocuk kaçırma davalarında Lahey Sözleşmesi hükümleri halen yürürlükte olup, sadece Birlik içindeki davalarda (Danimarka hariç) Brüksel IIA Tüzüğü uygulanmaktadır.

Uluslararası bir sözleşme, farklı yargı alanlarında farklı bir şekilde yorumlanamayacağından Sözleşme’nin tüm akit devletlerin hukukuna göre aynı anlam ve aynı etkiye sahip olması gerekmektedir. Uluslararası özel hukuka ilişkin bir uluslararası sözleşmenin hükümlerinin yorumlanmasında “Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (“Viyana Sözleşmesi”)¹⁸’nin madde 31 ila 33 hükümlerinin gözönüne alınması gerekmektedir. Viyana Sözleşmesi’nin 31. maddesine göre, bir antlaşmanın hükümleri antlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacı ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyiniyetle yorumlanmalıdır. Şu halde, Lahey Sözleşmesi yorumlanırken önsöz ve m. 1 hükmünde Sözleşme’nin temel amacı olarak belirtilen “çocuğun bir an önce mutad meskenine iade edilmesi” hususu dikkate alınmalıdır. Sözleşme hükümlerinin farklı ülke mahkemeleri tarafından uygulanmasında birliğin temini anlamında ulusal mahkemelerce verilen kararların toplandığı INCADAT¹⁹ ve benzeri veritabanlarının faydası büyüktür. “Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı Daimi Bürosu”²⁰ da uygulamanın gelişmesini sağlamak için faaliyetlerini sürdürmektedir²¹.

Sonuç olarak, Lahey Sözleşmesi’nin uygulama alanı bulabilmesi için Sözleşme’de yer alan “mutad mesken”, “mutad mesken hukuku”, “koruma hakkı” ve “ziyaret hakkı” kavramlarının kapsamının öncelikle belirlenmesi önemlidir.

16 “Genelge No: 65/2” <www.adalet.gov.tr/Genelgeler/genelge_pdf/65-2.pdf> erişim tarihi 24 Şubat 2020.

17 Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, OJ L338 23.12.2003 1-29; Tüzük m 59 (1) uyarınca, işbu Tüzük hükümleri konusuyla ilgili diğer uluslararası sözleşmelere öncelikli uygulanacaktır.

18 “Vienna Convention on the Law of Treaties” <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf> erişim tarihi 24 Şubat 2020; Viyana Sözleşmesi 27.1.1980’de yürürlüğe girmiştir, Türkiye Sözleşme’ye taraf olmamıştır.

19 The International Child Abduction Database <www.incadat.com/en>

20 Hague Conference on Private International Law <www.hcch.net/en/governance/team-of-the-permanent-bureau>

21 İknur Altuntaş, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi* (Bilge Yayınevi 2006) 74-78; Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 46.

II. Koruma Hakkının Kapsamı

Velayet kavramının tanımı ve içeriğine ilişkin olarak hukuk sistemleri arasında farklılıklar olması nedeniyle Sözleşme'nin 5 (a) maddesinde velayet hakkı kavramı²² yerine koruma hakkı kavramı kullanılmış ve “*çocuğun şahsının bakım hakkı ve özellikle ikamet yerinin tespiti hakkı*” olarak tanımlanmıştır.

Koruma hakkı kavramı, iç hukuktaki velayet kavramı ile karıştırılmamalı, Sözleşme'nin tanımlarına, yapısına ve amacına uygun yorumlanmalıdır²³. Şöyle ki, iç hukuktaki velayet hakkı, koruma hakkından daha kapsamlı veya daha sınırlı olabilecektir²⁴. Örneğin, Suudi Arabistan, Lübnan ve Suriye'de velayet hakkı annede olsa dahi çocuğun yurtdışı seyahatinde babanın izni aranmaktadır ve hatta baba, eş ve çocuklarına yurtdışı yasağı koydurabilmektedir²⁵. Bazı ülkelerde ise ortak velayet uygulamalarına bağlı olarak velayet kararı yanında çocuğun ebeveynlerden hangisiyle birlikte kalacağı da hükme bağlanmaktadır. Böyle bir durumda velayet hakkına sahip olunmakla beraber, çocuğun meskenini değiştirme yetkisi söz konusu olmayabilecektir. Bu bağlamda, velayet hakkına sahip olunması her somut olayda koruma hakkının da elde edilmiş olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır²⁶. Bu nedenle, Sözleşme'nin uygulama alanına giren her somut olayda, Sözleşme'nin tanımladığı koruma hakkının ve bu bağlamda bu hakka aykırı bir yer değiştirme veya alıkoyma vakasının bulunup bulunmadığı mutad mesken ülkesinden temin edilecek ve bu hakkı tevsik eden belge ve mümkünse mahkeme kararlarıyla teyit edilmelidir.

Sözleşme'de yer alan koruma hakkı, Türkiye tarafından 5717 sayılı Kanun m. 3 (d) hükmünde velayet hakkı olarak nitelendirilmiş ve çocuğun bakım, gözetim ve koruma ile meskenini tayin etme hakkı olarak tanımlanmıştır. Bu şekilde, velayet hakkının kapsamı “Türk Medeni Kanunu (“TMK”)²⁷’na nazaran daraltılmış ve Sözleşme ile uyum sağlanmıştır.

TMK'da yetkilerin yanısıra sorumluluklar da düzenlenmiş olup, velayet hakkı Sözleşme'deki koruma hakkından daha kapsamlıdır. Türk hukukunda velayet hakkının

22 “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yöntünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi” ise m 1 (2) hükmünde velayet sorumluluğunu “*ebeveynlerin sahip olduğu otoriteyi veya çocuğun şahsına yahut mallarına ilişkin olarak ebeveynlerin, vasilerin veya diğer yasal temsilcilerin hak, yetki ve sorumluluklarını belirleyen benzer otorite ilişkilerini içerir*” şeklinde düzenlemiştir. “Çocuklar ile Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi”, aynı şekilde, çocuk hukukundaki güncel gelişmelere paralel olarak velayet sorumluluğu terimini kullanmıştır. Diğer yandan, anlam karşıklılığına sebebiyet vermemek için mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi aşamasında äkit devletlerin aile ve çocuk hukuku düzenlemelerindeki farklılığı gözetenek gittikçe demodeleşen velayet hakkı terimini kullanmayı bırakamamıştır. Sözleşme'nin 2. madde hükmünde kullanılan kavramların bazılarına yer verilmele birlikte gerek velayet hakkının gerekse velayet sorumluluğunun tanımına yer verilmemiştir (Faruk Kerem Giray, “Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulması Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi (“Avrupa Konseyi Sözleşmesi”)” (2010) 9 (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan 753).

23 *HCCH Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction Part I - Central Authority Practice* (Jordan Publishing Limited 2003) 19, 84 <https://assets.hcch.net/upload/abdguid_e.pdf> erişim tarihi 24 Şubat 2020; *HCCH Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction Part II - Implementing Measures* (Jordan Publishing Limited 2003) vii <https://assets.hcch.net/upload/abdguid2_e.pdf> erişim tarihi 24 Şubat 2020.

24 Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 88; Günseli Öztekin Gelgel, “Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırılmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler” (2005) 2 (8) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 131.

25 Deborah M Zawadzki, “The Role of Courts in Preventing Child Abduction” (2005) 13 *Cardozo Journal of Int'l and Comparative Law* 365-367.

26 Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 88-89.

27 RG 8.12.2001/24607.

kapsamına çocuğun bakım ve korunması için şahsı ve malları üzerinde sahip olunan hak ve görev, malların yönetimi ile çocuğun temsili girmektedir²⁸. Türk hukukunda eşler, evlilik devam ettiği müddetçe kural olarak velayet sorumluluğunu birlikte üstlenmektedir (TMK m. 336). Boşanma halinde eşler, velayet sorumluluğuna yönelik bir anlaşma yapabilirler. Ancak bu anlaşmanın veya protokolün hâkim tarafından uygun görülerek tasdik edilmesi gerekir. Hatta, kanunda düzenleme olmamakla beraber yeni Yargıtay kararlarında²⁹ boşanma halinde anne-baba anlaşırca ortak velayete karar verilebileceği kabul edilmiştir. Bununla beraber, evlilik dışı doğan çocuğun velayeti anneye aittir (TMK m. 337), biyolojik babanın çocuğu sonradan tanınması veya babalık davasına binaen çocukla kendi arasında soybağı ilişkisinin kurulması kendiliğinden velayet sorumluluğunun tesisini sağlamaz.

Sözleşme m. 5 (a) hükmünde bahsi geçen koruma hakkı kapsamındaki çocuğun oturacağı yeri belirleme hakkı, çocuğun ülke dışına çıkışını engelleme hakkından farklıdır. Çocuğun yurtdışına çıkışını engelleme hakkı oldukça dar kapsamlı olup çocuğun nerede oturacağı veya yaşayacağı konusunda bir yetki öngörmemektedir. Diğer taraftan, Sözleşme'ye üye devlet mahkemelerinin büyük çoğunluğu, koruma hakkını Sözleşme çerçevesinde yorumlarken veto kriterini (ne exeat) esas almaktadır. Diğer deyişle, çocuğun mahkemenin yargı alanının dışına çıkartılması hususunda ilgili kişinin hukuken veto yetkisi varsa Sözleşme'nin anladığı anlamda koruma hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir³⁰. Örneğin, C v C davasında³¹ İngiltere Yüksek Mahkemesi, velayet hakkını haiz anne tarafından babasının izni olmadan İngiltere'ye getirilen çocuğun mutad meskeni olan Avustralya'ya iadesine karar vermiştir. Mahkeme, babanın Avustralya hukukuna göre velayet hakkı olmamakla beraber çocuğun Avustralya dışına çıkarılmasında izninin gerekmesinin babaya dolayısıyla çocuğun yerleşim yerini belirleme hakkı verdiğiinden bahisle Sözleşme m. 3 ve 5 kapsamında babanın çocuk üzerindeki hakkını koruma hakkı olarak değerlendirmiştir.

Esasen her bir hukuk sistemi koruma hakları bakımından farklı bir terminolojiye sahip olduğundan, çocukların bakım ve kontrollerine dair hakların nasıl adlandırıldıklarından ziyade, belirtilen hakların hangi yetki ve görevleri kapsadığını nazara almak gerekmektedir. Örneğin, anneye velayet hakkının verildiği fakat, çocuğun babanın rızası olmaksızın yargı alanından ayrılamayacağını kararlaştırıldığı bir durumda, anne tarafından çocuğun yargı alanı dışına çıkarılması kanuna aykırı

28 Aytaç (n 2) 38; Serdar Çelikel, *Çocuk Haklarına Dair Uluslararası Sözleşmeler Işığında Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları* (Adalet Yayınevi 2012) 36-54.

29 Örneğin, Yargıtay 2 HD, 20.2.2017, 2016/15771E, 2017/1737K <www.lexpera.com.tr> erişim tarihi 16 Mart 2020.

30 Marilyn Freeman, "Rights of Custody and Access under the Hague Child Abduction Convention-A Questionable Result?" (2000) 31 California Western International Law Journal 42; Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 89 dn 420; Sara E. Reynolds, "International Parental Child Abduction: Why We Need to Expand Custody Rights Protected under the Child Abduction Convention" (2006) 44 (3) Family Court Review 465, 472-473; Marguerite C. Walter, "Toward the Recognition and Enforcement of Decisions Concerning Transnational Parent-Child Contact" (2004) 79 *New York University Law Review* 2387-2388.

31 C v C (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad) (1989) 1 WLR 654 <www.incadat.com/en/case/34> erişim tarihi 11 Nisan 2020; Aksi yönde karar için bkz. *Croll v Croll* 229 F.3d 133 (2d Cir. September 20, 2000 cert. den. Oct. 9, 2001) <www.incadat.com/en/case/313> erişim tarihi 11 Nisan 2020.

olacaktır. Sözleşme'nin uygulama alanına giren bu tür vakalarda mahkemelerin, koruma haklarının yabancı bir hukuk sisteminde kendilerinininkine nazaran oldukça farklı şekilde düzenlenmiş olabileceğini gözönünde bulundurmaları ve iade prosedürünü buna göre şekillendirmeleri önemlidir. Bu nedenle, koruma hakkı ve içeriği konusunda taraf devlet hukuk sistemlerinde yer alan mevzuat ve uygulamaların ulaşılabilirliği ve bu irtibatın sağlanması noktasında özellikle merkezi makamların etkinliği hayati öneme sahiptir³².

Örneğin, Alman hukukunda, velayet hakları konusu çocuğun evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olmasına göre farklılık arz etmekte olup, evlilik içi çocuk üzerinde anne veya babadan birisinin velayet hakkı bir mahkeme kararı ile kaldırılmadıkça ortak velayet söz konusudur. Ayrılma veya boşanma durumunda da aksine bir mahkeme kararı olmadığı sürece ortak velayet devam etmektedir. Evlilik dışı doğan çocuğun velayet hakkı ise otomatikman anneye tanınmakta ancak anne ve baba ortak bir beyan vermek suretiyle ortak velayet hakkına kavuşabilmektedir. Bunun yanı sıra, Alman hukukunda tek taraflı velayet hakkına sahip olan veya çocuğun ikamet yerini tayin etme hakkına sahip olan ebeveyn, diğer ebeveynin rızası olmadan çocuk ile beraber başka bir ülkeye gitme hakkına sahiptir. Bu çerçevede, belirtilen hakka sahip olan ebeveynin çocuğun mutad meskenini değiştirme girişimi, kendisine tanınan hak çerçevesinde diğer ebeveynin koruma hakkını ihlal etmediğinden, Lahey Sözleşmesi anlamında bir kaçırma veya alikoyma durumu söz konusu olmayacaktır³³.

Diğer bir olayda, tüm hayatı boyunca Amerika Birleşik Devletleri'nde yaşamış ve ebeveynleri boşanmış olan altı yaşındaki çocuğun annesinin velayet hakkına, babasının ise şahsi ilişki kurma hakkına sahip olduğu, annenin çocuğu asıl memleketleri olan İskoçya'ya götürdüğü ve çocuğun ABD'ye iadesini sağlamak için babası tarafından yapılan başvuruyu üzerine görülmekte olan davada mahkeme; babanın şahsi ilişki kurma hakkı kapsamında çocuğun mutad meskenini değiştirilmesi halinde bilgilendirilme hakkına sahip olmasının Sözleşme hükümleri uyarınca çocuğun mutad meskenini tayin etme hakkını kendisine tanımayacağını belirterek, çocuğun babasının bilgisi ve rızası dışında velayet hakkı sahibi olan annesi tarafından İskoçya'ya getirilmesinin Sözleşme kapsamında haksız bir götürme sayılamayacağı gerekçesiyle çocuğun iadesi talebini reddetmiştir. Çünkü velayet hakkına tek başına sahip olan anne, çocuğun mutad meskenini de tek başına belirleyebilir³⁴.

Lahey Sözleşmesi'nin uygulanmasından kaynaklanan sorunlar, taraf devletlerin milli mahkemelerinin kararlarına konu olduğu gibi AİHM içtihatlarına da konu olmaktadır.

32 Şebnem Nebioğlu Öner, "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması ve Kısa Bir İhtihat Analizi" (2014) 115 TBB Dergisi 483.

33 Ralf Helmers, "Almanya'da Aile Mahkemelerinde Göritlen Uluslararası Çocuk Kaçırma Davalarının Adli Prosedürü ve Alman Kanunlarındaki Konuya İlişkin Hukuki Düzenlemeler" (Özel Hukuk Meselelerinde Adli İşbirliği Çalıştayı 1980 tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması Semineri, Ankara, 22-23 Şubat 2013) 60 <<http://diabgm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2492019162925laheycocuksemineri.pdf>> erişim tarihi 13 Mart 2020.

34 *Seroka v Bellah* 1995 SLT 204 <www.incadat.com/en/case/72/> erişim tarihi 11 Nisan 2020.

Bir davada AİHM'e başvuru yapan Bayan X, 2004 yılında Avustralya'da yaşarken ve başkasıyla evliyken, Bay T adlı başka bir erkekle ilişki yaşamaya başlamış ve onun evine taşınmıştır. 2005 yılında çiftin bu evlilik dışı ilişkisinden bir kızları olmuştur. Çocuğun doğum belgesine biyolojik babasının adı yazılmamıştır. Bayan X ile T'nin ilişkisi sonradan kötüye gitmiş ve Bayan X, 17 Temmuz 2008 tarihinde, 3,5 yaşındaki kızını da yanına alarak Avustralya'dan, Letonya'ya gitmiştir. Bunun üzerine 2008 yılının Kasım ayında, Letonya ilk derece mahkemesi; çocuk ile baba arasında nesep ilişkisi tesis eden Avustralya mahkemesinin verdiği tanıma kararını dikkate alarak T'nin rızası dışında ve yasaya aykırı olarak uzaklaştırıldığına karar vermiştir. Karar temyiz edilmiş, (Letonya) Riga Bölge Mahkemesi de ilk derece mahkemesinin kararını onayarak, çocuğun Avustralya'ya iade edilmesine karar vermiştir. Bunun üzerine Bayan X, AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine dayanarak; Letonya mahkemesinin Lahey Sözleşmesi uyarınca kızının Avustralya'ya iade etmesine karar vermesini; AİHS'nin 8. maddesinin güvence altına aldığı aile hayatına saygı hakkının bir ihlali olduğunu iddia etmiştir. AİHM bu iddia üzerine, Letonya makamlarının, Lahey Sözleşmesi'nin 13 (b) maddesi kapsamında, çocuk açısından ciddi bir risk bulunması ihtimalini ortaya koyan bilirkişi raporunu incelemeyi reddetmesini, usulü yükümlülükler aykırılık olarak değerlendirmiş ve Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bir görüşe göre³⁵, AİHM'in, X v Letonya kararı dört önemli özellik ihtiva etmektedir. Kararın birinci özelliği, evlilik dışı çocuğun, biyolojik babasınca sonradan tanınmasına istinaden Lahey Sözleşmesi kapsamında iadesinin talep edilebilmiş olunmasıdır. Gerçekten de Sözleşme, evlilik dışı (biyolojik) babanın da koruma hakkına sahip olabileceğine imkân vermektedir³⁶.

Sözleşme, ebeveynlere çocuğun mutad meskeninden başka bir ülkeye götürülmesi konusunda, sadece bunun diğer ebeveyn veya kanuni temsilcinin koruma hakkını ihlal etmesi durumunda sınırlama getirmektedir. Sözleşme'nin m. 3 (a) ve (b) bentleri uyarınca, yalnızca çocuğun yer değiştirmesinden veya geri dönmemesinden önce mutad meskeninin bulunduğu devlet kanunu tarafından, bir şahsa, müesseseye veya başka bir kuruma, tek başına veya müştereken verilen koruma hakkının ihlali söz konusu ise ve bu hak yer değiştirme veya geri göndermeme anında tek başına veya müştereken fiili biçimde³⁷ kullanılmakta veya bu olaylar meydana gelmesi kullanılacak idi ise, çocuk gayrikanuni yollardan götürülmüş veya alıkonulmuş sayılacaktır. Evlilik birliği içinde iken çocuğun velayet hakkının müştereken anne babada olması veya ayrılık halinde çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülke kanununun ortak velayete karar vermesi halinde anne ve babadan birinin diğerinin izni olmaksızın çocuğu diğer bir taraf ülkeye götürmesi durumunda ya da herhangi bir mahkeme kararı veya idari karar ile çocuğun velayetinin bırakıldığı tarafın iznini almaksızın diğer tarafın çocuğu mutad meskeni

35 Giray, "AİHM Kararları" (n 14) 181-183.

36 X v Letonya < <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-138992> erişim tarihi 17 Mart 2020.

37 Bu hakkın fiilen kullanılıp kullanılmadığı hakim tarafından re'sen her davada ayrı olarak incelenmelidir (Gonca Gülfem Bozdağ, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri* (Yetkin Yayınları 2014) 90).

devletinden başka bir taraf devlete götürmesi durumunda Sözleşme uyarınca ortada hukuka aykırı bir durum vardır. Bu hukuki durum uluslararası çocuk kaçırma fiili olarak kabul edilmektedir ve Sözleşme başlığında bu şekilde yer almaktadır³⁸. Sözleşme'nin başlığında geçen kaçırma terimi 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı "Türk Ceza Kanunu ("TCK")"³⁹ nun 234. maddesinde⁴⁰ geçen çocuk kaçırma terimi ile önemli ölçüde örtüşmektedir. Ancak TCK düzenlemesi, çocuk kaçıran veya alıkoyan bir kişi hakkında uygulanacak cezai yaptırım düzenlemekle birlikte Sözleşme, kaçırılmış çocuğun iadesi hakkındadır.

Çocuğun mutad mesken hukuku, çocuğun yerinin değiştirilmesi suretiyle ihlal edilmiş bulunan bir koruma hakkının bulunup bulunmadığını saptayarak çocuğun yerinin değiştirilmesi veya alıkonmasının haksız olup olmadığını belirler⁴¹. Sözleşme, geride kalan koruma hakkı sahibinin bu hakkına odaklanmak suretiyle en basit ve pratik formülü kabul etmiş görünmektedir⁴². Sözleşme içeriğinden çocuğun yerini hukuka aykırı olarak değiştirebilecek olası kişilerin kimler olabileceği tam olarak anlaşılmamaktadır. Fakat, çocuğun yerini hukuka aykırı olarak değiştirebilecek veya onu haksız olarak alıkoyabilecek kişilerin başında anne ve babasının geldiğini öncelikle kabul etmek gerekir⁴³.

Sözleşme m. 3 uyarınca, koruma hakkı, kanuni bir yetkiden, adli veya idari bir karardan veya çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna göre geçerli kabul edilen eşler arasındaki bir anlaşmadan doğabilir⁴⁴. Bu liste sınırlayıcı değildir. Hakim, geçerli bir koruma hakkının olup olmadığını tespit ederken m. 8 (f)⁴⁵ hükmü uyarınca çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin merkezi

38 Aysel Çelikel ve Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn Beta Basım 2020) 301; Erdem, "Makale" (n 8) 150, 156; Erdem, "Seminer" (n 8) 7; İnci Ataman Figanmeşe, "Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi" (1999) Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan 60; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 6) 176-177; Ziya Akıncı ve Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Aile Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2010) 242-243.

39 RG 12.10.2004/25611.

40 "(1) Velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısmının, onaltı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırması veya alıkonması halinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.

(2) Fiil cebir veya tehdit kullanılarak işlenmiş ya da çocuk henüz oniki yaşını bitirmemiş ise ceza bir katı oranında artırılır.

(3) Kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

41 Ataman Figanmeşe (n 38) 66.

42 Akıncı ve Demir Gökyayla (n. 38) 221.

43 Sözleşme'nin, çocuğun sadece kendi babası veya annesi tarafından kaçırılması halinde değil, çocuğun velayet hakkına gelecekte sahip olması muhtemel olan anneanne, dede gibi kişiler tarafından kaçırılması halinde de uygulama alanı bulabileceğine dair görüşler için bkz. Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 26-30.

44 "Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizine İle Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi" ise salt velayete ilişkin kazai veya idari makam kararlarının tanınması ve tenfizine binaen çocuğun iadesini öngörmektedir. Sözleşme, idari makamlar tarafından alınacak velayet kararlarının tanınması ve tenfizine de imkân tanımaktadır. 8. madde "velâyete ilişkin davadan önce çocuğun kaçırılması fiili gerçekleşmişse veya bu dava sırasında çocuğun kaçırılma fiili gerçekleşmişse, herhangi bir makama çocuğun iadesi için bu fiilin gerçekleştiği andan itibaren 6 ay içinde başvurulması halinde, tanıma ve tenfize gerek olmadan çocuğun iadesi için derhal karar verileceğini" düzenler. Ancak bu durumun gerçekleşmesi için aynı madde haksız götürme konusunda karar veren makâmın çocuğun anası, babası, ve kendisinin aynı milli hukuka sahip olmasını ve çocuğun mutad meskeninde bu milli hukuk ülkesinde olmasını aramaktadır.

45 "...Müracaata,

e) Yararlı kararların veya anlaşmaların onaylı bir örneğinin;

f) Devletin konu ile ilgili kanuna dair, merkezi makamdan veya mutad ikametgâh Devletinin başka bir yetkili makamından veya başka bir yetkili şahıstan muta bir belge veya onaylı bir beyanın;

g) Faydalı tüm başka belgelerin;

eklenmesi veya müracaatın sözkonusu belgelerle takviye edilmesi gereklidir".

makamından veya başkaca yetkili makamından⁴⁶ konuya ilişkin bir belge veya onaylı bir beyan talep edebileceği gibi m. 14⁴⁷ hükmünde belirtildiği üzere çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin kanuni düzenlemeleri ile bu devlet mercileri tarafından verilmiş, tanınmış veya tanınmamış kararları doğrudan gözönünde bulundurabilir. Sözleşme'nin uygulanabilmesi için çocuğun iadesini talep eden tarafın çocuğun kaçırılma öncesi mutad meskeni devletinden koruma hakkının kendisinde olduğunu gösteren bir mahkeme kararı alması gerekmeyele beraber m. 15⁴⁸ hükmüne göre, bu hususa yönelik bir kararın veya bir belgenin alınması mümkün olduğu ölçüde talep edilmektedir ve taraf devletlerin merkezi makamları iade talep eden tarafa bu konuda yardımcı olma mükellefiyeti altındadır. Ancak maddenin uygulanması iade davasını sürüncemede bırakacaksa iade davasını ele alan mahkeme m. 15 hükmüne başvurmadan vazgeçebilir ve haksız götürme veya alıkoymanın meydana gelip gelmediğini belirlemek için çocuğun mutad mesken hukukuna ilişkin bildirim dikkate alabilir⁴⁹. Sözleşme, gerek merkezi makamların gerekse mahkemelerin birbiri ile iletişimini oldukça kolaylaştıran hükümlerin yanısıra uluslararası istinabe yöntemlerine gerek kalmadan merkezi makamlar aracılığıyla arzu edilen her türlü bilgi ve belgenin m. 23 uyarınca, herhangi bir onay sürecine tabi olmadan teminini öngörmektedir⁵⁰. Çocuğun mutad meskeni devletinden temin edilen bilgi ve belgeler bağlayıcı olmayıp burada iade talep edilen mahkemenin takdir yetkisinin bulunması gerek koruma gerekse ziyaret hakkının yorumunda mahkeme kararlarında uyumsuzluğa yol açmaktadır⁵¹.

Sözleşme m. 3 hükmünün geniş yorumlanması sonucu, geçici velayet kararlarının ihlal edilerek çocukların taraf devletlerden birine götürülmesi ve alıkonması halinde de haksız götürme veya alıkonma olduğu kabul edilmektedir⁵². Diğer taraftan, Colorado Mahkemesi tarafından çocuğun velayetinin geçici olarak anneye verilmesi ve babanın aile konutunu terk etmesi konusunda ihtiyati tedbir kararı verilmesi üzerine annenin birkaç hafta sonra çocuğu İngiltere'ye götürmesi üzerine açılan iade davasında İngiliz Mahkemesi; çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden haksız olarak götürüldüğüne ve mutad meskeninin bulunduğu ülkeye iade edilmesine karar vermiştir. Mahkeme, yaptığı yargılama neticesinde baba ile annenin henüz resmi

46 Paralel bir düzenleme öngören "Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi" m 5 uyarınca, çocuğa yönelik koruma tedbirlerinin alınması ve yürütülmesi konusunda yetkili mercii, çocuğun mutad mesken makamlardır.

47 "Talepe bulunulan Devletin adli veya idari makamları, 3. madde çerçevesinde kanuna aykırı bir yer değiştirme veya geri dönmeme halinin mevcudiyetini belirlemek amacıyla, çocuğun mutad ikametgâhi Devletindeki hukuku ve tanımını veya tanınmamış kararları, bu hukukun kanıtını veya ayrıca uygulanabilir yabancı kararların tanınmasına ilişkin belirli usulleri doğrudan doğruya gözönünde bulundurabilir".

48 "Taraf bir devletin adli veya idari makamları, çocuğun dönmelerini emretmeden önce, müraعاتçı tarafından, yer değiştirme veya geri dönmemenin, Sözleşme'nin 3. maddesine göre, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkeye iade edilmesi için önceden mutad meskeninin bulunduğu ülke makamlarından alınmış velayete veya kişisel ilişki kurma hakkına dair bir kararın varlığının gerekmediği gibi böyle bir kararın mevcut olması durumunda bunun çocuğun haksız olarak götürüldüğü veya alıkonulduğu devlette tanınması ve tenfiz edilmesi zorunluluğunun da bulunmadığına dikkat çekilmiştir (Yargıtay 2 HD, 15.6.2010, 2010/124E, 2010/11846K <www.lexpera.com.tr> erişim tarihi 16 Mart 2020).

49 Akıncı ve Demir Gökyayla (n 38) 226, 228; Altıntaş (n 21) 164; Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 90-91, 118; Yargıtay, bu kararında Sözleşme'nin 15. maddesine göre, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkeye iade edilmesi için önceden mutad meskeninin bulunduğu ülke makamlarından alınmış velayete veya kişisel ilişki kurma hakkına dair bir kararın varlığının gerekmediği gibi böyle bir kararın mevcut olması durumunda bunun çocuğun haksız olarak götürüldüğü veya alıkonulduğu devlette tanınması ve tenfiz edilmesi zorunluluğunun da bulunmadığına dikkat çekilmiştir (Yargıtay 2 HD, 15.6.2010, 2010/124E, 2010/11846K <www.lexpera.com.tr> erişim tarihi 16 Mart 2020).

50 Bozdağ (n 37) 88-89.

51 Freeman (n 30) 41.

52 Altıntaş (n 21) 166-167; Nimet Özbek Hadimoğlu, *Milletlerarası Usul Hukukunda Geçici Hukuki Koruma* (Yetkin Yayınları 2013) 71.

olarak boşanmalarından ötürü çocukları üzerindeki müşterek velayetin devam ettiğini belirterek çocuğun İngiltere'ye getirilmesini haksız bulmuş ve iadesine hükmetmiştir⁵³. Türk hukukunda da aile hukukuna ilişkin kararlar, kesinleşmedikçe yerine getirilemezler ve devam eden boşanma davalarında verilen geçici velayet kararları sonucu çocuğun anne yanında kalması eşlerin velayet sorumluluğuna beraber sahip olmaları durumunu değiştirmez. Sonuç olarak, geçici velayetin ihlali çocuğun iadesi nedeni oluşturmakla beraber geçici velayet hakkı kişiye çocuğun ikametini yurtdışına taşıma hakkını vermemektedir.

Sözleşme'nin m. 14 hükmü, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet kanunu demektir. Ancak bu devletin kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınıp alınmayacağı açık değildir. Prensip olarak, milletlerarası sözleşmelerin uygulanmasında atıf genellikle dikkate alınmamaktadır. Bununla beraber, Sözleşme'nin temel amacı, çocuğun kaçırılmadan önceki statüsünü korumak olup çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun konuya yaklaşımının aynen esas alınması, Sözleşme'nin amacına uygun olacaktır⁵⁴. Diğer taraftan, atfın kabulüyle, Sözleşme'nin çok daha bir geniş şekilde velayet hakkını kapsamına alacağı ve kaçırılan çocukların daha çok korunmaları için çaba gösterilmesini sağlayacağı düşünülmektedir⁵⁵. Dolayısıyla, Sözleşme kapsamında geçerli bir koruma hakkının bulunup bulunmadığı çocuğun mutad meskeni hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği yetkili hukuka göre belirlenecektir. Türk mahkemelerindeki yargılamalar bakımından çocuğun mutad meskeninin Türkiye'de bulunması, koruma hakkına mutlak surette Türk maddi hukukunun uygulanacağı anlamına gelmez. Çocuk Türk vatandaşı ise TMK'nın ilgili hükümleri gereğince kimin koruma hakkına sahip olduğu veya olacağı tespit edilecektir. Çocuk yabancı devlet vatandaşı ise kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği yetkili devlet hukukuna göre koruma hakkı belirlenecektir⁵⁶. Bir görüşe göre⁵⁷, Sözleşme'ye yapılacak bir değişiklikle, açıkça yetkili kılınmış olan hukuka külli atıfta bulunulmuş olduğu ve bu atfın nerede kesileceğine ilişkin bir hüküm eklenmelidir.

Türk hukukuna göre kanundan doğan velayet hakkı, boşanma istisna olmak üzere 27.11.2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ("MÖHUK")⁵⁸ m. 17 uyarınca, soybağını kuran hukuka (MÖHUK m. 16⁵⁹)

53 *Re F (A Minor)* (Abduction: Custody Rights Abroad) [1995] Fam 224, [1995] 3 WLR 339, [1995] Fam Law 534 <www.incadat.com/en/case/8> erişim tarihi 11 Nisan 2020.

54 Akıncı ve Demir Gökyayla (n 38) 234-235.

55 Altuntaş (n 21) 163.

56 Ataman Figanmeşe (n 38) 73; Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 92-93; "Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi" m. 16 (1) hükmü uyarınca, adli veya idari makamın müdahalesi olmaksızın velayet sorumluluğunun kanundan doğması veya sona ermesi, çocuğun mutad meskeni hukukuna tabidir. Mutad mesken hukuku, m. 21 hükmü uyarınca, kanunlar ihtilafı kurallarını da kapsamaktadır ancak atıf, şartlı olarak kabul edilmiştir.

57 Ataman Figanmeşe (n 38) 72.

58 RG 12.12.2007/26728.

59 "(1) Soybağının kuruluşu, çocuğun doğum anındaki milli hukukuna, kurulamaması hâlinde çocuğun mutad meskeni hukukuna tabidir. Soybağı bu hukuklara göre kurulamıyorsa, ananın veya babanın, çocuğun doğum anındaki milli hukuklarına, bunlara göre kurulamaması hâlinde ana ve babanın, çocuğun doğum anındaki müşterek mutad mesken hukukuna, buna göre de kurulamıyorsa çocuğun doğum yeri hukukuna tâbi olarak kurulur."

tâbidir. Ancak ana, baba ve çocuğun müşterek millî hukuku bulunuyorsa, soybağının hükümlerine o hukuk, bulunmadığı takdirde müşterek mutad mesken hukuku uygulanır. Görünmekte olan boşanma davalarında velayet hakkı, MÖHUK m. 14 (3) uyarınca, eşlerin müşterek milli hukukuna, taraflar ayrı vatandaşlıkta iseler müşterek mutad mesken hukukuna, bulunmadığı takdirde Türk maddi hukukuna göre hükme bağlanacaktır. Ancak aynı maddenin 4. fıkrasına göre, geçici tedbir taleplerinden doğan velayet hakkına Türk maddi hukuku uygulanacaktır. Burada, MÖHUK m. 4 (b) dikkate alınmalıdır. Şöyle ki, birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku esas alınacaktır. Çocuğun bakım ve gözetim sorumluluğunun evlatlık ilişkisinden doğması halinde evlat edinmenin hüküm ve sonuçlarına ilişkin bir mesele söz konusu olup MÖHUK m. 18 (3) uyarınca, evlat edinmenin milli hukukuna, birlikte evlat edinmede ise evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka (MÖHUK m. 13 (3)⁶⁰) tabidir. Bir müessese veya kurumun çocuk üzerinde koruma hakkına sahip olması halinde MÖHUK m. 10 uyarınca, Türk hukuku uygulanır. Ancak mutad meskeni Türkiye’de bulunan yabancı çocuklar üzerinde kimi kurumların sahip olabileceği koruma hakkı, işbu maddeden bağımsız olarak iki taraflı sözleşmelere göre tespit edilecektir. İki taraflı kimi konsolosluk sözleşmelerinde konsoloslar, temsil ettikleri devletin vatandaşlığında bulunan küçüklerin korunmasına ilişkin yetkilere sahiptirler⁶¹. Diğer taraftan, velayetin kamu düzenini ilgilendiren bir konu olması nedeniyle MÖHUK m. 5 uyarınca uygulanacak maddi hukuk kurallarının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması ve çocuk yararına bir sonuca ulaşmayı engelleyici kurallar içermesi halinde Türk hukukunun ilgili maddi hükümleri uygulanacağı unutulmamalıdır. Yargıtay’ın kimi kararlarında velayeti kamu düzeninden bir konu olarak görerek kamu düzenini emredici kurallar gibi uygulaması hatalıdır. Buna mukabil, birçok kararında kamu düzeni süzgecini çocuğun yararı ilkesine bağlı tutarak her somut olayda istisnai uygulaması yerindedir⁶².

ABD Merkezi Makamı’ndan yapılan başvuru üzerine Ankara 25. Asliye Hukuk Mahkemesi’nde görülen bir çocuğun iade davasında; Amerikan vatandaşı anne ile ABD/Türk uyruklu babanın evlilik dışı ilişkisinden olan çocuğun babası tarafından annenin rızası hilafına Türkiye’ye getirildiği bildirilerek çocuğun mutad meskenine iadesi istenmiştir. Dostane çözüm girişimlerinden sonuç alınmadığı için anılan mahkemede açılan iade davası sonucunda mahkeme, iade talebinin reddine karar vermiştir. Kararın temyiz incelemesi sonucunda verilen bozma kararında; evlilik dışı ilişkiden dünyaya gelen çocuğun babası tarafından mutad meskeninden alınarak Türkiye’ye getirildiği, anne ve çocuğun Amerikan vatandaşı, babanın ise Türk vatandaşı olması itibarıyla çocuk ile anne arasındaki şahsi ve mali ilişkilere annenin

60 “... (3) Evliliğin genel hükümleri, eşlerin müşterek milli hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır.”

61 Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 95 dn 445.

62 Öztekin Gelgel (n 24) 128.

milli hukuku, çocuk ile baba arasındaki şahsi ve mali ilişkilere babanın milli hukuku olan Türk hukukunun tatbikinin gerektiği belirtilerek TMK m. 337 hükmü uyarınca anne ve babanın evli olmaması nedeniyle velayetin anneye ait olacağı, velayetin anneden alındığına veya kaldırıldığına dair bir karar mevcut olmadığı için küçüğün velayetinin annede olduğu kabul edilmiş ve davanın çocuğun mutad meskeninden alınarak Türkiye'ye getirildiği tarihten 5 ay 2 gün geçtikten sonra açıldığı gözönüne alınarak Sözleşme'nin m. 12 (1) hükmündeki iade şartlarının gerçekleştiği tespit edilmiş ve baba hakkında ABD makamlarınca verilen kararlar ve alınan önlemlerin bu davaya etkisinin olmadığı ve çocuğun yararının ana ve babalık duygularından önce dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır⁶³. Yargıtay, çocuğun Türkiye'ye getirilmesinin Lahey Sözleşmesi kapsamında haksız olup olmadığını tespiti için velayet hakkının ihlal edilip edilmediğini ABD hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukuka göre uygulanacak hukuku tespit etmeden doğrudan TMK ve MÖHUK hükümlerini dikkate almıştır. Kararda çocuğun mutad mesken hukuku olan ABD kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği devletin ilgili maddi hukuk hükümleri uygulanmalıydı. ABD kanunlar ihtilafı kuralları Türk kanunlarına atıfta bulunuyorsa o zaman TMK'nın velayete ilişkin hükümleri gözönüne alınmalıydı. Diğer taraftan, Yargıtay'ın yerleşik görüşü, çocuğun yararının kamu düzeninin müdahalesinin koruması altında bulunduğu (Anayasa m. 41 uyarınca devletin çocuğu koruma görevi vardır) ve öncelikli olarak gözetileceği yönündedir. Velayetin kamu düzenini ilgilendiren bir konu olması, olaydaki gibi Türk hukukunun doğrudan uygulanması sonucunu doğurmamaktadır. Öncelikli olarak yapılması gereken şey Sözleşme uyarınca uygulanacak hukukun tespit edilmesi ve bu hukukun yabancı olması, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması ve çocuk yararına bir sonuca ulaşmayı engelleyici kurallar içermesi halinde MÖHUK m. 5 uyarınca hukukumuzun ilgili maddi hükümlerinin uygulanmasıydı.

Sözleşme m. 4 uyarınca, Sözleşme hükümleri, koruma veya ziyaret haklarının ihlalden hemen önce, mutad meskeni taraf devletlerden birinde bulunan ve on altı yaşından küçük olan çocuklar için uygulanabilecektir. Sözleşme'nin uygulama alanı bulabilmesi için, çocuğun mutad meskeninin taraf devletlerden birinde bulunması gerekmekte olup bununla kastedilen, çocuğun yer değiştirme eyleminden hemen önceki fiili yaşam merkezidir. Mutad mesken kavramı bağlayıcı bir faktör olup kişiyi bir yere, bir hukuk sistemine tabi kılma vasıtasıdır. İnsanların giderek daha mobil bir hayat sürmeye başladığı nazara alınarak uluslararası birçok metinde mutad mesken kavramının bir bağlama ölçütü olarak kullanıldığı görülmektedir. Sözleşme'de koruma hakkı ile ziyaret hakkı tanımlanmış ancak mutad mesken kasıtlı olarak tanımlanmamıştır. Lahey Sözleşmeleri'nde hukuki bir kavram olan ikametgâh kavramının hukuktan hukuka farklılık arzetmesinin yaratmış olduğu vasıflandırma problemlerinden kaçınmak amacıyla fiili bir durum olan mutad mesken kavramı

63 Yargıtay 2 HD, 3.6.2003, 2002/802E, 2003/417K (Altuntaş (n 21) 173-174).

tercih edilmiş ama tanımı bilinçli olarak yapılmamıştır⁶⁴. Bu bağlantının tanımlanması noktasında kimi hukuk sistemlerinin bir yerde kalış süresi gibi daha şekli bir kriterden hareket ettiği, bazı hukuk sistemlerinde ise kalış amacı da sorgulanmak suretiyle daha çok niyet bazlı bir bağlantı arandığı görülmektedir⁶⁵. Sözleşme’de yer değiştirmeden hemen önceki mutad mesken denilmek suretiyle bağlama noktasının değişken niteliği önlenmiş ve bağlama noktası sabitleştirilmiştir. Bu sebeple, kaçırılmadan sonra çocuğun mutad meskeninin değişmesi ve çocuğun başka bir ülkede yaşıyor olması, uygulanacak hukuk konusunda bir değişiklik yaratmayacaktır⁶⁶.

Çocuğun kaçırılmasından itibaren 1 yıl içinde başvurunun yapılması halinde iadeden kaçınma sebepleri Sözleşme m. 13⁶⁷ ve m. 20⁶⁸ hükümlerinde sayılmıştır. Sözleşme’nin m. 13 (1) (a) hükmü uyarınca, velayet hakkı sahibinin izni iadeden kaçınma sebebidir. Ancak bu rızanın çocuğun mutad meskeninin değiştirilmesine yönelik olması gerekir. Çocuğun velayet sahibi olmayan anne veya babası ile şahsi ilişki kurma kapsamında, örneğin, bayram veya tatil için velayet hakkına sahip ebeveyninin rızası ile yurt dışına çıkartılması bu madde çerçevesinde muvafakat olarak yorumlanmamalıdır. Böyle bir durumda çocuğun geri getirilmemesi alıkoyma durumunu oluşturacaktır⁶⁹. Diğer taraftan, imkânsızlık, mücbir sebep veya filli bir engel olmamasına rağmen çocuğun alıkonulmasına uzun süre sessiz kalınması, çocukla irtibat kurulmaması çocuğun hukuka aykırı olarak kaçırılmasına veya alıkonulmasına rıza gösterildiği anlamına gelebilir. Örneğin, velayet hakkını haiz ebeveynin çocuğun iadesi için kendisini kaçıran veya alıkoyanlarla hiçbir temasta bulunmayıp salt çocukla mektuplaşarak iletişim kurmaya çalışması iadenin ne ölçüde arzu edildiği veya samimi olduğu hususunda tereddüt uyandırabilir⁷⁰.

64 Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 6) 36-37; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22th edn Beta Basım 2017) 123-124; Paul R Beaumont ve Peter E McEleavy, *The Hague Convention on Child Abduction* (Oxford University Press 1999) 89; “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi”nde de mutad mesken kavramının tanımı yapılmamıştır (Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 257).

65 Geniş bilgi için bkz. Ali Gümrak Tokar, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun Mutad Meskeni Kavramı* (Adalet Yayınevi 2020); Ebeveynlerin iradelerine veya velayet sorumluluğuna bakarak çocuğun mutad meskenini tespit etmenin çocuğun menfaatine aykırı olacağını, bu nedenle mutad meskenin çocuğun yaşına ve olgunluğuna göre belirlenmesi gerektiğini ve çocuk merkezli yaklaşımı savunan ama bebeklerin bunun istisnası olduğu yönündeki görüş için bkz. Celikel ve Erdem (n 38) 307-308, Erdem, “Makale” (n 8) 154-155, Erdem, “Seminer” (n 8) 9-11, Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 84-88, İlyas Arslan, *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı* (Oniki Levha Yayınları 2014) 146-149, Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 6) 180; Anne ve babanın evli olmaması durumunda çocuğun mutad meskeninin anneye bağlı olarak tayin edileceği, çocuğun mutad meskeninin belirlenmesinde yaşa bağlı ayırım yapılması ve bu kapsamda küçük yaşta çocukların mutad meskeninin anne ve baba veya duruma göre anneye bağlı olarak, daha büyük yaşta çocukların mutad meskeninin ise çocuğun gerçek bağının olduğu yer nazara alınarak belirlenmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Peter McEleavy, “Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi Kapsamında Mutad Mesken” (Özel Hukuk Meselelerinde Adli İşbirliği Çalıştayı 1980 tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulanması Semineri, Ankara, 22-23 Şubat 2013) 36-38 <<http://diabgm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDo kuman/24920191629251aheycocukseminer.pdf>> erişim tarihi 13 Mart 2020.

66 Akıncı ve Demir Gökyayla (n 38) 233.

67 “Yukarıdaki madde hükümlerine rağmen, talepte bulunulan Devletin adli veya idari makamı, geri dönmeye itiraz eden kişi, kurum veya örgüt: a) Çocuğun şahsının bakımını üstlenmiş bulunan kişi, kurum veya örgütün, yer değiştirme veya alıkoyma döneminde koruma hakkını etkili şekilde yerine getirmediğini veya yer değiştirmeye veya alıkoymaya muvafakat emiş olduğunu veya daha sonra kabul emiş olduğunu veya, b) Geri dönmemesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde, münasabah edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risk olduğunu tesbit ederse, çocuğun geri dönmemesini emretmek zorunda değildir. Adli veya idari makam keza çocuğun, geri dönmek istemediğini ve görüşünün gözönünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğunu gözlerse, geri dönmemesini emretmeyi reddedebilir.”

68 “Çocuğun, 12. madde hükümleri uyarınca geri dönmese, talepte bulunulan Devletin insan haklarının korunması ve temel hürriyetlerine ilişkin ilkeleri izin vermiyor ise, reddedilebilir.”

69 Akıncı ve Demir Gökyayla (n 38) 222; Aytaç (n 2) 51; Erdem, “Makale” (n 8) 157; Erdem, “Seminer” (n 8) 11-12; Öztekin Gelgel (n 24) 135.

70 Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 127.

Sözleşme'nin m. 13 (1) (b) hükmü uyarınca, iade talep edilen mahkeme, geri dönmesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde, müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risk olduğunu tesbit ederse, çocuğun geri dönmesini emretmek zorunda değildir. Aralık 2019 itibariyle süregelen Covid-19 pandemisinin bu hüküm kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu tartışmalıdır. Şöyle ki; pandemiye ilişkin veriler her an değişebilmektedir ve bu şartlar altında mahkemelerin kesin bir karar vermesi zorlaşmaktadır. Bu nedenle, şunki uygulama mümkün olduğunca mevcut durumun muhafazası yolundadır. Nitekim İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi Aile Bölümü yeni tarihli bir davada bu doğrultuda karar vermiştir. İade talebinde bulunan baba ve velayet hakkını haiz anne İspanyol vatandaşıdır. İspanyol Mahkemesi tarafından verilen velayet kararında taraflardan birinin adres değiştirmesi halinde diğer tarafa bildirimde bulunması gerektiği yazıyor olmasına rağmen 13.2.2020 tarihinde anne, babaya haber vermeden 12 yaşındaki kızlarıyla beraber yeni partnerinin yanına İngiltere'ye yerleşmiştir. Babanın iade talebine karşılık anne, Covid-19 salgını nedeniyle çocuğun İspanya'ya geri dönmesinin onu ciddi bir tehlikeye maruz bırakacağı savunmasında bulunmuştur. İade talebinde bulunulan Mahkeme, çocuğun mutad meskeni olan İspanya'daki Covid-19 vakalarının İngiltere'ye oranla çok daha fazla sayıda olmasının Sözleşme m. 13 (1) (b) kapsamında değerlendirilemeyeceğini, salgın durumunun hızla değişkenlik gösterebildiğini, genel kanının çocuğun üstün yararı için derhal mutad meskenine iade edilmesi yönünde olduğunu, çocuğun görüşünün alındığını⁷¹ve kendisinin de alışmış olduğu yaşama geri dönmek istediğini, artan vakalar sonucu tüm uçuşların durdurulması ihtimali olduğunu ve çocuğun iadesinin bu nedenle imkansız olabileceğini, uluslararası uçuşların salgın açısından risk taşımakla beraber çocuğun yaşlı ve kronik rahatsızlığı olanlar gibi risk grubunda olmadığını belirterek m. 3 uyarınca haksız yer değiştirme bulunduğuna ve bu nedenle, çocuğun mutad meskenine iade edilmesine karar vermiştir⁷². Sözleşme'nin m. 19⁷³ hükmünde açıkça, iade kararının koruma hakkının esasına ilişkin bir karar olmadığı ifade edilmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere bu düzenlemenin nedeni, koruma hakkının esasına ilişkin karar verme yetkisinin, konuya ilişkin delilleri daha isabetli şekilde değerlendirme imkânı bulunan, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülke makamlarına ait olmasıdır. Diyelim ki aile Almanya'da yaşıyor ve aldatılan kadın ya da koca yurda dönerek, Türkiye'de boşanma davası açıyor. Boşanma öncesi Almanya'da yaşayan ailenin orada doğmuş üç yaşındaki müşterek çocuğunu, kocası tarafından aldatılan ve boşanmak isteyen anne alıp Türkiye'ye getiriyor. Boşanma davasında da tedbiren

71 Çocuk kaçırma davalarında diğer önemli bir husus da çocuğun dinlenmesidir. Çocuğun muhakkak dinlenmesi gerekir. 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi m. 13 (2) uyarınca, "Adli veya idari makam keza çocuğun, geri dönmek istemediğini ve görüşünün gözönünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğunu gözlerse, geri dönmesini emretmeyi reddedebilir.". "Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi" ve "Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi" uyarınca, çocuğun kendini ilgilendiren bir davada yaş ve olgunluk derecesine uygun olarak görüşlerini ifade etme ve dinlenmesi fırsatı yaratılmalıdır. 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi, yaşı itibariyle dinlenmesi mümkün olabilecek kadar büyüyen çocukların mahkeme tarafından dinlenerek fikirlerinin alınması kuralı bakımından da, çocuklara ilişkin bütün diğer sözleşmeler gibi, çocuk hakları bakımından temel kaynak olarak kabul edilen işbu iki sözleşme ile uyumludur.

72 (2020) EWHC 834 (Fam) <www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2020/834.html> erişim tarihi 21 Nisan 2020.

73 "Sözleşme çerçevesinde verilen, çocuğun geri dönmesine ilişkin bir karar, koruma hakkının esasını etkilemez".

çocuğun velayet talebinde bulunuyor. Boşanma davasına bakan mahkeme, müşterek çocuk hakkında çocuk kaçırma davası sonuçlanana kadar velayet kararı veremez, boşanma davası devam eder ancak velayet hakkında çocuk kaçırma davasına bakan mahkemenin kararını beklemek zorundadır, iade ya da iadenin reddi kararının temyize gitmesi durumunda da Yargıtay'ın kararını yani çocuk kaçırma kararının kesinleşmesini beklemek zorundadır⁷⁴. Bu düzenleme ile koruma hakkına ilişkin davaların en sıkı ilişkili yer olarak çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesinde görülmesi amaçlanmıştır. Taraf ülke mahkemeleri, açılan iade davası kesinleşinceye kadar çocuğun korunmasına ilişkin karar veremezler. Çocuğun korunmasına ilişkin bir talepte bulunulursa mahkeme, iade başvurusunu bekletici mesele yapmalı, bu dava iade davasında karar kesinleşinceye kadar bekletilmelidir. İade kararı, sadece çocuğun mutad meskeni ülkesine iadesine yöneliktir. Bu karar, koruma hakkına ilişkin bir hüküm getirmez. Bu konuda, yetkili makam, çocuğun iade edildiği mutad meskeninin bulunduğu ülke makamlarıdır⁷⁵. Bunun tek istisnası m. 16⁷⁶ hükmüdür.

Yukarıda bahsi geçtiği üzere Sözleşme, müracaat sahibinin çocuğun mutad meskeni devlet mahkemesinden veya idari organlarından bir karar talep etmesine imkan vermiştir. Böyle bir karar, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet hukukuna göre koruma hakkının ihlalini tespit edeceği için çocuğun mutad meskeninin değiştirilmesi ve iade edilmemesinin hukuka aykırı olduğu hususunda iade talep edilen devlet mahkemelerine yardımcı olacaktır⁷⁷. Böyle bir karar aynı şekilde, çocuğun ve velayet hakkını haiz ebeveynin seyahat özgürlüğünün haksız ve gereksiz yere kısıtlanmasını engelleyici niteliktedir. Şöyle ki; gerek pasaport ve vize başvurularında gerekse sınır kapılarında Lahey Sözleşmesi kapsamında hukuka aykırı veya şahsi ilişki kurma hakkını zedeleyen bir yer değiştirme olabileceğinden bahisle, çocuğun mutad mesken hukukuna göre velayet hakkı kapsamında hak sahibi ebeveynin tek başına çocuğu geçici veya daimi olarak yurtdışına çıkarabilmesi mümkün olmakla beraber, diğer ebeveynin izni aranmaktadır⁷⁸. Çözüm olarak, boşanan ebeveynler arasında çocukla ilgili bir anlaşma protokolü yapıp yurtdışı seyahatlerine ilişkin bir hüküm konulabilir. Anlaşma yoksa ve çocuğu yurtdışına götüreceği olan ebeveyn diğer ebeveyne hiçbir şekilde ulaşamıyor ya da muvafakat alamıyor ise, mahkemeden izin alabilir. Kanaatimizce boşanma kararında velayet hakkının doğal sonucu olarak velayet

74 Erdem, "Makale" (n 8) 158; Erdem, "Seminer" (n 8) 12.

75 Aytaç (n 2) 56; Bozdağ (n 37) 90-91; Çelikel ve Erdem (n 38) 309; Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 106-107.

76 "Bir çocuğun, 3. maddede çerçevesinde, kanuna aykırı olarak yer değiştirdiği veya geri dönmeyeceğinden haberdar edilmesini müteakip, çocuğun götürüldüğü veya alınmadığı taraf Devletin adli veya idari makamları, çocuğun geri dönmeyeceğinden işbu sözleşmedeki şartların bir araya gelmediği tespit edilinceye kadar veya sözleşme uyarınca bir talepte bulunulmadan makul bir süre geçinceye kadar, koruma hakkının esasına ilişkin karar veremezler."

77 Akıncı ve ve Demir Gökyayla (n 38) 240.

78 Örneğin, "Schengen vizesi için çocuklar için ilgili kurumdan aşağıdaki şekilde birkaç ilave belge istenir:

- Çocuğun nüfus kaydı örneği.

- Başvuru formunun her iki ebeveyn tarafından imzalanması gerekir.

- Çocuğun velayetinin sadece bir ebeveynde olduğu durumlarda aile mahkemesi emri ilaştırılmalıdır.

- Her iki ebeveynin kimlik belgelerinin/pasaportlarının onaylı kopyaları.

- Çocuk tek başına seyahat ederse her iki ebeveyn veya veli tarafından imzalı noter onaylı ebeveyn izni ilaştırılır." ("Schengen Vizesine Başvuru Şartları" <www.schengenvisa.info.com/tr/schengen-vizesine-basvuru-sartlari/> erişim tarihi 16 Mart 2020).

hakkını haiz tarafın ortak çocuğu yurt dışına çıkarmasının boşandığı eşinin iznine bağlı bulunmadığının açıkça belirtilmesi daha kolay ve net bir çözüm sağlayacaktır.

İstanbul Adliye Mahkemesi bir davada; müşterek çocuğun yurt dışına çıkarılması konusunda babanın izninin aranmasına ilişkin yerel mahkeme kararının davacı ve müşterek çocuk aleyhine olup davalının yurt dışında yaşaması ve müşterek çocukla ilgilenmemesi nedeniyle davacı ve çocuğun mağdur olduğu, müşterek çocuğun seyahat özgürlüğünü yasaklamayı gerektirecek veya bunu babanın iznine tabi kılmayı gerektirecek yasal koşulların bulunmadığı, bu hususta Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının mevcut olduğu⁷⁹, AİHS ile seyahat özgürlüğünün garanti altına alındığı yönündeki iddialarla davacı ile müşterek çocuğun yurt dışına seyahat edebilmeleri ve davacının müşterek çocuk ile ilgili yurt dışına çıkış için vize ve pasaport başvurusunda bulunabilmesi için davalı babanın izninin aranmaması yönünde karar verilmesinin davacı tarafından talep edilmesi üzerine yerel mahkeme kararını bozmuştur⁸⁰. Kanaatimizce, istinaf mahkemesinin bu kararı yerindedir, şahsi ilişki kurma hakkını haiz davalı babanın Türkiye dışında yaşaması nedeniyle çocuğun yurtdışı seyahatlerine çıkmasının şahsi görüşme hakkını engellemesi söz konusu değildir ve bu nedenle, her yurtdışı seyahat öncesi babanın izninin aranması gereksizdir. Bu durumun açıkça mahkeme kararında belirtilmesi gerek pasaport ve vize başvurularında gerekse sınır geçişlerinde velayet hakkını haiz taraf ile çocuğun mağdur olmasını engelleyebilir.

Başta Alman ve Türk hukukunda olmak üzere birçok hukuk düzeninde velayet hakkını haiz ebeveyn, çocuğun ikamet yerini tayin etme hakkına da sahiptir. Diğer ebeveynin rızası olmadan çocuk ile beraber başka bir ülkeye gitmesi veya mutad meskenini başka bir ülkeye taşıması mümkündür ve bu durum, diğer ebeveynin koruma hakkını ihlal etmediğinden, Lahey Sözleşmesi anlamında bir kaçırma veya alıkoyma durumu söz konusu değildir. Türk mahkeme kararlarında⁸¹, velayet hakkı kapsamında kullanılabilir hakların kanunda açık olduğu ve bunlar arasında çocuğu yurtdışına çıkarma hakkının velayet hakkının doğal sonucu olduğu gerekçesiyle bu hususlara yer verilmemektedir. Halbuki, velayet hakkını haiz ebeveynin çocuğun ikamet yerini tayin etme ve yurtdışına çıkarma hakkına sahip olduğunun açıkça boşanma ve/veya velayet kararında belirtilmesi, hem iade davalarında koruma hakkının ihlal edilip edilmediğinin tespitinde hem de pasaport ve vize başvuruları ile sınır geçişlerinde problem yaşanmaması için gereklidir.

79 "Müşterek çocuğun anne tarafından yurt dışına kaçırılabilceği endişesiyle yurt dışına küçüğün çıkışının yasaklanması, anneye ait olan velayet görevini aksatması yanında sürekliliği itibarıyla de 1982 Anayasası'nda düzenlenen ve temel hak niteliğinde olan seyahat özgürlüğüne aykırıdır (m. 23). Temel hak ve hürriyetler, özerkine dokunulmazsınız yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla belirli bir süre ile sınırlanabilir (m. 13). Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye) Ek 4 No'lu Protokolü'n (1968) "bir devletin ülkesi içinde seyahat özgürlüğü ve ülkesinden ayrılma özgürlüğü" başlığını taşıyan 2. maddesinin ikinci fıkrasında; "Herkes kendi ülkesi dahil herhangi bir ülkeden ayrılmakta özgürdür." (Yargıtay HGK, 20.3.2013, 2012/799E, 2013/389K <www.lexpera.com.tr> erişim tarihi 16 Mart 2020).

80 İstanbul BAM 10 HD, 6.3.2019, 2018/2949E, 2019/355K <www.lexpera.com.tr> erişim tarihi 16 Mart 2020.

81 "Velayet hakkı kendisinde bulunan eşin velayet hakkını kullanmasının doğal sonucu olarak ortak çocuğu yurt dışına çıkarmasının boşandığı eşinin muvafakatına bağlı bulunmadığı gibi çocuğun velayeti angede olup, babanın „oluru“ olmaksızın çocuğun götürüleceği ülke makamlarının „giriş vizesi“ vermediğine dair bir belgenin sunulmamış olmasına göre, isteğin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hükimin tesisi doğru görülmemiştir." (Yargıtay 2 HD, 17.6.2015, 2015/11374E, 2015/12897K <www.kazanci.com> erişim tarihi 16 Mart 2020).

III. Ziyaret Hakkının Kapsamı

Sözleşme'nin m. 5 (b) hükmünde yer alan ziyaret hakkı⁸², şahsi ilişki hakkı olup “*çocuğun, sınırlı bir süre için, mutad ikametgâhından başka bir yere götürülmesi hakkı*” vermektedir. 5717 sayılı Kanun m. 3 (e) hükmünde ziyaret hakkı, Sözleşme ile aynı kapsamda ama şahsi ilişki kurma hakkı adı altında düzenlenmiştir.

Madde hükmünden çocuğun başka bir yere götürülmesinden kastedilenin mutlak surette başka bir akit devlet olup olmadığı anlaşılammaktadır. Çocuğun Sözleşme'ye taraf olmayan bir devlete götürülmesi halinde gerek koruma hakkı gerekse ziyaret hakkı Sözleşme güvencesinin dışında kalmaktadır. Bu gibi hallerde ABD ve Fransa gibi bazı ülkeler çocuğun sözleşme dışı bir ülkeye götürülmesine müsaade etmemektedir⁸³.

Sözleşme'nin amacı, m. 1 hükmünde belirtildiği üzere hukuka aykırı kaçırılan veya alıkonulan çocukların mutad meskenlerine iadesini sağlamak, aynı zamanda velayet hakkını haiz olmayan ebeveyn ile şahsi ilişkisinin kurulmasını sağlamak ve bu konuda gerekli önlem ve tedbirleri almaktır⁸⁴. Sözleşme'nin m. 7 (f) hükmü uyarınca, merkezi makamlar, ziyaret hakkının tesisi ile bu hakkın fiilen kullanılmasına yönelik adli ve idari davaları açma konusunda yetkilendirilmiştir.

Şahsi ilişkinin devamı, çocuk gelişimi yönünden çocuk yararına vazgeçilemez bir müessesedir⁸⁵. Hatta bu konuda çocuğun fikrinin de alınması öngörülmektedir⁸⁶. Çocuğun kaçırılması veya alıkonulması, velayet hak ve yetkisini haiz olmayan ebeveynin çocukla olan mutad şahsi ilişkisini de bozabilir. Şöyle ki uluslararası çocuk kaçırılmalarının faili önceleri genellikle velayet hakkına sahip olmayan babalar olmuştur

82 “Çocuklar ile Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi”nde ise konu, kişisel ilişki olarak ele alınmış ve m. 2 hükmü uyarınca, çocuğun mutad olarak birlikte yaşamadığı ana, babasının veya aile bağlarının bulunduğu belirli kişilerin yanında sınırlı süreliğine kalabilmesi veya bu kişilerle görüşebilmesi olarak tanımlanmıştır. Şöyle ki, ziyaret hakkı terimi, mahiyeti itibarıyla çocukla kişisel ilişki kurma kavramını tam olarak karşılamamaktadır. Zira çocuğun sınırlı bir süre için mutad meskeninden ayrılarak diğer bir âkit devlete götürülmesindeki amaç; velayet sorumluluğuna sahip olmayan kişiyle kısa süreli görüşme yapması, ziyaret etmesi değildir; bilakis fiziki olarak o kişiyle temasa geçerek, ona karşı yoğun bir ilgi, alaka göstererek, belli bir zaman dilimini birlikte paylaşarak geçirmesi, şahsi ilişkide bulunmasıdır (Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 14-15). Sözleşme'nin, ana baba dışında çocukla aile bağı bulunanları da kişisel ilişki kurma hakkına sahip kişiler arasında sayması Türk hukukundaki düzenleme ve uygulamayla paraleldir. Nitekim TMK m 323 hükmü, ana ve babadan her birinin, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkını güvence altına almıştır. Bununla birlikte TMK m 325 hükmü ile belli koşullar altında ve çocuğun menfaatine hizmet ettiği ölçüde, üçüncü kişilere ve özellikle hisimlarına da bu hak tanınmıştır.

83 Walter (n 30) 2388 dn 32.

84 “Çocuklar ile Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi” de kişisel ilişki kararlarının icrasını temin etmeye yönelik tedbirler öngörülmüştür. m 10 (2) (a) uyarınca, alınacak tedbirler,
- *Kişisel ilişkinin gözetim altında tutulması;*
- *Çocuğun ve de gerektiğinde refakatçisinin seyahat ve konaklama giderlerinin bir kişi tarafından karşılanması ve bununla yükümlü tutulması;*
- *Çocuğun mutad olarak yanında yaşadığı kişinin, kişisel ilişki kararının gereğini yerine getirmeme ihtimaline karşılık olarak teminat yatırılmakla mükellef tutulması;*
- *Çocuğun mutad olarak yanında yaşadığı kişinin, kişisel ilişki kararının gereğini yerine getirmeyi reddetmesi ihtimaline karşılık olarak idari para cezası ödemekle mükellef tutulması*” şeklinde olabilir.

85 AIHS m. 8 hükmü, kişisel ilişki kurma hakkını teminat altına almıştır. Türk hukukunda çocukla kişisel ilişki kurma hakkı anayasal güvence altına alınmıştır. Anayasa m. 41 (3) (f) uyarınca, her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

86 “Çocuklar ile Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi” m. 6 hükmünde “*İç hukukuna göre ayırt etme yeteğine sahip olan bir çocuk, kendi yüksek menfaati ile çelişmediği ölçüde kendisiyle ilgili tüm bilgileri alma, kendisine danışılmasını isteme ve görüşlerini açıklama hakkına sahiptir*” şeklinde düzenleme getirmiştir. “Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ve “Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi” uyarınca, çocuğun kendini ilgilendiren bir davada yaş ve olgunluk derecesine uygun olarak görüşlerini ifade etme ve dinlenmesi fırsatı yaratılmalıdır. “Çocuklar ile Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi”, yaşı itibarıyla dinlenmesi mümkün olabilecek kadar büyüyen çocukların mahkeme tarafından dinlenerek fikirlerinin alınması kuralı bakımından da, çocuklara ilişkin bütün diğer sözleşmeler gibi, çocuk hakları bakımından temel kaynak olarak kabul edilen işbu iki sözleşme ile uyumludur.

ama bu durum değişmiştir ve artık velayet hakkını haiz anneler de bir o kadar hatta daha fazla miktarda hukuka aykırı olarak çocuğun yerini değiştirip alıkoyabilmektedir⁸⁷.

Sözleşme m. 21⁸⁸ kapsamında ziyaret hakkına ilişkin talepler, esasen koruma hakkını haiz olmayan ebeveynler tarafından yapılmaktadır. Büyükanne-büyükbaba, kardeşler gibi yakın akrabaların da ziyaret hakkına yönelik taleplerde bulunabilecekleri kabul edilmektedir⁸⁹. Bu hakkın tesisi veya korunması amaçlı bir talep, taraf bir devletin merkezi makamına, çocuğun geri dönüşünü amaçlayan bir talep ile aynı şekiller içinde yapılabilir. Ancak mutad mesken veya koruma hakkı ihlalinin araştırılmasına gerek bulunmamaktadır. Çünkü, koruma hakkından farklı olarak burada çocuğun iadesi söz konusu deęildir⁹⁰.

Sözleşme m. 5 (b) hükmü, hukuka aykırı götürülme veya alıkoymanın mevcut olduğunun ispatlanması şartına bağlı olmadığından daha geniş uygulama alanına sahiptir. Ancak çocuğun iadesini öngören hükümlere nazaran maddenin bu esnek düzenlenmesi sonucu ziyaret hakkı, koruma hakkına nazaran daha az korunmaktadır⁹¹. Hatta şahsi ilişki hakkını haiz ebeveynin aynı zamanda çocuğun yurtdışına yerleşmesi veya çıkışını engelleme hakkının olduğuna dair taraflar arasında bir anlaşma olsa dahi ziyaret hakkının uluslararası etkin bir koruması mevcut değildir Birçok ülke uygulamada uluslararası ziyaret hakkını tanımamaktadır⁹². Şöyle ki m. 14 hükmü, şahsi ilişki kurma hakkı tanıyan yabancı ilamın kendiliğinden tanınmasına ve tenfizine olanak vermemekte olup sadece koruma hakkını esas almıştır. Aynı şekilde, iade davası devam ederken iade talebinde bulunan kişinin çocukla şahsi ilişki kurabilmesi için bu hakkı tanıyan akit devlet mahkemesinin verdiği kararın da tenfiz edilmesi gereklidir. Bir görüşe göre, koruma hakkına ilişkin yabancı ilamı doğrudan gözönünde bulundurabilecek adli ve idari makamlar, çocukla kişisel ilişki kurma hakkı öngören yabancı ilamları da aynı usulde dikkate alabilmelidir⁹³.

Bu tür başvurularda en önemli sorun, etkin ve tarafları memnun eden bir iletişim kurma yönteminin belirlenmesidir. Zira taraflar, farklı bir ülkededir ve düzenleme bu durum gözönüne alınarak yapılmalıdır. Böyle bir düzenlemede modern teknolojiden

87 Beaumont ve McEleavy (n 64) 8-10.

88 "Ziyaret hakkının tesisi veya korunması amaçlı bir talep, taraf bir Devletin merkezi makamına, çocuğun geri dönüşünü amaçlayan bir talep ile aynı şekiller içinde yapılabilir.

Merkezi makamlar, ziyaret hakkının rahatça kullanılması ve bu hakkın kullanılmasının tabi olabileceği tüm şartların yerine getirilmesi ve ziyaret hakkına karşı muhtemel engellerin olanaklar ölçüsünde kaldırılması yolunda 7. maddede yer alan işbirliği yükümlülükleri ile bağlıdırlar.

Merkezi makamlar, ziyaret hakkını organize etmek veya bu hakkı ve tabi olabileceği şartları korumak amacıyla kanuni bir süreci gerek doğrudan doğruya gerek aracılar ile başlatabilir veya teşvik edebilirler".

89 Bozdağ (n 37) 91; Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 228; "Çocuklar ile Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi", çocukların sadece ana ve babaları ile değil aynı zamanda aile bağlarının bulunduğu diğer belirli kişilerle de kişisel ilişki kurmalarının, tarafların yüksek menfaatine hizmet edeceğini kabul etmektedir. Ancak m. 5 (1) (f) hükmü uyarınca, çocuğun aile bağının bulunduğu bir kişiyle kişisel ilişkide bulunabilmesi için bunun çocuğun yararına hizmet edecek olması şarttır.

90 Bozdağ (n 37) 92; Freeman (n 30) 40; Reynolds (n 30) 468-469.

91 Beaumont ve McEleavy (n 64) 210-211; Reynolds (n 30) 469; Walter (n 30) 2386.

92 Reynolds (n 30) 465.

93 Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 229; "Çocuklar ile Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi" de doğrudan tanıma ve tenfiz ilişkini bir düzenleme yapmamakla beraber m 14 (2) hükmü, akit devletler arasında tanıma-tenfiz konusunda karşılıklı bir mevcudiyeti bakımından yasal bir temel olarak kabul edilebilir (bkz. Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 6) 189).

de yararlanılabilir⁹⁴. Nitekim AİHM, birçok kararında bu hususları gözönüne alarak, yapılan yargılamanın adil olması ve AİHS m. 8 hükmü⁹⁵ uyarınca, devletin ilgili ebeveyn ve çocuğu birleştirmek için uygun tedbirleri alması gerektiğini hatırlatmış ve bu hükmü ihlal eder şekilde mahkemelerince kararlar verilen devletler aleyhine tazminata hükmetmiştir⁹⁶.

Sözleşme uygulamasında yaşanan önemli diğer bir sorun, yabancı ülkeye iadesi gerçekleştirilen çocukla, ülkemizde kalan ebeveyni arasında şahsî ilişki kurulmasında zorluk yaşanmasıdır. Genellikle ekonomik sebepler ya da çocuğun iade edildiği ülkenin Türkiye'ye vize uygulamaları sebebiyle, çocuğu iade eden ebeveyn ile çocuk arasında şahsî ilişki tesisi fiilen mümkün olmamaktadır⁹⁷. Bazı ülkelerde de, tıpkı TCK'da çocuk kaçırma eyleminin suç sayıldığı gibi, kaçırma eylemi suç olarak düzenlendiğinden, bu suçu işleyen ebeveynin o ülkeye giriş yapması halinde tutuklanması ihtimali bulunduğundan dolayı şahsî ilişki tesisi mümkün olamamaktadır. Sonuç olarak, maalesef, hem çocuğun üstün menfaatinin gerçekleşmesi ve sağlıklı gelişimi için zaruri olan her iki ebeveyni ile de şahsî ilişki kurması, hem de diğer ebeveynin en doğal hakkını icrası gerçekleşmemektedir. Bu mağduriyetin çözülmesi için yetkili makamlarca girişimde bulunulması gerekmekte olup gerekirse çocuk iade edilmeden önce iade edilecek ülkeden diğer ebeveynin çocuk ile sorunsuz olarak şahsî ilişki kurabileceğine dair bir taahhüt ya da vize kolaylığı sağlanacağına dair bir garanti istenmelidir⁹⁸.

Sözleşme'de ziyaret hakkının hangi hukuki sebeplere bağlı olarak verilebileceği belirtilmemiştir⁹⁹. Bir görüşe göre¹⁰⁰, koruma hakkının hukuki dayanağını oluşturan m. 3 (son) hükmü, kıyasen ziyaret hakkına da uygulanabilir. Şu halde çocukla kurulmak istenen şahsî ilişki, kanuni bir yetkiden, adli veya idari bir karardan veya bir anlaşmadan doğabilir. Çocukla şahsî ilişki kurulmasına ilişkin karar vermeye de velayet hakkında olduğu gibi çocuğun mutad mesken mahkemelerinin yetkili olduğu kabul edilmektedir. Diğer taraftan, Sözleşme'de düzenlenmemekle beraber 5717 sayılı Kanun, m. 11 (2) hükmünde iade talep edilen mahkemelere dava neticeleninceye

94 Bozdağ (n 37) 92.

95 "1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir."

96 "Ayrıca Mahkeme, çocuğun iade edilmemesinin babasıyla kişisel ilişkilerine engel teşkil etmediği konusunu dikkate aldığından, İzmir Aile Mahkemesi'nin Yasemin Nur'un Türkiye'de kalması halinde babasıyla olan ilişkilerinin fiilen anlamsız hale geleceği gerçeğini yeterince göz önünde bulundurmadığını gözlemlemiştir." (İlker Ensar Uyanık v Türkiye §61 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110855> erişim tarihi 17 Mart 2020); "Dahası, coğrafi mesafe yüzünden baba, ebeveynlik haklarını kullanamamaktadır." (Blaga v Romania §59 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145223> erişim tarihi 17 Mart 2020)

97 Örneğin, ABD Göçmenlik ve Vatandaşlık Kanunu § 1182 (a) (10) (C) uyarınca, Amerikan vatandaşı bir çocuğu kaçırın veya alıkoyan veya buna yardım eden bir yabancının vize talebi reddedilir ("Immigration and Nationality Act" <www.uscis.gov/legal-resources/immigration-and-nationality-act> erişim tarihi 21 Nisan 2020).

98 Erdem, "Makale" (n 8) 170; Tuğçe Taççı, "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanmasında Karşılaşılan Bazı Sorunlar ve Bu Sorunlara Çözüm Önerileri" (2014) S 19 TAAD 1075.

99 "Çocuklar ile Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi" m. 2 (b) uyarınca, "kişisel ilişki kararı, yetkili bir adli makam tarafından onaylanmış veya resmi şekilde düzenlenmiş veya asıl belge olarak kaydedilmiş ve icra edilebilir olan kişisel ilişki kurulmasına dair bir anlaşma da dahil olmak üzere kişisel ilişki kurulması hakkında bir adli makam kararını ifade eder." m. 2 (e) uyarınca, "adli makam, bir mahkeme veya eşli yetkileri haiz idari makâmı ifade eder." Buradan kişisel ilişki kurma hakkının mevcudiyetinin bir yargılama makamının dahilî ile hazırlanmış bir belgede yer alması gerektiği anlaşılmaktadır.

100 Giray, *Kaçırılan Çocukların İadesi* (n 2) 228.

kadar başvuruda bulunan kişi ile çocuk arasında geçici olarak şahsi ilişkisinin kurulması konusunda karar verebilme yetkisi tanımıştır.

Sözleşme kapsamında ziyaret hakkının bulunup bulunmadığı velayet hakkının tespitinde olduğu gibi çocuğun mutad meskeni hukukuna veya bu hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği yetkili hukuka göre belirlenecektir. Türk hukukunda çocukla şahsi ilişki kurma hakkı, soybağının hükümlerine ilişkin bir meseledir. Bu nedenle, MÖHUK m. 17 uyarınca, soybağını kuran hukuka (MÖHUK m. 16) tâbidir. Ancak ana, baba ve çocuğun müşterek millî hukuku bulunuyorsa, soybağının hükümlerine o hukuk, bulunmadığı takdirde müşterek mutad mesken hukuku uygulanır. Görünmekte olan boşanma davalarında şahsi ilişki kurma hakkına tedbiren karar verilebilir, bu durumda MÖHUK m. 14 (4) uyarınca, Türk maddi hukuku uygulanacaktır. Ayrıca, MÖHUK m. 4 (b) uyarınca, birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku esas alınacaktır. Evlatlık ilişkisinin söz konusu olması halinde şahsi ilişki hakkı MÖHUK m. 18 (3) uyarınca, evlat edinenin milli hukukuna, birlikte evlat edinmede ise evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka (MÖHUK m. 13 (3)) tabidir. Şahsi ilişki kurma hakkının da velayet hakkı gibi kamu düzenini ilgilendiren bir konu olması nedeniyle MÖHUK m. 5 uyarınca uygulanacak maddi hukuk kurallarının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması ve çocuk yararına bir sonuca ulaşmayı engelleyici kurallar içermesi halinde Türk hukukunun ilgili maddi hükümleri uygulanacağı unutulmamalıdır.

Ziyaret hakkının kullanılmasının sınırlarının belirlenmesi, çocuk kaçırma fiilinin varlığının tespiti için önemlidir. Türk mahkeme uygulaması, şahsi ilişkisinin sınırını belirlerken çocuğun geriye dönmeme olasılığını dikkate alarak bunu çocuğun mutad meskeninden çıkarılmaması, bu hakkın onun mutad meskeninde kullanılması şeklinde yorumlamaktadır¹⁰¹. Doktrinde bir görüşe göre¹⁰², bu yaklaşım hatalıdır. Zira ziyaret hakkına sahip ebeveyn çocuğu yaşadığı ülkeye götürebilmelidir. Aksi takdirde, şahsi ilişkisinin anlam ve önemi kalmaz. Zira bu şahıs kendi yaşantısını sürdürdüğü yerde çocuğu ile daha gerçekçi ve doğal bir ilişki içinde olacaktır.

Kişisel ilişki kurma hakkının kısıtlanabilmesi için, kısıtlamayı haklı kılacak ciddi bir tehdidin veya çocuğa yönelik olası bir zarar veya tehlikenin mevcut olması gerekir. Uygulanacak olan kısıtlamanın sürekli olmayacağını kabulü gerekir. Şartların değişmesine bağlı olarak kısıtlama kaldırılacaktır¹⁰³. Bazı ülke mahkemeleri, çocuğun diğer ebeveyn tarafından kaçırılma ve alıkonulma riskine binaen ziyaret hakkının gözetim altında kullanılmasına karar vermektedir. Burada, mahkemelere zor bir görev düşmektedir. Ziyaret hakkına ilişkin kararlarını verirlerken mahkemelerin

101 Örneğin, Yargıtay 2 HD, 14.12.2005, 2005/13699E, 2005/17555K (bkz. Çelikel (n 28) 122).

102 Öztekin Gelgel (n 24) 137.

103 Giray, "Avrupa Konseyi Sözleşmesi" (n 22) 760.

çocuğun babayla gözetim altında görüşmesinin olumsuz etkileri ile çocuğun haksız yer değiştirme nedeniyle bir ebeveynini kaybetmesi sonucu maruz kalabileceği telafisi olanaksız zarar ve travmayı teraziye koyması gerekir¹⁰⁴.

Mutad mesken, daha çok davacı/iade talepçisinin belirttiği yer olacaktır. Davalı taraf, iade istenen yerin mutad mesken olmadığını iddia ederse bunun pratik bir yararının olup olmayacağı değerlendirilmelidir. Eğer iade olunacak yer, mutad mesken olarak yeni bir yer ise ve iadeden sonra davalı ile şahsi ilişkiyi engeller nitelikte bir yer ise mutad meskene itiraz incelenmek durumundadır. Bunun dışında mutad mesken itirazlarının dinlenebilmesi için ciddi sorun olduğuna mahkeme kanaat getirmelidir¹⁰⁵.

Aralık 2019 itibarıyla tüm dünyayı saran Covid-19 salgını nedeniyle birçok devlet mahkemesi, bu dönemde ziyaret hakkının kullanılması amacıyla çocuğun uluslararası uçuş yapmasına sıcak bakmamıştır, bu zamanın görüntülü konuşma yoluyla ve salgın geçtikten sonra ilk fırsatta kullanılmasıyla telafi edilebileceğini ileri sürmüştür¹⁰⁶. Ülkelerin salgının hukuki etkilerine yaklaşımı benzer olmakla beraber bazı farklılıklar göstermiştir. Türkiye örneğinde, salgın ile ilgili alınan tedbirler kapsamında küçüklerle ilgili yer değişikliğinin en az seviyede gerçekleşmesi hastalığın yayılması riskini azaltacağından ve bu husus, küçüklerin üstün yararına olduğundan 20 yaş altına sokağa çıkma yasağı öngörülmüştür. Bu nedenle, aile mahkemeleri tedbiren çocukla şahsi ilişki kurulması taleplerini geri çevirmiş, bu yöndeki mevcut kararları ise salgın süresince uygulamamıştır.

IV. Sonuç

Türkiye 2000 yılından beri “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi”ne taraftır. Lahey Sözleşmesi’nin amacı, esas olarak velayet hakkını ihlal ederek kaçırılan veya alıkonulan çocuğun en kısa zamanda mutad meskenine iadesinin sağlanmasıdır. Lahey Sözleşmesi’nin bu doğrultuda uygulama alanı bulabilmesi için Sözleşme’de yer alan “mutad mesken”, “mutad mesken hukuku”, “koruma hakkı” ve “ziyaret hakkı” kavramlarının kapsamının belirlenmesi önemlidir. Bu çalışmada koruma hakkı ile ziyaret hakkı kavramları üzerinde durulmuştur.

Sözleşme’de velayet hakkı kavramı yerine koruma hakkı kavramı kullanılmış ve “çocuğun şahsının bakım hakkı ve özellikle ikamet yerinin tespiti hakkı” olarak tanımlanmıştır. Hukuk sistemleri koruma hakkı bakımından velayet hakkı ve sair farklı bir terminolojiye sahip olabilir ama önemli olan bu hakkın hangi yetki ve görevleri kapsadığıdır. Sözleşme anlamında koruma hakkının ihlali, götürmenin veya

104 Zawadzki (n 25) 381.

105 Bilal Köseoğlu, *Uluslararası Çocuk İadesi ve Uluslararası Nafaka Alacakları Davaları* (4th edn TBB Yayınları 2007) 23.

106 Marilyn Chinitz, “The Real Life Effects the Coronavirus is Having on Children in Custody Battles and How Their Parents Should Respond According to a Family Lawyer” (*Business Insider*; 24 Mart 2020) <www.businessinsider.com/how-the-coronavirus-is-affecting-children-in-custody-battles-2020-3> erişim tarihi 24 Nisan 2020.

alıkoymanın haksız olup olmadığını, uluslararası çocuk kaçırma fiilinin gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemektedir.

Sözleşme’de yer alan diğer bir önemli kavram olan ziyaret hakkı, şahsi ilişki hakkı olup “*çocuğun, sınırlı bir süre için, mutad ikametgâhından başka bir yere götürülmesi hakkı*” vermektedir. Madde hükmünden çocuğun başka bir yere götürülmesinden kastedilenin mutlak surette başka bir akit devlet olup olmadığı anlaşılammaktadır. Çocuğun Sözleşme’ye taraf olmayan bir devlete götürülmesi halinde gerek koruma hakkı gerekse şahsi ilişki kurma hakkı Sözleşme güvencesinin dışında kalmaktadır.

Sözleşme uyarınca koruma hakkı, kanuni bir yetkiden, adli veya idari bir karardan veya eşler arasındaki bir anlaşmadan doğabilir. Bu liste sınırlayıcı değildir. Hakim, geçerli bir koruma hakkının olup olmadığını tespit ederken çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin merkezi makamından veya başkaca yetkili makamından konuya ilişkin bir belge veya onaylı bir beyan talep edebileceği gibi çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin kanuni düzenlemeleri ile bu devlet mercileri tarafından verilmiş, tanınmış veya tanınmamış kararları doğrudan gözönünde bulundurabilir. Sözleşme’de ziyaret hakkının hangi hukuki sebeplere bağlı olarak verilebileceği belirtilmemiştir. Koruma hakkında olduğu gibi şahsi ilişki kurma hakkının da kanuni bir yetkiden, adli veya idari bir karardan veya bir anlaşmadan doğabileceği ve çocukla şahsi ilişki kurulmasına ilişkin karar vermeye çocuğun mutad mesken mahkemelerinin yetkili olduğu kabul edilmektedir. Çocuğun mutad meskeni devletinden temin edilen bilgi ve belgeler bağlayıcı olmayıp burada iade talep edilen mahkemenin takdir yetkisinin bulunması gerek koruma gerekse ziyaret hakkının yorumunda mahkeme kararlarında uyumsuzluğa yol açmaktadır.

Sözleşme’de çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet kanununa gönderme yapılmakla beraber bu devletin kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınıp alınmayacağı açık değildir. Prensip olarak, milletlerarası sözleşmelerin uygulanmasında atıf genellikle dikkate alınmamaktadır. Bununla beraber, geçerli bir koruma hakkının bulunup bulunmadığının çocuğun mutad meskeni hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği maddi hukuka göre belirlenmesi Sözleşme’nin temel amacına daha uygun olacaktır. Sözleşme kapsamında ziyaret hakkının bulunup bulunmadığı velayet hakkının tespitinde olduğu gibi çocuğun mutad meskeni hukukuna veya bu hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği yetkili hukuka göre belirlenecektir.

Çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet mahkemesinden alınan velayet kararı hem çocuğun haksız yer değiştirmesi ve alıkonulmasını tespitinde hem de çocuğun ve velayet hakkını haiz ebeveynin seyahat özgürlüğünün haksız ve gereksiz yere kısıtlanmasını engellemede önemlidir. Gerek pasaport ve vize başvurularında gerekse sınır kapılarında Lahey Sözleşmesi kapsamında hukuka aykırı veya şahsi ilişki kurma hakkını zedeleyen bir yer değiştirme olabileceğinden bahisle, çocuğun mutad mesken

hukukuna göre velayet hakkı kapsamında hak sahibi ebeveynin tek başına çocuğu geçici veya daimi olarak yurtdışına çıkarabilmesi mümkün olmakla beraber, diğer ebeveynin izni aranmaktadır. Çözüm olarak, boşanan ebeveynler arasında çocukla ilgili bir anlaşma protokolü yapıp yurtdışı seyahatlerine ilişkin bir hüküm konulabilir. Anlaşma yoksa ve çocuğu yurtdışına götürecek olan ebeveyn diğer ebeveyne hiçbir şekilde ulaşmıyor ya da muvafakat alamıyor ise, mahkemeden izin alınabilir. Kanaatimizce boşanma kararında velayet hakkının doğal sonucu olarak velayet hakkını haiz tarafın ortak çocuğu yurt dışına çıkarmasının boşandığı eşinin iznine bağlı bulunmadığının açıkça belirtilmesi daha kolay ve net bir çözüm sağlayacaktır.

Ziyaret hakkı, koruma hakkına nazaran daha az korunmaktadır. Hatta şahsi ilişki hakkını haiz ebeveynin aynı zamanda çocuğun yurtdışına yerleşmesi veya çıkışını engelleme hakkının olduğuna dair taraflar arasında bir anlaşma olsa dahi ziyaret hakkının uluslararası etkin bir koruması mevcut değildir. Diğer taraftan, Sözleşme şahsi ilişki kurma hakkı tanıyan yabancı ilamın kendiliğinden tanınmasına ve tenfizine olanak vermemekte olup sadece koruma hakkını esas almıştır.

Ziyaret hakkının tesisi veya korunması amaçlı bir talep, taraf bir devletin merkezi makamına, çocuğun geri dönüşünü amaçlayan bir talep ile aynı şekiller içinde yapılabilir. Ancak mutad mesken veya koruma hakkı ihlalinin araştırılmasına gerek bulunmamaktadır. Çünkü, koruma hakkından farklı olarak burada çocuğun iadesi söz konusu değildir.

Ziyaret hakkının kullanılmasının sınırlarının belirlenmesi, çocuk kaçırma fiilinin varlığının tespiti için önemlidir. Türk mahkeme uygulaması, şahsi ilişkinin sınırını belirlerken çocuğun geriye dönmeme olasılığını dikkate alarak bunu çocuğun mutad meskeninden çıkarılmaması, bu hakkın onun mutad meskeninde kullanılması şeklinde yorumlamaktadır. Bazı ülke mahkemeleri ise, çocuğun diğer ebeveyn tarafından kaçırılma ve alıkonulma riskine binaen ziyaret hakkının gözetim altında kullanılmasına karar vermektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

- Akıncı Z ve Demir Gökyayla C, *Milletlerarası Aile Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2010).
- Altuntaş İ, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi* (Bilge Yayınevi 2006).
- Arslan İ, *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı* (OnikiLevha Yayınları 2014).
- Ataman Fıganmeşe İ, “Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi” (1999) Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan 55-100.
- Aytaç M, ”Uluslararası Çocuk Kaçırılmalarının Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesinin Uygulanması ve Karşılaşılan Sorunlar” (2004) 20 Adalet Dergisi 34-65.
- Bozdağ GG, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri* (Yetkin Yayınları 2014).
- Baumont PR ve McEleavy PE, *The Hague Convention on Child Abduction* (Oxford University Press 1999).
- Çelikel A ve Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn Beta Basım 2020).
- Çelikel S, *Çocuk Haklarına Dair Uluslararası Sözleşmeler Işığında Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları* (Adalet Yayınevi 2012).
- Erdem B, “Türk Hukukunda Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Uygulamaları (“Makale”)” (2015) 35 (2) MHB 147-171.
- Giray FK, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Aile İçi Uluslararası Çocuk Kaçırma İhtilaflarına İlişkin Seçilmiş Kararları (“AİHM Kararları”)” (2015) 35 (2) MHB 173-201.
- Giray FK, “Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulması Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi (“Avrupa Konseyi Sözleşmesi”)” (2010) 9 (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan) 749-772.
- Giray FK, *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alınan Çocukların İadesi (“Kaçırılan Çocukların İadesi”)* (Beta Basım 2010).
- Freeman M, “Rights of Custody and Access under the Hague Child Abduction Convention-A Questionable Result?” (2000) 31 California Western International Law Journal 39-51.
- Köseoğlu B, *Uluslararası Çocuk İadesi ve Uluslararası Nafaka Alacakları Davaları* (4th edn TBB Yayınları 2007).
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (22th edn Beta Basım 2017).
- Nebioğlu Öner Ş, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması ve Kısa Bir İctihat Analizi” (2014) 115 TBB Dergisi 477-516.
- Özbek Hadimoğlu N, *Milletlerarası Usul Hukukunda Geçici Hukuki Koruma* (Yetkin Yayınları 2013).
- Öztekin Gelgel G, “Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırılmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler” (2005) 2 (8) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 119-148.
- Reynolds SE, “International Parental Child Abduction: Why We Need to Expand Custody Rights Protected under the Child Abduction Convention” (2006) 44 (3) Family Court Review 464-483.
- Şanlı C, Esen E ve Ataman Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8th edn Beta Basım 2020).
- Şensöz Malkoç E, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (Oniki Levha Yayınları 2017).

- Takçı T, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanmasında Karşılaşılan Bazı Sorunlar ve Bu Sorunlara Çözüm Önerileri” (2014) 19 TAAD 1039-1078.
- Toker AG, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun Mutad Meskeni Kavramı* (Adalet Yayınevi 2020).
- Walter MC, “Toward the Recognition and Enforcement of Decisions Concerning Transnational Parent-Child Contact” (2004) 79 New York University Law Review 2381-2416.
- Zawadzki DM, “The Role of Courts in Preventing Child Abduction”. (2005) 13 Cardozo Journal of Int'l and Comparative Law 353-385.

Internet Kaynakları

- Blaga v Romania* <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145223>> erişim tarihi 17 Mart 2020.
- C v C (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)* (1989) 1 WLR 654 <www.incadat.com/en/case/34> erişim tarihi 11 Nisan 2020.
- Chinitz M, “The Real Life Effects the Coronavirus is Having on Children in Custody Battles and How Their Parents Should Respond According to a Family Lawyer” (*Business Insider*; 24 Mart 2020) <www.businessinsider.com/how-the-coronavirus-is-affecting-children-in-custody-battles-2020-3> erişim tarihi 24 Nisan 2020.
- Croll v Croll* 229 F. 3d 133 (2d Cir. September 20, 2000 cert. den. Oct. 9, 2001) <www.incadat.com/en/case/313> erişim tarihi 11 Nisan 2020.
- Erdem B, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Türk Hukukundaki Sorunları ve Çözümü (“Seminer”)” (Özel Hukuk Meselelerinde Adli İşbirliği Çalıştayı 1980 tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması Semineri, Ankara, 22-23 Şubat 2013) 4-22 <<http://diabgm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2492019162925laheycocuksemineri.pdf>> erişim tarihi 13 Mart 2020.
- “Genelge No: 65/2” <www.adalet.gov.tr/Genelgeler/genelge_pdf/65-2.pdf> erişim tarihi 24 Şubat 2020.
- HCCH Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction Part I - Central Authority Practice* (Jordan Publishing Limited 2003) <https://assets.hcch.net/upload/abdguide_e.pdf> erişim tarihi 24 Şubat 2020.
- HCCH Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction Part II - Implementing Measures* (Jordan Publishing Limited 2003) <https://assets.hcch.net/upload/abdguide2_e.pdf> erişim tarihi 24 Şubat 2020.
- “Immigration and Nationality Act” <www.uscis.gov/legal-resources/immigration-and-nationality-act> erişim tarihi 21 Nisan 2020.
- (2020) EWHC 834 (*Fam*) <www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2020/834.html> erişim tarihi 21 Nisan 2020.
- İlker Ensar Uyanık v Türkiye* <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110855>> erişim tarihi 17 Mart 2020.
- İstanbul BAM 10 HD, 6.3.2019, 2018/2949E, 2019/355K <www.lexpera.com.tr> erişim tarihi 16 Mart 2020.
- McEleavy P, “Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi Kapsamında Mutad Mesken” (Özel Hukuk Meselelerinde Adli İşbirliği Çalıştayı 1980 tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması Semineri, Ankara, 22-23 Şubat 2013) 32-39 <<http://diabgm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2492019162925laheycocuksemineri.pdf>> erişim tarihi 13 Mart 2020.

Ralf H, “Almanya’da Aile Mahkemelerinde Görülen Uluslararası Çocuk Kaçırma Davalarının Adli Prosedürü ve Alman Kanunlarındaki Konuya İlişkin Hukuki Düzenlemeler” (Özel Hukuk Meselelerinde Adli İşbirliği Çalıştayı 1980 tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması Semineri, Ankara, 22-23 Şubat 2013) 55-62 <<http://diabgm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2492019162925laheycocuksemineri.pdf>> erişim tarihi 13 Mart 2020.

Re F (A Minor) (Abduction: Custody Rights Abroad) [1995] Fam 224, [1995] 3 WLR 339, [1995] Fam Law 534 <www.incatat.com/en/case/8> erişim tarihi 11 Nisan 2020.

“Schengen Vizesine Başvuru Şartları” <www.schengenvisa.info.com/tr/schengen-vizesine-basvuru-sartlari/> erişim tarihi 21 Nisan 2020.

Seroka v Bellah 1995 SLT 204 <www.incatat.com/en/case/72> erişim tarihi 11 Nisan 2020.

“Tematik Bilgi Notu - Uluslararası Çocuk Kaçırma” <www.echr.coe.int/Documents/FS_Child_abductions_TUR.pdf> erişim tarihi 24 Şubat 2020.

“Vienna Convention on the Law of Treaties”. <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>> erişim tarihi 24 Şubat 2020.

X v Letonya <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138992>> erişim tarihi 17 Mart 2020.

Yargıtay 2 HD, 15.6.2010, 2010/124E, 2010/11846K <www.lexpera.com.tr> erişim tarihi 16 Mart 2020.

Yargıtay HGK, 20.3.2013, 2012/799E, 2013/389K <www.lexpera.com.tr> erişim tarihi 16 Mart 2020.

Yargıtay 2 HD, 17.6.2015, 2015/11374E, 2015/12897K <www.kazanci.com> erişim tarihi 16 Mart 2020.

Yargıtay 2 HD, 20.2.2017, 2016/15771E, 2017/1737K <www.lexpera.com.tr> erişim tarihi 16 Mart 2020.

Lex Mercatoria Kaynağı Olarak ICC Model Uluslararası Franchising Sözleşmesi

ICC Model International Franchising Contract as a Source of Lex Mercatoria

Ayşe Güvercin Şahan* 

Öz

Lex mercatoria, uluslararası ticaret hukukunda giderek artan bir önem kazanmıştır. ICC, uluslararası ticaret hukuku alanında yapmış olduğu çalışmalarla lex mercatoria'ya en fazla katkı sağlayan kuruluşların başında gelmektedir. Çalışmamızda öncelikle lex mercatoria kavramı ve yeni lex mercatoria kaynakları hakkında genel bilgiler verildikten sonra, model sözleşmeler ve ICC tarafından hazırlanmış olan model sözleşmelerin genel özellikleri üzerinde durulmuştur. Ayrıca günümüzde dünyada en çok tercih edilen dağıtım ve pazarlama metodu olan franchising hakkında kısaca bilgi verilerek; ICC'nin uluslararası franchise sözleşmesinin taraflarına kolaylık sağlamak amacıyla hazırladığı ICC Model Uluslararası Franchising sözleşmesinin kapsamı ve taşıdığı özellikler incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Lex Mercatoria, Model Sözleşme, Soft Law, Franchising, ICC Model Uluslararası Franchising Sözleşmesi

Abstract

The lex mercatoria has gained increasing importance in the field of international commercial law. The International Chamber of Commerce (ICC) is a leading organization among those that have made important contributions to the development of lex mercatoria within this field. In our study general information is given about the concept of lex mercatoria and the sources of new lex mercatoria; additionally, the general properties of both model contracts and ICC model contracts are explained. Then, after brief information is given on franchising which is the most preferred method of distribution and marketing in the world today, the scope and the features of the ICC Model International Franchising Contract which has been prepared for the convenience of the parties of international franchise agreements is examined.

Keywords

Lex Mercatoria, Model Contract, Soft Law, Franchising, ICC Model International Franchising Contract

* Sorumlu Yazar: Ayşe Güvercin Şahan (Av. Dr.), Tekirdağ Barosu, Tekirdağ, Türkiye. E-posta: ayseguvercin2000@yahoo.com
ORCID: 0000-0002-9340-4914

Atf: Guvercin-Sahan A, "Lex Mercatoria Kaynağı Olarak ICC Model Uluslararası Franchising Sözleşmesi" (2020) 40(2) PPIL 1403.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.826967>

Extended Summary

Currently, international trade relations are increasing rapidly. As a result of this rapid increase, the parties of international trade relations are increasingly sign contracts linked to more than one country.

In the recent years, franchising has become the most highly preferred method for distributing products or services. For this reason, franchise agreements have an important place among the contracts most widely used in international trade law.

As globalization has increased, international organizations have sought to make national legal systems more uniform, due to the perception that the conflicts and divergencies arising from the different legal systems were an obstacle to the development of international trade. It is anticipated that this problem can be resolved by unifying of international commercial law. The unification of commercial law will create a legal framework for international transactions and provide legal certainty for the contracting parties.

Due to inadequate and different national laws related to franchise agreements, unification of legal rules on cross-border franchise agreements is extremely important.

Studies of organizations like the International Chamber of Commerce (ICC) play an important role for international franchise agreements as there is no international agreement on franchising that is binding for the parties. The ICC and other entities including public bodies, intergovernmental agencies and private organizations' works for uniformity, model laws, standard contracts, guides and principles are used commonly as a source for *lex mercatoria*.

Defined as the general principles of law regarding the international trade principles, *lex mercatoria* is the collection of rules that have been autogenously created around international trade that doesn't depend on any particular national law. *Lex mercatoria*, thus refers to the general principles applied in international trade agreements, tangible clauses, commercial traditions and practices. *Lex mercatoria* is becoming increasingly important in international trade law, due to the acceptance of its applicability as substantial law in international arbitration.

Model contracts are an important source of *lex mercatoria* and are frequently used in international trade. Such contracts are drafted with a purpose to secure international deals of parties in international trade taking into consideration the traditions and practices of the related fields of international trade law. In addition, model contracts are soft law rules that are accepted as a source of *lex mercatoria*. Soft law rules are not automatically binding and their existence depend on the agreement of the parties.

The ICC is one of the foremost examples in the global business world with its contributions to development of lex mercatoria. The ICC Model International Franchising Contract is a commonly used text that is drafted by ICC which is considered to be one of the most prestigious organization in global trade. This model contract is drafted with a purpose to ensure a balance between interests of parties and to guide the ones considering to enter into franchise contracts in drafting their own contracts.

One of the main difficulties faced by parties of international franchise contracts is the lack of uniform rules for franchise contracts. Since there is no international agreement on franchising for the countries involved, parties must rely on national laws and regulations applicable to franchising. But these existing laws and regulations are not adequate for the specific needs of international trade and differ from one country to another. Thus, stipulations agreed by the parties have the utmost importance in determining the legal status of the contract, and parties should be very careful while drafting their contracts.

The ICC model franchise contract aims to provide convenience to those who are considering entering into a franchise contract with a set of clauses that can guide the parties in drafting their own franchise contract. The ICC Model International Franchising Contract follows the traditional ICC approach in seeking to strike a balance between the interests of the parties to franchise contract.

Large-scale enterprises that already use franchising for distribution of products or services have their own forms of franchise contracts. But there are also small and medium-sized enterprises which have acquired valuable experience at a local level. ICC Model International Franchising Contract is a concrete, practical way to secure international deals involving small firms. In addition, ICC Model International Franchising Contract is a unique and useful model form for small enterprises to develop their international franchise operations.

ICC Model International Franchising Contract has been elaborated taking into account the most commonly encountered clauses in franchise agreements and therefore may be used as a checklist of the core obligations of a cross-border franchise agreement.

This model agreement prepared to apply only to international franchise contracts. But this model may also be used as a basis for drafting domestic franchise contracts provided the necessary adaptations are made. Franchise agreements may regard distribution of products or supply of services. This model contract deals exclusively with distribution franchise agreements and does not cover service franchise agreements.

In addition, ICC Model International Franchising Contract has been based on the assumption that will not be governed by a specific national law but only by the provisions of the contract itself and *lex mercatoria* as applicable to franchise agreements. The reason of this solution is that the rules of this model contract can be applied in a uniform way to parties of the franchise contracts in different countries, in a balanced way without favoring one or the other side of the transaction.

In our opinion, the parties of cross-border franchise contracts may avoid the most of the risks in international trade by using the ICC Model International Franchising Contract as a model form while drafting their own franchise contract.

Lex Mercatoria Kaynağı Olarak ICC Model Uluslararası Franchising Sözleşmesi

Giriş

Günümüzde küreselleşmenin etkisiyle dünya ticareti baş döndürücü bir hızla gelişmekte ve uluslararası ticaretle uğraşanlar her geçen gün daha da fazla uluslararası ticari sözleşmelerin tarafı olmaktadır. Bu hızlı gelişim içerisinde ülkemizde ve dünyada mal ve hizmetlerin dağıtım ve pazarlanması hususunda en çok franchising yöntemi tercih edilmektedir. Uluslararası franchise sözleşmeleri de bu doğrultuda en fazla kullanılan sözleşmeler arasında yer almaktadır.

Uluslararası franchise sözleşmeleri bu kadar yaygın hale gelmesine rağmen, birçok ülkede franchise sözleşmesine ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca franchise sözleşmeleri ile ilgili taraflar için bağlayıcılığı olan uluslararası bir anlaşmanın da mevcut olmayışı franchising hususunda lex mercatoria kaynaklarını daha önemli hale getirmektedir. Çalışmamızın konusunu oluşturan ICC Model Uluslararası Franchising Sözleşmesi de franchising konusunda ulusal düzenlemelerin yeterli olmamasından dolayı önemli bir lex mercatoria kaynağı olarak ortaya çıkmaktadır.

Çalışmamızda öncelikle uluslararası ticaret hukukunda hukuk kurallarının yeknesaklaştırılması çalışmalarının hız kazanması sonucu giderek artan bir önem kazanan lex mercatoria kavramı üzerinde durulacak; ardından lex mercatoria kaynaklarına kısaca değindikten sonra bu kaynaklar arasında yer alan model sözleşmelerin genel özellikleri inceleme konusu yapılacaktır. Devamında ICC tarafından hazırlanan model sözleşmelerin genel özelliklerinden bahsettikten sonra, franchise kavramına ilişkin kısaca bilgi verilerek, ICC Model Uluslararası Franchising Sözleşmesi'nin taşıdığı özellikler ve sözleşme taraflarına rehberlik ettiği hususlar incelenecektir.

I. Lex Mercatoria Kavramı ve Kapsamı

A. Lex Mercatoria Kavramı ve Tarihi Gelişimi

Uluslararası ticaret, farklı ülkelerde işyeri, yerleşim yeri veya mutad meskeni olan veya farklı devlet vatandaşlığına sahip olan gerçek veya tüzel kişiler arasındaki mal ve hizmetlerin değişimini ifade eden bir kavramdır¹. Uluslararası ticari ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda devreye giren kanunlar ihtilafı metodunun karmaşık yapısı ve rastlantısal sonuçlara yol açması milli hukuk sistemleri dışında uluslararası nitelik taşıyan genel prensipler, maddi hükümler ile ticari adet ve teamüllere olan ihtiyacı

1 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, (6th edn, Beta 2016) 5.

ortaya çıkaran bir etken olmuştur². Bu ihtiyaçtan dolayı lex mercatoria teorisi ortaya atılmış ve günümüzde lex mercatoria kavramı uluslararası ticaret hukukunun temel kavramlarından biri haline gelmiştir³. Lex mercatoria'nın tanımı ve kapsamı konusunda farklı yaklaşımlar olmasına rağmen son yıllarda lex mercatoria, uluslararası ticari sözleşmelere uygulanan genel prensipler, maddi hükümler ve ticari adet ve teamüller olarak kabul edilmektedir⁴.

Lex mercatoria, yeni bir kavram değildir ve doktrinde genellikle kabul edilen görüş uyarınca lex mercatoria'nın tarihsel kökeni Ortaçağ tacirler hukukuna dayanmaktadır⁵. Uluslararası ticarete ilişkin sistem olarak uluslararası örf ve adet hukuku daha önce ortaya çıkmış olsa da terim olarak "lex mercatoria" ilk kez 1290 yılında İngiltere'de ticari teamüllerin "Fleta Kanunları" adı altında toplandığı zaman kullanılmıştır⁶.

Batı Avrupa'da 11. yüzyıl başlarında gelişen uluslararası ticari ilişkiler, tacirler hukukunun ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Tacirler hukuku, tacirlerin kendi adet ve teamülleri ile kendi maddi hukuklarını oluşturma ve uyumsuzlukların çözümünde özel mahkemeler ihdas etme imkanı ile gelişmiş ve bu gelişim milli hukuk sistemlerine bağlı olmayan bir sistem olarak ortaya çıkmıştır. Uluslararası ticaretin gereksinimlerini karşılamak amacıyla, milli hukuk sistemlerinden bağımsız olan ve tacirler tarafından meydana getirilen bir hukuk olan Ortaçağ tacirler hukuku, (modern) yeni lex mercatoria'nın temelini oluşturmuştur⁷.

Ortaçağ tacirler hukuku Batı Avrupa'da uzun yıllar uygulanmış ve uluslararası ticaretin gelişmesine katkıda bulunmuştur. Ancak 19. yüzyılda milli hukuk sistemlerinde tacirler hukukunun iç hukuk kuralı haline getirilmesi yönündeki kodifikasyonlardaki artış ve milliyetçilik akımlarının etkisiyle Ortaçağ tacirler hukuku etkisini kaybetmiş

2 Tolga Ayoğlu, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria* (2nd edn, Vedat 2011) 1.

3 Yusuf Çalışkan, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, (Beta 2014) 16. Uluslararası tahkim uygulamasında lex mercatoria'nın maddi hukuk olarak uygulanabilirliğinin kabul edilmesi, lex mercatoria kavramının giderek artan bir önem kazanmasının en önemli sebeplerinden biridir. Gilles Cuniberti, 'Three Theories of Lex Mercatoria', (2013) 52(1) Columbia Journal of Transnational Law, 369. Uluslararası tahkimde taraflarca aralarındaki sözleşmede lex mercatoria, uluslararası ticaret hukukunun genel ilkeleri, hukukun genel ilkeleri, uluslararası ticarete geçerli adet ve teamüllere göndermede bulunulduğunda genellikle lex mercatoria'nın esasa uygulanacak hukuk olarak kararlaştırıldığı kabul edilir. Hatta kimi zaman iyi niyet, vicdan ve sadakate göre ifanın gerçekleştirilmesi gerektiği öngörüldüğünde bile bunun lex mercatoria'ya atıf olarak anlaşıldığına rastlanmaktadır. Bkz. B. Bahadır Erdem, 'Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda Lex Mercatoria', Ahmet Cemil YILDIRIM/Serhat ESKİYÖRÜK (ed.), *Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria*, (On İki Levha 2014) 128. Uluslararası tahkimde lex mercatoria uygulamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Koray Güven, 'Lex Mercatoria ve Milletlerarası Tahkim', (2017) 34 (2), PPIL, 1,41 vd.; Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, (Legal 2008), 151; Ramazan Durgut, 'Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre Lex Mercatoria'nın Esasa Uygulanabilir Hukuk Olması' (2005-2006)25-26, MHB,105, 117-118. Ayrıca uluslararası tahkimde esasa uygulanacak hukuk hakkında geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz. Cemal Şanlı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986).

4 Ayoğlu, (n 2) 7.

5 Musa Aygül, 'Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması', (2004) 12(3-4), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 45, 47; Ayoğlu, (n 2) 8.; Didem Özdemir, 'Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria', (2003) VII(1-2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 91,96.

6 Arzu Oğuz, "Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (lex mercatoria)- Unidroit İlkelerinin Lex Mercatoria Niteliği", (2001), 50 (3), AÜHFD, 11,21.

7 Çalışkan (n 3) 17; Ayoğlu (n 2) 12.

ve 20. yüzyılda tamamen ortadan kalkmıştır. Sonrasında devletler kendi milli hukuk sistemleri ile uluslararası ticareti kontrol etmeye ve yabancı unsurlu uyuşmazlıkların çözümünde milletlerarası özel hukuk kurallarına başvurmaya başlamışlardır⁸. II. Dünya savaşından sonra uluslararası ticari ilişkilerin hızla artmaya başlamasıyla uluslararası ticaretten kaynaklanan problemlerin çözümünde milli hukuk sistemlerinin yetersiz kalması ve kanunlar ihtilafı kurallarının karmaşık yapısı nedeniyle uluslararası ticarete aranan kolaylık ve öngörülebilirliği sağlayamaması nedeniyle yeni (modern) lex mercatoria teorisi ortaya atılmıştır.⁹

Uluslararası ticarete ilişkin sözleşmelere uluslararası ticaret camiasında benimsenen ve genel kabul gören ilke, maddi norm ile adet ve teamüllerin uygulanması milli hukuk sistemlerinin seçimine oranla hukuki güvenlik, sürat, tarafsızlık ve öngörülebilirlik ihtiyaçlarına daha fazla cevap verebilecek bir yöntem olduğu açıktır.¹⁰

B. Yeni (modern) Lex Mercatoria Teorisi ve Lex Mercatoria'nın Kaynakları

1. Yeni (modern) Lex Mercatoria Teorisi

Lex mercatoria uzun bir gelişme sürecinden sonra daha ağırlıklı olarak gündeme gelmeye ve tartışılmaya başlanmıştır¹¹. Bu gelişim sürecinde altmışlı yılların başında Goldman ve Schmitthoff tarafından ortaya atılan yeni (modern) lex mercatoria teorisi, ortaya atıldığı andan itibaren uluslararası hukuk doktrininde en önemli tartışma konularından biri haline gelmiştir¹². Yeni lex mercatoria olarak adlandırılan bu oluşumun kökleri her ne kadar Ortaçağ tacirler hukukuna dayansa da, bu iki hukuk arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bunlardan ilki, yeni lex mercatoria'nın, dünya düzeninin kendisine dayandığı millî egemenlik görüşüyle uzlaştırılması gereği; diğeri ise, Ortaçağ tacirler hukukunun gelişigüzel ve plânsız olarak gelişmesine rağmen, yeni lex mercatoria'nın, bu konuda düzenlemeler getiren kuruluşlar tarafından önceden tasarlanmış olması ve milletlerarası sözleşmelerde, model kanunlarda ve ICC gibi kurumlar tarafından hazırlanan ve basılan dokümanlarda ifade edilmesidir¹³.

Yeni lex mercatoria hakkında üç farklı yaklaşım bulunmaktadır. Goldman tarafından benimsenen görüş uyarınca, lex mercatoria, milli hukuk sistemlerinin dışında ve bağımsız bir hukuk sistemidir¹⁴. Schmitthoff'a göre ise lex mercatoria, uluslararası

8 Aygül (n 5) 49; F.İtur Bingöl, 'Lex Mercatoria ve Türk Tahkim Hukuku'ndaki Yeri', (2017) 19, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, (Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan)1953,1958.

9 Aygül (n5) 49; Çalışkan (n3) 17.

10 Ayoğlu, (n 2) 20.

11 Oğuz (n 6) 32.

12 Nikitas E. Hatzimihail, 'The Many Lives-and-Faces of Lex Mercatoria : History as Genealogy in International Business Law', Law and Contemporary Problems, (2008) 169,170-172.

13 Özdemir (n 5) 10; Goldstajn, A.: (1986), "Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention", <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/goldstajn.html> Erişim Tarihi 02 Eylül 2020

14 Berthald Goldman, *Lex Mercatoria*, (1983) 3 Forum Internationale, 8.

ticarete özgü maddi kurallar bütünü olarak tanımlanmakta ve bu kuralların milli hukuk sistemlerinin bir parçası sıfatıyla uyuşmazlıklara uygulanmaları gerektiği savunulmaktadır¹⁵. Goldman ve Schmitthoff'un görüşlerinin birleştirilmesi sonucu oluşan karma görüş uyarınca¹⁶, *lex mercatoria*'nın bağımsız bir hukuk sistemi olmasa dahi, bağımsız bir hukuk düzeni gibi uyuşmazlığın esasına uygulanabilen ve bağlayıcı gücünü milli hukuk sistemlerinden almayıp doğrudan doğruya uluslararası toplumda gördükleri genel kabulden aldığı iddia edilmektedir¹⁷.

Bu görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin sonuç itibariyle son yıllarda *lex mercatoria*, uluslararası ticari uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünde maddi hukuk kuralı olarak uygulanmaktadır. Uluslararası tahkimde maddi hukuk olarak uygulanan ve bu yönüyle uluslararası ticaret hukukunun önemli bir kavramı haline gelen¹⁸ *lex mercatoria*'nın kaynakları da önem arz ettiğinden aşağıda *lex mercatoria* kaynaklarına da kısaca değinilecektir.

2. *Lex Mercatoria*'nın Kaynakları

Günümüzde *lex mercatoria*, milletlerarası ticaret hukukunda genel kabul görmesine rağmen, kapsamı ve sınırları belirli değildir¹⁹. *Lex mercatoria*'nın kaynakları açısından iki farklı yaklaşım benimsenmektedir. Bunlardan Schmitthoff tarafından ileri sürülen dar yaklaşım uyarınca *lex mercatoria*'nın kaynaklarının uluslararası konvansiyonlar ve model kanunlar ile ticari adet ve teamüllerle sınırlı olduğu kabul edilmektedir²⁰. Goldman ve Lando tarafından ileri sürülen ve doktrinde ağırlıklı olarak benimsenen geniş yaklaşıma göre ise *lex mercatoria*'nın kaynakları hukukun genel ilkeleri, uluslararası konvansiyonlar ile model kanunlar, ticari adet ve teamüller, standart sözleşmeler ile genel işlem şartları, davranış kodları ve hakem kararlarından oluşmaktadır²¹.

a. Hukukun Genel İlkeleri

Hukuk düzeninin temel taşları olan hukukun genel ilkeleri, birçok milli hukuk düzeninde yer alan ve milletlerarası hukuk düzenine aktarılması hususunda yargısal açıdan veya hukuk mantığı açısından herhangi bir engel bulunmayan ve devletlerin ortak hukuk değerlerinin oluşturduğu kurallar olarak tanımlanmaktadır²².

15 Clive M. Schmitthoff, *The Unification of the Law of International Trade*, (1964) 6-7.

16 Ole Lando, 'The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration', (1985) 34 ICLQ, 747.

17 *Lex mercatoria* hakkında Goldman ve Schmitthoff tarafından ileri sürülen görüşler ve bu görüşlerin birleştirilmesi sonucu oluşan karma görüşü savunan yazarlar ve görüşleri hakkında detaylı bilgi için Bkz. Ayoğlu, (n 2) 30 vd.

18 Çalışkan (n 3) 19.

19 Lale Ayhan-Izmirli, 'Lex Mercatoria'da Culpa In Contrahendo Sorumluluğu', (2017) 37(2), MHB, 257, 266.

20 Schmitthoff, (n 15) 6-7.

21 Lando, (n 16) 749; Michele Mustill, 'The New Lex Mercatoria: The First Twenty Five -Years', 4 *Arbitration International*, (1988), 109. *Lex mercatoria* kaynakları hususunda geniş yaklaşımı benimseyen diğer yazarlar hakkında bkz Ayoğlu, (n 2) 121. Günümüzde modern *lex mercatoria*'nın kaynaklarının yalnızca ticari teamül hukukunda aranması yeterli olmamakta ve pozitif karaktere sahip milletlerarası düzenlemeler ve milletlerarası ticari teamüllerin *lex mercatoria*'nın iki ana kaynağı olduğu kabul edilmektedir. Hatzimihail, (n 12) 180; Ayhan -Izmirli (n 19) 266.

22 Oğuz (n 6) 28; Ayhan -Izmirli (n 19) 267.

İyi niyet, ahde vefa, hakkın kötüye kullanılması yasağı, sözleşmenin uyarlanması, kazanılmış haklara saygı gibi ilkeler hemen hemen her hukuk düzeni tarafından bilinen ve ticari ilişkilerde de uygulanan bu ilkelere örnek olarak verilebilir²³.

b. Ticari Adet ve Teamüller

Lex mercatoria'nın özünü, uluslararası ticari hayatta uzun zamandır uygulanagelen ve ticaret camiasındaki herkesin üzerinde hemfikir olduğu milletlerarası ticari adet ve teamüller oluşturmaktadır²⁴. Ticari adet ve teamüller, uluslararası ticaretin gereklerini sağlamak amacıyla uluslararası tacirler tarafından oluşturulmuştur²⁵. Ticari adet ve teamüller milli hukuk sistemlerinde ikincil hukuk kaynağı olarak kabul edilmekte iken²⁶; uluslararası ticaret hukukunda daha önemli ve üst derecede bir kaynak olarak kabul edilmektedirler²⁷.

Ticari hayatta yer alan taraflar, aralarındaki sözleşmede belli konularda hüküm koymamışlarsa kendileri tarafından bilinen veya bilmeleri gereken ticari teamüllere dayandıkları kabul edilmektedir. Ticari teamüller taraflar arasındaki sözleşmede boşlukların doldurulması ve sözleşmede kullanılan terminolojinin yorumlanmasında taraflara kolaylık sağlamaktadır²⁸.

Uluslararası ticaret camiasında sıklıkla başvuru alan ticari adet ve teamüller, uluslararası kuruluşlar tarafından kodifiye edilerek yeknesak kurallar haline getirilmiş olabilirler. Ancak bu bir zorunluluk değildir. Uluslararası kuruluşlar tarafından kodifiye edilmemiş ticari adet ve teamüller de lex mercatoria kaynağı olarak uygulanırlar. Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus, somut uyuşmazlıkta bir ticari adetin varlığını iddia eden taraf bu iddiasını ispat etmelidir²⁹.

c. Model Kanunlar ve Uluslararası Anlaşmalar

Milli hukuk sistemlerini birbirleriyle uyumlu hale getirmek için kullanılan araçlardan biri olan model kanunlar, lex mercatoria'nın en önemli kaynaklarından. Bu kanunlar, uluslararası kuruluşlar tarafından, ülkelerin iç hukuklarında yapılacak düzenlemeler için model oluşturma amacıyla hazırlanmaktadır ve uluslararası alanda genel kabul gören hususları yansıtan metinlerdir³⁰.

Uluslararası ticaret hukukuna ilişkin milli hukuk sistemlerinde yer alan düzenlemelerin harmonizasyonunu sağlamak amacıyla hazırlanan model kanunlardan

23 Oğuz (n 6) 29-31.

24 Ayhan -İzmirli (n19) 268.

25 Aygül (n 5) 66; Çalışkan (n 3) 29.

26 Ayoğlu (n 2) 163.

27 Şanlı (n 3) 342.

28 Ayhan -İzmirli (n 19) 268.

29 Ayoğlu, (n 2) 165; Çalışkan (n3)30.

30 Ayoğlu, (n 2) 175.

biri de UNIDROIT tarafından kaleme alınan 2002 tarihli Model Franchise Bilgilendirme Kanunu (Model Franchise Disclosure Law)' dur³¹.

Modern bir dağıtım ve pazarlama metodu olan franchising, ulusal ekonomilerde her geçen gün daha da büyük bir rol oynadığından, UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law, Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması İçin Uluslararası Enstitü) tarafından Model Franchise Bilgilendirme Kanunu kaleme alınmıştır. Tüm dünyada franchise sisteminin çok geniş bir alanda yayılmış ve yatırımcılar tarafından çok fazla tercih ediliyor olmasından dolayı böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur³².

UNIDROIT Model Franchise Bilgilendirme Kanunu, devletler tarafından uyulması zorunlu olmayan ve sadece yasa koyucuların ulusal mevzuatlarını hazırlarken dikkate alabilecekleri (model) hükümler içermektedir. Model Franchise Bilgilendirme Kanunu'nun uluslararası sözleşmelerin aksine taraflar açısından bir bağlayıcılığı bulunmamakta; sadece yasa koyucular için franchising hususunda yasal düzenleme hazırlarken bir rehber veya model oluşturmaktadır. Ayrıca, yeni lex mercatoria kaynağı olmasından dolayı taraflarca, uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkimin tercih edildiği durumlarda aralarındaki franchise sözleşmesine uygulanacak hukuk olarak seçilebilmektedir³³.

Lex mercatoria'nın diğer önemli bir kaynağı da uluslararası ticaret hukukunda millî hukuk sistemlerini yeknesaklaştırma amacına yönelik ve uluslararası ticari ilişkiler konusunda maddî hükümler getiren uluslararası anlaşmalardır³⁴. Uluslararası anlaşmaların taraf devletlerce usulüne uygun olarak onaylanması durumunda iç hukuk olarak uygulanmaları sözkonusu olsa da; sözleşme taraflarından birinin tabi olduğu devletin anlaşmayı onaylamaması durumunda anlaşma, en uygun hukuk sıfatıyla uygulama alanı bulabilir³⁵.

Uluslararası ticaret camiası tarafından genel kabul gören durumları yansıtmalarından dolayı uluslararası anlaşmalar lex mercatoria'nın önemli bir kaynağıdır³⁶. Lex mercatoria niteliğinde olan uluslararası anlaşmalardan en önemli olanı uluslararası

31 UNIDROIT Model Franchise Disclosure Law, (2002) www.unidroit.org. Erişim Tarihi: 11 Ekim 2020

32 Sözkonusu model kanunun en belirgin özelliği, franchise verene, franchise konusu işe ilişkin sözleşme öncesi çok detaylı bir açıklamada bulunma zorunluluğu getirmiş olmasıdır. UNIDROIT Model Franchise Disclosure Law, (2002), Explanatory Report,17 www.unidroit.org. Erişim Tarihi 12 Ekim 2020.; Tamara Milenkovic Kerkovic, "The Main Directions in Main Cooperative Franchising Regulation" – Unidroit Initiative and its Influence, European Research Studies, (2010) XIII (1), 103, 111. Ayrıca Model Franchise Bilgilendirme Kanunu sözleşme öncesi bilgilendirmeyi kapsamaktadır. Taraflar arasındaki ilişkiler ve sözleşmenin sona ermesinin sonuçları model kanunun kapsamı dışında kalmaktadır. Açıkça belirtilmediği sürece Model Franchise Bilgilendirme Kanunu, franchise sözleşmesinde yer alan hükümlerin geçerliliği ile ilgilenmez . Bkz. Lena Peters, "Franchising: Recent Legislation and the UNIDROIT Model Franchise Disclosure Law", Business Law International (2004) (1),33.

33 UNIDROIT Model Franchise Disclosure Law, (2002) www.unidroit.org. Erişim Tarihi 11 Ekim 2020

34 Oğuz (n 6) 25; Çalışkan (n 3) 32.

35 Çalışkan (n3) 32

36 Ayoğlu (n 2) 175.

satım hukuku alanında UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu) tarafından hazırlanan 1980 tarihli Milletlerarası Menkul Mal Satımına İlişkin Viyana Anlaşması'dır (CISG)³⁷.

d. Yeknesak Kurallar

Yeknesak kurallar, sözleşmede kullanılan birtakım belirlemeler olup taraflar sözleşmelerine bu kuralları ekleyebilecekleri gibi, bunlara atıf da yapabilirler³⁸. Yeknesak kurallar, alanında uzman uluslararası kuruluşlar tarafından hazırlanarak uluslararası ticaret camiasının kullanımına sunulurlar. Özellikle ICC (International Chamber of Commerce, Milletlerarası Ticaret Odası) bu tür kuralların hazırlanmasında öncü rol üstlenmektedir³⁹. ICC tarafından hazırlanan ve dünya çapında genel kabul görek lex mercatoria'nın başarılı örneklerini oluşturan yeknesak kurallara örnek olarak ICC'nin 723 E sayılı broşürü olan INCOTERMs (International Commercial Terms) ve 600 sayılı broşürü olan Akreditiflere İlişkin Bir örnek Usuller ve Uygulama Kuralları (Uniform Customs and Practise for Documentary Credits) verilebilir.

Yeknesak kuralların lex mercatoria kaynağı olarak kabul edilebilmeleri için uluslararası ticaret alanında yaygın bir kullanım alanına sahip olmaları gerekir. Yeknesak kurallar genellikle atıf (incorporation) yöntemiyle sözleşmenin bir parçası olarak dikkate alınırlar. Bunun yanında yeknesak kuralların, standart sözleşmelerle önemli ölçüde benzerlik gösterdiğini de belirtmek gerekir. Ancak, standart sözleşmelerden farklı olarak sözleşmenin tamamını değil, bir parçasını oluştururlar. Ayrıca yeknesak kurallar, standart sözleşmelerin aksine taraflar arasındaki sözleşmede sadece belirli konularda çözüm getirirler⁴⁰.

e. Restatement (Derleme) Metoduyla Hazırlanan Metinler

Restatement metodu ile hazırlanan metinler, Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün yayınladığı ve restatement olarak adlandırılan düzenlemeler örnek alınarak oluşturulmuştur⁴¹. Ülkelerin hukuk kurallarını uyumlaştırma konusunda pek istekli olmamaları ve kendilerini bağlayıcı anlaşmalara uzak durmaları nedeniyle yapılan anlaşmaların başarısızlığından dolayı bu tür metinler oluşturulmuştur. Bu metinler ilgili olduğu uluslararası ticaret alanında genel kabulü yansıtan ve bağlayıcı olmayan

37 Ole Lando, 'CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law', American Journal of Comparative Law (2005) 379 , www.cisg.law.pace.edu, Erişim Tarihi 15 Ekim 2020. CISG yanında dünya ticaretini yöneten çok sayıda önemli konvansiyon bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak kambiyo senetlerine ilişkin 1930 tarihli Cenevre Sözleşmesi, Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi (CMR) sayılabilir. Ayoğlu, (n 2) 178.

38 Çalışkan (n 3) 29.

39 Ayoğlu, (n 2) 317.

40 Oğuz (n 6) 24.

41 Çalışkan (n 3) 34.

düzenlemelerdir. Uluslararası anlaşmalara nazaran daha kolay değiştirilebilmeleri sebebiyle uluslararası ticaretin hızlı gelişimine ve gerekliliklerine daha çabuk cevap verebilmektedirler⁴².

UNIDROIT tarafından hazırlanan “Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri” restatement metodu ile hazırlanan metinlerin en önemli örneğini oluşturmaktadır. Mukayeseli hukuk yöntemi kullanılarak hazırlanan UNIDROIT ilkelerinin en önemli özelliği, hazırlanması sırasında hukuk sistemlerindeki farklılıkların gözetilmiş olması ve uluslararası ticari sözleşmeler için genel kurallar getirmesidir⁴³. Ayrıca “Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri” de restatement metodu ile hazırlanan metinlerin en bilinen diğer örneğidir⁴⁴.

f. Davranış Kodları

Lex mercatoria'nın bir diğer kaynağını teşkil eden davranış kodları, (codes of conduct) ilgili buldukları sektörün profesyonel ve teknik açıdan standartlarını ve etik kurallarını tespit eden metinlerdir⁴⁵. Bu kuralları ve standartları tespit eden kuruluşlar, ilgili sektördeki meslek örgütleridir.

Davranış kodlarının uygulanmaları zorunlu değildir. İhlal edilmeleri halinde disiplin cezasının ötesinde bir yaptırım sözkonusu olmamaktadır. Ancak bu kodlar, bu kurallara tabi olan kuruluşların belli işlemler için göstermeleri gereken dikkat ve özenin ölçüsü belirlenirken dikkate alındıklarından sektör mensupları açısından önem taşımaktadır. Belirtmek gerekir ki davranış kodu ile belirlenen standartlara uyulmamış olması, ihlali gerçekleştiren sektör mensubu açısından kusur teşkil edebilir ve özen yükümlülüğünün ihlali anlamına gelebilir⁴⁶.

Davranış kodlarına, ICC'nin Uluslararası Reklamcılık Kodu (ICC International Code of Advertising Practice) ve OECD tarafından hazırlanan OECD Çok Taraflı Şirketlere İlişkin Rehber (OECD Guidelines for Multinational Enterprises) örnek olarak gösterilebilir⁴⁷.

g. Hakem Kararları

Uluslararası ticari uyuşmazlıklara ilişkin hakem kararları, hem sayıca fazla olmaları hem de uluslararası ticari uygulamalara göre daha hızlı şekilde gelişmeleri nedeniyle

42 Ayhan- İzmirli, (n19) 272.

43 UNIDROIT İlkeleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Ceyda Süral, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipleri* (2008) 56 vd.; Kemal Dayınlarlı, ‘Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri’ (2003) 23 MHB, 203, 204 vd.

44 Ayoğlu, (n 2) 192. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri hakkında bilgi için bkz. Kemal Dayınlarlı, *Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, Principles of European Contract*, Ankara 2005.

45 Şanlı (n 3) 332-333.

46 Ayoğlu, (n 2) 346.

47 Çalışkan (n 3) 33.

lex mercatoria'nın önemli kaynaklarından biri olarak kabul edilmektedir.⁴⁸ Hakem kararları uluslararası ticaret alanında kabul edilen kuralları tespit etmek yanında, yeni kurallar da oluşturmaktadırlar⁴⁹. Tahkim yargılamasındaki gizlilik prensibi gereği genellikle hakem kararları yayınlanmamaktadır. Ancak doktrinde son dönemde özellikle uluslararası yatırım tahkiminde 3. kişilerin haklarını korumak adına bu prensibin yumuşatılarak hakem kararlarının yayınlanmaya başlandığı ve böylece hakem kararlarının uluslararası ekonomi hukukun gelişiminde önemli bir rol oynamaya başladığı iddia edilmektedir.⁵⁰

Yayımlanan hakem kararları, bir içtihat olarak bağlayıcılığa sahip değildir. Ancak doktrinde, uygulamada hakemler tarafından önceki kararlara sıkça başvurulmakta olduğu iddia edilmekte, böylece hakem kararlarının, lex mercatoria'ya ait genel ilkelerin, maddi normların ve ticari adet ve teamüllerin belirlenmesi açısından önemli bir görev üstlendiği ifade edilmektedir⁵¹. Bu yönüyle hakem kararları lex mercatoria'nın gelişiminde etkili olmakta ve lex mercatoria'nın önemli bir kaynağını teşkil etmektedir⁵².

h. Model Sözleşmeler

Lex mercatoria'nın önemli kaynaklarından biri de model sözleşmelerdir. Model sözleşmeler uluslararası ticaretin belirli alanlarında faaliyet gösteren iş adamlarının oluşturduğu organizasyonlar tarafından hazırlanan metinlerdir. Bu tür sözleşme formları, ilgili alanda var olan ticari adet ve teamüllere göre oluşturulmakta ve o alanda ortak norm ve uygulamaların geliştirilmesi amacını taşımaktadır⁵³.

Doktrinde bizim de katıldığımız görüş uyarınca özellikle İngiliz hukukunda çok sıklıkla kullanılan model sözleşmeler⁵⁴ lex mercatoria'nın kaynakları arasında yer almaktadır⁵⁵. Ancak model sözleşmelerin lex mercatoria niteliğinde kabul edilebilmeleri için mutlaka ticari adet mertebesine ulaşması gerektiğini savunan yazarlar⁵⁶ yanında; model sözleşmelerin adalet içeriklerinin sorgulanması gerektiği ifade edilerek bu metinlerin uluslararası ticaret hukukunun kaynakları arasında yer almasına karşı çıkan yazarlar da bulunmaktadır⁵⁷.

48 H. Ercüment Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler* (Beta 2008) 326; Ayhan İzmirli (19) 272; Özel (n 3) 150.

49 Erdem (n 48) 325; Aygül (n 5) 72-73.

50 Çalışkan (n 3) 33.

51 Ayoğlu (n 2) 350.

52 Şanlı (n 3) 344; Çalışkan (n 3) 33; Ayoğlu, (n 2) 350; Güven (n 3) 14.

53 Şanlı (n3) 333; Aygül (n 5) 69.

54 Erdem (n 48) 328.

55 Şanlı (n39) 333; Erdem (n 48) 328; Ayoğlu (n 2) 340.

56 Türkay Özdemir/ Ramazan Durgut, 'Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre Lex Mercatoria'nın Esasa Uygulanacak Hukuk Olması', Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, (2008), 467, 470.

57 Yeşim Atamer, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları (CISG)* (Beta 2005), 14, dn 15.

İlgili oldukları alanda sıklıkla kullanılan model sözleşmelerin, içtihat hukuku ile de desteklendikleri takdirde güvenilir bir hukuki zemin oluşturabilecekleri vurgulanmaktadır⁵⁸. Uluslararası ticaret uygulamasında sıklıkla kullanılan model sözleşmelerden biri de son dönemde en fazla tercih edilen dağıtım ve pazarlama metodu olan franchising ile ilgili ICC tarafından hazırlanan Model Uluslararası Franchising Sözleşmesi'dir⁵⁹. Franchise sözleşmelerine ilişkin taraflar için bağlayıcı olan uluslararası bir anlaşma olmaması ve milli hukukların çoğunda da franchise sözleşmeleri konusunda yasal düzenlemelerin yetersiz olması nedeniyle bu alanda hazırlanmış olan model sözleşme *lex mercatoria* kaynağı olarak önem arz etmektedir. ICC Model Uluslararası Franchising Sözleşmesi aşağıda daha ayrıntılı olarak incelenecektir.

II. Uluslararası Ticaret Hukukunda Model Sözleşmeler ve ICC Tarafından Hazırlanan Model Sözleşmelerin Genel Özellikleri

A. Model Sözleşme Kavramı ve Genel Özellikleri

Uluslararası ticaret, özel uzmanlık gerektiren bir alan olması sebebiyle ICC ya da ilgili sektör örgütleri tarafından kaleme alınan model sözleşmelerin sıklıkla kullanıldığı bir alandır⁶⁰.

Model sözleşmeler, uluslararası ticari adet ve uygulamalar doğrultusunda uluslararası bir organizasyon tarafından hazırlanan ve sözleşme taraflarınca işlemin gereklerine uygun değişikliklerin yapılmasından sonra aynen kabul edilen önceden hazırlanmış metinler olarak tanımlanmaktadır⁶¹. Bu sözleşme metinleri, ulusal hukukların uygulama alanını asgariye indirmekte ve ticari adet, teamül ve uygulamaların oluşumuna katkıda bulunmaktadırlar⁶².

Model sözleşmeler, uluslararası ticarete taraflar için güvenli bir ortam oluşturmayı amaçlayarak, ilgili alandaki adet ve teamüller dikkate alınarak hazırlanmaktadır. Bu model sözleşmelerin düzenlenme amacı, uluslararası ticaretin ihtiyaçlarına cevap veremeyecek nitelikteki milli hukuk sistemlerine başvurulmasını önleyecek ölçüde detaylı akdi düzenlemeler öngörmek ve *lex mercatoria*'nın oluşumuna katkıda bulunmaktır⁶³.

İlgili oldukları alanda uluslararası ticaret camiasındaki ortak anlayış ve uygulamaları yansıtan model sözleşmeler⁶⁴, sözleşmenin her iki tarafı bakımından dengeli, tarafsız

58 Aygül (n 5) 69.

59 ICC Model International Franchising Contract, ICC Publication No:712 E.,Paris, 2011.

60 Ayoğlu (n 2) 339.

61 Clive M. Schmitoff, 'The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions', *International Comparative Law Quarterly*,(1968) 17, 551; Ayoğlu (n 2) 339.

62 Şanlı (n3) 333.

63 Şanlı (n 3) 333; Erdem (n48) 1092-1093; Aygül (n 5) 67-69.

64 Şanlı (n3) 333.

ve adil bir düzenleme getirmeyi hedefleyen metinler olup, hiçbir milli hukuk düzenine ait değildirler⁶⁵. Sıklıkla kullanılan model sözleşmeler değişen şartlara da kolayca uyarlanabilme kabiliyetine sahiptirler⁶⁶. Aşağıda detaylı olarak değineceğimiz Model Uluslararası Franchising Sözleşmesi de global ticaret alanında en itibarlı kurum olarak nitelendirilen ICC tarafından hazırlanmıştır. Franchising hususunda ortak uygulama ve anlayışları yansıtan ve taraf menfaatleri arasında denge kurmayı hedefleyen bu model sözleşme, *lex mercatoria*'nın oluşumuna önemli katkı sağlayan metinlerden biridir.

Model sözleşme kavramına, bir sözleşmenin esaslı unsurlarının önceden formüle edildiği ister form şeklinde ya da genel işlem şartları şeklinde düzenlenmiş olsun bütün sözleşme metinleri dahildir⁶⁷. Bunlardan form şeklinde düzenlenmiş sözleşmelerde taraflar, mal ve hizmet, fiyat, ifa yeri ve zamanı hakkındaki özel anlaşmalarını yazabilecekleri boşluklar içeren birtakım formlar doldurmak suretiyle sözleşmeyi kurarlar. Genel işlem şartlarında ise, sözleşme metnine eklenebilen ve tarafların atıf yapabilecekleri, önceden hazırlanmış şartlar söz konusu olmaktadır. Uygulamada bu iki türü birbirinden ayırmanın çok zor olduğu ancak çoğu zaman genel işlem şartları, sözleşme formlarının arka sayfasında yer aldığından bunları ayırmanın pratik bir öneminin de olmadığı belirtilmektedir⁶⁸.

B. Soft Law Kuralı Olarak Model Sözleşmelerin Önemi

Model sözleşmeler, milletlerarası ticaret hukuku bakımından *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında yer alan soft law kurallarındandır. Soft law, hukuken uygulanmaları zorunlu olmayan ancak uluslararası toplum tarafından, taraf iradeleri çerçevesinde uygulanmaları önerilen metinleri ifade eden bir kavramdır⁶⁹.

Soft law kuralları, pozitif hukuk kuralları içinde yer almayan ve bağlayıcı olmayan kurallar bütünü olup⁷⁰, gördükleri genel kabul uyarınca uygulanırlar. Model kanunlar, teamül ve uygulamaların sivil toplum örgütleri tarafından yazılı hale getirilmiş metinleri, uluslararası ticari terimler, model formlar ve sözleşmeler, akademisyen ve uzmanların görüşleri ile uluslararası sözleşmeler genel olarak soft law kuralları arasında sayılır. Soft law kuralları devlet egemenliğine dayanmadıklarından zorlayıcı güce sahip değildirler.⁷¹

65 Ayoğlu (n 2) 339.

66 Ayoğlu (n 2) 340.

67 Oğuz (n 6) 23.

68 Oğuz (n 6) 23.

69 Henry D. Gabriel, 'The Use of Soft Law in the Creation of Legal Norms in International Commercial Law: How Successful Has It Been?', 40 MICH. J. INT'L L. 413 (2019), 413, <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol40/iss3/3> Erişim Tarihi 06 Ekim 2020; Cynthia Crawford Lichtenstein, 'Hard Law v. Soft Law: Unnecessary Dichotomy', *The International Lawyer*, (2001), 35(4), 1433; Ayoğlu (n 2) 190.

70 Henry D. Gabriel, 'The Use of Soft Law in the Creation of Legal Norms in International Commercial Law: How Successful Has It Been?', 40 MICH. J. INT'L L. 413 (2019), 413, <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol40/iss3/3>; Erişim Tarihi 06 Ekim 2020.

71 H.Ercüment Erdem, "ICC Model Sözleşmelerinin Esnek Hukuk Kuralları Arasındaki Yeri ve Önemi", Nisan 2017, www.erdem-erdem.av.tr/hukuk-postasi Erişim Tarihi 16 Eylül 2020.

Soft law kurallarının devletler tarafından kabul edilmelerine gerek olmaması sebebiyle pozitif hukuk kurallarına göre daha avantajlı yönleri vardır⁷² ve uluslararası ticaret hukukunda farklı şekillerde kullanılabilirler. Öncelikle soft law kuralları model kanunlar gibi diğer kanunların oluşturulmasında temel olabilir. Bu model kanunlar devletler tarafından yerel hukuklara aktarılmak ve kanun koyucular için standart oluşturmak için tasarlanırlar⁷³. Bunlara örnek olarak UNCITRAL Tahkim Model Kanunu ve UNCITRAL Model Elektronik Ticaret Model Kanunu verilebilir. Bunun yanında soft law kuralları hakem heyetlerine yol göstermek amacıyla da kullanılabilirler. Hakem heyetleri genelde tarafların ulusal hukuk seçimiyle bağlı olmadıklarından, önelerine gelen uyuşmazlıklarda tarafsız olması nedeniyle Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri gibi kuralları sıklıkla kullanılmaktadırlar. Ayrıca soft law kuralları uyuşmazlıkların çözümünde yetersiz kalan uluslararası veya yerel nitelikte uygulanacak hukuk kurallarındaki boşlukların doldurulmasında da kullanılırlar.

Son olarak soft law kurallarının önemli bir kullanım şekli de taraflarca aralarındaki sözleşmede uygulanacak hukuk olarak seçilebilmeleridir. Taraflarca bağlayıcı olmayan bu kuralların uygulanacak hukuk olarak seçilmesinin nedeni, bu kuralların taraflar aralarındaki ticari ilişkiyi daha iyi temsil ettiğinin veya ulusal hukuklara göre daha öngörülebilir olduğunun değerlendirilmesidir⁷⁴.

Lex mercatoria'nın kaynaklarından soft law kuralları arasında yer alan model sözleşmeler, lex mercatoria'nın gelişimi açısından önem taşıyan metinlerdir. Şöyle ki, model sözleşmelerde, ilerde lex mercatoria'nın kaynağı olabilecek yeknesak kurallar sistemi yer almaktadır. Model sözleşmelerin yaygın olarak kullanımı uluslararası ticaret camiasında bir işlem bakımından hangi standardın genel kabul gördüğünü gösterdiğinden model sözleşmelerin kullanımı lex mercatoria'nın gelişimine önemli katkılar sağlayacaktır⁷⁵.

C. ICC Model Sözleşmelerinin Genel Özellikleri

Global ticaret alanında en itibarlı kurum olarak nitelendirilen ICC, 1919 yılında uluslararası ticaretin gelişimini sağlamak amacıyla herhangi bir ülkeye bağlı olmadan kurulmuş tarafsız bir örgüttür⁷⁶. ICC, yapmış olduğu çalışmalarla lex mercatoria'nın

72 Soft law kurallarının konvansiyonlara göre avantajları hakkında detaylı bilgi için bkz. Henry D. Gabriel, 'The Use of Soft Law in the Creation of Legal Norms in International Commercial Law: How Successful Has It Been?', 40 MICH. J. INT'L L. 413 (2019), 416-420, <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol40/iss3/3> Erişim Tarihi 06 Ekim 2020.

73 Henry Deeb Gabriel, 'The UNIDROIT Principles of International Contracts as a Basis for Teaching Law Reform and Other Legal Skills in the Course on Transnational Law', 130, <http://eltelawjournal.hu/wp-content/uploads>, Erişim Tarihi 06 Ekim 2020; Ercüment Erdem, 'ICC Model Sözleşmelerinin Esnek Hukuk Kuralları Arasındaki Yeri ve Önemi', Nisan 2017, <www.erdem-erdem.av.tr>hukuk-postası Erişim Tarihi 06 Ekim 2020.

74 Ercüment Erdem, 'ICC Model Sözleşmelerinin Esnek Hukuk Kuralları Arasındaki Yeri ve Önemi', Nisan 2017, www.erdem-erdem.av.tr>hukuk-postası Erişim Tarihi 17 Ekim 2020.

75 Erdem (n 48) 517.

76 www.iccwbo.org/about-icc/history/the-merchants-of-peace/20.10.2020; ICC Model International Franchising Contract, ICC Publication No:712 E,59. Şanlı (n 3) 78; Çalışkan (n 3) 15.

gelişimine en fazla katkı sağlayan kuruluşların başında gelmektedir⁷⁷. ICC tarafından yapılan çalışmalar uluslararası ticaret hukukunun belkemiğini oluşturmaktadır⁷⁸. Ayrıca ICC sadece milli hukuk sistemlerinin yeknesaklaştırılmasında değil, tahkim alanında da önemli bir yere sahiptir⁷⁹.

ICC tarafından hazırlanan ve soft law kuralları arasında yer alan model sözleşmelerin en önemli özelliği, sözleşme serbestisi ilkesine aykırı olarak taraflardan birinin iradesini, baskı kurarak diğeri üzerinde kabul ettirmesini engellemek ve tarafların pazarın özelliklerini yansıtan kuralları kabul etmelerini sağlamaktır. Böylece ICC model sözleşmeleri taraflara adil bir sözleşme düzenlemeleri hususunda yardımcı olan sözleşmelerdir⁸⁰.

ICC model sözleşmeleri, genellikle ulusal hukuklar tarafından benimsenen ve milletlerarası ticaretin özelliklerini yansıtmayan farklı çözümleri ortadan kaldırma amacı taşırlar. Öncelikle belirtmek gerekir ki ICC model sözleşmeleri, hukukun genel ilkeleri ve ticari uygulamalar dikkate alınarak hazırlanan metinlerdir. Ayrıca bu sözleşmeler, uluslararası ticari işlemler için uygun olduğundan, yerel işlemlerde kullanılırken bu özelliği dikkate alınmalıdır.

ICC model sözleşmeleri, belli bir alanda yeterli olmayan düzenlemeler içeren yerel hukukların uygulanması riskini de ortadan kaldırmaktadırlar. Şöyle ki, ICC çoğu yerel hukukta düzenlenmeyen sözleşme tiplerine ilişkin (ör. Franchise, tek satıcılık vb.) hukuk boşluğunu, alanında uzman hukukçuların görüşleri doğrultusunda hazırlanan metinler olan model sözleşmelerle doldurmaktadır. Bunlara ilaveten, model sözleşmeler taraflarca değiştirilmeye uygun ve somut olaya uyarlanabilecek şekilde hazırlanmaktadır.

ICC model sözleşmelerinin diğeri bir özelliği ise kullanıcı dostu formatta hazırlanmalarıdır. Her model sözleşmede sözleşme özelliklerini ve sözleşmeye ilişkin önemli konuların anlatıldığı bir “Giriş (preamble)” bölümü yer almaktadır. ICC tarafından hazırlanan model sözleşmelerin “Gövde” kısmında ise taraflar belirtilen alternatiflerden birini seçmeye yönlendirilirler. Ayrıca seçim yapılmadığında uygulanacak alternatif de önceden belirli olduğu için taraflarca belli bir alternatif seçilmezse biri otomatik olarak uygulanacak şekilde düzenleme yapılmıştır. ICC model sözleşmelerde yer alan “Ekler Annex)” bölümü ise belirli konularda faydalı bilgiler içeren bölümdür⁸¹.

77 H.Ercüment Erdem, “ICC Model Sözleşmelerinin Esnek Hukuk Kuralları Arasındaki Yeri ve Önemi”, Nisan 2017, www.erdem-erdem.av.tr>hukuk-postası Erişim Tarihi 17 Ekim 2020; Çalışkan (n 3) 15.

78 Çalışkan (n 3) 15.

79 Şanlı (n 3) 78-85; ICC Model International Franchising Contract, ICC Publication No:712 E, 59.

80 H.Ercüment Erdem, “ICC Model Sözleşmelerinin Esnek Hukuk Kuralları Arasındaki Yeri ve Önemi”, Nisan 2017, www.erdem-erdem.av.tr>hukuk-postası Erişim Tarihi 17 Ekim 2020.

81 H.Ercüment Erdem, “ICC Model Sözleşmelerinin Esnek Hukuk Kuralları Arasındaki Yeri ve Önemi”, Nisan 2017, www.erdem-erdem.av.tr>hukuk-postası Erişim Tarihi 17 Ekim 2020.

Şunu da belirtmek gerekir ki uluslararası ticaret alanında sadece ICC tarafından hazırlanan model sözleşmeler yer almamaktadır. FIDIC⁸², GAFTA⁸³ ve FOSFA⁸⁴ tarafından hazırlanan standart sözleşmeler de uluslararası ticaret camiası tarafından sıkça kullanılmaktadır. GAFTA ve FOSFA'nın kendi alanlarında tahkim hizmeti de sunmalarında dolayı, ICC tarafından hazırlanan model sözleşmeler gibi bu kurumlarca hazırlanan model sözleşmeler de tahkim uygulamalarıyla birlikte önemli bir lex mercatoria kaynağı oluşturmaktadır⁸⁵.

III. Franchise Kavramı ve ICC Model Uluslararası Franchising Sözleşmesinin Taşıdığı Özellikler

A. Genel Olarak Franchise Kavramı ve Franchisingin Fonksiyonları

Ülkemizde ve dünyada başarılarıyla tanınmış firmalar, ulusal ve uluslararası pazardaki yayılma amaçları doğrultusunda her geçen gün artan şekilde franchising olarak adlandırılan yöntemi tercih etmektedirler⁸⁶. Franchise sözleşmesi ise, üretici firmaların üretimin yanı sıra pazarlama ve dağıtım üzerinde de doğrudan söz sahibi olmak istemeleri sonucu başvurdukları, yani pazarlama ve dağıtım yöntemi olarak kullandıkları hukuki araçlardan biridir⁸⁷.

Fransızca kökenli ve yalın sözlük anlamı “serbest bırakma” olan⁸⁸ franchise teriminin İngilizce karşılıkları da sözlüklerde “imtiyaz, hak”, “özel satış hakkı” olarak ifade edilmektedir⁸⁹. Kavram dünya literatürüne İngilizce kullanım şekliyle “franchising” olarak yerleşmiştir.

Bir tür sürüm (dağıtım) yöntemi olan franchising, bir yandan gelişmiş sistemlere sahip güçlü ticari kuruluşların ulusal ve uluslararası pazarda büyüme politikalarına cevap verdiği, diğer yandan ise piyasaya daha az para ve zaman harcayarak rekabet avantajı ile girmek isteyen tacirlerin ihtiyaçlarını karşıladığı için bugün dünyada birçok sektörde kendini kabul ettirmiş bulunmaktadır.

Franchising, taraflara sağladığı yararlar yanında sosyal yararları da olan bir dağıtım

82 Milletlerarası Müşavir Mühendisler Federasyonu (FIDIC – International Federation of Consulting Engineers) internet sitesi: www.fidic.org, Erişim Tarihi: 20 Ekim 2020.

83 GAFTA (Hububat ve Yem Ticaret Birliği – The Grain and Feed Trade Association) internet sitesi: www.gafta.com, Erişim Tarihi 20 Ekim 2020.

84 FOSFA (Yağlı Tohumlar ve Hayvani Yağlar Federasyonu – the Federation of Oil, Seed and Fats Association) internet sitesi: www.fosfa.org, Erişim Tarihi 20 Ekim 2020.

85 Çalışkan (n 3) 28; Ayoğlu (n 2) 345.

86 Osman Berat Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan 'Sistem'lerin Hukuken Korunması* (Beta 1995) 3.

87 Mehmet Şua, “Franchise Sözleşmesinin Tanımına Yeni Bir Bakış” (2007) IV(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 57.

88 Gürzumar (n86) 1.

89 Çiğdem Kırca, *Franchise Sözleşmesi (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1997)* 3; Selahattin Tuncer, “Bir Dağıtım ve Pazarlama Yöntemi Olarak: Franchising”, (1992) 26(311) İstanbul Sanayi Odası Dergisi, 49.

metodudur. Şöyle ki, franchising küçük ve orta ölçekli işletmelerin gelişmesine imkân vermekte, ayrıca tüketiciler franchising sayesinde uygun fiyatla kaliteli mal veya hizmetlerden yararlanma imkânını elde etmektedirler. Bunlar yanında franchising, hizmetlerin rasyonelleşmesinde de etkili bir yöntem olarak ortaya çıkmaktadır.

Modern bir dağıtım yöntemi olarak franchising, taraflara piyasada yer ve kazanç edinmelerini sağlayan güvenli bir sistem olmasından dolayı, hem ulusal hem de uluslararası ticaret hayatında hızla gelişerek yaygınlaşmaktadır⁹⁰.

Franchising hem dünyada hem de ülkemizde son yıllarda en çok tercih edilen dağıtım sistemi haline gelmesine rağmen birçok ülkede franchise sözleşmesine ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca franchising konusunda henüz taraf ülkeler için bağlayıcılığı olan uluslararası bir anlaşma da mevcut değildir. Bu durum özellikle uluslararası franchise sözleşmelerinden doğacak hukuki uyumsuzlukların çözümü açısından belirsizliklere yol açmaktadır. Uluslararası objektif bir hukuk düzeninin bulunmaması, uluslararası ticari sözleşmelerin ve en çok kullanılan uluslararası ticari sözleşmelerden biri olan franchise sözleşmelerinin hazırlanması ve bunlardan doğan sorunların çözüm metodlarının belirlenmesi konularında tarafların iradesini önemli hale getirmektedir⁹¹. Taraflar, sözleşmelerini tasarlarken belirli hususları dikkate alarak, çıkması muhtemel pek çok ihtilafı baştan önleyebilecekleri gibi, sözleşmeyi hazırlarken dikkatli davranılmazsa pek çok ihtilafın tohumları da bu safhada atılabilmektedir. Bu sebeplerle taraflar arasında kurulan akdi ilişkilerin geleceği çoğunlukla sözleşmenin yapımı safhasında belirlendiğinden, sözleşmelerin hazırlanması sırasında bazı ilkelere uyulması gerekmektedir⁹². Ayrıca milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan uyumsuzluklarda, uyumsuzluğun çözümünde hareket noktası taraflar arasındaki sözleşmede yer alan hükümler olduğundan, sözleşmenin hazırlanması son derece önemlidir⁹³.

Uluslararası franchise sözleşmelerinden doğacak hukuki uyumsuzlukların çözümü hususundaki belirsizlikleri en aza indirebilmek için sözleşmenin çok dikkatli hazırlanması gerekmektedir. Bir çok riski barındıran uluslararası ticaret hukukunda, sözleşme hazırlamanın öneminden dolayı uluslararası bir franchise sözleşmesi hazırlanırken, taraflara rehberlik etmek amacıyla ICC tarafından Model Uluslararası Franchising Sözleşmesi hazırlanmıştır⁹⁴.

90 Kırca (n 89) 8; Franchisingin fonksiyonları hakkında bkz. UNIDROIT Franchising Guide (2nd edn, 2007)1- 2 <<http://www.unidroit.org/english/guides/2007franchising/franchising2007-guide-2nd-e.pdf>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020. Franchise sözleşmesi ve Türk milletlerarası özel hukukunda franchise sözleşmelerine uygulanacak hukuk hakkında detaylı bilgi için bkz. Ayşe Güvercin Şahan, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Çerçevesinde Franchise Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tayini” (2018) 38 PPIL 441- 479.

91 Şanlı (n 1) 8.

92 Şanlı (n1) 9.

93 Nuray Ekşi, Milletlerarası Ticaret Hukuku, (3rd ed., Beta 2019) ,3.

94 ICC Model International Franchising Contract, (ICC Publication No 712 E 2011).

B. ICC Model Uluslararası Franchising Sözleşmesi

1. Genel Özellikleri

Uluslararası franchise sözleşmelerinde tarafların karşılaştıkları en önemli zorluklardan biri bu sözleşmelere ilişkin yeknesak kuralların olmamasıdır. Franchising konusunda henüz taraf ülkeler için bağlayıcılığı olan uluslararası bir anlaşma bulunmadığından taraflar, sözleşmelerine uygulanmak üzere, ülkeden ülkeye değişiklik gösteren ulusal kanun ve düzenlemelere başvurmak durumunda kalmaktadırlar.

Son yıllarda ICC tarafından birçok model sözleşme hazırlanarak pazardaki uygulamaları yansıtan, kullanıcı dostu ve iyi dengelenmiş metinler ortaya konulmak amaçlanmıştır. ICC tarafından franchise sözleşmelerine ilişkin olarak hazırlanan Model Uluslararası Franchising Sözleşmesinin amacı, franchise sözleşmesi yapmak isteyenlere kendi franchise sözleşmelerini hazırlarken rehberlik etmektir.

Model Uluslararası Franchising sözleşmesi de, geleneksel ICC yaklaşımını takip etmekte ve bir uluslararası franchise sözleşmesinin esas zorunluluklarını da dikkate almak suretiyle franchise alan ile franchise verenin yararları arasında bir denge kurmayı amaçlamaktadır⁹⁵.

Ayrıca çoğu ulusal hukuk düzeninde franchise sözleşmesi düzenlenmemiş olduğundan, ICC model sözleşmeleri bu hukuk boşluğunu uluslararası ticaret hukukunda ileri gelen hukukçuların hazırladığı metinler ile doldurur. Böylece ulusal hukukların somut olaya uygun olmaması veya yetersiz olması sorunu bertaraf edilmiş olur⁹⁶.

Hali hazırda franchisingi, malların dağıtımını ve /veya servisinde araç olarak kullanan işletmelerin büyük bir kısmının kendi deneyimleri ve kendilerine ait franchise sözleşmesi formları bulunmaktadır Ancak franchise sisteminin kullanımı sadece büyük çok uluslu şirketlerle sınırlı değildir. Yerel düzeyde değerli tecrübelere sahip küçük işletmeler de işe başladıkları ilk yerleri franchise sistemini kullanarak uluslararası alanda yayılmak için sıçrama tahtası olarak kullanmaktadırlar.

ICC Model Uluslararası Franchising Sözleşmesi de yukarıda sayılan özellikleri ile bu tür küçük işletmelere franchise işlemlerinin geliştirilmesi hususunda faydalı bir model olmayı hedeflemektedir⁹⁷.

95 ICC Model International Franchising Contract, ICC Publication No:712 E,7. H.Ercüment Erdem, "ICC Model Sözleşmelerinin Esnek Hukuk Kuralları Arasındaki Yeri ve Önemi", Nisan 2017, www.erdem-erdem.av.tr/hukuk-postasi Erişim Tarihi 17 Ekim 2020.

96 H.Ercüment Erdem, ICC Model Sözleşmelerinin Esnek Hukuk Kuralları Arasındaki Yeri ve Önemi, Nisan 2017, www.erdem-erdem.av.tr/hukuk-postasi Erişim Tarihi 17 Ekim 2020.

97 ICC Model International Franchising Contract, ICC Publication No:712 E,7.

2. Model Sözleşmeyi Kullanırken Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar

ICC Model Uluslararası Franchising Sözleşmesi, uluslararası franchise sözleşmelerine uygulanmak üzere hazırlanmıştır. Bu model sözleşme, franchise sözleşmelerinde en çok karşılaşılan hükümleri dikkate alarak ve sınıraşan franchise sözleşmelerinin temel yükümlülükleri hakkında kontrol listesi olarak da kullanılabileceği için hükümleri ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Dağıtım veya hizmet franchisingi şeklinde olan franchise sözleşmelerinden sadece dağıtım franchise sözleşmelerini kapsamaktadır. Ayrıca bu model sözleşmenin konusunu sınır ötesi direkt (doğrudan) franchising oluşturmaktadır⁹⁸.

Sözleşmenin bazı hükümleri tarafların taahhütlerinin kapsamını daha iyi anlayabilmelerini sağlayabilmek amacıyla detaylı olarak açıklanmıştır. Ayrıca sözleşmeyi hazırlayan çalışma grubu tarafından her konuya ilişkin münferit bir çözüm getirilmeye çalışılmıştır⁹⁹.

Model Franchising Sözleşmesinde bazı durumlarda taraflara alternatifler sunulmuştur. Tarafların bu alternatiflerin seçimi konusunda çok dikkatli olmaları gerekmektedir. Model Franchising Sözleşmesinin 33. maddesine göre (m.33.8) eğer taraflar bazı hükümlerde yan yana (A) ve (B) seçeneği olarak sunulan alternatiflerden birini iptal ederek diğerini açıkça seçmemişlerse, bunlardan (A) olarak sunulan alternatif çözüm otomatikman uygulanacaktır. Böylece tarafların seçim yapmaması halinde uygulanacak seçenek önceden belirlenmiş olmaktadır.

Ayrıca bazı hükümler vardır ki bunlar ancak tarafların açıkça sözleşmelerine eklemek istediklerine dair hükmün sol tarafındaki kutucuğu işaretlemeleri halinde uygulama alanı bulacaktır¹⁰⁰.

Aynı zamanda tarafların taleplerine eklemeleri gereken bir takım hususlar da bulunmaktadır (Bölgenin tanımı, ürünler, stoklar vs.). Bu hususlardan bazıları model sözleşmenin “Ekler (Annex)” bölümüne dahil edilmiştir. Taraflar, bunu tamamlayarak sözleşmenin temel metnini korumak suretiyle, sözleşmenin devamı süresince gerektiğinde bu konular üzerinde değişiklik yapabilirler. Sözleşmeyi imzalamadan önce taraflar, model sözleşmenin “Ekler” bölümünü mutlaka tamamlamalıdır. Eğer uygunsuz istedikleri bölümleri silerek ve her sayfayı kontrol ederek paraf atmak suretiyle ve hangi değişiklikleri kabul ettiklerini veya hangi alternatif çözümü seçtiklerini açıklığa kavuşturmalıdırlar. Eğer taraflar “Ekler (Annex)” de yer alan bazı boşlukları doldurmazlarsa bu durumda uyuşmazlık halinde çözüm, sözleşme içerisinde aranıp bulunacaktır¹⁰¹.

98 ICC Model International Franchising Contract, ICC Publication No:712 E,9.

99 ICC Model International Franchising Contract, ICC Publication No:712 E,8.

100 ICC Model International Franchising Contract, ICC Publication No:712 E,8 ; H.Ercüment Erdem, ICC Model Sözleşmelerinin Esnek Hukuk Kuralları Arasındaki Yeri ve Önemi, Nisan 2017, www.erdem-erdem.av.tr>hukuk-postası Erişim tarihi 17 Ekim 2020.

101 ICC Model International Franchising Contract, ICC PublicationNo:712 E,8.

3. ICC Model Uluslararası Franchising Sözleşmesinin Kapsamı ve Rehberlik Ettiği Hususlar

ICC Model Uluslararası Franchising Sözleşmesi, bir çok ulusal hukukta düzenlenmeyen bir sözleşme türü olan franchise sözleşmesinin taraflarına rehberlik etmek suretiyle sözleşme hazırlarken kolaylık sağlamak amacıyla hazırlanmıştır.

Uluslararası ticari sözleşmelerin düzenlenmesi ve bunlardan doğan uyuşmazlıkların çözüm metodlarının belirlenmesi konularında uluslararası objektif bir hukuk düzeni bulunmadığından, taraf iradeleri bu konularda önemli hale gelmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, taraflar arasında kurulan sözleşmesel ilişkilerin geleceği, çoğunlukla sözleşmenin yapımı aşamasında belirlendiğinden, taraflarca uluslararası bir franchise sözleşmesi hazırlanırken çok dikkatli davranılmalı ve bazı ilkelere uyulmalıdır. Bu sayede muhtemel uyuşmazlıklar tamamen önlenemese bile asgariye indirilir ve uyuşmazlık çıktığında da bunun çözümü konusunda belirlilik sağlanmış olur¹⁰².

Model Uluslararası Franchising Sözleşmesinde öncelikle franchise veren ve franchise konusu işle ilgili bilgilendirme şartı konusuna dikkat çekilmiştir.

Franchise alanların karşılaşacağı risklerden biri de adil olmayan bir franchise verenle iş yaptıklarında ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki bazen franchise alanlar, franchise veren tarafından kandırılmakta ve franchise konusu işin değerlendirilmesi ile ilgili gizlenen önemli bilgilerle veya gerçeği yansıtmayan vaatlerle sözleşme yapmaya ikna edilerek yüklü miktarda giriş ücreti ödemek durumunda kalmaktadırlar.

Bu nedenle bazı ulusal yasa koyucular söz konusu olumsuz durumların önlenmesi açısından franchise verenlere, sözleşme öncesi önemli konularda franchise almak isteyenlere bilgi verme zorunluluğu getiren kanunlar yapmaktadırlar. Hatta bazı durumlarda franchise verenlerin piyasada faaliyet yürütebilmeleri için özel bir sicile kayıt şartı dahi getirilebilmektedir¹⁰³. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde, franchise verenin bilgilendirme yükümlülüğünü açıkça düzenleyen ve bu yükümlülüğe aykırı davranış halinde yaptırım öngören hukuki düzenlemeler yer almaktadır¹⁰⁴. Ayrıca İsveç, İtalya, İspanya, Fransa, Belçika gibi bazı Avrupa ülkelerinde ve Avustralya'da da franchise verenin bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin benzer mevzuat düzenlemeleri bulunmaktadır¹⁰⁵.

Bilgilendirme zorunluluğu, taraflar arasında güven tesisinde ve karşılıklı yararlı bir ticari ilişki kurulması açısından son derece önemlidir. Özellikle sözleşme öncesi

102 Şanlı (n 3) 9.

103 ICC Model International Franchising Contract, ICC Publication No:712 E, 12.

104 Federal Ticaret Komisyonu (FTC) tarafından kabul edilen Franchise Rule adlı düzenleme ve bu düzenlemeye ilişkin kılavuz metni için bkz. <http://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/franchise-rule> Erişim Tarihi 18 Kasım 2020.

105 Karşılaştırmalı hukukta franchise alanı sözleşme öncesi bilgilendirme borcu hakkındaki düzenlemeler için bkz. Umur Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, (Seçkin 2016), 46 vd

bilgilendirme özel bir öneme sahiptir. Uluslararası bir franchise sözleşmesinde, tarafların kendilerini açık olarak tanıtmaları ve aralarındaki işbirliğinin nedenlerini ortaya koymaları büyük önem taşımaktadır. Özellikle franchise veren tarafından sözleşme imzalanmadan önce, kendi dağıtım ağıyla ilgili detaylı ve kesin bilgiler içeren bir doküman oluşturulmasını zorunlu kılan hukuk sistemleri vardır. Örneğin Fransa ve Amerika Birleşik Devletleri gibi bazı ülkelerin hukuk sistemlerinde franchise sözleşmesi imzalanmadan haftalar önce, franchise veren tarafından franchise alana, kendisi ve franchise konusu işle ilgili detaylı bilgi verme yükümlülüğü getirilmiştir¹⁰⁶.

Hem franchise konusu için kurulup etkili olacağı yer hukuku, hem de tarafların sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri hukuk uyarınca aranan bilgilendirme ve bu bilgilendirme için belirlenen sürelerle riayet edilip edilmediği büyük önem taşıdığından, franchise sözleşmesi imzalanmadan önce taraflarca bu konulara özellikle dikkat edilmesi gerekir. ICC Model Uluslararası Franchising Sözleşmesinin Önsöz bölümünde bilgilendirmenin önemine değinilerek, taraflara bu konuda tavsiyelerde bulunulmuştur. Model sözleşmede, franchise verene sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü getirilen hukuk sistemlerinde, bu yükümlülüğün öngörüldüğü kanunlarda belirtilen sürede ve şekilde yapılıp yapılmadığı konusunda bir danışmandan teyit alınmasının taraflara büyük bir avantaj sağlayacağı belirtilmiştir¹⁰⁷.

Uluslararası ticari sözleşmeler, farklı lisan ve hukuk kültüründen gelen taraflar arasında akdedildiğinden, uygulamada bu sözleşmelerden pek çok yorum sorunları ortaya çıkmaktadır. Uluslararası sözleşmelere ilişkin bu yorum sorunları, sözleşmenin ifasını engelleyerek uyuşmazlığa dönüşür. Taraflar sözleşmede kullanılan hukuki kavramları, bağlı oldukları lisan ve hukuk kültüründeki anlamları ile anlar. Böylece uluslararası özel hukuk sözleşmelerinde tarafların aynı kavramları kullanmalarına rağmen bu kavramlardan farklı şeyleri kastettikleri durumlarla sıklıkla karşılaşılır. Uluslararası sözleşmelerde kullanılan dil, sözleşmenin müzakere aşamasında, ifası ve yorumunda kritik bir rol oynar. Taraflar arasında ortaya çıkabilecek yanlış anlamaların önlenmesi için taraflarca karşılıklı irade açıklamalarını tam anlam ve kapsamı ile karşılayan hukuki kavramlar kullanarak, ortaklaşa bildikleri bir dilde sözleşmelerini tasarlama gerekir¹⁰⁸.

Uluslararası franchise sözleşmelerinin hazırlanmasında bu konuda taraflara yol gösterici olması açısından ICC Model Franchising Sözleşmesi'nin 1. maddesinde sözleşmede yer alan terimlerin tanımlarına yer verilmiştir. Model sözleşmenin ilgili maddesinde, sözleşmede yer alan kavramların tanımları yapılarak taraflarca aynı kavramlar hakkında farklı yorumların yapılması önlenmiştir. Bu maddede özellikle fikri mülkiyet hakları ve know-how detaylı olarak tanımlanarak nelerin

106 ICC Model International Franchising Contract, ICC Publication No:712 E,19; Yeniocak (n 105) 48-50.

107 ICC Model International Franchising Contract, ICC Publication No:712 E,19.

108 Şanlı (n3) 61.

bu kapsamda olduğu açıklığa kavuşturulmuştur¹⁰⁹. Ayrıca franchisingde en önemli kavramlardan biri olan sistem de tanımlanmıştır. Böylece farklı bir kültürel yapı ve hukuk çevresine sahip olan tarafların sözleşmeden doğabilecek yorum ihtilafları daha sözleşme aşamasında önlenmiş olmaktadır¹¹⁰.

Franchise sözleşmesinin temelini oluşturan sistem, bir çok gayri maddi malın bir araya gelmesi ile oluşur¹¹¹. Franchise veren, franchise sisteminde o anda mevcut olan tüm gayri maddi malları franchise alana kullandırmakla yükümlü olduğundan, franchise sözleşmeleri sonucunda fikri mülkiyet hakkının ortaya çıkması doğaldır. Uluslararası ticarete sıkça karşılaşılan sorunlardan biri de fikri mülkiyet haklarının sözleşmesel ilişki çerçevesinde diğer tarafa devredilip devredilmediği meselesinden kaynaklanmaktadır. Bu sorunlarla karşılaşmamak için taraflar arasındaki franchise sözleşmesinde fikri mülkiyet haklarının franchise alana devredilip edilmediği hususunda mutlaka açık bir hüküm bulunmalıdır¹¹². Bu konuda ICC Model Franchising Sözleşmesi'nin 20 ve 21. maddesinde yer alan hükümde, franchise verenin fikri mülkiyet hakkı sahibi olduğu veya bu haklara ilişkin lisans verme yetkisinin olduğu; franchise alanın ise sadece bu fikri mülkiyet haklarını kullanma hakkı olduğu belirtilmiştir. Böylece model sözleşmede bu hakkın franchise alana devredilmediği ve franchise alanın sadece lisans alan olduğu açıkça belirtilmiş olmaktadır¹¹³. Ayrıca fikri mülkiyet haklarının franchise sözleşmeleri açısından öneminden dolayı model sözleşmenin ekinde (Annex 1) franchise verene ait gayri maddi mallara ilişkin detaylı bir tablo yer almaktadır. Taraflara yol gösterici olması bakımından bu ekte franchise sisteminde kullanılan ve kayıtlı olan ve olmayan gayri maddi mallardan bazıları belirtilerek (örneğin marka, model vb.) bunlara ilişkin yetkili mercilere yapılan başvuru tarihi ve başvuru numarası, bu malların kayıt tarihi ve geçerli olduğu ülkeler ve kayıt no gibi detaylı bilgilere yer verilmiştir¹¹⁴.

Franchisingin en temel özelliklerinden biri, franchise alanın bağımsız olmasıdır¹¹⁵. Franchisingde sistem, franchise verenin imajı ile bütünleştiğinden müşteriler franchise alan ve franchise verenin sorumluluklarını karıştırabilir ve sonuçta franchise alanın borçlarından dolayı franchise verenin sorumlu olduğunu düşünüp ona başvurabilirler. Bu durumun sözleşmeye uygulanacak hukuk bakımından riskleri de araştırılarak hem franchise sözleşmesinde, hem de franchise alan tarafından kullanılan tüm dökümanlarda, franchise alanın franchise ilişkisinde bağımsız bir statüde olduğunun belirtilmesi, ileride bu hususta yaşanması muhtemel sorunları önlemesi bakımından büyük önem taşır. ICC

109 Fikri mülkiyet hakları, know-how ve ticari sırların uluslararası franchise sözleşmeleri açısından öneminden dolayı bu konularda tarafları bilgilendirmek amacıyla Rehberde çok detaylı açıklamalara yer verilmiştir. Bkz. UNIDROIT Franchising Guide, (2nd ed.), s.118-147.

110 ICC Model International Franchising Contract, ICC Publication No:712 E, m.1, 20.

111 Gürzumar (n 86) 36.

112 Şanlı (n 3) 37.

113 ICC Model International Franchising Contract, ICC Publication No:712 E,33-35.

114 Bkz. ICC Model International Franchising Contract, ICC Publication No:712 E, Annex 1,45.

115 Kırca (n 89) 24.

Model Uluslararası Franchising Sözleşmesi'nin 5. maddesinde de franchise alanın bağımsız olduğu belirtilerek devamında franchise alanın bir işçi, acenta, satış temsilcisi veya franchise verenin ortağı konumunda olmadığı da vurgulanmıştır¹¹⁶.

Bir dağıtım ve pazarlama yöntemi olan franchisingde sistemin işleyebilmesi için gerekli olan ürünün temini büyük öneme sahiptir. Başarılı bir franchise sistemi için kalite standartlarına uygun ve yeterli miktardaki ürünün franchise alanlar tarafından gerekli kaynaklardan temin edilmesi gerekir. Franchise konusu işle ilgili malların franchise veren tarafından temin edildiği hallerde mal tedariki sözleşmeleri, bir menkul mal satış sözleşmesidir. Bu sözleşmede menkul mal satım sözleşmelerinde olduğu gibi ürünün özelliği, fiyatı, ödeme şekli, teslim zamanı ve şartları, satın alınan üründeki kusurun satıcıya bildirilmesi, garanti şartları ve sözleşmeye aykırılık halleri ile sözleşmenin sona ermesine ilişkin hükümler yer almalıdır.¹¹⁷

Sözleşmelerin ifasını imkansız kılan veya aşırı derecede güçleştiren bir durum ortaya çıktığında, bu durumun mücbir sebep veya beklenmeyen hal oluşturup oluşturmadığı ve bunların sözleşmeye etkisi taraflar arasında sorunlar yaşanmasına sebep olur. Eğer taraflar, aralarındaki sözleşmede mücbir sebep ve beklenmeyen hal oluşturacak olayları ve bu tür olayların sözleşmenin ifasına ve tarafların hak ve borçlarına etkisini açıkça düzenlememişlerse, bu hususlar davanın esasına uygulanacak hukuka göre çözümlenecektir. Taraflarca sözleşmeye uygulanmak üzere herhangi bir hukuk seçimi de yapılmamışsa, bu konuda farklı hükümler içeren ve birbirleriyle çatışan milli hukuk sistemlerinden hangisinin davada esas alınacağı da ayrı bir sorun oluşturacaktır.

Taraflar, mücbir sebep veya beklenmeyen hal oluşturan olay veya durumları, bu olay veya durumların sözleşmeye ve tarafların sorumluluklarına etkilerini, ayrıca ihbar süresi ve şeklini doğrudan sözleşmeye koyacakları hükümlerle düzenleyebilecekleri gibi, uluslararası kuruluşlarca geliştirilmiş olan bazı kodları sözleşme hükmü haline getirmek suretiyle de düzenleyebilirler¹¹⁸.

Uluslararası bir franchise sözleşmesinde taraflar, sözleşmelerinde detaylı mücbir sebep ve beklenmeyen hal klozları yazmak yerine ICC tarafından geliştirilen "Mücbir Sebep ve Beklenmeyen Hal" (Force Majeure and Hard Ship) koduna atıf yapmak suretiyle bu hususu düzenleyebilirler. Bu konuda franchise alan ve franchise verenin çıkarları arasında denge kurmayı amaçlayan ve taraflara franchise sözleşmesi yapma hususunda model oluşturan ICC Model Franchising Sözleşmesinde de ICC Force Majeure 2003¹¹⁹ incorporation yoluyla model sözleşmeye dahil edilerek taraflara bu konuda da önemli ölçüde rehberlik edilmiştir¹²⁰.

116 ICC Model International Franchising Contract, ICC Publication No:712 E, 22.

117 ICC Model International Franchising Contract, ICC Publication No:712 E,36. Ayrıca Model Sözleşme Annex 7'de taraflara yol gösterici olması açısından bu sözleşmelerde yer alması gereken hususların neler olduğu satışın genel şartları başlığı altında detaylı olarak yer almaktadır. Bkz. ICC Model International Franchising Contract, ICC Publication No:712 E, 52.

118 Şanlı (n1) 38; Ekşi, (n93) 22.

119 ICC Force Majeure Clause 2003- ICC Hard Ship Clause 2003, ICC Publication No: 650, Paris 2003.

120 ICC Model International Franchising Contract, ICC Publication No:712E,44; Appendix I.

Uluslararası bir franchise sözleşmesi bakımından esasa uygulanacak hukukun seçimi, hukuki riskleri bertaraf etmek açısından çok büyük öneme sahiptir. Uygulanacak hukukun belirlenmesi öncelikle sözleşmede yer alan temel hükümlerin yorumlanmasında ve tarafların aralarındaki sözleşme ile üstlendikleri yükümlülüklerin belirlenmesinde önemli rol oynar.

Franchise sözleşmelerinde tarafların taahhütlerinin çok çeşitli ve karmaşık olmasından dolayı, açık hukuk seçimi olmayan hallerde uygulanacak hukukun tespiti güçleşmektedir. Taraflarca hukuk seçimi yapılması bu güçlüğü en aza indirmektedir. Tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku önceden bilmeleri, bu hukuka göre gerçekleşecek ifalarını ve fiillerini öngörebilmelerini sağlayacaktır¹²¹.

Tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere hukuk seçimi yapmadıkları durumlarda sözleşmeye uygulanacak hukuk, kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenir. Sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesi için kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmak çok karmaşık bir yöntemdir¹²².

Uluslararası bir franchise sözleşmesinin taraflarına hukuk seçimi konusunda da rehberlik eden ICC Model Franchising Sözleşmesi'nin 31. maddesi sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunu düzenlemektedir. Çalışmamızın önceki bölümlerinde de değindiğimiz üzere ICC Model Franchising Sözleşmesi, belirli bir ulusal kanun tarafından değil sadece sözleşmede yer alan hükümler ve franchise sözleşmesine uygulanabilir nitelikteki uluslararası ticarete genel kabul görmüş ve lex mercatoria olarak da adlandırılan hukuk prensipleri ile idare edilme varsayımına dayanmaktadır. Bu çözümün amacı bir tarafın veya üçüncü bir ülkenin kanunu uygulanmak suretiyle taraflardan birine avantaj diğerine dezavantaj vermeksizin farklı ülkelerdeki franchise verenlere ve franchise alanlara bu model sözleşmenin aynı şekilde uygulanmasını sağlamaktır.

Model sözleşmeyi hazırlayan çalışma grubu, esnek ve genel kuralların uygulanmasından doğabilecek dezavantajların, daha fazla kesinliğe sahip sözleşme hükümleri ile ve Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri gibi sözleşmelerle ilgili genel kurallara atıf yapılması ile dengeleneceği ve böylece ortaya çıkabilecek meselelerin birçoğunda öngörülebilir yasal bir çerçeve sağlanacağı görüşündedir.

Model Sözleşmenin 31. maddesinde taraflara alternatifli bir uygulama seçeneği sunulmuştur. 31. maddenin (A) bendinde sırayla sözleşme hükümleri, genel prensipler, ticari teamüller ve Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri şeklinde bir uygulama hiyerarşisi bulunmaktadır. Ancak bu alternatif sadece

121 Fügen Sargın, *Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, (2002) 36-37; Sema Çörtoğlu Koca, *Teknoloji Transfer Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı*, (Yetkin 2013),154.

122 ICC Model International Franchising Contract, ICC Publication No:712 E, 11 vd; Şanlı (n 1) 44.

uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkimin seçildiği durumlarda kullanılabilir. Çünkü ulusal mahkemeler genel prensipleri, lex mercatoria'yı ve benzerlerini sözleşmeye uygulanacak geçerli kanun olarak değerlendirmemektedir¹²³.

Eğer taraflar sözleşmelerine belirli bir ulusal kanunun uygulanmasını istiyorlarsa 31. maddenin (B) bendinde yer alan alternatifi kullanabilirler. Model Sözleşmenin 31. maddesinin (B) bendi hükmüne göre sözleşmeye, seçilen ülkenin hukuku, kanunlar ihtilafı kuralları dışında uygulanacaktır. Ulusal bir kanunun sözleşmeye uygulanmak üzere seçildiği durumlarda taraflar öncelikle bu model sözleşmenin herhangi bir hükmünün seçtikleri ülkenin hukukunun doğrudan uygulanan hükümlerini ihlal edip etmediğini gözden geçirmelidirler. Tarafların sözleşmelerine ulusal bir kanunu uygulamaları seçeneği yargı yeri olarak tahkim yerine ulusal mahkemelerin seçildiği durumda tavsiye edilmektedir¹²⁴.

Uluslararası franchise işlemlerinde tarafların ileriye yönelik düşünceleri ve uyuşmazlık çözümünü daha ilk başta, aralarındaki sözleşme henüz şekillendirilirken dikkate almaları büyük önem taşır. Uyuşmazlık çözümünde nihai olarak verilecek kararın tarafların mal ve alacaklarının bulunduğu ülkede icrası dikkate alınarak bu husus düzenlenmelidir¹²⁵. Bu konuda ICC Model Franchising Sözleşmesinde taraflara uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkim önerilmektedir¹²⁶.

Sonuç

Uluslararası ticari ilişkiler hızla gelişmekle birlikte birçok riski de barındıran bir yapıya sahiptir. Taraflar arasındaki ticari sözleşmelerin dikkatli hazırlanması bu riskleri azaltmak için çok önemlidir. Ülkemizde ve dünyada mal ve hizmetlerin dağıtım ve pazarlanması hususunda en çok franchising yöntemi tercih edilmektedir. Franchisingin modern bir sürüm yöntemi olarak hem ulusal hem de uluslararası ticaret hayatında hızla gelişerek yaygınlaşmasına rağmen franchise sözleşmelerine ilişkin ulusal düzenlemeler hem çok yetersiz; hem de mevcut ulusal düzenlemeler arasında çok büyük farklılıklar söz konusudur. Ayrıca bu alanda bağlayıcılığı olan uluslararası bir anlaşmanın da mevcut olmayışı uluslararası franchise sözleşmeleri hususunda lex mercatoria kaynaklarını öne çıkarmaktadır.

ICC, yapmış olduğu çalışmalarla uluslararası ticaret hukukuna ve dolayısıyla lex mercatoria'ya çok önemli katkılar sağlayan bir kuruluştur. Franchise sözleşmeleri konusunda bahsedilen hukuksal anlamda yetersizliklerden dolayı alanında uzman kişilerden oluşan ICC çalışma gurubu tarafından Model Uluslararası Franchising

123 ICC Model International Franchising Contract, ICC Publication No:712 E,11.

124 ICC Model International Franchising Contract, ICC Publication No:712 E, 11.

125 UNIDROIT Franchising Guide, (2nd ed.)206 vd. : Şanlı,(n 1) 41.

126 UNIDROIT Franchising Guide, (2nd ed.) 96, 206 vd ; ICC Model International Franchising Contract, ICC Publication No:712 E,44.

Sözleşmesi hazırlanmış ve tarafların kullanımına sunulmuştur. Taraflara hazırlayacakları franchise sözleşmesinde bir çok konuda rehberlik ederek ve uluslararası kabul gören standartları yansıtan ayrıntılı hükümler düzenleyerek bu alandaki yeterli olmayan ulusal hukuklara başvurulmasını mümkün olduğunca azaltmak ve bu alandaki riskleri en aza indirmek amaçlanmaktadır. Çalışmamızda uluslararası franchise sözleşmesinin taraflarının, ICC Model Uluslararası Franchising Sözleşmesi rehberliğinde sözleşmelerini hazırlamaları durumunda ileride karşılaşılabilecekleri risklerin önemli ölçüde azalacağı kanaatine varılmıştır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

- Atamer Y, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları (CISG)* (Beta 2005)
- Aygül M, 'Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması', (2004) 12(3-4), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,45-85.
- Ayoğlu T, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet - Teamüller Olarak Lex Mercatoria* (2nd edn, Vedat 2011)
- Ayhan İzmirli L, 'Lex Mercatoria'da Culpa In Contrahendo Sorumluluğu' (2017) 37 (2) MHB, 257-327.
- Bingöl I, 'Lex Mercatoria ve Türk Tahkim Hukuku'ndaki Yeri', (2017) 19, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, (Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan)1953-1969.
- Crawford Lichtenstein C, 'Hard Law v. Soft Law: Unnecessary Dichotomy'; *The International Lawyer*, (2001), 35 (4), 1433-1441.
- Çalışkan Y, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, (Beta 2014).
- Cuniberti G, 'Three Theories of Lex Mercatoria', (2013) 52 (1) *Columbia Journal of Transnational Law*. 369-433.
- Çörtoğlu Koca S, *Teknoloji Transfer Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı* (Yetkin 2013)
- Dayınlarlı K,' Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri' (2003), 23 (1-2) MHB, 203-249.
- Dayınlarlı K, *Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, Principles of European Contract*, Ankara 2005.
- Durgut R, "Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre Lex Mercatoria'nın Esasa Uygulanabilir Hukuk Olması", (2005-2006) 25-26(1-2) MHB, 105-127.
- Ekşi N, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, (3rd ed., Beta 2019).
- Erdem BB, "Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda 'Lex Mercatoria'", *Uluslararası Ticari Tahkim ve Lex Mercatoria (International Commercial Arbitration and The New Lex Mercatoria)* in Ahmet Cemil Yıldırım, Serhat Eskiörük (eds) (İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi XII Levha 2014)

- Erdem HE, “ICC Model Sözleşmelerinin Esnek Hukuk Kuralları Arasındaki Yeri ve Önemi”, Nisan 2017, www.erdem-erdem.av.tr/hukuk-postasi
- Erdem HE, *Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler* (Beta, 2008)
- Gabriel, HD, ‘The Use of Soft Law in the Creation of Legal Norms in International Commercial Law: How Successful Has It Been?’, 40 MICH. J. INT’L L. 413 (2019), 413, <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol40/iss3/3>
- Gabriel, HD, ‘The UNIDROIT Principles of International Contracts as a Basis for Teaching Law Reform and Other Legal Skills in the Course on Transnational Law’, <http://eltelawjournal.hu/wp-content/uploads>
- Goldstajn, A, “Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention”, (1986), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/goldstajn.html>
- Goldman B, *Lex Mercatoria*, (1983) 3 Forum Internationale.
- Güven K, ‘Lex Mercatoria ve Milletlerarası Tahkim’, (2017) 34 (2) PPIL, 1-57.
- Gürzumar B, *Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan ‘Sistem’lerin Hukukten Korunması* (Beta 1995).
- Güvercin- Şahan, A, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Çerçevesinde Franchise Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tayini” (2018) 38 PPIL,441-479.
- Hatzimihail, N, ‘The Many Lives-and-Faces of Lex Mercatoria : History as Genealogy in International Business Law’, *Law and Contemporary Problems* (2008), 71(3) 169-190.
- ICC Model International Franchising Contract, (ICC Publication No 712E 2011)
- Kırca Ç, *Franchise Sözleşmesi* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1997)
- Lando O, ‘The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration’,(1985) 34 ICLQ , 747-768.
- Lando O, ‘CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law’,*American Journal of Comparative Law* (2005) 379 , www.cisg.law.pace.edu,
- Mustill, M, ‘The New Lex Mercatoria: The First Twenty Five -Years’, (1988) 4 *Arbitration International*.
- Milenkovic Kerkovic, T, “The Main Directions in Main Comparative Franchising Regulation” – Unidroit Initiative and its Influence, *European Research Studies*, (2010) XIII (I), 103-118.
- Oğuz A, “Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (lex mercatoria)- Unidroit İlkelerinin Lex Mercatoria Niteliği”, (2001), 50(3), AÜHFHD, 11-53.
- Özel S, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, (Legal 2008).
- Özdemir D, ‘Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria’, (2003) VII/(1-2),Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 91-130.
- Özdemir T/ Durgut R, ‘Milletlerarası Tahkim Kanunu’na Göre Lex Mercatoria’nın Esasa Uygulanacak Hukuk Olması’, (2008) Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, 467-488.
- Peters, L “Franchising: Recent Legislation and the UNIDROIT Model Franchise Disclosure Law”, *Business Law International* (2004),1, 33-66.
- Sargın F, *Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk* (2002).
- Schmitthoff, Clive M. , *The Unification of the Law of International Trade*, (1964) .
- Schmitthoff, Clive M, ‘The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions’, *International Comparative Law Quarterly*,(1968),551-570.

Süral, C, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipleri*, (2008).

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

Şanlı, C, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986).

Şua, M, “Franchise Sözleşmesinin Tanımına Yeni Bir Bakış” (2007) IV(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 57-80.

Tuncer S, “Bir Dağıtım ve Pazarlama Yöntemi Olarak: Franchising”, (1992) 26/311 İstanbul Sanayi Odası Dergisi.

Yeniocak, U, *Franchise Sözleşmesi*, (Seçkin 2016).

İnternet Kaynakları

<http://www.unidroit.org/english/guides/2007franchising/franchising2007-guide-2nd-e.pdf>

<http://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/franchise-rule>

www.erdem-erdem.av.tr

www.cisg.law.pace.edu,

www.fidic.org

www.gafta.com

www.fosfa.org



Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi İstemi Hakkında Türk Mahkemelerince Verilen Kararlara Karşı Kanun Yolları

Legal Remedies Concerning the Decisions Rendered by Turkish Courts Regarding Requests for the Enforcement of Foreign Arbitral Awards

Mine Tan Dehmen*

Öz

Yabancı hakem kararlarının tenfizi istemiyle Türk mahkemelerinde açılan davalarda verilen kararlara karşı karardan memnun olmayan taraflar kanun yoluna başvurmayı arzu edebilir. Böyle bir başvuru tenfiz istemi hakkında verilen kararın üst yargı organlarıncı denetimini sağlamaya yöneliktir. Bu çalışma kapsamında, yabancı hakem kararlarının Türkiye’de tenfizi istemi hakkında verilen kararlar bakımından hangi kanun yollarına başvurulabileceği, kanun yoluna başvurunun kararın icrası üzerindeki etkisi, kanun yolu incelemesinin kapsamı ile inceleme neticesinde verilebilecek kararların yanı sıra, kanun yollarına başvuruda harç ve teminat konuları ele alınacaktır. Böylelikle yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında verilen kararlar bakımından kanun yollarının hukuki rejimi, kanun yolları hakkında kabul edilen genel nitelikli düzenlemelerle örtüştüğü veya ondan farklılaştığı yönleri ile ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Tahkim, hakem kararı, yabancı hakem kararı, tenfiz, yabancı hakem kararlarının tenfizi, kanun yolu, istinaf, temyiz, yargılamanın iadesi, yabancı hakem kararlarının tenfizinde kanun yolları, yabancı hakem kararlarının icrası, yabancı hakem kararlarının denetimi

Abstract

Turkish law provides legal remedies for a party who is dissatisfied with a Turkish court’s decision regarding the request for enforcement of a foreign arbitral award. Accordingly, the dissatisfied party may challenge the decision of the Turkish court before a higher court. Such a challenge results in the judicial control of the court’s decision on the enforcement of a foreign arbitral award by higher courts. This paper will handle some questions as to the legal remedies provided in Turkish law concerning the decisions on the enforcement of foreign arbitral awards. In this regard, the remedies provided, the impact of these remedies, the scope of the judicial control and the rulings that can be made therein, the requirement of court charges or security will be dealt with. This paper, thus, aims to examine the legal aspects of remedies concerning the decisions regarding the enforcement of foreign arbitral awards in Turkey by emphasising the aspects coinciding with the general provisions laid down for legal remedies and differing from those.

Keywords

Arbitration, arbitration in Turkey, arbitral awards, foreign arbitral awards, enforcement, enforcement of foreign arbitral awards, legal remedies, appeal, retrial, judicial control, judicial control of enforcement decisions, execution of foreign arbitral awards

* Sorumlu Yazar: Mine Tan Dehmen (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: minetan@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-9498-5485

Atf: Tan-Dehmen M, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi İstemi Hakkında Türk Mahkemelerince Verilen Kararlara Karşı Kanun Yolları” (2020) 40(2) PPII 1433. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.835761>



Extended Summary

The need or the necessity for a foreign arbitral award to be executed in Turkey may arise for several reasons. To enable the execution, the enforcement of the arbitral award must be requested before the Turkish courts. The decision rendered by a Turkish court regarding the enforcement of a foreign arbitral award can be challenged by the dissatisfied parties.

As a reflection of the principle of *lex fori processualis*, the judicial control of the decisions of the Turkish courts has to be undertaken under the governance of Turkish law. The Turkish Code on Private International Law and International Civil Procedure no.5718 (CPIL) has foreseen legal control by the Court of Cassation as the sole remedy to decisions regarding the enforcement of foreign arbitral awards (Art.57.2, 61.2). However, after the Appeal Courts in Turkey came into operation in 2016, the legal control mechanism in Turkish law has turned into a two-tiered control mechanism. Enforcement decisions thereafter became subject to the control of the Court of Appeal at the first level. At the second level, the Court of Appeal's decisions about enforcement requests became subject to the control of the Court of Cassation. Considering the enforcement proceeding itself is also a control serving the execution of the arbitral awards in Turkey, it can be said that the foreign arbitral awards are subject to three tiers of control.

The decisions of the enforcement court or the Court of Appeal can only be challenged if the entire amount decided in the arbitral award exceeds certain monetary limits. Otherwise, the decision made is final. Furthermore, before or during enforcement proceedings, or after the enforcement decision has been rendered, the Turkish court may have ruled an interim injunction or provisional attachment to secure the consequences of the enforcement case. Such decisions are also subject to appeal. However, the rulings of the Court of Appeal thereon are final. Therefore, an application to the Court of Cassation is impossible.

In the presence of the required grounds, a request for a retrial can be made following the finalization of the decision on the enforcement of a foreign arbitral award. As an extraordinary remedy, a retrial is regulated by the Turkish Code on Civil Procedure (CCP) both in general (Art 374ff) and for arbitration proceedings specifically (Art 443). Article 443 of the CCP is designated for domestic arbitration proceedings, which are subject to the CCP, and enables the recurrence of arbitration proceedings before the arbitrators. Therefore, Article 443 does not apply to the enforcement of foreign arbitral awards. It is clear that the Turkish courts cannot rule for a repeat of foreign arbitration proceedings. Thus, only the recommencement of the enforcement proceedings under the general provisions is possible, not a repeat of the arbitration proceedings.

At the appeal instance, the enforcement court's decision is controlled in terms of compliance with procedural and substantive law. This control also covers whether the material facts have been duly determined or evaluated by the court of enforcement. In the end, the Court of Appeal can render a new decision on the merits of the request for enforcement as if it replaces the court of enforcement.

The authority of the Court of Appeal in reviewing and deciding on the merits of the case is applicable only for enforcement cases. The court is not entitled to re-examine or decide on the merits of the arbitration proceedings. The rejection of the principle of *revision au fond* applies not only to enforcement proceedings but also to their judicial control.

Principally, control of the appeal instance is limited by the grounds specified in the request for appeal. However, whether the appealed decision violates the public order is to be considered *ex officio*. Therefore, the existence of both the mandatory requirements for a claim to be determined by the Turkish courts and the enforcement conditions which are to be considered *ex officio* by the enforcement court, namely, arbitrability and public order, are reviewed *ex officio* at the appeal instance.

At the cassation instance, the Court of Cassation is not entitled to control the decision by determining or evaluating the material facts but can only focus on whether the decision complies with procedural and substantive law. The Court of Cassation can neither decide on the merits of the enforcement procedure nor review the foreign arbitration procedure.

Challenging a court decision has in principle no effect on the execution of that decision. That is the general rule adopted in the Turkish CCP (Art.350.1, 367.1). In contrast, this is not the situation when enforcing foreign arbitral awards. As long as all the remedies provided have not been exhausted, the execution of the foreign arbitral award will be suspended. The Turkish CPIL states that the application to the Court of Cassation suspends the execution of a foreign arbitral award (Art.57.2, 61.2). Although the application to the Court of Appeal and its impact on the execution are not mentioned in CPIL, the same applies upon appeal. Accepting otherwise renders meaningless the CPIL provision stipulating that an application to the Court of Cassation suspends award execution.

Thus, a foreign arbitral award can be executed only if all the remedies have been exhausted, namely if the enforcement decision becomes final after the control proceedings have been completed or the application period has expired. In this case, the foreign arbitral award will be executed like a verdict rendered by the Turkish courts.

Since challenging the decision on enforcement suspends the execution of the foreign arbitral award, the need for security still exists until the foreign award becomes

executable. Therefore, any interim injunction or provisional attachment securing the consequences of the enforcement case should be in effect until the enforcement decision becomes final.

The requirement of proportional court fees concerning arbitration proceedings was abolished in 2016. Since the enforcement of foreign arbitral awards should be considered as a part of arbitration proceedings, only a fixed fee became chargeable in enforcement proceedings and also for applications to the Court of Appeal or the Court of Cassation concerning enforcement requests.

Applying to a higher court cannot be considered as filing a lawsuit. Therefore, the applicant is not obliged to provide security under CPIL Art.48 or CCP Art 84 by reason of being foreign or having habitual residence abroad.

Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi İstemi Hakkında Türk Mahkemelerince Verilen Kararlara Karşı Kanun Yolları

I. Giriş

Bir hakem kararı, aleyhine karar verilen tarafça rızaen yerine getirilmediğinde devletin icra organlarına başvurulması ihtiyacı ortaya çıkar¹. Hakem kararı aleyhine olan tarafın Türkiye’de malvarlığının olması veya hakem kararına konu olan malların Türkiye’de bulunması yabancı bir hakem kararının Türkiye’de icra edilmesi ihtiyacını veya zaruretini doğurabilir. Bilindiği gibi yabancı hakem kararları Türkiye’de kendiliğinden hukuki etki doğurmamaktadır. Yabancı hakem kararının Türkiye’de icra edilmesi istendiğinde Türk mahkemelerinde tenfiz davası açılmalıdır^{2,3}. Kararın Türkiye’de icrası bu davada alınacak tenfiz kararına bağlıdır. Yabancı hakem kararlarının tenfizi şartları 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da⁴ (MÖHUK) düzenlenmiştir (md 60-62). MÖHUK md 1.2 milletlerarası sözleşme hükümlerini saklı tuttuğundan Türkiye’nin taraf olduğu ve hakem kararlarının icrasına ilişkin hükümler içeren çok taraflı veya iki taraflı milletlerarası sözleşmelerin kapsamına giren hallerde, hakem kararının Türkiye’de tenfizinin ilgili milletlerarası sözleşme hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Türkiye 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Konvansiyonu’na taraftır⁵. Türkiye New York Konvansiyonunu bazı çekincelerle onaylamış olup, bu çerçevede Konvansiyona taraf olan devletlerin ülkesinde verilen veya Türkiye’de verilmekle birlikte milli sayılmayan, ticari hakem kararlarının tenfizi 1958 tarihli Konvansiyon hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilecektir⁶. Yine Türkiye’nin pek çok devletle akdettiği iki taraflı adli yardım

- 1 Kararın icrasını engelleyecek nedenlerin bulunmadığını veya bu nedenleri ispatlayamayacağı bilmesi, ticari itibarının zedelenmesini, gecikme nedeniyle faiz yükünün artmasını, kararın icrasını engellemeye yönelik prosedürler sebebiyle yeniden masraf yapmayı veya karşı tarafın masraflarını yüklenmek durumunda kalmayı veya hakem kararının aleniyetine neden olmayı istememesi gibi sebeplerle hakem kararı aleyhine olan tarafın, kararın gereğini kendiliğinden yerine getirmesi bekleneceği ifade edilmektedir. Bkz Rifat Ertan ‘Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararları Hakkında Tenfiz Kararı Almak Her Zaman Zorunlu mudur? (2005-2006) 25-26(1-2) MHB 195, 207-208, 211. Kurumsal tahkim merkezleri, kendi tahkim kuralları çerçevesinde verilen hakem kararlarının rızaen yerine getirilmesini sağlamak ve bu kararlara etkinlik kazandırmak amacıyla rızaen yerine getirilmeyen kararın sirküle edilmesi gibi kurallar benimsemiştir. Örneğin FOSFA tahkim kuralları md 11: bkz Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019) 44.
- 2 Bununla birlikte, ICSID tahkimi çerçevesinde verilmiş hakem kararları ICSID Konvansiyonu’na taraf devletlerin ülkesinde icra edilmek istendiğinde bir tenfiz kararına ihtiyaç duyulmaz. ICSID ana sözleşmesinin 54. maddesine göre bu hakem kararları o akit devletin mahkeme kararları gibi icra edilirler: RG 6.12.1988/20011. Hakem kararlarının tarafları için nihai ve bağlayıcı olacağı, taraf devletlerce gecikmesizin icra edileceği ve etkili bir şekilde icra edilebilmesi için gerekli tedbirlerin alınacağı yönündeki Enerji Şartı Anlaşması hükmü de benzer şekilde hakem kararlarının tenfizi prosedürüne gerek bulunmadığı anlamına gelmektedir (Anlaşma md 26.8). Anlaşmanın İngilizce metni için bkz <<https://www.energycharter.org/fileadmin/Documents/Media/Legal/ECTC-en.pdf>> (Ancak Anlaşmanın Resmi Gazetede yayınlanan Türkçe metninde, İngilizce metinde yer alan “awards of arbitration” terimi “uzlaştırma kararları” olarak çevrilmiştir. Avrupa Enerji Şartı Konferansı Nihai Senedi: RG 12.7.2000/24107 (1 Mükerrer).
- 3 Yabancı hakem kararlarının Türkiye’de icra edilmemesinin sadece kesin hüküm veya kesin delil etkisine kavuşması ise tanıma yoluyla mümkün olmaktadır. Diğer taraftan tenfiz tanımayı da içerdiğinden, tenfizine karar verilen yabancı hakem kararları icra edilebilirlik gücünün yanında kesin hüküm veya kesin delil etkisine de sahip olmaktadır. Tanıma ve tenfiz arasındaki farklar için bkz Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017) 504-507; Aysel Çelikel and B Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020); Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8th edn, Beta 2020) 554-556; Rona Aybay and Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)* (2nd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2008) 293-296; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş 2020) 111-113; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Dokuz Eylül Üniversitesi 1994) 97-99; Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Beta 2013) 4-11; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, (5th edn, Vedat 2020) 447ff.
- 4 Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007/26728.
- 5 RG 25.09.1991/21002.
- 6 Türkiye, Sözleşmenin md 1.3 çerçevesinde koyduğu çekinceler sebebiyle, hakem kararının verildiği ülke ile ilişkili olmaması ve hakem kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre ticari nitelikte olması şartıyla uygulanacaktır. 1958 tarihli New York Konvansiyonu’nun Türkiye bakımından uygulanma şartları hakkında ayrıntılı için bkz Şanlı (n 1) 425ff; Akıncı *Tenfiz* (n 3) 16-23; Akıncı *Tahkim* (n 3) 450ff.

anlaşmalarının bir kısmında yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler yer almaktadır⁷.

Yabancı hakem kararının tenfizi istemiyle açılan davanın, usul yönünden gerekli şartların yerine gelmemiş olması sebebiyle usulden reddi söz konusu olabilir. Böyle bir durum söz konusu değil ise, mahkeme tenfiz istemini tenfiz şartları çerçevesinde değerlendirecektir⁸. Mahkeme, yabancı hakem kararının tamamen tenfizine veya tenfiz isteminin reddine karar verebileceği gibi, tenfiz istemini kısmen reddederek kararın kısmî tenfizine de karar verebilir (MÖHUK md 56, md 61.2). Acaba tenfiz mahkemesinin gerek usule ilişkin gerekse tenfiz isteminin esasına ilişkin bu kararlara karşı nasıl bir denetim mekanizmasına başvurulabilir? Yabancı hakem kararının tenfizi isteminin usulden reddi yahut kısmen veya tamamen kabulü ya da reddi halinde başvurulabilecek kanun yollarının hukuki rejimi nedir?

Kanun yolları, yargı kararları bakımından söz konusu olan yine yargı sistemi içindeki denetim mekanizmalarıdır. Söz konusu denetim mekanizmaları, mahkeme kararlarındaki hataların düzeltilmesi, eksikliklerin giderilmesi yoluyla adaletin gerçekleşmesi ihtimalini ve adalete olan inancı büyütmede; hukuka, hukuki kurumlara duyulan güvenin artmasını sağlamakta ve hukuk devleti anlayışını pekiştirmektedir. Kanun yolları, hukuk güvenliği ve hukuki barışın sağlanması, hukukun uygulanmasında ve içtihatlarda yeknesaklığın sağlanması yoluyla hukuk birliğinin temini, yargılama kalitesinin artırılması ve somut olay adaletinin gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir⁹.

Tüm bu yönleriyle kanun yolları, devletin adaletin gerçekleştirilmesine yönelik hukuk politikasını önemli bir parçasını teşkil etmektedir. Söz konusu politikayı ortaya koyan kurallar, yerel unsurlu ihtilaflarda olduğu kadar yabancılık unsuru içeren ihtilaflar bakımından da geçerlidir. İşte bu nedenle, bir devletin mahkemeleri tarafından milletlerarası nitelikli meselelerde verilen mahkeme kararlarına karşı kanun yolları da yine o devletin hukukunun öngördüğü esaslara tabi olmalıdır. Bu durum milletlerarası usul hukukunun *lex fori*'nin hâkimiyetinde olduğu prensibinin bir tezahürüdür¹⁰. Türk mahkemelerinden verilen kararlar da Türkiye'de ancak Türk hukukunun kanun yolları konusunda kabul ettiği sistem çerçevesinde bir denetime tabi olabilirler.

7 Örnek olarak Türkiye Cumhuriyeti ile Litvanya Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Hukuki ve Adli İşbirliği Anlaşması (md 19-24); RG 20.04.2004/25439; Türkiye Cumhuriyeti ile Arnavutluk Cumhuriyeti Arasında İmzalanmış Hukuki Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi (md 19-24); RG 09.11.1997/23165; Türkiye Cumhuriyeti ile Avusturya Hükümeti Arasında Hukuki ve Ticari Mevaddi Adliye Mütakabil Mütakabil Münasebetlere ve Adli Kararların Tenfizine ait Mukavelename (md 20-21); RG 04.09.1931/1864.

8 1958 tarihli New York Sözleşmesi (md V) ve 5718 sayılı MÖHUK'ta (md 62) kabul edilen tenfiz şartları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz Şanlı (n 1) 445ff; Ergin Nomer, Nuray Ekşi and Günseli Öztekin Gelgel, Milletlerarası Tahkim Hukuku I (5th edn, Beta 2016) 85ff, 107ff; Turgut Kalpsüz, *Türkiye'de Milletlerarası Tahkim* (2nd edn, Yetkin 2010) 189ff, 222ff; Akıncı *Tenfiz* (n 3) 116ff; Banu Şit, *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (İmaj 2005) 202ff; Akıncı *Tahkim* (n 3) 476ff, 564ff.

9 Kanun yolunun amacı ve fonksiyonları konusunda bkz Muhammet Özkes, 'Kanun Yolları' in Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan and Hülya Taş Korkmaz (eds), *Pekcanitez Usül Medenî Usül Hukuku* (15th edn, On İki Levha 2017) 2150 ff; Murat Atalı, İbrahim Ermenek and Ersin Erdoğan, *Medenî Usül Hukuku* (3rd edn, Yetkin 2020) 597-601; Baki Kuru, *Medenî Usül Hukuku El Kitabı II* (Yetkin 2020) 1325-1326; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz and Sema Taşpınar Ayvaz, *Medenî Usül Hukuku* (3rd edn, Yetkin 2017) 582; Ali Cem Budak and Varol Karaaslan, *Medenî Usül Hukuku* (4th edn, Adalet 2002) 367-369; Abdürrahim Karşlı, *Medenî Muhakeme Hukuku* (4th edn, Alternatif 2014) 695ff; Yavuz Alangoya, Kâmil Yıldırım and Nevhis Deren-Yıldırım, *Medenî Usül Hukuku Esasları* (8th edn, Beta 2011) 445-449; Nevhis Deren Yıldırım, 'Kanun Yollarına Dair Bazı Düşünceler' in *Medenî Usül ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı - IV Medenî Usül Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı* (Türkiye Barolar Birliği 2007) 3, 4ff.

10 Yabancılık unsuru içeren ihtilaflarda yargılama usulünün mahkemenin hukukuna tabi olduğu, diğer bir ifadeyle usul hukukunda *lex fori*nin hâkimiyeti kabul edilmektedir. Nomer (n 3) 392ff; Çelikel and Erdem (n 3) 497-499; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 3) 364; Doğan (n 3) 25-27.

Böylece yabancılık unsuru içeren ihtilaflarda Türk mahkemelerinin verdiği ve ihtilafı esastan halleden kararlara karşı, söz konusu kararlar yabancı maddi hukuk çerçevesinde alınmış olsa dahi, Türkiye’de ancak Türk hukukun öngördüğü kanun yollarına başvurulabilir. Aynı durum yabancı mahkeme veya hakem kararlarının tenfizi istemiyle açılan davalarda verilen kararlara karşı başvurulacak kanun yolları bakımından de geçerlidir. Elbette yabancı mahkeme kararına karşı verildiği ülkede başvurulabilecek kanun yolları, o yabancı mahkemenin hukuku tarafından belirlenir. Yine kendi ülkesinde verildiği veya tahkime uygulanan hukukun (*lex arbitri*) kendi hukuku olması sebebiyle yabancı bir hakem kararı niteliğinde görülmemen, “yerli” sayılan bir hakem kararının, o ülkede hangi denetim mekanizmalarından geçebileceği o ülke hukukuna tabi bulunmaktadır¹¹. Ancak bu yabancı mahkeme veya hakem kararlarının başka bir ülkede icrası amacıyla tenfizinin talep edilmesi halinde, bu tenfiz istemi hakkında verilen karar bakımından artık tenfiz devletinin kanun yollarına ilişkin kuralları geçerli geçerli olacaktır.

Öyleyse yabancı hakem kararlarının Türkiye’de tenfizi istemi hakkında verilen kararlar bakımından hangi şartlarla hangi kanun yollarına başvurulabileceği, kanun yoluna başvurunun kararın icrası üzerindeki etkisi, kanun yolu incelemesinin usulü, kapsamı ile inceleme neticesinde denetim makamlarının ne tür kararlar verebileceği gibi meseleler hep Türk usul hukukunun belirlediği esaslara tabidir.

Türk usul hukukunda mahkemeler tarafından verilen nihai kararla geçici koruma kararlarına karşı kanun yollarına başvurmak mümkündür. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda¹² (HMK) olağan kanun yolları olarak istinaf (md 341 vd) ve temyiz (md 361 vd), olağanüstü kanun yolu olarak da yargılamanın iadesi (md 374 vd) düzenlenmiştir¹³. Diğer taraftan Adalet Bakanlığı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından harekete geçirilebilen kanun yararına temyiz yolu da bulunmaktadır (HMK md 363).

Yabancı hakem kararlarının tenfizinin düzenlendiği MÖHUK’ta tenfizi istemi hakkındaki kararlara karşı kanun yoluna ilişkin yegâne hüküm “Yerine getirme ve temyiz yolu” başlığını taşıyan 57. maddenin 2. fıkrası hükmüdür: “*Tenfiz isteminin kabul veya reddi hususunda verilen kararların temyizi genel hükümlere tâbidir. Temyiz, yerine getirmeyi durdurur*”. Kanun yoluna başvurunun kararın icrasını durduracağını ifade etmekle yetinen hüküm, kanun yoluna ilişkin diğer konularda genel hükümlere atıfta bulunmuştur. Bu nedenle, kanun yolunun kararın icrası üzerindeki etkisi dışında kalan konularda, başta 6100 sayılı HMK’da olmak üzere 5235 sayılı Adli Yargı İlk

11 Bir ülkede yerli olarak kabul edilen hakem kararlarının o ülkede icra edilebilmesinin yolunu açacak gerekli kontrolün nasıl ve hangi yönlerden yapılacağına ilişkin düzenlemelerin ülkeden ülkeye değişiklik gösterdiği konusunda bkz İnci Ataman Fıganmeşe, ‘Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrolde Tâbi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri’ (2011) 31(2) MHB 35, 41 (n 16), 47.

12 Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.1.2011, RG 4.2.2011/27836.

13 1086 sayılı mülga HUMK’da istinaf yolunun kabul edilmesi öncesinde ise temyiz ve yarılamanın iadesi dışında bir de karar düzeltme kanun yolu bulunmaktaydı (HUMK md 440-442).

Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun¹⁴, 492 sayılı Harçlar Kanunu¹⁵ ve diğer kanunlarda yer alan ve kanun yollarına ilişkin düzenleme getiren usul hükümleri geçerli olacaktır.

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen 1958 tarihli New York Sözleşmesi, tanıma ve tenfiz usulü konusunda az sayıda hükme yer vermekle birlikte¹⁶, esasen tanıma-tenfiz usulünün tenfiz devletinin usul kurallarına tabi olduğunu kabul etmektedir (md III). Dolayısıyla Sözleşmede düzenlenmemiş usulî konularda tanıma-tenfiz devletinin usul hukuku hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹⁷. Sözleşme, tenfiz davalarında akit devlet mahkemelerinden verilecek kararlara karşı kanun yolları meselesinin tümüyle tenfiz devletinin hukukuna ait bir mesele olduğu anlayışından yola çıkarak bu konuda herhangi bir hükme yer vermemiştir. Dolayısıyla yabancı hakem kararının tenfizi şartlarının 1958 tarihli New York Sözleşmesi çerçevesinde değerlendirildiği hallerde de durum değişmeyecek, tenfiz istemi hakkında verilen karara karşı kanun yolları yine Türk hukuk mevzuatında (MÖHUK, HMK vd) öngörülen esaslara tabi olacaktır¹⁸.

Belirtmek gerekir ki 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun¹⁹ (MTK) yabancı hakem kararlarının tenfizi veya tenfiz istemi hakkında verilen kararlara karşı kanun yolları bakımından uygulanabilirliği bulunmamaktadır. MTK'nın "Hakem kararlarına karşı kanun yolu" başlığını taşıyan 5. Bölümü hakem kararlarını iptalini düzenlemektedir (md 15). MTK md 1.2'de Kanunun yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağı ifade edilmektedir. 4686 sayılı MTK çerçevesinde verilen hakem kararları yabancı değil, Türk hakem kararı olup, kanun yolu olarak kabul edilen iptal müessesesi de milletlerarası nitelikli Türk hakem kararları bakımından geçerlidir. Yabancı hakem kararları ve bu kararlara ilişkin olarak Türk mahkemeleri tarafından verilen kararlar ise MTK'nın kapsamına girmemekte, buna istinaden bu Kanun'da düzenlenen iptal kanun yolunun yabancı hakem kararları bakımından uygulanması söz konusu olmamaktadır.

14 Kanun Numarası: 5235, Kabul Tarihi: 26.9.2004, RG 7.10.2007/25606.

15 Kanun Numarası: 492, Kabul Tarihi: 2.7.1964, RG 17.7.1964/11756.

16 Bunlar tanıma-tenfiz şartları bakımından ispat kulfeti ve tanıma-tenfiz talebine eklenecek belgelerle bu belgelerin tasdikine ilişkin hükümlerdir (md IV, V.1).

17 Şanlı (n 1) 432; Nomer (n 3) 577; Doğan (n 3) 174; Nuray Ekşi, 'Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi' (2009) 67(1) Ankara Barosu Dergisi 54, 58.

18 New York Sözleşmesinin uygulama alanına giren yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında görevli ve yetkili mahkeme, davacı tarafından yatırılacak teminatla harcın cins ve miktarı, yargılamanın şekli gibi hususlar yanında temyiz usulünün de tenfiz devletinin usul hukukuna göre belirleneceği ifade edilmektedir. Bkz Şanlı (n 1) 431; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 3) 713; Zeynep Derya Tarman, 'Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler' (2017) 37(2) PPIL 798, 801.

19 Kanun Numarası: 4686, Kabul Tarihi: 21.6.2001, RG 5.7.2001/24453.

II. Yabancı Hakem Kararlarının Tenfiziyle İlgili Kararlara Karşı Başvurulabilecek Kanun Yolları

A. İstinaf

1. Genel Olarak

6100 sayılı HMK'nın 341. maddesinin 1. fıkrası ilk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlar ile ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve karşı tarafın yüzüne karşı verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları ile karşı tarafın yokluğunda verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine verilen kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabileceğini ifade etmektedir.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi davaları tarafların yazılı anlaşmayla belirledikleri, böyle bir anlaşma yoksa aleyhine karar verilen tarafın Türkiye'deki yerleşim yeri, yoksa sâkin olduğu, bu da yoksa icraya konu teşkil edebilecek malların bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi tarafından görülerek karara bağlanır (MÖHUK md 60.2, 5235 sK md 5.3)²⁰. Tenfiz mahkemesinin tenfizin kısmen veya tamamen kabulü veya reddine ilişkin kararları, ilk derece mahkemesi olarak verdiği nihai kararlardır. Dolayısıyla bu kararlara karşı, HMK md 341'e göre istinaf yoluna başvurulması mümkündür.

MÖHUK'un 57. maddesinin 2. fıkrasında tenfiz isteminin kabul veya reddi konusunda verilen kararların temyizinin genel hükümlere tabi olduğu ifade edilmiştir. Bu hükümde kanun yolu olarak sadece temyizden söz edilmiş olması söz konusu kararlara karşı istinaf yolunun kapalı olduğu anlamına gelmemektedir. 5718 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girdiği tarihte, istinaf yolu ve istinaf incelemesi ile görevli kılınan bölge adliye mahkemelerinin kuruluşu hâlihazırda kanunen kabul edilmiş

20 5235 sayılı Kanun (6545 sayılı ve 2014 tarihli Kanunla yeniden düzenlenen) md 5.3'e göre: "Asliye ticaret mahkemesi kurulan yerlerde bu mahkemelerde bir başkan ile yeterli kadar üye bulunur. Konusu parayla ölçülebilen uyuşmazlıklarda dava değeri üç yüz bin Türk lirasının üzerinde olan dava ve işler ile dava değerine bakılmaksızın; ... (4). 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa ve 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa göre yapılan tahkim yargılamasında; tahkim şartına ilişkin itirazlara, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar ile yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davalara, ilişkin tüm yargılama safhaları, bir başkan ve iki üye ile toplanacak heyete yürütülür ve sonuçlandırılır." Bir görüşe göre bu hüküm yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine yönelik davaların tümünde asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu anlamına gelmeyip, sadece asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu hallerde mahkemenin davaya heyet olarak bakacağı anlamını taşımaktadır: bkz Nuray Ekşi, "6545 sayılı Kanun'un Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Görevli Mahkeme Üzerindeki Etkisi", UTDER (2017) 6(2) 381, 391-392. Buna karşın 5235 sK'daki ilgili düzenlemenin yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi davaları bakımından asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğuna dayanak teşkil ettiği ağırlıklı olarak kabul görmektedir Şanlı (n 1) 433; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 3) 714; Adnan Deyneki, "Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar" (2014) 16(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan) 105, 111; Sema Taşpınar Ayvaz, "Asliye Ticaret Mahkemeleri Hakkında Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tahkimde Görevli Mahkeme" (2014) 16(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan) 469, 478-480; İnci Ataman Fıganmeşe, "Hakem Kararlarının İptali Kararlarına Karşı İstinaf Yoluna Başvurmadan Doğrudan Temyiz Yoluna Başvurulup Başvurulamayacağı Sorunu ve Soruna İlişkin Güncel Gelişmeler" (2017) 37(2) MHB (Prof. Dr. Yücel Sayman'a Armağan) 113, 137-138. 5235 sK md 5.3 hükmünün yabancı hakem kararlarında Asliye Ticaret Mahkemelerini görevli kıldığı açık olmakla birlikte hükmün yalnızca tarafların tacir olduğu, uyuşmazlığın ticari işlerden kaynaklandığı, ticari nitelikteki davalar bakımından görevli mahkemeyi belirlediği, ticari nitelikte olmayan davalarla asliye hukuk mahkemesinde görüleceği görüşü için bkz Tarman (n 18) 804. Yine hakem kararına konu uyuşmazlığın ticari nitelikte olup olmamasına göre asliye hukuk mahkemeleri veya asliye ticaret mahkemelerinin görevli olacağı yönünde bkz Nomer (n 3) 565 (n 351). 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda 26.6.2012 tarihli 6335 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte birlikte asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişki iş bölümü ilişkisi olmaktan çıkarılarak, görev ilişkisi haline getirilmiştir. Bu değişiklikten önce yabancı hakem kararına konu uyuşmazlığın ticari nitelikte olup olmamasına bağlı olarak tenfiz davalarının Asliye Ticaret veya Asliye Hukuk mahkemelerinde görüleceği yönünde kararlar bulunmaktaydı. Yargıtay 19 HD, 9465/13105, 10.10.2015; Yargıtay 19 HD, 11095/451, 26.01.2007. Aynı anlayışın ilgili değişiklikten sonra da bazı mahkeme kararlarına yansdığı görülmektedir: Yargıtay 19 HD, 208/4501, 06.03.2014; Yargıtay 20 HD, 7998/7167, 02.10.2017. İstanbul BAM 12 HD, 947/1121, 01.10.2018. Kararlar için bkz <www.lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

olmakla birlikte, istinaf sistemi henüz faaliyete geçmemiş bulunuyordu²¹. Dolayısıyla kanun koyucunun tenfize ilişkin kararlar bakımından sadece temyiz kanun yolunu açık tutarak, istinaf yolunu kapamak arzusunda olduğundan söz edilemez²². Kaldı ki 6100 sayılı HMK, ilk derece mahkemelerinin diğer kanunlarda temyiz edilebileceği veya haklarında Yargıtay'a başvurulabileceği belirtilmiş olup da bölge adliye mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlere ilişkin nihai kararlarına karşı, bölge adliye mahkemelerine başvurulabileceğini kabul etmektedir (md 341.5)²³. Bu itibarla yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin kararlara karşı öncelikle başvurulabilecek kanun yolu istinaf kanun yoludur²⁴.

Tenfiz davasının tarafları, bu yola başvurma konusunda hukuki menfaati olması halinde istinaf yoluna başvurabilir²⁵. Dolayısıyla yabancı hakem kararının tenfizi isteminin reddedilmesi veya kısmen kabul edilmesi halinde, tenfiz talebinde bulunan veya tenfiz isteminin tamamen veya kısmen kabul edilmesi halinde de kendisine karşı tenfiz talep edilen kişi istinaf yoluna başvurabilecektir²⁶.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi istemiyle ilgili kararlara karşı istinaf yolu kural olarak açık olmakla birlikte taraflar istinafa başvuru haklarından feragat edebilirler. HMK'nın 349. maddesine göre taraflar, ilamın kendilerine tebliğinden önce, istinaf yoluna başvurma hakkından feragat edemez (md 349.1). İstinaf başvurusu yapıldıktan sonra feragat edilmesi halinde, dosya henüz bölge adliye mahkemesine gönderilmemiş ise tenfiz mahkemesince, aksi halde bölge adliye mahkemesince istinaf başvurusu reddolunur (HMK md 349.2). Feragat için karşı tarafın izni veya mahkemenin kararı gerekli olmayıp, beyanın mahkemeye ulaşması yeterlidir²⁷.

21 İstinaf yolunun kabul edilişi: 1.4.2005 /1086 sayılı mülgâ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) md 426.A-426.U (Ek: 26.9.2004 – 5236/md 15); Bölge adliye mahkemelerinin kuruluşu: 1.7.2005 / 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun: RG 7.10.2004/25606; Bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçişi: 20.7.2016 / Bölge İdare Mahkemelerinin Kurulmasına ve Yargı Çevrelerinin Belirlenmesine İlişkin Karar ve Bölge Adliye Mahkemeleri ve Bölge İdare Mahkemelerinin Tüm Yurtta Göreve Başlayacakları Tarihe İlişkin Karar: RG 7.11.2015/29525.

22 Yabancı hakem kararlarının aksine, 4686 sayılı MTK çerçevesinde verilen hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı istinaf yolu kapalı olup ancak temyiz yoluna başvurulabilir (MTK md 15). 6100 sayılı HMK çerçevesinde verilen hakem kararları bakımından da durum aynıdır (HMK md 361.1). Bkz aşağıda 1449-1450.

23 1086 sayılı mülgâ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 426/A maddesinin (Ek: 26.9.2004 – 5236/md 15) 5. fıkrası da aynı yönde bir düzenlemeye sahipti.

24 Akıncı *Tahkim* (n 3) 469; Tarman (n 18) 805. Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi bakımından aynı yönde Burak Huysal, '6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler' (2012) 32(1) MHB 71, 97; Mehmet Köle, 'Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınma ve Tenfizinde Usul' (2016) 21(34) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 39, 88-89.

25 İstinaf yoluna başvurulabilecek kişiler hakkında bilgi bkz Özkes *Pecanitez Usul* (n 9) 2215 ff; Atalı, Ermenek and Erdoğan (n 9) 607-608; Budak and Karaaslan (n 9) 375; Karşlı (n 9) 711-714; Arslan, Yılmaz and Taşpınar Ayvaz (n 9) 585-586; Kuru (n 9) 1328-1330, 1355-1356.

26 Tenfiz davasının tarafları olağan olarak tahkim yargılamasının dayanağı olan tahkim anlaşmasının taraflarıdır. Ancak tahkim anlaşmasının çeşitli sebeplere istinaden üçüncü kişilere teşmiline bağlı olarak tahkim yargılaması üçüncü kişi ile tahkim anlaşmasının tarafı/tarafları arasında cereyan etmiş olabileceği gibi, anlaşmanın teşmil edildiği üçüncü kişi tahkim yargılamasının tarafı olmaksızın yargılamaya dâhil olmuş olabilir. İşte tahkim yargılamasına taraf veya dâhil olan bu kişilerin buna bağlı olarak, bunların dışındaki üçüncü kişilerin ise külli halefiyet gibi bazı sebeplere istinaden tenfiz davasında taraf olup olmayacağı sorusu gündeme gelebilir. Yabancı hakem kararlarının tahkim anlaşmasının tarafı olmayan üçüncü kişiler tarafından veya üçüncü kişilere karşı açılmasının mümkün olup olmadığı konusunda çeşitli ihtimallere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Banu Şit Köşgeroğlu, 'Yabancı Hakem Kararlarının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi' (2011) 15(3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 14ff. Yine tahkim anlaşmasının anlaşmaya taraf olanlar dışındaki kişilere teşmil konusunda ayrıntılı bilgi için bkz Emre Esen, *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmil* (Beta 2008).

27 Özkes *Pecanitez Usul* (n 9) 2168; Atalı, Ermenek and Erdoğan (n 9) 617. Kanun yolundan feragat davadan feragatten farklı olarak esasa değil usule ilişkin sonuçlar doğurur ve kararın şekli anlamda kesinleşmesine yol açar: ibid 618.

Tenfiz davası açılmadan önce, dava açıldığı sırada ya da tenfiz davası görülürken yabancı hakem kararının tenfizi davasının sonuçlarını temin etmek üzere Türk mahkemesinden ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı alınmış olabilir^{28,29}. Yabancı hakem kararının tenfizine dair karar verildikten sonra da ihtiyati haciz veya tedbir kararı alınmış olabilir. Tenfiz kararının henüz kesinleşmemiş olması, ihtiyati haciz veya tedbir

- 28 Şanlı (n 1) 443; Akıncı *Tahkim* (n 3) 474; Ekşi 'ICC' (n 17) 73-74; Arslan (n 29) 713ff. "İtiraz edilen ihtiyati haciz kararı, henüz tenfizine karar edilmemiş bir yabancı hakem kararına dayalı olup bu durum ihtiyati haciz istenilmesine engel değil ise de, ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için İHK'nın 257. maddesindeki yazılı koşulların değerlendirilmesi gerekir (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 01.07.2004 tarih, 2004/1508-3700 E.K sayılı ilamı; Yargıtay 6.HD. 14/04/2014 tarih, 2014/3906 E- 2014/4941 Karar sayılı karar). Dava konusu alacak, kesin nitelikteki bir yabancı hakem kararıyla hükme bağlanmış bir alacaktır. Alacak belirli ve muaccel bir alacak olup İHK 257 vd. maddesinde gösterilen ihtiyati haciz koşullarının oluştuğu anlaşıldığından, ilk derece mahkemesince ihtiyati haczin kabulünde bu yönden bir isabetsizlik görülmemiştir" İstanbul BAM 14 HD, 264/253, 11.05.2017. Aksi yönde kararlar da bulunmaktadır: "Somut olayda ihtiyati tedbire konu taleplerin, tenfizi istenen hakem kararındaki hüküm sonucuna ilişkin olduğu, tedbir talebinin kabulünün büyük oranda henüz tenfizine karar verilmemiş olan ve tenfiz edilemeyeceği konusunda tahkikat yapılan bir yabancı hakem kararının tenfizine ilişkin hukuki sonuçlar doğuracağı anlaşılmalı ve davadaki hüküm sonucunu doğuracak şekilde tedbir verilmesi mümkün olmadığından, ilk derece mahkemesince ihtiyati tedbirin reddi yönünde karar verilmiş olması usule uygun olup..." İstanbul BAM 14 HD, 547/470, 28.03.2019. "...asıl uyumsuzluğu çözecek nitelikte ihtiyati haciz kararı verilmesine hukuken imkan bulunmadığı gibi taraflar arasındaki uyumsuzluğun yargılamayı gerektirdiğinden istemde İHK 257 ve devamı madde hükümlerinde ön görülen koşullar gerçekleşmediğinden..." gerekçesi ile yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi davasında talep edilen ihtiyati haciz talebini reddeden ilk derece mahkemesi kararını onayan BAM kararı: İstanbul BAM 13 HD, 1234/1134, 21.11.2018. Kararlar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.
- 29 Tahkim anlaşmasına konu olan mal, hak veya alacağın devredilmesini, paraya çevrilmesini veya başka ülkelere kaçırılmasını engellemek ve böylece tahkim yargılaması sonucunu temin etmek üzere, tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında da Türk mahkemesinden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz istemesi ve Türk mahkemesinin de talep doğrultusunda karar vermesi mümkündür. Böyle bir talep veya kararın tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmeyeceği MTK'nun 6 maddesinde ifade edilmektedir. Üstelik bu hüküm sadece tahkim yerinin Türkiye olduğu ve MTK'ya tabi tahkimler bakımından değil tahkim yerinin yabancı bir ülke olduğu, MTK'ya tabi olmayan tahkim yargılamaları bakımından da geçerlidir (MTK md 1.3). Ayrıntılı bilgi için bkz İlyas Arslan, 'Milletlerarası Ticari Tahkimde Türk Mahkemelerinin İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisi' (2016) 7(27) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 691-728; Şanlı (n 1) 237ff, 367-386, 371; Ataman Fıganmeşe 'Mükerrer Kontrol' (n 11) 40. MTK md 6'nın MTK'ya tabi olmayan tahkimlerde uygulanmayacağı yönündeki aksi görüş için bkz Nomer (n 3) 587. Uygulamada da tahkim anlaşmasına konu mal veya alacak üzerinde tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması esnasında Türk mahkemelerince ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararlarının verildiği görülmektedir. Yargıtay HGK'nun 29.11.1995 tarihli kararı buna örnektir. Burada alt mahkeme taraflar arasında tahkim anlaşmasının varlığı sebebiyle görevsizlik kararı vermiş ancak tahkim anlaşmasının varlığına rağmen satıcının talebiyle alınan ihtiyati tedbir kararının devamına hükmetmişti. Yargıtay ise esas hakkında GAFTA Hakem Mahkemesinin yetkili olmasına istinaden verilen görevsizlik kararıyla davadan nihai olarak el çekmiş bulunan mahkemenin artık ihtiyati tedbirin devamı yönünde bir karar veremeyeceğini gerekçe göstererek alt derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Mahkemenin direnme kararı üzerine Yargıtay HGK ise verilen görevsizlik kararı ile tedbirin düşmeyeceği, davanın hakem mahkemesinde nihai olarak çözüme bağlanmasına kadar tedbirin devamına karar verilmesinde usule aykırılık bulunmadığından bahisle mahkemenin direnme kararını onamıştır. Yargıtay HGK, 11-87/1053, 29.11.1995. Kararla ilgili bilgi ve benzer yönde kararlar için bkz Şanlı (n 1) 238ff, 247-248. Tahkim anlaşmasının varlığına rağmen Türk mahkemelerinin ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir karar alabilmesi bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır. Zira hakemlerce ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı verilebilmekle birlikte bu kararın cebri icra organlarını hareket ettiren veya resmi makamları zorlayıcı veya üçüncü kişileri bağlayıcı kararlar olamaz –ki tahkim mahkemesinin henüz teşekkül etmediği bir aşamada bu türden kararların zaten hakemlerce verilebilmesi söz konusu olmayacaktır-. Ayrıca hakemlerce verilmiş ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararlarının geçici nitelikte olmaları sebebiyle Türkiye'de tenfiz edilemeyeceği kabul edilmektedir. Bkz Çelikel and Erdem (n 3) 584; Şanlı (n 1) 235-236; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 3) 542-543; Arslan (n 29) 714-715; İlyas Gölçüklü, *Milletlerarası Tahkimde Dava Açma Yasakları* (On İki Levha 2018) 372. Detaylı bilgi için ibid 350ff. Bununla birlikte hakem kararlarının tenfiz edilebilmeleri için bağlayıcı olmaları yeterli olup (MÖHUK md 60.1, 62.1.h), kesinleşmiş olma şartı aranmadığından hakemlerce verilen, yabancı nitelikli ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararlarının Türk mahkemelerince tenfiz edilebilmeleri düşünülebilir. Yabancı geçici koruma kararlarının tenfizi konusunda açık hüküm bulunmamasıyla birlikte, MTK md 6'nın yardımıyla bunu mümkün olabileceği yönünde bakımız Rifat Erten, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri* (Adalet 2010) 216-217; Nuray Ekşi 'Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni' (2020) 40(1) PPIL" 143, 193. Bazı hukuklarda, hukuki koruma ve tedbir içerikli yabancı hakem kararlarının tenfiz usulüyle veya mahkemelerin yardımcı suretiyle icra edildikleri ifade edilmektedir. Bkz Şit *Kurumsal Tahkim* (n 8) 139; Erten, *Geçici Hukuki Koruma* (n 29) 176ff.

kararı alınmasına engel değildir³⁰. İşte yabancı hakem kararı hakkında verilmiş veya verilecek tenfiz kararının teminini sağlamak üzere yapılmış ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir talepleri bakımından da kanun yoluna başvurulması söz konusu olabilir³¹. Zira HMK'nın 341. maddesinin 1. fıkrası ilk derece mahkemelerinden verilen ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve karşı tarafın yüzüne karşı verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları ile karşı tarafın yokluğunda verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati

30 "Mahkemece tenfizine karar verilen hakem kararı kesinleşmeden takip konusu yapılamayacağı ihtiyati haczi tamamlayan merasim tamamlanamayacağından ihtiyati hacze itirazın haklı olduğu gerekçesiyle ihtiyati haczin kaldırılmasına karar verilmiş, hüküm alacakli vekiline tenfiz edilmiştir. Yabancı hakem kararının temizine ilişkin karara dayanarak alacakli tarafından ihtiyati haciz istenmiş, verilen ihtiyati haciz kararı borçluların itirazı üzerine kaldırılmıştır. Tenfiz kararı kesinleşmeden ifa edilemez ise de, bu karara dayanarak ihtiyati haciz istenmesine yasal bir engel bulunmamaktadır. İhtiyati haczi tamamlayan merasimin gerçekleşip gerçekleşmediği sonraki bir aşama olup hükmü geçerce yapılamaz. Mahkemece bu yön gözetilerek itirazın reddi gerekirken, yazılı gerekçeyle kabulünde isabet görülmemiştir." Yargıtay 19 HD 9775/13391, 30.12.2004. Karar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020. "İhtiyati haciz kararına itiraz edenler vekili ... açılan tenfiz davasında verilen ve henüz tenyiz aşamasında olup, kesinleşmeyen ilama dayalı olarak haciz kararı verilemeyeceğini, zira MÖHUK 57. Maddesi uyarınca, tenfiz kararlarının kesinleşmeden infaz kabiliyetinin olmadığını ve müvekkillerinin mal kaçırma ihtimalinin bulunmadığını" ileri sürerek, "ihtiyati haciz kararının itirazın kaldırılmasını" talep etmiştir. Mahkemece, iddia ve dosya kapsamına göre, ... verilen ihtiyati haciz kararının yasal olduğu" gerekçesiyle "itirazın reddine" karar verilmiştir. ... usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre ... tenyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükümler ONANMASINA ..." Yargıtay 11HD 1287/4167, 06.04.2009. Karar için bkz Cüneyt Uyar, "Kesinleşmiş Tenfiz İlamına Dayanarak İhtiyati Haciz Talep Edilebilir mi?" (2012) 86(3) İstanbul Barosu Dergisi 295, 299. Borçlu için telafisi güç ve hatta imkânsız sonuçlar doğurabileceği gerekçesiyle, tenfiz kararı kesinleşmeden ihtiyati haciz kararı verilebilmesini yerinde bulmayan aksi görüş için bkz Sedat Bozanoğlu and Mehmet Emre Günay, "Tenfiz Edilmemiş Yahut Kesinleşmemiş Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türk İcra İflas Hukuku İşığında "İnfaz" Kabiliyeti Genel Haciz Yolu İle İlamsız Takibe Konu Edilip Edilemeyeceği Uygulamada Yaşanan Sorunlar" (2017) 91(1) İstanbul Barosu Dergisi 226, 236-238. Oysa ihtiyati haciz kararları bakımından tenfiz kararının kesinleşmemiş olması halinde "vadesi gelmiş bir alaktan söz edilemeyeceğinden İİK md 257.1'e göre ihtiyati haciz kararı verilmesi doğru olmasa da, vadesi gelmemiş alacaklara ilişkin İİK md 257.2'deki şartların yerine gelmiş olması koşuluyla ihtiyati haciz kararı verilmesi mümkün olmalıdır. Bu yönde bkz Şanlı (n 1) 248ff. Henüz tenfiz edilmemiş yabancı karara dayanılarak da İİK m.257/1 uyarınca ihtiyati haciz kararı verilebilmesinin menfaatler dengesi açısından isabetli olacağı yönünde Tarman (n 18) 817. Tenfiz kararı verilmiş bir hakem kararındaki alacağın, sadece hakem kararına dayanılarak vadesi gelmiş sayılmayacağı, bununla birlikte alacağın vadesinin gelmiş olduğunun başka delillerle ispat edilebileceği bu nedenle İİK md 257.1 çerçevesinde ve şartları varsa md 257.2 çerçevesinde ihtiyati haciz kararı verilebileceği yönünde bkz Cemre Tüysüz, Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflas Hukukundaki Davalar (Beta 2017) 66ff. Konuya ilişkin farklı istikamette kararlar bulunmamaktadır. Tenfiz kararı kesinleşmeden ihtiyati haciz kararı verilmesinin İİK md 257.2 çerçevesinde değerlendirileceği yönünde: "...Somut olayda ... tenfiz kararının henüz kesinleşmediği sabittir. Yüksek Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre tenfiz kararı kesinleşmeden infaz edilemez ise de bu karara dayanarak ihtiyati haciz istenmesine yasal bir engel bulunmamaktadır. ... İİK 257 maddesi uyarınca borçlunun muayyen emvayen ikâmetgahının olmadığını, borçlunun taahhütlerinden kurtulmak maksadı ile mallarını gizlemeye, kaçırma veya kendisinin kaçmaya hazırlanmış yahut kaçtığına ya da bu maksatla alacaklının haklarını ihlâl eden hileli işlemlerde bulunduğuun yaklaşık olarak ispat edilmesini gerektirir. Tenfiz kararı kesinleşmeden ise de talep eden tarafından bu yönde dosyaya herhangi bir delil sunulmamıştır..." İstanbul 3 ATM, 1378/1391 D.İş, 14.10.2019. Ancak bu karar, tenfiz kararı kesinleşmeden ihtiyati haciz kararı verilmesini İİK md 257.2 değil İİK md 257.1 çerçevesinde değerlendirilerek İstanbul BAM 13 HD tarafından kaldırılarak, ihtiyati hacze karar verilmiştir: "...temin edilmemiş ve vadesi gelmiş bir para borcunun alacaklısı, borçlunun yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır ve taşınmaz mallarını ve alacaklarıyla diğer haklarını ihtiyaten haczettirebilir. İİK 257/1 maddesi kapsamında ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için İİK 257/2 maddesindeki koşulların gerekmediği, ... şartların oluşması nedeniyle İİK 257. maddesi gereğince teminat karşılığında ihtiyati haciz kararı verilmesi gerekirken ... talebin reddine karar verilmesi yerinde olmayıp ... istinaf sebebi yerinde görülmüştür. ... dairesince yeniden hüküm kurularak talep edenin ihtiyati haciz talebinin kabulü ile alacağın %20 oranında teminat karşılığında karşı taraf/borçlunun alacağı yeter taşınır, taşınmaz malları ile üçüncü kişilerdeki hak ve alacakları üzerine ihtiyati haciz konulmasına karar verilmesi gerektiği kanaatine varılarak. ..." İstanbul BAM 13 HD, 353/328, 05.03.2020. Yine İİK md 257.1 çerçevesinde ihtiyati hacze karar verilebilmesinin mümkün olduğu yönünde: "Talep, yabancı hakem kararının tenfizine ilişkin kesinleşmemiş ilama dayalı ihtiyati haciz istemine ilişkindir. ... tenfizine karar verilen yabancı hakem kararında hükmü bağlanan alacağın İİK'nın 257/1. maddesi anlamında "vadesi gelmiş alacak" olarak kabul edilmediği gerekir. Zira, dava konusu alacak, kesin nitelikteki bir yabancı hakem kararıyla hükmü bağlanmış bir alacaktır. Alacak belirli ve muaccel bir alacak olup İİK'nın 257 vd. maddelerinde gösterilen ihtiyati haciz koşullarının oluştuğunun kabulü gerekir. ... Tenfiz ilamına karşı kanun yoluna başvurulması icra takibini durdurur ise de bu husus ihtiyati haciz kararı verilmesine engel değildir." İstanbul BAM 14 HD, 2410/158, 12.02.2020. Kararlar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020. Henüz tenfiz edilmemiş hakem kararlarına dayanılarak İİK md 257.1 çerçevesinde ihtiyati haciz kararı verilemeyeceği yönünde: "Tenfiz edilmeyen somut olaydaki Bakü Mahkemesi kararının Türk Hukuku açısından henüz ilam niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır. Bu bakıldan sonra somut olayda alacağın vadesinin gelip gelmediği başka bir deyişle muaccel olup olmadığı tartışılması gerekirse; taraflar arasında vadeye bağlanmış bir alacak söz konusu olmayıp alacağın varlığı kesin olmayıp yargılanmayı gerektirir niteliktedir. O halde vadesi gelmiş bir alaktan söz edilemez. Vadesi gelmemiş bir alacak olduğu düşünülmüş halinde ise; vadesi gelmemiş alacaklarla ilgili ihtiyati haciz koşulları arasında sayılan hususlardan hiçbirisinin varlığı konusunda da kesin delil aranmamakla birlikte haklı ve makul görülebilecek Kanun'un 257/2 maddesindeki koşulların gerçekleştirilmesine ilişkin delil de sunulmamıştır." Yargıtay 15 HD, 7100/365, 26.01.2015. Karar için bkz Şanlı (n 1) 249-250. Aksi yönde İstanbul BAM 14 HD, 264/253, 11.05.2017. Karar alıntısı için bkz yukarıda n 28. İİK'nın 259. maddesine göre ihtiyati haciz isteyen alacaklı hacizde haksız çıktığı takdirde borçlunun ve üçüncü şahsın bu yüzden uğrayacakları bütün zararlarından sorumlu olup, HMK md 84'te düzenlenen teminatı vermeye mecburdur. Ancak alacak bir ilama dayanıyorsa teminat aranmaz. Tenfiz kararı kesinleşmeden ihtiyati haciz istenebileceği mahkeme kararlarında kabul edilmekte birlikte, henüz kesinleşmiş bir ilam söz konusu olmadığından, ihtiyati haciz kararı verilmesinde İİK md 259'deki teminat zorunlu görülmemektedir. "Yabancı hakem kararının tenfizine ilişkin karar henüz kesinleşmediğinden, tarafların hak ve menfaat dengesi değerlendirildiğinde, takdiren dava konusu alacağın %15'i oranında teminatın uygun olacağı sonucuna varılmıştır." İstanbul BAM 14 HD, 2410/158, 12.02.2020. Aynı yönde İstanbul BAM 14 HD, 130/1042, 11.10.2018. İstanbul BAM 14 HD, 264/253, 11.05.2017. Karar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

31 Yargıtay 15 HD, 6547/7797, 11.12.2012: "... bedelli avans garantisi teminat mektubunun tazmininin ihtiyaten durdurulmasını istemiş; mahkemenin 15.02.2010 tarih 2010/18 D.İş sayılı kararı ile talep kabul edilerek sözü edilen avans garantisi teminat mektubunun tazmininin ihtiyati tedbir yoluyla durdurulmasına karar verilmiş; davalı iş sahibi 28.12.2011 günlü dilekçeyle ihtiyati tedbir kararına itiraz ederek tedbirin kaldırılmasını istemiş; mahkemenin 19.04.2012 tarih 2010/18 D.İş sayılı kararı ile ihtiyati tedbire itirazın reddine, ihtiyati tedbirin İngiltere'de verilen yabancı hakem kararının tenfizine kadar devamına karar verilmiş. ... ihtiyati tedbire itiraz halinde itirazın reddine veya kabulüne dair verilen kararlara karşı kanun yoluna gidilebileceği, gidilecek kanun yolunun ise istinaf kanun yolu olduğu anlaşılmaktadır". Karar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020. Ayrıca bkz yukarıda n 28, 29 ve 30'da zikredilen kararlar.

haciz kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine verilen kararları istinaf edilebilecek kararlar arasında saymıştır. Dolayısıyla yabancı hakem kararının tenfizi davasının sonuçlarını temin etmek üzere verilmiş ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararları bakımından da istinaf yolu açıktır.

2. Tenfiz İstemiyle İlgili Kararın Veriliş Zamanın İstinafa Başvuru İmkânı Bakımından Etkisi

Türk hukukunda, istinaf bir kanun yolu olarak 1086 sayılı mülga HUMK'da yapılan 26.09.2004 tarihli değişiklikle kabul edilmiş olmakla birlikte, bölge adliye mahkemelerinin 20.07.2016 tarihinde faaliyete geçmesiyle istinaf kanun yolu işlerlik kazanmıştır³².

6100 sayılı HMK'nın Geçici 3. maddesine göre bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesine kadar 1086 sayılı HUMK'taki temyiz ve karar düzeltmeye ilişkin hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağı, mahkeme bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçmeden önce karar vermişse, dosyaların bölge adliye mahkemelerine gönderilemeyeceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesinden önce verilen kararlara karşı kanun yolu süreci mülga HUMK'un istinaf yolunun kabul edilmişinden önceki kanun yolu hükümlerine göre devam eder³³.

Sözü edilen hüküm uyarınca, yabancı hakem kararlarının tenfizi istemi hakkındaki kararın verildiği tarih, istinaf başvurusunun yapılabilmesi bakımından önem taşımaktadır. Yabancı hakem kararı hakkında tenfiz mahkemesince bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçtiği 20 Temmuz 2016'dan önce verilen kararlar için istinaf yoluna başvurulamaz. Ancak mülga HUMK çerçevesinde temyiz yoluna

32 Bkz yukarıda n 21.

33 Atalı, Ermenek and Erdoğan (n 9) 603-604; Budak and Karaaslan (n 9) 370-371; Karslı (n 9) 703-704; Arslan, Yılmaz and Taşpınar Ayvaz (n 9) 583-584; Kuru (n 9) 1465-1468. Geçici 3. madde, HMK'nın yürürlüğe girdiği tarihte bölge adliye mahkemelerinin henüz faaliyetlerine başlamamış olması sebebiyle, başvurulabilecek kanun yollarına ilişkin esasları göstermek üzere Kanuna eklenmiş, maddenin 2. fıkrası ise 6217 sK'la (RG 14.4.2011/27905) değişikliğe uğramıştır. Geçici Madde 3 – (Ek: 31/3/2011-6217/30 md)(1) Bölge adliye mahkemelerinin, 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazete'de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 sayılı Kanununun temyizye ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur. (2) Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Kanununun 26/9/2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 444 üncü madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunur. (Ek cümle: 1/7/2016-6723/34 md) Bu kararlara ilişkin dosyalar bölge adliye mahkemelerine gönderilemez. (Bu fıkranın 1.7.2016 tarihli ve 6723 sK'la yapılan değişiklikten önceki halinde bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar düzenleme kapsamında bulunmaktaydı. Ayrıca 22.7.2020 tarihli ve 7251 sK'la yapılan değişikliğe kadar temyiz ve karar düzeltme dışında, mülga HUMK'un yargılamanın iadesine ilişkin hükümleri de söz konusu kararlar bakımından geçerli idi). (3) Bu Kanunda bölge adliye mahkemelerine görev verilen hallerde bu mahkemelerin göreve başlama tarihine kadar 1086 sayılı Kanununun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır. 7251 sK'la yapılan değişiklik öncesinde, maddenin ifade tarzının isabetli olmadığı ve eleştiriyeye açık olduğu yönünde bkz Özkes Pekantez Usûl (n 9) 2162-2163.

başvurulması söz konusu olabilir^{34,35}. Tenfiz istemi hakkında 20 Temmuz 2016'dan sonra verilen kararlar için ise istinaf yolu açıktır.

Belirtmek gerekir ki istinafa başvuru bakımından tenfiz istemine konu yapılan yabancı hakem kararının verildiği tarih önem taşımaz. Yani tenfiz istemine konu olan yabancı hakem kararının 20 Temmuz 2016 tarihinden önce verilmiş olmasının istinafa başvuru bakımından bir etkisi olmayacaktır. Dikkat edilmesi gereken husus, yabancı hakem kararı bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesinden önceki bir dönemde verilmiş olsa bile, tenfiz kararının bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesi sonrasında verilmiş olması halinde istinaf yoluna başvurunun mümkün olacağıdır. İstinaf yoluna başvuru imkânı bakımından hakem kararının tarihi değil, tenfiz istemi hakkında Türk mahkemesince verilen kararın tarihi önem taşımaktadır.

3. İstinafa Başvuruda Miktar Sınırlaması

6100 sayılı HMK'nın 341. maddesinde istinafa başvuru konusunda malvarlığına ilişkin davanın miktar veya değeri bakımından bir sınır kabul edilmiştir. Buna göre belli bir miktar veya değeri geçmeyen davalara ilişkin kararlar kesindir³⁶. Bu kararlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz (md 341.2).

HMK md 341.2'de istinaf yolu için kabul edilen miktar sınırının yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında verilen kararlar bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Diğer taraftan tenfiz davalarında, hakem kararının esasına girilmemekte, sadece tenfiz şartlarının mevcudiyeti üzerinden bir inceleme yapılmaktadır. Acaba bu durum HMK md 341.2'deki miktar sınırlamasının tenfiz davalarında verilen kararlar bakımından dikkate alınmamasını gerektirir mi?

Hakem kararının esastan incelendiği, hakem kararına konu olan ihtilafın esastan karara bağlandığı bir dava olmamakla birlikte, tenfiz davaları hakem kararının icrasını sağlamaya yöneliktir. Tenfizi kabul edilen hakem kararları Türk mahkemelerinden verilmiş ilamlar gibi icra edilecektir (MÖHUK md 57.1, md 61.2). HMK md 341.2'deki sınırın amacı da, dava lehine sonuçlanan kişinin söz konusu sınırın altındaki hükmü kanun yoluna başvurmadan icra edebilmesini sağlamaktır. Dolayısıyla söz konusu

34 Yargıtay 15 HD, 6547/7797 11.12.2012: "01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5235 Sayılı Kanun'la Bölge Adliye Mahkemeleri kurulmuş ise de, henüz göreve başlamamıştır. Bu nedenle 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 Sayılı HMK'ya geçici maddeler eklenmiş, geçici 3. maddesinin 1. fıkrasında Bölge Adliye Mahkemeleri'nin göreve başlama tarihine kadar 1086 Sayılı Kanun'un temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağı, 3. fıkrasında da bu Kanun'da Bölge Adliye Mahkemeleri'ne görev verilen hallerde bu mahkemelerin göreve başlama tarihine kadar 1086 Sayılı Kanun'un bu Kanun'a aykırı olmayan hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu maddedeki düzenlemeye göre, Bölge Adliye Mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar, Bölge Adliye Mahkemeleri'nce yapılması gereken kanun yolu incelemeleri Yargıtay tarafından yapılacaktır. Bölge Adliye Mahkemeleri'nin göreve başlamamış olması, ilk derece mahkemelerinin kanun yolu açık olan kararlarını, kanun yolu kapalı hale getirmez ve hukuka uygunluk denetimi yapılmasını engellemez". Karar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

35 MÖHUK'ta karar düzeltme yolundan söz edilmemiş olması bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesinden önce verilen tenfiz kararları bakımından karar düzeltme yolunun işletilmesine engel olmaz. Bkz Ekşi *Tanım-Tenfiz* (n 3) 348; Köle (24) 89.

36 HMK md 341.2: "Miktar veya değeri üç bin Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir". 512 sayılı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nde (RG 23.12.2019/30987) kabul edilen yeniden değerlendirme oranına göre, istinaf sınırı asliye mahkemeleri kararları bakımından 2020 yılı için 5.390 TL olarak belirlenmiştir <www.legalbank.net/belge/hmk-ve-iiikda-yer-alan-parasal-sinirlar-2020-yili/3009245/> Erişim tarihi 15 November 2020.

istinaf sınırı yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında verilen kararlar bakımından da söz konusu olmalıdır³⁷. Bu itibarla HMK md 341.2'deki miktar ve değeri geçmeyen bir hakem kararına ilişkin olarak yapılan tenfiz talepleri hakkında verilen kararlar kesindir³⁸. Bu kararlar aleyhine kanun yoluna başvurulamaz.

Diğer taraftan HMK'nın senetle ispat, istinaf ve temyiz ile temyizde duruşma yapılmasına ilişkin parasal sınırlarla ilgili hükümlerinin Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış olan dava ve işlerde uygulanmayacağı kabul edilmiştir (Geçici Madde 1.2). Öyle ise HMK'nın yürürlüğe girdiği 1 Ekim 2011 tarihinden önce açılmış olan yabancı hakem kararlarının tenfizi davaları bakımından istinaf başvuruları md 341.2'de kabul edilen miktar sınırlamasına bağlı olmaksızın yapılabilecektir³⁹.

B. Temyiz

1. Genel Olarak

MÖHUK'a göre tenfiz isteminin kabul veya reddi konusunda verilen kararlar temyize ve temyiz de genel hükümlere tabidir (md 57.2, 61.2). Yukarıda izah edildiği üzere söz konusu hüküm, karara karşı istinaf yoluna başvuru imkânını ortadan kaldırmamaktadır⁴⁰. Diğer taraftan bu hükme dayanılarak, istinaf aşaması atlanmak suretiyle doğrudan temyiz yoluna da başvurulamayacaktır⁴¹.

6100 sayılı HMK bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlar ile hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabileceğini kabul etmektedir (md 361.1). Dolayısıyla yabancı hakem kararının tenfizi istemine ilişkin verilen kararlar bakımından istinaf başvurusu yapılmış olması halinde, bölge adliye mahkemesinin istinaf başvurusunun reddine ya da tenfiz mahkemesi kararının kaldırılarak tenfizin kabulü, reddi veya kısmen

37 Yabancı mahkeme kararları bakımından aynı yönde Ekşi *Tanıma-Tenfiz* (n 3) 346.

38 HMK'nın 341. maddesinde alacağın bir kısmının dava edilmiş olması durumunda istinaf sınırının alacağın tamamına göre belirleneceği, alacağın tamamının dava edilmiş olması durumunda ise, kararda asıl talebinin kabul edilmeyen bölümü istinaf sınırını geçmeyen tarafın istinaf yoluna başvuramayacağı kabul edilmiştir. Ancak istinaf hakkı bulunmayan taraf da, diğer tarafın istinafa başvurusu halinde miktar sınırına bakılmaksızın kararı istinaf edebilir (HMK md 348.1). İstinaf sınırının aşılmış aşılmadığının belirlenmesinde sadece alacağın aslının (asıl talebin) dikkate alınması gerektiği, faiz, icra tazminatı ve yargılama giderlerinin hesaba katılmayacağı yönünde bkz Kuru (n 9) 1342. Asıl alacağın yanında faiz, icra tazminatı ve yargılama giderlerinin de dikkate alınması gerektiği yönünde bkz Budak and Kararaslan (n 9) 376. Alacağın tamamının dava edilmiş olup olmamasında, hakem kararında hükmedilen asıl alacak yanında, tahkim ücreti ve masraflarla, faiz talebi dâhil olmak üzere hakem kararında hükmedilen tüm kalemlerin dikkate alınması ve istinaf miktar sınırının da buna göre belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

39 Böyle bir tenfiz davası bakımından da bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçtiği tarihten sonra karar verilmiş olması kaydıyla istinaf başvurusu yapılması mümkündür.

40 Bkz yukarıda 1441-1442.

41 Kuru (n 9) 1353.

kabulüne ilişkin kararları⁴² prensip olarak temyize tabidir⁴³. İlk derece mahkemesi olarak asliye ticaret mahkemelerinin yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında verdikleri kararların doğrudan temyiz incelemesine tabi tutulması ise prensip olarak mümkün değildir. Bununla birlikte HMK md 373 hükmünden hareketle, ilk derece mahkemesi kararının bölge adliye mahkemesince doğru bulunarak istinaf talebinin esastan reddedildiği ancak, bölge adliye mahkemesinin bu kararının temyizi üzerine bozularak kaldırılıp dosyanın Yargıtay tarafından ilk derece mahkemesine gönderildiği hallerde artık ilk derece mahkemesince verilen yeni karara karşı istinaf yoluna başvuru mümkün olmayıp ancak temyiz yoluna gidilebileceği ifade edilmektedir⁴⁴. Kanun yollarının bu silsilesinin yabancı hakem kararlarının tenfizi istemiyle açılan davalarda verilen kararlar bakımından da geçerli olduğu söylenebilir⁴⁵.

Temyiz başvurusunda bulunabilmek için hukuki menfaatin varlığı gereklidir⁴⁶. Davada haklı çıkmış olan taraf da hukuki menfaatinin bulunması şartıyla temyiz yoluna başvurabilir (HMK md 61.12). İstinafta olduğu gibi, temyize başvuru hakkından feragat edilebilir (HMK md 349.1, 366).

Yukarıda yabancı hakem kararının tenfizi davasının sonuçlarını temin etmek üzere verilmiş ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararları bakımından da istinaf yolu açık olduğu ifade edilmişti⁴⁷. Bununla birlikte geçici hukuki koruma hakkındaki kararlar temyiz edilemez (HMK md 362.1.f). Bu itibarla yabancı hakem kararının tenfizi davasının sonuçlarını temin etmek üzere Türk mahkemesinden ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı alınmış olması halinde bu kararlara karşı yapılan istinaf başvuruları sonucunda verilmiş kararlar kesin olup, temyiz yolu kapalıdır⁴⁸. Yine bölge adliye mahkemesinin tenfiz yargılamasının esasına girmeksizin kararı kaldırarak tenfiz davasının yeniden görülmesi için görevli ve yetkili tenfiz mahkemesine gönderilmesi yönündeki kararları da kesin olup, temyiz edilemez (HMK md 362.1.g). Bu durum tenfiz yargılamasında ağır bazı usulî hataların yapılmış olması halinde söz konusu

42 Bölge adliye mahkemesinin tenfiz mahkemesi kararının istinafi üzerine verebileceği kararları için bkz aşağıda 1461-1462.

43 Tanıma-tenfiz taleplerinin çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirilmesi gerektiğinden hareketle, çekişmesiz yargı kararlarının temyiz edilemeyen kararlar arasında olduğu yönündeki HMK md262.h hükmü uyarınca tanıma-tenfiz kararları hakkında sadece istinaf kanun yoluna başvurulabileceği, temyiz yolunun kapalı olduğu, bu durumun pratik açıdan da temyiz kanun yolunun amacına uygun olduğu görüşü için bkz Ali Önal, "Tanıma Ve Tenfiz Kararlarının Hukuki Niteliği" PPIL (2017) 37(2) 576, 595. Belirtmek gerekir ki bu görüş bir kenara bırakıldığında, tenfiz prosedürünün dava niteliği doktrininde ittifakla kabul edildiği görülmektedir. Bununla birlikte tenfiz davasının hukuki niteliği konusunda görüş farklılıkları bulunmaktadır. Bir görüşe göre tenfiz davası sonucunda verilen karar yenilik doğurucu nitelik taşımakta (Nomer (n 3) 507), başka bir görüşe göre verilen tenfiz kararının hem tespit hem de icrai niteliği bulunmaktadır (Atâ Sakmar, *Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları* (Fakülteler Matbaası 1982) 144-145; Çelikel and Erdem (n 3) 778); başka bir görüşe göre ise tenfiz davası tespit, yenilik doğurucu veya eda davaları dışında kalan kendine özgü bir dava türüdür (Bilgin Tiryakioğlu, *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Temyizi* (AÜHF 1996) 88).

44 Bkz Özkes *Pekantez Usul* (n 9) 2278-2279; Atalı, Ermenek and Erdoğan (n 9) 634;

45 Tenfiz mahkemesi kararının bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesinden önce verilmiş olması halinde ise durum farklıdır. Bkz yukarıda 1445-1446.

46 Temyiz yoluna başvurabilecek kişiler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Özkes *Pekantez Usul* (n 9) 2286-2287; Atalı, Ermenek and Erdoğan (n 9) 638; Karslı (n 9) 755; Arslan, Yılmaz and Taşpınar Ayvaz (n 9) 585-586; Kuru (n 9) 1328-1330.

47 Bkz yukarıda 1443-1445.

48 İstanbul BAM 14 HD, 2410/158, 12.02.2020; İstanbul BAM 14 HD, 264/253, 11.05.2017. Karar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

olur (HMK md 353.a.1-6)⁴⁹.

Tenfiz prosedürünün de esasen yabancı hakem kararlarının icrasını sağlamak amacıyla Türk mahkemeleri tarafından gerçekleştirilen bir kontrol niteliğinde olduğu düşünülürse, yabancı hakem kararlarının tenfiz davası ile istinaf ve temyiz kanun yolları vasıtasıyla üç aşamalı bir kontrole tabi tutuldukları söylenebilir⁵⁰. Türk hakem kararları söz konusu olduğunda ise durum farklıdır. Gerek HMK çerçevesinde verilen yerel hakem kararları, gerekse MTK çerçevesinde verilen milletlerarası nitelikli hakem kararları bakımından sadece iptal davası açılabileceği kabul edilmiştir. (HMK md 439; MTK md 15). Bu davada hakem kararları ancak iptal şartlarıyla sınırlı bir kontrolden geçmektedir⁵¹. Hakem kararının iptali davasında verilen kararlara karşı ise istinaf yoluna başvuru mümkün olmayıp ancak temyiz yolu açıktır⁵². Yabancı hakem kararlarının tenfizi şartlarıyla, yerel veya milletlerarası nitelikli Türk hakem kararlarının iptali şartlarının büyük ölçüde paralellik taşıdığı göz önünde tutulduğunda

49 HMK md 353.1: “Ön inceleme sonunda dosyada eksiklik bulunmadığı anlaşılırsa; a) Aşağıdaki durumlarda bölge adliye mahkemesi, esası incelemeyen kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmadan kesin olarak karar verir: 1) Davaya bakması yasak olan hâkimin karar vermiş olması; 2) İleri sürülen haklı ret talebine rağmen reddedilen hâkimin davaya bakmış olması; 3) Mahkemenin görevli ve yetkili olmasına rağmen görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermiş olması veya mahkemenin görevli ya da yetkili olmamasına rağmen davaya bakmış bulunması; 4) Diğer dava şartlarına aykırılık bulunması; 5) Mahkemece usule aykırı olarak davanın veya karşı davanın açılmamış sayılmasına, davaların birleştirilmesine veya ayrılmasına, karar verilmiş olması; 6) Mahkemece, uyumsuzluğun çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmiş olması.

50 HMK'nın 363. maddesinde kanun yararına temyiz düzenlenmiştir. Bu hüküm çerçevesinde tenfiz mahkemesinin verdiği kesin veya istinaftan geçmeden kesinleşmiş bulunan tenfizin reddi, tamamen veya kısmen kabulü kararlarına karşı da kanun yararına temyiz yoluna başvurulabilir. “Madde 363- (1) (Değişik: 20/7/2017-7035/33 md) İlk derece mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlar ile istinaf incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlarına ve bölge adliye mahkemesi hukuk dairesinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla kesin olarak verdikleri kararlar ile yine bu sıfatla verdikleri ve temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlarına karşı, yürürlükteki hukuka aykırı bulunduğu ileri sürülerek Adalet Bakanlığı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kanun yararına temyiz yoluna başvurulur. (2) Temyiz talebi Yargıtaya yerinde görüldüğü takdirde, karar kanun yararına bozulur. Bu bozma, kararın hukuki sonuçlarını ortadan kaldırmaz. (3) Bozma kararının bir örneği Adalet Bakanlığına gönderilir ve Bakanlıkça Resmî Gazetede yayımlanır.”

51 Şanlı (n 1) 377-379; Nomer, Ekşi and Öztekin Gelgel (n 8) 38-39; Doğan (n 3) 170.

52 4686 sayılı MTK'nın “İptal davası ve hakem kararlarının icra edilebilir hâle gelmesi” başlığını taşıyan 15. maddesine göre: “A) Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. (Değişik ikinci cümle: 28/2/2018-7101/53 md) İptal davası, 3 üncü madde uyarınca yetkili aslye hukuk mahkemesinin bulunduğu yer yönünden yetkili bölge adliye mahkemesinde açılır, öncelikle ve ivedilikle görülür. ... (Değişik birinci cümle: 28/2/2018-7101/53 md) İptal davası hakkında verilen kararlara karşı 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre temyiz yoluna başvurulabilir. Temyiz incelemesi, bu maddede yer alan iptal sebepleriyle sınırlı olarak, öncelikle ve ivedilikle karara bağlanır.” (7.fıkra) MTK'nın 15. maddesinde, MTK'ya tabi olarak verilen hakem kararlarına karşı açılacak iptal davaları bakımından aslye hukuk mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmiştir. Daha sonra 5235 sK'nın 5. maddesi ile söz konusu davalar bakımından aslye ticaret mahkemeleri görevli kılındı. Ancak MTK'nın 15. maddesinde 2018 yılında yapılan değişikliklerle, iptal davaları bakımından aslye ticaret mahkemelerinin yetkisi kaldırılarak bölge adliye mahkemeleri görevli kılınmıştır. Bununla birlikte aslye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu dönemde dahi, hakem kararlarının iptali davalarında ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararlara karşı doğrudan temyiz yoluna başvurulmasını sağlayan HMK md 361.1 hükmünün, ilk derece mahkemeleri kararlarına karşı istinaf yolunun açık olduğunu öngören HMK md 341.1 hükmüne bir istisna teşkil ettiği ve bunun neticesinde MTK'ya göre verilen hakem kararlarına karşı açılan iptal davalarında aslye ticaret mahkemelerince verilen kararların istinafa değil temyize tabi olduğu haklı olarak savunulmaktaydı. Bu görüş için bkz Ataman Fıganmeşe ‘İptal’ (n 20) 119ff. Yargıtay 15 HD de 2017 tarihli bir kararında HMK'nın 361. maddesini, ilk derece mahkemelerince verilen kararlara karşı istinaf yoluna başvurulmasını öngören, HMK'nın 341. maddesinin bir istisnası niteliğinde görek, iptal davalarında verilen kararlara karşı istinaf yolu atlanarak doğrudan temyiz başvurulabileceği neticesine varmıştır. Yargıtay 15 HD, 745/2355, 31.5.2017. Karar için bkz <www.lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020. Karar hakkında değerlendirmeye için ibid 1007ff. 6100 sayılı HMK'nın “İptal davası” başlığını taşıyan md 439.1 hükmü de MTK md 15 ile paraleldir. Buna göre: “Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davası, tahkim yeri bölge adliye mahkemesinde açılır; öncelikle ve ivedilikle görülür.” Ayrıca HMK'nın “Temyiz edilebilen kararlar” başlığını taşıyan 361. maddesinin 1. fıkrasına göre “... hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde temyiz yoluna başvurulabilir”. Sigorta tahkiminde verilen kararlar bakımından ise durum farklıdır. 5686 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun sigortacılığa tahkim düzenleyen 30. maddesine göre sigorta ilişkisinde doğan uyumsuzluklar Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği bünyesinde oluşturulan Sigorta Tahkim Komisyonu nezaretinde yürütülecek tahkim prosedürleri yoluyla çözülebilir. Maddede çeşitli tarihlere yapılan değişikliklerle 5 000 TL'nin altındaki uyumsuzluklar için hakemlerce verilen kararların kesin olduğu, diğer uyumsuzluklar hakkında verilen kararlar bakımından Komisyon nezidine itiraz yoluna başvurulabileceği, 40.000 TL ve altındaki uyumsuzluklar hakkında itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu, 40.000 TL üzerindeki uyumsuzluklar hakkında itiraz üzerine verilen kararlar bakımından ise temyiz yoluna başvurulabileceği kabul edilmiştir. Uygulamada Komisyon nezidine gerçekleştirilen itiraz incelemesi sonucunda verilen kararlar hakkında istinaf yoluna başvurulabileceği veya bu kararların ancak temyizinin mümkün olduğu yönünde farklı içtihatların ortaya çıkması üzerine Yargıtay tarafından 19.06.202 tarihli İBK kabul edilmiştir. Söz konusu İBK ile sigorta tahkimi alında verilen kararların itiraz üzerine esasın incelenebiliyor olması, Sigortacılık Kanunu'nda itiraz üzerine verilen kararlara karşı kanun yolu olarak sadece temyiz yolundan bahsedilmesi ve HMK'nın istinafa ilişkin hükümlerinin uygulanabilmesine imkân veren bir düzenlemenin yapılmamış olması karşısında kanun koyucunun istinaf yoluna açık tutma iradesinden bahsedilemeyeceği, bu şekilde sigorta uyumsuzluklarının basit, ekonomik ve hızlı bir şekilde çözülmesinin amaçlandığı gerekçeleriyle sigorta tahkim komisyonu itiraz hakem heyeti kararlarının istinaf incelemesi atlanarak doğrudan temyiz yoluna tabi olduğu neticesine ulaşılmıştır: RG 11.11.2020/31301.

hakem kararları üzerinde uygulanan kontrolün esasen farklı olmadığı söylenebilir. Bununla birlikte, iptal davası sonunda verilen kararlara karşı istinaf yolunun kapalı olması dikkate alındığında, Türk hakem kararları bakımından yabancı hakem kararlarından farklı olarak sadece iki aşamalı bir kontrol sisteminin öngörülmüş olduğu fark edilecektir. Tenfiz davaları ilk derece mahkemesi olarak asliye ticaret mahkemeleri tarafından görülmekteyken, iptal davaları bakımından üst mahkeme niteliğinde olan bölge adliye mahkemeleri görevlidir. Bu durum yabancı hakem kararları ile Türk hakem kararlarına karşı başvurulabilecek denetim mekanizmalarındaki farklılığın bir ölçüde hem sebebi hem de sonucudur. Diğer taraftan Türk usul hukukunun otoritesi altında gerçekleşen yerel veya milletlerarası nitelikli tahkim prosedürlerinin belli hususlarda Türk mahkemelerinin müdahalesi ve yardımına açık şekilde cereyan ediyor olmasının da söz konusu farklılıkta payı olduğu muhakkaktır. Neticede, HMK veya MTK çerçevesinde verilen hakem kararları ile yabancı hakem kararları arasında kanun yolları bakımından bir ayrıma gidilmiş olması kanun koyucunun –yerel veya milletlerarası nitelikli- Türk hakem kararlarına nazaran, yabancı hakem kararlarına daha temkinli yaklaştığının bir göstergesidir.

2. Temyize Başvuruda Miktar Sınırlaması

HMK md 362.1.a hükmünde bölge adliye mahkemelerinden verilmiş olmakla birlikte miktar veya değeri kırk bin Türk Lirasını geçmeyen davalara ilişkin kararların temyiz edilemeyeceği ifade edilmiştir⁵³. Yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında verilen kararlar bakımından da bu sınır geçerlidir. Burada istinaf sınırının yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında verilen kararlar bakımından geçerli olması konusunda yukarıda ileri sürülen gerekçeler aynen tekrarlanabilir⁵⁴. Bu itibarla, HMK md 362.1.a'daki miktar sınırlaması yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında verilen kararlara ilişkin temyiz başvuruları bakımından da söz konusu olmalıdır. Öyleyse maddedeki miktar ve değeri geçmeyen bir hakem kararına ilişkin olarak yapılan tenfiz istemi hakkında bölge adliye mahkemeleri tarafından verilen karar kesindir⁵⁵. Bu kararlar aleyhine temyiz yoluna başvurulamaz.

53 512 sayılı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nde (RG 23.12.2019/30987) kabul edilen yeniden değerlendirme oranına göre, temyiz sınırı asliye mahkemeleri kararları bakımından 2020 yılı için 72.070 TL olarak belirlenmiştir <www.legalbank.net/belge/hmk-ve-ikda-yer-alan-parasal-sinirlar-2020-yili/3009245/> Erişim tarihi 15 November 2020.

54 Bkz yukarıda 1446-1447.

55 HMK md 362.2 hükmüne göre alacağın bir kısmının dava edilmiş olması durumunda temyiz sınırının alacağın tamamına göre belirleneceği, alacağın tamamının dava edilmiş olması durumunda ise, kararda asıl talebin kabul edilmeyen bölümü temyiz sınırını geçmeyen tarafın temyiz yoluna başvuramayacağı kabul edilmiştir. Ancak temyiz hakkı bulunmayan taraf, diğer tarafın temyize başvurması halinde miktar sınırına bakılmaksızın kararı temyiz edebilir. Alacağın tamamının dava edilmiş olup olmamasında, hakem kararında hükmedilen asıl alacak yanında, tahkim ücreti ve masraflarla, faiz talebi dâhil olmak üzere hakem kararında hükmedilen tüm kalemlerin dikkate alınması ve temyiz miktar sınırının da buna göre belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

C. Yargılamanın İadesi

Yargılamanın iadesi kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş kararlara karşı başvurulabilen olağanüstü kanun yoludur⁵⁶. 6100 sayılı HMK'nın 374 ila 381. maddeleri arasında mahkemeler tarafından yapılan yargılamalar sonucunda verilmiş kesin veya kesinleşmiş hükümlere ilişkin olarak yargılamanın iadesi kanun yolunun hukuki çerçevesi düzenlenmiştir. Yargılamanın iadesi sebeplerinin bulunması halinde, yargılama yeniden yapılarak, duruma göre hükmün kısmen veya tamamen değiştirilmesine veya iptaline karar verilebilmektedir (HMK md 380).

Yargılamanın iadesi ayrıca HMK'ya göre yürütülen tahkim yargılamaları bakımından da kabul edilmiştir. HMK'nın 443 maddesinde yargılamanın iadesine ilişkin hükümlerin, niteliğine uygun düştüğü şekilde tahkime de uygulanacağı kabul edilmiştir (f 1). Buna göre sadece belirli yargılamanın iadesi sebeplerine dayanılarak hakem kararları bakımından yargılamanın iadesi yoluna gidilebilir⁵⁷. Yargılamanın iadesi davası mahkemede görülür. Talebin kabulü halinde hakem kararı mahkemece iptal edilerek yeniden tahkim yargılaması yapılabilmesi için yeniden belirlenecek hakem veya hakem heyetine gönderilir (HMK md 443.2,3).

Yargılamanın iadesinin hakem kararları bakımından da kabul edildiğini ifade eden madde 443 hükmüne HMK'nın tahkimi konu edinen onbirinci kısmında (md 407-444) yer verilmiştir. Öyleyse burada sözü edilen ve yargılamanın iadesine konu olan hakem kararları HMK'ya tabi olarak yürütülen tahkim yargılamaları neticesinde verilen hakem kararlarıdır. Dolayısıyla yabancılık unsuru içermeyen ihtilaflar hakkında Türkiye'de gerçekleştirilen tahkim yargılamaları HMK md 443 çerçevesinde yargılamanın iadesine tabidir.

Yabancı hakem kararları ise kanaatimize göre HMK'nın 443. maddesinin kapsamına girmemektedir. Zira HMK md 443'ün düzenleniş yeri ve içeriği buna imkân vermemekte, yerel hakem kararları bakımından yargılamanın iadesi müessesesinin gerçekleştirilme usulü ve neticeleri yabancı hakem kararlarının niteliğine uygun düşmemektedir.

56 Bununla birlikte yargılamanın iadesinin kanun yolu olma niteliğinin tartışmalı olduğu, kesinleşen kararları yeniden ele almaya yarayan ve dava şeklinde görülen bir hukuki çare olduğu ifade edilmektedir. Bkz Özekes (n 9) *Pekcanteez Usül* 2324; Atalı, Ermenek and Erdoğan (n 9) 659.

57 HMK md 443.2- "Tahkimde, yargılamanın iadesi sebeplerinden sadece 375 inci maddenin birinci fıkrasının (b), (c), (e), (f), (g), (h), (i) ve (i) bentleri uygulanır." HMK md 375- (1) Aşağıdaki sebeplere dayanılarak yargılamanın iadesi talep edilebilir: a) Mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması. b) Davaya bakması yasak olan yahut hakkındaki ret talebi, mercüince kesin olarak kabul edilen hâkimin karar vermiş veya karara katılmış bulunması. c) Vekil veya temsilci olmayan kimselerin huzuruyla davanın görülmüş ve karara bağlanmış olması. ç) Yargılama sırasında, aleyhine hüküm verilen tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilemeyen bir belgenin, kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması. d) Karara esas alınan senedin sahteliğine karar verilmiş veya senedin sahte olduğunun mahkeme veya resmi makam önünde ikrar edilmiş olması. e) İfadesi karara esas alınan tanığın, karardan sonra yalan tanıklık yaptığının sabit olması. f) Bilirkişi veya tercümanın, hükmü esas alınan husus hakkında kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu sabit olması.g) Lehine karar verilen tarafın, karara esas alınan yemini yalan yere ettiğinin, ikrar veya yazılı delille sabit olması. ğ) Karara esas alınan bir hükmün, kesinleşmiş başka bir hükümlerle ortadan kalkmış olması. h) Lehine karar verilen tarafın, karara tesir eden hileli bir davranışta bulunmuş olması. ı) Bir dava sonunda verilen hükmün kesinleşmesinden sonra tarafları, konusu ve sebebi aynı olan ikinci davada, öncekinde aykırı bir hüküm verilmiş ve bu hükmün de kesinleşmiş olması. i) Kararın, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması veya karar aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi. (2) Birinci fıkranın (e), (f) ve (g) bentlerindeki hâllerde yargılamanın iadesinin istenebilmesi, bu sebeplerin kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyet kararı ile belirlenmiş olması şartına bağlıdır. Delil yokluğundan başka bir sebeple ceza kovuşturmasına başlanamamış veya mahkûmiyet kararı verilememiş ise ceza mahkemesi kararı aranmaz. Bu takdirde dayanılan yargılamanın iadesi sebebinin, yargılamanın iadesi davasında öncelikle ispat edilmesi gerekir.

Yabancılık unsuru içermediği ve tahkim yeri Türkiye olarak belirlendiği için HMK'ya tabi olan tahkimlerde tahkim yargılaması, yargılamanın başlangıcından sona ermesine değin HMK hükümleri çerçevesinde gerçekleşmektedir. Hakemlerin seçiminden, tahkim yargılamasının yürütülme usulüne ve hakem kararının verilmesine kadar tahkim yargılamasına ilişkin tüm hususlar HMK tahkim sistemi içerisinde halledilmektedir. Verilen hakem kararına karşı açılacak iptal davası da yine HMK'da düzenlenmiştir. İşte tümüyle HMK sistemi içerisinde ortaya çıkan hakem kararı, yargılamanın iadesi sebeplerinden bazılarının mevcudiyeti halinde, Türk mahkemesi tarafından iptal edilebilmekte, yeniden belirlenecek hakem veya hakem heyeti tarafından yeni bir tahkim yargılaması yapılarak yeni bir hakem kararı verilmesi söz konusu olabilmektedir. Hâlbuki bu esaslar yabancı hakem kararları bakımından uygulanabilir değildir.

Türk usul hukukunun otoritesi altında verilmemiş bir hakem kararı yabancıdır. Yabancı hakem kararı yabancı bir kanunun otoritesi altında verilmiştir⁵⁸. Söz konusu hakem kararının iptali veya karara karşı başvurulabilecek diğer kanun yolları bu yabancı hukuk tarafından düzenlenmiştir⁵⁹. Böyle bir karar Türkiye'de icra edilmek istendiğinde Türk mahkemeleri önünde bir tenfiz davasına konu edilmelidir⁶⁰. Türk mahkemelerinin yabancı hakem kararı hakkında yapabileceği, kararın tenfizini kabul etmek veya reddetmekten ibarettir. Türk mahkemesinin yabancı hakem kararını iptali mümkün değildir. İptal davası ancak -yerel veya milletlerarası nitelikte- Türk hakem kararlarına karşı açılabilir. Yargılamanın iadesi sebeplerinin varlığına istinaden, yabancı hakem kararının iptal edilmesi, yeniden hakem seçilmesine karar verilerek, uyumsuzluğun bu yeni hakem heyetine gönderilmesi ve yeni bir tahkim yargılaması yapılması da söz konusu olamaz. Özetle yabancı hakem kararları bakımından, HMK md 443'e dayanılarak Türkiye'de yargılamanın iadesi yoluna gidilmesi mümkün değildir.

Bununla birlikte yabancı hakem kararı hakkında Türk mahkemesinde görülen tenfiz davası neticesinde verilen, verildiği anda kesin olan veya sonradan kesinleşen kararlar bakımından yargılamanın iadesi sebeplerinin ortaya çıkması halinde tenfiz yargılaması

58 Nomer (n 3) 562; Çelikel and Erdem (n 3) 808; Sakmar (n 43) 34; Şanlı (n 1) 430; Doğan (n 3) 171; Kalpüst (n 8) 182-183. Aynı yönde Yargıtay HGK, 126/109, 07.11.1951, karar için bkz Rabi Koral, "Hakemlik Kararına İfade Edilecek Yerlilik veya Yabancılık Vasıfları Hakkındaki Türk Sistemi ve 1951 tarihli Yargıtay Genel Kurulunun «Otorite Kanunu» Kriteri (1976) 42(1-4) İÜHFEM 155, 196-198. Hakem kararının otoritesi altında verildiği kanun kriterinin yetersiz kaldığı durumlarda, kararın verildiği yer kriterinin tamamlayıcı kriter olarak kullanılabilmesi yönünde bkz Nomer, Ekşi and Öztekin Gelgel (n 8) 83-86. Hakem kararlarının yabancı olarak kabulünde kullanılan farklı kriterler için ibid 79ff. 1958 tarihli New York Konvansiyonu ise tanıma-tenfiz devletin ülkesi dışında verilen veya tanıma-tenfiz devleti ülkesinde verilmekle birlikte o devlette "yerli" sayılmayan hakem kararlarının tenfizini düzenlemekte, bu yönüyle hakem kararının yabancılığında kararın verildiği yer kriterinin yanı sıra tanıma-tenfiz devleti hukukuna göre yerli" sayılmama kriterini benimsemektedir (md 1.1).

59 Bkz yukarıda 1438-1439. Bunun bir neticesi olarak Türk hukukuna tabi olarak verildiği için yabancı sayılmayan, yerel veya milletlerarası nitelikli hakem kararlarına karşı başvuru yolları da Türk hukukuna göre belirlenir ve bu kararlara karşı Türkiye'de yalnızca iptal davası açılabilir (HMK md 439, MTK md 15).

60 Hakem kararlarının verildiği ülkede iptal davaları, diğer ülkelerde ise tenfiz davalarına konu yapılarak denetim tabi tutulmalarının bilhassa usul ekonomisi ve milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarıyla uyumlu olmadığı gerekçesiyle eleştirilmesi ve konuya ilişkin bazı çözüm önerileri hakkında bkz Ataman Fıganmeşe, 'Mükerrer Kontrol' (n 11) 35-81.

bakımından yargılamanın iadesi yoluna gidilebilmelidir⁶¹. Bu halde yargılamanın iadesi, tahkime ilişkin hükümler arasında yer alan HMK md 443 hükmüne değil, yargılamanın iadesine ilişkin genel hükümlere tabi olmalıdır (HMK md 374-381). Dikkat edilmesi gereken husus burada yargılamanın iadesi talebinin, yabancı hakem kararına karşı olmayıp yabancı hakem kararının tenfizi davasında verilen karara karşı olduğudur⁶². Dolayısıyla yeni bir hakem yargılaması yapılamamakla birlikte, tenfiz yargılamasının yenilenmesi söz konusu olmaktadır. Yenilenen tenfiz yargılamasında ise yabancı hakem kararına konu olan ihtilafın esastan halli değil, yine tenfiz şartlarıyla sınırlı bir incelemenin yapılması gerekecektir. Yargılamanın iadesi başvurusunun tenfiz istemi hakkında karar veren mahkemeye yapılması üzerine, tenfiz yargılamasının da bu mahkemede yeniden gerçekleştirilecektir (HMK md 378, 379).

Yabancı hakem karara konu olan ihtilafın esası hakkında karar verilmediğinden, yargılamanın iadesi sebepleri dikkate alındığında⁶³ tenfiz davasında yargılamanın iadesi yoluna gidilebilmesi ihtimalinin oldukça zayıf olduğu düşünülebilir. Bununla birlikte yabancı hakem kararının tenfizi yargılamasının yenilenmesi elbette imkân dâhilindedir. Yargılamanın yenilenmesi tenfiz mahkemesinin kanuna uygun teşekkül etmemiş olması (HMK md 375.1.a) veya tenfiz istemiyle ilgili kararın davaya bakması yasak olan hâkim tarafından verilmiş olmasından kaynaklanabileceği gibi (HMK md 375.1.b), tenfiz davasının vekil veya temsilci olmayan kişilerin huzuruyla görülmüş ve karara bağlanmış olması sebebiyle de (HMK md 375.1.c) yargılamanın iadesine gidilebilir. Keza aynı hakem kararının tenfizi istemine ilişkin olarak verilmiş ve kesinleşmiş, birbiriyle çelişen birden fazla kararın bulunması da (HMK md 375.1.i) yargılamanın iadesine gidilmesine neden olabilir. Yahut da hakem kararına esas alınan bir belgenin sahteliği veya tanık beyanının yalan olduğunun sabit olması halinde, bu belge veya tanık beyanının sahih olduğundan hareketle verilmiş bir tenfiz kararına karşı yargılamanın iadesi yoluna gidilebilir (HMK md 375.1.d). Böyle bir durumda ilk yargılamada verilen tenfiz kararının aksine yenilenen tenfiz yargılamasında tenfiz şartları arasında yer alan kamu düzeni engeli devreye sokularak tenfizin reddine karar verilebilecektir.

61 Yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi davaları bakımından aynı yönde Tiryakioğlu (n 43) 97; Köle (n 24) 90. Tanınmasına veya tenfize karar verilen yabancı mahkeme kararlarının Türk mahkemelerinden verilen ilamlar gibi sonuç doğuracaklarından hareketle, böyle bir yabancı mahkeme kararı ile Türk mahkeme kararı arasında çelişki olması halinde yargılamanın iadesi yoluna gidilebileceği ifade edilmektedir. Bkz Ekşi *Tanma-Tenfiz* (n 3) 348-350; Cemile Demir Gökyayla, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni* (Seçkin 2001) 262-263. Aynı yönde Yargıtay 2 HD, 9293/9484, 15.11.1984: "... tenfize ... karar verilen ve Yabancı Memleket Mahkemelerinden verilen kararlar dahi Türk Mahkemelerinden verilen kararlar gibi kesin hükmün bütün sonuçlarını meydana getirir. ... Usulün 445/son bendinde yer alan karar niteliği taşır. Olayda yargılamanın iadesine konu olan kararlardan birisi Türk Mahkemelerinden verilip kesinleşmiştir. Öteki karar ise, Bulgaristan Mahkemesi'nden verilmiş ve ... tenfize karar verilmemiş ve böylece Usulün 445. maddesinin kapsamına giren kesin hüküm niteliği almamıştır. Öte yandan Usulün 445/1. maddesi gereğince yargılamanın iadesinin istenebilmesi için, duruşma sırasında, mütebir sebepler veya yararına hüküm verilen tarafın eylemi yüzünden elde edilemeyen bir belgenin hüküm kesinleştiikten sonra ele geçirilmesi gerekir. Oysa olayda davacı tarafın dayandığı belgenin (mahkeme ilamının), her zaman, örneği yetkili merciiden alınıp ibraz edilmesi mümkündür. Bu belgenin ibrazını karşı tarafın önlediği yolunda bir iddia da ileri sürülüp ispatlanmış değildir. O halde olayda Usulün 445/1. maddesinde yer alan ve yargılamanın iadesini gerekli kılan şartlar gerçekleşmiş değildir". Karar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

62 Yabancı mahkeme kararları bakımından aynı yönde Tiryakioğlu (n 43) 97; Demir Gökyayla (n 59) 263.

63 Yargılamanın iadesi sebepleri için bkz yukarıda n 57.

III. Yabancı Hakem Kararlarının Tenfiziyle İlgili Kararlar Hakkında Kanun Yolu İncelemesi

A. Genel Olarak

Yabancı hakem kararlarının tenfizi isteminin kabulü veya reddi konusunda verilen kararlar hakkında istinaf başvurusu ile istinaf incelemesinin usulü, kapsamı ve inceleme sonucunda hangi kararların verilebileceği konuları da HMK'nın istinaf kanun yolunu düzenleyen md 341 vd hükümlerine tabidir. Bu itibarla, istinaf dilekçesinin içeriği ve verilmesi, istinafa başvuru süresi, istinaftan feragat, ön inceleme, duruşma yapılmasına gerek olan ve olmayan haller, yapılamayacak işlemler, karar ve tebliği ile ilgili HMK'da yer alan hükümler uygulama alanı bulacaktır⁶⁴. Hakem kararının tenfizi ile ilgili karara karşı istinafa başvuru süresi, kararın tebliğinden itibaren iki haftadır (HMK md 345). Bu süre adli tatilde de işlemeye devam eder (HMK m.103.1.g, 103.4)⁶⁵. HMK'nın 360. maddesine göre "...aksine hüküm bulunmayan hâllerde, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usulü, bölge adliye mahkemesinde de uygulanır". Böylece yabancı hakem kararlarını tenfizinde geçerli olan basit yargılama usulü⁶⁶ prensip olarak bölge adliye mahkemesinde yapılan incelemede de geçerli olacaktır (MÖHUK md 55.1, 61.2).

İstinaf incelemesi konusunda bölge adliye mahkemeleri yetkili kılınmıştır. (5235 sK md 33.1, HMK md 341 vd). Bilindiği gibi yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında MÖHUK tarafından yetkili kılınan mahkemelerin yetkisi kesin olmayıp taraflarca tenfiz davalarının başka bir mahkemede görülmesi konusunda yazılı anlaşma yapılabilir (MÖHUK md 60.2). Bununla birlikte istinaf incelemesi bakımından hangi bölge adliye mahkemesinin yetkili olduğu 5235 sayılı Kanunun 25. maddesinde belirlenen esaslara göre tayin edilecek olup, bu esaslara göre yetkili olan bölge adliye mahkemesinin yetkisi kesindir, yetki sözleşmesine konu yapılamaz (HMK md 357.2)⁶⁷.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında verilen kararlara ilişkin temyiz incelemesi de yine genel hükümlere tabidir (MÖHUK md 57.2, 61.2). Dolayısıyla yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında verilen hükmün istinafı üzerine bölge adliye mahkemelerinin verdiği kararların temyizinde yine HMK'da temyizi

64 İstinafa başvurunun icraya etkisi konusundaki HMK md 350 hükmünün uygulanabilirliği ise bulunmamaktadır. Bkz aşağıda 1464ff.

65 Şanlı (n 1) 439; Ekşi 'ICC' (n 17) 58; Kanunlarda ivedi olduğu belirtilen dava ve işlerin adli tatilde görülebileceğini hükmü bağlayan HMK md 103.1.h hükmünden yola çıkarak basit yargılama usulüne tabi dava ve işlerin ivedi olduğuna ilişkin bir düzenleme yapılmadığı sürece kanun yoluna başvuru sürelerinin adli tatilde işlemeyeceği, dolayısıyla basit yargılama usulüne tabi yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi davalarında verilen kararlar bakımından da kanun yolu süresinin duracağı görüşü için bkz Deyneklî (n 20) 115.

66 Deyneklî (n 20) 114ff; Akıncı *Tahkim* (n 3) 468-469. Yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde öngörülen (MÖHUK md 55.1) ve yabancı hakem kararlarının tenfizi bakımından atf yapılan (MÖHUK md 61.2) basit yargılama usulü için bkz Huysal (24) 76 vd; Köle (24) 57-58.

67 Yabancı hakem kararının tenfizine ilişkin dava bakımından bölge adliye mahkemeleri dairesi arasındaki işbölümünün belirlenmesinde de hakem kararına konu olan ihtilafın niteliğinin dikkate alındığı görülmektedir: "...Dava, yabancı hakem kararının tenfizi istemine ilişkindir. ... İstanbul Bölge Adliye Mahkemelerinin İş Bölümü kriterlerini düzenleyen " ortak hükümler" in "7". bendinde ise, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi istemli davalar sonucu verilen kararlar ile hakem ve hakemlere ilişkin her türlü işlerle ilgili hüküm ve kararların incelenmesinin, esas davaya ait hükmü incelemekle görevli daire tarafından yapılacağı belirtilmiştir. Somut olayda, uyuşmazlığın satım sözleşmesinden kaynaklandığı anlaşılmıştır. ... İş bölümü yönünden Dairemizin GÖREVSİZLİĞİNE...". Karar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

düzenleyen md 361 vd hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁶⁸. Temyiz incelemelerinde görevli makam Yargıtay'dır (2797 sK md 14,15). Temyize başvuru süresi bölge adliye mahkemesi kararının tebliğinden itibaren iki hafta olup (HMK md 361), bu süre adli tatilde de işlemeye devam edecektir (HMK md 103.1.g, 103.4)⁶⁹.

Yargılama hukukunda geçerli olan tasarruf ilkesi ve taleple bağıllık ilkesinin kanun yollarına başvuruda da geçerli oldukları kabul edilmektedir. Bu doğrultuda taraflar başvurmadığı sürece kendiliğinden kanun yolu incelemesi yapılamayacağı gibi, başvuru halinde de prensip olarak tarafların talepleriyle bağıllık söz konusu olur⁷⁰. Kanun yolu incelemesinde aleyhe bozma, aleyhe hüküm verme veya aleyhe değiştirme yasakları prensip olarak uygulama alanı bulur⁷¹. Üstelik bu ilkeler kararlarının bozulması halinde ilk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesi tarafından yapılacak incelemede aleyhe hüküm verme yasağı olarak devam etmektedir⁷².

B. Kanun Yolu İncelemesinin Kapsamı

1. İstinaf İncelemesinin Kapsamı

HMK'nın istinaf incelemesinin kapsamına dair 355. maddesinde incelemenin, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılacağı ifade edilmektedir. Kamu düzenine aykırılık ise istinaf dilekçesinde ileri sürülüp sürülmediğinden bağımsız olarak bölge adliye mahkemesi tarafından resen gözetilecektir⁷³. İstinaf sebepleri Kanunda tek tek sayılmadığı gibi istinafa başvuruda dayanılabilecek sebepler bakımından bir sınırlama da yapılmadığı görülmektedir. Dolayısıyla tenfiz mahkemesinin kararının yanlış olmasına yol açabilecek her türlü hata veya eksiklik istinaf sebebi teşkil edebilir⁷⁴.

İstinaf incelemesi sadece bir hukuka uygunluk denetimi değildir. Maddi vakıalar ve deliller bakımından bir denetim ve değerlendirme de yapılabilmektedir. İstinaf bu yönüyle temyizden ayrılmakta, ilk derece mahkemesi kararının esastan incelenmesini mümkün kılmaktadır. İlk derece mahkemesi tarafından usul hukuku ve maddi hukuk kurallarının doğru uygulanmaması, maddi vakıaların doğru tespit ve değerlendirilmeye tabi tutulamamış olması birer istinaf sebebi teşkil ederek bölge adliye mahkemesi tarafından yapılacak incelemede dikkate alınabilir⁷⁵. Bu itibarla, ilk derece mahkemesi olan tenfiz

68 Bununla birlikte temyizden icraya etkisi konusundaki HMK md 367 hükmünün uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Bkz aşağıda 1464ff.

69 Bkz yukarıda n 65.

70 Özkes *Pekantez Usul* (n 9) 2172; Atalı, Ermenek and Erdoğan (n 9) 611.

71 Kanun yollarında aleyhe bozma, aleyhe değiştirme ve aleyhe hüküm verme yasaklarının uygulama alanı ve istisnaları hakkında bilgi için bkz Özkes *Pekantez Usul* (n 9) 2175ff; Atalı, Ermenek and Erdoğan (n 9) 633, 657; Kuru (n 9) 1443-1445; Karslı (n 9) 702-703.

72 Özkes *Pekantez Usul* (n 9)2173.

73 "İstinaf incelemesi, HMK'nın 355. maddesi uyarınca, davalılar vekili tarafından ileri sürülmüş olan istinaf başvuru nedenleriyle ve kamu düzeni yönüyle sınırlı olarak yapılmıştır." İstanbul BAM 14 HD, 2100/74, 30.01.2020. Karar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

74 Atalı, Ermenek and Erdoğan (n 9) 608; Budak and Karaaslan (n 9) 377-378; Karslı (n 9) 729.

75 Atalı, Ermenek and Erdoğan (n 9) 608-611; Özkes *Pekantez Usul* (n 9) 2214-2215; Budak and Karaaslan (n 9) 387.

mahkemesinin verdiği kararın usul hukuku ve maddi hukuk kurallarına uygunluk dışında maddi vakıaların doğru tespiti, değerlendirilmesi, takdiri bakımından da inceleme konusu yapılabileceğini söyleyebiliriz. Taleple bağıllık ilkesi gereği maddi vakıaların doğru tespiti, değerlendirilmesi ve takdiri ile ilgili hata ve eksikliklerle basit usulî hata ve eksiklikler istinaf başvurusunda ileri sürülmedikçe incelemede dikkate alınamaz. Bununla birlikte kamu düzenine aykırılık (HMK md 355), maddi hukuk kurallarına aykırılık ve yargılaması sırasında bilhassa önemli usulî hataların yapılmış olması (HMK md 353.a.1-6) bölge adliye mahkemesi tarafından resen dikkate alınabilecektir⁷⁶.

İlk derece mahkemesinin yabancı hakem kararının tenfizi davası bakımından yetkili veya görevli olup olmadığı⁷⁷, teminat⁷⁸, taraf veya dava ehliyetinin bulunması⁷⁹, tanıma veya tenfize elverişli bir hakem kararının bulunup bulunmadığı⁸⁰, taraflara savunma imkânının verilmiş olması, tenfiz şartlarının doğru uygulanıp uygulanmadığı⁸¹ gibi

76 Atalı, Ermenek and Erdoğan (n 9) 625; Özkes *Pekcanitez Usul* (n 9) 2214-2215.

77 İstanbul BAM 12 HD, 585/796, 28.06.2018. "... görevli ve yetkili mahkemenin İstanbul Anadolu 9. Asliye Ticaret Mahkemesi olduğu anlaşıldığından,.... İstanbul 9. Asliye Ticaret Mahkemesinin ... görevsizlik kararının KALDIRILMASINA" İstanbul BAM 5 HD, 131/917, 24.04.2019; İstanbul BAM 14 HD, 187/173, 20.04.2017. "... Yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davaların Asliye Ticaret Mahkemesi'nce heyet halinde görülecek davalar arasında sayılması nedeniyle, yasa koyucunun iradesinin Asliye Ticaret Mahkemesi'nin görevli olduğu yönünde oluştuğu anlaşılmıştır. Açıklanan nedenlerle, mahkemece Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410 maddesinde Bölge Adliye Mahkemelerinin görevli olduğuna ilişkin düzenleme gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuş..." Ankara BAM 27 HD, 512/293, 15.06.2017. Karar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

78 "İİK 259.maddesine göre," ihtiyati haciz isteyen alacaklı, hacizde haksız çıktığı taktirde borçlunun ve üçüncü şahsın bu yüzden uğrayacakları zarardan mesul ve HUMK.'un 96. (HMK.'nın 392.) maddesinde yazılı teminatı vermeye mecburdur. Ancak alacak bir ilama müstenit ise teminat alınmaz. Alacak ilam mahiyetinde bir vesikaya müstenit ise mahkeme teminatı lüzüm olup olmadığını taktir eder". İİK.'nin 38. maddesinde, ilam mahiyetine haiz belgeler sayılmıştır. Yabancı hakem kararları burada sayılan belgelerden olmadığı gibi, henüz tenfizine karar verilmiş bir yabancı mahkeme kararının ilam mahiyetinde bir belge sayılacağına dair yasal bir hükümde yoktur. Somut olayda; tenfiz kararı talep edilmekte olup o aşamada ilam mahiyetinde bir belgenin varlığından söz edilmeyeceğinden, teminatın alınması yasal zorunluluktur." İstanbul BAM 14 HD, 130/1042, 11.10.2018, Kararlar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

79 "Yabancı hakem kararının tenfizi istemiyle açılan davanın ilk derece mahkemesince kabulüne dair verilen karara karşı davalılar vekili tarafından süresinde istinaf kanun yoluna başvurulması üzerine ... Davacı şirkete ... TMSF kayyum olarak atanmış olmakla birlikte, TMSF'nin 03.04.2017 tarihli yazısı içeriğine ve davacı şirketin ticaret sicil kayıtlarına göre, davacı şirketin tüzel kişiliğinin devam ettiği, aktif dava ehliyetinin bulunduğu anlaşıldığından, davalıların bu yöne ilişkin ilişkin istinaf başvurusu yerinde görülmemiştir." İstanbul BAM 14 HD, 130/1042, 11.10.2018, Karar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

80 "İstinaf Mahkemesince iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, MÖHUK'un 60. m. göre kesinleşmiş ve icra kabiliyetini kazanmış veya taraflar için bağlayıcı olan yabancı hakem kararlarının tenfizinin istenebileceği, bunun dava şartı olduğu, hakem kararında kesinleşme şerhi mevcut olmadığı gibi kesinleşmeden infaz edilebilecek hakem kararı da olmadığı, bu durumda dava konusu yabancı hakem kararının tanıma ve tenfize konu yapılamayacağı gibi, mahiyeti itibarıyla tahkikatın devamına yönelik tespitlere yer verilen ara kararın icra ve infaz edilebilir kabiliyetinin de olmadığı dikkate alındığında davacının hukuki yararının bulunmadığı gerekçesiyle, istinaf başvurusunun esaslan reddine karar verilmiştir", İstanbul BAM 14 HD 284/309, 1.6.2017 tarihli karar içeriği için bkz Yargıtay 11 HD, 3469/4259, 11.06.2019. Karar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

81 "İlk derece mahkemesince somut olayda uygulanacak mevzuat doğru belirlenip tenfiz şartlarının değerlendirildiği," İstanbul BAM 12 HD, 523/615, 19.06.2020; "... hakem kararında Bandırma 1.Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açılan davayla ilgili olarak 8.305,66 USD yargılama masraflarının ödenmesine ilişkin kısım Newyork Konvansiyonu'nun V(1) maddesinin e bendinde yer alan kamu düzeni ve g bendinde yer alan hakem kararının tahkim anlaşmasında yer almayan bir hususa ilişkin olması nedeniyle tenfiz edilemeyecektir. Nitekim bu husus ilk derece mahkemesince isabetli olarak karar yerinde değerlendirilmiştir." İstanbul BAM 16 HD, 3729/151, 24.01.2020. Karar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

hususlar⁸² dışında, tenfiz mahkemesince maddi vakıaların tespit ve değerlendirmesinin doğru yapılıp yapılmadığı istinaf incelemesinin kapsamına girmektedir. Öyle ki istinaf incelemesi sırasında tenfiz mahkemesinde ileri sürülüp de değerlendirilmeyen vakıalar, deliller değerlendirilebilir⁸³. Tanıklar tekrar dinlenebilir. Yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılabilir. Tüm bu incelemeler sonucunda bölge adliye mahkemesi tenfiz mahkemesinin yerine geçerek ihtilafın esası hakkında yeni bir karar verebilir⁸⁴. Tenfiz mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar istinafta ileri sürülemeyeceği gibi, yeni delillere dayanılması da mümkün değildir (HMK md 357)⁸⁵.

Belirtmek gerekir ki HMK md 355 hükmü gereği, kamu düzeninden olması sebebiyle dava şartlarının mevcudiyeti veya yargılama giderlerinden sorumluluk resen gözetileceği gibi⁸⁶, yabancı hakem kararının kamu düzenine aykırı olması veya Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmayan bir konuda verilmiş olması gibi tenfiz mahkemesi tarafından resen gözetilmesi gereken tenfiz şartları bakımından da istinaf dilekçesinde ileri sürülmüş olup olmadığından bağımsız olarak bölge adliye mahkemesi tarafından resen değerlendirme yapılabilecektir. Bu hususlarda taleple bağlılık ilkesi söz konusu olmayacağı gibi, aleyhe bozma veya değiştirme yasağı da etki göstermeyecektir. Bu itibarla ilk derece mahkemesinin sözgelimi hakemlerin yetkisini aşmış olması sebebine dayanarak tenfiz talebini reddetmiş olması halinde, tenfiz isteminde bulunan tarafın yaptığı istinaf başvurusunda ilk derece mahkemesinin hakemlerin tahkim yargılamasında yetkilerini aşmış olduğu yönündeki tespiti yerinde görülmeyle istinaf talebi bu bakımdan reddedilmekle birlikte bölge adliye mahkemesi tarafından yabancı hakem kararının kamu düzenine açıkça aykırı olduğu değerlendirilmesinde bulunularak tenfiz şartlarının bulunmadığı sonucuna varılabilir.

82 “Dosya kapsamı, taraf beyanları, dosyaya sunulan her iki şirkete ait vekaletnameler, şirketlerin yetkilisinin aynı kişi olduğu, şirketler arasında organik bağ bulunduğu gözetildiğinde ilk derece mahkemesince HMK’nun 124/3.maddesinde maddi bir hatadan kaynaklanan veya dürtülük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebinin kabulünde isabetsizlik bulunmamaktadır.” İstanbul BAM 14 HD, 1037/129, 15.02.2018. “... yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davalara ilişkin tüm yargılama safhaları, bir başkan ve iki üye ile toplanacak heyetçe yürütülür ve sonuçlandırılır. Heyet hâlinde bakılacak davalarla ilgili olmak üzere, dava açılmadan önce veya açıldıktan sonra talep edilen ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbirler de heyet tarafından incelenir ve karara bağlanır...” hükmü düzenlenmiştir. O halde, somut uyumsuzluk yönünden davanın heyet hâlinde görülüp karar verilmesi gerekirken tek hakimle hüküm tesisi cihetine gidilmesi doğru görülmemiştir. Mahkemenin teşekkülüne dair dava koşulu gerçekleştirilmeden karar verildiği anlaşıldığından, HMK’nın 353/1.a. 4. maddesi uyarınca ilk derece mahkemesinin istinafa konu kararının kaldırılarak, davanın yeniden görülmesi için dosyanın karar veren ilk derece mahkemesine gönderilmesine...” İstanbul BAM 14 HD, 1810/1546, 05.12.2019. “İlk Derece Mahkemesi, tensip ara kararıyla, dosyaya ibraz edilen belgeler kapsamı itibarıyla talebin reddine karar verilmiş ise de gerekçelerini karar yerinde tartışmamıştır. Hangi hukuki sebeple ve hangi maddi vakıalar gerekçe gösterilerek karar verildiği, ihtiyati haczin yasa yerinde tartışmamıştır. Hangi hukuki sebeple ve hangi maddi vakıalar gerekçe gösterilerek karar verildiği, ihtiyati haczin yasal koşulların hangileri olup bunlardan hangilerinin gerçekleşmediği hususları gösterilmemiştir... Somut olayda davacı, dava dilekçesine ekli olarak tenfiz istemine konu kararı ve belgelerini sunmuştur. İlk derece mahkemesince bu deliller hiç tartışılmadan ve ihtiyati haczin yasal koşulları bağlamında bu deliller değerlendirilmeden karar verilmiş olması usul ve yasaaya aykırıdır. Ortada, istinaf denetimi yapılabilecek bir gerekçeli karar bulunmadığından, ilk derece mahkemesinin bu değerlendirmeyi yeniden yapması sağlanmalıdır.” İstanbul BAM 14 HD, 1780/1324, 15.11.2018. Kararlar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

83 Taraflarca sunular delillerin tenfiz mahkemesince değerlendirilmemiş olduğu hallerde Bölge Adliye Mahkemesi ilk derece mahkemesi kararını kaldırır ancak, esasatan karar vermeyerek dosyayı ilk derece mahkemesine göndermiş de olabilir: “İlk derece mahkemesince bu deliller hiç tartışılmadan ve ihtiyati haczin yasal koşulları bağlamında bu deliller değerlendirilmeden karar verilmiş olması usul ve yasaaya aykırıdır. Ortada, istinaf denetimi yapılabilecek bir gerekçeli karar bulunmadığından, ilk derece mahkemesinin bu değerlendirmeyi yeniden yapması sağlanmalıdır. Açıklanan bu gerekçelerle, HMK’nın 353/1.a.6. maddesi uyarınca, esas dair istinaf sebepleri incelenmeksizin ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına, ihtiyati haciz talebinin gerekçeli olarak yeniden değerlendirilmesi için dosyanın kararı veren ilk derece mahkemesine gönderilmesine...” İstanbul BAM 14 HD, 1780/1324, 15.11.2018. Karar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

84 İstinaf incelemesi sonucunda verilebilecek kararlar için bkz aşağıda 1461-1462.

85 Özekes *Pekantez Usul* (n 9) 2245ff; Kuru (n 9) 1377-1378, 1378.

86 Ödenmesi gereken harçların eksik ödennesi veya hiç ödennesi olması da kanun yolu aşamasında resen dikkate alınır. “HMK 355. maddesi uyarınca istinaf incelemesi, istinaf sebepleriyle sınırlı olarak yapılır. Ancak, kamu düzenine ilişkin hususlar, istinaf mahkemesince resen dikkate alınır. Harç konusu kamu düzenine ilişkin olduğundan resen incelenir.” İstanbul BAM 14 HD, 1008/484, 10.05.2018. Karar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

Bilindiği gibi yabancı hakem kararlarının tenfizi davasında sadece tenfiz şartlarının mevcudiyeti bakımından bir inceleme yapılabilmektedir. Tenfiz mahkemesinin hakem kararını esastan incelemesi mümkün değildir. Taraflar arasında tahkim anlaşmasına konu olan uyuşmazlığın esası hakemler tarafından karara bağlanmıştır. Tenfiz mahkemesinin yetkisi ise yabancı hakem kararının tenfiz şartlarına uygunluğunu incelemekten ibarettir⁸⁷. Esastan inceleme (*revision au fond*) veya revizyon yasağı olarak ifade edilen bu prensip tenfiz aşamasında, tahkim yargılamasında ileri sürülen maddi vakıaların ve delillerin yeniden incelenerek, esas bakımından bir karar verilmesine engeldir⁸⁸. Bu itibarla tahkim yargılamasındaki hukuka aykırılıklar veya maddi vakıalarla delillerin hakemler tarafından tespiti ve değerlendirilmesine ilişkin hususlar ancak tenfiz şartlarından birinin kapsamına girdiği ölçüde, yapılan tenfiz incelemesinde etkili olabilir.

Tenfiz aşamasında hakem kararının esastan incelenmesi mümkün olmadığı gibi, istinaf aşamasında da tahkim yargılaması bakımından esastan inceleme yapılması söz konusu olamaz. Yukarıda, istinaf aşamasında esastan incelemenin mümkün olduğunu ifade etmiştik⁸⁹. Burada, istinaf aşamasındaki esastan inceleme imkânı ile sadece yabancı hakem kararının tenfizi davasının esastan incelenebileceği kastedilmektedir. Yoksa istinaf incelemesinde de yabancı hakem kararının esastan incelenemeyeceği ortadadır. Hakem kararı konusundaki revizyon yasağı istinaf aşamasında da etkisini göstermektedir.

İstinaf aşamasındaki esastan incelemenin kapsamına tenfiz yargılamasındaki hukuka aykırılıklar, tenfiz yargılamasında inceleme konusu yapılan veya göz ardı edilen maddi vakıalarla, deliller girmektedir. Hakem yargılamasındaki hukuka aykırılıklar veya maddi vakıalarla delillerin hakemler tarafından tespiti ve değerlendirilmesine ilişkin hususlar ise, tenfiz yargılamasında olduğu gibi, ancak bir tenfiz şartına aykırılık kapsamına girdiği ölçüde istinaf incelemesinde de etkili olabilir⁹⁰. Buna karşılık, bölge adliye mahkemesinin hakem mahkemesinin yerine geçerek tahkim anlaşmasına konu uyuşmazlığın esası hakkında karar vermesi mümkün değildir.

87 Çelikel and Erdem (n 3) 775-777; Nomer (n 3) 567; Akinci *Tahkim* (n 3) 450. "Hakemlerin karar verirken yeterli araştırma yapmamış oldukları, Türk Hukukunu değerlendirmemiş oldukları yönünde ileri sürülen istinaf sebeplerinin değerlendirilmesinde; hakemin maddi hukuk kurullarını eksik uygulaması, yanlış uygulaması tenfiz davasında incelenemez. Tenfiz davasında mahkemenin yapabileceği inceleme, Kanun'da ve Konvansiyon'da sınırlı olarak sayılan tenfiz engelleriyle sınırlıdır. Bunlar dışında bir nedenle, özellikle maddi hukukun eksik veya yanlış uygulandığı gerekçesiyle tenfiz talebi reddedilemez." İstanbul BAM 14 HD, 130/1042, 11.10.2018. Karar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020. Tenfiz davasında taraflar da ancak tenfiz şartlarının bulunmadığını veya yabancı kararın kısmen veya tamamen yerine getirilmesi yahut yerine getirilmesine engel bir sebep ortaya çıkmış olduğunu one sürerek itiraz edebilirler (MÖHUK md 55.2, 61.2). Bunların dışında, tahkim yargılamasının esasına ilişkin bir itiraz ileri sürülmesi mümkün değildir.

88 Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 3) 563-564, 715; Çelikel and Erdem (n 3) 829; Nomer (n 3) 566-567; Şanlı (n 1) 440-441; Kalpsüz (n 8) 188. Mahkeme kararları için kullanılan ve teknik bir kavram olan *revision au fond* kavramının hakem kararları için de kullanılmasının uygun olmadığı yönünde Günseli Öztekin Gelgel, 'New-York Konvansiyonu'na Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay'ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi' (2002) 22(2) MHB (Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan) 1137, 1148. "Davalı tek sözleşme olmasına rağmen iki kere tazminatla hükmedilmesinin savunmanın dikkate alınmadığını gösterdiğini belirterek tenfiz talebinin bu nedenle de reddi gerektiğini savunmuştur. Bu iddia kararın esasına ilişkin olup, hakem kararının doğruluğunu inceleme yapma yasağı (revision au fond) kapsamında bulunduğundan tenfiz mahkemesine bu iddiayı inceleme yetkisi tanınmamıştır" Yargıtay 19 HD, 7171/7602, 09.11.2000. Karar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

89 Bkz yukarıda 1455.

90 Bu durum tenfiz şartları arasında yer alan kamu düzenine aykırılığın varlığı değerlendirilirken ortaya çıkabilir. Şanlı (n 1) 516-571.

Diğer yandan tenfiz mahkemesi tarafından revizyon yasağına aykırı şekilde yabancı hakem kararının esası incelenerek bir karar verilmiş olması elbette istinaf incelemesinde ilk derece mahkemesi olan tenfiz mahkemesi kararının Bölge Adliye Mahkemesi tarafından kaldırılmasına yol açabilecektir.

HMK'nın 360. maddesine göre "...aksine hüküm bulunmayan hâllerde, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usulü, bölge adliye mahkemesinde de uygulanır". Bu hükümden hareketle Türk usul hukuku doktrininde geçici koruma kararlarının istinaf aşamasında da verilebileceği kabul edilmektedir⁹¹. Ayrıca geçici hukuki koruma kararının HMK md 357'de istinaf kanun yolunda yapılamayacak işler arasında belirtilmemiş olması da istinaf aşamasında bölge adliye mahkemesi tarafından geçici koruma kararları alınabileceğini göstermektedir. Bu itibarla, şartlarının var olması halinde istinaf aşamasında da yabancı hakem kararının tenfizi talebi hakkında verilecek kararın sonuçlarını temin etmek amacıyla bölge adliye mahkemesi tarafından ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı verilmesinin mümkün olduğu söylenebilir.

2. Temyiz İncelemesinin Kapsamı

Temyiz incelemesi bir hukuka uygunluk denetimidir. Maddi hukuk ve usul hukuku bakımından temyize konu kararda yer alan hatalar bu denetimin kapsamına girmektedir. Bu bağlamda karar, dava şartları, incelenmesi gereken delilin incelenmemiş olması, yargılama usulündeki hatalar, hukuk kurallarının doğru uygulanmaması bakımından inceleme konusu yapılabilir. Ancak maddi vakıaların tespit ve değerlendirilmesindeki hatalar, alt derece mahkemesinin takdir hakkı gibi hususlar temyiz incelemesinin dışında kalmaktadır⁹².

Temyize konu kararın bozulmasına gerekçe yapılabilecek sebepler HMK md 371'de düzenlenmiştir. Buna göre a) hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanmış olması; b) dava şartlarına aykırılık bulunması; c) taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin kanuni bir sebep olmaksızın kabul edilmemesi ve ç) karara etki eden yargılama hatası veya eksiklikleri bulunması birer bozma sebebi teşkil etmektedir. Yargıtay temyiz incelemesini ancak bu sebeplerle sınırlı olarak gerçekleştirebilir. Buna karşılık Yargıtay tarafların ileri sürdüğü temyiz sebepleriyle bağlı olmayıp, kanunun açık hükmüne aykırı gördüğü diğer hususları da inceleme yetkisine sahiptir (HMK md 369.1)⁹³.

Yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin olarak bölge adliye mahkemesince verilmiş kararlar bakımından da HMK md 371'deki sebeplerle sınırlı bir temyiz

91 Özkes *Pekcantez Usül* (n 9) 2261-2263; Budak and Karaaslan (n 9) 390.

92 Özkes *Pekcantez Usül* (n 9) 2277; Atalı, Ermenek and Erdoğan (n 9) 639-641, 648; Budak and Karaaslan (n 9) 387; Karslı (n 9) 733; Arslan, Yılmaz and Taşpınar *Ayvaz* (n 9) 607.

93 "Harçlar Yasası'ndaki hükümler kamu düzenine ilişkin olduğundan görevi gereği mahkemelerce kendiliğinden gözönünde tutulacağı gibi temyiz aşamasında da Yargıtaya re'sen dikkate alınır" Yargıtay15 HD, 5033/691, 12.02.2015. Karar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

incelemesi söz konusu olabilecektir. Bu itibarla tenfiz mahkemesinin görevsizliği veya teminat yatırma zorunluluğunun yerine getirilmemiş olması gibi dava şartlarına aykırılık bulunması halleri temyizdeki hukuki denetimin kapsamına girmektedir. Diğer taraftan yabancı hakem kararlarının tenfizi şartları yerine yabancı mahkeme kararlarının tenfizine yönelik şartlara göre karar verilmiş olması veya örneğin 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesinin kapsamına giren bir hakem kararı bakımından MÖHUK'taki tenfiz şartlarına göre veya iki taraflı milletlerarası sözleşmede yer alan daha ağır tenfiz şartlarına göre karar verilmesi hallerinde olduğu gibi alt derece mahkemesinin doğru tenfiz şartlarını uygulamaması veya uygulanması gerekli tenfiz şartlarını yanlış uygulamaması da tenfiz incelemesine konu edilebilecektir⁹⁴. Aynı şekilde alt derece mahkemesi kararı tanıma veya tenfize elverişli bir hakem kararının mevcudiyeti gibi ön şartlara uygunluk bakımından da inceleme konusu yapılabilecektir⁹⁵. Yine taraflardan birinin dayandığı delillerin kanuni bir sebep olmaksızın alt derece mahkemesince kabul edilmemesi veya karara etki eden yargılama hatası veya eksikliklerin bulunması halleri⁹⁶; örneğin yetki itirazının değerlendirilmemesi, hakem kararının kısmen ifa edildiğine dair belgenin kanuni bir sebep olmaksızın reddedilmesi ya da hakem kararının dayandığı belgenin sahte olduğuna dair gösterilen delillerin değerlendirmeye tabi tutulmaması sebebiyle kamu düzenine aykırılık iddiasının reddedilmiş olması gibi hususlar temyizdeki hukuki denetimin kapsamındadır. Tenfiz mahkemesi ve bölge adliye mahkemesi kararlarındaki maddi hukuka aykırılıklar ve usulî hata ve eksiklikler, hukuki denetim yapmakla görevli olan Yargıtay tarafından resen incelenir (HMK md 369.1)⁹⁷.

Bununla birlikte Yargıtay incelemesi hukuka uygunluk incelemesi niteliğinde olduğundan, tenfiz yargılamasında ileri sürülen maddi vakıaların tespit ve değerlendirilmesi veya takdiri ile ilgili bir inceleme yapılamaz. Yargıtay tenfiz mahkemesi ve bölge adliye mahkemesinin vakia tespitleriyle bağlıdır. Diğer taraftan, tenfiz davası ve istinaf aşamalarında olduğu gibi yabancı hakem kararının ait olduğu tahkim yargılamasının esasına girilerek hakem kararının gözden geçirilmesi, tahkim

94 "... konuyla ilgili mevzuat hükümlerinin, yürürlük tarihleri ve kapsamı da dikkate alınarak somut olaya bakılacak olursa, dava konusu olayda, tenfizi talep edilen hakem kararı, taraflar arasındaki 18.8.2000 tarihli sözleşmeye ilişkin olup, New York Sözleşmesine taraf olan Fransa'da verilmiş olduğundan, uyumsuzluğa, Türkiye'nin de taraf olduğu "New York Sözleşmesi" hükümlerinin uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır" 13 HD, 4018/15528, 29.12.2009. "... usule uygulanacak kuraların Türk Usul Kanunları içinde belirlenmesi ve hakemli prosedürüne aykırı olarak İsviçre Usul Kanunu hükümlerinin uygulanmasının New York Sözleşmesinin V/1-d maddesine aykırılık teşkil edeceği ve bu durum tanıma ve tenfiz isteminin reddini gerektirdiğinden..." Yargıtay 15 HD, 4213/5603, 25.12.1997. "Buna göre mahkemece, somut uyumsuzluğa uygulanması mümkün bulunmayan Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun hükümlerine atf yapılarak " tek hakem tayin edilmesinin ... aykırılık oluşturduğu " şeklindeki gerekçesi yerinde değildir." Yargıtay 11 HD, 11441/8701, 03.11.2016. "Somut olayda geçerli bir tahkim şartı bulunmadığı gözetilmeden mahkemece eksik inceleme ve yanlışlığı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." Yargıtay 19 HD, 7618/17519, 23.12.2015. Kararlar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

95 Hakemlerce verilen kararın ara kararı niteliğinde oluşu, icra ve infaz edilebilir kabiliyetinin de olmadığı dikkate alınarak istinaf başvurusunun esasına reddine ilişkin bölge adliye mahkemesi kararı, "dava konusu kısmi hakem kararının mahiyeti itibarıyla tanınabileceği.. verildiği anda kesin ve bağlayıcı bir karar" olduğu gerekçesiyle Yargıtay tarafından bozularak kaldırılmıştır. Yargıtay 11 HD, 3469/4259, 11.06.2019, Karar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

96 "Mahkemece, yaptırılan incelemede üç kez rapor alınmış, her üç raporda da birbirine aykırılık tespit edilmiştir. Karar gerekçesinde ise 07.11.2008 havale tarihli bilirkişi raporuna neden itibar edildiği açıklanmaksızın hüküm kurulmuştur. Mahkemece, yapılması gereken iş, tenfiz kararında belirtildiği gibi, hakem kararlarının faize ilişkin hükümleri nazara alınarak, özellikle ilamda (hakem kararında) belirtilen faiz başlangıç tarihleri gözetilmek suretiyle bankacı, hukukçu ve mali müşavirden oluşacak üç kişilik bilirkişi kurulundan rapor alınarak anlaşmazlığın çözülmesi gereken eksik inceleme ile somut olaya çözüm getirmeyecek şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 12 HD, 21600/26980, 30.12.2009. Karar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

97 Atalı, Ermenek and Erdoğan (n 9) 641, 648; Budak and Karaaslan (n 9) 414-415.

yargılamasındaki hukuka aykırılıklarla, maddi vakıa ve delillerin hakemler tarafından tespiti veya değerlendirmesine ilişkin hususların inceleme konusu yapılması yine mümkün değildir⁹⁸.

Belirtmek gerekir ki tenfiz mahkemesi veya Bölge Adliye mahkemesinin tenfiz davasının esası hakkındaki kararının, yabancı hakem kararının revizyon yasağına aykırı şekilde esastan incelenmesi suretiyle verilmiş olması şüphesiz Yargıtay tarafından yapılan hukuki denetimin kapsamına girmektedir.

C. Kanun Yolları İncelemesi Neticesinde Verilebilecek Kararlar

1. Bölge Adliye Mahkemesi Tarafından Verilebilecek Kararlar

İstinaf başvurusu, haksız olması halinde bölge adliye mahkemesi tarafından reddedilecektir. Bu red kararı istinafa başvuru şartlarının yerine getirilmemiş olmasından kaynaklanabileceği gibi (HMK md 352.1)⁹⁹, tenfiz mahkemesi kararının usul ve esas yönünden hukuka uygun olmasından da kaynaklanıyor olabilir (HMK md 353.b.1). Bu durumda bölge adliye mahkemesinin kararına karşı temyiz yolu açık değilse kararın verilmesiyle, temyiz yolu açıksa temyiz süresinin geçmesi ile karar kesinleşecektir.

İstinaf başvurusunun haklı olması halinde ise kabulü gerekecektir. Bu durumda farklı ihtimaller söz konusu olur. Birinci ihtimalde bölge adliye mahkemesi tenfiz mahkemesinin kararını kaldırarak tenfiz davasının yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer

98 Yargıtay'ın hakem kararlarının iptali davalarında sahip oldukları hakem kararını esastan inceleme eğilimi, aynı anlayışın yabancı hakem kararlarının tenfizinde de benimsenebileceği endişesini yaratmaktadır. Bkz Şanlı (n 1) 517. Örneğin Yargıtay 13 HD'nin 2012 yılında hakem kararının iptali davasına ilişkin olarak yaptığı bir incelemede hakem kararı esastan inceleme tabi tutulmuş, tahkim yargılamasında dayanılan maddi vakıalar, dava konusu sözleşme ve uygulanacak kurallar Yargıtay tarafından yeniden tetkik edilerek karar verilmiştir. Yargıtay 13 HD 8426/10349, 17.04.2012. Karar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020. Gerçekten de Yargıtay'ın yabancı hakem kararlarının tenfizi davalara ilişkin kararları denetlerken esastan inceleme (*revision au fond*) yasağına her zaman riayet ettiği söylenemez. Yargıtay 11HD'nin 2007 tarihli karar düzeltme talebine ilişkin bir kararı buna örnektir: "Davalı vekili, ... Newyork Sözleşmesi'nin v(2) (b) maddesinde kamu düzenine aykırı kararın tenfizinin mümkün olmadığını belirttiğini, hakemin hüküm fıkrasında 2.830.000.-USD tutarındaki KDV miktarının davacı şirkete ödenmesine karar verildiğini, verilen kararın kamu düzenine aykırı olduğunu, vergi tahsile yetkili tek kurumun Vergi Dairesi olduğunu, söz konusu miktarın bu kuruma zaten ödenmiş olduğunu hakem kararının bu nedenle de kamu düzenine aykırı olduğunu bu nedenle davanın reddini istemiştir. Mahkemece, ... hakemin bu kararının ve gerekçelerinin tenfiz safhasında tartışmak ve değerlendirilmesinin hukuken mümkün olmadığı davalıların temel talebinin taraflar arasındaki akdi yükümlülüğün doğan çözümüne elverişli olmadığı iddia etmenin mümkün olmadığını iddia etmenin mümkün olmadığı gerekçeyle tenfizi talep edilen Uluslararası Ticaret Odası "ICC Uluslararası Hakem Mahkemesi'nin 20.04.2004 tarihli kararının" aynen tenfize karar verilmiştir. Karar, davalı vekili tarafından temyiz ... hakem kararının Newyork Konvansiyonu'nun 5/2-b ve 2675 sayılı Kanun'un 45/b maddesine göre kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle bozulmasına karar verilmiştir. ... davalıların vekilinin HUMK'nun 440.maddesinde sayılan hallerden hiçbirini ihtiva etmeyen karar düzeltme isteğinin reddi gerekir". Yargıtay HGK'nun 2012 tarihli bir kararında da Asliye Ticaret Mahkemesinin yabancı hakem kararının tenfize yönelik isteminin reddi, hakem kararına konu taraflar arasındaki sözleşmenin incelenmesi suretiyle, hakem kararının Türk vergi mevzuatına aykırılık, vergi kaçırma, hileli ve muvazaalı işlemlere ve örtülü kazanç elde etmeye yönelik bir durum yaratması, verginin kamu düzenini ilgilendiren bir sorun olması karşısında, yabancı hakem kararlarının tenfizinin kamu düzenine aykırılık teşkil edebileceği gerekçeyle bozulmuştur. Karşıyay yazısında ise esastan inceleme yasağına dikkat çekilmektedir: "Bozmanın dayanağı tenfiz davasında taraf olanlar arasındaki sözleşme değil, davalıların kendi aralarında yaptıkları ve tenfizde hiçbir zaman inceleme konusu olmayan sözleşmedeki bir hükümün kamu düzenine aykırı olup olmasının incelenmesidir. Davacılar kendi aralarında yaptıkları sözleşmeye kamu düzenine aykırı hükümler koysalar bile, davalı ile yaptıkları ve hakem kararına dayanak teşkil eden sözleşmede böyle bir durum yoksa bu husus yabancı hakem kararının tenfize engel teşkil etmeyecektir. Tekrar vurgulamakta yarar vardır ki burada kamu düzenini ilgilendiren ve doğrudan vergi mevzuatı ile ilgili bir niza söz konusu değildir. Niza verginin taraflardan hangisi tarafından ödeneceği konusundadır. Zaten bu konunun içerik incelemesi yasağından dolayı da Türk Mahkemelerince incelenmesi söz konusu değildir." Yargıtay HGK, 568/47, 08.02.2012. Kararlar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

99 HMK md 352.1: "Bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince dosya üzerinde yapılacak ön inceleme sonunda aşağıdaki durumlardan birinin tespiti hâlinde öncelikle gerekli karar verilir: a)İncelemenin başka bir dairece veya bölge adliye mahkemesince yapılmasının gerekli olması b) Kararın kesin olması c) Başvurunun süresi içinde yapılmaması c) Başvuru şartlarının yerine getirilmemesi d) Başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin hiç gösterilmemesi".

mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine karar verebilir (HMK md 353.a.1-6). Bu ihtimal tenfiz yargılaması sırasında bilhassa önemli usulî hataların yapılmış olduğu hallerde söz konusu olabilir¹⁰⁰. Bu halde bölge adliye mahkemesinin gönderme kararı kesin olup, bu karara karşı temyiz yolu kapalıdır (HMK md 362.1.g). Tenfiz mahkemesi kararın gereğini yerine getirmek zorundadır, direnemez. Diğer taraftan mahkemenin yabancı hakem kararının tenfizi istemi hakkında vereceği yeni karar aleyhine de kanun yoluna başvurulması mümkün bulunmaktadır.

Diğer bir ihtimal ise bölge adliye mahkemesinin, tenfiz mahkemesinin kararını kaldırarak davanın esası hakkında karar vermesidir (md 356.2). Alt mahkeme tarafından tenfiz talebinin reddedilmiş olması halinde bölge adliye mahkemesi yabancı hakem kararının tamamen veya kısmen tenfizine karar verebileceği gibi, mahkemenin tenfiz talebini tamamen kabul etmiş olduğu bir halde, bölge adliye mahkemesi tenfiz talebini reddedebilir veya kısmen kabul edebilir. Yine mahkemenin tenfiz talebini kısmen kabul etmiş olmasına karşın, bölge adliye mahkemesi istemi tamamen kabul edebilir veya reddedebilir.

Son ihtimalde tenfiz mahkemesinin kararı düzeltilerek bölge adliye mahkemesi tarafından yeniden esas hakkında karar verilebilir (HMK md 353.b.2). Tenfiz mahkemesi kararının tamamen kaldırılarak yeniden bir yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmayan, kararın gerekçesinde hata olması veya yazı ya da hesap hatalarının bulunması gibi hallerde bu ihtimal söz konusu olabilecektir^{101,102}.

2. Yargıtay Tarafından Verilebilecek Kararlar

Bölge adliye mahkemesi kararının yerinde görülmesi halinde Yargıtay tarafından onama kararı verilir. Yargıtay'ın temyiz incelemesi neticesinde HMK md 371'deki sebeplerin varlığını tespit etmesi halinde ise bozma kararı söz konusu olur. Yargıtay, bölge adliye mahkemesi kararını bazı yönlerden hukuka aykırı bulmakla birlikte yeniden yargılama yapılmasını gerekli görmezse düzelterek onama kararı da verebilir¹⁰³. Onama veya düzelterek onama kararı verilmesi, tenfiz mahkemesi veya bölge adliye mahkemesi kararının kesinleşmesi sonucunu doğurur¹⁰⁴.

100 Bkz yukarıda n 49.

101 "... HMK'nın 353/1.b.2. maddesi uyarınca, dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda, davalıların istinaf talebinin kısmen haklı bulunduğu, harç ve vekalet ücreti konusundaki hüküm fıkrasının düzeltilmesi gerektiği kanaatine varıldığından, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak hükmün düzeltilmesine..." İstanbul BAM 14 HD, 2100/74, 30.01.2020. Karar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

102 İstinaf incelemesi sonunda verilebilecek kararlar ve neticeleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz Özeks *Pekcantez Usul* (n 9) 2264ff; Budak and Karaaslan (n 9) 389-393; Karslı (n 9) 721-725, 730-732; Atalı, Ermenek and Erdoğan (n 9) 629-632; Arslan, Yılmaz and Taşpınar Ayvaz (n 9) 603-605; Kuru (n 9) 1379-1384.

103 Yargıtay 13 HD 14958/4770, 8.4.2009: "... karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre, harca esas dava değeri üzerinden davacı yararına nispi vekalet ücreti takdir gerekirken yazılı şekilde vekalet ücretine hükmedilmemesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir. Ne var ki, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden kararın düzeltilerek onanması...". Karar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

104 Atalı, Ermenek and Erdoğan (n 9) 650-651.

Bölge adliye mahkemesinin, tenfiz mahkemesinin kararını usul ve esas yönünden hukuka uygun görerek verdiği istinaf talebinin reddi yönündeki kararı bozulur ise, bölge adliye mahkemesi kararı kaldırılarak dosya tekrar ilk derece mahkemesi olan tenfiz mahkemesine veya uygun görülecek diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilir (HMK md 373.1). İstinaf aşamasında tenfiz mahkemesi kararının düzeltilmesi suretiyle veya yeniden verilen kararın bozulması halinde ise, dosya bu kez bölge adliye mahkemesine gönderilir (HMK md 373.2). Dosya kendisine gönderilen tenfiz mahkemesi veya bölge adliye mahkemesi uyma kararı verir ise bu karara karşı temyize başvurulabilir (HMK md 373.4). Tenfiz mahkemesi veya bölge adliye mahkemesi direnme kararı verirse, önce kararına direnilen Yargıtay Dairesi tarafından direnme kararı incelenir. İlgili Yargıtay dairesi direnmeyi yerinde görmezse dosya bu kez Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna gönderilir (HMK md 373.5)¹⁰⁵.

IV. Kanun Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tenfizine Hükmedilen Yabancı Hakem Kararının İcrası Üzerindeki Etkisi

Daha önce ifade edildiği gibi tenfiz müessesesi, yabancı hakem kararının Türkiye’de icra edilmesine hizmet eder¹⁰⁶. Tenfizine karar verilmiş olan yabancı hakem kararları Türk mahkemelerinden verilmiş ilamlar gibi icra edilebilir hale gelir (MÖHUK md 57.1, 61.2). Bu, tenfizine karar verilen yabancı hakem kararlarının Türkiye’de ilamlı icraya konu edilebileceği anlamına gelmektedir¹⁰⁷. Acaba yabancı hakem kararı hakkındaki tenfiz isteminin kabulüyle birlikte, karar derhal icra edilebilir hale mi gelmektedir? Yoksa tenfiz kararına karşı kanun yollarının tüketilmiş olması gerekli midir?

6100 sayılı HMK’nın 350. maddesinde istinafa başvurmanın kural olarak kararın icrasını durdurmayaacağı kabul edilmiştir. Yine temyiz yoluna başvurma da HMK’nın 367. maddesine göre kararın icrasını kural olarak durdurmamaktadır¹⁰⁸. Bu itibarla kanun yoluna başvurunun kararın icrası üzerindeki etkisi bakımından HMK’nın benimsediği prensip, kanun yolunun kararın icrasını engellemeyeceği, kanun yoluna konu olan kararın kesinleşmesinden evvel de icrasının mümkün olduğudur.

105 Temyiz incelemesi sonunda verilebilecek kararlar ve neticeleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz Özekes *Pekcantez Usûl* (n 9) 2302ff; Budak and Karaaslan (n 9) 416-25; Karlı (n 9) 740 ff; Atalı, Ermenek and Erdoğan (n 9) 650-656; Arslan, Yılmaz and Taşpınar Ayvaz (n 9) 615-621; Kuru (n 9) 1323ff.

106 Bkz yukarıda 1437.

107 Bozanoğlu and Günay (n 30) 230, 235. Aynı yönde Şanlı (n 1) 316. Tenfizi talep edilmemiş hakem kararlarının ilamsız icra yoluyla takip edilebilmesinin ise mevzuat açısından (HK md 58.5) mümkün olduğu, ancak borçlunun yabancı hakem kararının tenfiz edilmesi gerektiği düşüncesiyle takibe itiraz etmesi neticesinde ileride itirazın iptali davasında icra inkar tazminatına hükmedilebilecek olmasının hakkaniyetli olmadığı, bu nedenle İİK’ya tenfiz edilmemiş yabancı hakem kararlarına dayanılarak ilamsız icra takibinde bulunulmasını engelleyen bir maddelerin yerinde olacağı yönünde bkz Tüştüz, (n 30) 62, 72.

108 Ancak gerek istinaf ve gerekse temyiz başvurularının kararın icrasına etkisi bakımından, nafaka kararları hariç olmak üzere İcra ve İflas Kanunu’nun icranın geri bırakılmasına ilişkin md 36 hükmü saklı tutulmuştur (HMK md 350.1, md 367.1). Ayrıca *kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmaz mal ile ilgili aynı haklara ilişkin kararların yerine getirilebilmeleri için kesinleşmiş olmaları gerekir* (HMK md 350.2, md 367.2). İcra ve İflas Kanununun 36 ve 40. maddelerinde de kanun yoluna başvurunun veya kanun yolu incelemesi sonucunda kararın kaldırılması veya bozulması yönünde verilen kararların icraya devam edilmesine engel olacağı esasının benimsendiği görülmektedir. Bu yönde bkz Özekes *Pekcantez Usûl* (n 9) 2169.

Diğer taraftan MÖHUK yabancı hakem kararlarının tenfizi isteminin kabulü¹⁰⁹ konusunda verilen kararlar bakımından farklı bir esası benimsemiştir¹¹⁰. Buna göre yabancı hakem kararının tenfizi davası neticesinde verilen kararın temyizi, kararın icrasını durdurmaktadır (MÖHUK md 57.2, 61.2). Dolayısıyla yabancı hakem kararı hakkında Türk mahkemesince tenfiz kararı verilmiş olması hakem kararını derhal icra edilebilir hale getirmez. Yabancı hakem kararı ancak Türk mahkemesince verilmiş tenfiz kararının kesinleşmesiyle icra edilebilir hale gelir¹¹¹.

Mahkeme kararları şayet kanun yolu açıksa kanun yollarından geçtikten sonra veya kanun yollarına başvuru sürelerinin geçirilmesi ile birlikte kesinleşir¹¹². Yabancı hakem kararının tenfizi istemine ilişkin olarak asliye ticaret mahkemelerince veya bölge adliye mahkemelerince verilen kararlar kanun yolunun kapalı olması sebebiyle verdikleri anda kesin olabilecekleri gibi istinaf veya temyize başvuru süresinin geçirilmesiyle de kesinleşmiş olabilirler. Diğer bir ihtimal de tenfiz istemine ilişkin kararların kanun yollarına başvurulması neticesinde bu süreçlerin tamamlanmasıyla kesinleşmiş olmalarıdır.

İşte MÖHUK'ta benimsenen esas göre tenfiz kararına karşı kanun yoluna başvurulmuş olması kararın icrasını engellemekte, kanun yolu sürecinin tamamlanmasıyla tenfiz kararının kesinleşmesi halinde ancak yabancı hakem kararının icrası istenebilmektedir¹¹³. Tenfiz kararı hakkında kanun yoluna başvuru yabancı hakem kararının icrasını engellediği gibi başvuru süresinin tamamlanmamış olması da yabancı hakem kararının icrasına engel olacaktır¹¹⁴. Yani kanun yoluna başvuru

109 Tenfiz istemi Türk mahkemesince reddedilmiş ise zaten hakem kararının icrası söz konusu olmayacağından, kanun yoluna başvurunun icraya etkisi meselesi de gündeme gelmeyecektir. Bkz Ekşi *Tanuma-Tenfiz* (n 3) 347.

110 MÖHUK'taki düzenleme kanun yoluna başvurunun icraya etkisi konusunda HMK'daki genel düzenleme karşısında özel hüküm niteliğinde görülmektedir. Bkz Özkes *Pekcantez Usul* (n 9) 2169; Huysal (n 24) 97.

111 Şanlı (n 1) 316, 663; Uyar (n 30) 296-297; Çelikel and Erdem (n 3) 782; Akıncı *Tahkim* (n 3) 474. Kanun yollarına başvurunun hakem kararının icrasını durduracağına kabul edilmesi karşısında, ihtiyati tedbir kararı yoluyla icranın sağlanabilmesi için tedbir kararının verilmesini zaruri kılan önemli sebeplerin bulunması gerektiği ifade edilmektedir: ibid 475. "... yabancı hakem kararının tenfizine ilişkin kararın kesinleşmeden takibe konamayacağına ilişkin ... düzenlemeler nazara alınarak, takibin iptaline karar verilmesi gerekirken,..." Yargıtay 12 HD, 27088/10395, 02.04.2012. Karar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

112 Kuru (n 9) 1326. Mahkeme kararlarının şekli anlamda ve maddi anlamda kesinleşmesi konusunda ayrıntılı bilgi için ibid 1481ff; Murat Atalı, "Karar ve Hüküm" in Hakan Pekcantez, Muhammet Özkes, Mine Akkan and Hülya Taş Korkmaz (eds), *Pekcantez Usul Medeni Usul Hukuku* (15th edn, On İki Levha 2017) 2054ff.

113 Tenfiz kararı kesinleşmeden başlatılan ilamli icra takibinin iptal edilmesi gerektiği yönünde Yargıtay 12 HD, 2296/3187, 20.02.2001; Yargıtay 12 HD, 27088/10395, 02.04.2012. Karar için bkz <www.kazanci.com> Erişim tarihi 7 November 2020. Tenfiz kararlarının kesinleşmeden takip konusu yapılamayacağına ilişkin kararlar: Yargıtay 12 HD, 6719/9760, 01.05.2003; Yargıtay 12 HD, 7742/8565, 15.05.2001; Yargıtay 12 HD, 9301/9886, 02.10.1997. Kararlar için bkz Uyar (n 30) 301-302 (n 24).

114 2020 tarihli bir bölge adliye mahkemesi kararında ise tenfizine karar verilmiş yabancı hakem kararının icra takibine konu yapılabileceği ancak tenfiz kararına karşı kanun yoluna başvurulması halinde icra takibini kendiliğinden duracağı belirtilmektedir. "Davalılar vekilinin dava konusu tenfize konu ilama dayalı icra takibinin durdurulmasına ilişkin tedbir talebi yönünden ise 5718 sayılı MÖHUK'un 61. maddesi atıfıyla hakem kararlarının tenfizinde aynı yasanın 55, 56 ve 57 nci maddelerinin kıyas yoluyla tatbikinin öngörüldüğü, MÖHUK'un 57/2. maddesinde, "Tenfiz isteminin kabul veya reddi hususunda verilen kararların temyizi genel hükümlere tabidir. Temyiz, yerine getirmeyi durdurur." şeklinde hüküm bulunduğu, dolayısıyla kanun yolu başvurunun istinaf sürecini de kapsadığının kabulü gerektiğinden, tenfizine karar verilen yabancı hakem kararının infazında ve bu bağlamda icra takibine konu edilmesinde yasal engel bulunmamasına ise de tenfizine karar verilen karara karşı kanun yoluna başvurulması durumunda yukarıdaki anılan yasa hükmü gereğince icra takibi kendiliğinden durduğundan ve davalıların tedbir talebi de takip hukukunu ilgilendirdiğinden ve özellikle istinafa konu edilen tenfize konu ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılarak Dairemize yeni bir karar verilmiş olduğundan davalıların tedbir istemi konusunda karar verilmesine gerek görülmemiştir." ... İstanbul BAM 14 HD, 2100/74, 30.01.2020. 2019 tarihli bir icra hukuk mahkemesi kararının da aynı anlayıştan hareket ettiği görülmektedir: "İstanbul 13. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2018/748-2019/450 E-K sayılı yabancı hakem kararının tenfizi kararı İstanbul ... İcra Müdürlüğünün ... E. sayılı icra dosyasından takibe konu edildiği, yabancı hakem kararının kesinleşmeden icra takibine konulamayacağından bahisle borçlular tarafından takibin iptalini istendiği, İstanbul ... İcra Hukuk Mahkemesinin 19.09.2019 tarih, ... E.K sayılı kararıyla tenfiz kararının infazı kesinleşmesine bağlı olmadığından şikayetin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır." İstanbul BAM 14 HD, 2410/158, 12.02.2020. Kararlar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020. Yabancı hakem kararının icra edilebilmesi için tenfiz kararının kesinleşmesini gerekli görmeyen mahkeme kararları kanaatimizce yerinde değildir.

süresi içerisinde de yabancı hakem kararı henüz icra edilebilir değildir. Dolayısıyla yabancı hakem kararının tenfizine karar verilmiş olmakla birlikte, hakem kararı ancak kanun yolu sürecinden geçilerek ya da kanun yoluna başvuru süresinin sona ermesi sonucu tenfiz kararının kesinleşmesiyle icra edilebilir hale gelecektir¹¹⁵. Burada söz konusu olan tenfiz kararının kesinleşmesiyle birlikte yabancı hakem kararının ilamlı icraya konu edilebilmesidir. Tenfiz kararı kesinleştikten sonra hakem kararının ilamsız icraya konu edilmesi ise hukuka uygun görünmemektedir¹¹⁶.

Esasen tenfiz, yabancı kararların Türk mahkemelerinden verilmiş kararlar gibi icrasını temin etmektedir (MÖHUK md 57.1). Bu durum hem yabancı mahkeme kararları hem de yabancı hakem kararları bakımından söz konusudur. Yabancı kararlar Türk mahkemelerinde görülen tenfiz davasında, Türk hukukunun öngördüğü tenfiz şartlarının süzgecinden geçmekle, Türk mahkeme kararları gibi icra edilebilme imkânı kazanmaktadır. İşte kanunkoyucu yabancı kararların Türkiye’de icra edilebilirlik gücüne sahip olmalarını, kararın tenfiz şartlarını taşıdığıнын kesin olarak tespit edilmiş olmasına bağlamaktadır¹¹⁷.

MÖHUK’ta yabancı hakem kararlarının tenfizi istemi hakkında verilen kararlar bakımından kanun yolu olarak sadece temyizden söz edilmiş olmakla birlikte bunun söz konusu kararların sadece temyiz incelemesine tabi olduğu anlamına gelmediği, istinaf yolunun da açık olduğu yukarıda izah edilmiş idi¹¹⁸. Yine istinaf kanun yoluna ve dolayısıyla istinafin kararın icrası üzerindeki etkisine MÖHUK’da yer verilmemiş olması, acaba yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin kararlara karşı istinafa başvurulmasının HMK md 350 gereğince kararın icrasının durdurmayacağı anlamına mı gelmektedir? Bu soruyu olumsuz cevaplamak gerekir. İstinaf yoluna başvuru da temyize başvuruda olduğu gibi yabancı hakem kararının icrasını durduracaktır¹¹⁹. Aksini kabul

115 1086 sayılı mülga HUMK’da hakem kararlarının kesinleşmeden icrasının mümkün olmadığı kabul edilmekteydi. 6100 sayılı HMK’da ise tahkim kurumunun teşviki ve tahkim yargılamasının süratli şekilde sonuçlandırılmasına hizmet etmek amacıyla hakem kararlarının verildikleri anda icra edilebilir olmaları benimsenmiştir. Hakem kararına karşı iptal davası açılması kararın icrasını durdurmamaktadır (HMK m 439.4). Bununla birlikte hakem kararlarının verildikleri andan itibaren icra edilebilir olmaları ve iptal davası açılmasının kararın icrasını durdurmaması esaslı, HMK çerçevesinde verilen yerel hakem kararları bakımından söz konusudur. 4686 sayılı MTK çerçevesinde verilen milletlerarası hakem kararları bakımından ise farklı bir esas kabul edilmiştir. Buna göre MTK’ya tabi olarak verilmiş hakem kararlarına karşı iptal davasının açılması, kendiliğinden hakem kararının icrasını durdurmaktadır (MTK m 15).

116 İlama dayanarak ilamsız icra takibi yapılmasının devletin yargı organlarının gereksiz şekilde meşgul edilmesi anlamına geleceği, dürtüslük kuralı ile bağdaşmadığı ve para borcuna veya teminat verilmesine dair olan ilamların icrasına ilişkin İİK md 32’nin emredici hükümlerine aykırılık oluşturduğu gerekçeyle hukuk düzeni tarafından korunamayacağı yönünde: Yargıtay 12 HD, 16405/25098, 04.07.2013 Karar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020. Bu kararda yer alan anlayıştan ve tenfizine karar verilen yabancı ilamların Türk mahkemelerinden verilmiş ilamlar gibi icra olunacağı ve temyizine yerine getirmeyi durduracağı yönündeki MÖHUK md 57 hükümünden hareketle, hakkında tenfiz kararı verilmiş veya verilen tenfiz kararı kesinleşmemiş yabancı hakem kararına ilamsız icra yolunu açmanın da dürtüslük kuralının ve kamu düzeninin ihlali anlamına geleceği ileri sürülmektedir. Buna göre yabancı hakem kararı hakkında tenfiz davası henüz açılmadan, tenfiz davası görüldüğü sırada veya tenfiz kararı verilmiş olup da henüz kesinleşmediği bir aşamada da ilamsız icra takibine başvurulmaması gerekir. Görüş için bkz Bozanoğlu ve Günay (n 30). Yazılar tarafından ayrıca hakkında tenfiz kararı verilmiş veya verilen tenfiz kararı kesinleşmemiş yabancı hakem kararına dayanarak genel haciz yolu ile ilamsız icra takibi yapılması halinde, bu hususun İİK md 16 uyarınca süresiz şikâyet tabi tutulması, taraflarca dermeyan edilmemiş olsa bile İcra Hukuk Mahkemesi tarafından re’sen gözetilmesi ve MÖHUK md 57 şartları oluşmamış ise derhal takibin iptaline karar verilmesi gerektiği ifade edilmektedir: ibid 235, 238, 239.

117 Yargıtay 12 HD, 22583/4706, 05.03.2009: “... Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 41/2.maddesi gereğince tenfiz kararının temyizi onun yerine getirilmesini durdurur. Bir başka anlatımla tenfiz kararları kesinleşmeden takibe konulamaz. Bu husus kamu düzenine ilişkin olup, Mahkemecce re’sen göz önünde bulundurulması gerekir”. Aynı yönde Yargıtay 12 HD, 15165/1482, 24.01.2012. Kararlar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

118 Bkz yukarıda 1441-1442.

119 Aynı yönde Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 3) 663; Huysal (n 24) 97; Tarman (n 18) 805. MÖHUK’ta açık bir düzenleme olmadığı için, icranın geri bırakılması kararı alınmadıkça HMK’daki istinafin icrayı durdurmayacağı kuralının uygulaması gerektiği yönünde aksi görüş için bkz Ekşi *Tanım-Tenfiz* (n 3) 346-347; Köle (24) 88-89.

temyiz icrayı durduracağı yönündeki MÖHUK düzenlemesini anlamsız kılar. Diğer taraftan Türk hukukunun yerel mahkeme veya hakem kararları ile yabancı kararlarının Türkiye’de etki doğurması bakımından benimsediği anlayışa da ters düşecektir.

Yukarıda söz edildiği gibi, tenfiz davası açılmadan önce, dava açıldığı sırada ya da tenfiz davası görülürken veya tenfiz kararı verildikten sonra yabancı hakem kararının tenfizi davasının sonuçlarını temin etmek üzere Türk mahkemesinden ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı alınmış olabilir¹²⁰. Acaba yabancı hakem kararının tenfizi istemine ilişkin karara karşı kanun yoluna başvurulmuş olmasının mevcut ihtiyati haciz veya tedbir kararı üzerindeki etkisi nedir?

Kanun yoluna başvuru yabancı hakem kararları bakımından icrayı durdurduğuna göre, kararın icra edilebilir olmasına kadar teminat ihtiyacı devam ettiğinden ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbirin istinaf veya temyiz incelemesi sırasında da devam etmesi gerekir. Yani yabancı hakem kararının tenfizi istemi hakkında verilen karar kesinleşene kadar, bu kararın sonuçlarını temin eden ihtiyati haciz veya tedbir kararlarının etkisi sürmelidir. Nitekim HMK’da ihtiyati tedbir kararının etkisinin, aksi belirtilmediği takdirde, nihai kararın kesinleşmesine kadar devam edeceği kabul edilmiştir (HMK md 397.2).

4686 sayılı MTK’nın tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında mahkemenin ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî hacze karar vermesine imkân veren 6. maddesi tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da uygulama alanı bulmaktadır (MTK md 1.3). Hükme göre mahkemece verilen ihtiyatî tedbir ya da ihtiyatî haciz kararı, hakem veya hakem kurulu kararının icra edilebilir hale gelmesiyle ya da davanın hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesi halinde kendiliğinden ortadan kalkacaktır (MTK md 6.5). MTK md 6’da her ne kadar hakem kararının verilmesinden sonraki aşamada alınacak ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararlarından söz edilmiyor olsa da, burada ihtiyatî tedbir ya da ihtiyatî haciz kararlarının etkisini sürdürmesinde benimsenen anlayış tenfiz aşamasında verilen ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararları bakımından da geçerli olmalıdır. Zikredilen hükme göre mahkemece alınan ihtiyati haciz veya tedbir kararları hakem kararının icra edilebilir hale gelmesiyle etkisini kaybedecektir. Zira ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararıyla sağlanan korumaya duyulan ihtiyaç hakem kararının icra edilebilir hale gelmesine kadar devam etmektedir. Yabancı hakem kararları hakkında Türk mahkemelerince verilen tenfiz kararı kesinleşmeden Türkiye’de henüz icra edilebilir bir hakem kararının varlığından söz edilemeyeceğinden, yine kararın icra edilebilmesini temine yönelik koruma ihtiyacının devam ettiği açıktır. Dolayısıyla MTK md 6 hükmü de, tenfiz kararı kesinleşene kadar, bu kararın sonuçlarını temin eden ihtiyati haciz veya tedbir kararlarının etkisinin devam etmesi gerektiğini desteklemektedir.

120 Bkz yukarıda 1443-1445.

Diğer taraftan yabancı hakem kararı hakkında verilecek tenfiz kararının teminini sağlamak üzere yapılmış ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir talepleri hakkında verilen kararlar bakımından da istinaf yolunun açık olduğundan yukarıda söz edilmiş idi¹²¹. HMK'nın 341. maddesinin 1. fıkrası ilk derece mahkemelerinden verilen ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü hâlinde, itiraz üzerine verilecek kararları istinaf edilebilecek kararlar arasında saymıştır. Dolayısıyla yabancı hakem kararının tenfiz davasının sonuçlarını temin etmek üzere verilmiş ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararları bakımından da istinaf yolu açıktır.

İİK ve HMK, ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir taleplerinin reddedilmesi halinde, bu red kararına karşı istinaf yoluna başvurulabileceğini kabul etmektedir (İİK md 258.3; HMK md 391.3). Yüzüne karşı aleyhinde ihtiyati haciz kararı verilen taraf da istinaf yoluna başvurabilir (İİK md 258.3; HMK md 391.3). Diğer taraftan, ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararlarının karşı taraf dinlenmeden verilmiş olması halinde kararı veren mahkemeye itiraz edilebilir (İİK md 265.1; HMK md 394.1). Mahkemenin itiraz üzerine vereceği karara karşı da yine istinaf yoluna başvurulması mümkündür (İİK md 265.5; HMK md 394.5)¹²². Tüm bu hallerde bölge adliye mahkemesi tarafından verilen kararlar kesindir. Nitekim HMK md 362.1.f'de «geçici hukuki korumalar hakkında verilen kararlar» temyiz edilemeyen kararlar arasında sayılmıştır. Öyle ise tenfiz davasının sonucunu temine yönelik ihtiyati haciz veya tedbir taleplerine ilişkin istinaf başvurularında, bölge adliye mahkemesi tarafından verilecek karar kesin olup, temyiz yolu kapalıdır¹²³. Ayrıca bu kararlara karşı itiraz veya istinafa başvurulmuş olması tedbir veya haciz kararlarının uygulanmasını durdurmaz (İİK md 265.5; HMK md 394.1,5)¹²⁴.

V. Kanun Yollarına Başvuruda Harçlar

Kanun yollarına başvuru harca tabidir (HMK md 344, md 366). Gerekli harcın ödenmemesi ve verilecek kesin süre içerisinde tamamlanmaması kanun yolu başvurusundan vazgeçmiş sayılma sonucunu doğurur¹²⁵.

121 Bkz yukarıda 1444-1445.

122 Aynı yönde Yargıtay 15 HD, 6547/7797, 11.12.2012. Karar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

123 İstanbul BAM 14 HD, 2410/158, 12.02.2020; İstanbul BAM 14 HD, 264/253, 11.05.2017. Kararlar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020. Yukarıda, şartlarının var olması halinde istinaf aşamasında da yabancı hakem kararının tenfizi talebi hakkında verilecek kararın sonuçlarını temin etmek amacıyla bölge adliye mahkemesi tarafından ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı verilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiş idi (Bkz yukarıda 1459). Geçici hukuki koruma hakkındaki kararlar temyizi kabul kararlardan olmadığı için (HMK md 362.1.f), ilk kez bölge adliye mahkemesi tarafından istinaf incelemesi sırasında verilen ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararlarının da kesin olduğu, bunlara karşı temyize başvurulamayacağı söylenebilir. Bu yönde bkz Budak and Karaaslan (n 9) 390; Özekes *Pekcantes Usul* (n 9) 2263.

124 Yargıtay 15 HD, 6547/7797, 11.12.2012: "... bedelli avans garanti teminat mektubunun tazmininin ihtiyaten durdurulmasını istemiş; mahkemenin 15.02.2010 tarih 2010/18 D.İş sayılı kararı ile talep kabul edilerek sözü edilen avans garanti teminat mektubunun tazmininin ihtiyati tedbir yoluyla durdurulmasına karar verilmiş; davalı iş sahibi 28.12.2011 günlü dilekçeyle ihtiyati tedbir kararına itiraz ederek tedbirin kaldırılmasını istemiş; mahkemenin 19.04.2012 tarih 2010/18 D.İş sayılı kararı ile ihtiyati tedbire itirazın reddine, ihtiyati tedbirin İngiltere'de verilen yabancı hakem kararının tenfize kadar devamına karar verilmiş... karar davalı iş sahibi vekili tarafından temyiz edilmiş; mahkemenin 18.05.2012 tarih 2010/18 D.İş sayılı kararı ile davalı iş sahibinin temyiz istemi "itirazın reddi kararlarına karşı temyiz yolunun kapalı olması" nedeniyle reddedilmiş ... ihtiyati tedbire itirazın reddine dair... 19.04.2012 tarih 2010/18 D.İş sayılı kararın ONANMASINA...". Karar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

125 Atalı, Ermenek and Erdoğan (n 9) 614, 643; Budak and Karaaslan (n 9) 379; Karşlı (n 9) 736; Arslan, Yılmaz and Taşpınar Ayvaz (n 9) 595.

492 sayılı Harçlar Kanunu'nun "Hakem kararları" başlığını taşıyan 3. maddesinin 1. fıkrasına göre "Hakem kararlarının infazı lazım geldiğine dair mahkeme başkanı veya hakim tarafından verilen şerhlerden, hakem kararının mahiyetine göre, karar ve ilam harcı alınır". Maddenin 2. fıkrasında ise "Yabancı hakem kararları ile, kanun gereğince tahkim yolu ile halli mecburi olan davalardan da aynı suretle harç alınır" ifadesi yer almaktadır.

Harçlar Kanunu (I) Sayılı Tarife'nin nisbi karar ve ilam harcına ilişkin düzenlemesinde yer alan " Tahkim yargılamasında bu bende göre hesaplanan harç yüzde elli oranında uygulanır" ifadesi, 6728 sayılı ve 15.7.2016 tarihli Kanunla¹²⁶ «Tahkim yargılamasında bu bent hükümlerine göre harç alınmaz» şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklikte birlikte HMK veya MTK'ya göre yürütülen tahkim yargılamalarında mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahale veya yarımlarının olduğu hallerle, hakem kararının iptali davaları bakımından nisbi karar ve ilam harcı alınması engellenmiş olmaktadır. Tahkim yargılamasının bir parçası olarak mütalaa edilmesi gereken, yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında da nisbi harç alınması imkânı bu değişiklikte ortadan kalkmış bulunmaktadır¹²⁷. Bu durumda artık söz konusu kararlar bakımından karar ilam harcı olarak maktu harç alınması mümkündür¹²⁸. Söz edilen değişiklik şüphesiz yabancı hakem kararlarının Türkiye'de icrasını kolaylaştırıcı bir adım niteliğindedir¹²⁹.

126 Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6728, Kabul Tarihi: 15.7.2016, RG 9.8.2016/29796.

127 Çelikel and Erdem (n 3) 829; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 3) 713 (n 614); Şanlı (n 1) 435-436. "Eldeki dava, yabancı hakem kararının tenfizi istemine ilişkin olup, hakem kararlarının tenfizi davalarında nispi harç alınacağına dair bir düzenleme bulunmadığından, maktu harç alınması gerekir. İlk derece mahkemesince yargılama harcı ile davacı yararına takdir edilen vekalet ücretinin, nispi değil maktu olarak belirlenmesi gereklidir." İstanbul BAM 14 HD, 2100/74, 30.01.2020. 2019 tarihli bir HGK kararında, yabancı hakem kararlarının tenfizinde Harçlar Kanununun 3. maddesi gereği, Türkiye'de yapılan tahkim yargılamalarında alınacak harçla aynı surette harç alınacağı ve bu nedenle yabancı hakem kararlarının tenfizinin prensip olarak nisbi harca tabi olduğu; ancak 492 sayılı Harçlar Kanununa ekli (1) sayılı Tarifenin "III-Karar ve ilam harcı" başlıklı bölümünde 6728 sk'la yapılan değişiklik gereği tahkim yargılamalarında nisbi karar ve ilam harcı kaldırılmış olduğundan, yabancı hakem kararlarının tenfizinin artık nisbi harca tabi olmadığı, ancak maktu harç alınabileceği neticesine varılmıştır. HGK, harcı karar tarihine göre hüküm altına alınacağından hareketle, yerel mahkemenin tenfiz davasının maktu harca tabi olduğu yönündeki direnme kararından sonra yürürlüğe girmiş olmasına rağmen, ilgili yasal değişikliğin eldeki derdest davaya da uygulanacağı ifade ederek direnme kararını sonucu itibariye hukuka uygun bulmuştur. Yargıtay HGK, 19-930/812, 27.06.2019. Kaldı ki Harçlar Kanununun md 3.2 hükmü de yabancı hakem kararlarını harç yönünden millî hakem kararları ile aynı esasa tabi tutmaktadır. Yargıtay HGK, 2017/930, 2019/812 27.6.2019: "...492 sayılı harçlar Kanununda yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde nispi harç alınacağı özel olarak düzenlenmiş iken yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında alınacak karar ve ilam harcı konusunda özel bir düzenleme yapılmamış, Türkiye'de hakem kararlarının infazı lazım geldiğinde alınacak karar ve ilam harcı ne ise ona atıf yapılmıştır. Böyle olunca, anılan hükme göre yabancı hakem heyeti kararlarının tenfizinde alınacak olan karar ve ilam harcı, hakem kararının mahiyetine göre Türkiye'de tahkim yargılamasında alınacak harç kadardır". Kararlar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 Nöember 2020.

128 6728 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce de yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarının nisbi harca tabi tutulmuş olması doktrinde eleştirilmekteydi. Bkz Nida Yılmaz, "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Davalarında Harç Mesalesi Üzerine İnceleme" (2010) 83(5) İstanbul Barosu Dergisi 2898, 2916; Tarman (n 18) 807. Bu dönemde dahi bazı yargı kararlarında, yabancı kararların tanınması tenfizi davalarında uyuşmazlığın esasına girilmediği ve sadece tanınma tenfiz şartlarının mevcudiyetinin tespiti yönünden inceleme yapıldığından hareketle nisbi harç değil maktu harç alınması gerektiği neticesine ulaşılmıştır. Bkz Bakırköy 10 ATM, 384/32, 11.02.2014 ve karara ilişkin Yargıtay HGK 930/812, 27.06.2019. Aynı yönde İstanbul BAM 14 HD, 130/1042, 11.10.2018: "Yabancı hakem kararının tenfizi istemli davalarda eda davası değil, tespit davası niteliğinde olması nedeniyle, mahkemece maktu karar ve ilam harcına hükmedilmesi isabetlidir." Aksi yönde: Yargıtay 15 HD, 895/2050, 31.03.2016: "... tenfizi istenen yabancı hakem kararı belirli bir alacağın tahsiline yönelik olduğundan dava nispi harca tabidir"; İstanbul BAM 12 HD, 947/1121, 01.10.2018; Aynı yönde Yargıtay 19HD, 1885/5598, 04.04.2012. Yargıtay 19 HD, 2014/11048 2015/8209, 03.06.2015: "Tenfize konu kararın nispi harca tabi davalardan olduğu gözetilerek dava değeri üzerinden hesaplanacak nispi karar ve ilam harcının 1/4'ü oranında peşin harcı davacıdan tahsil olunarak yargılama yapılması gerekir. Maktu karar ve ilam harcı alınarak ve sonrasında harç ikmalî gerçekleştirilmesiz yargılamaya devam edilerek hüküm tesisi yasaya aykırıdır". Kararlar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 Nöember 2020.

129 Benzer bir değişiklik yabancı mahkeme kararlarının tenfizi davaları bakımından gerçekleştirilmemiş olduğundan, bu kararlar bakımından nisbi harç gerekliliği devam etmektedir (Harçlar Kan md 4). Mükerrer harç ödemesine yola açan ve yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde davacı bakımından önemli bir güçlük yaratan bu duruma doktrinde dikkat çekilmektedir. Bkz Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 3) 660-661; Şanlı (n 1) 268; Çelikel and Erdem (n 3) 720. Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi davalarında ödenmesi gereken harç konusunda bkz Musa Aygül, "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri" (Harç-İspat Yükü ve Deliller-Vasıflandırma) (2011) 31(2) MHB 83, 86ff; Köle (n 24) 77-78.

Nisbi karar ve ilam harcı olarak uygulanan oranlar, bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay tarafından hüküm altına alınan kararlar için de aynen benimsenmiştir (I Sayılı Tarife A.III.1.e)¹³⁰. Tahkim yargılamaları ve bu kapsamda yabancı hakem kararlarının tenfizi davaları bakımından nisbi karar ve ilam harcı kaldırılmış olduğuna göre, yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında verilen kararlara karşı yapılan kanun yolu başvuruları bakımından da nisbi karar ve ilam harcı alınmayacağı neticesi hâsıl olmaktadır. Dolayısıyla yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin kararlara karşı istinaf veya temyize başvurulması halinde nisbi değil maktu karar ve ilam harcı alınacaktır¹³¹.

Kanaatimize göre açık olmakla birlikte, aksi düşünülerek yabancı hakem kararlarının tenfizi davaları, tahkim yargılamalarında nisbi karar ve ilam harcından muafiyeti öngören Harçlar Kanunu hükmünün kapsamı dışında görülebilir. Bu ihtimalde dahi 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin uygulama altına giren yabancı hakem kararların tenfizi davalarında nisbi harç alınması mümkün değildir¹³². Zira 1958 tarihli New York Sözleşmesi, sözleşmenin kapsamına giren yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfzinde milli hakem kararlarına nazaran daha yüksek adli harçlar alınmayacağını öngörmektedir (md III). 4686 sayılı TMK'na göre verilen Türk hakem kararlarına karşı açılan iptal davalarında nisbi harç alınması 6728 sayılı Kanunla yapılan değişiklik neticesinde artık mümkün olmadığı gibi (Harçlar Kanunu Ek Tarife A.III.1.a), iptal davasının reddi kararının kesinleşmesi üzerine hakem kararının icra edilebilir olduğunu gösteren belgenin verilmesi de harca tabi değildir (MTK md 15.B). Bu itibarla, 1958 tarihli Sözleşmenin milli hakem kararlarına nazaran Sözleşme kapsamındaki yabancı hakem kararlarından daha yüksek harç alınmayacağı yönündeki hükmü gereği, New York Sözleşmesine tabi yabancı hakem kararlarının tenfizi davaları ile bu davalarda verilen kararlara ilgili kanun yolu başvurularında da nisbi harç alınması mümkün olmayacaktır.

Yine Yargıtay hukuk dairelerine yapılacak temyiz başvuruları ile bölge adliye mahkemelerine yapılacak istinaf yolu başvuruları bakımından başvuru harcı maktu olarak belirlenmiştir (I Sayılı Tarife, A.IV.a,e).

VI. Kanun Yollarına Başvuruda Teminat Gerekli midir?

5718 sayılı MÖHUK'un 48. maddesinde Türk mahkemelerinde dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişiler için, yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere teminat zorunluluğu

130 İstinaf ve temyiz aşamasında harç alınmasının hesaplama bakımından doğurduğu sakıncalar, adalet hissini zedelemesi ve ayrıca yargılamayı kolaylaştıran ve uyuşmazlıkları kısa sürede çözmeyi teşvik eden bir yöntem olmaması nedenleriyle eleştirilmektedir, bkz. Özkes *Pekantitez Usûl* (n 9) 2226 (n 106).

131 Çelikel and Erdem (n 3) 829; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 3) 713 (n 614). "Eldeki dava, yabancı hakem kararının tenfizi istemine ilişkin olup, hakem kararlarının tenfizi davalarında nispi harç alınacağına dair bir düzenleme bulunmadığından, maktu harç alınması gerekir. İlk derece mahkemesince yargılama harcı ile davacı yararına takdir edilen vekalet ücretinin, nispi değil maktu olarak belirlenmesi gereklidir." İstanbul BAM 14 HD, 2100/74, 30.01.2020. Karar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

132 Şanlı (n 1) 436-437; Tarman (n 18) 807.

öngörülmüştür. Yabancılar için öngörülen bu teminat zorunluluğu bir dava şartı olup tek istisnası yabancının tabi olduğu devletle aramızda karşılıklılığın bulunmasıdır¹³³. Karşılıklılığın bulunması halinde dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek veya tüzel kişi teminattan muaf olacaktır (MÖHUK md 48.2).

Acaba yabancılar için öngörülen teminat zorunluluğu kanun yollarına başvuruda da geçerli midir? Yabancı gerçek veya tüzel kişi Türk mahkemesinde verilmiş bir karar bakımından kanun yoluna başvurursa istinaf veya temyizde de MÖHUK md 48'deki teminatı ödemek durumunda olacak mıdır? İnceleme konumuz özelinde, yabancı hakem kararının tenfizi istemi ile ilgili verilen karara karşı kanun yoluna başvuran taraf, yabancı olması halinde teminatla yükümlü müdür? Bu soruyu olumsuz yanıtlamak gerekir. Yani, Türk mahkemesinde verilen karara karşı kanun yoluna başvuran kişi yabancı olması sebebiyle bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay'da teminat göstermek mecburiyetinde değildir.

İstinaf veya temyiz yoluna başvuran yabancı gerçek veya tüzel kişi, yabancı hakem kararının tenfizi davasında davacı veya davalı konumunda olabilir. Tenfiz davası yabancı tarafından açılmış ise, şayet teminattan muafiyeti gerektiren bir durum yoksa bu kişi zaten ilk derece mahkemesinde teminat göstermekle yükümlü olacaktır. Teminatın gösterilmemesi halinde dava şartı yokluğundan tenfiz davası usulden reddedilecektir. Yabancı davacı tarafından teminat gösterilmemesine rağmen, yabancı hakem kararının tenfizi davası görülerek tenfiz isteminin karara bağlanması halinde de bu dava şartı eksikliği başvurulması halinde istinaf veya temyiz aşamalarında da resen dikkate alınır¹³⁴. Bununla birlikte yabancı davacı, hakem kararının tenfizi davasında MÖHUK md 48'e göre teminat yükümlülüğünü yerine getirmiş ise, tenfiz mahkemesinin verdiği karar hakkında kanun yoluna başvurması halinde, bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay'da kanun yolu başvurusu sebebiyle ayrıca bir teminat yükümlülüğü doğmamaktadır. Zira yabancının MÖHUK md 48'den doğan teminat yükümlülüğü, sadece hakem kararının tenfizi davasını açmış olmaktan kaynaklanmaktadır, tenfiz davasında verilen karar aleyhine kanun yoluna başvurmadan değil. Dikkat edilirse MÖHUK'un 48. maddesinde yabancı gerçek ve tüzel kişilerin teminat yükümlülüğü Türk mahkemesinde dava açması, davaya katılması ve icra takibinde bulunmasına bağlanmaktadır. Türk mahkemesinin verdiği karar aleyhine kanun yoluna başvurmak yabancının teminat yükümlülüğüne yol açan bir hal olarak düzenlenmemiştir. Diğer taraftan istinaf kanun yolunda yapılmayacak işlemler arasında kabul edildiğinden bölge adliye mahkemelerinde karşı dava açılması ve davaya müdahale talebinde bulunulması imkânı da bulunmamaktadır (HMK md 357.1).

133 Nomer (n 3) 499-501; Çelikel and Erdem (n 3) 675-677; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 3) 495-497; Doğan (n 3) 94. Teminattan muafiyet konusunda karşılıklılığın varlığı dışında, tabiiyetinde bulunduğu devlet ile Türkiye arasında adli yardım konusunda karşılıklılık olan ve adli yardımdan yararlanabilme durumlarından birinin kapsamına giren yabancının da HMK 35.1.b ve 334.3 maddeleri gereği Türkiye'de açacağı ya da müdahil olacağı davada ya da başlatacağı icra takibinde teminat yatırmak zorunda olmayacağı hakkında bkz Merve Acun Mekengeç, 'Türk Hukuku'nda Teminat Gösterme Yükümlülüğü' (2017) 37(2) MHB 1, 18-19.

134 MÖHUK 48'e göre gerekli teminatın gösterilmemesinin yargılamanın her aşamasında resen dikkate alınacağı yönünde İzmir BAM 8HD, 1279/2466, 10.12.2018; Yargıtay 19HD, 13632/19236, 03.12.2013. Kararlar için bkz <lexpera.com.tr> Erişim tarihi 5 November 2020.

Yabancı hakem kararının tenfizi istemi hakkında verilen karar aleyhine kanun yoluna davalı tarafından da başvurulmuş olabilir. Davalının yabancı gerçek veya tüzel kişi olması halinde, MÖHUK'un 48. maddesi çerçevesinde ilk derece mahkemesinde görülen tenfiz davasında teminat yatırmakla yükümlü olmadığı açıktır¹³⁵. Yabancı davalı, kanun yoluna başvurması halinde de yine teminatla yükümlü değildir. Zira MÖHUK md 48 uyarınca teminat yükümlülüğünü doğuran dava açma veya davaya katılma durumu burada söz konusu değildir. Kanun yolu, ilk derece mahkemesinde görülen davadan ayrı bir dava olmayıp, sadece ilk derece mahkemesi veya istinaf mahkemesi tarafından verilen karara karşı bir denetim mekanizmasının işletilmesi söz konusu olmaktadır. Dava taraflarının vasfı ilk derece mahkemesinde belirlenmiştir. Yabancı davalının istinaf ya da temyize müracaat etmesi onu davacı niteliğine sokmayacaktır. Bu nedenle kanun yoluna sadece yabancı davalının müracaatı halinde de teminat yükümlülüğü bakımından durum değişmeyecektir. Kanun yoluna ister tenfiz talebinde bulunan yabancı davacı isterse yabancı davalı tarafından başvurusun, MÖHUK md 48 çerçevesinde yabancılıktan kaynaklı bir teminat yükümlülüğünden söz edilemez.

HMK'nın 84. maddesi Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşları bakımından Türk mahkemelerinde dava açmaları, davacı yanında davaya müdahil olarak katılmaları veya takip yapmaları halinde, davalı tarafın muhtemel yargılama giderlerini karşılamak üzere teminat yükümlülüğü getirmektedir^{136,137}. Bununla birlikte MÖHUK'ta düzenlenen teminat bakımından ileri sürülenler ile aynı gerekçelerle, kanun yollarına başvuruda HMK md 84 çerçevesinde de bir teminat yükümlülüğünün doğmadığı söylenebilir.

Sonuç

Mahkeme kararlarının denetlenmesine hizmet eden kanun yolları, yabancı hakem kararlarının tenfizi istemiyle Türk mahkemelerinde açılan davalarda verilen kararlar bakımından da söz konusudur. Bu sayede yabancı hakem kararlarının tenfizi istemi hakkında verilen kararlarda yer alabilecek olası hataların düzeltilmesi ve eksikliklerin giderilmesi imkânı doğmaktadır.

Usul hukukunda *lex fori*nin hakimiyetinin bir tezahürü olarak, yabancı hakem kararlarının tenfizi istemi hakkında Türk mahkemelerince verilen kararlara karşı kanun yolları da yine Türk usul hukukunun öngördüğü esaslara tabidir.

135 Çelikel and Erdem (n 3) 672; Nomer (n 3) 498; Acun Mekengeç (n 131) 12.

136 HMK md 85 teminat zorunluluğunu ortadan kaldıran halleri düzenlemektedir. Buna göre; a) davacının adli yardımdan yararlanması, b) davacının, yurt içinde istenen teminatı karşılamaya yeterli taşınmaz malının veya aynı teminatla güvence altına alınmış bir alacağının bulunması, c) davanın, sırf küçüğün menfaatlerini korumaya yönelik olarak açılmış olması ve ç) ilama bağlı olacak için ilamlı icra takibi yapılmış olması hallerinde HMK md 84'te öngörülen teminat istenemez.

137 MÖHUK ve HMK'da öngörülen teminat yükümlülüğü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz Zeynep Çalışkan, *Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat* (Vedat 2013). Ayrıca bkz Tarman (n 18) 808 vd; Köle (n 24) 78-80; Acun Mekengeç (n 131).

MÖHUK'ta yabancı hakem kararlarının tenfizi istemiyle ilgili kararlar bakımından sadece temyiz yolundan söz edilmiş olması, bu kararların istinaf incelemesine tabi olmadıkları anlamına gelmez. İstinaf incelemesiyle görevli bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçtiği 20 Temmuz 2016 tarihinden sonra verilen tenfiz istemine ilişkin kararlar kural olarak istinaf incelemesine tabidir. Tenfiz istemine ilişkin bu tarihten önce verilmiş kararlar bakımından ise istinaf imkânı bulunmayıp, denetim eski kanun yolu sistemine göre devam edecektir. İstinafa başvuru imkânı bakımından hakem kararının verildiği tarih değil, tenfiz kararının verildiği tarih dikkate alınır.

Yabancı hakem kararının tenfizi istemi hakkında verilen karara karşı yapılan istinaf başvurusu üzerine bölge adliye mahkemesi tarafından verilen karar da kural olarak temyize tabidir. Tenfiz prosedürünün de esasen yabancı hakem kararlarının icrasını sağlamak amacıyla Türk mahkemeleri tarafından gerçekleştirilen bir kontrol niteliğinde olduğu düşünülürse, yabancı hakem kararlarının, tenfiz davası, istinaf ve temyiz kanun yolları vasıtasıyla üç aşamalı bir kontrole tabi tutuldukları söylenebilir.

Tenfiz mahkemesinin ya da bölge adliye mahkemesinin kararlarına karşı kanun yoluna başvurulabilmesi için, tenfizi talep edilen hakem kararında hüküm altına alınan miktarın, belirlenen istinaf veya temyiz sınırının üzerinde olması gerekir. Aksi halde bu kararlar kesindir. Diğer taraftan tenfiz davasının sonuçlarını temin etmek üzere, davanın açılmasından önce, dava devam ederken ya da tenfiz istemi karara bağlandıktan sonra, Türk mahkemesinden tenfiz kararının neticelerini temin etmek üzere ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz talep edilmiş olabilir. Söz konusu taleplere ilişkin kararlara karşı da istinaf yoluna başvurulması mümkündür. Ancak bölge adliye mahkemesinin ihtiyati tedbir veya haciz talepleriyle ilgili olarak verdiği kararlar kesin olup, bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurulması mümkün değildir. Yine tenfiz yargılamasında ağır bazı usulî hataların yapılmış olması halinde bölge adliye mahkemesince verilen ilk derece mahkemesine gönderme kararlarına karşı da temyiz yolu kapalıdır.

Yargılamanın iadesi sebeplerinin bulunması halinde, yabancı hakem kararlarının tenfizi istemi hakkında verilen ve kesinleşmiş olan kararlar bakımından da yargılamanın iadesi yoluna başvurulabilir. Tahkim prosedürleri bakımından yargılamanın iadesini özel olarak düzenleyen HMK md 443 hükmü HMK'ya tabi olarak yürütülen tahkim yargılamalarına ilişkin bulunmaktadır. Burada tümüyle HMK sistemi içerisinde ortaya çıkan hakem kararı, yargılamanın iadesi sebeplerinden bazılarının mevcudiyeti halinde, Türk mahkemesi tarafından iptal edilebilmekte, yeniden belirlenecek hakem veya hakem heyeti tarafından yeni bir tahkim yargılaması yapılarak yeni bir hakem kararı verilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu esaslar yabancı hakem kararları bakımından uygulanabilir olmadığından, yabancı hakem kararının tenfiz davasında yargılamanın iadesi HMK md 443 çerçevesinde değil ancak yargılamanın iadesini düzenleyen genel hükümler (HMK md 374 vd) çerçevesinde gerçekleştirilebilir. Bu durumda yeni bir hakem yargılaması

yapılamamakla birlikte, tenfiz yargılamasının yenilenmesi söz konusu olmaktadır. Yenilenen tenfiz yargılamasında ise yabancı hakem kararına konu olan ihtilafın esastan halli değil, yine tenfiz şartlarıyla sınırlı bir incelemenin yapılması gerekecektir.

İstinaf aşamasında tenfiz mahkemesinin kararı usul hukuku ve maddi hukuk kurallarına uygunluk dışında maddi vakıaların doğru tespiti, değerlendirilmesi ve takdiri bakımından da inceleme konusu yapılabilir. İnceleme neticesinde bölge adliye mahkemesi tenfiz mahkemesinin kararını kaldırabilir ve adeta tenfiz mahkemesinin yerine geçerek tenfiz isteminin esası hakkında yeni bir karar verebilir. Bölge adliye mahkemesinin esastan inceleme ve karar verme yetkisi sadece tenfiz yargılaması bakımındandır. Yoksa tenfiz istemine konu hakem kararının ait olduğu tahkim yargılamasında ileri sürülen maddi vakıaların ve delillerin yeniden incelenerek, hakem kararına konu olan uyuşmazlığın esası hakkında bir karar verilmesi söz konusu olmaz. Tenfiz yargılamasında etkili olan revizyon yasağı tenfiz istemiyle ilgili karara karşı başvuru kanun yolu incelemelerinde de geçerlidir.

İstinaf incelemesi kural olarak istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılabilir. Ancak kamu düzeninden olması sebebiyle dava şartlarının mevcudiyeti veya yargılama giderlerinden sorumluluk resen gözetileceği gibi, yabancı hakem kararının kamu düzenine aykırı olması veya Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmayan bir konuda verilmiş olması gibi tenfiz mahkemesi tarafından resen gözetilmesi gereken tenfiz şartları bakımından da istinaf dilekçesinde ileri sürülmüş olup olmadığından bağımsız olarak bölge adliye mahkemesi tarafından resen değerlendirme yapılabilecektir.

Yargıtay tarafından yapılacak temyiz incelemesi ise bir hukuki denetim olduğundan, tenfiz davasında dayanılan maddi vakıa veya delillerin tespit ve değerlendirilmesi söz konusu olmaz. Sadece tenfiz mahkemesi veya bölge adliye mahkemesi kararlarındaki maddi hukuka aykırılıklarla usulî hata ve eksiklikler temyiz incelemesinin kapsamına girer. Yargıtay tenfiz yargılamasının esası hakkında karar veremeyeceği gibi, hakem kararını da gözden geçiremez.

Mahkeme kararına karşı kanun yoluna başvurmak prensip olarak kararın icrasını engellemektedir. HMK’da kabul edilen prensip bu olmakla birlikte, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi davalarında verilen kararlar bakımından durum farklıdır. Tenfiz istemine ilişkin karara karşı kanun yollarının tüketilmemiş olması kararın icrasının askıya alınmasına yol açar. MÖHUK’ta hakem kararının tenfizi istemi konusunda verilen kararların temyizinin kararın icrasını durduracağı kabul edilmiştir (MÖHUK md 57.2, 61.2). Burada istinaf kanun yolundan ve istinafa başvurunun hakem kararının icrası üzerindeki etkisinden söz edilmemiş olsa da, istinaf yoluna başvuru da temyize başvuruda olduğu gibi yabancı hakem kararının icrasını durduracaktır. Zira aksini kabul temyiz icrayı durduracağı yönündeki MÖHUK düzenlemesini anlamsız kılar. Bu

nedenle, yabancı hakem kararları ancak kanun yollarının tüketilmesiyle birlikte icra edilebilir hale gelir. Bu da tenfiz kararının kanun yolları süreçlerinden geçerek veya kanun yollarına başvuru sürelerinin tamamlanması üzerine kesinleşmesiyle mümkün olur. Tenfiz kararının kesinleşmesinden sonra, tenfiz davasına konu olan yabancı hakem kararına dayanılarak ilamlı icra yoluna başvurulabilir.

Tenfiz kararına karşı kanun yollarının tüketilmemiş olması, kararın icrasını durdurduğu için, tenfiz kararının kesinleşmesine kadar hukuki koruma ihtiyacı devam etmektedir. Bu nedenle yabancı hakem kararının tenfizi davasının sonuçlarını temin etmek üzere alınmış olan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararlarının etkisinin de, tenfiz kararı kesinleşinceye kadar devam etmesi gerekir.

Tahkim yargılamalarında alınan nisbi karar ve ilam harcı 15 Temmuz 2016 tarihinde Harçlar Kanununda yapılan değişiklikle kaldırılmıştır. Bu itibarla tahkim yargılamasının bir parçası olarak mütalaa edilmesi gereken yabancı hakem kararlarının tenfizi davaları ve bu kararlara karşı başvuru kanun yolları bakımından da ilgili tarihten sonra nisbi harç alma imkânı sona ermiştir.

Kanun yollarına başvuru, dava açma veya davaya katılma niteliğinde olmadığından, yabancı hakem kararının tenfize ilişkin karara karşı kanun yollarına başvuranın yabancı olması veya mutad meskeninin yurt dışında olmasına istinaden MÖHUK veya HMK hükümleri çerçevesinde bir teminat yükümlülüğü doğmamaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

- Acun Mekengeç M, 'Türk Hukuku'nda Teminat Gösterme Yükümlülüğü' (2017) 37(2) MHB 1-33.
- Akıncı Z, *Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Dokuz Eylül Üniversitesi 1994).
- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim*, (5th edn, Vedat 2020).
- Alangoya Y, Yıldırım K and Deren-Yıldırım N, *Medenî Usul Hukuku Esasları* (8th edn, Beta 2011).
- Arslan İ, 'Milletlerarası Ticari Tahkimde Türk Mahkemelerinin İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisi' (2016) 7(27) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 691-728.
- Arslan R, Yılmaz E and Taşpınar Ayvaz S, *Medenî Usul Hukuku* (3rd edn, Yetkin 2017).
- Atalı M, Ermenek E and Erdoğan E, *Medenî Usul Hukuku* (3rd edn, Yetkin 2020).
- Atalı M, 'Karar ve Hüküm' in Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan and Hülya Taş Korkmaz (eds), *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku* (15th edn, On İki Levha 2017).

- Ataman Figanmeşe İ ‘Milletlerarası Ticarî Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerde Mükerrer Kontrolle Tâbi Tutulmaları Sorunu Ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri’ (2011) 31(2) MHB 35-81.
- Ataman Figanmeşe İ, ‘Hakem Kararlarının İptali Kararlarına Karşı İstinaf Yoluna Başvurmadan Doğrudan Temyiz Yoluna Başvurulup Başvurulamayacağı Sorunu ve Soruna İlişkin Güncel Gelişmeler’ (2017) 37(2) MHB (Prof. Dr. Yücel Sayman’a Armağan) 113-168.
- Aybay R and Dardağan E, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)* (2nd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2008).
- Aygül M, ‘Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması Ve Tenfizi Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri’ (Harç-İspat Yükü ve Deliller-Vasıflandırma) (2011) 31(2) MHB 83-121.
- Bozanoğlu S and Günay ME, ‘Tenfiz Edilmemiş Yahut Kesinleşmemiş Yabancı Mahkeme Ve Hakem Kararlarının Türk İcra İflas Hukuku Işığında “İnfaz” Kabiliyeti Genel Haciz Yolu İle İlamsız Takibe Konu Edilip Edilemeyeceği Uygulamada Yaşanan Sorunlar’ (2017) 91(1) İstanbul Barosu Dergisi 226-240.
- Budak AC and Karaaslan V, *Medenî Usul Hukuku* (4th edn, Adalet 2002).
- Çalışkan Z, *Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat*, İstanbul 2013
- Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020).
- Deren Yıldırım N, ‘Kanun Yollarına Dair Bazı Düşünceler’ in *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı - IV Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı (Türkiye Barolar Birliği 2007)* 3-17.
- Deynekli A, ‘Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar’ (2014) 16(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcantez’e Armağan) 105-122.
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş 2020).
- Ekşi N, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Beta 2013).
- Ekşi N, ‘6545 sayılı Kanun’un Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Görevli Mahkeme Üzerindeki Etkisi’, *UTTDER* (2017) 6(2) 381-396.
- Ekşi N, ‘Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi’ (2009) 67(1) Ankara Barosu Dergisi 54-74.
- Ekşi N, ‘Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni’ (2020) 40(1) PPIL 143-201.
- Erten R, ‘Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararları Hakkında Tenfiz Kararı Almak Her Zaman Zorunlu mudur?’ (2005-2006) 25-26 MHB (Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan) 195-211.
- Erten R, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri* (Adalet 2010).
- Esen E, *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili* (Beta 2008).
- Gölcüklü İ, *Milletlerarası Tahkimde Dava Açma Yasakları* (On İki Levha 2018).
- Demir Gökyayla C, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni* (Seçkin 2001).
- Huysal B, ‘6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler’ (2012) 32(1) MHB 71-101.
- Kalpsüz T, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim* (2nd edn, Yetkin 2010).
- Karlı A, *Medeni Muhakeme Hukuku* (4th edn, Alternatif 2014).

- Koral R, 'Hakemlik Kararına İfade Edilecek Yerlilik veya Yabancılık Vasıfları Hakkındaki Türk Sistemi ve 1951 tarihli Yargıtay Genel Kurulunun «Otorite Kanunu» Kriteri' (1976) 42(1-4) İÜHF 155-199.
- Köle M, 'Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizinde Usul' (2016) 21(34) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 39-98.
- Kuru B, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı II* (Yetkin 2020).
- Nomer E, *Devletler Hususî Hukuku* (22nd edn, Beta 2017).
- Nomer E, Ekşi N and Öztekin Gelgel G, *Milletlerarası Tahkim I* (5th edn, Beta 2016).
- Önal A, 'Tanıma Ve Tenfiz Kararlarının Hukuki Niteliği' PPIL (2017) 37(2) 576-610.
- Özekes M, 'Kanun Yolları' in Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan and Hülya Taş Korkmaz (eds), *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (15th edn, On İki Levha 2017).
- Öztekin Gelgel G, 'New-York Konvansiyonu'na Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay'ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi' (2002) 22(2) MHB (Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan) 1137-1158.
- Sakmar A, *Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları* (Fakülteler Matbaası 1982).
- Şanlı C, Esen E and Ataman Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8th edn, Beta 2020).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019).
- Şit B, *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (İmaj 2005).
- Şit Köşgeroğlu B, 'Yabancı Hakem Kararlarının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi' (2011) 15(3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-30.
- Tarman ZD, 'Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler' (2017) 37(2) PPIL 798-820.
- Taşpınar Ayvaz S, 'Asliye Ticaret Mahkemeleri Hakkında Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tahkimde Görevli Mahkeme' (2014) 16(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan) 469-482.
- Tiryakioğlu B, *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi* (AÜHF 1996).
- Tüysüz C, *Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflâs Hukukundaki Davalar* (Beta 2017).
- Uyar C, 'Kesinleşmemiş Tenfiz İlamına Dayanarak İhtiyati Haciz Talep Edilebilir mi?' (2012) 86(3) İstanbul Barosu Dergisi 295-305.
- Yılmaz N, 'Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Davalarında Harç Meselesi Üzerine İnceleme' (2010) 83(5) İstanbul Barosu Dergisi 2898-2920.

Anayasa Mahkemesi'nin Sherapat Yagmyrova Kararı* Üzerine Bazı Değerlendirmeler

Some Reviews on Sherapat Yagmyrova Decision* of Constitutional Court

Esra Dardoğan Kibar[†], Doğa Elçin^{**}, Oğün Erşan Aydınli^{***}

Öz

Anayasa Mahkemesi, 2020 yılında *Sherapat Yagmyrova (Yagmurova)* tarafından, kendisinin sınır dışı edilmesi nedeniyle özel ve aile hayatına saygı hakkının, eşitlik ilkesinin, kötü muamele ve işkence yasağının; idari gözetim altında tutulma nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılmış olan bireysel başvuruya ilişkin bir karar vermiştir. Bu kararda başvurucunun özel hayat ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiası açıkça dayanaktan yoksun olması; eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddiası da benzer şekilde dayanaktan yoksun olması; kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiası ise kanun yollarının tüketilmemesi sebebiyle kabul edilemez olarak değerlendirilmiştir. Söz konusu bireysel başvuru kararı hem güncel tarihli olması hem ihlal iddialarının çokluğu hem de Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli konulardaki son yaklaşımlarını yansıtmaması nedeniyle dikkat çekmektedir. Öte yandan karara konu olay bulaşıcı hastalık nedeniyle sınır dışı edilme gibi tartışmalı bir konuyu da içermesi sebebiyle karar incelemeye değer görülmüştür. Çalışmada başvurucunun iddiaları hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları hem de Anayasa Mahkemesi'nin daha önce verdiği kararlar ışığında ele alınmıştır. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi'nin *Sherapat Yagmyrova (Yagmurova)* kararında vermiş olduğu karar değerlendirilerek başvuruya konu edilen iddialar hakkında çeşitli değerlendirmeler yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Sherapat Yagmyrova (Yagmurova) Kararı, Sınır Dışı Etme, Aile Hayatına ve Özel Hayata Saygı Hakkı, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı

Abstract

Constitutional Court has delivered a judgement dealing with her assortment that was put forward by *Sherapat Yagmyrova (Yagmurova)* including violation of private and familial life, principle of equality, cruel treatment and torture for her deportation, and violation of personal liberty and security resulted from her being kept under detention. In this judgement, due to violation of the applicant's private and familial life hasn't been based upon any ground; and her assessment on violation about equality principle and interdiction of discrimination also doesn't have any ground; and also, her assessment on personal liberty and security would not be admitted since not being exhausted of domestic remedies. The aforementioned application judgement calls attention due to both its current date and the abundance of assertion of violation and it also reflects the latest attitude of the Constitutional Court on various questions. On the other hand, since the subject of decision includes a controversial topic such as being deported due to a communicable disease has been considered to be evaluated. In this study, the applicant's assertion has been evaluated in the light of both previous judgments of the Constitutional Court and European Court of Human Rights. Within this scope, the

* Sorumlu Yazar: Esra Dardoğan Kibar (Prof Dr.), Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: esra.dardogankibar@atilim.edu.tr ORCID: 0000-0001-7622-1246

** Doğa Elçin (Doç. Dr.), Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: dogaelcin@atilim.edu.tr ORCID: 0000-0002-5218-8709

*** Oğün Erşan Aydınli (Arş. Gör.), Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: ogun.aydinli@atilim.edu.tr ORCID: 0000-0002-0665-3753

Atf: Dardagan Kibar E, Elcin D, Aydınli OE, "Anayasa Mahkemesi'nin Sherapat Yagmyrova Kararı* Üzerine Bazı Değerlendirmeler" (2020) 40(2) PPIL 1477. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.832066>

judgement of the Constitutional Court about *Sherapat Yagmyrova (Yagmurova)* has been evaluated and the subjects dealing with application have been taken into account.

Keywords

Sherapat Yagmyrova Decision, Expulsion, Right to Respect for Private and Family Life, Right to Equality and Non-Discrimination, Right to Liberty and Security

Extended Summary

In our paper, the first issue to be analysed has been the alleged violation of the right to respect for private and family life embodied and guaranteed in articles 20 and 41 of the Constitution.

The applicant maintained that her deportation was in breach of the right to respect for private and family life by invoking that her deportation and removal to Turkmenistan would result in rupture of her family ties with her daughters and in damages in family integrity. This allegation has been declared inadmissible by the Turkish Constitutional Court (Court) as being manifestly ill-founded. Concerning the alleged violation of the right to respect for family life, in the absence of evidence about the existence of additional relationship of dependence between the applicant and her adult daughters, the normal emotional family ties have been considered by the Court as insufficient to motivate the guarantees embodied in articles 20 and 41. On the other hand, the Court declared that the applicant couldn't prove that she has established in Turkey strong ties to be protected in the sphere of the right to respect for private life.

Our study on alleged violation of the right to respect for family life due to deportation is focused on the definition of family life in the jurisprudence of Court and the European Court of Human Rights (ECHR). The restrictive view adopted by the ECHR in conceptualizing the family life in the sphere of article 8 of the European Convention of Human Rights (Convention) excludes, in migration cases, the relationship between parent and adult children unless they can demonstrate additional elements of dependence. This view which constitutes a model for the Court is analysed and discussed in consideration of relevant cases. A previous judgment rendered by the Court may be considered as adopting less rigid approach in comparison to dominant approach in the jurisprudence of ECHR.

The assessment of the alleged violation of the right to respect to private life appears to play a somewhat secondary role by regards to the examination of deportation cases by the ECHR for the purposes of the guarantees provided by the article 8 of the Convention. The essential subject of discussion in the decision of Court concerning the right to respect to private life is the emphasizing of the lack of evidence in the application file for long-time and "lawful" residence in Turkey. This issue has been analysed by taking into consideration relevant decisions of the ECHR.

In this study, deportation from the standpoint of public health and on which cases will communicable diseases be considered as justification of deportation has been discussed. According to World Health Organisation, the possibility of contraction of an infectious disease of foreigners, whose standard of living is low and who fall short of treatment opportunity and vaccination in the origin, transit, destination country as well as other foreigners in the country who are in the need of international protection, is higher. Research have been shown that the risk of contraction to an infectious disease spread from the refugees among the citizens of the country is lower in comparison with the citizens in the country.

Public health and security are the most encountered reasons of deportation in enforcement, among others. Nevertheless, it is emphasized that deportation of a foreigner who has an infectious disease should be considered as a last resort. Because during the execution of deportation, the opportunity of treatment has been more difficult and thus the possibility of contamination is higher.

Although Administrative Court has searched deficient examination on deportation with the reasons of public health, the reason have not been based on concrete events and proof, it has been understood that the deportation judgement about the applicant with the public health reasons doesn't put forward any concrete data on infringe of prohibition of equality and so the assertion of the applicant hasn't been based on any principle.

The applicant was taken under administrative detention to be deported. The administrative detention decision was appealed, but the appeal was dismissed. The decision regarding this appeal is final judgement according to Turkish law. Later, the administrative detention decision was lifted by the administration. The applicant also alleged that her right to freedom and security of person was violated due to this administrative detention. However, the Court stated that the person could claim this violation in administrative courts. Therefore, the Court rejected the request with the reason of the legal remedies were not exhausted. Considering the previous decisions of the Court, it has decided that if the appeal against the decision of administrative detention is rejected, individual application can be filed. However, in this decision, the Court stated that it was possible to proceed to the administrative court since the administrative detention was terminated by the administration. However, in our opinion, in the lights of previous decisions of the Court, there is no legal interest of applying to the administrative court since there is a final court decision since administrative courts would be bound by final judgement on administrative detention appeal.

Anayasa Mahkemesi'nin Sherapat Yagmyrova Kararı* Üzerine Bazı Değerlendirmeler

Giriş

Anayasa Mahkemesi'nin *Sherapat Yagmyrova (Yagmurova)* Başvurusu üzerine vermiş olduğu 21.07.2020 tarihli kararında, sınır dışı edilme kararı nedeniyle özel hayat ve aile hayatına saygı hakkının, eşitlik ilkesinin, kötü muamele ve işkence yasağının; idari gözetim altında tutulma nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği yönündeki iddialar değerlendirilmiştir¹.

İlgili olaylar kısaca özetlenecek olursa, başvuru Türkmenistan uyruklu *Yagmyrova (Yagmurova)*, 1964 doğumludur. Başvurucunun 1991 ve 1990 doğumlu iki kızı bulunmaktadır. Başvurucu, 19.07.2016 tarihinde Batum'a gitmek üzere Atatürk Havalimanı'nda iken yapılan pasaport kontrolünde, başvurucunun daha önceki soyadının *Yagmyrova* olduğu anlaşılmış, hakkında vize ihlali ve ikamet izninin geçersiz olması nedeniyle 28.07.2012 tarihinde yurda giriş yasağı koyulduğu, buna karşın yasa dışı yollardan Türkiye'ye geldiği tespit edilmiştir. Yapılan sağlık kontrolünde başvurucunun TPHA testlerinin pozitif çıktığı, *sifilis* bulaşıcı hastalığı olduğu anlaşılmıştır. İstanbul Valiliği tarafından 20.07.2016 tarihinde Türkiye'ye giriş kurallarını ihlal ettiği, kamu düzenini ve kamu sağlığını tehdit ettiği, kaçma ve kaybolma riski bulunduğu gerekçeleriyle başvuru hakkında sınır dışı ve idari gözetim kararı alınmıştır². Başvurucu 20.07.2016 tarihinde sınır dışı edilmek üzere İstanbul İl Göç İdaresi Müdürlüğü Geri Gönderme Merkezine yerleştirilmiştir. Başvurucunun idari gözetim kararına karşı yaptığı itiraz İstanbul 2. Sulh Ceza Hakimliğinin 02.08.2016 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Söz konusu karar aynı tarihte kesinleşmiştir. Bununla birlikte İstanbul İl Göç İdaresi Müdürlüğüne başvurucunun mide rahatsızlığı olması ve düzenli olarak ilaç tedavisi görmesi dikkate alınarak on beş günde bir imza vermesi şartıyla 22.08.2016 tarihinde salıverilmesine karar verilmiştir³.

Başvurucu, 28.07.2016 tarihinde sınır dışı edilmesi kararına karşı İstanbul 1. İdare Mahkemesinde iptal davası açmıştır. Başvurucu dava dilekçesinde iki kızının Türkiye'de üniversite eğitimi aldığını, sınır dışı edilmesi hâlinde aile birliğinin bozulacağını belirtmiş; ayrıca ek beyan dilekçesi vererek özel bir hastaneden temin ettiği raporu sunarak test sonucunun geçirilmiş eski hastalığı gösterdiğini ve aktif bulaşıcı hastalığı olmadığını belirtmiştir⁴. Davalı idare birinci savunma dilekçesinde, davacının Ahıska Türkü olmadığı hâlde Ahıska Türklerine verilen 14.04.2010 tarihli

1 Başvuru 21.03.2017 tarihinde yapılmış olup, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur. Komisyonda başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiş; Bölüm başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığı'na gönderilmiş, Bakanlık görüş bildirmemiştir.

2 Anayasa Mahkemesi, 2017/11905, 21.7.2012, para 8.

3 ibid para 9.

4 ibid para 10.

ikamet tezkeresi düzenlendiğinden bahisle tahdit kaydı bulunduğu, ayrıca 30.07.2009 tarihli semti meçhul tahdit kaydı ve 13.12.2011 tarihli N-99 (istizanlı vize) tahdit kaydı bulunduğu belirtilmiştir. Ayrıca Ahıska Türklerine verilen ikametgâh belgesi düzenlendiğinden bahisle resmî belgede sahtecilik suçundan Mersin 2. Asliye Ceza Mahkemesinde kamu davası açıldığı ifade edilmiştir. Başvurucunun TPHA testlerinin pozitif çıktığı, *sifilis* hastalığı olduğu, kamu düzenini ve kamu sağlığını tehdit ettiği ifade edilmiştir. Başvurucunun istizanlı vize tahdit kodu koyulmasına rağmen ön izin alınmadan 06.04.2014 tarihinde ülkeye giriş yaptığı anlaşıldığından legal yollardan geldiğinin kabul edilmeyeceği savunulmuştur⁵.

İdare Mahkemesi, 26.12.2016 tarihinde davayı kesin olarak reddettiği kararında, süresi dolmuş olan tahdit kayıtları nedeniyle davacının Türkiye'ye girişinin yasa dışı sayılamayacağı ve tahdit kayıtları neden gösterilerek sınır dışı etme kararı alınmasının hukuka uygun olmadığı ancak hakkında TPHA *sifilis* tanısı bulunduğundan kamu sağlığı açısından tehdit oluşturduğu sabit görülerek sınır dışı edilmesine ilişkin işlemin hukuka aykırı olmadığı ifade edilmiştir⁶. Karar başvurucuya 27.02.2017 tarihinde tebliğ edilmiş, başvurucu 21.03.2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur⁷.

Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesi'nin *Sherapat Yagmyrova (Yagmurova)* Başvurusu üzerine verdiği karar, özel hayat ve aile hayatına saygı hakkının, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddialar ve kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı açısından değerlendirilmeye çalışılacaktır.

I. Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı Hakkının İhlâl Edildiğine İlişkin İddia

A. Başvuruya Temel Oluşturan Olay ve Olgular- İddianın İçeriği

Başvuru tarihinde yaklaşık 53 yaşında bulunan başvurucu *Sherapat Yagmyrova*, 26 ve 27 yaşında iki çocuğa sahiptir⁸. Başvurucu, beyanına göre, iki kızıyla birlikte yaşamaktadır⁹. *Yagmyrova* başvuru formunda ev hanımı olduğunu belirtmiştir. Başvuruda, *Yagmyrova*'nın herhangi bir işte çalıştığına, kızlarının eğitim ve bakım masraflarını üstlendiğine, kızlarının onun bakım ve yardımına muhtaç olduğuna ilişkin bir iddia veya bilgiye yer verilmemiştir¹⁰.

5 ibid para 11.

6 ibid para 12.

7 ibid para 14. Başvurucunun sınır dışı işlemine yönelik tedbir kararı verilmesi istemi, Anayasa Mahkemesinin 23.03.2017 tarihli kararı ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 73. maddesi uyarınca reddedilmiştir. 14.12.2017 tarihinde resmî belgede sahtecilik suçundan açılan dava sonucunda başvurucunun, suçun yasal unsurlarının oluşmadığından beraatine karar verildiği anlaşılmıştır. Bkz ibid para 16.

8 ibid paras 8, 40.

9 ibid para 30.

10 ibid para 40.

Başvurucu, Türkiye’de kızlarıyla birlikte yaşadığını, kızlarının çalışma ve öğrenci ikamet izinlerinin bulunduğunu, sınır dışı edilerek Türkmenistan’a gönderilmesi halinde, birlikte yaşadığı kızlarıyla bağının kopacağını, aile bütünlüğünün bozulacağını ifade etmiştir. *Yagmyrova*, bu nedenlerle, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür¹¹.

B. İddianın Anayasa Mahkemesi Tarafından İncelenmesi

1. İddiaya İlişkin İncelemede Esas Alınan Düzenlemeler ve İçtihat

Özel hayat ve aile hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın değerlendirilmesinde, Anayasa Mahkemesi tarafından esas alınan genel ilkeler, Anayasa’nın, aile hayatına saygı hakkını güvence altına alan 20. maddesinin birinci fıkrası ve ailenin korunması için devlete ödevler yükleyen 41 maddesinde yer almaktadır¹². Kararda, ayrıca, “İlgili Hukuk” başlığı altında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS), özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesi zikredilip, hükmün uygulanmasına dair Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı özetlenmiştir.

Özetlenen içtihadta vurgulanan hususlar şu şekilde özetlenebilir:

Yabancı kişinin yakın aile bireylerinin bulunduğu bir ülkeden ayrılmak zorunda olması, bazı koşullarda, aile hayatına saygı hakkının ihlaline yol açabilir¹³. AİHM birçok içtihadında, belirli suçları işlemiş olmaları dolayısıyla kamu düzeni açısından tehlike oluşturdukları düşüncesiyle sınır dışı edilmelerine karar verilen başvuruçular tarafından aile hayatına saygı bağlamında ileri sürülen ihlal iddialarını değerlendirmiş, söz konusu işlemlerin kişilerin aile hayatına müdahale oluşturduğunu belirtmiştir¹⁴. Ancak AİHS bir yabancının istediği ülkeye girme, ülkede ikamet etme veya aile hayatını belli bir ülkede kurma hakkını güvence altına almamaktadır. Sözleşmeciler devletler yabancıların ülkeye giriş, ülkede ikamet ve ülkeden sınır dışı edilmelerini denetleme hakkına sahiptir¹⁵.

Sözleşme tarafından sağlanan güvenceler, esas olarak ülkede yasal olarak ikamet eden yabancıları kapsar. Bununla birlikte, belli koşullar altında ülkede hukuka aykırı olarak ikamet eden yabancıların da aile hayatına saygı hakkına ilişkin olarak Sözleşme’nin tanıdığı güvencelerden yararlanmaları söz konusu olabilir. Ancak göç kontrolü ve kamu düzeninin korunması için söz konusu olan gereklilikler aile hayatına saygı hakkının sınırlandırılmasında devlete geniş takdir yetkisi verir¹⁶.

11 ibid.

12 ibid paras 31-33.

13 ibid para 23.

14 ibid para 27.

15 ibid paras 20-21.

16 ibid para 24.

Sözleşme'nin 8. maddesinin sağladığı güvenceler açısından, sınır dışı etme ve ülkeye kabul ile ilgili davalarda, aile kavramı çekirdek aile sınırlı olarak anlaşılmaktadır. Çiftler arasındaki ilişkilerle anne-baba ve küçük çocuklar arasındaki ilişkiler bu kavram kapsamında mütalâa olunur. Yetişkin çocuklar aileye bağımlı ve muhtaç oldukları ispat edildiği ölçüde aile kavramına dâhil edilirler¹⁷. Mevcut aile hayatının söz konusu olup olmadığı, aile hayatına yönelik tedbirin kesinleştiği, nihai hâle geldiği tarih itibariyle dikkate alınır¹⁸.

2. Anayasa Mahkemesi Tarafından Yapılan İnceleme ve Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi, ilk olarak 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun ve İçtüzüğü'nün ilgili hükümlerine dayanarak, ihlal iddialarının kanıtlanması külfetinin başvurucuya düştüğünü ifade etmiştir. Bu kurallar uyarınca, ihlal edildiği öne sürülen hak ve özgürlükler ile dayanılan Anayasa hükümlerinin, ihlal gerekçelerinin, temel alınan delillerin ve ihlal iddiasına esas olan idarî işlem veya kararların aslı veya örneğinin dava dilekçesine eklenmesi gerekir. Başvuruda, ihlal iddiasının dayandırıldığı tüm olaylar sunulmalı, hükmün esasını etkileyecek argümanlar başvuru dilekçesinde yer almalıdır¹⁹.

Aile hayatı kavramına dair mütalâada, Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerinde hükme bağlanmış olan aile hayatına saygı hakkı, kamusal makamların bu konudaki pozitif yükümlülüğü ve buna ilişkin içtihat vurgulandıktan sonra, sınır dışı etme ve ülkeye kabulle ilgili başvurularda, aile kavramının çekirdek aile olarak, çiftler arasındaki ilişkiler ile anne-baba ve küçük çocuklar arasındaki ilişkileri kapsayacak şekilde ele alınmasının gerektiği belirtilmiştir. Yetişkin çocukların aile kavramına dâhil edilmeleri, aileye bağımlı ve muhtaç oldukları ispat edilebildiği ölçüde mümkündür²⁰. Somut olayda, başvurucunun kızları, başvuru tarihi itibariyle, 26 ve 27 yaşlarında yetişkin kişilerdir. Başvurucunun herhangi bir işte çalıştığına dair bilgi mevcut değildir. Başvurucu, kızlarının eğitim ve bakım masraflarını üstlendiği veya kızlarının kendisinin bakım ve yardımına muhtaç olduğu konusunda hiçbir iddiada bulunmamış, herhangi bir somut bilgi vermemiştir. Başvurucu ile kızları arasında duygusal bağlar bulunduğu kuşku yoksa da yetişkin çocukların aileye bağımlı ve muhtaç oldukları ispatlanmadığından sadece aile olmaktan kaynaklanan duygusal bağlar, Anayasa'nın 20. ve 40. maddelerinde hükme bağlanan güvenceleri harekete geçirmeye yeterli görülmemiştir²¹.

Öte yandan, kararda başvurucunun Türkiye'de uzun yıllardır yasal olarak bulunduğunu ortaya koyamadığı, başvuruda, özel hayata saygı kapsamında korunması

17 ibid para 25.

18 ibid para 26.

19 ibid paras 34, 36.

20 ibid para 39.

21 ibid para 40.

gereken kişisel, sosyal ve ekonomik güçlü bağlar kurulduğunun da kanıtlanmadığı ifade edilmiştir²².

Sonuçta, somut olayda başvuruçunun iddiasına ilişkin delilleri sunma ve temel hak ve özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin açıklamalarda bulunma yükümlülüğünü yerine getirmediği ifade edilerek başvurunun “özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlali” iddiası ile ilgili kısmının “açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir²³. Bu itibarla, Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük ilkesi açısından değerlendirme yapılmamıştır.

C. Karar Hakkında Değerlendirme

1. Aile Hayatına Saygı Hakkının İhlali İddiasının Ele Alınışı

Aile hayatına saygı hakkının somut olayda ihlal edilip edilmediğine ilişkin Anayasa Mahkemesi değerlendirmesinde, aile kavramına başvuruçunun yetişkin çocuklarının dâhil edilmemesinin belirleyici unsur olduğu görülmektedir.

İlgili kişinin, çocuklarının veya aile bağı içinde olduğu diğer aile üyelerinin bulunduğu ülkeden sınır dışı edilmesi veya aile üyelerinin bulunduğu ülkede bu kişilerle birlikte olmasının engellenmesinin AİHS m.8 açısından aile hayatına saygı hakkına yönelik müdahale oluşturabileceği kabul edilir²⁴. AİHM içtihadında, sınır dışı etme işleminin AİHS m.8’ini ihlalini oluşturup oluşturmadığı tespit edilirken başvuruçunun sınır dışı edildiği/ edileceği ülke ve gönderileceği ülke ile bağlarının kapsamı dikkate alınır²⁵.

Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği üzere, başvuruçunun *Yagmyrova* hakkında sınır dışı etme ve idari gözetim kararı, Türkiye’ye giriş kurallarını ihlal ettiği, kamu düzenini ve sağlığını tehdit ettiği, kaçma ve kaybolma riski bulunduğu gerekçesiyle alınmıştır²⁶. İdare Mahkemesi kararında, *Yagmyrova*’nın ülkeye girişinin giriş yasaklarının süresinin 2012’de dolmuş olması sebebiyle yasaya aykırı sayılmayacağı bildirilmiştir²⁷. Esasen, Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği gibi, belirli koşullar altında ülkede hukuka aykırı olarak bulunan yabancıların aile yaşamının da AİHS m. 8’in sağladığı güvencelerden yararlanması söz konusu olabilir²⁸. Anayasa Mahkemesi

22 ibid para 41.

23 ibid paras 41-42.

24 Ursula Kilkelly, *Le droit au respect de la vie privée et familiale, Un guide sur la mise en œuvre de l’article 8 de la Convention Européenne des Droits de l’Homme* (Conseil de l’Europe 2003), 60-61. İlgili içtihat hakkında bkz. Anayasa Mahkemesi, ‘Sherapat Yagmyrova’ (n 2) paras 23-27.

25 ibid 61.

26 ibid 8.

27 ibid 12.

28 ibid 24.

kararının aile kavramına odaklanması dolayısıyla, somut olayda İdare Mahkemesi kararında ifade edildiği üzere, yasa dışı giriş de söz konusu olmadığından yabancının ikametinin hukuka uygun veya hukuka aykırı olmasının aile hayatına saygı hakkının değerlendirilmesine etkisi üzerinde ayrıntılı olarak durulmayacak, bu hususa kısaca özel hayata saygı hakkının ihlali iddiasına dair kısımda değinilecektir²⁹.

Anayasa Mahkemesi kararında, AİHM içtihadında belirlenen ilkelere geniş atfı yapılmıştır. AİHM içtihadı söz konusu kararla irtibatlı olarak incelendiğinde, temel nokta, AİHS m.8 kapsamında, aile kavramının içeriğinin, göçle ilgili konularda daha dar olarak belirlenmesidir. Genel olarak, m.8 açısından, aile, anne-baba ve küçük çocuklar dışında, anne-baba ile ergin çocuklar, büyük anne, büyük baba, nişanlı çiftler gibi yakınlar arasındaki bağlar üzerinden tanımlanır³⁰. Anne-babanın birbiriyle evli olup olmaması, küçük çocuğun ebeveyniyle birlikte yaşayıp yaşamaması dikkate alınmaz³¹. Ancak göçle ilgili olaylarda, anne-baba ve küçük/ bağımlı yetişkin çocukları arasındaki ilişkileri içine alan bir aile kavramsallaştırması söz konusudur³². Yetişkin kardeşler arasındaki veya anne-baba ve yetişkin çocukları arasındaki ilişkiler, ancak somut olayın koşullarına bağlı olarak AİHS m. 8'de öngörülen korumanın kapsamına girebilir. İlke olarak, Anayasa Mahkemesi kararında da vurgulandığı gibi, sınır dışı etme ve ülkeye giriş alanında (göçle ilgili konularda) yetişkinler arasındaki ilişkiler, normal, duygusal bağların ötesine geçen bağımlılık unsurlarının varlığı tespit edildiği takdirde m. 8 kapsamında koruma görebilir³³.

Yetişkin aile bireyleri arasındaki ilişkiler açısından AİHS m. 8 kapsamında korumanın gündeme gelmesini sağlayacak durumlar konusunda, AİHM'nin oldukça kısıtlayıcı bir yaklaşım benimsediği söylenebilir. Örneğin, *Senchishak v. Finland* kararına (no 5049/12, 18.11.2014) esas olan olayda, Finlandiya vatandaşı olan kızının yanında yaşayan 72 yaşındaki Rus kadının ikamet izni talebi Finlandiya makamlarınca reddedilip, hakkında ülkeden uzaklaştırma kararı verilmiştir. AİHM, 8. madde açısından yaptığı inceleme sonucunda, başvurunun 5 yıl boyunca kızının

29 İkametin yasal veya yasa dışı oluşuna göre farklılaşan kistaslar hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. Mark Klaassen, 'Between facts and norms: Testing compliance with Article 8 ECHR in immigration cases' (2019) 37 (2) Netherlands Quarterly of Human Rights 157, 160 vd.

30 Alan Desmond, 'The Private Law of Family Matters: Curtailing Human Rights Protection for Migrants under Article 8 of the ECHR?' (2018) 29 (1) The European Journal of International Law 261, 266; Doğa Elçin, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Aile İkamet İzni: Aile Hayatı Hakkı mı? Aile Birleşimi Hakkı mı?' (2017) 30 (1) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 117, 130-131; Ivana Ragna, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları* (Avrupa Konseyi 2012), 28.

31 Desmond (n 30) 266.

32 Göç hukukuna giren olaylarda, çekirdek aile içi ilişkiler m.8 kapsamında ele alınmakla birlikte, bu ilişkiler mevcut olduğunda da, aile hayatının nitelik ve doğasının değerlendirildiği görülmektedir. *Üner v. Netherlands* App no. 46410/99 (ECHR, 18 October 2006) kararında, başvurunun partneri ve bu beraberlikten doğan çocuğu ile kısa süre birlikte yaşadığına dikkat çekilmiş, bu durumda aile hayatına müdahalenin aile hayatı üzerindeki etkisinin, daha uzun süre aile hayatı sürdürme halleriyle aynı bulunmayacağı sonucuna varılmıştır (para. 61).

33 Council of Europe, 'Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights Right to respect for private and family life, home and correspondence' < <https://www.refworld.org/docid/5a016ebe4.html> > Erişim Tarihi 4 December 2020, 380. İlgili bazı kararlar için bkz. *S. & S. V. United Kingdom* App no. 10375/83 (ECHR 10 December 1983); *Slivenko v. Latvia* App no. 48321/99 (ECHR 9 October 2003); *A. S. v. Switzerland* App no 39350/13 (ECHR 30 June 2015).

yanında yaşamasının AİHS m.8 kapsamında aile hayatı teşkil etmediğini tespit etmiştir. Başvurucunun sağlık sebepleriyle günlük hayatında dış yardıma muhtaç olmasının kızının yanında yaşama zorunluluğunu beraberinde getirmediği, Rusya’da da sağlık kurumlarının bulunduğu vurgulanmıştır³⁴.

Bu kısıtlayıcı bakışın nispeten esnekleştiğini akla getiren az karar vardır. *Maslov v. Austria* kararında³⁵, ülkeden uzaklaştırma kararı alındığında ergin olmayıp karar nihaileştiğinde ergin olan ve anne-babası ile birlikte yaşayan kişi ile ilgili olarak, duruma göre aile hayatı hakkına yönelik müdahalenin söz konusu olabileceği kabul edilmiştir. Bu yaklaşım, henüz kendi ailesini kurmamış genç yetişkinlerin anne-baba ve diğer yakın aile üyeleri ile ilişkilerinin m. 8 anlamında aile hayatı teşkil ettiğini teyit eden önceki içtihatla desteklenmiştir³⁶.

Sağır-dilsiz, okuması yazması olmayan başvurunun sınır dışı edilmesi ile ilgili olarak, AİHM bu kişinin ancak ailesi içinde asgari psikolojik ve toplumsal dengeye ulaşabildiğini kabul ederek ölçülülük açısından m. 8/2’ye aykırılık bulunduğunu ve söz konusu tedbirin aile hayatına saygıya yönelik ihlal oluşturabileceğini bildirmiştir. Başvurucu pek çok suça karışmış, genel olarak anne-babası, bazen yetişkin kardeşleriyle yaşayan yetişkin bir kişidir. Burada, dezavantajlı yetişkin birey ile diğer yetişkin aile üyeleri arasındaki ilişkinin duygusal bağı aşan bir bağımlılık ilişkisi olarak kendini gösterdiği dikkat çekmektedir³⁷. Kararda, aile kavramı başlı başına analiz konusu teşkil etmemiş, “demokratik bir toplum içinde zorunlu” bir müdahalenin mevcut olup olmadığına ilişkin tartışma içinde ele alınmıştır³⁸.

Belirtilen kısıtlayıcı yaklaşım, gerek bazı kararlarda açıklanan azınlık görüşlerinde, gerek doktrinde eleştirilmektedir. Eleştiriler, AİHM tarafından benimsenen genel yaklaşımda, aile kavramının ülkelere, toplumlara göre farklılaşan algılanış tarzlarının ve somut olayın özelliklerinin dikkate alınmaması noktalarında toplanmaktadır³⁹.

Anayasa Mahkemesinin esastan incelediği, sınır dışı etme işlemi sonucunda aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiası içeren bir bireysel başvuruda (*Peri Kırık* başvurusu), ilk bakışta, aile kavramının nispeten esnek yoruma tâbi tutulduğu söylenebilir⁴⁰. Kararda, Azerbaycan vatandaşı olan başvuru kadını, başvuru tarihinde 22 yaşında olan kızı arasındaki bağ, Anayasa’nın 20. maddesi anlamında mevcut aile bağı olarak kabul edilmiştir. Başvurucunun kızının, eşinden boşandıktan sonra, annesi ile birlikte yaşaması ve geçim masraflarının annesi tarafından karşılanması anne ile

34 *Senchishak v. Finland* App no 5049/12 (ECHR 18 November 2014), para 57.

35 *Maslov v. Austria* App no 1638/03 (ECHR 23 June 2008).

36 ibid para 62. Kararın, aile kavramına yönelik genel yaklaşıma istisna getirmediği yönünde bkz. Desmond (n 30) 267.

37 *Nasri v. France*, App no 18/1994/465/546, (ECHR 21 June 1995), paras 44, 46.

38 ibid paras 38 vd.

39 Geniş tahlil için bkz. Desmond (n 30) 269-271.

40 Anayasa Mahkemesi, 2015/19795, 9.1.2019 (*Peri Kırık*).

yetişkin kızı arasındaki ilişkinin Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında ele alınmasında etkili olmuştur. Bu nedenle, ihlal iddiasının mahiyeti gereği, başvurunun aile hakkına saygı hakkı açısından değerlendirilmesi uygun görülmüştür⁴¹. Bununla birlikte, somut olayda anne ve kızının Azerbaycan'da yaşamalarına bir engel bulunduğu ilişkin somut bilgi ve bulgu bulunmadığı ifade edilmiştir⁴². Öte yandan, sınır dışı etme işleminin başvurunun Türkiye'ye giriş kurallarını "ısrarlı şekilde" ihlal etmesi sonucu tesis edildiği, isnadın ağırlığı sebebiyle kamu düzenini koruma amacının ağır bastığı tespit edilmiştir. Gözetilen meşru amaç karşısında, aile hayatına saygı hakkına yönelik müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bulunmadığı ve ölçülü olduğu sonucuna varılarak başvuru reddedilmiştir. *Peri Kırık* kararında, AİHM'nin *Senchishak v. Finland* kararına nazaran, yetişkin aile fertleri arasındaki destek ilişkisinin daha güçlü biçimde gözetildiği, dolayısıyla daha esnek bir aile algılayışının kendini gösterdiği dikkat çekmektedir. *Senchishak v. Finland* kararında, yaşlı ve engelli kadınla ona destek olan kızı arasında 5 yılı bulan birlikte yaşam AİHS m.8 anlamında "aile hayatı" olarak kabul edilmemiştir.

İnceleme konusu kararla *Peri Kırık* kararı arasında, aile kavramına yaklaşım açısından farklılık mevcut mudur? *Yagmyrova* kararında, başvurunun kabul edilmez bulunuşu, ileri sürülen iddiaların doğruluğunu destekleyecek nitelikte delil sunulmamasına dayandırılmıştır. Başvurucu kadın ile kızları arasında, aile olmaktan kaynaklanan duygusal bağları aşacak nitelikte destek, bağımlılık ilişkisi bulunduğu tespit edilememiştir. *Peri Kırık* kararına esas teşkil eden olayda ise, başvurunun kızının geçim masraflarını karşılaması söz konusudur. Anlaşıldığı kadarıyla bu durumun varlığına ilişkin inandırıcı deliller mevcuttur. Buna bağlı olarak, başvuru ile kızı arasında aile hayatının mevcut olduğu sonucuna varılmıştır. Sonuç olarak, iki karar arasında aile kavramına yaklaşım açısından bir yorum farklılığından söz edilemez.

İnceleme konusu kararda, aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirilebilecek, aile olmaktan kaynaklanan olağan duygusal bağların ötesine geçen bakım ve destek ilişkileri tespit edilemediğinden bahisle kabul edilmezlik kararı verilmiş, aile hayatının mevcudiyetine ilişkin olguların niteliği üzerinden tartışma yapılmamıştır. Böyle bir tartışmaya yer olsaydı, kanaatimizce, *Peri Kırık* başvurusu kararı göz önünde tutularak, AİHM kararlarındaki genel eğilime kıyasla daha esnek yaklaşım benimsenebileceği öngörülebilir.

2. Özel Hayata Saygı Hakkının İhlali İddiasının Ele Alınışı

İnceleme konusu kararda, başvurunun özel hayata saygı hakkı çerçevesinde korunması gerekli bir durumu olduğunu iddia etmediği, Türkiye'de uzun yıllardır yasal olarak bulunduğunu ortaya koymadığı, Türkiye'de özel hayata saygı hakkı kapsamında

41 ibid para 34.

42 ibid para 51.

korunması gereken kişisel, sosyal ve ekonomik güçlü bağlar kurduğunu kanıtlayamadığı bildirilmiştir. Aile hayatına saygı hakkı ihlali iddiası ile birlikte, özel hayata saygı hakkı ihlali iddiası da kabul edilemez bulunmuştur. Burada da iddianın açıkça dayanaktan yoksunluğu sebebiyle kabul edilemezlik kararı verildiğinden, ayrıca başvuruda özel hayata saygı hakkı çerçevesinde korunması gereken bir durum belirtilmediğinden, belirtilen hakkın varlığına işaret eden olgular üzerinden değerlendirme yapılmamıştır. Bu itibarla, sınır dışı etme işleminden kaynaklanan başvuruların AİHM tarafından, özel hayata saygı hakkı açısından nasıl değerlendirildiği üzerinde kısa bilgi verilecek, daha sonra kararda öne çıkan “ikametinin yasal olup olmadığı” hususunun özel hayata saygı hakkına yönelik tespitler üzerindeki etkisine değinilecektir.

AİHM kararlarında, sınır dışı etme işlemi ile ilgili başvurularda ileri sürülen AİHS m. 8’e yönelik ihlal iddiaları, daha ziyade aile hayatına saygı hakkı açısından ele alınmıştır. *Üner v. Netherlands* kararında, başvuru incelenirken aile hayatı veçhesine mi, özel hayat veçhesine mi odaklanılması gerektiğinin somut olayın kendi şartlarına göre değerlendirileceği ifade edilmişse de⁴³, doktrinde vurgulandığı gibi, iki veçhe açısından da değerlendirme yapmaya engel yoktur; esasen, aile kavramına yönelik kısıtlayıcı yaklaşım özel hayat yönünden bağımsız değerlendirme yapılmasını daha da önemli kılar⁴⁴. Kişinin uzun süre yaşadığı ülkeden sınır dışı edilmesi, bu ülkede tesis ettiği kişisel, toplumsal, ekonomik vs. bağlarının kopması anlamına gelir. Bu açıdan, sınır dışı etme kararları ile ilgili başvurularda özel hayata saygı hakkının değerlendirilmesi önemli bir gerekliliktir.

Slivenko v. Latvia kararı, sınır dışı etme işlemine yönelik başvurunun aile hayatına saygı hakkından bağımsız olarak, özel hayata saygı hakkı çerçevesinde değerlendirildiği ender kararlardan biridir. Kararda, ailenin Rusya’ya zorunlu göçe tâbi tutulmasının aile hayatına saygı hakkının ihlali olmadığı bildirilmiş; buna karşılık, kişilerin doğdukları günden itibaren, kesintisiz olarak, özel hayatlarını oluşturan kişisel, sosyal, ekonomik ilişkiler ağı geliştirdikleri ülkeden uzaklaştırılmalarının özel hayata saygı hakkına yönelik müdahale teşkil ettiği kabul edilmiştir⁴⁵. Ancak bu kararın temelindeki olayın şartları oldukça farklı ve özeldir. Sınır dışı etme işleminin temelinde ilgililerin tehlikeli veya genel olarak hukuka aykırı eylemleri değil, Rusya ve Letonya arasında, Rus askerî birliklerinin çekilmesine ilişkin olarak akdedilmiş antlaşma vardır. Bu nedenle, *Slivenko v. Latvia* kararının farklı durumlara ilişkin başvurular üzerindeki etkisinin tartışmalı olduğu belirtilmiştir⁴⁶. Ancak sonraki dönemlerde, az sayıda da olsa, sınır dışı etme kararlarının m. 8 açısından değerlendirilmesinin özel hayata saygı hakkı üzerinden gerçekleştirildiği başka kararlar verilmiştir. Bu kararlar daha ziyade küçük yaşta geldiği ve beşerî-sosyal

43 *Üner v. Netherlands* (n 32) para 59; aynı yönde bkz. *Maslov v. Austria* (n 35) para 63.

44 Bkz bu yönde, *Desmond* (n 30) 272-274.

45 *Üner v. Netherlands* (n 32) para 96.

46 Geniş inceleme için bkz. *Desmond* (n 30) 274-275; Sylie da Lomba, “Vulnerability and The Right to Respect for Private Life as an Autonomous Source of Protection against Expulsion under Article 8 ECHR” (2017) 6 (4) *Laws*.

bağlarının yoğunlaştığı ülkeden sınır dışı edilen kişileri ilgilendirmektedir⁴⁷. Belirtilen kararlardan inceleme konusu olaya dair sonuç çıkarmak zordur.

Anayasa Mahkemesi kararında yer alan özel hayata saygı hakkına ilişkin değerlendirmenin ilginç bir yönü, başvuruçunun “Türkiye’de uzun yıllardır yasal olarak bulunduğunu ortaya koyamadığının” vurgulanmasıdır. Sınır dışı etme kararlarına yönelik başvurularda, özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilebilmesi için, başvuruçunun uzaklaştırıldığı ülkede yasal olarak ikamet etmesi zorunlu mudur? İlgili AİHM kararlarında özel hayata saygı hakkı tek başına ender olarak değerlendirildiğinden, genel bir eğilimden söz etmek için erken olabilir⁴⁸. Ancak çocukluk hayatının tamamını veya büyük bir kısmını ev sahibi ülkede hukuka uygun olarak ikamet ederek geçirmiş “yerleşik göçmenin” sınır dışı edilmesinin, ancak çok ciddi sebepler bulunması hâlinde haklı gösterilebileceği belirtilmektedir⁴⁹. Bu bağlamda, AİHM ağır suçlardan mahkûm edilmiş çocuksuz göçmenin sınır dışı edilmesinde özel hayat açısından ihlal bulmamıştır. Kararda ergin olduktan sonra birden çok suça karışan başvuruçunun uzun süre içinde yaşadığı topluma entegre olmadığı, geldiği ülkenin hukukuna riayet etme iradesini göstermediği vurgulanmıştır⁵⁰. Buna karşılık, m. 8 yönünden ihlal bulunduğu hükmedilen *Butt v. Norway* kararında⁵¹, Norveç’te yasal olmadan uzun süre ikamet eden kişilerin yaşadıkları ülke ile olan güçlü aile hayatı ve özel hayat bağları olduğu vurgulanmış⁵², sınır dışı kararına temel teşkil eden suçun uzun süre önce işlendiği göz önünde tutulmuştur⁵³. Sonuçta, ilgili hakkında alınmış olan sınır dışı etme kararında, göç politikalarının uygulanması konusunda taraf devletlere tanınan takdir yetkisinin sınırlarının aşıldığı, kamusal menfaatlerle özel hayat ve aile hayatın korunmasına ilişkin özel menfaatler arasında denge kurulamadığı ifade edilmiştir⁵⁴. *Butt v. Norway* kararında, özel hayat ve aile hayatı birlikte ele alınmıştır. Ancak, bu karar göz önüne alındığında, AİHM içtihadı uyarınca, özel hayata saygı hakkının sadece yasal ikamet sahipleri açısından değerlendirileceği yönünde

47 Konuya ilişkin olup, başvuruçunun yasal ikametinin vurgulandığı kararlar için bkz. *A.A. v. United Kingdom* App no. 8000/08 (ECHR, 20 September 2011), 49; *A. H. Kahn v. United Kingdom* App no. 6222/10 (ECHR 20 December 2011), paras 32, 41.

48 Özel hayata saygı hakkının aile hayatına saygı hakkı karşısındaki ikincil konumunun eleştirisi ve çözüm önerileri için bkz. da Lomba (n 46) 7 vd.

49 Council of Europe (n 33) 64.

50 *Levakovic v. Denmark* App no. 7841/14 (ECHR, 23 October 2018), 44-45; Council of Europe (n 33) 63-64.

51 *Butt v. Norway* App no. 47017/09 (ECHR, 4 December 2012).

52 ibid para 87.

53 ibid para 89.

54 ibid para 90.

sonuç çıkarmak zorlaşmaktadır⁵⁵. Öte yandan, inceleme konusu karar açısından, başvurunun Türkiye’de hukuka aykırı ikamet ettiği ve bunun sonucunda hakkında giriş yasağı getirildiği tespit edilmekle birlikte, sınır dışı etme işleminin yasaya aykırı giriş gerekçesiyle alınmasının İdare Mahkemesi tarafından hukuka uygun görülmediği de göz önünde tutulmalıdır.

II. Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

A. Başvuruya Temel Oluşturan Olay ve Olgular- İddianın İçeriği

Başvurucunun Anayasa Mahkemesine başvurusuna neden olan ve İstanbul 1. İdare Mahkemesince verilen sınır dışı edilme kararında hukuka uygun bulunan tek neden, başvurunun *sifilis* bulaşıcı hastalığı tanısının bulunması ve bu nedenle kamu sağlığı açısından tehdit oluşturmasıdır. İstanbul 1. İdare Mahkemesi kararında, süresi dolmuş olan tahdit kayıtları nedeniyle davacının Türkiye’ye girişinin yasa dışı sayılmayacağı ve tahdit kayıtları neden gösterilerek sınır dışı etme kararı alınmasının hukuka uygun olmadığı ancak hakkında TPHA (+) *sifilis* tanısı bulunduğundan kamu sağlığı açısından tehdit oluşturduğu sabit görülerek sınır dışı edilmesine ilişkin işlemin hukuka aykırı olmadığı ifade edilmiştir⁵⁶.

Başvurucu, güncel laboratuvar sonuçlarına göre TPHA (+) bulgusunun yeni gelişmiş *sifilisi* değil, eskiden geçirilmiş sifilisi gösterdiğini, aktif bulaşıcı hastalığı olmadığını iddia etmiştir⁵⁷. Başvurucu; İstanbul 1. İdare Mahkemesi kararının önceki kararıyla ve AİHM kararlarıyla çeliştiğini belirtmiştir. İstanbul İdare Mahkemesinin Hepatit B hastalığı olan bir kişi hakkında verdiği emsal kararı belirterek bu hastalığın kamu sağlığı için tehdit oluşturmadığı sonucuna varıldığını, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin *Kiyutin/Rusya* kararının da bu doğrultuda olduğunu ifade etmiştir. Başvurucunun aktif bulaşıcı hastalığı olduğu kabul edilse bile hastalığı nedeniyle sınır dışı edilmesine karar verilmesinin ayrımcılık oluşturacağı ifade edilmiştir⁵⁸.

55 İkamet izni talebinin reddine ilişkin olarak, aksi yönde verilmiş bir karar için bkz. *Pormes v. Netherlands* App no. 25402/14 (ECHR, 28 July 2020). Küçük yaşta, babasıyla birlikte geldiği Hollanda’da, yetişkin olana kadar geçerli ikamet izni olmadan yaşayan başvurunun geçici ikamet izni talebi, işlediği saldırı suçları nedeniyle, kamu düzeni bakımından tehlike oluşturduğu gerekçesi ile reddedilmiştir. AİHM m. 8 yönünden ihlal bulunmadığına hükmetmiştir. Kararda, başvurunun Hollanda ile güçlü bağlarının bulunduğu tespit edilmekle birlikte, işlenen suçların ağırlığı karşısında, devlet menfaatlerinin başvurunun özel menfaatlerine nazaran ağırlıklı olduğu kabul edilmiştir. Kararın ilginç yönü, yasal olmayan ikamet ihlal bulunup bulunmadığının tayininde belirleyici faktör olmadığının ima edilmesidir. Başvurucunun ikameti yasalara uygun olmadığı halde, farklı menfaatlerin çatışması sebebiyle, bu menfaatlerin “nötr” bir hareket noktasından değerlendirilmesi gerekli görülmüştür. Bu itibarla, her ne kadar varılan sonuç farklı olsa da yasal olmayan ikamet değerlendirilmesi açısından, bu kararlar *Butt v. Norway* kararı arasında yaklaşım benzerliği bulunduğu söylenebilir. Karar değerlendirmesi için bkz. Mark Klaassen, “A Right to Regularize Unlawful Residence? Pomes v. Netherlands Untangled” (Strasbourgobservers, 2020) <<https://strasbourgobservers.com/category/cases/pomes-v-the-netherlands/>> Erişim tarihi 17 November 2020.

56 Anayasa Mahkemesi, ‘Sherapat Yagmyrova’ (n 2) para 12.

57 ibid para 43.

58 ibid.

B. İddianın Anayasa Mahkemesi Tarafından İncelenmesi

1. İddiaya İlişkin İncelemede Esas Alınan Düzenlemeler ve İçtihat

İddiaya ilişkin incelemede esas alınan düzenlemelere, ulusal hukuk ve uluslararası hukuk bakımından ayrı ayrı yer verilmiştir. İddiaya ilişkin ulusal hukuk düzenlemesi, 04.04.2013 tarih ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 54. ve 57. maddeleridir. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, 54. madde birinci fıkrasında, sınır dışı edilme nedenleri hüküm altına alınmıştır. Bu nedenlerden biri de 54. Madde birinci fıkrası d bendinde düzenlenen yabancının kamu düzeni veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturmasıdır⁵⁹.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 57. madde ikinci fıkrasına göre, hakkında sınır dışı etme kararı alınanlardan kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye'den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar hakkında valilik tarafından idari gözetim kararı alınır. Hakkında idari gözetim kararı alınan yabancılar, yakalamayı yapan kolluk birimince geri gönderme merkezlerine kırk sekiz saat içinde götürülür.

İddiaya ilişkin uluslararası hukuk düzenlemeleri ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. ve 14. maddeleridir.

2. Anayasa Mahkemesi Tarafından Yapılan İnceleme ve Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ve Sözleşme'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine yönelik iddiaların soyut olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığını, mutlaka Anayasa ve Sözleşme kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerektiğini ifade etmiştir⁶⁰.

Ayrımcılık iddiasının incelenebilmesi için başvurunun kendisiyle benzer durumdaki kişilere yönelik farklı uygulamaların meşru bir temeli olmaksızın ırk, renk, cinsiyet, din, dil vb. ayrımcı bir nedene dayandığını makul delillerle ortaya koyması

59 Aysel Çelikel and Günsel Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (25th edn, Beta 2020) 124-125. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun madde 19'da, sınır dışı edilme nedenleri "*İçişleri Bakanlığınca memlekette kalması umumi güvenliğe, siyasi ve idari icaplara aykırı sayılan yabancılar verilecek muayyen müddet zarfında Türkiye'den çıkmaya davet olunur. Bu müddetin sonunda Türkiye'yi terk etmeyenler sınır dışı edilebilirler*" olarak ifade edilmiştir. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Genel Gereğesinde, sınır dışı etme uygulamasını berrak bir temele oturtmak amacıyla mevzuatta dağınık bir biçimde yer alan sınır dışı etme nedenlerini somut bir düzenlemeye kavuşturulması bakımından bu düzenlemenin önemine doktrinde vurgu yapılmıştır. Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi", 2013 (108) TBB Dergisi 211, 216. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu yürürlüğe girmeden önceki dönemde değerlendirme için bkz. Lütfi Duran, "Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi" (1980) 2 İnsan Hakları Yılı 3, 4 vd.

60 Anayasa Mahkemesi, 'Sherapat Yagmyrova' (n 2) para 44.

gerektiğine vurgu yapılmıştır⁶¹. Anayasa Mahkemesi, somut olayda başvurunun, kendisiyle aynı durumda olanlardan farklı bir uygulamaya maruz kaldığına ilişkin bir açıklama yapılmadığı gibi başvurunun iddialarını olasılıklara dayandırarak hangi nedenle ayrımcılık yapıldığına ilişkin somut bir bilgi sunmadığını, dolayısıyla başvuru tarafından ileri sürülen iddiaların temellendirilemediği sonucuna ulaşmıştır⁶². Başvurunun, kamu sağlığı nedeniyle sınır dışı edilmenin eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine ilişkin kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir⁶³.

C. Karar Hakkında Değerlendirme

Çalışmamızın bu bölümünde kamu sağlığı açısından sınır dışı etme ve bulaşıcı hastalıkların hangi olaylarda kamu sağlığı gerekçe gösterilerek sınır dışı etme nedeni olarak kabul edilebileceği tartışılacaktır. Bu tartışmaya geçmeden önce kamu sağlığı nedeniyle sınır dışı etmeye ilişkin kaynağını ulusal hukukta ve kaynağını uluslararası hukukta bulan iç hukuk kurallarına değinilecektir. Son olarak kamu sağlığı nedeniyle sınır dışı etme, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı bağlamında değerlendirilecektir.

Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde, yabancıların sınır dışı edilmeleri nedenlerine ve sınır dışı edilmenin usulüne dair güvenceler bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği" başlıklı 5. maddesinde, herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliğine sahip olduğu hüküm altına alınmış; bu güvencenin istisnaları sıralanmıştır. Bunlarda biri de Sözleşme'nin 5. maddesinin f bendinde yer alan bir kimsenin sınır dışı edilmesi amacıyla tutuklanmasının kişi özgürlüğü ve güvenliğine aykırılık teşkil etmeyeceği istisnasıdır.

AİHS'e Ek 7 Numaralı Protokol'ün birinci maddesinde, yabancıların sınır dışı edilmelerine yönelik usuli güvenceler getirilmiştir. Buna göre bir devlet ülkesinde yasal olarak ikamet eden bir yabancı kanuna uygun şekilde verilmiş bir kararın uygulanması dışında, sınır dışı edilemez ve sınır dışı edilmesine karşı neden öne sürmesine, davasının yeniden ele alınmasına, yetkili makam ya da makamlarca atanmış kişi veya kişiler önünde temsil edilmesine izin verilmek zorundadır. Bununla birlikte sınır dışı edilmenin, kamu düzeni ve ulusal güvenlik nedenleriyle gerekli kılınan hâllerde birinci fıkrada öngörülen güvenceler sağlanmadan da yabancı sınır dışı edilebilir⁶⁴.

Avrupa İkamet Sözleşmesi'nin 3. maddesine göre, "Âkit devletlerin ülkesinde yasal olarak ikamet eden diğer taraf devletlerin vatandaşları ancak millî güvenliği tehdit ettikleri veya kamu düzenini veya genel ahlakı bozdukları takdirde sınır dışı edebilirler".

61 ibid para 45.

62 ibid para 46.

63 ibid para 47.

64 Halil Kabaaloğlu and Nuray Ekşi, "Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi", 2004 (24/1-2) MHB (Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan) 503, 514.

Avrupa İkamet Sözleşmesi'ne İlişkin Protokol'ün 1. Kısımında, taraf devletlerin, millî güvenliğe karşı bir tehdit veya kamu düzeni veya genel ahlaka karşı suç teşkil eden durumları, kendi millî ölçülerine göre takdir haklarının bulunduğu düzenlenmiştir. Avrupa İkamet Sözleşmesi'nde kamu sağlığının tehdit edilmesi nedeniyle bulaşıcı hastalık taşıma ayrıca sınır dışı edilme nedeni olarak düzenlenmemiştir.

Avrupa Sosyal Şartı'nın⁶⁵ 19. maddesinin 8. fıkrasına göre, taraf devletlerin ülkesinde yasal olarak ikamet eden göçmen işçiler, millî güvenliği tehlikeye sokmak, kamu menfaatini ihlal etmek nedenleri dışında sınır dışı edilemezler. Türkiye'nin Avrupa Sosyal Şartına dair sunmuş olduğu ulusal rapora göre, sınır dışı etme nedenleri, uyuşturucu bulundurma, uyuşturucu trafiği, sahte para bulundurma, tarihi eser kaçakçılığı, güvenliği tehlikeye sokmak, dolandırıcılık, bulaşıcı hastalık ve AIDS'tir⁶⁶.

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin⁶⁷ 13. maddesine göre taraf devletlerin ülkesinde yasal olarak ikamet eden, diğer taraf devlet vatandaşları yasaya uygun olarak verilmiş bir karar olmadıkça sınır dışı edilemez⁶⁸. Millî güvenlik açısından sakınca olmayan hallerde, sınır dışı edilme kararına karşı yabancıların, yetkili makamlar önünde kendisini savunmasına imkân verilmelidir.

Yabancıların ciddi sağlık sorunları nedeniyle seyahat etmesinin mümkün olmaması ve sınır dışı edildiği ülkede tıbbi bakım olanaklarına ulaşamaması nedeniyle hakkında tesis edilen sınır dışı etme kararının AİHS'nin 3. maddesi bağlamında ele alındığı pek çok AİHM kararı⁶⁹ bulunmakla birlikte bulaşıcı hastalık ve kamu sağlığı nedeniyle sınır dışı edilmenin temel hak ve özgürlükler bağlamında sınırlarının nadiren değerlendirildiği görülmektedir.

Bulaşıcı hastalık ve kamu sağlığı nedeniyle sınır dışı edilme konusunda kategorik olarak yasaklama getirilmesi, kişilere özgü durumların dikkate alınmaması, insani mülahazalarla istisnalar tanınmasını tümüyle engelleyen düzenlemeler çıkarılması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. ve 14. maddelerinin ihlali kabul edilmiştir⁷⁰. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yabancıların ülkeye girişleri,

65 18.10.1961 yılında imzalanan Avrupa Sosyal Şartı, 1965 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye 18.10.1961 tarihinde imzalamış ve 16.06.1989 tarihinde onaylamıştır, RG 04.07.1989/20215.

66 Bülent Çiçekli, *Yabancılar ve Polis* (Seçkin 2003) 99.

67 Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, 16.12.1966 tarihinde imzalanıp, 23.03.1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'yi 2003 yılında onaylamıştır RG 21.07.2003/25175.

68 Madde metninden, yasallık güvencesinden, sadece sözleşmeye taraf devletlerin ülkesinde yasal olarak ikamet eden yabancıların yararlanabileceği, ülkeye usulsüz giriş yapmış veya yasaya aykırı olarak ikamet eden yabancıların, ilgili karar kanuna uygun olmasa da sınır dışı edilebileceği sonucu çıkarılamaz. Ülkeye usulsüz olarak giriş yapan veya ülkede usulsüz olarak ikamet eden yabancıların sınır dışı edilme kararı da kanuna uygun olarak verilmek zorundadır. Rona Aybay and Esra Dardağan, *Yabancılar Hukuku* (3rd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2010) 233, 234, 244.

69 André Den Exter, "Strasbourg Medical Expulsion Rulings: Beyond the Deathbed Requirement", (2019) 6 European Journal of Health Law 115, 116 vd.; Elaine Exter, "Medical-related expulsion and interpretation of article 3 of the European Convention on Human Rights" (2013) 6 (1-2) Inter-American and European Human Rights Journal 36, 43 vd.

70 *Kyutin v. Russia*, App no. 2700/10 (ECHR, 10 March 2011), 68-74; European Court of Human Rights, "Thematic Report: Health-Related Issues in the Case-Law of the European Court of Human Rights" <https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_health.pdf> Erişim Tarihi 4 December 2020.

ülkeden sınır dışı edilmeleri veya ikamet izni verilmemesi gibi kısıtlamaların kolera, sarı ateş ya da ağır nefes darlığı sendromu (SRAS) ve bazı grip türlerinde olduğu gibi kısa bir kuluçka dönemi olan ve ciddi anlamda bulaşıcı olan hastalıklara karşı etkili olabileceğini kabul etmektedir. Mahkeme'ye göre bu tip hastalıklara yakalanmış kişilerin bir ülkeye girişlerine getirilen kısıtlamalar bu hastalıkların yayılmasının, söz konusu yolcuların ülkede bulunmaları, basit temasları ya da hava parçacıklarının dışa atılması nedeniyle yayabilecekleri hastalığın bu kişilerin ülkeye alınmayarak engellenmesine katkıda bulunabilir. Ancak bu şekilde bulaşıcı olduğu kanıtlanamayan hastalıklara sahip yabancılara getirilen kısıtlamalar bakımından kişilerin kamu sağlığına oluşturduğu risklerin somut ve bireysel durumlar gözetilerek gerekçelendirilmesi gereklidir⁷¹.

Benzer şekilde devletin sağlık nedenlerine dayanarak farklı muamelelerde bulunmasının zorlayıcı nedenleri ve objektif gerekçelerinin sunulmaması; sağlık nedenleriyle ayrımcılık kabul edilerek Sözleşme'nin 8. ve 14. maddelerinin ihlali olarak kabul edilmiştir⁷². HIV+ kişilerin sınır dışı edilmesinin yerleşik Avrupa konsensüsünü yansıtmadığı, diğer üyelerde destek bulmadığı belirtilmiştir⁷³.

Dünya Sağlık Örgütü'ne göre, uluslararası koruma ihtiyacı olan yabancılar kadar ülkede bulunan diğer yabancıların, menşe, transit veya hedef ülkede bulaşıcı hastalıklara yakalanma olasılığı, yaşam standartlarının düşük olması, tedavi ya da aşı imkânlarına ulaşamama gibi nedenlerle daha fazladır⁷⁴. Diğer yandan araştırmalar göstermektedir ki ev sahibi ülkenin popülasyonun göçmenlerden yayılan bulaşıcı hastalıklara yakalanması riski ülkede bulunan vatandaşlara kıyasla daha düşüktür⁷⁵. Özellikle tedavisi ya da aşısı bulunan bulaşıcı hastalıkların ülkede bulunan yabancılardan ev sahibi ülkenin popülasyonuna bulaşma ve kamu sağlığını etkileme potansiyeli çok az görülmektedir⁷⁶.

Yabancıların sınır dışı edilme nedenleri arasında kamu sağlığı ve güvenliği uygulamada en sık başvurulanan sınır dışı etme nedenidir. Bununla birlikte bulaşıcı hastalığı bulunan bir yabancıyla ilgili olarak sınır dışı edilmesinin son çare olarak düşünülebileceği vurgulanmaktadır⁷⁷. Çünkü sınır dışı etme kararının

71 *Kyutin v. Russia* (n 70) 68. European Court of Human Rights, 'Press Unit: Health October 2020' <https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Health_ENG.pdf> Erişim Tarihi 4 December 2020, 7-8.

72 *Novruk v. Russia*, App no. 31039/11, 76810/12, 14618/13, 13817/14 (ECHR, 15 March 2016) para. 95-112. Selman Karakul, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı", (2017) 4 (1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 17, 22.

73 *Ibrogimov/Russia*, App no. 32248/12 (ECHR 15 May 2018), paras 20-23; Ali Bal, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne Başvurması" (2019) 21 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27, 45.

74 World Health Organization, 'Report on the Health of Refugees and Migrants in the WHO European Region, No Public Health without Refugee and Migrant Health' <<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/311347/9789289053846-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Erişim Tarihi 4 December 2020, 24.

75 ibid.

76 ibid, 25.

77 ibid.

uygulanması sırasında yabancının tedavi olanaklarına ulaşma ihtimali daha zor olmakta ve bulaşıcı hastalığı bulaştırma ihtimali de böylelikle artmaktadır⁷⁸.

Sınır dışı edilme ve idari gözetim, kişi özgürlüğü ve güvenliğinin sınırlanmasının bir yönüdür. Bulaşıcı hastalık nedeniyle kişi özgürlüğü ve güvenliğinin sınırlanmasında belirtilen ölçütlerin, sınır dışı edilmeye de şüphesiz dikkate alınması gereklidir. Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 5. Madde Rehberi'nde⁷⁹, bir kişinin, bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek amacıyla tutulmasının “kanuna uygunluğu” değerlendirilirken dikkate alınacak başlıca koşullar; bulaşıcı hastalığın yayılmasının kamu sağlığı veya güvenliği açısından tehlike arz edip etmediğini; ve daha hafif tedbirlerin kamu yararının korunması bakımından yetersiz görülmesi nedeniyle, hastalığın yayılmasının önlenmesi için, bulaşıcı hastalık taşıyan kişinin tutulmasının başvuru son çare olup olmadığıdır. Bu koşullar bulunmaksızın özgürlükten yoksun bırakmanın dayanağı da ortadan kalkacaktır⁸⁰.

İdare, şartların bulunması hâlinde sınır dışı etme kararı alacaktır. Bir başka deyişle şartların bulunduğu tespit edilmede idareye takdir yetkisi tanınmamıştır⁸¹. Doktrinde, “kamu düzeni”, “kamu güvenliği” ve “kamu sağlığı” kavramlarının anlamlarının belirsiz olması nedeniyle⁸², idarenin işlemin nedenini belirlemede ya da neden olarak gösterilen belirsiz kavramı belirli hâle getirme biçiminde kendisini gösterecek önemli bir takdir yetkisinin bulunduğu altı çizilmiştir⁸³. Bu sınır dışı etme nedeni, diğer bentlere girmeyen her durumun bu bent çerçevesinde sınır dışı nedeni olarak kabul edilmeye yol açacak derecede çok geniş kapsamlı⁸⁴ ve idareye geniş bir takdir yetkisi tanıyan hüküm olarak değerlendirilmiştir⁸⁵. Egemenlik gücüne dayalı olarak takdir yetkisinin kullanılması ile temel hak ve özgürlüklere müdahale ihtimalinin konuyu tartışmaya açık hâle getirdiği vurgulanmıştır⁸⁶.

Kamu sağlığı açısından tehdit oluşturma nedeniyle sınır dışı edilme, temel hak ve özgürlüğün, kişi özgürlüğü ve güvenliğinin güvence altına aldığı yaşam kesitini, “norm alanını” daraltma sonucunu doğuran bir sınırlamadır⁸⁷. Dolayısıyla, idarenin

78 World Health Organization, ‘Public Health Aspects of Migrant Health: a Review of Evidence on Health Status for Refugees and Asylum Seekers in the European Region’ <https://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/000/4/289246/WHO-HEN-Report-A5-2-Refugees_FINAL.pdf> Erişim Tarihi 4 December 2020, 10.

79 European Court of Human Rights, ‘Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights, Right to Liberty and Security’ <https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_5_eng.pdf> Erişim Tarihi 4 December 2020, 24.

80 ibid 22.

81 Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku* (4th edn, Savaş 2019) 116.

82 Aydoğan Asar, *Yabancılar Hukuku (Temel Konular)* (6th edn, Seçkin 2020) 157.

83 Bayraktaroğlu Özçelik (n 59) 227.

84 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu yürürlüğe girmesinden önce aynı yönde görüş için bkz. Duran (n 59) 10; Halil Kalabalık, “İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Durumlarla Karşılaştırılması”, (1997) 1 (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 205, 212.

85 Bayraktaroğlu Özçelik (n 59) 228.

86 Asar (n 6) 159.

87 Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları 1982), 22.

sebeb unsuru bakımından takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmekle birlikte sebep unsurunun somut olay ve delillere dayandırılma zorunluluğu bulunmaktadır⁸⁸. Doktrinde kamu sağlığı nedeniyle sınır dışı edilmede, bireysel değerlendirme yapılması gerekliliğine uygun olarak, fuhuş durumunda bile sağlık raporuna dayanması zorunluluğu bulunduğu ifade edilmiştir⁸⁹. *Yagmyrova* kararında ise kamu sağlığı nedeniyle sınır dışı edilme, bir sağlık raporuna dayanmakla birlikte bulaşıcı hastalığı taşıyan yabancıнын kamu sağlığını tehdit ettiğine yönelik somut bir tespit yapılmamıştır⁹⁰.

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin değerlendirmelerine göre, bulaşıcı hastalık ve AIDS tek başına sınır dışı edilme gerekçesi olamaz. Sınır dışı edilme işleminin kamu sağlığı nedenine dayanması ancak sınır dışı edilecek yabancıнын uygun tedaviden kaçınması ve bu durumun kamu menfaatini tehdit etmesi koşuluyla haklı kabul edilebilir⁹¹.

Anayasa Mahkemesi kararına konu olayda, başvurunun uygun tedaviden kaçındığına yönelik bir tespit yapılmamış olup bu durumun kamu menfaatini tehdit ettiğine dair bir somut durum değerlendirilmesi yapılmamıştır. Diğer yandan başvurunun, İstanbul İl Göç İdaresi Müdürlüğüne mide rahatsızlığı olması ve düzenli olarak ilaç tedavisi görmesi dikkate alınarak on beş günde bir imza vermesi şartıyla 22.08.2016 tarihinde salıverilmesi de somut durumda bulaşıcı hastalığı yayma ve kamu sağlığını tehdit etme yönünden bir tehdit bulunmadığının göstergesidir. Son olarak başvurunun güncel laboratuvar sonuçlarına göre TPHA (+) bulgusunun yeni gelişmiş *sifilisi* değil, eskiden geçirilmiş *sifilisi* gösterdiği, aktif bulaşıcı hastalığı olmadığına dair iddiaları değerlendirilmeksizin kamu sağlığı nedeniyle sınır dışı edilmesinin hukuka uygun bulunması eksik inceleme yapıldığını ortaya koymaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ve Sözleşme'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine yönelik iddiaların değerlendirilmesine geçilecek olursa; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesine göre, bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmak, cinsiyet,

88 Merve Akbulut, *Türk Yabancılar Hukukunda İdari Gözetim* (On İki Levha Yayıncılık 2020), 134.

89 ibid 134.

90 İstanbul 1. İdare Mahkemesinin 27.02.2016 tarihli kararında, Türk vatandaşıyla evli olan ve bu evlilikten bir çocuğu bulunan Gürcistan vatandaşının aile ikamet izni talebinin reddine ilişkin işlemin iptali davasında, davacının fuhuş yaptığına ilişkin iddialara dair herhangi bir belge bulunmaması ve davacının Hepatit C hastalığını taşıdığı yönündeki iddiaların, tam teşekküllü bir hastaneden davacının kamu sağlığını tehlikeye sokacak bir hastalığı olup olmadığının tespit edilmesi ve Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği'nin Ek-III Bölümünde Anti-HCV pozitifliği ve tamamlayıcı testlerle doğrulama gerektiği hususları göz önüne alınmaksızın işlem yapılması yeterli inceleme yapılmadan bahisle idarece hukuken geçerli bir sebep ortaya konularak tesis edilmiş bir işlem bulunmaksızın ikamet izni başvurusunun uygun görülmemesi ve sınır dışı edilecek yabancılar kapsamına alınması yönünde tesis edilen işlem hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Karar özeti için bkz. Nuray Ekşi, *Milletlerarası Özel Hukuk II Pratik Çalışma Kitabı* (Beta 2016) 148-153. İstanbul 1. İdare Mahkemesi, 30.05.2016 tarihli bir diğer kararında ise çalışma izni bulunmaksızın konsomatrislik yapan ve muayene sırasında bulaşıcı hastalık taşıdığı tespit edilen Kırgızistan vatandaşının sınır dışı etmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı yönünde karar vermiştir. Karar özeti için bkz. ibid 180-182.

91 Bülent Çiçekli, "Avrupa Sosyal Şartının Yabancılar Sağladığı Güvenceler ve Türkiye" (2002) 22 (1) MHB 21, 49.

ırk, renk, dil, din, siyasi ve diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi başka bir durum nedeniyle hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanmalıdır⁹².

Anayasal eşitlik güvenceleri, kanun önünde eşitlik veya kanunların eşit koruması olarak anılmakta ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerden eşit olarak yararlanmalarını sağlamakta böylece keyfi ayrımları önlemeyi amaçlamaktadır. Bu yönüyle bir anayasal güvence olmaktan öte her hukuk düzeninde bulunması gereken genel ve evrensel bir ilkedir⁹³. Bütün insanlar eşit onur ve değer taşıdığı için sadece olgusal anlamda değil normatif anlamda da bütün insanların eşit işlem görmeye hakkı vardır⁹⁴. Bu yönüyle eşitlik, özgürlüğün ön şartı ve aynı zamanda tamamlayıcısıdır⁹⁵. Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi, kanun önünde eşitlik, ayırım yapma yasağı, temek hak ve özgürlüklerden eşit şekilde yararlanmayı içerecek şekilde bireyler arasında dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzer yönlerden ayırım yapmamayı ve idarenin ve mahkemelerin kanunları herkese eşit olarak uygulamasını emreder. Anayasa'da yer alan ayırım yapılamayacak konular, madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir ve "benzeri sebeplerle" ifadesiyle ayırım yapılamayacak alanların genişletilmesine olanak tanıdığı gibi eşitlik ilkesi de güçlendirilmiştir⁹⁶.

Eşitlik ilkesi ile birlikte yer alan ayrımcılık yasağı ise toplumun bazı üyelerinin diğer bireylere sağlanan hak ve ayrıcalıklardan yosun bırakılmamasıdır. Bir başka deyişle, bazı birey ya da toplulukların kategorik olarak ırk, cinsiyet veya herhangi bir özellik sebebiyle belirli bir sınıflandırma içine sokulmasıdır⁹⁷.

Her ne kadar İstanbul 1. İdare Mahkemesi kararında kamu sağlığı nedeniyle sınır dışı edilme yönünden eksik inceleme yapması, sebep unsurunun somut olay ve delillere dayandırılma zorunluluğunun yerine getirilmemesi söz konusu olsa da; başvuruçunun kamu sağlığı nedeniyle hakkında verilen sınır dışı etme kararının eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını ihlal ettiği yönündeki iddialarına ilişkin somut bir bilgi sunmadığı, dolayısıyla başvuruçunun tarafından ileri sürülen iddiaların temellendirilemediği görülmektedir.

92 Maddenin düzenlemiş biçiminden, öncelikle Sözleşme kapsamında güvence altına alınmış bir temel hakkın ihlal edilip edilmediğinin tespiti; daha sonra ayrımcılığa maruz kalmama hakkının ihlal edilip edilmediğinin belirleneceği gibi bir sonuç çıkarılabilirse de doktrinde, ayrımcılık yasağı kapsamında Sözleşmede teminat altına alınmış olan bir hakkın ihlal edilmesinin zorunlu olmadığı, salt eşitlik ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiğinin öne sürülebileceği ifade edilmiştir. Aybay and Dardağan, 58 vd. Dolayısıyla devletlerin, bireyler arasında objektif, haklı bir neden ile kabul edilebilir bir denge bulunmaksızın 14. maddede öngörülen nedenlerle ayırım yapmış sayılması için bir hak ve özgürlüğün ihlal edilmiş olması zorunlu değildir. Bkz. Safa Reisoğlu, *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları* (1st edn, Seçkin 2001), 126-127. Ayrıca meşru sınırlamaların uygulanması nedeniyle ortaya çıkan ayrımcılık da 14. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir. Şeref Gözübüyük and Feyyaz Gölçüklü, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi* (6th edn, Turhan 2005) 401.

93 Merih Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi* (Yetkin 2003) 126.

94 ibid 23; Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri* (7th, Yetkin 1993) 8.

95 ibid 12.

96 Öden (n 93) 141.

97 Françoise Bouchet-Saulnier, *İnsancıl Hukuk Sözlüğü* (İletişim 2002) 35.

III. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı Açısından

İncelemeye konu yapılan bireysel başvurunun konularından bir diğerini ise idari gözetim altında tutulma nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiası oluşturmaktadır.

A. Başvuruya Temel Oluşturan Olay ve Olgular

Kararın olay ve olgular başlığı altında verilen bilgilerden *Sherapat Yagmyrova* hakkında İstanbul Valiliği tarafından Türkiye'ye giriş kurallarını ihlal ettiği, kamu düzenini ve sağlığını tehdit ettiği, kaçma ve kaybolma riski bulunduğu gerekçesiyle sınır dışı ve idari gözetim kararı alındığı anlaşılmaktadır⁹⁸. *Yagmyrova*, idari gözetim kararına itiraz etmiş ve yapmış olduğu itiraz İstanbul 2. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından 2/8/2016 tarihinde reddedilmiştir⁹⁹. Daha sonra başvuruçunun yaşadığı sağlık sorunları nedeniyle İstanbul İl Göç İdaresi Müdürlüğüne 22/8/2019 tarihinde salıverilmesine karar verilmiştir¹⁰⁰.

1. Anayasa Mahkemesi Tarafından Yapılan İnceleme ve Değerlendirme

Mahkeme bahsi geçen iddiaya ilişkin olarak yaptığı incelemede 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 2. maddesi uyarınca idari fonksiyona giren her türlü işlem veya eylem sebebiyle oluşan zararın tazmini amacıyla tam yargı davası açılabileceğini¹⁰¹; idari gözetim kararı olmaksızın idari gözetim altına alınan kişilerin bu yola başvurabileceğini¹⁰²; hakkında idari gözetim kararı alınanların ise bu karara ilişkin itirazın yetkili sulh ceza hâkimi tarafından kabul edilmesi hâlinde yine tam yargı davası açabileceğini¹⁰³ ifade etmiştir. Buna ek olarak idari gözetimin idarece sonlandırılması durumunda da tam yargı davası açılabileceği de belirtilmiş; tam yargı davasının etkili bir başvuru yolduğu değerlendirilerek başvuruçunun talebinin kanun yollarının tüketilmemesi sebebiyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir¹⁰⁴.

B. Karar Hakkında Değerlendirme

Bireysel başvuruya konu yapılan olaya ve Anayasa Mahkemesi'nin incelemesine bakıldığında değerlendirmeye elverişli çeşitli konuların bulunduğu görülmektedir. Bunlar, idari gözetim kararının hukuki niteliği ve yetkili makam; sulh ceza hâkimliğine itirazın idare mahkemesinde açılacak bir davaya etkisi; tam yargı davasının etkili bir başvuru yolu olup olmadığıdır.

98 Anayasa Mahkemesi (n 2) para 8

99 ibid para 9.

100 ibid.

101 ibid para 54.

102 ibid para 55.

103 ibid para 56.

104 ibid paras 56, 57, 58.

1. İdari Gözetim Kararında Yetkili Makam

Doktrinde ve uygulamada idari gözetim kararının idari bir işlem olduğu noktasında herhangi bir görüş ayrılığı mevcut değildir¹⁰⁵. İdari gözetim 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun (YUKK) 57. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre idari gözetim kararını almaya yetkili makam valiliklerdir. Yine Kanun'da idari gözetimin devamı hususunda gerekli değerlendirmeyi valiliğin yapacağı düzenlenmiştir. Kanun'da idari gözetim kararının sona erdirilmesinde yetkili makama ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak idare hukukunda vücut bulan “*yetkilerin paralelliği ilkesi*” gereği, aksine kanuni düzenleme bulunmaması hâlinde, bir işlemi yapmaya yetkili olan makamın o işlemin değiştirilmesinde, ilga edilmesinde ve geri alınmasında da yetkili olduğu bildirilmektedir¹⁰⁶. Bu durumda idari gözetimin sona erdirilmesinde de yetkili makam yine valiliklerdir.

Bireysel başvuruya konu olan olaya bakıldığında, hakkında idari gözetim kararı alınan başvurucunun 22/8/2016 tarihinde İstanbul İl Göç İdaresi Müdürlüğüne salıverilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır. Söz konusu olayda, ilk bakışta, idari işlemi yapan makam ile sona erdiren makam farklı gibi gözükmemekte ve akla idare hukukunda kamu düzeninden olan yetkiye¹⁰⁷ ilişkin bir hukuka aykırı olup olmadığı sorusu gelebilmektedir.

Göç İdaresi Genel Müdürlüğü ilk olarak YUKK ile Türk hukukundaki yerini almıştır. Kanun'un “Göç İdaresi Genel Müdürlüğü” başlığını taşıyan beşinci kısmı genel müdürlüğe ilişkin hükümlerden oluşmaktaydı. Yine genel müdürlüğün taşra teşkilatı Kanun'un 106., 109. ve 121. maddelerine dayanılarak hazırlanan 2013 tarihli “Göç İdaresi Genel Müdürlüğü Taşra Teşkilatı Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliği¹⁰⁸” ile oluşturulmuştur. 2018 yılında Kanun'un genel müdürlüğe ilişkin 103. ila 120. maddeleri arasındaki hükümler, 703 sayılı kanun hükmünde kararnamenin¹⁰⁹ 71. maddesinin f bendi ile ilga edilmiştir. Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün kuruluşu ise “Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi¹¹⁰”nin 158.

105 Nuray Ekşi, *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim* (Beta 2014) 89, 90; Aydoğan Asar, *Yabancılar Hukuku* (3rd edn, Seçkin 2017) 152; Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku* (Savaş 2016) 126; Neva Övünç Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi* (Seçkin 2015) 462; Burak Huysal and Begüm Şermet, “6458 Sayılı Kanun Çerçevesinde Haklarında Sınır Dışı Kararı Alınan Yabancılar”, *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan Cilt II* (Beta 2014) 2215. Bayraktaroğlu Özcelik (n 59) 240; Anayasa Mahkemesi, 2014/15769, 30/11/2017 (B. T. [GK]), 70.

106 Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt I* (2nd edn, Ekin 2009) 754; Şeref Gözübüyük and Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar* (13th edn, Turhan 2019) 1272; Metin Günday, *İdare Hukuku* (10th edn, İmaj 2015) 135.

107 Kemal Gözler ‘Cilt I’ (n 106) 744; Şeref Gözübüyük and Turgut Tan (n 106) 350.

108 Göç İdaresi Genel Müdürlüğü Taşra Teşkilatı Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliği, RG 14.11.2013/28821.

109 Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Kanun Hükmünde Kararname Numarası: 703, RG 9.07.2018/30473.

110 Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, RG 15.07.2010/30479.

maddesiyle yeniden düzenlenmiştir¹¹¹. Kararname'nin 162. maddesinde Kanun'un ilga edilen 109. maddesi ile paralel olarak genel müdürlüğün taşra teşkilatı kurmaya yetkili olduğu belirtilmiştir. Anılan yönetmeliğin 4. maddesinin üçüncü fıkrasında genel müdürlüğün taşra teşkilatı olarak kurulacak il müdürlüklerinin valiliğe bağlı olarak görev yapacakları düzenlenmiştir. Bu nedenle olayda idari gözetim kararı yine valilik tarafından kaldırıldığından söz konusu olayda yetki yönünden herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

2. Sulh Ceza Hâkimliği Kararının İdare Mahkemesi'nde Açılacak Davaya Etkisi

Mahkeme yaptığı incelemede *Sherapat Yagmyrova*'nın başvurusunun, tam yargı davası açılabilmesi gerekçesiyle kabul edilemez olduğuna ilişkin hükmünü verirken, daha önce verdiği 2014 tarihli *B. T.* kararına¹¹² dayanmıştır¹¹³. Anılan kararda Anayasa Mahkemesi sulh ceza hâkimliğine idari gözetim kararı hakkında yapılan itirazın idare mahkemesinde açılacak davalara etkisini ele almıştır. Buna göre, idari gözetim kararının hukuka uygunluk denetimi sulh ceza hâkimliği tarafından yapıldığından idare mahkemesinde söz konusu idari işlemin iptali amacıyla dava açılmayacaktır¹¹⁴. Bununla birlikte hukuka aykırı idari gözetim kararı nedeniyle uğranılan zararın tazminine ilişkin davalar hakkında mevzuatta göreve ilişkin ayrıca bir hüküm bulunmadığından bu talebin idare mahkemesinde açılacak tam yargı davası ile istenebileceği; ancak tam yargı davasında yapılacak incelemede mahkemenin idari gözetim kararının hukuka uygun olup olmadığını inceleme yetkisinin bulunmadığı belirtilmiştir¹¹⁵. Sulh ceza hâkimliklerinin yapılan başvurulara ilişkin verdikleri kararlara ilişkin olarak ise Anayasa Mahkemesi ikili bir ayırım yapmaktadır. Hâkimliğin yapılan başvuruyu kabul etmesi üzerine, başka bir deyişle idari gözetim kararının hukuka aykırı olduğuna hükmetmesi hâlinde, kişilerin tam yargı davası açabileceği; bu durumda başvurulabilecek bir “kanun yolu” bulunduğundan bu kişilerin bireysel başvuru yoluna gidemeyeceklerine hükmedilmiştir¹¹⁶. Hâkimliğin başvuruyu reddetmesi hâlinde, yani idari işlemin hukuka uygun olduğuna hükmedilmesi hâlinde ise sulh ceza hâkimliğinin kararı kesin olduğundan, bu durum tekrar idare mahkemesi tarafından incelenemeyeceğinden tam yargı davası açılmayacak ve böyle kişiler başkaca bir kanun yolu bulunmadığından bireysel başvuruda bulunabilecektir¹¹⁷.

111 Türk hukukundaki mevcut durumda bahsedilen yönetmeliğin kendinden sonra yürürlüğe girmiş bir düzenlemeye ilişkin olduğu görülmektedir. Kanaatimizce bu olumsuz durum yeni bir yönetmeliğin düzenlenmesi ile giderilmelidir.

112 Anayasa Mahkemesi ‘B. T. [GK]’ (n 105).

113 Anayasa Mahkemesi ‘Sherapat Yagmyrova’ (n 2) paras 54-56.

114 ibid para 70.

115 ibid para 71.

116 ibid para 73.

117 ibid para 72.

Tam yargı davası, uyuşmazlığın tüm boyutları ile ele alınarak, davacının azami düzeyde korunacağı şekilde karara bağlandığı; idarenin bir işlem, eylem ya da eylemsizliği ile ihlal edilmiş bir hakkın yerine getirilmesini ya da ortaya çıkan zararların tazmini sağlayan bir idari dava türüdür¹¹⁸. Başvuruya konu olan olayda kişinin idari gözetim nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini iddia ettiği ve bundan doğan maddi, manevi zararının tazminini talep ettiği anlaşılmaktadır. Sözleşme dışı idari bir işlemde dolayı doğan zarardan idarenin sorumlu olabilmesi için idarenin kusurlu ya da kusursuz sorumluluğunun bulunması gerekmektedir¹¹⁹. Somut olayda idarenin kusursuz sorumluluğu söz konusu olamayacağından ancak kusurlu sorumluluğu söz konusu olabilecektir. İdarenin kusurlu sorumluluğunun doğabilmesi için idari işlemin kusurlu olması gerekmektedir. İdare hukukunda idari işlemler bakımından kusur ile hukuka aykırılık arasında sıkı bir bağ olduğu; hukuka aykırılık yokluğunun kusurun yokluğu anlamına geldiği bildirilmektedir¹²⁰. Bu durumda sulh ceza hâkimliğinin idari gözetimi hukuka uygun bulması hâlinde, söz konusu hüküm kesin olduğundan idare mahkemesi hâkimini bağlayacaktır¹²¹. Tam aksi durumda ise, yani sulh ceza hâkimliğinin işlemi hukuka aykırı bulması hâlinde ise, açılacak olan tam yargı davasında idare mahkemesi hâkimi söz konusu idari işlemin hukuka aykırı olduğu hususunda yine sulh ceza hâkimliğinin vermiş olduğu karar ile bağlı olacaktır.

Olayda 22/8/2016 tarihinde İstanbul İl Göç İdaresi, başvuruçunun sağlık durumunu göz önüne alarak kişinin 15 günde bir imza vermesi koşuluyla salıverilmesine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu incelemede, idari gözetimin idare tarafından sonlandırılması hâlinde, tıpkı idari gözetim kararına karşı yapılan başvuruda sulh ceza hâkimliğinin kararın hukuka aykırı olduğuna hükmetmesi hâlinde olduğu gibi, tam yargı davası açılabilirliğine hükmetmiştir¹²². Anılan “idari yükümlülük”, Kanun’un “idari gözetime alternatif yükümlülükler” düzenlediği 57/A maddesinin birinci fıkrasının b bendinde yer alan “bildirimde bulunma” yükümlülüğüdür. Olaydan anlaşıldığı kadarıyla, idarece idari gözetim kararı *ilga edilmiş*, yerine idari gözetime alternatif yükümlülükleri konu alan yeni bir idari işlem tesis edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bahsedilen kararında, 2014 tarihli *A.A.* kararına¹²³ atıfta bulunmuştur. *A. A.* kararı incelendiğinde sulh ceza hâkimliği nezdinde idari gözetim kararına karşı yargı yoluna başvurulmadığı görülmektedir¹²⁴. İncelemeye konu bireysel başvuru kararında ise, her ne kadar idari gözetim idarece sonlandırıldıysa da, idari gözetimin

118 Şeref Gözübüyük and Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku* (4th edn, Turhan 2010) 692; Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku* (2nd edn, Ekin 2017) 170; Halil Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku* (Sayram 2016) 208.

119 Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt II* (2nd edn, Ekin 2009) 1042.

120 ibid 1088.

121 Sulh ceza hâkimliklerine idari gözetimi konu alan bir başvuruda bulunulduğunda hâkimliğin vermiş olduğu kararın idare mahkemesinde açılacak bir davaya etkisi daha detaylı bir çalışmanın konusunu teşkil ettiğinden çalışmada bu konuya ayrıca yer verilmemiştir.

122 Anayasa Mahkemesi, ‘Sherapat Yagmyrova’ (n 2) para 56.

123 Anayasa Mahkemesi, 2014/18827, 20/12/2017 (*A. A.*).

124 ibid paras 9-15.

konu edildiği ve hukuka uygun bulunduğu bir mahkeme kararı mevcuttur. İdarenin idari gözetimi sonlandıran işlemi, idari gözetime ilişkin işlemi geleceğe yönelik olarak ortadan kaldırdığından, ortada hâkim kararıyla hukuka uygun bulunan bir idari gözetim kararı mevcuttur. Bu durum yine Anayasa Mahkemesi'nin *Yagmyrova* kararında da belirttiği içtihadı göz önüne alındığında başvurusunun tam yargı davası açamaması anlamına gelmektedir. Anılan nedenlerle kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin yapmış olduğu incelemede kişinin başvurusunun kabul edilemez olduğuna hükmetmesi tartışmaya açık olarak gözükmemektedir.

3. Etkili Bir Başvuru Yolu Olarak Tam Yargı Davası

İdari gözetim kararı nedeniyle zarara uğrayan kişiler tam yargı davasının etkili bir başvuru yolu olup olmadığı değerlendirilmeden önce sulh ceza mahkemesinin idari gözetim kararına karşı görevlendirilmiş olması gerçeğinden bağımsız olarak yapılamayacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin geliştirdiği içtihat uyarınca kişiler tam yargı davasına ancak idari gözetim kararının sulh ceza hâkimliğince hukuka aykırı olduğuna hükmedilmesi hâlinde başvurabilecektir¹²⁵. Çünkü mahkemeye göre idare mahkemelerinin idari gözetim kararının hukuka uygunluk denetimi yapma “yetkisi” bulunmamaktadır. Bu yetki münhasıran sulh ceza hâkimliklerine verildiğinden ancak hâkimlikçe kararın hukuka aykırı olduğuna hükmedilmesi hâlinde idare mahkemesi bu işlemde doğan zararın tazminine hükmedebilecektir. Daha önce de belirtildiği gibi, *Yagmyrova* kararında mevcut bir mahkeme kararı olduğundan Anayasa Mahkemesi'nin kendi içtihatı ile çeliştiği söylenebilecektir. Bu durumda mahkemenin içtihatı gereği etkili bir başvuru yolunun varlığından bahsedilemeyecektir.

Sonuç

Anayasa Mahkemesi'nin incelemeye konu yapılan *Yagmyrova* kararı, yukarıda çeşitli açılardan incelenmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda başvurusunun aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiası bakımından Mahkeme'nin, AİHM içtihatlarıyla da paralel olarak, aile kavramını dar yorumladığı; ancak sınırlı hâllerde yetişkin çocuklar ile ebeveynleri arasındaki ilişkinin AİHS m. 8 kapsamında değerlendirilebileceğine ilişkin görüşünü sürdürdüğü görülmektedir. Mahkeme, bu iddiaya ilişkin olarak yaptığı değerlendirmede iddiaya ilişkin delillerin sunulmaması, açıklamalarda bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sebebiyle iddiayı kabul edilemez bulmuştur. Ancak kanaatimizce Mahkeme tarafından, aile hayatının mevcudiyetine ilişkin olguların niteliğinin ele alınmış olması hâlinde Mahkeme'nin bu konudaki yerleşik AİHM içtihadına kıyasla daha esnek bir yaklaşım benimseyebileceği söylenebilecektir. Yine benzer şekilde özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine

125 Anayasa Mahkemesi 'B. T. [GK]' (n 105) paras 70-74, 117.

ilişkin iddia da açıkça dayanaktan yoksun olması sebebiyle Mahkeme tarafından kabul edilemez bulunmuş; ayrıca başvuruda özel hayata saygı hakkı çerçevesinde korunması gereken bir durum belirtilmediğinden özel hayata saygı hakkının somut olaydaki yerine ilişkin ayrıca bir değerlendirme yapılmamıştır. Sınır dışı etme işlemi ile ilgili başvurulara ilişkin AIHM kararlarında özel hayata saygı hakkı belirtildiği gibi sıklıkla aile hayatına saygı hakkının gölgesinde kalmıştır. Ancak kanaatimizce kişilerin uzun süredir hayat ilişkilerinin merkezi konumunda olan bir ülkeden kopması, ilgili başvurularda özel hayata saygı hakkının ayrıca ele alınmasını gerektirmektedir. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi'nin özel hayata saygı hakkının ihlali için kişinin ülkede “yasal olarak” bulunmuş olması gerektiğine ilişkin kanaati tartışmaya açık gözükmemektedir. Ayrıca, Mahkeme'nin yapmış olduğu değerlendirmede başvurucunun yasaya aykırı giriş nedeniyle sınır dışı edilmesi işleminin İdare Mahkemesince hukuka uygun bulunmadığı yönündeki değerlendirmeyi göz önüne almamış olması bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

Başvurucunun eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddiası özetle, başvurucunun sifilis bulaşıcı hastalığı nedeniyle sınır dışı edilmesine rağmen çeşitli yargı kararlarına konu olmuş olaylarda başka bir bulaşıcı hastalık olan Hepatit B hastalığı olan kişilerin ise sınır dışı edilmemesine dayanmaktadır. Genel ve evrensel bir ilke olan eşitlik, kanun önünde eşitlik, kanunların eşit korunması olarak anılmakta; kişilerin temel hak ve özgürlüklerden eşit olarak yararlanmasını sağlamaktadır. Ayrımcılık yasağı ise dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce gibi sebeplerle hiç kimsenin diğer bireylere sağlanan hak ve ayrıcalıklardan yoksun bırakılmamasıdır. Başvurucunun bu iddiasını da tıpkı aile hayatına özel hayat ve aile hakkına saygı hakkına ilişkin iddiasında olduğu gibi somutlaştırmamıştır.

Son olarak kişi hürriyeti ve güvenliği açısından yapılan incelemede Anayasa Mahkemesi'nin başvurucunun, idare tarafından idari gözetimin sonlandırılması nedeniyle, tam yargı davası açabileceğine ve bu nedenle başvurunun kabul edilemez olduğuna hükmettiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki içtihadına bakıldığında idare mahkemelerinin sınır dışı etme işlemlerine karşı yapacakları incelemede, somut olayda varsa, sulh ceza hâkimlikleri tarafından verilen kararlarla bağlı olduğuna işaret edildiği görülmektedir. İncelemeye konu yapılan olaya bakıldığında, her ne kadar idare tarafından sonlandırılmış olsa da, sulh ceza hâkimliğinin hukuka uygun bulunduğu bir idari gözetim kararının bulunduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen içtihadı göre başvurucunun tam yargı davası açamayacağı, nitekim idare mahkemesinin sulh ceza hâkimliği tarafından verilen karar ile bağlı olması gerektiği düşünülebilecektir. Sulh ceza hâkimlikleri tarafından verilen kararların idare mahkemelerine etkisi çok daha detaylı bir inceleme gerektirse de en azından Mahkeme'nin başvurunun kabul edilemez olduğuna hükmetmesi kendi içtihadı açısından çelişkili gözükmemektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

Makale ve Kitaplar/Journal and Books

- Akbulut M, *Türk Yabancılar Hukukunda İdari Gözetim* (On İki Levha Yayıncılık 2020).
- Asar A, *Yabancılar Hukuku* (3rd Edn, Seçkin 2017).
- Asar A, *Yabancılar Hukuku* (6th Edn, Seçkin 2020).
- Bal A, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne Başvurması” (2019) 21 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27-82.
- Bayraktaroğlu Özçelik G, “Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi”, (2013) (108) TBB Dergisi 211-258.
- Bouchet-Saulnier F, *İnsancıl Hukuk Sözlüğü* (İletişim 2002).
- Council Of Europe, ‘Guide On Article 8 Of The European Convention On Human Rights Right To Respect For Private And Family Life, Home And Correspondence’ < <https://www.refworld.org/docid/5a016ebe4.html>> Erişim Tarihi 4 December 2020.
- Çelikel A And Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (25th Edn, Beta 2020).
- Çiçekli B, “Avrupa Sosyal Şartının Yabancılar Sağladığı Güvenceler Ve Türkiye”, (2002) 22 (2) MHB, 21-55.
- Çiçekli B, *Yabancılar Ve Polis* (Seçkin 2003).
- Da Lomba S, “Vulnerability And The Right To Respect For Private Life As An Autonomous Source Of Protection Against Expulsion Under Article 8 ECHR” (2017) 6 (4) Laws 2017, 6 – 32.
- Den Exter A, “Strasbourg Medical Expulsion Rulings: Beyond The Deathbed Requirement”, (2019) 6 European Journal Of Health Law, 115-124.
- Desmond A, “The Private Law Of Family Matters: Curtailing Human Rights Protection For Migrants Under Article 8 Of The ECHR?” (2018) 29 (1) The European Journal Of International Law, 261-279.
- Doğan V, *Türk Yabancılar Hukuku* (Savaş 2016).
- Doğan V, *Türk Yabancılar Hukuku* (4th Edn, Savaş 2019).
- Duran L, “Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi” (1980) 2 İnsan Hakları Yıllığı, 3-33.
- Ekşi N, *6458 Sayılı Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda İdari Gözetim* (Beta 2014).
- Ekşi N, *Milletlerarası Özel Hukuk II Pratik Çalışma Kitabı* (4th Edn, Beta 2016).
- Elçin D, “Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda Aile İkamet İzni: Aile Hayatı Hakkı Mı? Aile Birleşimi Hakkı Mı?”, 2017 (30) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 117-198.
- European Court Of Human Rights, ‘Press Unit: Health October 2020’ < https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Health_ENG.Pdf> Erişim Tarihi 4 December 2020.

- European Court Of Human Rights, 'Thematic Report: Health-Related Issues In The Case-Law Of The European Court Of Human Rights' <https://www.echr.coe.int/Documents/Research_Report_Health.Pdf> Erişim Tarihi 4 December 2020.
- Gözler K, *İdare Hukuku* (2nd Edn, Ekin 2009).
- Gözübüyük Ş And Gölcüklü F, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme Ve Yargılama Yöntemi* (6th Turhan 2005).
- Gözübüyük Ş And Tan T, *İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku* (4th Edn, Turhan 2010).
- Gözübüyük Ş And Tan T, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar* (13th Edn, Turhan 2019).
- Günday M, *İdare Hukuku* (10th Edn, İmaj 2015).
- Huysal B And Şermet B, "6458 Sayılı Kanun Çerçevesinde Haklarında Sınır Dışı Kararı Alınan Yabancılar", İn *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan Cilt II* (Beta 2014).
- Kabaalioğlu H And Ekşi N, "Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi", (2004) 24 (1-2) MHB (Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan), 503-522.
- Kalabalık H, "İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı Ve Benzer Durumlarla Karşılaştırılması", (1997) 1 (2) Gazi Ünivrsitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 205-232.
- Kalabalık H, *İdari Yargılama Usulü Hukuku* (11th Edn, Sayram 2016).
- Kapani M, *Kamu Hürriyetleri* (7th Edn, Yetkin 1993).
- Kaplan G, *İdari Yargılama Hukuku* (2nd Edn, Ekin 2017).
- Karakul S, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı", (2017) 4 (1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17-58.
- Kilkelly U, *Le Droit Au Respect De La Vie Privée Et Familiale, Un Guide Sur La Mise En Œuvre De L'article 8 De La Convention Européenne Des Droits De L'Homme* (Conseil De l'Europe 2003).
- Klaassen M, "A Right To Regularize Unlawful Residence? Pomes V. Netherlands Untangled" (Strasbourgobservers, 2020) <<https://strasbourgobservers.com/category/cases/pomes-v-the-netherlands/>> Erişim Tarihi 17 November 2020.
- Klaassen M, "Between Facts And Norms: Testing Compliance With Article 8 ECHR In Immigration Cases", (2019) 37 (2) Netherlands Quarterly Of Human Rights, 157-177.
- Öztürk NÖ, *Mültecinin Hukukî Statüsünün Belirlenmesi* (Seçkin 2015).
- Reisoğlu S, *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları* (Seçkin 2001).
- Roagna I, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata Ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları* (Avrupa Konseyi 2012).
- Rona A and Esra D, *Yabancılar Hukuku* (3rd, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2010).
- Sağlam F, *Temel Hakların Sınırlanması Ve Özü* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları 1982).
- Webster E, "Medical-Related Expulsion And Interpretation Of Article 3 Of The European Convention On Human Rights" (2013) 6 (1-2) Inter-American And European Human Rights Journal, 36-53.
- World Health Organization, 'Report On The Health Of Refugees And Migrants In The WHO European Region, No Public Health Without Refugee And Migrant Health' <<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/311347/9789289053846-eng.pdf?sequence=1&isallowed=Y>> Erişim Tarihi 4 December 2020.

Mahkeme Kararları/Opinions

- Novruk v. Russia, App no. 31039/11, 76810/12, 14618/13, 13817/14 (ECHR, 15 March 2016).
- S. & S. V. United Kingdom App no 10375/83 (ECHR 10 December 1983).
- Nasri v. France, App no 18/1994/465/546, (ECHR 21 June 1995).
- Slivenko v. Latvia App no 48321/99 (ECHR 9 October 2003).
- Üner v. Netherlands App no 46410 /99 (EHCR, 18 October 2006).
- Maslov v. Austria App no 1638/03 (ECHR 23 June 2008).
- Kyutin v. Russia, App no 2700/10 (ECHR, 10 March 2011).
- A.A. v. United Kingdom App no 8000/08 (ECHR, 20 September 2011).
- Butt v. Norway App no 47017/09 (ECHR, 4 December 2012).
- Senchishak v. Finland App no 5049/12 (ECHR 18 November 2014).
- A. S. v. Switzerland App no 39350/13 (ECHR 30 June 2015).
- Anayasa Mahkemesi, 2014/15769, 30/11/2017 (B. T. [GK]).
- Anayasa Mahkemesi, 2014/18827, 20/12/2017 (A. A.).
- Ibrogimov/Russia, App no 32248/12 (ECHR 15 May 2018).
- Levakovic v. Denmark kararı App no 7841/14 (ECHR 23 October 2018).
- Anayasa Mahkemesi, 2015/19795, 9.1.2019 (Peri Kırık).
- Anayasa Mahkemesi, 2017/11905, 21.7.2020 (Sherapat Yagmyrova).
- Pormes v. Netherlands App no 25402/14 (ECHR, 28 July 2020).
- A. H. Kahn v. United Kingdom App no 6222/10 (ECHR 20 December 2011).



Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 11.09.2020
Revizyon Talebi: 30.09.2020
Son Revizyon: 28.11.2020
Kabul: 28.11.2020
Online Yayın: 21.12.2020

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Avrupa Birliğinde “Achmea” Kararı ve “1/17 Sayılı Görüş” Işığında “Yatırımcı-Devlet” Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasının Geleceği

Future of the Investor–State Dispute Settlement Mechanism in the European Union After the “Achmea” Decision and “Opinion 1/17”

Pınar Karacan*

Öz

Çalışma Avrupa Birliği Uluslararası Yatırım Hukuku alanındaki gelişmeleri iki önemli Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararı; “Achmea” ve “1/17 Sayılı Görüş”; ışığında değerlendirerek özellikle uluslararası yatırım hukukunda “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözüm mekanizmasındaki değişikliklere dikkat çekmeyi ve gelişmelere olan etkisini incelemeyi amaçlamaktadır. Achmea kararıyla Avrupa Birliği üyeleri arasında mevcut iki taraflı yatırım antlaşmalarında yer alan “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümüne ilişkin düzenlemelerin Avrupa Birliği hukukuna aykırı bulunarak uygulanamayacak olması aynı zamanda Enerji Şartı Antlaşmasında yer alan “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümüne ilişkin düzenlemelerinin uygulanabilirliğini tartışmaya açmıştır. Avrupa Birliği üyesi ülkeler arasında “yatırımcı-devlet” tahkimin sona eriyor olması “1/17 Sayılı Görüş”te tartışılan “Yatırım Mahkemesi Sistemi”ni daha önemli hale getirmiştir. Bu açıdan da “1/17 Görüş” incelemesi önemlidir. Çalışma bu iki karar ile ilgili konuları değerlendirmeyi, aynı zamanda alandaki Enerji Şartı Antlaşması modernizasyon çalışmaları, Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) Çalışma Grubu III kapsamındaki reform sürecindeki çalışmaları, ilgili diğer Adalet Divanı kararları ve tahkim kararlarını, Avrupa Birliği içindeki düzenlemeleri dikkate alarak gelişmelere ışık tutmayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler

Avrupa Birliği Yatırım Hukuku, Achmea, 1/17 Görüş, “Yatırımcı-Devlet” Uyuşmazlık Çözümü, CETA

Abstract

This paper aims to discuss two important decisions of the Court of Justice of the European Union, “Achmea” and “Opinion 1/17”, regarding European Union international investment law and to evaluate their effect on the developments and changes in international investment law, especially for investor–state dispute settlement mechanisms. The “Achmea” decision, where the Court found the provisions in Intra-EU BITS regarding investor–state dispute resolution provisions to be in conflict with European Union law, launched a discussion on the applicability of the investor–state dispute settlement provisions in the Energy Charter Treaty. By ending investor–state arbitration among European Union members, the Achmea decision made the Investment Court System discussed in “Opinion 1/17” and the analysis of that decision more important. This paper, with the analysis of these two important Court decisions, aims to discuss these topics. At the same time, other developments in this area are taken into consideration, such as the modernization efforts under the Energy Charter Treaty, reform under the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Working Group III, other relevant Court of Justice decisions or arbitral awards, and regulations within the European Union, with the goal of shedding light on the developments in this area.

Keywords

European Union Investment Law, Achmea, 1/17 Opinion, “Investor-State” Dispute Resolution, CETA

* Sorumlu Yazar: Pınar Karacan (Prof. Dr.), Dokuz Eylül Üniversitesi, İşletme Fakültesi, Devletler Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye. E-posta: pinar.karacan@deu.edu.tr ORCID: 0000-0002-9339-3207

Atf: Karacan P, “Avrupa Birliğinde “Achmea” Kararı ve “1/17 Sayılı Görüş” Işığında “Yatırımcı-Devlet” Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasının Geleceği” (2020) 40(2) PPIL 1507. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0038>



Extended Summary

In the last few years there have been important debates regarding investor–state dispute settlement (ISDS) mechanisms in international investment law. These discussions are triggering change in the area, as we see in the current Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) and in the creation of the Investment Court System (ICS) as an alternative ISDS mechanism. European Union law is playing an important role in this change. The European Union is an important actor in the creation and development of international investment law topics. This paper primarily focuses on European Union law and significant Court of Justice of the European Union decisions in this area, aiming to evaluate the effect of the decisions for international investment law and settlement of investor–state disputes. The paper’s analysis particularly focuses on two important EU Court of Justice decisions: “Slovak Republic v. Achmea BV” and “Opinion 1/17”. Important arbitral tribunal awards are also discussed where relevant. In “Achmea”, the question was whether Article 344 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) prevents EU members from referring to the investor–state dispute settlement provisions in Intra-EU BITS (bilateral investment treaties), and, if the answer is negative, does Article 267 of the TFEU prevent the application? Finally, if the second answer is negative, does Article 18(1) of the TFEU prevent the application of these provisions? Although Advocate General Wathelt stated in his opinion that neither the provisions in the objected agreement nor the other investor–state arbitration provisions in Intra-EU BITS violate EU law, the Court decided otherwise and found the provisions to be in conflict with EU law in an unexpected and surprising decision. The Court found the provisions in Intra-EU BITS regarding ISDS provisions contradictory with EU law, ruling that only the Court of Justice has the competence to interpret and apply EU law and these provisions therefore contradict with the autonomy of EU law. The “Achmea” decision was thus an end to the investor–state arbitration provisions in Intra-EU BITS. The decision had a shocking effect, especially for the future of ISDS in EU law. The decision also opened a debate on the future of the existing Intra-EU BITS.

This paper discusses the current stage of the developments within the European Union, such as the International Agreement for the Termination of Intra-EU Bilateral Investment Treaties that was adopted on 5 May 2020 in the European Union.

In addition to its effect on Intra-EU BITS, the “Achmea” decision is also important for the application of the Energy Charter Treaty (ECT) provisions, and especially application of Article 26 of the ECT among EU members. It is important to have a decision from the Court of Justice on whether Article 26 on ISDS provisions applies between EU members through a preliminary ruling, but that opportunity was missed in the “Spain v. Novenergia II - Energy & Environment (SCA)” case. The issue has also been discussed at arbitral tribunals, such as the “Vattenfall AB and others v.

Federal Republic of Germany” dispute. The arbitral tribunal for “Vattenfall”, taking into consideration the Vienna Convention on Law of Treaties, decided that the ECT is not in the scope of the “Achmea” decision. It will be interesting to follow the changes in this discussion, especially with the modernization of the ECT arguments and possible Court of Justice decisions in the future.

In the second important decision of the Court, in “Opinion 1/17” the Court was asked to answer whether the provisions related to ISDS and the ICS were compatible with EU law. Advocate General Bolt in his decision found the investor–state dispute mechanism in the CETA compatible with the TFEU, the Treaty on European Union (TEU), and the EU Charter on Fundamental Rights. Similarly, the Court found the provisions in Chapter 8 of the CETA compatible with primary EU law. It is important to analyse the Advocate General’s opinion and the Court’s decision, especially to see the discussion on the differences in international commercial and investment arbitration and the dynamics of EU law.

The “Achmea” and “Opinion 1/17” decisions are important for both EU law and the development and change in international investment law. Of course, there are other topics in the area that are not covered by these two court decisions but are also important to analyse for an understanding of the topic and all of its aspects in order to project the future developments in ISDS in international investment law. For example, how does the Court of Justice look at investor–state arbitration provisions in international agreements? Some aspects of this topic were discussed in “Opinion 2/15” regarding the EU–Singapore Free Trade Agreement, but the issue of whether investor–state arbitration was compatible with EU law was not discussed. The Court only discussed the issue in terms of competence arguments and whether Member States or the EU would have competence to sign these treaties. It will also be interesting to see the developments in the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Working Group III on ISDS, the outcome of the modernization of the ECT, and other relevant cases of the Court of Justice, such as the “PL Holdings S.á.r.l. v. Poland” decision. The topic will continue to be discussed and will be a part of many studies in the coming years, and the European Union will have an important role in shaping new ISDS mechanisms in international investment law.

Avrupa Birliğinde “Achmea” Kararı ve “1/17 Sayılı Görüş” Işığında “Yatırımcı-Devlet” Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasının Geleceği

Giriş

Avrupa Birliği (AB) hem uluslararası yatırım konusunda hem de bu alandaki kuralların oluşumu ve gelişimi açısından önemli bir güçtür. Günümüzde uluslararası yatırım hukuku alanında birçok değişim gerçekleşmektedir. Başlangıçtan beri evirilen uluslararası yatırım hukukunda son zamanlarda çalışmada bahsedileceği üzere “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümü tartışmalarında görüldüğü üzere temel değişiklikler gerçekleşmektedir. Konuya AB yatırım hukuku açısından bakıldığında bazen uluslararası alandaki gelişme ve değişikliklerin AB’nin içindeki düzenlemelerde değişimi tetiklediği; örneğin Amerika Birleşik Devletleri’nin (ABD) son dönemlerde müzakere ettiği “yeni nesil antlaşmalarına” (*new generation agreements*) bakıldığında ticaret konularına ek olarak yatırım, devlet alımları, hizmetler, devletin düzenleme hakkı, sağlık, çevre gibi konuları da kapsadığı ve geniş düzenlemeler bulunduğu görülmektedir. AB’nin ticarete ilişkin münhasır yetkisine Lizbon Andlaşmasıyla yatırım konusunun da eklenmiş olması bu açıdan önemlidir. AB bu kapsamdaki antlaşmaları müzakere edebilecektir ve Lizbon Andlaşması sonrasında bu kapsamda antlaşmaları müzakere etmekte ve kabul etmektedir. Bazen de AB hukukunun iç düzenlemeleri ve değişiklikleri genel uluslararası çerçeveyi etkileyebilmekte ya da değişiklikleri tetikleyebilmektedir. Örneğin AB içinde özellikle AB Komisyonunun “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümüne (“*investor-state*” *dispute settlement –ISDS*) ilişkin eleştirel yaklaşımı hem “1/17 Görüş” de incelenecek olan CETA “AB-Kanada Kapsamlı Ekonomik Ticaret Antlaşması” (*Comprehensive Economic and Trade Agreement-CETA*)’nda yer alan “Yatırım Mahkemesi Sistemi”nin (*Investment Court System-ICS*) oluşumunu¹ hem de çalışmada değerlendirilecek olan Enerji Şartı Antlaşması (EŞA) (*European Charter Treaty-ECT*) kapsamında tartışılan değişiklikleri etkilemiştir.

Bu çalışma AB içinde uluslararası yatırım hukukuna ilişkin güncel gelişmeleri dikkate alarak özellikle “yatırımcı-devlet” konusundaki tartışmaları değerlendirmeyi; AB’nin uluslararası yatırım hukuku alanının genel çerçevesine etkisini ve etkileşimini birkaç örnek dava üzerinden göstermeyi ve bundan sonra da tartışılmaya devam edecek konulara dikkat çekmeyi amaçlamaktadır. Çalışmada Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın (ABAD) “*Slowakische Republik (Slovak Republic) v. Achmea BV*” (*Achmea*)² kararı ve “1/17 Sayılı Görüşü” (*Opinion 1/17*)³ ilgili konular kapsamında değerlendirilecektir. Kararlar hem Hukuk Sözcüsü (HS) (*Advocate General-AG*) görüşleri hem de mahkeme kararları kapsamında ele alınacaktır.

1 Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (*United Nations Commission on International Trade Law-UNCITRAL*) Çalışma Grubu III (*Working Group-WG III*) kapsamında reform sürecindeki çalışmalar devam etmektedir. Aynı çalışma konusu olabilecek konu bu çalışmada değerlendirilmeyecektir.

2 “*Slowakische Republik (Slovak Republic) v. Achmea BV*”, 6 Mart 2018, Case C-284/16, <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62016CJ0284&lang1=en&type=TXT&ancre=>>>.

3 “1/17 sayılı Görüş” (OPINION 1/17 OF THE COURT), 30 Nisan 2019 <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=213502&text=&dir=&doclang=EN&part=1&occ=first&mode=DOC&pageIndex=0&cid=750432>>>.

İlgili kararlar incelenmeden önce AB hukuku kapsamında uluslararası yatırım hukukunun çerçevesinden kısaca bahsetmek gerekir.

AB hukuku “uluslarüstü” (*supranational*) bir hukuktur.⁴ ABAD içtihatları ile ortaya çıkmış bu ilkeye göre AB hukuku üye ülkelerin hukukundan üstündür. Birlik hukuku özerkliğiyle tüm ulusal hukuk düzenlemeleri karşısında önceliğe sahiptir. Bu durumda özellikle yetki konusu önem kazanmaktadır. Devredilen yetki, münhasır yetki, paylaşılan yetki ve ikame yetki (*subsidiarity*) başlıklarında tartışılabilir konular çalışma itibarıyla devredilen yetkilerin yatırım konusunda artırılmış olması ve münhasır yetkiler kapsamına alınması açısından önemlidir. Lizbon Andlaşması 2009 yılında yürürlüğe girmiş ve birçok önemli değişiklikler getirmiştir. Andlaşmanın getirdiği önemli değişikliklerden biri ortak ticaret konusunda yetki devrinin genişletilmiş olması, yatırım konusunun kapsama alınmasıdır. Andlaşmanın yürürlüğe girmesiyle birlikte yatırım konusu “ortak ticaret politikası” kapsamında münhasır yetkilerden olmuştur. Konu “Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma” (ABİA) (*Treaty on the Functioning of the European Union*)⁵ madde 206 ve 207’de düzenlenmiştir.

AB hukukunun ilkelerini, örneğin “uluslarüstü” (*supranationality*), AB Kurucu Antlaşmalarda yer alan temel ilkeler örneğin “karşılıklı güven” (*mutual trust*), dürüst işbirliği (*sincere cooperation*) gibi, anlamak hem AB’nin kendi içindeki dengelerini değerlendirmek, örneğin Komisyonun “yatırımcı-devlet” tahkimine ilişkin yaklaşımı gibi, hem de ABAD’ın rolünü ve AB hukuku dinamiklerinde “yatırımcı-devlet” tahkiminin mümkün olup olmayacağını değerlendirmek için önemlidir. Ayrıca Lizbon Antlaşması sonrası yatırım konusunun münhasır yetkilerden olması ile birlikte AB üyeleri arasındaki mevcut iki taraflı yatırım antlaşmalarının durumunun ne olacağı, AB üyeleri arasında EŞA’nın özellikle de uyuşmazlık çözümüne ilişkin maddelerinin (madde 26) uygulanabilirliği gibi birçok konunun cevaplanabilmesi ve ilgili ABAD kararlarının anlaşılabilmesi açısından da bu ilkelerin anlaşılması önemlidir.

AB’ye özgü belirli terminolojiler de bulunmaktadır. Örneğin iki taraflı yatırım antlaşmalarında (Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmaları (YKTKA)) (*Bilateral Investment Treaties-BITs*) AB söz konusu olduğunda iki tip antlaşma mevcuttur. Birinci grup “AB-içi YKTKA“ (*Intra -EU BITs*) yani iki AB üyesi arasındaki YKTKAlar, ikinci grup ise “AB-ekstra YKTKA” (*Extra-EU BITs*) AB üyesi ve üye olmayan 3. ülke arasındaki YKTKAlar.⁶

4 *Costa v E.N.E.L.*, Case C-6/64, [1964] ECR 01141. “Sıradan uluslararası antlaşmaların aksine, Antlaşma, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, üye devletlerin hukuk sistemlerinin ayrılmaz bir parçası olan ve bu devlet mahkemelerinin yumakla yükümlü oldukları kendi hukuk düzenini kurmuşlardır. Üye ülkelerin iç hukuk hükümleri, Birlik hukuku karakterinde olmadığı sürece her ne şekilde düzenlenirse düzenlensin, özel ve özgün niteliğe sahip (bu hukuk düzenini) geçersiz kılamaz.”

5 Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma (*Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union*) OJ (C 326), 26.10.2012.

6 Lizbon Andlaşması ile AB hukukunda uluslararası yatırım hukukuna getirilen değişiklikler ve iki taraflı yatırım antlaşmalarına ilişkin değerlendirme için bakınız: Pınar Karacan, ‘Lizbon Andlaşması Sonrası Avrupa Birliği Yatırım Antlaşmaları’ (Aralık 2014), 2, Legal Hukuk Dergisi (Prof. Dr. Rona Aybay’a Armağan) 1421-1456 (Karacan, ‘Lizbon Andlaşması’); Pınar Karacan, ‘Avrupa Birliği Hukukunun Yapısından Kaynaklanan Uluslararası Yatırım Hukukuna İlişkin Sorunlar’ (2017), 37 (2), MHB (Prof. Dr. Yücel Sayman Armağan) 547-575 (Karacan, ‘Avrupa Birliği Yatırım’).

Aşağıda öncelikle “AB-içi YKTKA” da yer alan “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümüne ilişkin “Achmea” kararı daha sonra da CETA’daki “Yatırım Mahkemesi Sistemi”ne ilişkin “1/17 Sayılı Görüş” incelenecektir.

I. ACHMEA Kararı

2004 yılında Slovakya sağlık sisteminde belirli reformlar yapılmış ve özel sağlık sigorta şirketlerinin pazara girişine izin verilmiştir. Hollanda şirketi olan Achmea (daha önce Eureka B.V olarak bilinen) Slovakya’da hizmet satışına ilişkin bir bağlı ortaklık açmıştır. 2004 yılında Slovakya AB üyesi olmuştur. 2006’da Slovakya yapmış olduğu reformlarla bazı değişikliklere gidip hizmet satışından elde edilen gelirlerin dağıtımına ve taksimine yasak getirmiştir. Bu düzenlemelerle ilgili olarak Achmea 2008 yılında Hollanda ve Çekoslovakya (Çek ve Slovak Cumhuriyeti) arasındaki YKTKA’ya dayanarak tahkime gitmiştir.⁷ Slovakya ilgili Antlaşmanın 8. maddesinde düzenlenen “yatırımcı-devlet” tahkimine ilişkin düzenlemenin AB hukukuna aykırı olduğu iddiası ile itiraz etmiştir.⁸ Tahkim Mahkemesi Slovakya’nın itirazı reddetmiş, Slovakya’nın YKTKA’yı ihlal ettiğine ve Achmea’ya yaklaşık 22.1 milyon Avro ödemesine karar vermiştir.⁹

Slovakya tahkim yerinin Almanya olması sebebiyle kararın iptali için Alman Mahkemesine başvurmuştur.¹⁰ Mahkeme başvuruyu reddetmiştir. Slovakya üst mahkemeye itiraz etmiştir.¹¹ Hukuk Sözcüsü Wathelt’in görüşünden anlaşıldığı üzere Slovak Cumhuriyeti üst mahkemeye itirazında kararın ve kararın verilmesine vesile olan tahkim anlaşmasının kamu düzenine aykırı olduğunu bu sebeple de geçersiz olduğunu ileri sürmüştür.¹² Slovak Cumhuriyeti kararın kamu düzenine aykırı olmasını tahkim mahkemesinin “ön karar” prosedürü ile ABİA madde 267 kapsamında ABAD’a gidememesine dayandırmıştır.¹³ Slovakya “Holland-Çekoslovakya YKTKA” madde 8’deki tahkim düzenlemesinin geçersiz olduğunu, ABİA madde 267¹⁴, 344¹⁵ ve madde

7 UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade*) Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu Tahkim Kurallarına göre yürütülen tahkim mahkemesi Professor V. Lowe QC (Başkan), Albert Jan van den Berg ve V.V. Veeder QC (Hakemler) oluşmuştur. Tahkim yeri Frankfurt’tur.

8 HS Wathelt ¶ 22.

9 Clément Fouchard, Marc Krestin, ‘The Judgment of the CJEU in Slovak Republic v. Achmea – A Loud Clap of Thunder on the Intra-EU BIT Sky!’, (Kluwer Arbitration Blog, Mart 7 2018) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/07/the-judgment-of-the-cjeu-in-slovak-republic-v-achmea/>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.

10 The Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Higher Regional Court, Frankfurt am Main, Germany).

11 Almanya Federal Mahkemesi, Karar ¶ 12 (Decision at ¶ 12 Bundesgerichtshof Federal Court of Justice, Germany).

12 HS Wathelt ¶ 26.

13 HS Wathelt ¶ 27.

14 Antlaşmanın Türkçe metni Avrupa Birliği Başkanlığının sayfasından alınmıştır. Madde 267: “Avrupa Birliği Adalet Divanı, aşağıdakiler hakkında ön karar verme yetkisine sahiptir: a) Antlaşmalar’ın yorumu, b) Birlik kurum, organ, ofis veya ajanslarının tasarruflarının geçerliliği ve yorumu. Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde ortaya konması halinde, bu mahkeme kendi kararını vermek için konuya ilişkin bir karara gerek duyarsa, Adalet Divanı’ndan bu sorun hakkında karar vermesini talep edebilir. Bu tür bir sorunun, iç hukuka göre kararlarına karşı kanun yolunun kapalı olduğu bir ulusal mahkemede görülmekte olan bir davada ortaya konması halinde, bu mahkeme Divan’a başvurmakla yükümlüdür. Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde görülmekte olan tutuklu bir kişiyle ilgili bir davada ortaya konması halinde, Avrupa Birliği Adalet Divanı mümkün olan en kısa sürede harekete geçer.”

15 ABİA madde 344: “Üye devletler, Antlaşmalar’ın yorumu veya uygulanması ile ilgili bir uyuşmazlık konusunda, Antlaşmalar’da öngörülenler dışında bir çözüm yöntemine başvurmamayı taahhüt ederler.”

18¹⁶’de geçen “ayırım yapmama” ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.¹⁷

Almanya Yüksek Mahkemesi “ön karar” prosedürü ile ABAD’a başvurmuştur. “Ön karar” prosedürü ile ABAD’dan cevaplanması istenilen: (1) ABİA madde 344 düzenlemesinin yatırımın korunmasına ilişkin antlaşmanın taraf ülkenin yatırımcısı tarafından bir tarafın AB’ye üye olmadan önce akdetmiş olduğu antlaşmaya dayanarak AB’ye üye olduktan sonra yatırımın bulunduğu devlete karşı “AB-içi YKTKA”nın yatırımın korunmasına ilişkin düzenlemesine dayanarak tahkime gitmesine imkan tanıyan düzenlemesinin uygulanmasını engelleyip engellemediği konusudur. Eğer ilk soruya düzenlemenin uygulanmasını etkilemeyeceği yönünde olumsuz cevap verilecekse (2) ABİA madde 267 düzenlemesinin ilgili hükmün uygulanmasını engelleyip engellemediği konusu son olarak (1) ve (2) sorulara verilen cevap düzenlemenin uygulanmasını engellemeyeceği yönündeyse (3) ABİA madde 18 (1) düzenlemesinin hükmün uygulanmasına engel olup olmayacağı sorusudur. Mahkemeye aşamalı ve sorulara verilecek olumlu ve olumsuz cevaba göre değişecek, AB antlaşmalarının maddelerinin yorumlanmasını gerektiren 3 soru sorulmuştur.¹⁸ Hukuk Sözcüsü Wathelt’in da dikkat çektiği üzere Mahkemenin görüşü ilk kez üye ülkeler arasındaki YKTKA’nın uygunluğunu, özellikle de yatırım antlaşmalarında düzenlenen “yatırımcı-devlet” tahkimine ilişkin düzenlemeleri ABİA’nın 18(1), 267 ve 344 maddeleri doğrultusunda değerlendirecek olması sebebiyle önemlidir.¹⁹

Süreç devam ederken 2011 yılında Slovakya Anayasa Mahkemesi kâr transferi kısıtlamasına ilişkin düzenlemeyi Anayasaya aykırı bularak iptal etmiş ve tekrar kârın dağıtımına izin vermiştir.²⁰

Hukuk Sözcüsü Wathelt 19 Eylül 2017’de görüşünü açıklayarak “AB-içi YKTKA”ların ve bu antlaşmalarda yer alan “yatırımcı-devlet” tahkimine ilişkin düzenlemelerin AB hukukunu ihlal etmediğini belirtmiştir.²¹

Hukuk Sözcüsü Wathelt üçüncü soruya ilişkin Mahkemenin YKTKA’nın 8. maddesinde düzenlenen “yatırımcı-devlet” tahkimi düzenlemesi ile Hollandalı yatırımcının Slovak Cumhuriyetine karşı uluslararası tahkime başvurusunun ABİA madde 18 kapsamında vatandaşlığa dayalı ayrımcılık (*discrimination on the ground of nationality*) olmadığına ilişkin görüş vermesini önermiştir.²² Ancak Hukuk Sözcüsü Mahkememin bu teklifi kabul etmesi halinde (1) ve (2) soruyu incelemesi gerektiğini

16 ABİA madde 18 (1): “Bu Antlaşmalar’ın uygulama alanı çerçevesinde ve Antlaşmalar’da öngörülen belirli hükümlere hâle gelmeksiniz, uyrukluktan kaynaklanan nedenlerle yapılan her türlü ayrımcılık yasaktır.”.

17 HS Wathelt ¶ 28.

18 HS Wathelt ¶ 30.

19 HS Wathelt ¶ 2.

20 HS Wathelt ¶ 19.

21 Case C-284/16, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CC0284&from=EN>>.

22 HS Wathelt ¶ 82.

belirtmiştir.²³ ABİA madde 344'e ilişkin değerlendirmesinde Hukuk Sözcüsü Wathelt ABAD içtihatlarına bakıldığında AB üyelerinin aralarındaki uyumsuzlukların ABİA madde 344 kapsamında olduğunu ancak bireyler arasındaki uyumsuzlukların bu kapsamda olmadığını ileri sürmüştür.²⁴ Bu sebeple “yatırımcı- devlet” arasındaki YKTKA'nın 8. maddesi kapsamında düzenlenen uyumsuzluğun ABİA madde 344 kapsamında olmayacağı görüşünde olduğunu ifade etmiştir.²⁵ Maddenin kapsamına girmemesi sebebiyle de ayrıca uyumsuzluğun AB hukukunun yorumu veya uygulanmasıyla ilgili olup olmadığının değerlendirilmesine gerek bulunmadığına, ancak Mahkeme bu sonuca katılmazsa bu konunun da inceleneceğini belirtmiştir.²⁶ Hukuk Sözcüsü Wathelt YKTKA'nın 8(6) maddesi uyarınca AB hukukunun “yatırımcı-devlet” arasındaki uyumsuzluğa uygulanacak hukukun parçası olarak uygulandığını; bu kapsamdaki uyumsuzlukların ise iki sebeple; ilk olarak tahkim mahkemesinin yetkisinin YKTKA'nın ihlaline ilişkin olması, ikinci olarak YKTKA kapsamının ve düzenlediği hukuk kurallarının kapsamının AB ve AB kurucu antlaşmalarının kapsamından farklı olması; AB hukuku ve kurucu AB antlaşmalarının yorumu ve uygulanmasına ilişkin olmadığını ileri sürmüştür.²⁷ Uyuşmazlık çözümünde Tahkim Mahkemesinin rolünün yatırımcının itiraz ettiği davranışın AB ve AB kurucu antlaşmalarındaki yükümlülüklerle ve genel olarak AB hukukuna aykırı olup olmadığının incelenmesi olmayıp aksine YKTKA'nın kaynak devlet tarafından ihlal edilip edilmediğini incelemek olduğunu belirtmiştir.²⁸

Hukuk Sözcüsü Wathelt'e göre mevcut uyumsuzlukta AB hukuku YKTKA'lardaki hak ve yükümlüklerin kapsamı ile ilgili madde 8(6)'de uygulanan hukukun parçası ve tahkim yeri (*lex loci arbitri*) olarak Alman hukuku gereği etkili olacaktır.²⁹ Ayrıca Hukuk Sözcüsü Wathelt AB hukukunun Achmea ve Slovak Cumhuriyeti uyumsuzluğunda etkisi olmadığını, Achmea hastalık sigorta sektörüne ilişkin Slovak Cumhuriyetinin almış olduğu önlemlerin AB hukuku temelli olmadığını, alınan önlemlerin YKTKA'nın 3. ve 5. maddelerini ihlal ettiğini belirtmiştir.³⁰ Hukuk Sözcüsü Wathelt'e göre Tahkim Mahkemesinin kararında görüldüğü üzere Achmea veya Slovak Cumhuriyeti Mahkemesinin uyumsuzluğun esasına ilişkin kararında veya değerlendirmesinde etkili olabilecek herhangi bir AB hukuku düzenlemesine dayanmamıştır, bu sebeple hakem kararı AB hukuku soruları açısından bir etki doğurmayacaktır.³¹

Hukuk Sözcüsü Wathelt yatırımcıların uluslararası tahkime gidebilme imkanının uluslararası yatırım hukukunun tanınmış düzenlemelerinden olduğunu ve yatırımları

23 HS Wathelt ¶ 83.

24 HS Wathelt ¶ 146.

25 HS Wathelt ¶ 153.

26 HS Wathelt ¶ 159.

27 HS Wathelt ¶ 173.

28 HS Wathelt ¶ 175.

29 HS Wathelt ¶ 176.

30 HS Wathelt ¶ 177.

31 HS Wathelt ¶ 178.

teşvik ve koruyan bir garanti olduğunu belirtmiştir.³² Hukuk Sözcüsü Wathelt yatırımcının YKTKA'nın 8. maddesine dayanarak uluslararası tahkime gitmesinin tahkim mahkemeleri ABİA 267 kapsamında kabul edilmemiş olsa bile AB ve kurucu AB antlaşmalarındaki “yetki paylaşımı” (*allocation of powers*) veya AB hukuk sisteminin özerkliğini (*autonomy*) zayıflatmayacağı görüşünde olduğunu belirtmiştir.³³ Ayrıca Hukuk Sözcüsü Wathelt hakem kararlarının tenfiz süreci olduğunu ve bu süreçlere devletin dahil olduğunu, ulusal mahkemelerin gerek iptal gerekse tenfizde rolünü olduğunu vurgulamıştır.³⁴ Hukuk Sözcüsü Wathelt kararların tenfizinde kamu düzenine aykırılığın özellikle de Avrupa kamu düzenine aykırılık konusunun değerlendirileceğini vurgulamıştır.³⁵ Üye ülkenin hakem kararının aykırılığına itiraz edemediği durumlarda bile Komisyonun ABİA'nın 258³⁶ ve 260³⁷ maddelerine dayanarak üye ülkeye karşı dava açılabilirliğini ileri sürmüştür.³⁸ Bu sebeplerle Hukuk Sözcüsü Wathelt YKTKA madde 8'in AB ve kurucu AB antlaşmalarında yetki dağılımını ve AB hukuk sisteminin özerkliğini etkilemediğini ileri sürmüştür.³⁹

Değerlendirmede uluslararası yatırım tahkimi ve uluslararası ticari tahkim ayrımı yapılmış, Hukuk Sözcüsü Wathelt aynı argümanların uluslararası ticari tahkim için de yapılabileceğini, sonuçta uluslararası ticari tahkimde de AB hukukuna aykırı kararların çıkabileceğine, bu risklere rağmen mahkemenin düzenlemenin geçerliliği sorgulamadığını ifade etmiştir.⁴⁰ Hukuk Sözcüsü Wathelt bireyler arasındaki tahkimde devletin tahkim prosedürüne taraf olduğu durumlarda AB ve AB kurucu antlaşmalarındaki yetki dağılımını zayıflatmadığına ve AB özerkliğini etkilemediğine dikkat çekilerek “yatırımcı-devlet” arasındaki tahkimde de durumun benzer olması gerektiğini kaldı ki “yatırımcı-devlet” tahkiminde devletin taraf olması sebebiyle şeffaflığın daha çok olacağına ve devletin ABİA madde 258 ve 259'dan kaynaklanan yükümlülükleri sebebiyle “yatırımcı-devlet” tahkimine yaklaşımın ticari tahkim ile benzer olması gerektiğini savunmuştur.⁴¹ Hukuk Sözcüsü Wathelt ayrıca YKTKA'nın 8. maddesinin “karşılıklı güven” ilkesine aykırı olmadığı şeklinde değerlendirme yapmıştır.⁴²

32 HS Wathelt ¶ 208.

33 HS Wathelt ¶ 237.

34 HS Wathelt ¶ 238, 239, 248.

35 HS Wathelt ¶ 248, 250.

36 ABİA madde 258: “Komisyon, üye devletlerden birinin Antlaşmalar gereğince üzerine düşen bir yükümlülüğü yerine getirmediği kanısına varırsa, bu devlete kendi görüşlerini sunma imkanı tanıdıktan sonra, bu konuda gerekçeli görüşünü bildirir. İlgili devlet, Komisyon'un belirlediği süre içinde bu görüşe uygun hareket etmezse, Komisyon meseleyi Avrupa Birliği Adalet Divanı'na götürebilir.”

37 ABİA madde 260: “1. Avrupa Birliği Adalet Divanı, bir üye devletin Antlaşmalar gereğince üzerine düşen bir yükümlülüğü yerine getirmediğini tespit ederse, bu devlet Divan'ın kararı doğrultusunda gerekli tedbirleri almak zorundadır. 2. Komisyon, ilgili üye devletin Divan'ın kararı doğrultusunda gerekli tedbirleri almadığı kanısına varırsa, bu üye devlete görüşlerini sunma imkanı tanıdıktan sonra, meseleyi Divan'a götürebilir. Komisyon, ilgili üye devlet tarafından defaten ödenmesi gereken miktarı veya gecikmeye bağlı para cezasının miktarını durumun gereklerine göre belirtir. Divan, ilgili üye devletin kararına uymadığını tespit ederse, bu devlet tarafından defaten ödeme veya gecikmeye bağlı para cezası ödemesi yapılmasına karar verebilir. Bu usul, 259 maddeye halel getirmez.”

38 HS Wathelt ¶ 255.

39 HS Wathelt ¶ 256.

40 HS Wathelt ¶ 258.

41 HS Wathelt ¶ 259.

42 HS Wathelt ¶ 267.

Hukuk Sözcüsü Wathelt “ön karar” prosedüründe mahkemeye sorulan sorular konusunda mahkemenin ABİA’nın 18, 267 ve 344 maddelerinin AB üyesi olmadan önce yapılmış YKTKA’larda düzenlenmiş “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözüm mekanizmasının uygulanmasını engellemediği yönünde yorumlamasını teklif etmiştir.⁴³

Hukuk Sözcüsü Wathelt görüşünde yatırım hukuku açısından olumlu değerlendirmeler yapmış olsa da ABAD 6 Mart 2018 tarihinde verdiği kararında Görüşün tam tersi şekilde, Hollanda-Slovakya arasındaki YKTKA’nın 8. maddesindeki “yatırımcı-devlet” tahkim düzenlemesinin AB hukukunun özerkliği olumsuz etkilediği ve düzenlemenin AB hukukuna aykırı olduğuna yönünde karar vermiştir.⁴⁴

Aşağıda öncelikle ilgili karar incelenecek daha sonra kararın bundan sonraki süreci nasıl etkileyeceği konusu değerlendirilecektir.

ABAD kararında öncelikle YKTKA madde 8’de düzenlenen uyuşmazlık çözümü için öngörülen tahkim mahkemesinin AB hukukunu uygulayıp uygulamayacağı veya yorumlayıp yorumlamayacağı konusunun tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁴⁵ Achmea tahkim mahkemesinin madde 8(1) gereği sadece yatırım antlaşmasının ihlaline ilişkin iddiaları değerlendireceği ileri sürülse de ABAD YKTKA madde 8(6) gereği tahkim mahkemesinin ilgili taraf ülkenin yürürlükteki hukukunu ve taraflarlar arasındaki antlaşmaları da dikkate alacağını belirtmiştir.⁴⁶ Mahkemeye göre AB hukuku üye ülkede uygulanan hukukun parçasıdır ve üye ülkeler arasındaki uluslararası antlaşmalardan kaynaklanmaktadır.⁴⁷ Mahkeme ABİA madde 344 gereği üye ülkelerin AB Antlaşmalarının uygulanması ya da yorumlanmasına ilişkin bir uyuşmazlığı AB Antlaşmasında belirtilen çözüm yönteminden başkasına başvurmamayı taahhüt ettiklerini belirtmiştir.⁴⁸ Mahkeme ABAD içtihatlarına atıf yaparak ABİA madde 267 düzenlemesinin AB hukukunun yorumlanmasında yorum birliğini dolayısıyla istikrarı, AB hukukunun etkinliğini ve özerkliğini sağladığını belirtmiştir.⁴⁹

Mahkeme YKTKA madde 8 kapsamındaki tahkim mahkemesinin AB hukukunu, özellikle sermayenin kuruluşu ve serbest dolaşımına ilişkin düzenlemeler dahil temel serbestileri yorumlayıp uygulamasını isteyebileceğini belirtmiştir.⁵⁰ Bu sebeple tahkim mahkemesinin AB hukuksal sistemi içindeki yerinin ve ABİA madde 267

43 HS Wathelt ¶ 273.

44 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0284&from=EN>>, ECLI:EU:C:2018:158.

45 6 Mart 2018, Case C-284/16,

<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=836746>>, Achmea Karar ¶ 39.

46 Achmea Karar ¶ 40.

47 Achmea Karar ¶ 41.

48 Achmea Karar ¶ 32.

49 Achmea Karar ¶ 37.

50 Achmea Karar ¶ 42.

kapsamına girip girmediği konusunun tespit edilmesi gerektiği belirtilmiş⁵¹ ve ABAD tahkim mahkemesinin ABİA 267 kapsamında olmadığına bu sebeple de “ön karar” prosedürüne başvuramayacağına karar vermiştir.⁵²

Mahkeme YKTKA 8(7). maddesine göre tahkim mahkemesinin verdiği kararlarının kesin olduğuna dikkat çekmiş, madde 8(5) gereği tahkim mahkemesinin kendi usul kurallarını, tahkim yerini, sonuç olarak hakem kararının geçerliliğinde değerlendirilecek usule uygulanacak hukuku belirleyeceğini belirtmiştir.⁵³

Mahkeme ticari tahkim tartışmasına değinmiş, AB hukuku açısından ticari tahkim için sorun olmadığına⁵⁴ ancak YKTKA madde 8’deki “yatırımcı-devlet” tahkimin ticari tahkimden farklı olduğuna, ticari tahkimin tarafların iradesinden doğduğuna oysa yatırım tahkimin üye ülkenin kendi mahkemesinin AB hukukunun uygulanması ve yorumlanması sözkonusu olduğu uyuşmazlıklarda yetkisini kaldıran antlaşmadan doğduğuna, bu sebeple de ticari tahkime ilişkin şartların uygulanamayacağını belirtmiştir.⁵⁵

Mahkemeye göre üye ülkeler YKTKA ile “yatırımcı-devlet” arasında uyuşmazlıkların çözümüne yönelik oluşturdukları mekanizmayla uyuşmazlıkların AB hukukunun etkin uygulanmasıyla çözümlenmesinden mahrum bırakılmaktadırlar.⁵⁶ Mahkeme yerleşmiş içtihatlarına göre uluslararası antlaşmalar ile kendi düzenlemelerini uygulayacak ve yorumlayacak bir mahkeme kurulmasını ve mahkemenin vereceği kararların ABAD dahil AB kurumlarını bağlayacağı ve ilkesel olarak AB hukukunun özerkliği ve yasal düzeni dikkate aldığı sürece AB hukuku ile uyumsuz olmadığını belirtmiştir.⁵⁷ Ancak Mahkeme bu uyuşmazlıktaki YKTKA’nın 8. maddesindeki “yatırımcı-devlet” tahkim mahkemesinin yetkisine giren uyuşmazlıkların ilgili yatırım antlaşmanın ve AB hukukunun yorumlanmasına ilişkin olabilmesine ek olarak: uyuşmazlıkların AB’nin değil de üye ülke tarafından yapılmış bir antlaşmaya dayanılarak AB sisteminin parçası olmayan bir birime gitmesini belirtmiş, YKTKA’nın 8. maddesi sadece ülkeler arasındaki “karşılıklı güven” ilkesini sorgulamış, ayrıca ABİA madde 267 “ön karar” prosedürü ile güvence altına alınmış “dürüst işbirliği”⁵⁸ ilkesiyle uyumlu olmadığına ve YKTKA 8. maddesinin AB hukukunun özerkliğini olumsuz etkilediğine karar vermiştir.⁵⁹ Bu sebeple Mahkeme 1 ve 2. soruların cevaplarının ABİA’nın 267 ve 344. maddelerinin üye ülkeler arasında akdedilen antlaşmalarla, YKTKA’nın

51 Achmea Kararı ¶ 43.

52 Achmea Kararı ¶ 46, 49, 50.

53 Achmea Kararı ¶ 51.

54 Achmea Kararı ¶ 54.

55 Achmea Kararı ¶ 55.

56 Achmea Kararı ¶ 56.

57 Achmea Kararı ¶ 57.

58 Avrupa Birliği Antlaşması (ABA) (*Treaty on European Union- TEU*) ABA madde 4(3): “Birlik ve üye devletler, dürüst işbirliği ilkesi gereğince, Antlaşmalardan kaynaklanan görevlerin yerine getirilmesinde birbirlerine saygı gösterirler ve yardımcı olurlar.

59 Achmea Kararı ¶ 58.

8. maddesinde olduğu gibi üye ülkenin yatırımcısının diğer üye ülkedeki yatırıma ilişkin uyuşmazlık için üye ülkeye karşı tahkim mahkemesine gitmesini kabul eden düzenlemesini önlediği şeklinde yorumlamıştır. ⁶⁰ Mahkeme 1 ve 2. soruya vermiş olduğu cevap sebebiyle 3. sorunun cevaplanmasına gerek olmadığına karar vermiştir. ⁶¹

Hukuk Sözcüsü Wathelt'in görüşünün aksine verilen kararın mevcut "AB-içi YKTKA"ları nasıl etkileceği konusu gündeme gelmiştir. Aynı zamanda AB üyeleri arasında EŞA uyuşmazlık çözüm maddelerinin özellikle "yatırımcı-devlet" uyuşmazlık çözümüne ilişkin düzenlemelerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusu tartışılmaya başlanmıştır. Konu "1/17 sayılı Görüş" incelendikten sonra değerlendirme bölümünde tartışılacaktır. Şimdi "1/17 Sayılı Görüş" incelenecektir.

II. "1/17 Sayılı Görüş"

Belçika Eylül 2017 tarihinde ABİA'nın 218(11) maddesine dayanarak ⁶² ABAD'dan CETA'nın "yatırımcı-devlet" uyuşmazlıklarına ilişkin yatırım mahkeme sistemine ilişkin hükümlerinin (8. Bölüm, 8.18-8.45 maddeleri) ⁶³, temel haklar dahil ⁶⁴ AB hukukuna uygunluğu konusunu sormuştur. ⁶⁵ Belçika özellikle AB hukukunun yorumlanmasında ABAD'ın münhasır yetkisi, "eşit muamele ilkesini" ihlal edip etmediği (*principle of equal treatment*), AB hukukunun etkin olması şartını ve tarafsız ve bağımsız mahkemeye ulaşım hakkı (*the right of access to an independent and impartial tribunal*) ⁶⁶ konularının incelenmesi istemiş ⁶⁷ ve inceleme kapsamı o yönde belirlenmiştir. ⁶⁸ Hukuk Sözcüsü Bolt'un belirttiği gibi Mahkeme önerilen uyuşmazlık çözüm mekanizmasının mümkün olup olmadığını ve bu sistemin AB hukuk sistemiyle bir arada yer alıp almayacağına karar verecektir. ⁶⁹

Hukuk Sözcüsü Bolt değerlendirmesinde "2/15 Sayılı Görüş" (Opinion 2/15)'e değinmiştir. ⁷⁰ "2/15 Sayılı Görüş" de ABAD'ın YKTKA'larda bulunan "yatırımcı-

60 Achmea Karar ¶ 60.

61 Achmea Karar ¶ 61.

62 HS Bolt ¶ 38. ABİA madde 218(11): "11. Bir üye devlet, Avrupa Parlamentosu, Konsey veya Komisyon, öngörülen anlaşmanın, Antlaşmalar'ın hükümlerine uygun olup olmadığı konusunda Adalet Divanı'nın görüşünü alabilir. Adalet Divanı'nın görüşünün olumsuz olması halinde, öngörülen anlaşma, söz konusu anlaşmada veya Antlaşmalar'da değişiklik yapılmadıkça yürürlüğe giremez."

63 HS Bolt ¶ 7-8, ¶ 21-22, Yatırım Mahkemesi Sistemi ve süreç açıklanmıştır. HS Bolt ¶ 23: Sistem hem yatırımcıların üye ülkelere, üye ülke yatırımcısının Kanada'ya ya da Kanadalı yatırımcının üye ülkeye karşı açacağı davalara ek Kanadalı yatırımcının AB'ya açacağı davaları da kapsamaktadır.

64 AB Temel Haklar Bildirgesi (*The Charter of Fundamental Rights of the European Union*).

65 HS Bolt ¶ 5. Bu konuya ve gelişimine ilişkin: Pınar Karacan, 'Yatırım Mahkemesi Sistemi: Uluslararası Yatırım Tahkimi Sonu mı Eriyor?', (Temmuz 2016), 12 (2), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. İlhan Uluşan'a Armağan) 61-84 (Karacan, 'Yatırım Mahkemesi').

66 AB Temel Haklar Bildirgesi madde 47.

67 HS Bolt ¶ 9.

68 HS Bolt ¶ 36.

69 HS Bolt ¶ 49.

70 Bu konuda bakınız: Pınar Karacan, 'Adalet Divanı'nın 2/15 Sayılı Görüşü'nün Avrupa Birliği'nin Yeni Yatırım Antlaşmalarını Nasıl Şekillendireceğine İlişkin Bir Değerlendirme', (2017), 18 (2), Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi, 187-204 (Karacan, '2/15 Sayılı Görüş').

devlet” uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin yetkiyi AB’nin üyeleriyle paylaştığına, uyuşmazlıkların üye ülke mahkeme sisteminden çıkarıldığı için üye ülkelerin de bu konuda rızasının gerektiğine karar verildiğini ancak Mahkemenin uluslararası yatırıma ilişkin YKTK’daki uyuşmazlık çözüm mekanizmasının AB hukuku ile uyumu konusunu incelemediğini belirtmiştir.⁷¹

Hukuk Sözcüsü Bolt Mahkemenin ilgili Antlaşmanın doğrudan etki doğurup doğurmayacağı konusunu incelemesinin gerekli olmadığını, çünkü Antlaşmanın 30.6 maddesinde tarafların CETA’ya ulusal hukuk sistemlerinde doğrudan başvurulamayacağını düzenlediğine dikkat çekmiştir.⁷²

Hukuk Sözcüsü Bolt CETA Mahkemesine CETA düzenlemelerinin uygulanması ve yorumlanması için yetki veren CETA 8. Bölüm 7. Kısmı düzenlemelerinin ABAD’ın AB hukukunun yorumlanmasında münhasır yetkisinin olduğuna ilişkin ilkeyi ihlal edip etmediği konusunun değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁷³

Yapılan değerlendirmede yatırımların karşılıklı korunmasına ilişkin olan CETA’nın 8. Bölümündeki düzenlemelerinde olduğu gibi Antlaşma taraflarının yatırımcıya “uygun ve denk” (*adequate and equivalent*) koruma sağlamasına yönelik düzenlemeler içermesi gerektiği, ayrıca “karşılıklığın” (*reciprocity*) sağlanmasının amaçlandığı, “2/15 sayılı Görüş”de üye ülkeler ve üçüncü ülkeler arasında ABİHA madde 63’deki “sermayenin serbest dolaşımı ve ödemelerin” üçüncü ülkeleri bağlamadığı, serbest dolaşımın kurulmasına katkı sağlayacak “karşılıklılık esasına” dayalı uluslararası antlaşmalarının imzalanmasının AB Antlaşmasının 3. Bölüm (Birlik Politikaları ve İç Eylemleri), IV Başlık (Serbestiler) amaçlarının gerçekleşmesi için gerekli olduğu şeklinde sınıflandırabileceği ileri sürülmüştür.⁷⁴

Hukuk Sözcüsü Bolt değerlendirmesinde Achmea kararına da değinmiş, Kararda AB üyelerinin “Avrupa Birliği Antlaşması” (ABA) madde 2’de belirtilen ortak değerleri benimsediğinin ve AB üyeleri arasındaki “karşılıklı güven” ilkesinin öneminin vurgulandığını belirtmiştir. Bolt “karşılıklı güven” ilkesinin üçüncü kişiler açısından bağlayıcı olmadığı bu sebeple CETA gibi bir antlaşmanın müzakeresinde AB kurumlarının AB yatırımcılarının üçüncü ülkede AB’de ve üye ülkelerde sahip oldukları korumaya benzer korumaya sahip olması için görüşeceğini, bu sebeple taraflar arasındaki görüşmelerde “karşılıklılık ilkesinin” koruma standartlarının temeli olarak arandığını vurgulamıştır.⁷⁵ Hukuk Sözcüsü Bolt bu sebeple CETA’daki uyuşmazlık çözüm mekanizmasının AB hukuku ile uygunluğuna karar vermeden önce üçüncü ülkede yatırım yapan yatırımcının korunması konusuna geniş bir

71 HS Bolt ¶ 47.

72 HS Bolt ¶ 63.

73 HS Bolt ¶ 70.

74 HS Bolt ¶ 78.

75 HS Bolt ¶ 82.

perspektifle bakılması gerektiğini⁷⁶, Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) örneğinde olduğu gibi “karşılıklılık ilkesi” ve bu ilkenin yokluğu durumunda DTÖ antlaşmalarının uygulanmasında dengesizlik olabilceğini, oysa “karşılıklılık ilkesi” ile AB’nin ticari ortaklarına kıyasen dezavantajlı bir durumda kalmayacağını ve uluslararası sahnedeki yerinin korunacağını belirtilmiştir.⁷⁷

Hukuk Sözcüsü Bolt CETA uygulanmasında taraflar arasında dengenin ve “karşılıklığın” sağlanması için yatırımcı ve devlet arasındaki uyumsuzlukların çözümü için özel bir mekanizma oluşturulduğunu vurgulamış, CETA’nın “doğrudan etkiye” (*direct effects*) sahip olmadığını antlaşmada açıkça belirttiğini⁷⁸, antlaşmanın “doğrudan etki” doğurmamasının ve antlaşmaya taraf ülke yerel mahkemelerinin CETA’da korunan standartları uygulama görevlerinin bulunmaması sebebiyle önerilen uyumsuzluk çözümü mekanizmasının uygun olduğunu belirtmiştir.⁷⁹

Hukuk Sözcüsü Bolt değerlendirmesinde Achmea kararından ve kararın mevcut durumla farklılıklarından bahsetmiştir. Bolt Achmea kararında yatırım ve ticari tahkim farkına değinildiğinden, ticari tahkimde tarafların serbetçe ifade edilmiş rızaları olduğunu oysa “yatırımcı-devlet” arasındaki yatırım tahkiminin devletler arasındaki antlaşmadan kaynaklandığını⁸⁰, Achmea Kararında YKTKA’daki “yatırımcı-devlet” tahkim düzenlemesinin AB hukukunun yeknesaklığını ve etkisini etkileyecek olması sebebiyle AB hukukunun özerkliğini olumsuz etkilediğine karar verildiğini belirtmiştir.⁸¹ Hukuk Sözcüsü Bolt Achmea kararında ABAD’ın yaklaşımını AB hukuk sisteminin “karşılıklı güven” ve üyeler arasında “dürüst işbirliği” ilkesine dayandığı, bu sebeple üye ülkenin ikili ilişkileriyle AB hukukunun yorumlanması veya uygulanmasıyla ilgili olabilecek paralel uyumsuzluk çözüm mekanizması kurmasıyla doğası gereği bağdaşmayacağı yaklaşımına dayandırdığını, Mahkemenin ABİA madde 344’ü bu mekanizmayı engellediği şeklinde yorumladığını belirtmiştir.⁸² Ancak Achmea kararının “Yatırım Mahkeme Sistemi” (*Investment Court System-ICS*) incelemesinde söz konu olamayacağını, şartların farklı olduğunu vurgulamıştır.⁸³ Hukuk Sözcüsü Bolt Achmea’daki şartlardan farklı olarak bir tarafta “AB ve üyeleri” diğer tarafta Kanada arasındaki ilişkinin “karşılıklı güvene” dayanmadığı bu sebeple tarafların antlaşmada esasa ve usule ilişkin korumaları “karşılıklılık esasına” göre tanımladığı⁸⁴, üye ülkeler arasındaki üye ülkelerin uymak zorunda olduğu “karşılıklı güven” veya “dürüst

76 HS Bolt ¶ 89.

77 HS Bolt ¶ 92.

78 HS Bolt ¶ 93, ayrıca doğrudan etki konusu ¶168.

79 HS Bolt ¶ 94.

80 HS Bolt ¶ 95, 96, 101.

81 HS Bolt ¶ 104.

82 HS Bolt ¶ 105.

83 HS Bolt ¶ 106.

84 HS Bolt ¶ 107.

ışbirliği” ilkesini olumsuz etkileyemeyeceği⁸⁵, sonuç olarak Achmea kararındaki ABİA 267 ve 344 maddelerin ışığındaki değerlendirmenin “Yatırım Mahkeme Sistemi” açısından uygulanmayacağı yönünde görüş bildirmiştir.⁸⁶

Hukuk Sözcüsü Bolt CETA’da “Yatırım Mahkeme Sistemi”nde uygulanacak hukukun CETA’nın ilgili düzenlemeleriyle sınırlı olduğunu, yapılacak yorumun uluslararası hukuka göre yapılacağını, Achmea kararında tartışılan AB hukukunun yorumlanması veya uygulanmasının Yatırım Mahkemesi Sistemi için söz konusu olmadığını, Mahkemenin (Tribunal) antlaşma taraflarının AB hukukunun da parçası olduğu ulusal hukuklarını “maddi vakıa olarak” (*as a matter of fact*) olarak dikkate alacağını belirtmiştir.⁸⁷ Bu konu çalışmada daha sonra ele alınacak EŞA’ya yapılacak değişiklik önerileri açısından da önemlidir. AB yaptığı önerilerde eklenen bir dipnot açıklamasıyla taraf devletin ulusal hukukunun, uygulanacak hukukun parçası olmayacağı, Mahkeme (tribunal) tarafından “maddi vakıa” olarak uygulanabileceği açıkça belirtilmiştir.⁸⁸

Hukuk Sözcüsü Bolt CETA 8. Bölüm F Kısımda düzenlenen “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözüm mekanizmasının AB hukukun özerkliğini ve ABAD’ın AB hukukunu uygulama ve yorumlamadaki münhasır yetkisini etkilemediği görüşünde olduğunu belirtmiştir.⁸⁹ CETA antlaşmasındaki “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık mekanizmasının ABİA, ABA ve AB Temel Haklar Şartına uygun olduğunu ve CETA’da kurulan uyuşmazlık çözüm mekanizmasının AB hukukuna uygun olduğu yönünde görüşünü sunmuştur.⁹⁰

ABAD 30 Nisan 2019 tarihinde Hukuk Sözcüsü Bolt’un görüşü doğrultusunda kararını vermiştir.⁹¹ Söz konusu süreçte ABİA 218(11)’e göre ABAD’ın CETA ile oluşturulan “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözüm mekanizmasının ve oluşturulan Mahkeme (*Tribunal*) ve Temyiz Mahkemesinin (*Appeal Tribunal*) AB hukukunun ana kaynaklarıyla uyumlu olup olmadığı konusunu değerlendirmesi istenmiştir. ABAD (1) Önerilen “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümü mekanizmasının AB yasal düzeninin “özerkliğiyle” uyumlu olup olmadığını, (2) “Yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümü mekanizmasının “eşit muamele ilkesi” ve “etkinlik şartı” (*requirement of effectiveness*) ile uyumunu, (3) “Yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümü mekanizmasının bağımsız mahkemeye başvuru hakkıyla (*the right of access to an independent tribunal*) uygunluğunu değerlendirecektir.

85 HS Bolt ¶ 108.

86 HS Bolt ¶ 109.

87 HS Bolt ¶ 110, 122, 155.

88 Madde 26’ya ilişkin teklif: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc_158754.pdf>.

89 HS Bolt ¶ 184.

90 HS Bolt ¶ 272, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=210244&doclang=EN>> Karar tarihi 25 Ocak 2019.

91 <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=213502&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4976548>>.

ABAD “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümü mekanizmasının AB yasal düzeninin “özerkliğiyle” uyumlu olup olmadığını değerlendirmek için öncelikle CETA Yatırım Mahkemesine AB hukukunu yorumlama ve uygulama konusunda yetki verilmediğini, Yatırım Mahkemesinin CETA hükümlerini taraflar arasındaki kurallar ve uluslararası hukuka uygun olarak yorumlayıp uygulama yetkisi olduğunu⁹², Achmea davasıyla bu farka dikkat çekilerek Achmea’da hakem mahkemesinin AB hukukunu yorumlama ve uygulamaya ilişkin karar verebileceği belirtmiştir.⁹³ ABAD’a göre “Yatırım Mahkeme Sistemi” AB hukuk kurallarının yorumu ya da uygulanmasında yetkisi olmayıp sadece CETA düzenlemelerini dikkate aldığı için ABAD’ın AB hukukunun yorumundaki münhasır yetkisine ilişkin ilkeyi etkilemeyecektir. CETA madde 8.18’e göre Yatırım Mahkemesinin bir tarafın yatırımcısının diğer tarafın antlaşma maddelerini ihlal ettiği iddiasını inceleyeceğini belirtmiştir.⁹⁴ Achmea davasının iki üye ülke arasındaki antlaşmaya ilişkin olduğu oysa bu uyuşmazlıkta “AB ve üye olmayan ülke” arasındaki antlaşmadaki düzenlemenin değerlendirildiğine,⁹⁵ üye ülkeler arasında AB hukukundan kaynaklanan “karşılıklı güven” ilkesinin olduğu ve bu ilkenin üye ülkelere istisna durumlar hariç Şart madde 47’de belirtildiği üzere bağımsız mahkemeler önünde etkili çözüm hakkı yükümlülüğü yerine getirdiğine dikkat çekilmiştir.⁹⁶ Hukuk Sözcüsü Bolt’un da belirttiği üzere “karşılıklı güven ilkesi” AB ve üye olmayan ülke arasında söz konusu değildir.⁹⁷ Kararda Antlaşmanın 8.21 maddesinde Yatırım Mahkemesinin AB hukukunu yorumlama yetkisi bulunmadığı⁹⁸, değerlendirmesini uygulanacak hukuk olarak CETA maddelerine ve uluslararası hukuk kural ve ilkelerine göre yapacağı belirtilmiştir.⁹⁹

Sonuç olarak ABAD CETA’nın 8. Bölümü düzenlemelerinin AB hukuk düzeninin “özerkliğini” olumsuz etkilemediğine¹⁰⁰, düzenlemenin AB birincil hukuku ile uyumlu olduğuna karar vermiştir.¹⁰¹

Değerlendirme

I. Achmea Sonrası Mevcut “AB-içi YKTKA”ların ve “Yatırımcı-Devlet” Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Düzenlemelerinin Durumu

“Yatırımcı-devlet” uyuşmazlığının AB açısından geleceği “Achmea” kararı ve “1/7 sayılı Görüş” ışığında değerlendirilecektir. Yukarıda gerek Hukuk Sözcüsü görüşleri gerekse ABAD kararları incelenmiştir. Her ne kadar “Achmea” üye ülkeler arasındaki

92 1/17 sayılı Görüş ¶ 119, 122.

93 1/17 sayılı Görüş ¶ 126.

94 1/17 sayılı Görüş ¶ 120.

95 1/17 sayılı Görüş ¶ 127.

96 1/17 sayılı Görüş ¶ 128.

97 1/17 sayılı Görüş ¶ 129.

98 1/17 sayılı Görüş ¶ 132,133, 136.

99 1/17 sayılı Görüş ¶ 133.

100 1/17 sayılı Görüş ¶ 161.

101 1/17 sayılı Görüş ¶ 245.

YKTKA’larda yer alan “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümüne, “1/7 sayılı Görüş” ise CETA Antlaşmasında yer alan “Yatırım Mahkemesi Sistemi”ne ilişkin olsa da iki karar da uluslararası yatırım uyuşmazlığının gelişimini etkileyecektir.

Achmea davası “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümü mekanizmasının geleceği açısından verilen önemli bir karardır. ABAD AB üyeleri arasındaki YKTKA’lardaki “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık mekanizmasının mümkün olmadığına, sadece ABAD’ın AB hukukunu yorumlama ve uygulama yetkisi olduğuna bu sebeple “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümüne ilişkin düzenlemelerin AB hukuku “özerkliğine” aykırı olduğuna karar vermiştir. Achmea kararı “AB-içi YKTKA” düzenlemelerindeki “yatırımcı-devlet” tahkimini sona erdirmektedir. Konu üye ülkeler arasında YKTKA’ların geleceği açısından olduğu kadar üye ülkeler arasında EŞA kapsamında uygulanabilecek “yatırımcı-devlet” uyuşmazlıkların çözümü açısından da tartışmalı olmuştur.

Kararın sonuçlarına bakıldığında ilk olarak AB üyeleri arasındaki mevcut “AB-içi YKTKA”ların durumu gündeme gelmiş, üye ülkelerin bazılarının bu antlaşmaları sona erdirdiği, bazılarının antlaşmaları sona erdireceği yönünde açıklama yaptığı, bazılarının ise üye ülkeler arasında hem “AB-içi YKTKA”ların hem de EŞA’nın ilgili düzenlemelerin uygulamasını sona erdireceklerine ilişkin açıklama yaptıkları görülmüştür.

15 Ocak 2019 tarihinde 22 AB üyesi açıklama yaparak Achmea kararının sonuçlarına uygun olarak aralarındaki YKTKA’ları çoklu antlaşmayla (*plurilateral treaty*) veya aralarında anlaşmaları halinde ikili antlaşmalarla sona erdireceklerini; mevcut “AB-içi YKTKA”lara dayalı yeni yatırım tahkimine gidilmeyeceğine; EŞA’nın AB hukuk düzeninin ayrılmaz parçası olduğunu bu sebeple EŞA’daki “yatırımcı-devlet” tahkimine ilişkin düzenlemenin üye ülkeler arasında uygulanmasının AB Antlaşmalarına uygun olmayacağı şeklinde yorumlanmasına; son olarak AB Komisyonun’un “AB-içi Yatırımlarının Korunması Tebliği” (*Communication on Protection of Intra-EU Investments*)’nin dikkate alınacağını bildirmişlerdir.¹⁰² “AB-içi Yatırımlarının Korunması Tebliği”nde Komisyon hem “AB-içi YKTKA”lardaki “yatırımcı-devlet” tahkimine ilişkin düzenlemeye hem de üye ülkeler arasında EŞA madde 26 “yatırımcı-devlet” tahkimine ilişkin maddenin uygulanabilirliğine değinmiştir. Bu düzenlemelerin Achmea kararı ışığında ve öncesinde de savunduğu üzere mümkün olmaması gerektiğini belirtmiş. “Yatırımcı-devlet” tahkimine ilişkin düzenlemelerin AB Antlaşmalarıyla getirilen yasal çözümlere zarar vereceğini; AB

102 Üye Ülke Temsilcilerinin Achmea Kararının Yasal Sonuçlarına ve AB’de Uluslararası Yatırımın Korunmasına İlişkin Deklarasyonu (*Declaration of The Representatives of The Governments of The Member States, of 15 January 2019 On The Legal Consequences Of The Judgment Of The Court Of Justice in Achmea and on Investment Protection in The European Union*): <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf. “AB-içi Yatırımların Korunmasına İlişkin Tebliğ” (*Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Protection of Intra-EU Investment, Brussels, 19.7.2018 COM (2018) 547*), <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&from=en>) (Yatırımların Korunması Tebliği).

hukukunun “özerkliğini”, etkinliğini, önceliğini, doğrudan uygulanmasını ve üye ülkeler arasındaki “karşılıklı güven” ilkesini tehlikeye atacağını belirtmiştir. Genel olarak bu Tebliğ üye ülkeler arasındaki yatırıma ilişkindir ve yatırımcıların ulusal düzenlemelere karşı korunmasını düzenlemektedir. Tebliğ’e göre ulusal düzenlemeler gerekçeli olmalıdır, getirilecek kısıtlamalar AB hukukunun örneğin “orantılılık”, “hukuki belirlilik”, “meşru beklentiler” gibi genel ilkelerine ve temel haklara uygun olmalıdır. Tebliğ ayrıca yatırımcıların haklarının AB hukukunda uygulanmasına ilişkin düzenlemeler getirmiştir. Komisyon getirdiği düzenlemeyle AB içindeki uygulama ve icra sisteminin etkin olmasını amaçlamakta bu sebeple de idari kapasite geliştirmeyi, hukuk sistemini güçlendirmeyi destekleyici eylemler yapmayı ve ulusal makamların AB hukuku ihlalleri ile mücadele etmeyi amaçlamaktadır.¹⁰³

Macaristan ise 16 Ocak 2019 tarihinde ayrı bir açıklama yaparak EŞA “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümüne ilişkin düzenlemenin üye ülkeler arasında uygulanabilirliği konusunda Achmea kararının sessiz kaldığını bu sebeple üye ülkenin bu konuda görüş bildirmesinin uygun olmayacağını, üye ülkeler arasında EŞA’nın uygulanması konusunun tartışılması gerektiğini, EŞA düzenlemesinin AB üyeleri arasında uygulanıp uygulanmayacağı konusunun ancak üye ülkelerin aralarında bireysel antlaşma sağlanarak mümkün olabileceğini bildirmiştir.¹⁰⁴ Çalışmanın EŞA bölümünde Macaristan ile benzer görüşteki hakem kararlarından bahsedilecektir.

16 Ocak 2019 tarihinde 5 AB üyesi ülke, Finlandiya, Lüksemburg, Malta, Slovenya ve İsveç, “AB İçi Yatırımlarının Korunması Tebliği”ni dikkate alacaklarına ilişkin açıklama yapmışlardır. 22 ülkenin açıklamasından farklı olarak Macaristan açıklamasına benzer Achmea kararının EŞA “yatırımcı-devlet” tahkimi düzenlemesi konusunda sessiz kaldığını, bu düzenlemenin üye ülkeler arasında uygulanabileceği konusunda uluslararası tahkim kararlarının olduğunu, bu yorumun ulusal mahkeme tarafından tartışma konusu yapılması sebebiyle de ABAD kararı olmadan EŞA düzenlemesinin üye ülkeler arasında uygulanmasının ve uygulamanın AB hukuku ile uyumlu olup olmadığı konusunun tartışılmasının uygun olmayacağını, konunun yargı sürecine bırakılması gerektiğini belirtmişlerdir.¹⁰⁵

Achmea kararı akabinde AB çözüm arayışlarına girmiş, mevcut antlaşmalara ilişkin açıklamalarda bulunmuştur.¹⁰⁶ AB Komisyonu öncülüğünde üye ülkeler “AB-İçi YKTKA”ların sona erdirilmesine ilişkin çoklu bir antlaşmayı müzakere etmeye başlamışlardır.¹⁰⁷ Ayrıca üye ülkelerin açıklamalarında bahsi geçen AB Komisyonundan

103 (Yatırımların Korunması Tebliği).

104 <<https://www.kormany.hu/download/5/1b/81000/Hungarys%20Declaration%20on%20Achmea.pdf>.

105 <<https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7afb2de7320128/achmea-declaration.pdf>.

106 (Yatırımların Korunması Tebliği).

107 <https://ec.europa.eu/info/publications/191024-bilateral-investment-treaties_en.

AB Parlamentosu ve Konseyine “AB-içi Yatırımların Korunmasına İlişkin Tebliğ” (*Communication from the Commission to the European Parliament and The Council Protection Of Intra-Eu Investment*) bulunmaktadır.¹⁰⁸ En son 5 Mayıs 2020 tarihinde ““AB-içi YKTKA””larını Sona Erdirilmesine İlişkin Uluslararası Antlaşma” (*International Agreement for the Termination of Intra-EU Bilateral Investment Treaties*) kabul edilmiştir.¹⁰⁹ Antlaşmada sonuçlanmış, devam eden ve yeni uyuşmazlık çözüm süreçlerinin ne olacağı ve ulusal mahkemeye başvurma konusu düzenlenmiştir. Ayrıca antlaşmada “sona erme hükmü” (*sunset clause*) düzenlenmiştir.¹¹⁰ Antlaşma madde 16 şartlarına göre 11 Ekim 2020 tarihinde yürürlüğe girecektir.

AB bu alanda “AB’ye Yapılan Doğrudan Yabancı Yatırımın İncelenmesinde Çerçeve Oluşturulmasına İlişkin Tüzük” kabul etmiştir (*Regulation Establishing a Framework for the Screening of Foreign Direct Investments into the Union*).¹¹¹ Bu Tüzük AB’ye yapılan doğrudan yabancı yatırımın güvenlik ve kamu düzeni sebebiyle incelenmesinde üye ülkeler arasında ve üye ülkeler ve Komisyon arasında işbirliği için bir çerçeve oluşturmaktadır.

B. Enerji Şartı Antlaşması Açısından “Achmea” Kararının Etkisi:

Achmea kararı “AB-içi YKTKA”daki “yatırımcı-devlet” tahkimine ilişkin olup, davada çok taraflı antlaşmalar ve bu antlaşmalarda bulunan benzer uyuşmazlık çözümüne ilişkin düzenlemeler tartışılmamıştır. Ancak Achmea kararı ile birlikte konu hakkında tartışmalar başlamış; örneğin AB üyeleri arasındaki uyuşmazlıklarda EŞA ve madde 26 düzenlemesinin ne olacağı, uygulanabilirliği konusu gündeme gelmiştir. EŞA, enerji sektöründe uluslararası işbirliğini destekleyen ve hukuki çerçeveyi tesis eden çok taraflı bir antlaşmadır. EŞA’da yatırım, ticaret, transit, enerji verimliliği ve ilgili çevresel hususlar, uyuşmazlıkların çözüm mekanizmaları olmak üzere beş farklı alan düzenlenmektedir. Çalışma açısından önemli olan EŞA’nın yatırım uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümleri, antlaşmaya taraf devletler arasındaki ve “yatırımcı-devlet” arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin düzenlemeleri madde 26-28 arasında düzenlenmiştir. Antlaşmaya hem AB hem de AB üyeleri taraftır. İtalya 2016 yılında EŞA’dan çekilmiştir.¹¹² AB EŞA’ya madde 26’nın AB üyeleri arasında uygulamamasına ilişkin bir çekince bildirmemiştir.¹¹³

108 (Yatırımların Korunması Tebliği).

109 https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/200505-bilateral-investment-treaties-agreement_en.pdf, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529(01)&from=EN), https://ec.europa.eu/info/sites/200505-bilateral-investment-treaties-agreement_en (Sona Erdirme Antlaşması).

110 (Sona Erdirme Antlaşması), Sona erme hükmü madde 2(2)’de düzenlenmiştir. Ek A’da liste halinde antlaşmalar belirtilmiştir. Ancak düzenleme özellikle “yasal beklentiler” (*legal expectations*) açısından tartışılmaya devam edecektir.

111 REGULATION (EU) 2019/452, 19 Mart 2019, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0452&from=EN>>.

112 <https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/italy/>.

113 EŞA için bakınız: Pınar Baklacı, Esen Akıntürk, ‘Enerji Şartı Antlaşmasına Göre Uyuşmazlık Çözüm Yolları’, (Aralık 2007), XXIV (2), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 305-345.

EŞA madde 26(1)'e göre “yatırımcı-devlet” arasında dosthane çözümlenemeyen uyuşmazlıklar, yatırımcının seçimine göre ulusal mahkemelere, tarafların arasındaki sözleşmeye dayalı tahkime veya EŞA'ya göre tahkime götürülebilir. Yatırımcı, EŞA'ya göre tahkime gitmek istemesi halinde 1965 “Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme” (ICSID-Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States) kapsamında ICSID tahkimi, UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Laws) Tahkim Kuralları ve kurumsal tahkim olarak Stokholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce-SCC) olmak üzere 3 alternatif tahkim usulü bulunmaktadır. Uyuşmazlığın çözüm yöntemi olarak ICSID, UNCITRAL veya SCC tahkimlerini seçme imkanı verilerek yatırımcıya tercih imkanı sunulmaktadır. Bu durumda iki AB üyesi arasında yatırım uyuşmazlığına ilişkin tahkime gidilmesi söz konusu olacak Achmea kararında tartışılan konuların EŞA için de geçerli olup olmayacağı konusu gündeme gelecektir.

““AB-içi YKTKA”ların Sona Erdirilmesine İlişkin Uluslararası Antlaşma”nın Giriş bölümünde Antlaşmanın AB üyeleri arasındaki EŞA kapsamındaki uyuşmazlıklara uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu konu EŞA kapsamında ve EŞA için yapılan müzakerelerle belirlenecektir.

AB hukuku açısından değerlendirmede ise ABAD'ın “ön karar” prosedürü ile vereceği görüş önemli olacaktır.

İspanya (Spain) v. Novenergia II - Energy & Environment (SCA) uyuşmazlığında böyle bir fırsat doğmuş olmasına rağmen “ön karar” prosedürüne gidilmemiştir.¹¹⁴ İspanya hakem kararının iptali sürecinde mahkemeden (Svea Court Appeals) EŞA madde 26'nın AB üyeleri arasında uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu “ön karar” yolu ile ABAD'a sormasını talep etmiş ancak mahkeme talebi haklı görmemiştir.¹¹⁵

EŞA'ya ilişkin devam eden ve sonuçlanmamış başka bir “ön karar” prosedürü bulunmaktadır. Ancak konu uyuşmazlık çözüm maddelerine değil EŞA'nın yorumlanmasına ilişkindir. *Moldova v. Komstroy* davasında Paris Temyiz Mahkemesi Moldova ve Komstroy şirketi arasındaki uyuşmazlıkta EŞA'nın 1.6. maddesi ve 26(1) kapsamında “yatırım” ve “taraf devletin ülkesinde” tanımına ilişkin yorum için “ön karar” prosedürü ile ABAD'a başvurmuştur.¹¹⁶

Achmea kararının EŞA için de uygulanıp uygulanmayacağı konusu tahkimde de gündeme gelmiştir. Tahkim Mahkemesinde Achmea kararının AB üyeleri arasında

114 <https://www.arbitration.sccinstitute.com/views/pages/getfile.ashx?portalId=89&docId=3646301&propId=1578>, Case No. T 4658-18; <<https://www.italaw.com/cases/6613>.

115 25.04.2019, <<https://globalarbitrationreview.com/article/1190620/swedish-court-won't-consult-ecj-on-ect>>.

116 http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?jsessionid=53BD22085B43256BB146632FC29194E2?docid=221354&text=&dir=&doclang=EN&occ=first&mode=doc&pageIndex=0&cid=8130312, Case C-741/19.

EŞA'nın “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümüne ilişkin getirdiği düzenleme açısından uygulanıp uygulanmayacağı konusu “*Vattenfall AB and others v. Almanya (Federal Republic of Germany)*” uyuşmazlığında tartışılmıştır.¹¹⁷ Tahkim mahkemesi 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesini (Viyana Sözleşmesi) (*The Vienna Convention on Law of Treaties-VCLT*) dikkate alarak EŞA'nın “Achmea” kararı kapsamında olmadığına karar vermiştir.¹¹⁸ Vattenfall uyuşmazlığında sürece AB Komisyonu da dahil olmuştur.¹¹⁹ Komisyon davacının iddialarına benzer şekilde üye ülkeler arasında “Achmea” kararı gereği 26. madde tahkim imkanı olmadığını bu sebeple de tahkim mahkemesinin yetkisi olmadığını iddia etmiştir. Tahkim mahkemesi ise değerlendirmesinde davacının Achmea kararı sebebiyle ileri sürdüğü yetki itirazını reddetmiştir.¹²⁰ Tahkim mahkemesi değerlendirmesinde öncelikle uyuşmazlığa ilişkin yetkisinin EŞA'ya uygun olarak taraf iradelerinden geldiğini¹²¹, bu değerlendirmeyi EŞA hükümlerine göre uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak yorumladığını¹²², ABAD Achmea kararının o uyuşmazlıktaki tahkim antlaşmasına ilişkin olduğunu¹²³, orada mahkemenin muhakemesinin EŞA'daki “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümüne ilişkin olmadığını¹²⁴, EŞA'nın Achmea kararındaki gibi AB üyeleri arasında bir antlaşma olmadığı, EŞA'nın AB üyeleri yanında AB'nin de ayrıca taraf olduğu çok taraflı bir antlaşma olduğunu¹²⁵, *Electrabel v. Macaristan* tahkim kararına katılarak AB hukukunu uluslararası hukuk olarak kabul ettiğini¹²⁶, EŞA madde 26 yorumunun Viyana Sözleşmesi madde 31(1)'e göre yapılması gerektiğini¹²⁷, Viyana Sözleşmesi madde 31 ilkelerine göre EŞA madde 26'nın yorumlanmasında AB hukukunun dikkate alınmayacağına ve yorum yaparken olağan anlamından farklı bir anlam çıkarılır şekilde yorumlanamayacağına¹²⁸ karar vermiştir.

İncelemede AB'nin (o tarihte Avrupa Toplulukları (AT)) EŞA'ya madde 26(3)b(ii) uyarınca yapmış olduğu bildirimden bahsedilmiş¹²⁹ ancak ne bu bildirimde ne de madde 26 ifadesinde düzenlemesindeki “yatırımcı-devlet” tahkiminin AB üyeleri arasındaki uyuşmazlıklara uygulanmayacağı yönünde bir düzenleme bulunmadığı belirtilmiştir.¹³⁰ “Bağlantı kesme hükmü” (*disconnection clause*) ve AB antlaşma uygulamasında karma antlaşmaların (*mixed agreements*) sadece üçüncü taraflara uygulanması ve AB üyeleri

117 ICSID Case No. ARB/12/12.

118 *Vattenfall AB and others v. Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9916.pdf>>.

119 AB 2015 Teklifi, (Written Submission” as a non-disputing party (“EC 2015 Submission”).

120 Vattenfall ¶ 232.

121 Vattenfall ¶ 124.

122 Vattenfall ¶ 132, 166.

123 Vattenfall ¶ 139.

124 Vattenfall ¶ 161.

125 Vattenfall ¶ 162.

126 Vattenfall ¶ 146, 149, 150.

127 Vattenfall ¶ 153, ¶ 152, 71, 81, 88.

128 Vattenfall ¶ 165.

129 Vattenfall ¶ 185.

130 Vattenfall ¶ 187, 188.

arasında uygulanmaması konusuna değinilmiş¹³¹ ancak EŞA yürürlüğe girerken AB'nin “bağlantı kesme hükmü” koyabilecek olmasına rağmen¹³² böyle bir düzenlemenin yapılmadığı, düzenleme olmadan EŞA'nın AB üyeleri arasında “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümü dahil yükümlülük doğurduğunu belirtmiştir.¹³³ Sonuç olarak tahkim mahkemesi davalının Achmea kararına dayanan itirazını zamanında yapıldığına ancak Achmea kararına dayanan yetki itirazlarının reddine karar vermiştir.¹³⁴

Vattenfall sonrasında benzer tartışmalara ilişkin tahkim kararları bulunmaktadır.¹³⁵

C. Enerji Şartı Antlaşmasının Güncellenmesi:

Bu süreçte yukarıda bahsedildiği üzere bazı AB üyeleri Achmea kararının sonuçlarına uygun olarak “AB-içi YKTKA”larla birlikte aralarında EŞA'dan kaynaklanan “yatırımcı-devlet” tahkimine ilişkin düzenlemenin AB üyeleri arasında uygulanmasının AB Antlaşmalarına uygun olmayacağı şeklinde yorumlanmasına ilişkin bildirimde bulunmuştur.¹³⁶ Yukarıda belirtildiği üzere 2020 tarihinde “AB-içi YKTKA”larını Antlaşma”da AB üyeleri arasında EŞA kapsamındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Konunun EŞA kapsamında ele alınması gerekmektedir.

Bu gelişmelerin devamında AB EŞA yenileme çalışmaları için girişimde bulunmuştur.¹³⁷ AB'nin EŞA'nın modernleştirilmesine ilişkin taslak teklifi bulunmaktadır (*Draft EU text proposals for the modernisation of the Energy Charter Treaty* (ECT)).¹³⁸ Taslak Teklifte belirtildiği üzere amaç EŞA'nın yatırımın korunmasına ilişkin düzenlemelerinin AB ve üyelerinin yakın zamanda imzaladığı antlaşmalarla uyumlu hale getirilmesi, iklim değişikliği (*climate change*) ve temiz enerji geçişi (*clean energy transition*) hedeflerinin yansıtılması ve EŞA kapsamındaki “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözüm mekanizmasının AB'nin Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (*United Nations Commission on International Trade Law-UNCITRAL*) Çalışma Grubu III (*Working Group-WG III*) kapsamındaki

131 Vattenfall ¶ 201.

132 Vattenfall ¶ 203.

133 Vattenfall ¶ 206.

134 Vattenfall ¶ 232.

135 *Eskosol SpA in Liquidazione v Italian Republic* (ICSID Case No. ARB/15/50), : Florian Stefan, ‘Intra-EU Disputes under the Energy Charter Treaty: Quo Vadis?’, (Kluwer Arbitration Blog, Ağustos 18 2019) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/08/18/intra-eu-disputes-under-th-e-energy-charter-treaty-quo-vadis/>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020; Markus Beham and Désirée Prantl, ‘Intra-EU Investment Reform: What Options for the Energy Charter Treaty?’ (Kluwer Arbitration Blog, 7 Ocak 2020) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/07/intra-eu-investment-reform-what-options-for-the-energy-charter-treaty/>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020; Nikos Lavranos, ‘Court of Justice of the EU approves CETA Investment Court System’, (Arbitration Blog, Haziran 14, 2019) <<http://arbitrationblog.practicallaw.com/court-of-justice-of-the-eu-approves-ceta-investment-court-system/>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020 .

136 https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf.

137 <<https://www.euractiv.com/wp-content/uploads/sites/2/2020/04/EU-Proposal-for-ECT-Modernisation-V2.pdf>>, Enerji Şartı Antlaşmasının Modernleşmesine İlişkin Müzakere Direktifi (*Negotiating Directives for the Modernisation of the Energy Charter Treaty*), Brüksel, 2 Temmuz 2019, <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10745-2019-ADD-1/en/pdf>>.

138 <https://www.euractiv.com/wp-content/uploads/sites/2/2020/04/EU-Proposal-for-ECT-Modernisation-V2.pdf>.

reform sürecindeki çalışmaları doğrultusunda düzenlemektir.¹³⁹ AB’nin EŞA değişiklik teklifinin AB Komisyonu’nun 19 Temmuz 2018 tarihli “AB-içi YKTKA”ların Korunmasına İlişkin Tebliğ” (*Communication on the Protection of intra-EU Investment*)’de belirttiği görüşleri etkilemeyeceğini belirtmiştir.¹⁴⁰ Bu Tebliğde Achmea kararının AB üyeleri arasında EŞA madde 26 uygulaması için de uygulanacağını, AB yatırımcılarının EŞA’da belirtilen tahkim mahkemelerine başvuramayacağını ve AB’nin EŞA’ya taraf olmasının bu sonucu değiştirmeyeceğini belirtmiştir.

EŞA’ya sunulan metinde AB’nin “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümüne ilişkin yapısal değişikliğe ilişkin bağlılığını teyid eden ve AB teklifinin genel olarak AB’nin ve AB üyelerinin daimi “Yatırım Mahkemesi Sistemi” kurmaya ve “Uluslararası Yatırım Mahkemesi” oluşturmaya yönelik hedefini etkilemediğine ve taraflarla benzer mekanizmanın EŞA kapsamına alınması için müzakere etmeye hazır olduğunu teyid eden bir açıklaması bulunmaktadır. AB madde 26 için getirdiği teklifte taraf ülkeler ve başka taraf ülkenin yatırımcısı arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde “Yatırım Mahkemesi Sistemi”nin kullanılabilirliğini belirtmiştir. Ayrıca eklenen bir dipnot açıklamasıyla ulusal hukukun uygulanacak hukukun parçası olmayacağı, “maddi vakia” olarak uygulanabileceği açıkça belirtilmiştir.

10 Temmuz 2020 tarihli “EŞA’nın Modernleştirilmesine İlişkin Birinci Tur Görüşmelere İlişkin Bildirim”de tarafların EŞA’daki yatırım, yatırımcı, enerji sektöründe ekonomik aktivite, dolaylı kamulaştırma (*indirect expropriation*), adil ve hakkaniyete uygun muamele (*fair and equitable treatment*), en çok gözetilen ulus muamelesi (*most favoured nation clause*), koruyucu hüküm (*umbrella clause*) gibi tanımları görüşmüşlerdir.¹⁴¹ 8-11 Eylül’de gerçekleşecek “İkinci Tur” görüşmelerde ise transit ve uyuşmazlık çözümü gibi konular görüşülecektir.¹⁴²

D. Tahkim Geçerliliği Açısından Değerlendirme:

PL Holdings S.a.r.l. v. Polonya (Poland) davasında İsveç Temyiz Mahkemesi’nin (*Swedish Supreme Court*) “ön karar” prosedürü ile ABAD’a gitmesi konu açısından önemlidir.¹⁴³

2014 yılında PL Holdings şirketi Polonya’ya karşı YKTKA’dan kaynaklanan haklarını kamulaştırma ile ihlal ettiği iddiaları ile Polonya’ya karşı “BLEU

139 <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2148>, Müzakere Direktifi (*Negotiating Directive*): <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10745-2019-ADD-1/en/pdf>, <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2019/CCDEC201908.pdf>>.

140 (Yatırımların Korunması Tebliği), s.3-4.

141 <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2167>.

142 <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2148>, https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/News/Public_communication_EN.pdf, https://www.energycharter.org/media/news/article/public-communication-on-the-first-negotiation-round-on-the-modernisation-of-the-energy-charter-treat/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=b6cdd9f2d9d67f87cd5751584c407c91.

143 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62020CN0109&from=PL>; SCC Case No. V 2014/163, <https://www.italaw.com/cases/6209>; <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11099.pdf>.

(Luxemburg-Belçika)-Polonya YKTKA'nın uyuşmazlık çözümüne ilişkin maddesine dayanarak Stokholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü Kuralları (*Stockholm Chamber of Commerce – SCC*) çerçevesinde tahkime gitmiştir.¹⁴⁴ Tahkim mahkemesi 28 Haziran 2017 tarihinde Polonya'nın antlaşmadan kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ettiğine ilişkin ayrı bir karar vermiştir.¹⁴⁵ 28 Eylül 2017 tarihli kesin kararında ise PL Holding lehine tazminata hükmetmiştir.¹⁴⁶ Polonya Achmea kararına dayanarak hakem kararına YKTKA'nın uyuşmazlık çözümüne ilişkin maddesinin AB hukukuna aykırı olduğu gerekçesiyle İsveç Svea Temyiz Mahkemesinde (Svea Court of Appeal) itiraz etmiştir.¹⁴⁷ Yatırımcı ise konunun tahkimle çözülebileceğine ve tahkime ilişkin ilgili maddenin AB hukuk düzenine aykırı olmadığını ileri sürmüştür. Yatırımcı ayrıca Polonya'nın tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin itirazının İsveç Tahkim Kanunu ve SCC 2010 Kurallarındaki süre aşımı sebebiyle mümkün olmadığını ileri sürmüştür. Tahkim mahkemesi değerlendirmesinde Achmea kararına ve ticari ve yatırım tahkimi farkına değinilmiştir. İtiraz edilen YKTKA'nın uyuşmazlık çözümü düzenlemesi Achmea kararında itiraz edilen düzenleme ile kıyaslanmıştır. Düzenlemelerin benzer olmasına rağmen Achmea'da Slovakya'nın ilgili tahkim düzenlemesinin AB hukukuna aykırı olduğu bu sebeple de tahkim mahkemesinin yetkisinin olmadığına dair itirazda bulunduğu oysa bu uyuşmazlıkta Polonya'nın savunmasında tahkim mahkemesinin yetkisine itiraz ettiğini ancak farklı sebeplere dayandığını ve ilerleyen süreçte AB hukukuna aykırılıktan bahsettiğini belirtmiştir. Achmea karardan çıkan sonuçun ABİA madde 267 ve 344'ün Polonya ve PL Holding in tahkim anlaşması yapmasına engel olmadığına, ABİA'nın AB üyelerinin birbiriyle bir üye ülkenin yatırımcı ile tahkim sürecini kabule zorunlu olduğu ve üye ülkenin uyuşmazlıkları, AB hukukunun yorumlanmasına veya uygulanmasına ilişkin olsa bile, “ön karar” prosedüründen çıkaracak bir sistem oluşturacak olan antlaşma yapmasını engellediğini belirtmiştir.¹⁴⁸

Polonya'nın süresi içinde tahkim mahkemesinin yetkisine itiraz etmemiş olması yatırımcıyla aralarında “zımnî tahkim” (*tacit arbitration*) anlaşması şeklinde yorumlanmıştır, Achmea kararının kapsamı dışında değerlendirileceği ileri sürülmüştür.¹⁴⁹ Tahkim mahkemesinin yetkisi AB hukuku ile uyumlu olmayan ilgili YKTKA düzenlemesinden değil tarafların tahkim anlaşmasında belirttikleri ortak iradelerinden kaynaklanmaktadır.¹⁵⁰ Mahkeme hakem kararının tenfizini durduran kararın uygulanmamasına ve Polonya'nın tazminat ödemesine karar vermiştir.¹⁵¹

144 <https://www.italaw.com/cases/6209>.

145 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9378.pdf>.

146 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10467.pdf>.

147 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10447.pdf>.

148 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10447.pdf>.

149 Konstantina Georgaki, 'The Decision of the Svea Court of Appeal in PL Holdings v Poland: A Mutiny against Achmea?' (Ağustos 7, 2019) <<http://cilj.co.uk/2019/08/07/the-decision-of-the-svea-court-of-appeal-in-pl-holdings-v-poland-a-mutiny-against-achmea/>>Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.

150 Konstantina Georgaki (n 149).

151 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10447.pdf>.

Polonya kararı temyiz etmiştir. Temyiz Mahkemesi ABAD’a “ön karar” prosedürüne başvurmuştur.¹⁵² Yüksek Mahkeme “ön karar” prosedürüne giderek şu soruların cevaplanmasını istemiştir: Achmea kararında yorumlandığı şekliyle ABİA madde 267 ve 344: üye ülke ile yatırımcı arasında yapılmış olan tahkim anlaşması, yatırım antlaşmasının iki AB üyesi arasında yapılmış olması sebebiyle geçersiz bir tahkim şartı içerdiği durumda her ne kadar üye ülke yatırımcı tarafından başlatılan tahkim prosedüründen sonra özgür iradesiyle yetki itirazında bulunmuş olsa da geçersiz olacağı anlamına gelir mi?¹⁵³

Sürecin önemi ABAD’ın kararında ticari tahkimin ilkelerinden olan “taraf iradesi” ilkesini AB üyesi ülkenin AB-içi YKTKA’da yer alan yatırımcının tahkim teklifini özgürce kabul edip zamanında yetki itirazında bulunmadığı durumlarda uygulaması halinde Achmea kararı sonrası “yatırımcı-devlet” tahkimini kısmen canlandırabileceği şeklinde yorumlanmıştır.¹⁵⁴ Henüz açıklanmamış karar bu açıdan önem arz etmektedir.

Sonuç

Achmea kararı ve “1/17 Görüş”te yer alan uluslararası yatırım hukuku “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümüne ilişkin kararlar ve tartışmalar hem AB hukuku için hem de uluslararası yatırım hukukunun geleceği ve değişimi açısından önemlidir. Yukarıda incelenen ve Ekim 2020’de yürürlüğe girecek olan “AB-içi YKTKA’ların Sona Erdirilmesine İlişkin Uluslararası Antlaşma” yeni tartışmaları gündeme taşıyacaktır. Ayrıca ABAD’ın *PL Holdings S.á.r.l. v. Polonya* kararı ve EŞA değişiklikleri önemli olacaktır. Konunun başka boyutları da bulunmaktadır. Örneğin çalışmanın kapsamında olmadığı için incelenmemekle birlikte verilen hakem kararların tenfizi konusu da önemli ve tartışılan bir konudur. 19 Şubat 2020 tarihinde Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi (*United Kingdom Supreme Court*) ICSID kararının icrasının AB hukuku ile engelenemeyeceğine, Birleşik Krallığın ICSID madde 54 yükümlülüğü karşısında AB hukukunun “dürüst işbirliği” yükümlülüğünün uygulanmayacağına, İngiliz hukukuna göre de haklı olmadığına karar vermiş ve Temyiz Mahkemesi’nin (*Court of Appeal*) kararını hukuka aykırı bularak ICSID Kararının icrasının durdurulması kararını kaldırmıştır.¹⁵⁵ Tenfize

152 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62020CN0109&from=PL>; <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11099.pdf>; Jake Lowther, ‘Keeping Intra-EU ISDS Alive: The Supreme Court of Sweden Requests Preliminary Ruling from the CJEU on Validity of Arbitration Agreement in Light of Achmea Decision’, (Kluwer Arbitration Blog, Mart 5 2020) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/05/keeping-intra-eu-isds-alive-the-supreme-court-of-sweden-requests-preliminary-ruling-from-the-cjeu-on-validity-of-arbitration-agreement-in-light-of-achmea-decision/>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.

153 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2020.161.01.0040.01.ENG&toc=OJ.C:2020:161:TOC.

154 Jake Lowther (n 152).

155 *Micula and others (Respondents/Cross-Appellants) v (Romania) Romania* (Appellant/Cross-Respondent), <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2018-0177-judgment.pdf>>, karar tarihi: 19 Şubat 2020. Tenfiz ile tekrar gündeme gelen dava Avrupa Birliği Hukuku ve Uluslararası Yatırım Hukuku dinamikleri açısından bu karar da oldukça önemlidir. İlgili uyuşmazlıkta hakem mahkemesi ICSID kararıyla Romanya’nın tazminat ödemesine karar vermiştir (*Ioan Micula et al. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Award, 11 December 2013 (*Micula*). Ancak AB Komisyonu Romanya’nın karara uyarak tazminat ödemesinin AB hukukuna, “Devlet Yardımları” düzenlemelerine aykırı olacağını ileri sürmüştür (Komisyon Kararı (Commission Decision) (EU) 2015/1470, 30 Mart 2015, OJ L 232, 4.9.2015). Genel Mahkeme (General Court) 18 Haziran 2019 tarihinde AB Komisyonun 2015 tarihli kararını iptal etmiştir. Komisyon 27 Ağustos 2019’da kararı temyiz etmiştir henüz mahkeme kararı açıklanmamıştır. (2019-C 638/19 *Komisyon (Commission) v. European Foods and other.*) Bu uyuşmazlık ayrıca yatırım tahkimi ve ticari tahkim farkı tartışmaları açısından da önemlidir.

ilişkin başka davalar da bulunmaktadır. Bu konuda belki ABAD'ın “ön karar” prosedürü ile başvurulması ve Mahkemenin vereceği karar AB hukuku dinamikleri açısından önemli olabilecektir. Başka bir tartışma ise uyuşmazlığın hangi kuralara göre çözüldüğü konusudur. Örneğin Achmea kararı UNCITRAL'a göre verilmiş bir karardır. Uyuşmazlığın ICSID ile mi yoksa başka tahkim yöntemleriyle mi çözüldüğü konusu tenfiz konusunda fark yaratabileceği için önemlidir. ICSID kararlarının ICSID'e taraf olan ülkelerde tenfizi gerekmecektir.¹⁵⁶

Gerek Achmea kararında gerekse “1/17 Görüş”ünde yatırım tahkimi ve ticari tahkim farkı ve değerlendirmenin farklı olacağı konusu vurgulanmıştır.¹⁵⁷ Aslında burada başlayan tartışmalar UNCITRAL Çalışma Grubu III “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümü konusundaki reform çalışmalarını da etkilemektedir.¹⁵⁸ Ayrı bir çalışma konusu olabilecek bu konu tartışılmaya devam edecektir.

“1/17 Görüş”ünde AB'nin üye olmayan ülke Kanada arasındaki CETA Antlaşmasındaki “Yatırım Mahkemesi” konusu gündeme gelmiştir. Ayrıca AB'nin üye olmayan ülkelerle yapmış olduğu ve “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümü için tahkimi öngören antlaşmaları da bulunmaktadır. Konu bir açıdan “2/15 sayılı Görüşte” “Avrupa Birliği-Singapur arasındaki Serbest Ticaret Antlaşması” kapsamında incelenmiştir.¹⁵⁹ Ancak ilgili “2/15 Görüş”te “yatırımcı-devlet” tahkiminin AB hukuku açısından uygun olup olmadığının değerlendirilmesi yapılmamış, konu sadece yetki açısından incelenmiştir. “2/15 Görüş”ünün bu çalışma açısından önemli olan bölümünde “yatırımcı-devlet” uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin düzenlemelerin “paylaşılan yetkilerden” (*shared competences*) olduğuna karar verilmiştir.¹⁶⁰ Bu tip uyuşmazlık çözüm düzenlemeleri içeren antlaşmalardaki düzenlemelerin Achmea kararı sonrası AB hukuku ilişkisi açısından durumu ve ABAD'ın konuya ilişkin görüşü de önemli olacaktır. Ayrıca Achmea kararı sonrası üye ülkeler arasında “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümüne ilişkin tahkim olmayacaksa uyuşmazlıklar konusunda ABAD mı yetkili olacaktır? Yoksa gelecekte bu tip uyuşmazlıklar için AB içinde özel “Yatırım Mahkemesi” mi kurulacaktır?

Achmea kararı “1/17 Görüş” ile birlikte düşünüldüğünde, “1/17 Görüş”ünde “yatırımcı-devlet” uyuşmazlıklarına ilişkin yatırım mahkeme sistemine ilişkin hükümlerinin AB açısından bir sorun olmadığına karar verilmişti, bu sebeple “yatırımcı-devlet” tahkiminde sona yaklaşıyor denilmesi çok haksız sayılmaz. Çalışmada

156 ICSID madde 54(1).

157 Ticari-yatırım tahkimi farkı için bakınız: İnci Ataman Figanmeşe, ‘Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar’, (2011), 31(1), MHB 91-152.

158 https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state.

159 2/15 Sayılı Görüş, (Opinion 2/15 of the Court), 16 Mayıs 2017: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d63e5084083f7b49bd8e26e1caebce1dfd.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyLb3r0?text=&docid=190727&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=473213>> bilgi için bakınız: (Karacan, “2/15 Sayılı Görüş”).

160 “2/15 sayılı Görüş” ¶ 305.

tartışıldığı üzere “yatırımcı-devlet” tahkiminin yerini “Çok Taraflı Yatırım Mahkemesi (*Multilateral Investment Court (MIC)*), Uluslararası Yatırım Mahkemesi (*International Investment Court- IIC*)) alıyor denilebilir. Çalışmada AB hukuku açısından önemli olan iki ABAD kararı, uluslararası yatırım hukukunda “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümündeki gelişmelere olan etkisi dikkate alınarak incelenmiştir. Daha kapsamlı bir değerlendirme için hepsi ayrı çalışmalara konu olabilecek alandaki diğer gelişmeler örneğin, UNCITRAL Çalışma Grubu III “yatırımcı-devlet” uyuşmazlık çözümü konusundaki reform çalışmalarının sonuçları, ICSID reform çalışmaları¹⁶¹, çalışmada bahsedilen EŞA reform çalışmaları gibi konular birlikte değerlendirilmelidir. Konu gelecek günlerde de tartışılmaya devam edecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

- “Avrupa Birliği’nin EŞA’nın Moderleştirilmesine İlişkin Taslak Teklifi” (*Draft EU Text Proposals for the Modernisation of the Energy Charter Treaty (ECT)*), <<https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2148>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.
- “Avrupa Birliğine Yapılan Doğrudan Yabancı Yatırımın İncelenmesinde Çerçeve Oluşturulmasına İlişkin Tüzük” (Regulation (EU) 2019/452, *Regulation Establishing a Framework for the Screening of Foreign Direct Investments into the Union*), <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0452&from=EN>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.
- “AB-içi Yatırımların Korunmasına İlişkin Tebliğ” (*Communication from the Commission to the European Parliament and The Council Protection Of Intra-Eu Investment* Brussels, 19.7.2018 COM (2018) 547 Final), (Yatırımların Korunması Tebliği) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&rid=8>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.
- “AB-içi YKTK’ların Sona Erdirilmesine İlişkin Uluslararası Antlaşma” (*International Agreement for the Termination of Intra-EU Bilateral Investment Treaties*), <https://ec.europa.eu/info/files/200505-bilateral-investment-treaties-agreement_en> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020, (Sona Erdirme Antlaşması).
- Ataman Fıganmeşe İ, ‘Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar’, (2011), 31(1), MHB 91-152.
- Baklacı P, Akıntürk E, ‘Enerji Şartı Antlaşmasına Göre Uyuşmazlık Çözüm Yolları’, (Aralık 2007), XXIV(2), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 305-345.

161 Konuya ilişkin bakınız: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/WP_4_Vol_1_En.pdf>; AB ICSID’e taraf olmamakla birlikte üye ülkeler taraftır. AB ve Üye Ülkelerin ICSID Kurallarına Teklif Edilen Değişikliklere İlişkin Görüşleri <<https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Documents/ICSID%20reform-comments%20on%20behalp%20of%20the%20European%20Union%20and%20its%20Member%20States.pdf>>.

- Beham M and Prantl D, ‘Intra-EU Investment Reform: What Options for the Energy Charter Treaty?’ (Kluwer Arbitration Blog, Ocak 7 2020) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/07/intra-eu-investment-reform-what-options-for-the-energy-charter-treaty/>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.
- Fouchard C., Krestin M, ‘The Judgment of the CJEU in Slovak Republic v. Achmea – A Loud Clap of Thunder on the Intra-EU BIT Sky!’ (Kluwer Arbitration Blog, Mart 7 2018) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/07/the-judgment-of-the-cjeu-in-slovak-republic-v-achmea/>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.
- Georgaki K, ‘The Decision of the Svea Court of Appeal in PL Holdings v Poland: A Mutiny against Achmea?’ (Ağustos 7, 2019) <<http://cilj.co.uk/2019/08/07/the-decision-of-the-svea-court-of-appeal-in-pl-holdings-v-poland-a-mutiny-against-achmea/>>Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.
- Karacan P, ‘Lizbon Andlaşması Sonrası Avrupa Birliği Yatırım Anlaşmaları’ (Aralık 2014), 2, Legal Hukuk Dergisi, (Prof. Dr. Rona Aybay’a Armağan) 1421-1456 (Karacan, ‘Lizbon Andlaşması’).
- Karacan P, ‘Avrupa Birliği Hukukunun Yapısından Kaynaklanan Uluslararası Yatırım Hukukuna İlişkin Sorunlar’ (2017), 37(2), MHB (Prof. Dr. Yücel Sayman Armağan’a Armağan), 547-575 (Karacan, ‘Avrupa Birliği Yatırım’).
- Karacan P, ‘Yatırım Mahkemesi Sistemi: Uluslararası Yatırım Tahkimi Sona mı Eriyor?’, (Temmuz 2016), 12(2), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (Prof. Dr. İlhan Uluşan’a Armağan) 61-84 (Karacan, ‘Yatırım Mahkemesi’).
- Karacan P, ‘Adalet Divanı’nın 2/15 Sayılı Görüşü’nün Avrupa Birliği’nin Yeni Yatırım Antlaşmalarını Nasıl Şekillendireceğine İlişkin Bir Değerlendirme’, (2017), 18 (2), Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi, 187-204 (Karacan, ‘2/15 Sayılı Görüş’).
- Lavrano N, ‘Court of Justice of the EU approves CETA Investment Court System’, (Arbitration Blog, Haziran 14, 2019) <<http://arbitrationblog.practicallaw.com/court-of-justice-of-the-eu-approves-ceta-investment-court-system/>>Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.
- Lowther J, ‘Keeping Intra-EU ISDS Alive: The Supreme Court of Sweden Requests Preliminary Ruling from the CJEU on Validity of Arbitration Agreement in Light of Achmea Decision’, (Kluwer Arbitration Blog, Mart 5 2020) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/05/keeping-intra-eu-isds-alive-the-supreme-court-of-sweden-requests-preliminary-ruling-from-the-cjeu-on-validity-of-arbitration-agreement-in-light-of-achmea-decision>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.
- Stefan F, ‘Intra-EU Disputes under the Energy Charter Treaty: Quo Vadis?’, (Kluwer Arbitration Blog, Ağustos 18 2019) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/08/18/intra-eu-disputes-under-the-energy-charter-treaty-quo-vadis/>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.
- “*Slowakische Republik (Slovak Republic) v. Achmea BV (Achmea)*”, 6 Mart 2018, Case C-284/16, <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62016CJ0284&lang1=en&type=TEXT&ancre=>>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.
- “*1/17 sayılı Görüş*” (Opinion 1/17 of the Court), 30 Nisan 2019 <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=213502&text=&dir=&doclang=EN&part=1&occ=first&mode=DOC&pageIndex=0&cid=750432>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.
- “*PL Holdings S.a.r.l. v. Polonya (Poland)*”, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62020CN0109&from=PL>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.
- “*Vattenfall AB and others v Almanya (Federal Republic of Germany)*”, ICSID Case No. ARB/12/12, <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9916.pdf>>Erişim Tarihi 15 Temmuz 2020.



Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 05.10.2020
Revizyon Talebi: 04.11.2020
Son Revizyon: 18.11.2020
Kabul: 14.12.2020
Online Yayın: 26.12.2020

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

İş Dünyası ve İnsan Hakları Uyuşmazlıklarında Tahkim

Arbitrating Business and Human Rights Disputes

Zeynep Derya Tarman*

Öz

Ticari faaliyetlerin insan hakları üzerindeki olumsuz etkileri ve mağdurların zayıf konumu dikkate alınarak çok uluslu şirketlerin sebep olduğu insan hakları ihlallerinin tahkim yoluyla çözümü için yakın zamanda İş Dünyası ve İnsan Hakları Lahey Tahkim Kuralları (Lahey Kuralları) kabul edilmiştir. Söz konusu Lahey Kurallarının yararlılığı ve elverişliliği konusunda eleştiriler olmakla beraber Kurallar, çok uluslu şirketlerin sebep olduğu insan hakları ihlalleri mağdurlarına adalete erişim konusunda etkin bir yol sunabilir. Bu çalışmanın konusu, Lahey Kurallarının ortaya çıkma sürecini ve tarihçesini kısaca ortaya koyduktan sonra tahkimin insan hakları ihlallerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü konusunda neden tercih edilmesi gerektiğini incelemektir. Bu kapsamda, Lahey Kurallarının iş dünyası ve insan hakları uyuşmazlıklarının kendine has özellikleri dikkate alınarak hazırlanmış maddeleri ele alınacaktır. Ayrıca çalışmada Lahey kurallarının eksiklikleri ve geliştirilmesi gereken noktaları üzerinde de durulacaktır.

Anahtar Kelimeler

İş dünyası, İnsan hakları, İş dünyası ve insan hakları uyuşmazlıkları, Tahkim, İnsan hakları ihlali, çok uluslu şirketler, mağdur, Birleşmiş Milletler İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri

Abstract

Keeping the negative impacts of business activities on human rights and the weak position of the victims as well as other parties, the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration (Hague Rules) have recently been adopted with the description that international arbitration holds great promise as a method to be used to resolve human rights disputes involving business. While there are criticisms about the practicability and the usefulness of the Hague rules, with certain consideration for improvement, the Hague Rules can be an effective step towards achieving justice for victims of Business and Human Rights violations and abuses. This paper aims to present first the history of creation and analysis of the effectiveness of the Hague Rules, and second, to elaborate on why arbitration is a good option for Business and Human Rights disputes. After that, the paper will present the challenges related to the applicability of the rules followed by its future implications.

Keywords

Business, Human rights, Business and human rights disputes, Arbitration, Human rights violations, Multinational corporations, victim, UN Guiding Principles on Business and Human Rights

* Sorumlu Yazar: Zeynep Derya Tarman (Prof. Dr.), Koç Üniversitesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye.
E-posta: ztarman@ku.edu.tr ORCID: 0000-0002-2574-8643

Atf: Tarman ZD, "İş Dünyası ve İnsan Hakları Uyuşmazlıklarında Tahkim" (2020) 40(2) PPIL 1535. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0082>



Extended Summary

For centuries, arbitration has been used as an alternative method for dispute resolution to get speedy results for national and international disputes. While courts remain an official state-based dispute resolution mechanism, their lengthy process, lack of specific expertise in disputed issues and, most importantly, their weak mechanism of dealing with international issues make arbitration a more desirable mechanism of dispute resolution. However, not all types of disputes can be solved through arbitration. While there are certain limitations as to what kind of disputes are arbitrable, the list has been broadened in recent years. The most recent type of dispute added to the list is business and human rights violation disputes. Despite the numerous beneficial aspects of multinational corporations, they can cause several human rights violations. While there are global frameworks like the provisions and pillars of the 2011 United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs) that require states as well as businesses to protect and respect human rights, human rights have often been impacted by business activities. Especially with the existence of pillar three of the UNGPs which requires access to an effective remedy, business-related human right abuses show an existing remedy gap in principle. Among other forms of remedy, arbitration can represent one form of remedy for victims of corporate human rights abuses.

The development of the Hague Rules is considered to be an important step in filling the existing remedy gap using arbitration as a resort for business and human rights disputes. While public interest in human rights suggests that business and human rights disputes should be resolved in national courts, the weak capacity of courts, corruption, political influence and dysfunction of courts might remain a challenge. To overcome these challenges, reformed courts, new national laws and a far greater ability of national courts to address business and human rights disputes are needed. Until these goals are achieved, there is a need for a mechanism to address business and human rights violation and abuse. Business and human rights arbitration can be a very effective and useful method in this regard.

The Hague Rules on Business and Human Rights were launched officially on 12 December 2019 at a symposium hosted by the Permanent Court of Arbitration in the Peace Palace in The Hague. It is worth noting that the Hague Rules are based on the 2013 United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules and have been adapted to the unique features of business human rights disputes. This paper will explain the main sections and provisions of the Rules, especially which are modified from UNCITRAL Rules to make it compatible with business and human rights disputes.

Despite all criticisms and existing challenges, the Hague Rules are a useful resort to deal with business and human rights disputes. Even though there are many challenges

of business and human rights arbitration and application of the Hague Rules, they can be resolved using different methods which will make business and human rights arbitration a useful option for victims as well as businesses. Considering the positive remarks and comments gained by the Hague Rules, it can be assumed that the next step will be seeing corporations include business and human rights arbitration provisions in their contracts. Also, law firms may start advising and explaining to clients, non-governmental organizations and other stakeholders that business and human rights arbitration is a suitable option when they cannot or prefer not to refer to national courts.

İş Dünyası ve İnsan Hakları Uyuşmazlıklarında Tahkim

I. Giriş

Çok uluslu (global) şirketler¹, ticari faaliyetlerini geliştirmekte olan ülkelerde genellikle yavru şirketleri aracılığıyla yürütmektedirler ve söz konusu ticari faaliyetler sebebiyle sosyal, ekonomik veya çevresel bazı olumsuz etkiler ortaya çıkabilmektedir. Çok uluslu şirketler faaliyette buldukları ülkelerin ekonomilerine bir yandan katkı sağlarken aynı zamanda çevre kirliliği, güvensiz ve sağlıksız çalışma koşulları, yetersiz ücret, çocuk işçiliği ve yerli halkı zorla yerinden etme gibi olumsuz etkilere ve bunun sonucu olarak insan hakları ihlallerine neden olabilmektedirler. Global şirketlerin insan haklarına yapmış oldukları etki farklı şekillerde karşımıza çıkabilir: Çok uluslu şirket, doğrudan kendi faaliyetlerinin bir sonucu olarak insan haklarını ihlal edebilir ya da şirketin beraber çalıştığı iş ortaklarının veya tedarikçilerinin faaliyetlerinin bir sonucu olarak insan hakları ihlal edilmiş olabilir².

Çok uluslu şirketlerin sebep olduğu insan hakları ihlallerinden doğan uyuşmazlıkların hızlı ve etkin bir şekilde çözümlenmesi önem arz etmektedir. Mahkeme yargılaması temel uyuşmazlık çözüm yolu olarak varlığını sürdürmekle beraber yargılama sürelerinin uzunluğu, uyuşmazlık hakkında karar veren kişilerin uyuşmazlık konusu hakkında uzman olmayışları ve özellikle uluslararası uyuşmazlıkları çözme konusundaki yetersizlikleri tahkimin tercih edilmesine neden olmaktadır. Ticari faaliyetlerin insan hakları üzerindeki olumsuz etkileri ve mağdurların zayıf konumu dikkate alınarak çok uluslu şirketlerin sebep olduğu insan hakları ihlallerinin tahkim yoluyla çözümü için yakın zamanda İş Dünyası ve İnsan Hakları Lahey Tahkim Kuralları-Lahey Kuralları (*The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration- The Hague Rules*)³ kabul edilmiştir. Lahey kuralları, milli usul hukuku kurallarının sebep olduğu yetkili mahkemenin tesisi sorununu bertaraf ederek iş dünyasının sebep olduğu insan hakları ihlallerinden kaynaklanan taleplerin tahkim yolu ile ileri sürülmesini hedeflemektedir. Söz konusu Lahey Kurallarının yararlılığı ve elverişliliği konusunda eleştiriler olmakla beraber bu Kurallar, çok uluslu şirketlerin sebep olduğu insan hakları ihlalleri mağdurlarına adalete erişim konusunda etkin bir yol sunabilirler.

1 Uluslararası hukukta, Birleşmiş Milletler ulus-ötesi veya ulus-aşırı şirketler (*Transnational Corporations*) kavramını; Uluslararası Çalışma Örgütü (*International Labour Organization- ILO*) ve Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (*Organization for Economic Co-operation and Development- OECD*) gibi kuruluşlar ise çok uluslu şirketler (*Multinational Corporations*) terimini kullanmaktadır. Bu çalışma kapsamında “çok uluslu şirket” kavramı Türkçe’de daha yerleşik ve yaygın olmasından dolayı tercih edilmiştir. “Çok uluslu şirket” terimi farklı hukuki şekillerde kurulmuş ve birden çok ülkede faaliyet gösteren şirket anlamında kullanılmıştır. Çok uluslu şirket kavramı için bkz. Engin Yıldırım, ‘Birleşmiş Milletler İş Hayatı ve İnsan Hakları Rehber İlkelerinin Eleştirel bir Değerlendirmesi’, VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu (2014) 3; Philip Alston, ‘The “Not-a-Cat” Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors?’ in Philip Alston (ed.), *Non-State Actors and Human Rights* (Oxford 2005) 30.

2 Claes Cronstedt, Jan Eijssbouts, Adrienne Margolis, Steven Ratner, Martijn Scheltema, Robert C. Thompson, ‘International Arbitration of Business and Human Rights: A Step Forward’ (Kluwer Arbitration Blog, 16 November 2017) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/11/16/international-arbitration-business-human-rights-step-forward/>> Erişim Tarihi 17 December 2020.

3 Lahey Kuralları için bkz. ‘The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration’ (*Center for International Legal Cooperation*, December 2019) <https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf> Erişim Tarihi 17 December 2020.

Çok uluslu şirketlerin faaliyetlerinden doğabilecek zararları önlemek veya tazmin etmek amacıyla bağlayıcı olmamakla beraber çeşitli hukuki kurallar ve prensipler ortaya konmuştur. Bu çalışma kapsamında öncelikle bu kurallara kısaca değinilecektir. Daha sonra, tahkimin insan hakları ihlallerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü konusunda neden tercih edilmesi gerektiği incelenecektir. Bu kapsamda, Lahey Kurallarının iş dünyası ve insan hakları uyuşmazlıklarının kendine has özellikleri dikkate alınarak hazırlanmış maddeleri ele alınacaktır. Ayrıca çalışmada Lahey Kurallarının eksiklikleri ve geliştirilmesi gereken noktaları üzerinde durulacaktır.

II. Çok Uluslu Şirketler ve İnsan Hakları

A. Genel Olarak

Uluslararası insan hakları hukukunda öncelikle, bireyleri devlet kaynaklı ihlallere karşı korumak amaçlı normlar ortaya konmuş, süreç içinde devlet dışı aktörlerin insan hakları ihlallerinden sorumluluğuna ilişkin kurallar ve mekanizmalar hayata geçmiştir⁴. Bununla birlikte, güç ve etki alanı açısından en önemli devlet dışı aktör olan çok uluslu şirketlerin insan hakları ihlallerinden sorumlu tutulmasına ilişkin bağlayıcı bir uluslararası hukuki çerçeve oluşturulamamıştır⁵. Çok uluslu şirketlerin bu fiillerinden dolayı nasıl sorumlu tutulacağı mevcut bağlayıcı hukuk kuralları olmadığı için bir sorun teşkil etmektedir⁶. Zira mevcut uluslararası hukuk veya insan hakları hukuku çok uluslu şirketler için doğrudan hukuki yükümlülükler öngörmemektedir⁷. Ayrıca uluslararası hukuk devletler için, merkezleri kendi ülkelerinde olan şirketlerin ülke dışındaki etkinliklerinde, insan haklarına uygun davranmalarını sağlama yükümlülüğü de getirmemektedir⁸. Buna karşılık, bazı devletler merkezleri kendi ülkelerinde olan şirketlerin diğer ülkelerdeki ihlalleri için de sorumlu tutulup dava edilebilmelerine imkân tanıyan mevzuata sahiptir. Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'ndeki *Alien Tort Claims Act* bu konuda örnek gösterilebilir⁹. 1789 tarihli *Alien Tort Claims Act* bir yabancıнын uluslararası hukukun ihlal edildiği gerekçesiyle haksız fiile dayanan talebini ABD mahkemelerinde ileri sürmesine imkân tanımaktadır. 1980'li yılların başında bireylerin işlediği insan hakları ihlallerinde¹⁰; 1990'ların ortasından itibaren

4 Ozan Can and Recep Yücel, 'Birleşmiş Milletler Küresel İlkeler Sözleşmesi Temelinde Şirketlere Karşı İnsan Haklarının Korunması Hakkında Somut Öneriler' (2019) 35 (2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 105, 107.

5 Devlet dışı aktörlerin insan hakları ihlallerindeki sorumluluğu hakkında bkz. Alston (n 1) 3-36.

6 Şirketlerin insan hakları ihlallerindeki hukuki sorumluluğunun teorisi hakkında ayrıntılı çalışma için bkz. Steven Ratner, 'Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility' (2001) Vol: 111, Yale Law Journal 443-545.

7 Alston (n 1) 36; Claes Cronstedt and Robert C. Thompson, 'A Proposal for an International Arbitration Tribunal on Business and Human Rights' (2016) Vol.57, Harvard International Law Journal 66.

8 Can and Yücel (n 4) 108.

9 Alston (n 1) 31; Tara Elliott, 'Risky Business: The Alien Tort Claims Act and The Foreign Corrupt Practices Act Expand the Reach of US Court in a Global Economy' (2009) Vol:62:1, Rutgers Law Review 211-239.

10 Örneğin, *Filartiga v. Peña-Irala* davasında [Filartiga v. Peña-Irala -630 F.2d 876 (2d Cir. 1980)] Paraguayalı bir polis memurunun Paraguay'da işlediği işkence suçuna dayanarak ABD'de açılan davada mahkemenin bu yasa uyarınca yetkili olduğu sonucuna varılmıştır. Karar için bkz. <<https://hrp.law.harvard.edu/wp-content/uploads/2011/04/filartiga-v-pena-irala.pdf>> Erişim Tarihi 17 December 2020.

de şirketlerin insan hakları ihlalleri ve çevre suçlarında ABD mahkemelerinin yetkisini tesis etmek için söz konusu yasaya dayanılmıştır¹¹. Buna karşılık, ABD Yüksek Mahkemesi son dönemde verdiği kararlarda¹² *Alien Tort Claims Act*'in ABD'nin egemenlik alanı dışında uluslararası hukukla ilgili bir ihlalde uygulanamayacağı sonucuna varmıştır. Aynı yöndeki başka bir kararı *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* davasında¹³ vermiştir. Shell şirketinin Nijerya'da işlediği iddia edilen insan hakları ihlalden dolayı bu yasaya dayanılarak ABD'de açılmış olan dava yetkisizlik gerekçesiyle reddedilmiştir. Sonuç olarak, bu kararlar bu yasanın kapsamını oldukça daraltmış ve ABD dışında işlenen haksız fiilden doğan zararlarda ABD'de dava açma imkânı kısıtlanmıştır¹⁴.

Çok uluslu şirketlerin faaliyetlerinden kaynaklanan zararların tazminini zorlaştıran etkenlerin başında bu şirketlere yönelik milletlerarası yetkinin tesisi sorunu gelmektedir. Zira, çokuluslu şirketler çoğunlukla zararın meydana geldiği ülkede doğrudan varlık göstermemekte, bunun yerine merkezi ilgili yabancı ülkede bulunan ve çoğunlukla küçük ölçekli bir yavru şirket esas işveren konumunda bu tür riskli faaliyetleri yürütmektedir. Bu durumda, söz konusu faaliyetlerden doğan zararların tazmini önündeki engel, milletlerarası usul hukuku bakımından çok uluslu şirketin merkezinin bulunduğu yer mahkemelerinin bir başka ülkede yavru şirketin faaliyetleri sonucu meydana gelen zarardan doğan talepler bakımından kendisini yetkili görüp göremeyeceği meselesidir. Devletlerdeki milletlerarası yetki kurallarındaki eksiklik nedeniyle insan hakları ihlal edilenler çok uluslu şirketlerin merkezlerinin bulunduğu devletlerde taleplerini ileri sürebilecekleri yetkili bir mahkeme bulamamaktadırlar.

Bu noktada göz önüne alınması gereken diğer bir husus da mahkemenin milletlerarası yetkisinden feragat etmesi anlamına gelen *forum non conveniens* doktrindir¹⁵. Milletlerarası yetkiye sahip bir mahkeme, olayla daha sıkı ilişkiler içerisinde olan diğer bir devlet mahkemesinin bu ilişkiler sebebiyle olay hakkında daha iyi karar

11 Örneğin, *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.* davasında [Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co. 226 F. 3d 88 - Court of Appeals, (2nd Circuit, 2000)] mahkeme iki yabancı şirketin Nijerya'daki devlet güçleri ile beraber neden oldukları insan hakları ihlallerinde yetkili olduğuna karar vermiştir. Karar için bkz. <<https://ccrjustice.org/sites/default/files/assets/9.00%20-%20second%20circuit%20opinion.pdf>> Erişim Tarihi 17 December 2020. Bu davada, şirketler daha sonra mahkeme dışında 15.5 milyon dolar tutarında bir bedel ödeyerek uyuşmazlığı anlaşarak çözmüşlerdir. Aynı şekilde 1996 yılında bir grup insan hakları aktivisti bu yasaya dayanarak Unocal Corporation adlı şirketi Burmalı çiftçi John Doe'yu temsilen dava etmişlerdir [Doe v. Unocal Corp., 963 F. Supp. 880 (C.D. Cal. 1997)]. Temyiz aşamasında taraflar anlaşmış ve uyuşmazlık şirketin tazminat ödemesi ile sona ermiştir. Karar için bkz. <<https://earthrights.org/wp-content/uploads/legal/Unocal-paez-1997-Jurisdiction-Decision.pdf>> Erişim Tarihi 17 December 2020.

12 Örneğin, 2004 yılında verdiği *Sosa v. Alvarez-Machain* kararında [Sosa v. Alvarez-Machain - 542 U.S. 692, 124 S. Ct. 2739 (2004)], tek seferlik ve bir günden az süren hukuka aykırı bir tutukluluğun uluslararası örf ve adet hukukunu ihlal etmediğine hükmedilmiştir. Karar için bkz. <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/03-339.ZS.html>> Erişim Tarihi 17 December 2020.

13 *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* - 621 F.3d 111 (2d Cir. 2010). Karar için bkz. <https://scholar.google.com/scholar_case?q=kiobel&hl=en&as_sdt=2006&case=17590512216294512273&scilh=0> Erişim Tarihi 17 December 2020.

14 Aynı yönde bkz. Yıldırım (n 1) 18.

15 Haythornthwaite Shavana, "The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration: Noteworthy or Not Worthy for Victims of Human Rights Violations?" (Kluwer Arbitration Blog, 5 May 2020), <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/05/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration-noteworthy-or-not-worthy-for-victims-of-human-rights-violations/?print=print>> Erişim Tarihi 17 December 2020.

verebilecek durumda olduğu gerekçesiyle kendi yetkisini reddedebilir (*forum non conveniens* doktrini)¹⁶. Kıta Avrupası sisteminde kabul edilmeyen bu doktrin Anglo Amerikan hukuk ailesine dâhil hukuk çevrelerinde kabul edilmektedir. Dolayısıyla söz konusu devletin yetki kurallarına göre yetkili bir mahkeme tespit edilmiş ve dava o devlet mahkemesinde açılmış olsa bile davanın *forum non conveniens* nedeniyle reddedilmesi ihtimal dâhilindedir¹⁷.

B. Birleşmiş Milletler İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri (*Ruggie* Prensipleri)

Kar maksimizasyonunu tek ve nihai amaç olarak gözeten çok uluslu şirketler, sınırlı sorumluluk zırhına sığınarak insan hakları ihlallerine ya da çevrenin kirlenmesi gibi geri dönüşü olmayan felaketlere sebebiyet verebilmektedir. Halbuki şirketlerin insan haklarına saygı duyma ve oluşabilecek insan hakları ihlallerine çözüm getirme sorumluluğu olmalıdır. Dünyadaki eğilimin vahşi kapitalizmin koşulsuz savunulması yerine liberal piyasalardaki aktörler arası dengelerin sağlanması yönünde değişmesi gerektiği gözetilerek şirketlerin insan hakları sorumluluklarına yönelik pratik bir yol haritası hazırlanması ihtiyacı doğmuştur. Bu amaçla, Birleşmiş Milletler İş Dünyası ve İnsan Hakları Özel Temsilcisi John Gerard Ruggie, 2008 yılında insan hakları bağlamında devletlerin pozitif yükümlülükleri ile sermaye şirketlerinin sorumlulukları arasındaki ilişkiyi düzenleyen bir prensipler bütünü ortaya koymuştur¹⁸. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi tarafından 2011 yılında onaylanmış bu prensipler, münhasıran ticari bağlantılı insan hakları ihlallerini hedef alarak bu alandaki ilk evrensel çerçeveyi sunması açısından son derece kıymetli bir çalışmadır. Tam adı, Birleşmiş Milletler İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri¹⁹ (*UN Guiding Principles on Business and Human Rights*) olan ve *Ruggie* Prensipleri olarak da anılan bu kurallara göre, şirketler insan haklarına saygılı biçimde faaliyet göstermeli, devletler ise insan hakları ihlallerini önleyici tedbirler almalı ve meydana gelen ihlalleri

16 Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd. [1987] AC 460 kararında ortaya konulduğu üzere, *forum non conveniens* doktrininin uygulanması iki aşamalı bir inceleme gerektirir. Öncelikle İngiliz mahkemesi davanın görülmesi için daha elverişli bir mahkemenin bulunup bulunmadığına karar vermelidir. İkinci aşamada, daha elverişli olduğu düşünülen yabancı mahkemede adalete erişim imkanının yeterli olmadığı ve davanın İngiliz mahkemelerinde görülmesi gerektiği ispatlanırsa İngiliz mahkemeleri davayı görmeye devam eder. Buna karşılık, iki aşamalı incelemenin neticesinde, *forum non conveniens* doktrininin uygulanmasına karar verilmesi durumunda İngiliz mahkemeleri davayı bekletme kararına (*stay of proceedings*) hükmedecektir. İki aşamalı Spiliada testi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Adrian Briggs, *Civil Jurisdiction and Judgments* (6th edn., Informa Law from Routledge 2015) 398. İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri ve Avustralya'daki uygulamalar için bkz. Peter S. Gillies, 'Forum Non Conveniens in the Context of International Commercial Arbitration' (2008-6) Macquarie Law Working Paper 1ff; Ekin Sökmen Güler, 'Forum Non Conveniens Doktrini ve Uluslararası Paralel Davalar' (2019) C.21 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan) 2629-2658.

17 Yıldırım (n 1) 19.

18 John Ruggie, 'Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights', Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises (7 April 2008) A/HRC/8/5 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/128/61/PDF/G0812861.pdf?OpenElement>> Erişim Tarihi 17 December 2020.

19 Birleşmiş Milletler İş Dünyası ve İnsan Hakları Çalışma Grubunun toplam 31 maddeden oluşan İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri ve gerekçeleri için bkz. <https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf> Erişim Tarihi 17 December 2020.

etkin şikayet yollarıyla telafi etmelidir²⁰. Her ne kadar bu kuralların hukuken bir bağlayıcılığı olmasa da bu prensipler iş dünyası ve insan hakları alanındaki politikalar bakımından devletlere yol gösterici olmaktadır. Avrupa Birliği Ruggie Prensiplerinin kabul edilmesinin ardından yeni bir strateji belgesi yayınlamış ve üye devletlerin bu meseleye ilişkin bir eylem planı hazırlamalarını istemiştir²¹. Örneğin, İngiltere, Fransa ve Almanya başta olmak üzere bazı devletler bu prensipleri iç hukuklarına aktarmışlar; bazı devletler aktarma amacıyla eylem planları çıkarmışlar veya eylem planı hazırlığı içine girmişlerdir²².

Birleşmiş Milletler İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri “Koruma, Saygı Gösterme ve Telafi Etme” adı altında üç sütun (*pillar*) diye ifade edilen temelden oluşmaktadır²³: (i) Devletler, vatandaşlarını üçüncü şahısların insan hakları suistimallerine karşı korumakla görevlidir. (ii) Şirketler insan haklarına saygı duymaktan sorumludur; bu sorumluluk kapsamında işletmeler başkalarının haklarını ihlal etmekten kaçınmalı ve katkıda bulunduğu olumsuz etkileri gidermelidir. (iii) İş dünyası ile bağlantılı insan hakları suistimallerinden etkilenen kişilere hem hukuki hem de diğer yollardan etkin telafiye daha kolay erişim imkânı sunulması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, Rehber İlkeler uyarınca insan hakları devletler tarafından güvence altına alınmalı, şirketler tarafından insan haklarına saygı gösterilmeli ve ihlal durumunda etkin telafiye erişim sağlanmalıdır. Rehber İlkelerin ilk iki sütunu dikkate alındığında devletlerin işletmelerin insan haklarına saygılı olmasına zemin hazırlayacak bir ortamı oluşturmak ve şirketlerin de insan hakları ihlallerini önleme ve giderme konusunda gelişme kaydettikleri gözlenmektedir. Ancak üçüncü sütun bakımından gelişmenin aynı ölçüde olmadığı belirtilmektedir²⁴. Nitekim taraflar arasında maddi kaynaklara, bilgiye ve uzmanlığa erişim konusunda dengesizlik olduğu ve bu nedenle insan hakları mağdurlarına adalete erişim aşamasında özel dikkat gösterilmesi gerektiği hususu hem raporda²⁵ hem de ilkelerin gerekçelerinde²⁶ dile getirilmiştir.

Birleşmiş Milletler İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri dışında, Birleşmiş Milletler Küresel İlkeler Sözleşmesi²⁷ (*global compact*), OECD (Ekonomik Kalkınma ve

20 John Ruggie'nin anılan prensipler üzerine yorumları için bkz. John Gerard Ruggie, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights* (Amnesty International Global Ethics Series, 2013).

21 Yıldırım (n 1) 15.

22 Can and Yücel (n 4) 114. Ruggie Prensiplerinin iç hukuka aktarılmasına ilişkin eylem planları ve kanun yapma faaliyetlerini gösteren çalışma için bkz. <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/578031/EXPO_STU\(2017\)578031_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/578031/EXPO_STU(2017)578031_EN.pdf)> Erişim Tarihi 17 December 2020 İnsan hakları durum tespitine ilişkin yasa çalışmalarındaki gelişmeleri aktaran belge için ayrıca bkz. <https://corporatejustice.org/policy-evidence-mhrdd-may-2019-final_1.pdf> Erişim Tarihi 17 December 2020.

23 John Ruggie, 'Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises: Business and Human rights: Further Steps toward the Operationalization of the 'Protect, Respect and Remedy Framework' (9 April 2010) A/HRC/14/27 <https://www2.ohchr.org/english/issues/trans_corporations/docs/a-hrc-14-27.pdf> Erişim Tarihi 17 December 2020.

24 Ruggie (n 23) 117.

25 ibid 109 ff.

26 İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkelerinin 26. maddesine ilişkin Gerekçe.

27 Birleşmiş Milletler Küresel İlkeler Sözleşmesi için bkz. <<https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>> Erişim Tarihi 17 December 2020. Özel sektör kuruluşlarını on temel evrensel ilkeye uymaya çağırarak Birleşmiş Milletler Küresel İlkeler Sözleşmesi (*global compact*) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Can and Yücel (n 4) 107 ff.

İşbirliği Örgütü)'nin Çok Uluslu İşletmeler Genel İlkeleri²⁸ ve ILO (Uluslararası Çalışma Örgütü)'nin Çok Uluslu Şirketler ve Sosyal Politikaya ilişkin Üçlü Bildirgesi'nde²⁹ çok uluslu şirketlere yurt dışındaki ticari faaliyetlerinde kamuyu aydınlatma, insan hakları, istihdam, çevre, rüşvet, tüketici menfaatleri, bilim ve teknoloji, rekabet gibi konularda sorumlu davranmaları konularında öneriler sunan metinler bulunmaktadır. Ancak sayılan tüm bu belgeler şirketlerin uluslararası insan hakları normlarına saygı gösterme sorumluluklarını ortaya koymakla beraber bağlayıcı olmayan hukuk (*soft law*) metinleridir ve uygulanmaları gönüllülük esasına dayanmaktadır³⁰. Bu tarz ilkeler, hiç kuşkusuz şirketlerin insan hakları duyarlılıklarının artmasına katkı sağlamaktadır. Örneğin, şirketler çoğunlukla internet sayfalarında, kendilerinin ortaya koyduğu bazı davranış kurallarına yer vererek dolaylı olarak da olsa insan haklarına saygılı olacakları sözünü vermeye başlamıştır. Ayrıca, çok uluslu şirketlerin tedarik zincirlerinde yer alan diğer şirketler ile aralarındaki sözleşmelere hükümler konulması suretiyle kimi ilkeler uygulamada bağlayıcı hale getirilmeye çalışılmaktadır. Bir diğer gelişme ise “insan hakları “*due diligence*” raporlarıdır. Söz konusu raporlar ile özellikle çok uluslu şirketlerin yavru şirketleri ya da tedarik zincirindeki diğer şirketler ile yürüttükleri faaliyetler çerçevesinde sebep oldukları insan hakları ihlallerinin tespit edilmesi, önlenmesi ve bu ihlallerin azaltılması amaçlanmaktadır³¹.

Hükümetlerarası örgütlerin ortaya koydukları metinler hukuken bağlayıcı olmayıp, ihlali halinde yaptırım mekanizması, denetim mekanizması veya hak ihlaline uğrayan kişiye tazmin mekanizması sunmaktan yoksundur³². Bu nedenle, sözü edilen kuralların ve ilkelerin bir uluslararası antlaşma düzeyinde etkili olmalarını beklemek isabetli değildir. Şirketlerin insan hakları sorumluluğunun uluslararası bir antlaşma ile bağlayıcı biçimde kabul edilmesi ve ihlalden doğan zararın tazmini noktasında bu talebin şirketlerin uluslararası hukuktan doğan sorumluluğuna dayandırılabilmesi en etkili çözüm olacaktır. Bu amaçla, şirketlerin insan hakları ihlalden doğan sorumluluğunu öngören hukuken bağlayıcı uluslararası bir antlaşmanın hazırlık çalışmaları Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi bünyesinde 26 Haziran 2014 yılında başlatılmıştır³³. İnsan Hakları Konseyi tarafından kurulan Hükümetler Arası Çalışma Grubu (*Open-Ended Intergovernmental Working Group - OEIGWG*) beşinci oturumunun sonunda uluslararası antlaşmanın ikinci taslak metnini 6 Ağustos 2020 tarihinde kamuoyu ile paylaşmıştır³⁴.

28 OECD Çok Uluslu İşletmeler Genel İlkeleri için bkz. <<https://www.oecd.org/corporate/mne/38111419.pdf>> Erişim Tarihi 17 December 2020.

29 ILO'nun Çok Uluslu Şirketler ve Sosyal Politikaya ilişkin Üçlü Bildirgesi için bkz. <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf> Erişim Tarihi 17 December 2020.

30 Hükümetlerarası örgütlerin düzenlemeleri için ayrıca bkz. Zeynep Kıvılcım, 'Ulus-Aşırı Şirketler ve İnsan Hakları: Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Örneği' (2010) 65-3 Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 93-96; Can and Yücel (n 4) 113.

31 Yıldırım (n 1) 6-7.

32 Katerina Yiannibas, 'The adaptability of international arbitration: Reforming the arbitration mechanism to provide effective remedy for business-related human rights abuses' (2018) Vol. 36 (3) Netherlands Quarterly of Human Rights 218; Yıldırım (n 1) 6.

33 Bkz. <<https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/wgtranscorp/pages/igwgotnc.aspx>> Erişim Tarihi 17 December 2020.

34 Bu taslak antlaşma metni için bkz. OEIGWG Chairmanship Second Revised Draft 'Legally Binding Instrument To Regulate, In International Human Rights Law, The Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises' (6 August 2020) <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf> Erişim Tarihi 17 December 2020.

C. Etkin Başvuru Yolunun Eksikliği

Çok uluslu şirketlerin gelişmesi ve büyümesi her zaman teşvik edilip desteklenmiş olup bu şirketlerin insan haklarına saygı noktasında sorumlu oldukları ve insan haklarını ihlal edebilecekleri olgusu nispeten yeni olup henüz evrensel olarak kabul edilmiş de değildir. Globalleşme ve ticaretin liberalleşmesi sonucu piyasalar ve ticaret hacmi genişlemiş ancak toplumların çok uluslu şirketlerin faaliyetlerinin olumsuz etkileri ile baş etme kapasiteleri aynı ölçüde bir gelişim gösterememiştir. Bu durum da insan haklarının ticari faaliyet sonucu ihlaline yol açmaktadır³⁵. Çok uluslu şirketlerin sebep olduğu insan hakları ihlallerine örnek olarak çocuk işçiliği, insan kaçakçılığı, işçi hareketlerine katılanlara şiddet uygulanması, güvensiz ve sağlıksız çalışma ortamları, yerli halkın topraklarına yeterli tazminat vermeden el koyma verilebilir³⁶.

İnsan hakları ihlal edilen birey ve halkların bu gibi durumlarda haklarını arayabilmesi gerekir. Birleşmiş Milletler İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkelerinin 25. maddesi uyarınca, devletler kendi bölgelerinde ve/veya yetki alanlarında bu tür ihlaller gerçekleştiğinde adli, idari, yasal ve diğer uygun araçları kullanarak, mağdurların etkili çözümlere erişimini sağlamak için gerekli adımları atmaktadır. Dolayısıyla etkili şikayet mekanizmalarının varlığı devletin koruma görevi açısından önemli bir rol oynar. Rehber İlkelerin 27. maddesi uyarınca, devletlerin milli mahkemeler aracılığıyla etkin telafiye erişim sunma konusunda sorumlulukları söz konusu olduğu gibi; devletler ihlal meydana geldiğinde etkilenen kişilerin yargı yolu dışındaki etkili diğer telafi yollarına erişebildiğinden emin olmak için uygun adımları atmalıdır. Bunun yanı sıra şirketler de insan haklarını ihlal etmemeli ve insan hakları konusunda neden oldukları olumsuz etkileri ortadan kaldırmak için çaba göstermelidir. Bu bağlamda insan haklarına ilişkin olumsuz etkilerin değerlendirilmesine yönelik etkili şikayet mekanizmalarının tesis edilmesi önem taşımaktadır³⁷.

Rehber İlkeler, çok uluslu şirketlerin sebep olduğu insan hakları ihlallerine dikkat çekmekle beraber belirli bir uyumsuzluk çözüm yoluna yer vermemiştir. Rehber İlkelerdeki bu boşluk nedeniyle Lahey Kurallarının hazırlık süreci başlamış ve tahkim iş dünyası ve insan hakları alanında bir uyumsuzluk çözüm yolu olarak tartışılmaya başlanmıştır³⁸.

35 Nathália de Paula Brandão, 'Is BHR Arbitration the New Black? A Proposal for International Arbitration on Business and Human Rights' (ELSA France Press, 18 February 2018) <<https://publications.elsafrance.org/2018/02/18/is-bhr-arbitration-the-new-black-a-proposal-for-international-arbitration-on-business-and-human-rights/>> Erişim Tarihi 17 December 2020.

36 Cronstedt (n 2) 1.

37 'Doing Business with Respect for Human Rights: A Guidance Tool for Companies' (Shift, Oxfam, Global Network Netherlands, 2016), 26 ff. Çalışma için bkz. <https://shiftproject.org/wp-content/uploads/2020/01/business_respect_human_rights_full-1.pdf> Erişim Tarihi 17 December 2020.

38 Cleary Gottlieb, 'The Launch of the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration' (Alert Memorandum, 29 January 2020) <<https://www.clearygottlieb.com/-/media/files/alert-memos-2020/the-launch-of-the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration.pdf>> Erişim Tarihi 17 December 2020.

III. İş Dünyası ve İnsan Hakları Tahkimine İlişkin Lahey Kuralları

A. Hazırlık Süreci

İş Dünyası ve İnsan Hakları Tahkim Çalışma Grubu (Çalışma Grubu) uluslararası tahkimin insan hakları ihlalleri bakımından mahkeme yargılamasına nazaran etkin, hızlı, erişilebilir ve adil bir çözüm yolu sunabileceği inancıyla çalışmalarına başlamıştır³⁹. Daha sonra, Çalışma Grubu tarafından “Taslak Takım”⁴⁰ oluşturulmuş ve bu takım iş dünyası ve sivil toplum temsilcilerine de danışarak Lahey Kurallarının taslak metnini hazırlamıştır⁴¹. Takımın çalışması ve proje ile bağlantılı etkinlikler Lahey şehri tarafından bütçelenmiş ve Hollanda Dış İşleri Bakanlığı tarafından desteklenmiştir⁴². Ocak 2018’de çalışmalarına başlayan takım, uluslararası tahkimin mevcut durumunun insan haklarına ilişkin meselelere uygulanmak konusunda özellikle hakemlerin insan hakları alanında uzman olmaması ve tahkim yargılamasında şeffaflığın olmaması nedeniyle yeterli ve uygun olmadığına işaret etmiştir⁴³. Lahey Kurallarına ilişkin taslak⁴⁴ kamuoyu ile paylaşılmış ve böylece ilgililere taslak kurallar hakkında 4 Eylül 2019 tarihine dek yorum yapma imkânı tanınmıştır⁴⁵. Sonuç olarak Lahey Kurallarının nihai metni 12 Aralık 2019 tarihinde Lahey’deki Sürekli Tahkim Divanı’nın ev sahipliğinde tanıtılmıştır⁴⁶.

- 39 La Haye kurallarını hazırlayan Çalışma Grubunun amaçları ve kuralların amacı hakkında bkz. <<https://www.cilc.nl/project/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/>> Erişim Tarihi 17 December 2020. Yiannibas (n 32) 222; Martin Doe, Steven Ratner, and Katerina Yiannibas, ‘Arbitrating Business and Human Rights Disputes: Public Consultation on the Draft Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration’ (Kluwer Arbitration Blog, 27 June 2019) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/06/27/arbitrating-business-and-human-rights-disputes-public-consultation-on-the-draft-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/>> Erişim Tarihi 17 December 2020; Lisa Sachs, Lise Johnson, Kaitlin Cordes, Jesse Coleman, Brooke Guven, ‘The Business and Human Rights Arbitration Rule Project: Falling short of its access to justice objectives’ CCSI Briefing Note (2019) 10-11; Catherine Dunmore, ‘International Arbitration of Business and Human Rights Disputes: Part I’ (Asser Institute: Doing Business Right Blog, 16 November 2017) <<https://www.asser.nl/DoingBusinessRight/Blog/post/international-arbitration-of-business-and-human-rights-disputes-part-1-introducing-the-proposal/>> Erişim tarihi 17 December 2020.
- 40 Taslak Takım, sivil toplum kuruluşları, üniversiteler, mahkemeler, tahkim enstitüleri gibi çeşitli kurumlarda çalışan kişilerden ve avukatlardan oluşan 14 kişilik uzman bir ekipin bir araya gelmesi sonucu oluşmuştur. Ekibin her bir üyesi, çok uluslu şirketlerin sebep olduğu insan hakları ihlalleri konusuna özgü tahkim kurallarını değerlendirebilecek kişilerden seçilmiştir. Taslak takım üyeleri insan hakları, tahkim, mahkeme yargılaması, tedarik zincirlerinin işletilmesi ve buna benzer konularda özel uzmanlık alanlarına sahip kişilerdir. Bruno Simma başkanlığındaki Taslak takımının diğer üyeleri şunlardır: Anne Van Aaken, Diane Desierto, Marin Doe Rodriguez, Jan Eijssbouts, Abiola Makinwa, Ursula Kriebaum, Pablo Lumerman, Sergio Puig, Steven Ratner, Katerina Yiannibas, Giorgia Sangiuolo, Martijn Scheltema ve Richard Meeran. Bkz. Ylli Dautaj, ‘Roll Out the Red Carpet: The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration are Finally Here!’ (Kluwer Arbitration Blog, 26 December 2019) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/12/26/roll-out-the-red-carpet-the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration-are-finally-here/>> Erişim Tarihi 17 December 2020.
- 41 Bruno Simma, Diane Desierto, Martin Doe Rodriguez, Jan Eijssbouts, Ursula Kriebaum, Pablo Lumerman, Abiola Makinwa, Richard Meeran, Sergio Puig, Steven Ratner, Martijn Scheltema, Suzanne Spears, Anne van Aaken and Katerina Yiannibas, ‘International Arbitration of Business and Human Rights Disputes: Elements for Consideration in Draft Arbitral Rules, Model Clauses, and Other Aspects of the Arbitral Process’, Central for International Legal Cooperation (2020) 4; Doe (n 39).
- 42 Doe (n 39); Brandão (n 35).
- 43 Yiannibas (n 32) 222; Shavana (n 15) 1.
- 44 Taslak metnin UNCITRAL Tahkim Kuralları ile karşılaştırılmasını içeren çalışma için bkz. Keon-Hyung Ahn and Hee-Cheol Moon, ‘An Introductory Study on the Draft Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration’ (2019) Journal of Arbitration Studies 3-22.
- 45 <<https://www.cilc.nl/worldwide-public-consultation-on-the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/>> Erişim Tarihi 17 December 2020.
- 46 Shavana (n 15) 1; Fabio Santacroce and Caterina Benini, ‘PCA Hosts Launch of Hague Rules for Business and Human Rights Disputes’ (Law Business Research, 20 January 2020), <<https://www.arblit.com/wp-content/uploads/2020/01/PCA-hosts-launch-of-Hague-Rules-for-business-and-human-rights-disputes.pdf>> Erişim Tarihi 17 December 2020.

Lahey Kuralları aynı zamanda Birleşmiş Milletler İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri (*Ruggie* Prensipleri)'nin üç sütünü bakımından da karşılığını bulmaktadır. Zira devletler tahkim yolunu adalete erişim ve insan haklarını korumak için teşvik ederek, kolaylaştırarak ve hatta talep ederek *Ruggie* Prensipleri uyarınca üstlendikleri görevi yerine getireceklerdir. Diğer taraftan şirketler de tahkim yolunu tercih ederek ikinci sütun uyarınca sorumluluklarını yerine getireceklerdir. Lahey Kuralları ile amaçlanan çok uluslu şirketlerin sebep olduğu insan hakları ihlallerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü kolaylaştırmak ve teşvik etmektir⁴⁷. Bu uyuşmazlık çözüm yöntemi, sadece insan hakkı mağdurları ile çok uluslu şirketler arasındaki uyuşmazlıklara değil aynı zamanda çok uluslu şirketlerin kendi tedarik zinciri içerisindeki iş ortakları arasındaki uyuşmazlıklara da uygulanacaktır. Dolayısıyla, iş dünyası ve insan hakları tahkimi, çok uluslu şirketlerin kendi operasyonlarından kaynaklanan insan hakları ihlallerinden zarar gören mağdurlar yanında çok uluslu şirketler için de başvurulacak bir mekanizma öngörmektedir⁴⁸.

B. Lahey Kurallarının İncelenmesi

Lahey Kuralları temel olarak 2013 tarihli UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*- Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu) Tahkim Kurallarını esas almış olup 1. maddenin (4). fıkrasında da belirtildiği üzere iş dünyası ve insan hakları uyuşmazlıklarının özellikleri dikkate alınarak gerekli değişiklikler yapılmıştır⁴⁹. Lahey Kuralları, çok uluslu şirketlerin faaliyetlerinin insan hakları üzerindeki etkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü için bir set kurallar içermektedir. Kurallar 57 maddeden ve toplam 6 bölümden (I. Başlangıç Hükümleri, II. Hakem Heyetinin Oluşturulması, III. Tahkim Yargılaması, IV. Şeffaflık, V. Hakem Kararı, VI. Diğer Hükümler) meydana gelmektedir. Her madde taslak çalışmasının arka planını ve UNCITRAL Tahkim Kurallarından bir sapma yapıldıysa bu sapmayı açıklayan bir gerekçe içermektedir. Lahey Kurallarını yorumlamak ve uygulamak açısından son derece yararlı olan gerekçe kısmı Kuralların bir parçası değildir⁵⁰. Bunun yanı sıra, Lahey Kuralları hakemlerin uyması gereken birtakim etik kuralları içeren davranış kurallarına (*Code of Conduct*) yer vermektedir. Son olarak, Kurallar uyuşmazlık öncesi ve sonrası için model tahkim klozları içeren bir ek içermektedir.

47 Maria Laura Izzo, 'A Further Step Towards Business and Human Rights Arbitration – The Hague Rules' (Kluwer Arbitration Blog, 13 September 2019) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/09/13/a-further-step-towards-business-and-human-rights-arbitration-the-hague-rules/>> Erişim Tarihi 17 December 2020; Lee M. Caplan and Timothy J. Feighery and Jason Rotstei, 'New Arbitration Rules for the Resolution of Business and Human Rights Disputes Unveiled' (Arent Fox, 7 February 2020) <<https://www.arentfox.com/perspectives/international-arbitration-dispute-resolution-blog/new-arbitration-rules-the-resolution>> Erişim Tarihi 17 December 2020.

48 Cronstedt (n 2) 2; Suleyman Wellings-Longmore, 'Business and Human Rights Arbitration: Widening the net of remedies' (Linklaters, 11 September 2019) <<https://www.linklaters.com/en/insights/blogs/arbitrationlinks/2019/september/business-and-human-rights-arbitration-widening-the-net-of-remedies>> Erişim Tarihi 17 December 2020.

49 Doe (n 39); Caplan and Feighery and Rotstei, (n 47).

50 Lahey Kuralları, Giriş Kısmı (*Introductory note*), 3.

Tahkim, iş dünyası ve insan hakları uyuşmazlıkları bakımından yararlı bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul edilmekle beraber, bu uyuşmazlıklar bakımından tahkime başvurmak ve Lahey Kurallarını uygulamak birtakım zorlukları da beraberinde getirmektedir. Bu bölümde Lahey Kurallarının UNCITRAL Tahkim Kurallarından farklılık arz eden maddeleri incelenirken bu zorlukların belli başlıları ele alınacak ve bazı çözüm önerilerine yer verilecektir.

1. Uygulama Alanı

Lahey Kurallarının önsözü, *Ruggie* Prensiplerine ve özellikle de Prensiplerin III. sütuna atıfta bulunmak suretiyle çok uluslu şirketlerin faaliyetleri sonucu insan hakları olumsuz etkilenen mağdurlara uyuşmazlıklarını çözmek konusunda bir imkân tanıdığını belirtmektedir. Lahey Kurallarının önsözünde açıkça belirtildiği üzere⁵¹, insan hakları ihlal edilenler milli mahkemelere başvurmak yerine uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözebilirler. Tahkim, devlet yargılamasının yerine geçmek üzere tasarlanmış bir uyuşmazlık çözüm yolu değildir; taraflara uyuşmazlıklarını çözmek için alternatif bir imkân sunmaktadır. Davacıların tahkime başvurmak için iç hukuk yollarını tüketmeleri yönünde bir şart öngörülmemiştir.

Taraflar sözleşmesel olsun olmasın belirli bir hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklarının Lahey Kurallarına göre çözüme bağlanacağını kararlaştırmış bulunuyorlarsa, söz konusu uyuşmazlıklar, işbu Kurallara göre çözümlenir (m.1/f.1). Lahey Kurallarının uygulama alanı davacı ve davalının kimliğinden veya uyuşmazlığın konusundan bağımsızdır. Diğer bir ifadeyle, Kurallar tarafların tahkim yoluyla çözümünü konusunda anlaştıkları herhangi bir uyuşmazlık için uygulanabilir. Uyuşmazlığın iş dünyası ve insan hakları uyuşmazlığı olarak vasıflandırılması şart koşulmamıştır⁵². Ayrıca taraflar tahkime bireyleri, sendikaları ve işçi birliklerini, devletleri, devlet kuruluşlarını dahil edebilirler⁵³. Bu kadar çeşitli tarafları ve kuruluşları sürece dahil etme imkânı sunulması Kuralların olumlu bir yönü olarak değerlendirilebilir. Bunun yanı sıra, Lahey Kuralları “iş dünyası”, insan hakları”, “iş dünyası ve insan hakları” kavramlarını tanımlamamaktadır. Amaç tıpkı *Ruggie* Prensiplerinde olduğu gibi bu kavramların olabildiğince geniş yorumlanmasını temin etmektir⁵⁴.

2. Tahkime Rıza

Lahey Kurallarının uygulanmasının önündeki en büyük engel, hiç kuşkusuz tarafların tahkime rızasının aranmasıdır. İş dünyası ve insan hakları tahkimine başvurmanın ön şartı sözleşmelerde bir tahkim klozunun yer alması veya uyuşmazlık çıktıktan

51 Lahey Kuralları, Önsöz (*Preamble*), paragraf 3.

52 Gottlieb (n 38) 2.

53 Lahey Kuralları, Giriş Kısmı, 3.

54 Lahey Kuralları, Giriş Kısmı, 3.

sonra bir tahkim anlaşmasının akdedilmesidir⁵⁵. Uyuşmazlığın mevcut bir sözleşme ilişkisinden çıkmaması durumunda da zararın meydana gelmesinden sonra tarafların uyuşmazlığı tahkime götürme iradelerinin mevcut olması gerekir⁵⁶. Lahey Kuralları tıpkı UNCITRAL Tahkim Kuralları gibi tarafların tahkime rızasını hangi şekilde vereceği veya söz konusu rızanın içeriği konusunda bir düzenleme öngörmemiştir⁵⁷.

İş dünyası ve insan hakları tahkiminde davalar üç şekilde karşımıza çıkabilir⁵⁸: (i) çok uluslu şirketin faaliyetlerinden dolayı insan hakkı doğrudan ihlal edilen kişiler şirkete karşı dava açabilirler. Bu durumda, mağdurların şirket ile ihlal gerçekleşikten sonra bir tahkim anlaşması imzalamaları gerekir. (ii) çok uluslu şirket, kendi iş ilişkisi içerisinde bulunduğu bir iş ortağının örneğin bir tedarikçisinin insan hakkını ihlal etmesi nedeniyle ona karşı dava açabilir. Bu durumda, çok uluslu şirketin kendi iş ortağı ile yaptığı anlaşmanın bu tarz talepleri tahkime taşımaya izin verecek şekilde kaleme alınıp alınmadığını incelemek gerekir. (iii) İnsan hakkı ihlal edilen kişi “üçüncü kişi” sıfatı ile çok uluslu şirketin insan haklarına ilişkin açık ve yazılı bir taahhüdüne dayanarak şirkete karşı dava açıp talepte bulunabilir. Bu durumda şirketin insan hakları ihlalinde sorumluluğunun öngörüldüğü hüküm tam üçüncü kişi yararına sözleşme hükmü olarak değerlendirilir⁵⁹.

Lahey Kuralları her iki tarafın rızasını aradığından, şirketleri iş dünyası ve insan hakları uyuşmazlıkları bakımından tahkim konusunda anlaşmaya zorlamak mümkün değildir. Bu nedenle, çok uluslu şirketlerin insan haklarını ihlal etmeleri durumunda tahkime baştan rıza gösterdiklerini belirten taahhütlerde bulunmaları önem taşımaktadır⁶⁰. Çalışma Grubu da ticari sözleşmelerin tahkim süreçlerini başlatabilecek klostara yer verip sürece katılabilecek mağdur gruplarını “üçüncü kişi” olarak belirtmelerini önermektedir⁶¹. İnsan hakları ihlali durumunda şirketin mağdurlara yönelik tazminat yükümlülüğünün bulunmasına yönelik üçüncü kişi yararına bir sözleşme hükmüne yer vermesi insan hakları koruması için etkin bir yöntem olacaktır. Ancak şirketlerin sözleşmelerine bir kloz koymak yoluyla ileride kendisine karşı başlatılacak bir tahkime baştan rıza göstermelerini beklemek pek gerçekçi bir yaklaşım değildir⁶². Zira çok uluslu şirketler insan hakları normlarına saygı gösterme sorumluluklarını ortaya koyan belgelerde dahi uluslararası hukuk

55 Antony Crockett and Marco de Sousa, ‘Arbitrating Business and Human Rights Disputes: Viable for Victims?’ (2019) Asian Dispute Review 104, 106.

56 Lahey Kurallarının 1. maddesine ilişkin Gerekçe (*Commentary*), 19.

57 Lahey Kuralları, Giriş Kısmı, 3.

58 Yiannibas (n 32) 223.

59 Simma (n 41) 8-9; Türk hukukundaki değerlendirmeler için bkz. Can and Yücel (n 4) 123.

60 Çok uluslu şirketlerin önceden tahkime rıza göstermeleri yatırım tahkiminde ev sahibi devletin iki tarafı yatırım anlaşmaları yoluyla yatırım tahkimine rıza göstermesine benzetilmektedir. Bkz. Nicolás Zambrana Tévar, ‘Can Arbitration Become the Preferred Grievance Mechanism in Conflicts Related to Business and Human Rights?’ (2015) 18-20.

61 Brandão (n 35).

62 Corina Voda, ‘Resolving Business and Human Rights Disputes-Is Arbitration the Way to Go?’ 3/2020 Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZEuS) 465, 477.

metinlerine referans yapmaktan kaçınmakta, içeriği belirsiz ve muğlak taahhütlere yer vermektedirler⁶³.

Lahey Kurallarının uygulanması açısından göz önüne alınması gereken diğer bir husus da *forum non conveniens* doktrindir⁶⁴. Çok uluslu şirketlerin tüzel kişilikler oluşturarak *forum non conveniens* doktrinine dayanarak sorumluluktan kurtulmaları ihtimal dahilindedir⁶⁵. Şirketlerin *forum non conveniens* doktrinine dayanma imkanları mevcut iken baştan gönüllü olarak tahkime rıza gösterdiklerini belirten taahhütlerde bulunmalarını sağlamak çok zor olacaktır⁶⁶. Dolayısıyla *forum non conveniens* doktrini Lahey Kurallarının uygulanması açısından bir engel teşkil edebilir.

3. Taraf Menfaatlerinin Dengelenmesi

İş dünyası ve insan hakları uyumsuzlukları genellikle eşit müzakere gücüne, ticari ve hukuki bilgiye ve finansal kaynaklara sahip olmayan taraflar arasında meydana gelmektedir⁶⁷. Örneğin, hakkının ihlal edildiğini ileri süren bir gerçek kişi ile şirket arasındaki veya çok uluslu bir şirket ile küçük ölçekli bir tedarikçi arasındaki tahkim ilişkisindeki eşitsizlik açıktır. Bu hususu dikkate alan Kurallar tahkim heyetine bir yükümlülük getirmektedir. Lahey Kuralları m.5/f.2 uyarınca, tahkim heyeti tarafsızlık ve bağımsızlıktan ödün vermeden adalete erişim hususunda dil, temsil edilme, yargılamanın işleyişi konusunda farkındalık, masraflar gibi çeşitli nedenlerden dolayı dezavantajlı durumda bulunan tarafın iddialarını yargılamada adil ve etkin bir şekilde ortaya koymasını temin etmelidir. Ancak bu yükümlülüğün nasıl uygulanacağı konusunda madde bir açıklık getirmemektedir. Ayrıca, m.22/f.2’deki dava dilekçesi, olabildiği ölçüde, davacının iddialarını destekleyen belge ve diğer delilleri içermelidir hükmündeki “olabildiği ölçüde” ifadesi tahkim heyetine taraflar arasındaki muhtemel dengesizliği dikkate almasını ve yeterli delil ile desteklenmemiş olsa dahi uygun bulunduğu talepleri davacının ileri sürmesine izin vermektedir⁶⁸. Tahkim heyetlerinin uygulamada bu takdir yetkilerini nasıl kullanacaklarını zaman gösterecektir. Ancak tahkim heyetlerinin tarafların arasında önemli ölçüde bir dengesizliğin mevcut olması durumunda inisiyatif ele alan bir yaklaşım içerisinde olacaklarını öngörmek mümkündür⁶⁹.

63 Kıvılcım (n 30) 93.

64 Shavana (n 15) 2.

65 Alston (n 1) 35; Yıldırım (n 1) 19.

66 Shavana (n 15) 2.

67 Ahn and Moon (n 44) 14; Crockett and Sousa (n 55) 107; Alex Baykitch and Edmund Bao, ‘International arbitration of business-related human rights disputes’ (King & Wood Mallesons 21 December 2018) <<https://www.kwm.com/en/au/knowledge/insights/international-arbitration-of-business-related-human-rights-disputes-20181221>> Erişim Tarihi 17 December 2020.

68 Ahn and Moon (n 44) 14.

69 Gottlieb (n 38) 4.

4. Atama Makamı ve Hakemlerin Atanması

Taraflar, aralarındaki uyuşmazlıkların çözümü için kurumsal tahkim yoluna veya *ad-hoc* tahkime başvurabilirler. *Ad Hoc* tahkim usulüne göre, tahkim yargılaması tarafların kendi inisiyatifleri ile belirlemiş oldukları kurallar çerçevesince yapılmaktadır. Taraflar yargılamanın usulüne uygulanacak kurallar için genellikle UNCITRAL Tahkim Kurallarının uygulanmasını kararlaştırabilmektedirler. *Ad hoc* tahkimin esnek yapısı ve kurumsal tahkim masraflarından tasarruf etmek gibi avantajları olmasına rağmen taraflardan birinin hakemini atamayı yargılamaya katılmayı reddetmesi durumunda yargılamanın ciddi anlamda uzaması söz konusu olabilmektedir.

Lahey Kuralları, UNCITRAL Tahkim Kuralları esas alınarak hazırlandığından kurumsal tahkimden ziyade *ad hoc* tahkimi öngörmektedir⁷⁰. Bununla bağlantılı olarak, Lahey Kuralları m.6/f.1 uyarınca, taraflar başka bir atama makamı belirlemedikleri takdirde Lahey'deki Sürekli Tahkim Divanı'nın Genel Sekreterliği atama makamı olarak belirlenmiştir. Maddenin gerekçe kısmında Sürekli Tahkim Divanı'nın hükümetler arası yapısından ve iş dünyası ve insan hakları uyuşmazlıkları konusundaki tecrübesinden dolayı atama makamı olarak belirlendiği açıklanmıştır. Tahkim yargılamasının meşruiyeti büyük ölçüde uygun hakemlerin seçimine bağlı olduğu için, başka bir atama makamı belirlenecek ise tarafların bu konuyu dikkatle gözden geçirmeleri gerektiği de belirtilmiştir⁷¹.

Tarafların anlaşması durumunda iş dünyası ve insan hakları tahkiminin Lahey Kuralları nezdinde bir tahkim enstitüsü tarafından yürütülmesi mümkündür⁷². Taraflar tahkim sürecini idari açıdan yönetecek ve destek verecek bir tahkim enstitüsü belirlememişlerse, bu rolü Sürekli Tahkim Divanı'nın yerine getireceği m.1/f.5'te açıkça belirtilmiştir.

Lahey Kurallarının 8-11 maddeleri, hakemlerin atanmasına ve tahkim heyetinin oluşturulmasına ilişkin usulü düzenlemektedir. Söz konusu maddelerden 11. madde UNCITRAL Tahkim Kurallarından farklı yeni bir maddedir. Bu madde, iş dünyası ve insan hakları uyuşmazlıklarının özelliklerini dikkate almak suretiyle hakemlerin atanması konusunu düzenlemektedir. Bu madde aynı zamanda bu Kurallar nezdindeki iş dünyası ve insan hakları tahkiminin meşruiyeti için tarafsızlığın, bağımsızlığın ve uzmanlığın önemine işaret etmektedir. Lahey Kuralları, taraf-hakemlerin seçiminde taraf iradesini kabul etmekle beraber başhakemin seçimi konusunda bir farklılık öngörmüştür. Bununla bağlantılı olarak m.11 (c) bendi uyarınca hakem heyeti başkanının veya tek hakem olması durumunda hakemin somut uyuşmazlığa göre iş dünyası ve insan hakları hukuku ve uygulaması, ilgili milli ve milletlerarası düzenlemeler hakkında uzman ve ilgili sektör ve endüstri hakkında bilgi sahibi olması aranmaktadır. Her ne kadar iş

⁷⁰ Ahn and Moon (n 44) 15.

⁷¹ Lahey Kurallarının 6. maddesine ilişkin Gerekçe, 25-26.

⁷² Ahn and Moon (n 44) 15.

dünyası ve insan hakları alanındaki uzmanlık tek hakem veya hakem heyeti başkanı için araniyor olsa da, iş dünyası ve insan haklarına ilişkin uyuşmazlıkların etkin bir şekilde çözülmesi adına olumlu bir adım olarak değerlendirilmelidir⁷³.

Belli başlı tahkim enstitüleri hakemler için halihazırda davranış kuralları öngörmekte⁷⁴ veya hazırlamaktadırlar⁷⁵. Lahey Kurallarının hakemler için davranış kuralları (*Code of Conduct*) içeriyor olması dikkat çekicidir. Lahey Kuralları m.11/f.2 uyarınca hakemler genel etik kurallara ve hakemlerin bildirim yükümlülüğü altında oldukları hususlara yer veren davranış kurallarına uymalıdır.

5. Uygulanacak Hukuk

Lahey Kurallarının 46. maddesi hakem heyetinin uyuşmazlığın esasına hangi hukuku uygulayacağını düzenlemektedir. Buna göre, hakem heyeti öncelikle uyuşmazlığın esasına taraflarca seçilmiş olan hukuku, hukuk kurallarını veya standartları uygular. Taraflarca bir seçim yapılmamışsa, hakem heyeti m.46/f.2 uyarınca uygun olduğuna karar verdiği hukuku veya hukuk kurallarını uygular.

Lahey Kurallarının 46. maddesinin (1). ve (2). fıkralarında “hukuk kuralları” ifadesine yer verilmesi değişik hukuk sistemlerinin veya *anasyonel* hukuk kurallarının taraflarca seçilmesine ve hakem heyetleri tarafından uygulanmasına imkan tanımaktadır. Özellikle hukuk seçimine ilişkin ilk fıkrada “hukuk, hukuk kuralları veya standartlar” ifadesine yer verilmesi tarafların seçimi açısından geniş bir esneklik sağlamaktadır⁷⁶. Örneğin, şirketler, insan haklarına saygının sağlanması için kendi faaliyetlerini yürütürken takip edecekleri bir dizi kural oluşturmuş ve bu davranış kurallarıyla bağlı olma taahhütlerini tek taraflı olarak beyan etmiş olabilirler. Hakem heyetinin m.46/f.2 uyarınca uygulanmasına karar verdiği hukuk veya hukuk kuralları uluslararası insan hakları yükümlülükleri içerebilir. Hakem heyeti, uyuşmazlığa taraf sıfatıyla veya taraflardan birinin vatandaşı olması nedeniyle dahil olmuş bir devletin uluslararası insan hakları yükümlülüklerini dikkate alabilir⁷⁷.

Uygulanacak hukuktan bağımsız olarak, m.46/f.4 uyarınca hakem heyeti her durumda varsa sözleşme hükümlerine göre karar vermek ve ticari teamül haline gelmiş iş dünyası ve insan hakları standardı veya belgesi dahil olmak üzere hukuki işleme uygulanabilecek herhangi bir ticari teamülü göz önünde bulundurmamak zorundadır. Böylelikle hakem heyeti iş dünyası ve insan hakları uyuşmazlıklarını çözerken Birleşmiş Milletler İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri, OECD Çok Uluslu İşletmeler

73 Lahey Kurallarının 11. maddesine ilişkin Gerekçe, 31.

74 Singapur Uluslararası Tahkim Merkezinin Hakemler için Davranış Kuralları için bkz. <<https://www.siac.org.sg/our-rules/code-of-ethics-for-an-arbitrator>> Erişim Tarihi 17 December 2020.

75 Yatırım Tahkimine ilişkin ICSID Kurallarının değiştirilmesine ilişkin öneri için bkz. 4 nolu çalışma belgesi (Working paper No.4), 294 <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/WP_4_Vol_1_En.pdf> Erişim Tarihi 17 December 2020.

76 Voda (n 62) 479.

77 Simma (n 41) 9.

Genel İlkeleri, ILO Çok Uluslu Şirketler ve Sosyal Politikaya ilişkin Üçlü Bildirge gibi çeşitli kaynaklardan yararlanabilir⁷⁸. Özellikle belirli bir sektörde insan haklarının korunması konusunda ilgililer bir taahhütte bulunmuşlarsa bir ticari teamül gelişmiş olabilir ve sözleşme uygulanacak insan hakları standardına ilişkin açık bir hüküm içermese de taraflar söz konusu standartlar ile bağlı olurlar. Hakem heyetlerinin Lahey Kurallarını uygularken iş dünyası tarafından yapılan taahhütleri nasıl yorumlayacağını zaman gösterecektir. Ancak bu noktada İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin bir kararı hakem heyetlerine yol göstermesi açısından önem arz etmektedir.

Lungowe v Vedanta kararına⁷⁹ konu olan olayda, Zambiya'nın Chingola şehrinde ikamet etmekte olan 1826 kişi İngiltere merkezli Vedanta şirketine ve bu şirketin Zambiya merkezli yavru şirketi "Konkola Copper Mines Plc" (KCM) yönelik olarak İngiliz mahkemelerinde dava açmıştır. Davacılar, KCM'in işlettiği kömür madeninin atıklarının su kaynaklarını kirlettiği ve yerel halkın sağlığına ve mallarına zarar verdiği ve ayrıca gelir kaybı yaşamalarına sebebiyet verdiği gerekçeleriyle haksız fiil türlerinden biri olan ihmale (*negligence*) dayalı olarak uğradıkları zararın tazminini talep etmişlerdir. Mahkemenin yetkili olmadığına dair yapılan itiraza ilişkin olarak hâkim davanın görülmesi için İngiliz mahkemelerinin uygun mahkeme olması şartını incelemiş ve *forum non conveniens* doktrininin uygulanmayacağına hükmetmiştir⁸⁰. Bu kararda, davalının sorumluluğu Zambiya hukuku uyarınca tespit edilecek olsa da, ana şirketin (Vedanta) Zambiya'daki madeni işleten yavru şirket ile olan ilişkisinin sorumluluk açısından önem taşıdığı belirtilmiştir. İngiliz Yüksek Mahkemesi, Vedanta'nın davacılara karşı bir özen yükümlülüğü olabileceği sonucuna varırken Vedanta'nın yönetim kurulunun yavru şirket üzerindeki gözetimini açıkça vurgulayan ve yayınlanmış olan sürdürülebilirlik raporuna dayanmıştır⁸¹. Bu karardan sonra, ana şirketlerin kamuoyu ile paylaştıkları raporlardaki insan hakları ve çevre politikalarına ilişkin taahhütlerinin hukuki bir sorumluluk doğurabileceği esası kabul edilmiştir.

6. Çok Taraflı Talepler ve Üçüncü Kişilerin Rolü

Lahey Kuralları iş dünyası ve insan hakları alanında daha sık karşılaşılabileceği varsayımıyla çok taraflı talepleri düzenleyen ayrı bir madde içermektedir⁸². Lahey Kuralları m.19/f.1 uyarınca, önemli ölçüde ortak hukuka ve olaylara dayanan talepler beraber dinlenilir. Hakem heyeti, somut taleplerin sayısı, yapısı ve konusu itibariyle

78 Ahn and Moon (n 44) 19; Simma (n 41) 9-10.

79 Vedanta Resources Plc and another v Lungowe and others [2019] UKSC 20. Bkz. <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0185-judgment.pdf>> Erişim Tarihi 17 December 2020.

80 Temyiz mahkemesi olaydaki tüm unsurlar değerlendirildiğinde Zambiya mahkemelerinin olayla daha sıkı ilişki içinde olduğunu tespit etmiştir. Ne var ki, *forum non conveniens* testinin ikinci aşaması bakımından adalete erişiminin sağlanması meselesi üzerinden yapılan incelemede davacıların Zambiya mahkemelerinde adli yardım alamayacak olması ve davayı takip edebilecek yetkinlikte vekillerden hukuki destek alamayacak olmaları karşısında İngiliz mahkemelerinin yetkili olacağına hükmetmiştir Bkz. Vedanta Resources Plc and another v Lungowe and others [2019] UKSC 20, paragraf 90.

81 Vedanta Resources Plc and another v Lungowe and others [2019] UKSC 20, paragraf 58.

82 Lahey Kurallarının 19. maddesine ilişkin Gerekçe, 39.

özel usuller kabul edebilir. Lahey Kuralları m.19/f.2 uyarınca, hakem heyeti bir veya birden fazla üçüncü kişinin, ilgili tahkim anlaşmasını içeren hukuki işlemin tarafı olması veya söz konusu işlemin üçüncü kişi yararına yapılmış olması şartıyla tahkime taraf olarak katılmasına izin verebilir. Hakem heyeti tek bir hakem kararı veya tahkime dahil olan herkes bakımından ayrı ayrı hakem kararları verme yetkisine sahiptir. Bu madde, uygulama alanının sınırlarının belirsiz olması ve üçüncü kişi yararına sözleşme kavramının açık olmaması nedeniyle doktrinde eleştirilmiştir⁸³.

Çok taraflı talepler Kuralların 19. maddesinde belirli bir ölçüde düzenlenmiş olmasına rağmen çok sayıda talep ve farklı menfaatlere sahip taraflar içeren bir davada usule ilişkin meselelerin çözümü zorluk teşkil edecektir. Bu nedenle, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere tarafların tahkim sözleşmelerinde bu hususları ayrıca düzenlemeleri önem taşımaktadır⁸⁴.

İş dünyası ve insan hakları tahkimi, üçüncü kişi finansmanı ve davaya üçüncü kişinin müdahil olarak katılımı bakımından da önem taşımaktadır. Bir finansörün dava sonucundan pay almak amacıyla dava giderlerini karşılaması, davanın kaybedilmesi halinde ise bir şey talep edememesi olarak tanımlanan üçüncü kişi finansmanı, ödeme güçlüğüne düşen tarafın, tahkim mahkemesinde hak arama özgürlüğünün sağlanması için kabul edilmektedir⁸⁵. Lahey Kuralları, UNCITRAL Tahkim Kurallarında düzenlenmemiş olan üçüncü kişi finansmanına ilişkin bir madde içermektedir (m.55). Aşağıda açıklanacağı üzere⁸⁶, Lahey Kuralları uyarınca üçüncü kişi finansmanının açıklanması zorunluluğu bulunmaktadır.

Lahey Kuralları m.28 uyarınca hakem heyeti taraflara danıştıktan sonra yargılamada yazılı bir dilekçe sunması için üçüncü bir kişiyi davet edebilir veya üçüncü kişiye izin verebilir. Son zamanlarda bazı ilgili sivil toplum örgütlerinin yatırım tahkimlerine müdahil olma istekleri göz önüne alındığında iş dünyası ve insan hakları tahkiminde de böyle bir eğilimin kısa bir sürede görülebileceği söylenebilir⁸⁷. Lahey Kuralları m.28, devletlerin müdahil olmasına ilişkin (4). fıkrası⁸⁸ hariç olmak üzere büyük ölçüde Antlaşmaya Dayalı Yatırımcı-Devlet Tahkimlerinde Şeffaflık ile İlgili UNCITRAL Kuralları (UNCITRAL Şeffaflık Kuralları)⁸⁹ m.4'ten alınmıştır.

83 Gottlieb (n 38) 4.

84 Lahey Kurallarının 19. maddesine ilişkin Gerekeç, 40.

85 Üçüncü kişi finansmanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Baver Mazlum Mert, *Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019).

86 Bkz. III/B/9.

87 Gottlieb (n 38) 4.

88 Lahey Kuralları m.28/f.4 uyarınca tahkim heyeti kural olarak tarafların vatandaşı olduğu, uyumsuzluğun konusu olan fiilin gerçekleştiği veya tahkime uygulanacak milletlerarası sözleşmenin tarafı olan devletlerin yazılı dilekçe sunmasına izin verir.

89 <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/rules-on-transparency-e.pdf> Ayrıca, UNCITRAL Şeffaflık Kuralları esas alınarak 2014 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda kabul edilen ve 18 Ekim 2017 tarihinde yürürlüğe giren kısaca Mauritius Konvansiyonu olarak adlandırılan Antlaşmaya Dayalı Yatırımcı-Devlet Tahkimlerinde Şeffaflık Konvansiyonu için bkz. <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/transparency-convention-e.pdf>> Erişim Tarihi 17 December 2020. Konvansiyon hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yiannibas (n 32) 219-220.

7. İhtiyati Tedbir Kararları ve Acil Durum Hakemi

Lahey Kuralları m.30, hakem heyetinin ihtiyati tedbir kararı verme yetkisini düzenlemektedir. Buna göre, tarafların talebi üzerine hakem heyeti uyuşmazlığın konusuna giren insan hakkına önemli ölçüde zarar vermeyi önleyecek nitelikte gerekli gördüğü ihtiyati tedbir kararını alabilir. İlgili düzenleme UNCITRAL Tahkim Kurallarının ihtiyati tedbire ilişkin 26. maddesi ile karşılaştırıldığında daha sade bir düzenleme içermektedir. Ancak bu durum ihtiyati tedbir kararları bakımından genel olarak kabul edilen ilkelerden bir sapma amacı taşımamaktadır. Bu basit düzenlemenin amacı, hakem heyetine daha geniş bir takdir yetkisi tanımak suretiyle iş dünyası ve insan hakları tahkimi bağlamında bu alanın gelişmesine katkı sağlamaktır⁹⁰. Örneğin, 30. maddenin (2). fıkrası uyarınca tahkim heyeti ihtiyati tedbir kararlarını hakem kararı şeklinde verme yetkisine sahiptir. Ayrıca aynı maddenin (3). fıkrası uyarınca hakem heyeti ihtiyati tedbir kararının etkinliğini sağlamak adına karara uyulmaması durumunda ceza verme yetkisine sahiptir. Hakem heyeti, herhangi bir tarafın istemi üzerine veya istisnai durumlarda, taraflara bir ön bildirimde bulunarak, bizzat kendi girişimiyle, vermiş olduğu geçici önlemleri değiştirebilir, askıya alabilir veya sonlandırabilir (m.30/f.4). Hakem heyeti, geçici önlem isteyen taraftan, önlemlerle ilişkili olarak uygun bir güvence vermesini isteyebilir (m.30/f.5). Hakem heyeti, geçici önlemin istenmesine ya da verilmesine temel teşkil eden durumlarda herhangi esaslı bir maddi değişikliğin olması halinde herhangi bir taraftan bunun hemen açıklanmasını isteyebilir (m.30/f.6).

UNCITRAL Tahkim Kuralları acil durum hakemine ilişkin bir düzenleme içermemektedir⁹¹. Buna karşılık iş dünyası ve insan hakları tahkiminde çok acil alınması gereken bir tedbire ihtiyaç olması durumu nedeniyle Lahey Kuralları konuya ilişkin ayrıntılı bir maddeye yer vermiştir. Lahey Kurallarının 31. maddesi uyarınca, tahkim heyetinin oluşmasından önce taraflardan biri atama makamına acil bir ihtiyati tedbir kararı verilmesi talebi ile başvuruda bulunur. Atama makamı mümkün olan en kısa zamanda genellikle başvurudan itibaren 2 gün içerisinde acil durum hakemini atar (m.31/f.5).

8. Tahkim Yargılamasında Şeffaflık

Tahkim yargılamasının gizli olması ticari tarafların mahkeme yargılaması yerine tahkimi tercih etmelerinin en önemli sebeplerinden biridir. Milletlerarası ticari tahkimin tercih edilme nedenlerinin başında gelen gizlilik unsurunun insan hakkı ihlali söz konusu olduğunda daha farklı değerlendirilmesi gerekmektedir⁹². İş dünyası ve insan hakları tahkiminde geniş ölçüde şeffaflık ve duruşmaların kamuya açık olması çok önemlidir. Zira tahkim yargılamasının gizli yürütülmesi halinde çok uluslu bir şirket karşı talebini ileri süren kişi kendisi ile aynı durumda olup zararını halihazırda tazmin

90 Lahey Kurallarının 30. maddesine ilişkin Gerekçe, 39.

91 Lahey Kurallarının 31. maddesine ilişkin Gerekçe, 59.

92 Izzo (n 47).

edebilmiş kişilerden haberdar olamayacaktır. Öte yandan, tahkimin gizliliği nedeniyle kamuoyu da uyuşmazlığın içeriğine dair bilgiye sahip olamayacağından medyanın çok uluslu şirketler üzerinde herhangi bir baskısı söz konusu olamayacaktır. Bu nedenle, gizlilik konusunun ticari tahkimlerden farklı bir şekilde ele alınması gerektiği Taslak takım tarafından dile getirilmiş ve UNCITRAL Şeffaflık Kurallarına benzer bir usulün izlenmesi gerektiği belirtilmiştir⁹³.

Lahey Kurallarının IV. Bölümü (m.38-43) şeffaflık konusunu düzenlemektedir. Öncelikle tahkim yargılamasının başlamasına ilişkin bilginin kamuoyu ile paylaşılması öngörülmüştür (m.39). Tahkim yargılamasındaki dava dilekçesi, cevap dilekçesi, tanık ifadeleri ve bilirkişi raporlarının kamuoyu ile paylaşılması esastır (m.40). Kural olarak tahkim duruşmalarının kamuya açık olması öngörülmüştür (m.41). Bu kapsamda Lahey Kurallarının duruşmalara ilişkin 33. maddesinin (3). fıkrası önem taşımaktadır. Bu düzenleme, hakem heyetine bilirkişiler dahil olmak üzere tanıkların korunması açısından özel önlemler alma yetkisi vermektedir. Bir tanığın haklı korkusuna dayanan hukuki menfaati bu tarz önlemlerin alınmasını gerekli kılıyorsa, tahkim heyeti tanığın kimliğini ve mutad meskenini gizli tutmak, kapalı oturum yapmak gibi çeşitli önlemler alabilir⁹⁴. Lahey Kuralları haklı korkunun subjektif olmasını esas almış ve benzer durumdaki başka bir tanığın ifadesini vermiş olması durumunda dahi haklı korkunun varlığının kabul edilebileceğini belirtmiştir⁹⁵. Hakemlerin tanıkları dinlerken alabileceği koruma tedbirleri yargılamanın şeffaflığı bakımından birtakım tereddütlere neden olacağı gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir⁹⁶.

Lahey Kuralları m. 38 uyarınca tahkim heyeti bu bölümdeki hükümleri somut olayın şartlarına göre değiştirmek konusunda takdir yetkisine sahiptir. Hakem heyeti yargılamanın şeffaflık düzeyini her somut olaya göre değerlendirirken m.38/f.2’de belirtilmiş olan noktaları dikkate almalıdır. Buna göre, hakem heyeti kararını verirken şeffaflıktaki kamu menfaatini, uyuşmazlığın etkin ve adil çözümü konusundaki taraf menfaatini, tahkim yargılamasına dahil olan veya yargılamadan etkilenecek kişilerin gizlilik ve güvenlik kaygılarını ve son olarak tarafların ve ilgili paydaşların menfaatini göz önünde bulundurmalıdır. Buna ek olarak, uyuşmazlığın tüm tarafları tacir olup uyuşmazlıkta bir kamu menfaati söz konusu değilse, hakem heyeti m.38-43 arasında düzenlenmiş olan şeffaflık rejimini uygulamaktan imtina etme yetkisine sahiptir. Hakem heyeti bu yetkisini re’sen veya tarafların talebi üzerine kullanabilir (m.38/f.5).

Lahey Kuralları m.43, tahkim konusundaki bilgilerin UNCITRAL Şeffaflık Kuralları m.8’de öngörüldüğü üzere Sürekli Tahkim Divanı ile paylaşılmasını düzenlemektedir⁹⁷.

93 Voda (n 62) 480; Ahn and Moon (n 44) 11; Crockett and Sousa (n 55) 108.

94 Lahey Kurallarının 33. maddesine ilişkin Gerekçe, 64.

95 Lahey Kurallarının 33. maddesine ilişkin Gerekçe, 65.

96 Dautaj (n 40).

97 Lahey Kurallarının 43. maddesine ilişkin Gerekçe, 76.

Buna göre Sürekli Tahkim Divanı Lahey Kuralları nezdinde yürütülen tahkimlerde ilgili sektör, hakemlerin adı, davanın sonucu ve masraflar gibi bilgileri düzenli olarak yayınlayacaktır.

Sonuç olarak, Lahey Kuralları insan hakları ihlallerinde kural olarak kamunun bilgi sahibi olmasında menfaati söz konusu olduğu için şeffaflık öngörmektedir. Ancak tahkim heyetine somut olayın şartlarına göre şeffaflığa ilişkin hükümlerden sapıp gizlilik kararı alma yetkisi vermektedir. Tahkim heyetlerinin bu yetkiyi şeffaflık mı yoksa gizlilik yönünde mi kullanacaklarını zaman gösterecektir⁹⁸. Tahkim heyetlerinin hangi durumlarda gizlilik kararı verebileceğine ilişkin bir örnek olması açısından UNCITRAL Tahkim Kuralları uyarınca yürütülmüş bir tahkimden bahsetmek yerinde olacaktır⁹⁹. Her ne kadar sulh ile sonuçlanmış olsa da söz konusu tahkim iş dünyası ve insan hakları tahkiminde kamu menfaati ile şirketin saygınlığının korunması arasındaki dengenin nasıl değerlendirildiğini göstermesi açısından önem taşımaktadır.

2016 yılında IndustriALL ve UNI Global sendikaları, Yangın ve Bina Güvenliği Antlaşmasına (Bangladeş Antlaşması) dayanarak sektörde lider iki markaya karşı UNCITRAL Tahkim Kuralları nezdinde iki tane tahkim davası açmışlardır¹⁰⁰. Davacılar, iki giyim markasının Antlaşma uyarınca öngörülen süre içerisinde tedarikçilerini işletmelerinde iyileştirme yapmaları konusunda zorlamadığını ve iyileştirme sonucu doğacak masrafları kimin üstleneceğini tedarikçileriyle müzakere etmediklerini iddia etmişlerdir. Tahkim yeri Lahey olarak belirlenmiş ve tahkim yargılamasının Sürekli Tahkim Divanı'nın gözetimi altında Antlaşma ve UNCITRAL Tahkim Kuralları çerçevesinde yürütülmesi kararlaştırılmıştır¹⁰¹. Tahkim heyeti, Antlaşmada öngörülen standartların sağlanması konusunda kamunun menfaati olduğunu kabul etmiş ve bu nedenle tahkimin varlığı ve süreci konusundaki bazı temel bilgilerin kamuoyu ile paylaşılması gerektiğini belirtmiştir. Ancak diğer taraftan bazı ticari işlerin korunmasını ve markaların saygınlığına zarar verilmemesine yönelik menfaatleri gözetken hakem heyeti davalıların kimliğinin gizli tutulmasına ve hakem kararının ancak taraflarca anlaşılması durumunda yayınlanacağına karar vermiştir¹⁰². Taraflar 15 Aralık 2017 tarihinde bir sulh anlaşması imzalamışlardır¹⁰³. Buna göre, davalı giyim

98 Voda (n 62) 481.

99 15 Mayıs 2013 tarihinde Bangladeş'teki Rana Plazanın çökmesinden hemen sonra Bangladeş'te faaliyet gösteren 200'den fazla giyim markası, perakendeci, ithalatçı, sendikalar ve sivil toplum örgütleri tarafından bir Antlaşma (Bangladeş Antlaşması) imzalanmıştır. Antlaşma'nın (5). maddesi uyarınca uyuşmazlık çözüm yolu olarak tahkim tercih edilmiştir. Antlaşma için bkz. <https://bangladesh.wpengine.com/wp-content/uploads/2018/08/2013-Accord.pdf>. Antlaşma Bangladeş'te iş güvenliği alanındaki şartların iyileştirilmesine neden olmuştur. Bkz. <https://bangladeshaccord.org/updates>. Ayrıntılı bilgi için bkz. Catherine Dunmore, 'International Arbitration of Business and Human Rights Disputes: Part 3 - Case study of the Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh's binding arbitration process' (Asser Institute: Doing Business Right Blog, 18 December 2017) <<https://www.asser.nl/DoingBusinessRight/Blog/post/international-arbitration-of-business-and-human-rights-disputes-part-3-case-study-of-the-accord-on-fire-and-building-safety-in-bangladesh-s-binding-arbitration-process>> Erişim Tarihi 17 December 2020.

100 Voda (n 62) 482-483; Yiannibas (n 32) 226.

101 Davalar için bkz. PCA Case No. 2016-36 ve PCA Case No. 2016-37.

102 Dunmore (n 99).

103 Yiannibas (n 32) 226; Dunmore (n 99).

markaları Bangladeş'te bulunan tedarikçilerinin fabrikalarında Antlaşmada öngörülen iyileştirmeleri yapacaklarına ve bu amaca yönelik olarak bir fon yaratılacağına ilişkin bir taahhütte bulunmuşlardır. Tahkim sulh ile sonuçlanmış olsa da iki evrensel giyim markasının kimliği, ihlalin içeriği ve tahkim süreci hakkındaki bilgiler gizli kalmıştır. Tahkim sürecine sadece taraflar katılmış olup söz konusu uyuşmazlığın çözümünde menfaati olan tüm diğer paydaşlar devre dışı bırakılmıştır.

9. Tahkim Masrafları

Tahkim çok masraflı bir süreçtir¹⁰⁴. Kurumsal tahkim tercih edilmişse kuruma ödenecek idari masrafların yanı sıra, hakemlerin ücreti ve avukatlık masrafları tahkime başvuran tarafların dikkate alacağı masraf kalemleridir. Özellikle milletlerarası tahkime konu uyuşmazlıklar, yabancılık unsuru içerdiği için bu giderler oldukça yüksek olabilmektedir.

Tahkim yargılamasının masrafları, insan hakları ihlal edilen ve masrafları karşılama gücü olmayan mağdurların insan hakları ihlallerini tahkime taşınmaları bakımından bir engel teşkil edecektir¹⁰⁵. Bu konuyu Çalışma Grubu da gündeme getirmiş ve zayıf olan tarafın tahkim masrafları bakımından desteklenmesi gerektiği belirtilmiştir. Lahey Kurallarının 53. maddesi tahkim masraflarını kaybeden tarafın karşılayacağına ilişkin genel kuralı tekrar ettikten sonra hakem heyetine takdir yetkisi veren ek bir düzenleme içermektedir. 53. maddenin (2). cümlesi uyarınca, tahkim heyeti somut olayın şartlarına göre tarafların tahkim sürecindeki davranışlarını, maddi durumlarını ve kamu menfaatini dikkate almak suretiyle masrafların uygun bir şekilde paylaşılmasına karar verebilir¹⁰⁶. Hakem heyetinin kararını verirken dikkate alabileceği bu unsurlar, örnek kabilinden sayılmış olup “kaybeden öder” ilkesinden ayrılma kararını verecek olan hakem heyetine yardımcı olmak amacıyla maddenin sonuna eklenmiştir¹⁰⁷. Tahkim sürecine başlamak için idari masraflar, avukatlık ücretleri gibi birtakım masraflara önceden katlanılması gerektiği ve yargılamanın aylar hatta bazen yıllar sürebileceği göz önüne alındığında Lahey Kurallarındaki ek düzenlemenin yetersiz olduğu açıktır¹⁰⁸. Zira Lahey Kuralları zayıf olan tarafa yalnızca yargılamanın sonunda bir imkân tanımaktadır.

İş dünyası ve insan hakları tahkiminde genellikle davacıların zayıf durumda bulunduğu gerçeği karşısında tahkim masraflarının üçüncü bir kişi tarafından karşılanması

104 Londra Queen Mary Üniversitesi ile White&Case hukuk bürosunun 2018 tarihinde yaptığı araştırmada tahkim ücretlerinin yüksek olması tahkimin en büyük dezavantajı olarak tespit edilmiştir. Bkz. QMUL/White & Case 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, available at <https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2018-19.pdf>, 7.

105 Cronstedt (n 2) 3.

106 Lahey Kurallarının 53. maddesine ilişkin Gerekeç, 88.

107 ibid

108 Crockett and Sousa (n 55) 109; Sachs (n 39) 7.

konusu önem taşımaktadır. Üçüncü kişi finansmanına ilişkin bir maddeye yer veren Lahey Kuralları, üçüncü kişi finansmanından yararlanan tarafa bu hususu açıklama yükümlülüğü getirmektedir (m.55/f.1). Buna göre, taraflardan biri veya m.28 uyarınca dilekçe sunmasına izin verilen bir üçüncü kişi yargılamaya katılmak için herhangi bir fon veya finansal yardım almışsa, söz konusu fon veya finansal yardımın kaynağını ve iletişim bilgilerini tüm taraflara ve hakem heyetine açıklamak zorundadır. Bununla birlikte finansal yardım alan kişinin talebi üzerine hakem heyeti bu bilginin diğer taraf ile veya kamuoyu ile paylaşılmamasına karar verebilir (m.55/f.2). Tahkim heyeti masraflar konusunda karar verirken söz konusu finansmanı da dikkate alabilir (m.55/f.3).

Lahey Kuralları masrafları ve yargılamanın süresini sınırlamak adına da birtakım kurallar öngörmüştür. Örneğin, yalnızca parasal tazminat talep edildiği durumlarda seri tahkim usulü söz konusu olabilir. Lahey Kuralları m.57, UNCTRAL Tahkim Kurallarından farklı olarak hızlandırılmış seri tahkime ilişkin düzenleme getiren yeni bir maddedir¹⁰⁹. Buna göre, yalnızca parasal bir tazminat talebi içeren uyuşmazlıklarda atama makamı somut olayın şartlarına göre tek bir hakem atamışsa seri tahkime ilişkin usul uygulanır. Yargılama yazılı dilekçeler üzerinden ve duruşma yapılmadan hakem atanmasından itibaren 6 ay içinde sonuçlandırılır. Buna ek olarak, Lahey Kuralları UNCITRAL Tahkim Kurallarından farklı olarak, iddia ve savunmaların açıkça mesnetsiz olması durumunda erken reddedilmesine imkân tanımaktadır (m.26). Ancak doktrinde Lahey Kurallarının 26. maddesinin yeterli derece açık olmadığı ve bu nedenle söz konusu düzenlemenin insan hakları mağdurları bakımından adaletsiz sonuçlara yol açabileceği belirtilmiştir¹¹⁰.

Sonuç olarak, finansal destek sağlandığı takdirde Lahey Kuralları insan hakları ihlal edilenler bakımından tercih edilen bir uyuşmazlık çözüm yolu olacaktır. Silahların eşitsizliği gerçeği karşısında, mağdurların uluslararası insan hakları örgütlerinden, *pro bono* iş yapan hukuk bürolarından, çeşitli sivil toplum örgütlerinden ve hatta avukatlardan destek alması söz konusu olabilir¹¹¹. Sürekli Tahkim Divanı'nın geliştirmekte olan ülkelerin yatırım tahkimindeki masraflarını desteklemek amacıyla kurduğu finansal yardım fonuna benzer bir fonun yaratılması iş dünyası ve insan hakları tahkimi bakımından da önerilmiştir¹¹². Ayrıca, sözleşmelerdeki tahkim klotlarına kaybeden tedarikçinin veya ana müteahhidin kazanan mağdurların tahkim ve avukatlık masraflarını karşılayacağına ilişkin bir hüküm eklenebilir¹¹³. Bu koşullar altında insan hakkı ihlal edilen mağdurların finansal açıdan daha zayıf olmalarına rağmen tahkim yolu ile adalete erişimi sağlanabilir.

109 Lahey Kurallarının 57. maddesine ilişkin Gerekeç, 93.

110 Shavana (n 15) 2.

111 Voda (n 62) 479; Yiannibas (n 32) 228.

112 Crockett and de Sousa (n 55) 108; Yiannibas (n 32) 228; Brandão (n 35); Voda (n 62) 479; Baykitch and Bao (n 67).

113 Cronstedt (n 2) 3.

10. Hakem Kararının Şekli ve Etkisi

Ticari tahkimden farklı olarak, iş dünyasına ilişkin insan hakları ihlallerinin etkili bir şekilde telafi edilmesi ve özellikle tekrarlanmamasını temin etmek için tazminatın karşılanması dışında çeşitli telafi imkanlarına ihtiyaç bulunmaktadır¹¹⁴. İş dünyası ve insan hakları uyuşmazlıklarının bu özelliğine istinaden Lahey Kuralları tahkim heyetinin uygulanacak hukukun izin verdiği sınırlar dahilinde finans dışı yaptırımlara hükmetmesine izin vermektedir. Lahey Kuralları m.45/f.2’de örnek olarak sayılmış telafi¹¹⁵ çeşitleri esasen *Ruggie* Prensiplerinin III. sütununda “Temel Prensipler” başlığı altındaki 25. maddenin gerekçesi ile örtüşmektedir. *Ruggie* Prensiplerinde de belirtildiği gibi¹¹⁶, hakem heyeti özür, zararı karşılama, rehabilitasyon, finansal veya finans dışı tazminat ve cezai yaptırımlar (para cezası gibi cezai veya idari yaptırımlar) ve ayrıca zararın, ihtiyati tedbir veya tekrarlanmama garantisi gibi yollarla önlenmesi gibi hukuki telafilere hükmedebilir. Bu liste hakem heyetinin uygulanacak hukukta yer alan finansal veya finans dışı tazminat ve cezai yaptırımlar dahil olmak üzere somut olayın şartlarına en uygun çarelere hükmedebileceğini teyit etmektedir. Bunun yanı sıra, hakem kararı uyuşmazlığın çözümüne yardımcı olabilecek ve gelecekteki uyuşmazlıkların veya zararın tekrarlanmasını önleyecek tavsiyeler içerebilir. Bu tavsiye kararları tarafların anlaşması durumunda bağlayıcıdır (m.45/f.2). Taraflar hakem kararının gereğini gecikmeksizin yerine getirmelidir. Hakem heyeti taraflardan birinin talebi üzerine kararın yerine getirilmemesi durumunda finansal veya finans dışı tazminat ve cezai yaptırımlara karar verebilir (m.45/f.3).

Hakem heyeti, kararının dayandığı gerekçeleri belirtmek dışında hakem kararının insan haklarına uyumlu olduğuna da kanaat getirmelidir. Lahey Kuralları m.45/f.4’te yer alan insan haklarına uyumluluğu temin etme yükümlülüğü m.18/f.1 ve *Ruggie* Prensipleri m. 31 (f) hükümlerinden kaynaklanmaktadır¹¹⁷. Tahkim heyetinin haklara uyumluluk terimini yorumlarken takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak kararının gerekçesinde haklara uyumluluk konusuna ilişkin açıklamalara yer vermesi uygun olacaktır. Zira bu husus uygulanacak hukuka ilişkin bir mesele olmayıp kararın gerekçesinin bir parçasıdır ve hakem kararının şekline ve usulüne ilişkin bir konudur¹¹⁸. Haklara uyumluluk şartı, hakem heyetinin uygun telafiye karar verme yetkisi kapsamında bu şartı dikkate almasını da temin etmektedir. Ancak bu durum hakem heyetine m.46 uyarınca uygulanacak olan hukuku dikkate almama veya

114 Ahn and Moon (n 44) 17.

115 *Ruggie* Prensiplerinde “telafi” terimi çözüm sunma süreci veya eylemini ifade edecek şekilde kullanılmıştır. Temelde, telafi kavramı bir işletmenin faaliyetlerinden zarar görmüş olan kişi veya grupları, yeniden bu etki meydana gelmeden önceki duruma getirmeyi amaçlar. Bunun mümkün olmadığı durumlarda, neden olunan zararı karşılama amaçlı tazminatları veya diğer telafi yollarını içerebilir. Bkz. ‘Doing Business with Respect for Human Rights: A Guidance Tool for Companies, Companies’ (Shift, Oxfam, Global Network Netherlands, 2016) 104.

116 İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkelerinin 25. maddesine ilişkin Gerekçe.

117 Lahey Kurallarının 45. maddesine ilişkin Gerekçe, 78.

118 ibid

değiştirme yetkisi vermemektedir¹¹⁹. Ayrıca haklara uyumluluk şartı tahkim heyetinin icra edilebilir bir karar verme görevini yerine getirmesinde yardımcı olacaktır. Zira tahkim heyetinin iş dünyası ve insan hakları tahkiminde tahkim yerinde ve muhtemel olarak icra edilecek yerlerde kamu düzenine uygunluk bağlamında ortaya çıkabilecek potansiyel konuları da dikkate almasını temin edecektir¹²⁰.

Bu hususlar dışında, hakem kararının şekli ve etkisine ilişkin 45. madde UNCITRAL Tahkim Kurallarının 34. maddesi ile örtüşmektedir¹²¹.

11. Tahkim Kararlarının İcrası

Lahey Kuralları hakem kararlarının icrası konusunda özel bir düzenleme içermemektedir. Lahey Kurallarına göre verilen hakem kararlarının icrası konusu milli hukuklara, milletlerarası sözleşmelere ve özellikle 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi hakkındaki New York Sözleşmesi (New York Sözleşmesi)'ne bırakılmıştır¹²².

İş dünyası ve insan hakları tahkimi sonucu verilen hakem kararlarının New York Sözleşmesi uyarınca icrası birtakım zorluklar içermektedir. Zira çok uluslu şirketlerin neden olduğu birçok insan hakkı ihlalinde devletlerin de bir rolü bulunmaktadır. Devletler, bizzat fail olarak ya da ihlalin önlenmesi için gerekli tedbirleri almayarak dolaylı olarak çok uluslu şirketlerin ihlaline iştirak ederler. Bu durum verilen hakem kararının icrası noktasında önemli sonuçlara neden olur¹²³. Devletler, verilen hakem kararını kamu düzenine aykırılık nedeniyle tenfiz etmeyebilirler. İnsan haklarına ilişkin konuların tenfiz yeri ülkesinde tahkime elverişli olmadığı iddia edilebilir¹²⁴. Bunun yanı sıra, tahkim yargılaması şirketlerin tek taraflı taahhütlerine dayanarak yürütülmüşse, tenfiz ülkesindeki devlet mahkemeleri geçerli bir tahkim sözleşmesinin olmadığına dahi karar verebilirler. Bunun önüne geçmek için, Milletlerarası Ticaret Odası nezdinde yürütülen tahkimlerde Divanın kararı biçim ve içerik açısından incelemesinde olduğu gibi iş dünyası ve insan hakları tahkimi sonucu verilen hakem kararlarının uygulanabilirliğini arttırmak için bir gözden geçirme sistemi kurulması önerilmiştir¹²⁵.

Türkiye dahil olmak üzere New York Sözleşmesine taraf olan bazı devletler, Sözleşmenin sadece ticari uyuşmazlıklara ilişkin hakem kararlarının icrası konusunda uygulanacağına ilişkin ticari bir çekince koymuşlardır. Dolayısıyla insan haklarına

119 Lahey Kurallarının 45. maddesine ilişkin Gerekçe, 79.

120 ibid

121 ibid

122 Gottlieb (n 38) 5.

123 Voda (n 62) 481; Crockett and Sousa (n 55) 110; Izzo (n 47).

124 Yiannibas (n 32) 229.

125 Ahn and Moon (n 44) 18.

ilişkin hakem kararlarının söz konusu çekince nedeniyle tenfiz edilemeyebileceği de doktrinde ifade edilmiştir¹²⁶.

Yukarıda belirtildiği üzere¹²⁷, hakem heyeti Lahey Kuralları çerçevesinde özür, zararı karşılama, rehabilitasyon, finansal veya finans dışı tazminat ve cezai yaptırımlar gibi çeşitli hukuki telafilere hükmedebilir. New York Sözleşmesi finansal tazminata hükmeden hakem kararlarının tenfizi bakımından bir kolaylık sağlasa da, uzun vadede izlenmesi ve denetlenmesi yönünde hükümler içeren hakem kararları bakımından bir çözüm getirmemektedir. Örneğin, hakem heyeti işçilerin çalışma şartlarını iyileştirmek yönünde çeşitli kararlar verebilir. Bu tarz kararların yerine getirilip getirilmediğini ve özellikle de şirketlerin insan hakkı ihlallerini tekrarlamamalarını ve insan hakları yükümlülüklerine uygun davranmalarını denetlemek bir sorun yaratabilir. Bu nedenle, Sürekli Tahkim Divanı'nın doğal kaynaklara ve/veya çevreye ilişkin uyuşmazlıklarda seçmeli uzlaşma kurallarında¹²⁸ öngörüldüğü üzere verilen hakem kararlarının icrasına ve denetlenmesine ilişkin ek mekanizmaların Lahey Kuralları bünyesinde geliştirilmesi ihtiyacı bulunduğu ifade edilmiştir¹²⁹.

12. Arabuluculuk ve Diğer Sulh İmkanları

Lahey Kuralları m.56, taraflara müzakere, arabuluculuk, uzlaşma gibi başka uyuşmazlık çözüm yollarına başvurma imkânı sunmaktadır. Buna göre, taraflar yazılı olarak anlaşmak kaydıyla tahkim yargılamasının herhangi bir aşamasında başka bir uyuşmazlık çözüm yolunu tercih edebilirler. Bu durumda, hakem heyeti tahkim yargılamasını tarafların ortak talebi üzerine durduracaktır. UNCITRAL Tahkim Kuralları ile karşılaştırıldığında 56. madde yeni bir madde olup iş dünyası ve insan hakları uyuşmazlıklarında iş birliği ve diyaloga dayalı çözüm yollarının önemini ortaya koymaktadır¹³⁰.

C. İş Dünyası ve İnsan Hakları Uyuşmazlıklarında Tahkimin Yararları

Bir uyuşmazlık çözüm yolu olan tahkimin tercih edilme nedenleri arasında gizlilik, esneklik, hız, uzmanlık, nötr bir yer seçme özgürlüğü gibi unsurlar sayılmaktadır¹³¹. Tahkimin sunduğu genel avantajlarının yanı sıra tahkimin özellikle iş dünyası ve insan

126 Yiannibas (n 32) 217; Crockett and Sousa (n 55) 110; Izzo (n 47).

127 Bkz. III/B/10.

128 <<https://docs.pca-cpa.org/2016/01/Optional-Rules-for-Conciliation-of-Disputes-Relating-to-the-Environment-and-Natural-Resources.pdf>> Erişim Tarihi 17 December 2020. Bu kuralların 12. maddesi uyarınca taraflar uzlaşma anlaşmasının yerine getirilmesini denetlemek üzere uzlaştırıcıdan bir icra komitesinin kurulmasını talep edebilirler.

129 Catherine Dunmore, 'International Arbitration of Business and Human Rights Disputes: Part 2- Advantages and challenges' (Asser Institute: Doing Business Right Blog, 13 December 2017) <<https://www.asser.nl/DoingBusinessRight/Blog/post/international-arbitration-of-business-and-human-rights-disputes-part-2-advantages-and-challenges-by-catherine-dunmore>> Erişim tarihi 17 December 2020.

130 Lahey Kurallarının 56. maddesine ilişkin Gerekçe, 92.

131 Yiannibas (n 32) 216.

hakları uyuşmazlıkları bakımından tercih edilmesinin çeşitli nedenleri bulunmaktadır. Milli mahkemeler iş dünyası ve insan hakları uyuşmazlıkları dahil olmak üzere tüm uyuşmazlıklar için başvurulacak bir mercii olmakla beraber, iş dünyası ve insan hakları uyuşmazlıkları için mili mahkemelere başvuran taraflar birçok zorlukla karşılaşabileceklerdir.

İnsan hakkı ihlalinin meydana geldiği devletin mahkemeleri çetrefilli bir iş dünyası ve insan hakları uyuşmazlığını yargılarken gerekli bilgi ve uzmanlığa sahip olmayabilirler. Tahkimde taraflar aralarındaki uyuşmazlık hakkında karar verecek olan kişileri seçme hakkına sahip olduklarından özellikle insan hakları hukuku alanında uzmanlığı olan hakemleri seçebileceklerdir¹³².

Tahkim uyuşmazlığın nötr bir ülkede görülmesi imkanını sağlamaktadır. Bu durum insan hakkı ihlal edilen davacılara yargılamanın tarafsız ve adil olacağı güvenini verecektir¹³³. Zira mağdurlar genellikle davanın çok uluslu şirketlerin merkezlerinin bulunduğu veya ihlalin gerçekleştiği devlet mahkemelerinde görülmesini tercih etmemektedir. Şirketin merkezinin bulunduğu devlet mahkemelerine başvurmak davacılar bakımından mahkemenin tarafsızlığı noktasında bir şüphe yaratabilir. Bunun yanı sıra, birçok gelişmekte olan ülkede devlet mahkemeleri, silahlı çatışma, yüksek rüşvet oranı, siyasi baskı veya yetkisizlik gibi nedenlerle iş dünyası ve insan hakları uyuşmazlıklarını çözmek için uygun merciler olmayabilirler¹³⁴. Lahey Kurallarını hayata geçiren Çalışma Grubunda da tahkimin, özellikle milli mahkemelerin işlevini yerine getiremediği devletlerde meydana gelen insan hakları ihlallerinde daha isabetli bir seçenek olabileceği dile getirilmiştir¹³⁵.

Mahkemelerin davayı görme hususunda yetkili ve tarafsız olduğu durumlarda dahi tarafların yargılamanın uzaması, dil problemleri, alınan kararı icra etme zorlukları ile karşılaşma olasılıkları yüksektir¹³⁶. Ayrıca, insan hakkı ihlaline neden olan ana şirketin merkezinin bulunduğu yerde dava açılrsa dahi, ana şirket uygulanacak hukuk uyarınca yurtdışındaki bağlı teşebbüslerin fiili nedeniyle sorumlu tutulmayabilir¹³⁷. Buna karşılık, yargılamanın hızı ve hakem kararının bağlayıcılığı mahkememe yargılamasına kıyasen tahkimin sunduğu avantajlardır. Mahkemelerin iş yükü dikkate alındığında uyuşmazlıkların çözümü yıllar sürebilecekken iş dünyası ve insan hakları uyuşmazlıkları tahkim yoluyla çok daha kısa bir zamanda çözümlenebilir. Mahkeme yargılamasının aksine hakem kararının temyizinin söz konusu olmaması tahkim yargılamasının hızlı olmasını sağlamaktadır. Verilen hakem kararlarının milletlerarası

132 Voda (n 62) 472; Cronstedt and Thompson (n 7) 68; Yiannibas (n 32) 224.

133 Yiannibas (n 32) 223-224.

134 Cronstedt and Thompson (n 7) 66.

135 Shavana (n 15) 1.

136 Cronstedt (n 2) 2.

137 Simma (n 41) 4.

anlaşmalar uyarınca icra kabiliyetinin bulunması dışında hakem kararlarında hükmedilen hukuki çarelerin çeşitliliği tahkimin diğer bir avantajıdır¹³⁸. Ayrıca tahkimin mahkeme yargılamasına kıyasla her zaman çok daha masraflı olduğu sık sık dile getirilse de, iş dünyası ve insan hakları uyuşmazlıklarının devlet mahkemelerinde görülmesi sürecinin de bazen çok masraflı olabileceği göz ardı edilmemelidir¹³⁹.

Milli mahkemelere başvuru sürecindeki zorluklar, hiç şüphesiz çok uluslu şirketlerin faaliyetlerinden olumsuz bir şekilde etkilenen gerçek ve tüzel kişilerin tatmini noktasında bir eksikliklerdir. Bu zorlukların giderilmesi için milli mahkemelerin işleyişinin iyileştirilmesi ve çok uluslu şirketlerin faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak kuralların geliştirilmesi gerekir. Bu tarz çözümler tartışılmaya devam ederken ve tatmin edici çözümler hayata geçene dek tahkim çok uluslu şirketlerin neden olduğu insan hakları ihlallerini yargılamayı temin edebilir¹⁴⁰. Ayrıca Lahey Kurallarının taraf menfaatlerinin dengelenmesi, atama makamı, başhakemin nitelikleri, uygulanacak hukuk, çok taraflı taleplere ilişkin usuller, üçüncü kişinin sürece dahil edilmesi, şeffaflık konularındaki ayrıntılı ve yenilikçi hükümleri iş dünyası ve insan hakları uyuşmazlıkları bakımından önem arz etmektedir¹⁴¹.

IV. Değerlendirme ve Sonuç

Çok uluslu şirketler, faaliyette buldukları devletlerin ekonomilerine katkıda bulunmakla beraber bu şirketlerin çeşitli coğrafyalardaki faaliyetleri ciddi insan hakları ihlallerine neden olabilmektedir. Günümüzde çok uluslu şirketlerin insan hakları sorumlulukları olduğu kabul edilmekle beraber bu fiillerinden dolayı nasıl sorumlu tutulacakları bir sorun teşkil etmektedir. İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkelerinin III. sütununda da etkin telafiye erişim imkânı sağlanması gerekliliği açıkça belirtilmiştir. Lahey Kuralları, iş dünyası ve insan hakları uyuşmazlıkları için bir çözüm yolu mekanizması sunması itibarıyla bu boşluğu doldurmaya yönelik bir çaba olarak değerlendirilmelidir. İnsan hakları bağlamındaki kamu menfaati dikkate alındığında aslında bu tür uyuşmazlıkların milli mahkemeler aracılığıyla çözülmesi daha uygun olacaktır. Ancak mahkemelerin aşırı iş yükü, rüşvet ve siyasi baskı gibi nedenler bu tarz uyuşmazlıkların mahkemeler aracılığıyla çözülmesini zorlaştırmaktadır. Bu zorlukları aşmak diğer bir ifadeyle, iş dünyası ve insan hakları uyuşmazlıklarının milli mahkemelerde tatmin edici şekilde çözüme kavuşturulması için maddi hukuk ve usul hukuku dahil olmak üzere milli hukuklarda esaslı reformların yapılması gerekmektedir. Bu reform süreci başarılı olursa, iş dünyası ve insan hakları uyuşmazlıklarının milli mahkemelerce adil ve tarafsız bir şekilde çözüme kavuşturulması mümkün olabilir. O zamana dek de iş dünyası ve insan hakları ihlallerini ve suiistimallerini yargılayacak bir mekanizmaya ihtiyaç bulunmaktadır. Tüm

138 Tévar (n 60) 22-24.

139 Simma (n 41) 4.

140 Simma (n 41) 4.

141 Ahn and Moon (n 44) 20; Dunmore (n 129); Wellings-Longmore (n 48).

eleştirilere ve mevcut uygulanma zorluklarına rağmen Lahey Kuralları iş dünyası ve insan hakları uyumsuzlukları bakımından yararlı bir çözüm yoluna hizmet edebilir. Zira çok uluslu şirketler birçok farklı neden ile insan hakları ihlallerini tahkim yoluyla çözmeyi tercih edebilirler. İş dünyası ve insan hakları ihlallerinde şirketlerin saygınlığı, çoğunlukla sivil toplum örgütlerinin yürüttükleri etkinlikler ve kampanyalar aracılığıyla sorgulanır. Bu durumlarda, şirketlerin yöneticileri uzun ve belirsiz bir zamana yayılan mahkeme yargılamaları yerine hızlı ve etkin bir uyumsuzluk çözüm yolu tercih edebilirler. Çok uluslu şirketler açısından insan hakları ihlallerine bulaşmamış olmak veya bulaşmamış görünmek yönünde bir imaj baskısı mevcuttur. Özellikle tüketicilerden, müşterilerden veya paydaşlardan kaynaklanacak kamu baskısı tahkime gitme iradesini teşvik edebilecektir. Nitekim “Bangladeş Antlaşması¹⁴²” sonucu uyumsuzluğun tahkime taşınması bu düşüncüyü teyit etmektedir. Bu antlaşmaya dayanarak tahkime taşınan davalar yalnızca davacıların değil davalı durumundaki şirketlerin de uyumsuzluk çözüm yolu olarak tahkimi tercih ettiklerini göstermektedir.

Sonuç olarak, çok uluslu şirketlerin gücü ve devletlerin çok uluslu şirketlerin davranışlarını ulusal seviyede düzenlemedeki isteksizlikleri veya bunun için gerekli kapasiteye sahip olmayışları nedeniyle Lahey Kurallarının taraflara alternatif bir uyumsuzluk çözüm yolu sunması olumlu bir adım olarak değerlendirilmelidir. Bundan sonraki aşamada şirketlerin insan haklarına ilişkin taahhütleri ve bununla bağlantılı olarak tahkim klotlarını sözleşmelerine dahil etmeleri önem taşımaktadır. Bunun yanı sıra, hukukçular da müvekkillerini, sivil toplum örgütlerini ve diğer paydaşları özellikle milli mahkemelere başvuramadıkları veya başvurmayı tercih etmedikleri takdirde iş dünyası ve insan hakları tahkimi konusunda bilgilendirmelidirler. İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri başta olmak üzere bu alanda kabul edilmiş bağlayıcı olmasa da tüm kurallar ve ilkeler şirketlerin insan hakları normlarını içselleştirerek bu konudaki duyarlılıklarının artmasına mutlaka katkı yapacaktır. Ratner’in dediği gibi¹⁴³, insan haklarına ilişkin tüm meselelerde olduğu gibi uzun vadeli düşünmek ve henüz yeni ve pek de bilinmeyen bu yolun başında olduğumuzu kabul etmek gerekir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

142 Bkz. dipnot 99.

143 Wellings-Longmore (n 48).

Bibliyografya/Bibliography

- Ahn K H and Moon H C, 'An Introductory Study on the Draft Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration' (2019) *Journal of Arbitration Studies* 3-22.
- Alston P, 'The "Not-a-Cat" Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accomodate Non-State Actors?' in Philip Alston (ed.), *Non-State Actors and Human Rights* (Oxford 2005) 3-36. <http://www.ivr.uzh.ch/dam/jcr:fffff-aba-0dd7-ffff-ffffd5220c3b/03%2520-%2520Not%2520a%2520Cat%2520Syndrome.pdf>
- Baykitch A and Bao E, 'International Arbitration of Business-Related Human Rights Disputes' (King & Wood Mallesons, 21 December 2018) <https://www.kwm.com/en/au/knowledge/insights/international-arbitration-of-business-related-human-rights-disputes-20181221>
- Brandão N, 'Is BHR Arbitration the New Black? A Proposal for International Arbitration on Business and Human Rights' (ELSA France Press, 18 February 2018) <https://publications.elsafrance.org/2018/02/18/is-bhr-arbitration-the-new-black-a-proposal-for-international-arbitration-on-business-and-human-rights/>
- Briggs A, *Civil Jurisdiction and Judgments* (6th edn, Informa Law from Routledge 2015)
- Can O and Yücel R, 'Birleşmiş Milletler Küresel İlkeler Sözleşmesi Temelinde Şirketlere Karşı İnsan Haklarının Korunması Hakkında Somut Öneriler' (2019) 35 (2) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 105-130.
- Caplan L M. and Feighery T J, Rotstei J, 'New Arbitration Rules for the Resolution of Business and Human Rights Disputes Unveiled' (Arent Fox, 7 February 2020) <https://www.arentfox.com/perspectives/international-arbitration-dispute-resolution-blog/new-arbitration-rules-the-resolution>
- Crockett A and de Sousa M, 'Arbitrating Business and Human Rights Disputes: Viable for Victims?' (2019) *Asian Dispute Review* 104-111.
- Cronstedt C, Eijsbouts J, Margolis A, Ratner S, Scheltema M, Thompson R, 'International Arbitration of Business and Human Rights: A Step Forward' (Kluwer Arbitration Blog, 16 November 2017). <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/11/16/international-arbitration-business-human-rights-step-forward/>
- Cronstedt C and Thompson R, 'A Proposal for an International Arbitration Tribunal on Business and Human Rights' (2016) Vol. 57 *Harvard International Law Journal* 66-69. https://harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/Cronstedt-and-Thompson_0615.pdf
- Dautaj Y, 'Roll Out the Red Carpet: The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration are Finally Here!' (Kluwer Arbitration Blog, 26 December 2019) <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/12/26/roll-out-the-red-carpet-the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration-are-finally-here/>
- Doe M, Ratner S, Yiannibas K, 'Arbitrating Business and Human Rights Disputes: Public Consultation on the Draft Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration' (Kluwer Arbitration Blog, 27 June 2019). <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/06/27/arbitrating-business-and-human-rights-disputes-public-consultation-on-the-draft-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/>
- Doing Business with Respect for Human Rights: A Guidance Tool for Companies (Shift, Oxfam, Global Compact Network Netherlands, 2016) https://shiftproject.org/wp-content/uploads/2020/01/business_respect_human_rights_full-1.pdf

- Dunmore, C, ‘International Arbitration of Business and Human Rights Disputes: Part I, Introducing the Proposal’ (Asser Institute: Doing Business Right Blog, 16 November 2017). <https://www.asser.nl/DoingBusinessRight/Blog/post/international-arbitration-of-business-and-human-rights-disputes-part-1-introducing-the-proposal>
- Dunmore C, ‘International Arbitration of Business and Human Rights Disputes: Part 2- Advantages and Challenges’ (Asser Institute: Doing Business Right Blog, 13 December 2017). <https://www.asser.nl/DoingBusinessRight/Blog/post/international-arbitration-of-business-and-human-rights-disputes-part-2-advantages-and-challenges-by-catherine-dunmore>
- Dunmore C, ‘International Arbitration of Business and Human Rights Disputes: Part 3- Case study of the Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh’s binding arbitration process’ (Asser Institute: Doing Business Right Blog, 18 December 2017). <https://www.asser.nl/DoingBusinessRight/Blog/post/international-arbitration-of-business-and-human-rights-disputes-part-3-case-study-of-the-accord-on-fire-and-building-safety-in-bangladesh-s-binding-arbitration-process>
- Elliott, T, ‘Risky Business: The Alien Tort Claims Act and The Foreign Corrupt Practices Act Expand the Reach of US Court in a Global Economy’ (2009) Vol:62:1 Rutgers Law Review 211-239.
- Gillies P S, ‘Forum Non Conveniens in the Context of International Commercial Arbitration’, (2008-6) Macquarie Law Working Paper 1-14. <https://ssrn.com/abstract=1103344>
- Gottlieb C, ‘The Launch of the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration’ (Alert Memorandum, 29 January 2020) 1-6. <https://www.clearygottlieb.com/-/media/files/alert-memos-2020/the-launch-of-the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration.pdf>
- Güler Sökmen E, ‘Forum Non Conveniens Doktrini ve Uluslararası Paralel Davalar’ (2019) C.21 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan) 2629-2658.
- Izzo M L, ‘A Further Step Towards Business and Human Rights Arbitration – The Hague Rules’ (Kluwer Arbitration Blog, 13 September 2019) <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/09/13/a-further-step-towards-business-and-human-rights-arbitration-the-hague-rules/>
- Kıvılcım Z, ‘Ulus-Aşırı Şirketler ve İnsan Hakları: Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Örneği’ (2010) 65-3, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 87-122.
- Lahey Tahkim Kuralları: The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration’ (*Center for International Legal Cooperation*, December 2019) https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf
- Mert B M, *Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019). <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/ET001671.pdf>
- Ratner, S, ‘Corporations and Human Rights: a Theory of Legal Responsibility’ (2001) Vol: 111, Yale Law Journal 443-545.
- Ruggie J G, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights* (Amnesty International Global Ethics Series 2013).
- Ruggie J, ‘Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights: Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises’ (2008), A/HRC/8/5, 7 Nisan 2008 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/128/61/PDF/G0812861.pdf?OpenElement>

- Ruggie J, 'Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises: Business and Human rights: Further Steps toward the Operationalization of the "Protect, Respect and Remedy Framework' (2010), A/HRC/14/27, 9 Nisan 2010 https://www2.ohchr.org/english/issues/trans_corporations/docs/a-hrc-14-27.pdf
- Sachs L, Johnson L, Cordes K, Coleman J, Guven B, 'The Business and Human Rights Arbitration Rule Project: Falling short of its access to justice objectives' (2019) CCSI Briefing Note 1-11. <http://ccsi.columbia.edu/files/2019/09/CCSI-BHR-Arb-Long-version-FINAL.pdf>
- Santacroce F and Benini C, 'PCA Hosts Launch of Hague Rules for Business and Human Rights Disputes' (Law Business Research., 20 January 2020). <https://www.arblit.com/wp-content/uploads/2020/01/PCA-hosts-launch-of-Hague-Rules-for-business-and-human-rights-disputes.pdf>
- Shavana H, 'The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration: Noteworthy or Not Worthy for Victims of Human Rights Violations?' (Kluwer Arbitration Blog, 5 May 2020) <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/05/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration-noteworthy-or-not-worthy-for-victims-of-human-rights-violations/?print=print>
- Simma B, Desierto D, Rodriguez M D, Eijsbouts J, Kriebaum U, Lumerman P, Makinwa A, Meeran R, Puig S, Ratner S, Scheltema M, Spears S, Aaken A, Yiannibas K, 'International Arbitration of Business and Human Rights Disputes: Elements for Consideration in Draft Arbitral Rules, Model Clauses, and Other Aspects of the Arbitral Process, Central for International Legal Cooperation' (2020) 1-24. https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/01/Elements-Paper_INTERNATIONAL-ARBITRATION-OF-BUSINESS-AND-HUMAN-RIGHTS-DISPUTE.font12.pdf
- Tévar N Z, 'Can Arbitration Become the Preferred Grievance Mechanism in Conflicts Related to Business and Human Rights?' (2015) 1-32. <https://redtiempodelosderechos.files.wordpress.com/2015/06/wp-3-15.pdf>
- Voda C, 'Resolving Business and Human Rights Disputes-Is Arbitration the Way to Go?' 3/2020 Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZEuS) 465-487.
- Wellings-Longmore S, 'Business and Human Rights Arbitration: Widening the net of remedies' (Linklaters, 11 September 2019) <https://www.linklaters.com/en/insights/blogs/arbitrationlinks/2019/september/business-and-human-rights-arbitration-widening-the-net-of-remedies>
- Yıldırım E, 'Birleşmiş Milletler İş Hayatı ve İnsan Hakları Rehber İlkelerinin Eleştirel bir Değerlendirmesi' (2014) VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu 1-24. <http://www.ka.org.tr/dosyalar/file/Yayinlar/Raporlar/TURKCE/06/BM%20ELE%C5%9ET%C4%B0REL%20B%C4%B0R%20DE%C4%9EERLEND%C4%B0RME.pdf>
- Yiannibas K, 'The adaptability of international arbitration: Reforming the arbitration mechanism to provide effective remedy for business-related human rights abuses' (2018) Vol. 36(3), Netherlands Quarterly of Human Rights 214-231.



Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 02.10.2020
Revizyon Talebi: 20.11.2020
Son Revizyon: 15.12.2020
Kabul: 20.12.2020
Online Yayın: 26.12.2020

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Türk Kanunlar İhtilafı Kurallarına Göre Yabancılık Unsuru Taşıyan Bonoya Bağlı Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk

The Law Applicable to Disputes Arising from a Promissory Note with A Foreign Element According to Turkish Conflict of Laws' Rules

Ebru Şensöz Malkoç*

Öz

Yabancılık unsuru taşıyan bir senede bağlı uyuşmazlıklar hakkındaki davada, Türk hâkimince, öncelikle, bu senedin, kambiyo senedinin ve kıymetli evrakın, çalışmamız özelinde, bononun genel niteliklerini taşıyıp taşımadığı tespit edilmelidir. Bu inceleme, milletlerarası özel hukukta vasıflandırma sorunu olarak adlandırılmakta olup, vasıflandırma, hâkimin hukuku olan Türk hukukuna göre, dolayısıyla, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (6102 sayılı TTK) yer alan ilgili hükümler çerçevesinde yapılmalıdır. Bu senedin, 6102 sayılı TTK'ya göre, kambiyo senedinin genel özelliklerini taşıdığı ve bu nedenle bir kambiyo senedi (emre yazılı senet-bono) niteliğinde olduğu tespit edilirse, bir sonraki aşamada, bu kambiyo senedine bağlı uyuşmazlıklar hakkında alt vasıflandırmalar yapılarak, bono niteliğinde olan bu senedin şeklen veya ehliyet bakımından geçerli olup olmadığına uygulanacak hukuk, bononun hüküm ve sonuçlarına uygulanacak hukuk, bononun ödenmesine uygulanacak hukuk, kambiyo senedi ilişkisinden kaynaklanan sebepsiz zenginleşme davasına uygulanacak hukuk ve bononun çalınması ve kaybolması halinde uygulanacak hukuk ayrı ayrı tespit edilmelidir. Kural olarak, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda, 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (5718 sayılı MÖHUK) ilgili hükümleri uygulanacak olsa da, yabancılık unsuru taşıyan kıymetli evraka (çek, poliçe, bono) ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespitine yarayan kanunlar ihtilafı kuralları 6102 sayılı TTK'nın "Kanunlar İhtilafı" başlıklı 766 ilâ 775.maddeleri arasında yer almaktadır. 6102 sayılı TTK'nın madde 778/1/j bendi atfıyla, kanunlar ihtilafına ilişkin 766 ilâ 775. maddeleri arasındaki hükümler bonolar hakkında da uygulanır. Çalışmamız kapsamında, 6102 sayılı TTK'da yer alan ve bonoya ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespitine yarayan özel kanunlar ihtilafı kurallarının incelenmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Bono, Kanunlar İhtilafı, Uygulanacak hukuk, 5718 sayılı MÖHUK, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

Abstract

In the case regarding the disputes arising from a bill including a foreign element, the Turkish judge shall first determine whether this bill carries the general characteristics of a bill of exchange, negotiable documents, and in particular a promissory note. This examination is called as qualification problem in private international law and qualification should be done by the Turkish material law, which is the law of the judge (lex fori) within the framework of the relevant provisions of the Turkish Commercial Code (TCC no 6102), which entered into force on 1 July 2012. If it is determined that this bill has the general characteristics of the bills of exchange and a promissory note according to the TCC no 6102 and therefore sub-qualifications are made about the disputes related to this promissory note and the law to be applied whether the promissory note is valid in terms of form or legal capacity and the law to be applied to the legal consequences, the law to be applied to the payment, the law to be applied in case of unjust enrichment related to the nonpayment of promissory note and the law to be applied in the annulment case to be filed in case of loss or theft of the bill and the law applicable to the measures to be taken in that case, must be determined separately. As a rule, in disputes arising from transactions

* Sorumlu Yazar: Ebru Şensöz Malkoç (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: esensoz@ticaret.edu.tr ORCID: 0000-0001-5542-1564

Atf: Sensoz-Malkoc E, "Türk Kanunlar İhtilafı Kurallarına Göre Yabancılık Unsuru Taşıyan Bonoya Bağlı Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk" (2020) 40(2) PPIL 1569. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.826650>



and relations related to private law with a foreign element, although the relevant provisions of the International Private Law and Procedural Law no 5718 (IPPL) dated 27.11.2007 will be applied, in the disputes related to the negotiable documents (check, policy, promissory note) bearing foreign elements, the conflict of laws rules, which are stipulated in the articles 766 to 775 of the TCC under the title 'Conflict of Laws' The provisions between articles 766 and 775 concerning article 778/1/j of the TCC, will also be applied for promissory notes. Conflict of laws rules, which are regulated in special laws as TCC, will primarily be applied. Within the scope of our study, it is aimed to examine the relevant conflict of laws rules in the TCC in detail.

Keywords

Promissory Notes, Conflict of Laws, Applicable law, Turkish Private International Law no 5718, Turkish Commercial Code no 6102

Extended Summary

In Article 1 and 2 of the Law on International Private and Procedural Law (IPPL) dated 27.11.2007 and numbered 5718, it is stated that Turkish courts cannot directly apply Turkish material law in disputes arising from transactions and relations related to private law with foreign elements and also it is stated that the material law to be applied will be determined by the method shown in this law. In any case, international conventions, of which the Republic of Turkey is a party, are reserved (IPPL Art. 1 /2) and conflict of laws rules regulated by special laws, besides regulated in IPPL, 'to determine the material law which will be applied to the disputes arising from transactions and relations involving foreign elements', will primarily find an application area.

In the case regarding the disputes arising from a promissory note including a foreign element, the Turkish judge shall first determine whether this bill carries the general characteristics of a bill of exchange, negotiable documents, and in particular a promissory note. In this case, the problem arises, according to which law the general characteristics of a bill of exchange, negotiable documents, and in particular a promissory note, will be determined. In private international law, this problem is called the qualification problem. In a case that has an element of foreignness, the Turkish judge, as a rule, makes the qualification according to the Turkish law, which is the law of the judge (*lex fori*). Then, in this case, the Turkish judge should first look at whether the promissory note which is the subject of the claim, carries the general characteristics of the negotiable instruments, bills of Exchange, and in particular a promissory note accepted in Turkish law. This examination should be made within the framework of the relevant provisions of the Turkish Commercial Code no. 6102 (TCC), which is entered into force on July 1, 2012.

If the judge believes that this document has the general characteristics of the bills of exchange according to Turkish law and therefore is a bill (promissory note), at a later stage, by making sub-qualifications about the disputes related to this promissory note, (1) the law to be applied to whether this promissory note is valid in terms of form

or (2) in terms of legal capacity, (3) the law to be applied to the legal consequences of this promissory note and (4) the law to be applied to the payment for promissory note, (5) the law to be applied in case of unjust enrichment related to the nonpayment of promissory note and (6) the law to be applied in the annulment case to be filed in case of loss or theft of the bill and the law applicable to the measures to be taken in that case. As a rule, although the relevant provisions of the IPPL will be applied in transactions and relations related to private law with foreign elements, the conflict of laws rules that are used to determine the law to be applied in disputes regarding negotiable documents (check, policy, promissory note) with foreign elements are stipulated in TCC in the articles 766 to 775. The provisions between articles 766 and 775 regarding conflict of laws, with reference to article 778/1/j of the TCC, will also be applied to bonds. In cases where there are no provisions in the TCC, as it is a general law, IPPL will be applied together with the TCC.

The legal nature of a bill or bond, with a foreign element should be legally qualified as a promissory note according to Turkish material law as a *lex fori*. The law to be applied to the legal consequences of borrowing on the promissory note is subject to the law of the place of debt (place of signature) (TCC Art. 770 /2) for the borrowers, but for the drawer, the place of payment (TCC Art. 770/1). As an example of the issues within the scope of the law to be applied to the borrowing with bonds, the type and scope of the liability of the bond debtor, whether the defenses can be put forward, whether the persons who become indebted with the bond will not be able to include some records (such as the interest requirement) on the bond; in which cases it can be requested to cancel the bond due to the lack in formal validity conditions or due to reasons such as such reasons, as well as all issues related to the liability of the bond debtor could be listed.

Matters such as what kind of transactions should be made in order to exercise the ‘right of application’, which refers to the right of demand against borrowers who have taken responsibility for the promissory note, and whether these transactions are mandatory, since there is no special provision in the TCC on policies and promissory notes, article 822/i provision of the TCC will be applied to the promissory note by analogy to the place of payment law.

The law to be applied to the form of the protest and the procedures required for the use and protection of the rights arising from a promissory note (such as the presentation of the bond for payment and notice) shall be determined according to the law of the country where the protest should be withdrawn or the transaction must be made (*LRA-Locus Regit Actum rule*) (TCC Art.768).

The formal validity of borrowings made with promissory notes, is subject to the law of the country where the borrowings are signed (*LRA-Locus Regit Actum*) (TCC

Art.767). The validity of borrowings made with promissory notes in terms of legal capacity is subject to the national law of the person entering into debt. However, if this law refers to the law of another country (*reference - renvoi principle*), that law is applied (TCC Art. 766 /1). In any case, even if he is not competent according to the relevant law, if he has signed the bond in a country whose law considers him competent, he becomes indebted properly (TCC Art. 766/2). As it is understood, the TCC adopts the theory of renvoi and the principle of transaction security only in terms of “capacity to act and/or have, use or abuse of rights.

Türk Kanunlar İhtilafı Kurallarına Göre Yabancılık Unsuru Taşıyan Bonoya Bağlı Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk

Giriş

Yabancılık unsuru taşıyan bir senede bağlı uyuşmazlıklar hakkındaki davada, Türk hâkimince, öncelikle, bu senedin, kambiyo senedinin ve kıymetli evrakin, çalışmamız özelinde, bononun genel niteliklerini taşıyıp taşımadığı tespit edilmelidir. Bu inceleme, milletlerarası özel hukukta vasıflandırma sorunu olarak adlandırılmakta olup, vasıflandırma, hâkimin hukuku olan Türk hukukuna göre, dolayısıyla, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (6102 sayılı TTK¹) yer alan ilgili hükümler çerçevesinde yapılmalıdır.

Bu senedin, 6102 sayılı TTK'ya göre, kambiyo senedinin genel özelliklerini taşıdığı ve bu nedenle bir kambiyo senedi (emre yazılı senet-bono) niteliğinde olduğu tespit edilirse, bir sonraki aşamada, bu kambiyo senedine bağlı uyuşmazlıklar hakkında alt vasıflandırmalar yapılarak, bu senedin hukuki niteliğinin tespitinde uygulanacak hukuk, bononun şeklen veya ehliyet bakımından geçerli olup olmadığına uygulanacak hukuk ve bononun hüküm ve sonuçlarına uygulanacak hukuk, bononun ödenmesine uygulanacak hukuk, bononun çalınması veya kaybolması halinde açılacak iptal davasında ve bu davada alınacak tedbirlere uygulanacak hukuk, kambiyo senedi ilişkisinden kaynaklanan sebepsiz zenginleşme davasında uygulanacak hukuk ayrı ayrı tespit edilmelidir. Kural olarak, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda, 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun²'un (5718 sayılı MÖHUK) ilgili hükümleri uygulanacak olsa da, yabancılık unsuru taşıyan kıymetli evraka (çek, poliçe, bono) ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespitine yarayan kanunlar ihtilafı kuralları 6102 sayılı TTK'nın "Kanunlar İhtilafı" başlıklı 766 ilâ 775.maddeleri arasında yer almaktadır. 6102 sayılı TTK'nın madde 778/1/j bendi atfıyla, kanunlar ihtilafına ilişkin 766 ilâ 775. maddeleri arasındaki hükümler bonolar hakkında da uygulanır. 5718 sayılı MÖHUK'a nazaran özel hüküm olmaları itibarıyla 6102 sayılı TTK'nın kanunlar ihtilafına ilişkin 766 ilâ 775. maddeleri arasındaki hükümler uygulanmaktadır. 6102 sayılı TTK'da hüküm bulunmayan hallerde, genel kanun olması itibarıyla 5718 sayılı MÖHUK'un ilgili hükümleri TTK ile birlikte uygulama alanı bulacaktır³.

1 Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi:13.01.2011, RG 14.2.2011/27846.

2 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2017, RG 12.12.2017/26728.

3 Hatice Özdemir, 'Kambiyo Senetlerine İlişkin Kanunlar İhtilafı Kuralları' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1993) 1ff; İlhan Yılmaz, 'Türk Hukukunda Yabancılık Unsuru Bakımından Çek' (2001) Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, 269 269. Aynı yönde, Mesut Aygün, 'Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti', (2012) AÜHFD 61 (3) 925 928; Mustafa Erkan, 'Kambiyo Senetlerinin Şekil Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk: Tamamlayıcı Kuralda Vatandaşlık Faktörü' (2012) 18 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi 751 752.

Mukayeseli hukukta ise, kambiyo senetleri hukuku alanında kabul edilen iki büyük sistem bulunmaktadır. Bunlardan ilki Cenevre Konvansiyonları sistemi, diğeri ise, 1882 tarihli *Bills of Exchange Act*'ı esas alan Anglosakson hukuk (*common law*) sistemidir⁴. Çalışmamızda, Türk hukukunda dolaylı olarak kabul edilmiş olması nedeniyle, Cenevre Konvansiyonları sistemi ile karşılaştırmalı bir inceleme yapılacaktır. Cenevre Konvansiyonları sistemi, kambiyo senetleri hukuku alanında hem maddi hukuk hem de kanunlar ihtilafı kurallarından oluşan bir sistemdir. Bu sistem ile sistemi kabul eden devletler arasında, kambiyo senetleri hukuku alanında uygulanan maddi hukuk ve kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılması amaçlanmıştır. Çalışmamızda, bonoya ilişkin özel kanunlar ihtilafı kuralları inceleneceğinden, Cenevre Konvansiyonları sistemi⁵nde yer almakla birlikte, kambiyo senetlerinin maddi hukuk kısmına ilişkin düzenlemeler içeren, 7 Haziran 1930 tarihli Poliçe ve Bonolar için Yeknesak bir Kanun Sağlayan Konvansiyon (*The Convention Providing a Uniform Law for Bills of Exchange and Promissory Notes*)⁶ ile 1931 tarihli Çeke İlişkin Bazı Kanun İhtilaflarının Çözümüne İlişkin Konvansiyon (*Convention for the Settlement of Certain Conflict of Laws in Connection with Cheques*) incelememiz dışında tutulacaktır⁷. Karşılaştırmalı incelemelerde ise, Cenevre Konvansiyonları sisteminin üçüncüsü olan, 7 Haziran 1930 tarihli Poliçe ve Bonolara İlişkin Bazı Kanun İhtilaflarının Çözümüne İlişkin Konvansiyon (*The Convention for the Settlement of Certain Conflicts of Laws In Connection with Bills of Exchange and Promissory Notes*)⁸ esas alınacaktır.

Türkiye, Cenevre Konvansiyonlarını imzalamış ancak onaylayarak taraf olmamıştır⁹. Buna karşın, önce mülga 1957 tarihli ve 6762 sayılı TTK'nın kıymetli evraka ilişkin düzenlemeleri ve daha sonra sadece dili sadeleştirilerek ve yeni ifadeler kullanılarak aynen korunan 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK'nın kıymetli evraka ilişkin düzenlemeleri, Cenevre Konvansiyonları sistemini benimseyen İsviçre

4 Aygün (n 3) 925; Mesut Aygün, *Milletlerarası Özel Hukukta Kambiyo Senetleri* (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir Anadolu Üniversitesi, 2008) 40-45, 74-88. Kambiyo senetlerine uygulanacak hukuk bakımından Cenevre Konvansiyonu sistemi ile 1882 tarihli *Bills of Exchange Act*'ı esas alan Anglosakson hukuk sisteminin karşılaştırması için bkz. Ayşe Kübra Altıparmak, 'Bills of Exchange Act Sisteminde Kambiyo Senetlerine Uygulanacak Hukuk ve Cenevre Konvansiyonları Sistemiyle Karşılaştırması' (2015) Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları (60.Yıl Armağanı) 1 1ff.

5 Bu sistem içerisinde yer alan Konvansiyonlar, o döneme kadar uygulanmış milletlerarası teamüller esas alınarak hazırlanmıştır (Aygün (n 4) 66).

6 Kambiyo senetlerine ilişkin milletlerarası maddi hukuk kurallarının oluşturulması için, UNCITRAL (Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu) tarafından hazırlanan Uluslararası Poliçe ve Bonolara Dair Konvansiyon 9 Aralık 1988'de onaylanmış ancak en az on ülkenin katılımıyla yürürlüğe gireceğinden henüz yürürlüğe girmemiştir. Konvansiyon için bkz. www.lexmercatoria.org, <https://www.jus.uio.no/lm/bills.of.exchange.and.promissory.notes.convention.1930/doc.html>; https://treaties.un.org/pages/LONViewDetails.aspx?src=IND&id=553&chapter=30&clang=_en (Erişim tarihi: 7 Aralık 2020).

7 Aygün (n 4) 82; Altıparmak (n 4) 7-8. Konvansiyonlar ve yürürlük tarihleri için bkz. www.lexmercatoria.org, <https://www.jus.uio.no/lm/bills.of.exchange.and.promissory.notes.convention.1930/doc.html>; https://treaties.un.org/pages/LONViewDetails.aspx?src=IND&id=553&chapter=30&clang=_en (Erişim tarihi: 7 Aralık 2020) ve www.lexmercatoria.org, <https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/09/9-03/laws-cheques.xml> (Erişim tarihi: 07 Aralık 2020);

8 Konvansiyon, imza (19 Mart 1931) ve yürürlük (1 Ocak 1934) tarihi için bkz. www.lexmercatoria.org, <https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/09/9-03/exchange-notes.xml>; https://treaties.un.org/pages/LONViewDetails.aspx?src=IND&id=551&chapter=30&clang=_en (Erişim tarihi: 07 Aralık 2020).

9 Taraf ülkeler ve sözleşmenin 14.maddesi uyarınca yürürlük tarihi (1 Ocak 1934) için bkz. https://treaties.un.org/pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=552&chapter=30&clang=_en (Erişim tarihi: 7 Aralık 2020).

Borçlar Kanunu'ndan tercüme edilerek dolaylı olarak Türk hukukuna aktarılmıştır¹⁰. Bu nedenle, Türk hukukunda da, dolaylı olarak, Cenevre Konvansiyonları sistemi, dolayısıyla, “kambiyo senetlerinin mücerretliği” ve “imzaların (taahhütlerin) bağımsızlığı” ilkeleri kabul edilmiştir¹¹.

Kambiyo senetlerinin mücerretliği ilkesinin kabul edilmiş olması nedeniyle, Türk hukukunda Cenevre Konvansiyonları sistemine paralel olarak 6102 sayılı TTK'da da kambiyo senetlerine uygulanacak hukuk, kambiyo senedinin temelinde yatan hukuki ilişkiden bağımsız olarak düzenlenmiştir.

Police ve Bonolara İlişkin Bazı Kanun İhtilaflarının Çözümüne İlişkin Cenevre Konvansiyonu (“Cenevre Konvansiyonu ya da Konvansiyon”)’nda, esas olarak, kambiyo senetlerinde “imzaların (taahhütlerin) bağımsızlığı” ilkesi kabul edilmiş (Konvansiyon m. 2, 3 ve 4), istisnaen, “imzaların (taahhütlerin) birliği” (Konvansiyon m. 5 ve 8) ilkesi benimsenmiştir¹². Bu esas, Cenevre Konvansiyonları sistemini dolaylı olarak kabul eden TTK'nın kanunlar ihtilafıyla ilgili maddelerinde de (TTK m. 767/f.1, 770/f.1 ve f.2) etkisini gösterir, istisnalar azdır¹³.

Bununla birlikte Konvansiyon'da, bonolar bakımından, hamilin yükümlülüklerine uygulanacak hukuk¹⁴ ile kambiyo senetlerinin ödenmesine uygulanacak hukuk (ödeme için ibraz, ödeme zamanı, ödeme yapılacak yabancı para cinsinin belirlenmesi hakkında yetkili hukuk)¹⁵ ve kambiyo senedi ilişkisinden kaynaklanan sebepsiz zenginleşme davasına uygulanacak hukukun¹⁶ düzenlenmemiş olması önemli boşluklar olarak kabul edilirken, bu hususların TTK'da açıkça düzenlenmiş olduğu görülmektedir.

Kambiyo senetlerine uygulanacak hukuk ile ilgili doktrinde çok kıymetli çalışmalar bulunmasına karşın, bono özelinde böyle bir çalışma bulunmamasından ötürü, diğer çalışmalarla aynı metodoloji, başka bir ifadeyle, kanunlar ihtilafının genel metodolojisi çerçevesinde, çalışmamızda, 6102 sayılı TTK'da yer alan ve bonoya ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespitine yarayan özel kanunlar ihtilafı kurallarının tek tek incelenmesi amaçlanmaktadır.

10 Mesut Aygün, ‘Kambiyo Senetlerinden (Police, Bono ve Çekten) Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk Sorunu’ (2014) (Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı) 101 102; Aygün (n 4) 103-104; Altıparmak (n 4) 8, 25.

11 Özdemir (n 3) 69; Altıparmak (n 4) 7-8. Taahhütlerin birliği ve taahhütlerin bağımsızlığı ilkelerinin olumlu yönleri ve sakıncaları hakkında bkz. Özdemir (n 3) 66 ff; Aygün (n 4) 66 ff.

12 Altıparmak (n 4) 25.

13 Aygün (n 4) 69.

14 Altıparmak (n 4) 25; Aygün (n 4) 142.

15 Aygün (n 4) 142.

16 Aygün (n 4) 150-151.

I. Yabancılık Unsuru Taşıyan Bono ve Vasıflandırılması

A. Bonolar Açısından Yabancılık Unsuru

5718 sayılı MÖHUK'un 1. ve 2. maddesinde, Türk mahkemelerinin, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda doğrudan Türk hukukunu uygulayamayacağı ve bu uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun bu kanunda gösterilen yöntemle tespit edileceği belirtilmiştir. Her halde, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler saklı olup (MÖHUK m.1/f.2), bunun yanı sıra, özel kanunlarda düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralları, özel hüküm olmaları nedeniyle, "yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukukun tespitinde" öncelikle uygulama alanı bulacaktır.

Türk hâkimi, kanun gereği, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular (MÖHUK m.2/f.1 ve HMK¹⁷ m.33). Türk kanunlar ihtilafı kurallarının hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanması, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk ihtilaflarında, davanın bu özelliği göz ardı edilerek, uyuşmazlığın doğrudan Türk hukukuna veya kanunlar ihtilafı kuralları uygulanmaksızın tespit edilen başka bir hukuka göre karara bağlanması, istinaf (HMK m. 341/1/a) ve temyiz sebebidir (HMK m.371/1/a). Türk kanunlar ihtilafı kuralları uygulanarak tespit edilen yabancı hukukun yanlış veya eksik uygulanması da Türk hukukunda istinaf veya temyiz aşamasında, kararın bozulmasına sebep teşkil eder¹⁸.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir uyuşmazlığın kanunlar ihtilafı hukukunun kapsamına girebilmesi için o uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması gerekir (MÖHUK m.1). Senede bağlı bir borç ilişkisinde yabancılık unsuru varsa, o hukuki ilişki, yabancı unsurun temas ettiği hukuk düzenleri ile irtibatlı hale gelir ve o hukuki ilişki ile irtibatlı yabancı hukuk düzenleri de kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde uyuşmazlığa uygulanacak hukuk olarak karşımıza çıkabilir. Dolayısıyla, öncelikle uyuşmazlık konusu hukuki işlem veya ilişkide yabancılık unsuru bulunup bulunmadığının tespiti gereklidir.

Yabancılık unsuru, herhangi bir hukuki işlem veya ilişkiyi, "*hâkimin mensup olduğu devletin hukuk düzeni dışında, en az bir veya daha fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hale getiren unsurdur*"¹⁹. *Yabancılık unsuru, kişi bakımından yabancılık unsuru ve yer bakımından yabancılık unsuru olmak üzere, genelde iki şekilde ortaya çıkar. Yabancılık unsuru, hem şahıs hem yer bakımından karma nitelikte de ortaya çıkabilir*²⁰.

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

18 Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Vedat 2019) 60 ff; Aysel Çelikel and Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017) 170 ff.; Ergin Nomer, *Devler Hususi Hukuku* (22th edn, Beta 2017) 202; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (5th edn, Savaş 2019) 242.

19 Mesut Aygün, 'Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü' (2014) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1028; Aygün (n 3) 929; Aygün (n 4) 27; Nomer (n 13) 5 ff; Çelikel and Erdem (n 13) 10 ff; Doğan (n 13) 6.

20 Aygün (n 3) 929; Aygün (n 4) 27-30. Ayrıca bkz. YHGK 26.03.2019, 2017/367, 2019/350 (Legalbank, Erişim tarihi. 01.01.2020).

Kişi bakımından yabancılık unsuru, kişinin vatandaşlığında veya mutad mesken, yerleşim yeri gibi kişiye bağlı unsurlarda bulunabilir. Senet ilişkisinde, senedi tanzim (düzenleyen-keşideci) ve imza eden borçlulardan birinin yabancı devlet vatandaşı olması halinde, dava konusu senet ilişkisinin kişi bakımından yabancılık unsuru taşıdığı tespit edilir. Aynı şekilde, senedin borçlusu (keşideci) yerine, senet alacaklısının (lehdar) veya senedin tedavüle çıkma ihtimalinde cirantaların veya kambiyo ilişkisine avalist sıfatıyla dâhil olan kefilin veya herhangi bir sıfatla kambiyo ilişkisine dâhil olan bankaların yabancı olması halinde de, bu kambiyo senedi ilişkisinde yabancılık unsuru var olup artık uyuşmazlığın çözümünde kanunlar ihtilafı hukuku devreye girecektir²¹.

Tüzel kişilerin yabancı ortaklık veya dernek veya vakıfların veya tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının, yabancılık vasfı taşıyıp taşımadığının tespiti de önem arz etmektedir. Bir tüzel kişinin yabancılık vasfı taşıyıp taşımadığı 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ilgili hükümleri (TTK m. 40/f.3, m. 40/f.4 ve m. 48/f.3) çerçevesinde tespit edilir²². Türk hukukunda, 6102 sayılı TTK m.40/f.3, TTK m.40/f.4 ve TTK m. 48/f.3 hükümleri²³ çerçevesinde, tüzel kişilerde yabancılık vasfının bulunup bulunmadığının tespitinde idare merkezi (işletme merkezi²⁴) esasının benimsendiği görülmektedir. Bu hükümlere göre, “*merkezi Türkiye dışında bulunan*” ortaklık yabancıdır, başka bir ifadeyle, “*ortaklıklar merkezinin bulunduğu devletin vatandaşlığını taşır*”²⁵. Türk hukukunda, ortaklıkların yabancılık vasfının tespitinde idare merkezi kavramını da içine alan işletme merkezi esasını benimsenmektedir²⁶.

21 Aygün (n 3) 929; Aygün (n 4) 27-28. Y.11.H.D. 18.05.2004, 2003/9984, 2004/5573 ve Y.11.H.D. 15.06.1990, 1190/3552-4774 (www.kazanci.com Erişim tarihi: 21.08.2020).

22 Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (23th edn, Beta 2017) 36; Gülören Tekinalp, “Türk hukukunda Ortaklıkların Vatandaşlığı” (1973) (İ.Ü. Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı) 552-572 ff.; Gülören Tekinalp, *Türk Yabancılar Hukuku* (7th edn, Beta 2003) 50ff.

23 TTK Madde 40 – “... (3) *Merkezi Türkiye’de bulunan ticari işletmelerin şubeleri de buldukları yerin ticaret siciline tescil ve ilan olunur. Ticaret unvanına ve imza örneklerine ilişkin birinci ve ikinci fıkra hükümleri bu işletmelere de uygulanır. Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça merkezin bağlı olduğu sicile geçirilen kayıtlar şubenin bağlı bulunduğu sicile de tescil olunur. Ancak, bu hususta şubenin bulunduğu yer sicil müdürlüğünün ayrı bir inceleme zorunluluğu yoktur.*” TTK Madde 40 – “... (4) *Merkezleri Türkiye dışında bulunan ticari işletmelerin Türkiye’deki şubeleri, kendi ülkelerinin kanunlarının ticaret unvanına ilişkin hükümleri saklı kalmak şartıyla, yerli ticari işletmeler gibi tescil olunur. Bu şubeler için yerleşim yeri Türkiye’de bulunan tam yetkili bir ticari mümessil atanır. Ticari işletmenin birden çok şubesi varsa, ilk şubenin tescilinden sonra açılacak şubeler yerli ticari işletmelerin şubeleri gibi tescil olunur.*” TTK Madde 48 – “... (3) *Merkezi yabancı ülkede bulunan bir işletmenin Türkiye’deki şubesinin ticaret unvanında, merkezin ve şubenin bulunduğu yerlerin ve şube olduğunun gösterilmesi şarttır*”.

TTK’nun 195.madde hükmüne göre de, hâkim şirket veya bağlı şirketlerden en az birinin Türkiye’de bulunması halinde, bu Kanun’daki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. “(G) *Şirketler topluluğu I - Hâkim ve bağlı şirket MADDE 195- (1) a) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak; 1. Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya 2. Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya 3. Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa, b) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir. Bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye’de ise, bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. (2) Birinci fıkrada öngörülen hâller dışında, bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karedir*”.

24 İşletme merkezi, idare merkezi kavramını da içine alan, ortaklığın idari işlemlerinin yapıldığı, bürolarının bulunduğu merkezi ifade eder. Bkz. Çelikel and Gelgel (n 23) 36.

25 *ibid* 36.

26 *ibid* 36.

Örneğin, bir senedi tanzim (düzenleyen-keşideci) ve imza eden borçlulardan birinin Lefkoşa merkezli bir şirket olması halinde dava konusu senet ilişkisinin kişi bakımından yabancılık unsuru taşıdığı tespit edilir.

Dernek ve vakıfların yabancılık vasfı taşıyıp taşımadığının tespitinde, Türk Medeni Kanunu, Vakıflar Kanunu ve Dernekler Kanunu ilgili hükümleri çerçevesinde bir tespit yapılmalıdır²⁷. Türk Medeni Kanunu m.51'e göre, Türkiye'de kurulmuş tüzel kişilerin yerleşim yeri muamelelerin yapıldığı yerdir²⁸. Yerleşim yeri tespiti amacıyla da olsa Medeni Kanun'un idare merkezi kriterini esas aldığı sonucuna varmak mümkündür²⁹. Zira, Dernekler Yönetmeliği³⁰'nin 4.maddesinde, yabancı dernek ve yabancı vakıf tanımlanmakta ve merkezleri yurtdışında bulunan dernekler ve vakıflar ile dernek ve vakıf dışındaki kâr amacı gütmeyen kuruluşlar yabancı kabul edilmektedirler.

Bir hukuki işlem veya ilişkide yer bakımından yabancılık unsuru ise, hukuki ilişkinin bir veya birkaç unsurunun, örneğin, dava veya uyuşmazlık konusu senet ilişkisinde, senedin düzenleme, ödeme veya imza yerinin veya ciroların yapıldığı yerin, yabancı bir devlette gerçekleşmiş olması veya bu işlemlerden kaynaklanan edimlerin ifa yerlerinin yabancı ülkelerde olması ile karşımıza çıkabilir³¹.

Buna karşın, bir senedin, yabancı dilde yazılmış olması veya yabancı para üzerinden düzenlenmiş olması, tek başına o senede yabancılık unsuru katmaz ve dolayısıyla kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasına neden teşkil etmez³². Ancak yabancı dilde düzenlenen senetteki kayıtların incelenmesi neticesinde, senette yabancı unsur tespit edilirse, senetle ilgili uyuşmazlıklar, ilgili kanunlar ihtilafı kuralları uygulanarak tespit edilecek hukuka göre çözümlenmelidir³³.

Yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlık bulunduğu zaman, Türk hâkimi, MÖHUK m. 2 gereği, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygulamak zorundadır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 28.12.1993 tarihli ve E. 1992/7563 ve K.1993/8747 sayılı kararında, hukuken hatalı olarak yer bakımından yabancılık unsuru taşıyan bir

27 *ibid* 37.

28 TMK Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi:22.11.2001, RG 08.12.2001/24607. "D. Yerleşim yeri" başlıklı TMK Madde 51- "*Tüzel kişinin yerleşim yeri, kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yerdir*".

29 Çelikel and Gelgel (n 23) 37.

30 Dernekler Yönetmeliği, RG 31.03.2005/25772. Ayrıca bkz. Çelikel and Gelgel (n 23) 37.

31 Aygün (n 3) 929.

32 Aygün (n 3) 931; Aygün (n 4) 29-30. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 14/3/2016 tarih, E. 2016/5038, K. 2016/7339 sayılı kararında (Legalbank, Erişim Tarihi: 14.12.2020) senedin yabancı dilde düzenlendiğini belirtmiş ve kanunlar ihtilafını uygulamıştır ancak kambiyo senedi ilişkisinde yabancılık unsurunun bulunup bulunmadığına değinilmemiştir. Kambiyo senedinin yabancı dilde düzenlenmesi, ona yabancılık unsuru katmadığından, borçlanma ehliyetine ilişkin uyuşmazlık bakımından kişi bakımından yabancılık unsurunun gerçekleştiğinin ve bu nedenle kanunlar ihtilafı kurallarının uygulandığının açıkça belirtilmesi gerekir.

33 Aygün (n 3) 931-932. Yargıtay 12 HD, 09.03.2010, E.2009/23883, K. 2010/5503 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi 21.08.2020); Yargıtay 12 HD, 14.12.2005, 22462/24968; Yargıtay 12 HD, 07.10.2003, 15420/19351.

bonoda, kanunlar ihtilafı kuralları uygulanmaksızın verilen kararı onamıştır³⁴. Ancak Yargıtay'ın, TTK'daki kanunlar ihtilafı kuralları ve MÖHUK m.2 hükmü dikkate alınmaksızın verildiği için bozma kararı verdiği çok sayıda kararı bulunmaktadır³⁵. YHGK 26.03.2019 tarihli ve E. 2017/367, K. 2019/350 sayılı kararında da, yabancılık unsuru taşıyan kambiyo senetlerinden doğan uyuşmazlıklarda, MÖHUK m.2 hükmünün ve TTK'daki kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır³⁶.

B. Vasıflandırma

Yabancılık unsuru bulunan bir uyuşmazlıkta hâkimin hangi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak yetkili hukuku tespit edeceği son derece önemlidir. Nitekim her hukuki işlem veya ilişki için önceden belirlenmiş bir kanunlar ihtilafı kuralı bulunmaktadır. Doğru kanunlar ihtilafı kuralının tespiti ve uygulanması için, vasıflandırma (*qualification*) işleminin doğru bir şekilde yapılması gerekir. Bu nedenle, Türk hâkimi, öncelikle, dava veya uyuşmazlık konusu senedin, kambiyo senedinin genel niteliklerini taşıyıp taşımadığını tespit etmelidir. Bu inceleme, milletlerarası özel hukukta vasıflandırma olarak adlandırılmaktadır. Vasıflandırma için farklı yöntemler bulunmakla birlikte, en uygun yöntem, hâkimin kendi hukukuna (*lex fori*) göre vasıflandırma yapması olarak kabul edilmektedir³⁷. O halde, bir senede ilişkin uyuşmazlık, Türk Mahkemesi'nde görülmekte ise, hâkim dava veya uyuşmazlık konusu yabancılık unsuru taşıyan senedin, kambiyo senedinin genel niteliklerini taşıyıp taşımadığını, Türk hukukuna göre, dolayısıyla, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK'da yer alan ilgili hükümler çerçevesinde tespit etmelidir.

Ancak bazı durumlarda, hâkimin kendi hukukuna göre yapacağı nitelendirme ile hukuki işlemin esasına uygulanacak hukuka (*lex causae*) göre yapılacak nitelendirme arasında farklılık olabilir, başka bir ifadeyle, hâkimin hukuku ile davada yetkili olan

34 Karar eleştirisi için bkz. Aygün, (n 3) 930-931; Aygün (n 4) 28-29. Karar için bkz. Erol Ertekin and İzzet Karataş, *Uygulamada Ticari Senetler – Menfi Tespit ve İstirdat Davaları ile 3167 sayılı Çek Yasası Hakkında Açıklama-Uygulama: Polişçe, Bono, Çek* (2nd edn, Yetkin 1996) 268 ff.

35 Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 14.12.2005 tarihli ve 2005/E.22462-K.24968 sayılı kararı, www.milletlerarasiozelhukuk.legalbank.net/belge/y-12hd-e-2005-22462-k-24968; Y. 12. HD. 16.02.2010 tarih ve E. 2009/21298, K. 2010/3249 sayılı kararı, www.milletlerarasiozelhukuk.legalbank.net/belge/y-12hd-e-2009-21298-k-2010-3249; Y. 12. HD. 09.03.2010 tarih ve E. 2009/23883, K. 2010/5503 sayılı kararı, www.milletlerarasiozelhukuk.legalbank.net/belge/y-12hd-e-2010-23883-k-5503; Y. 12.HD. 22.06.2010 tarihli ve 2010/E.4220-K.16233 sayılı kararı www.milletlerarasiozelhukuk.legalbank.net/belge/y-12hd-e-2010-4220-k-16233; Y. 12.HD. 09.07.2010 tarih ve 2010/E.6959-K. 18523 sayılı kararı www.milletlerarasiozelhukuk.legalbank.net/belge/y-12hd-e-2010-6959-k-18523; Y. 12. HD. 04.11.2010 tarihli ve 2010/ E. 13930-K. 25895 sayılı kararı, www.milletlerarasiozelhukuk.legalbank.net/belge/y-12hd-e-2010-19930-k-25895; Y. 12.HD. 20.12.2010 tarihli ve 2010/E.18880-K.30662 sayılı kararı www.milletlerarasiozelhukuk.legalbank.net/belge/y-12hd-e-2010-18880-k-30662; Y. 12. HD. 12.07.2011 tarih ve 2011/E.179-K. 15737 sayılı kararı www.milletlerarasiozelhukuk.legalbank.net/belge/y-12hd-e-2011-179-k-15737; Y. 12 HD. 28.06.2012 tarih ve 2012/E.16550-K.23020 sayılı kararı www.milletlerarasiozelhukuk.legalbank.net/belge/y-12hd-e-2012-16550-k-23020; Y. 12 HD. 04.07.2013 tarihli ve 2013/E.16430-K.25383 sayılı kararı, www.milletlerarasiozelhukuk.legalbank.net/belge/y-12hd-e-2013-16430-k-25383; Yargıtay 12.HD 12.2.2016 tarih ve 2016/E.7878-K. 25149 sayılı kararı, www.milletlerarasiozelhukuk.legalbank.net/belge/y-12hd-e-2016- 7878-k-25149 (Erişim tarihi. 01.01.2020).

36 www.milletlerarasiozelhukuk.legalbank.net/belge/y-hgk-e-2017- 367-k-2019-350 (Erişim tarihi. 01.01.2020).

37 Aynı yönde Aygün (n 3) 932-933; Aygün (n 4) 30, 105; Osman Fazıl Berki, *Türk Hukukunda Kanun İhtilafı* (2nd edn, 1971) 39 ff; Gülören Tekinalp *Milletlerarası Özel Hukuk (Bağlama Kuralları)* (10th edn, Beta 2009) 39-41; Çelikel and Erdem (n 13) 74 ff; Nomer (n 13) 96 ff; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 13) 52; Doğan (n 13) 213 ff.

yabancı hukuka göre, dava konusu hukuki işlem ya da ilişki farklı hukuki kategorilere dâhil ediliyor olabilir³⁸. Bu durumda hâkim karşısına çıkan vasıflandırma sorununu (vasıf ihtilafını) çözmek durumundadır. Doktrinde, vasıf ihtilafının çözüm yöntemleri olarak, *lex fori*'ye göre vasıflandırma, *lex causae*'ya göre vasıflandırma ve bağımsız vasıflandırma olarak üç yöntem açıklanmaktadır ve hâkim vasıflandırma yaparken, bu yöntemlerden birini seçmekte serbesttir³⁹. Vasıflandırma sorununun çözümü için açıklanan yöntemlerden, sorunun çözümü için en uygun yöntem olarak, hâkimin kendi hukukuna (*lex fori*) göre vasıflandırma yapması kabul edilmektedir⁴⁰. Ancak, *lex causae*'ya göre vasıflandırma yapmak milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini sağlamak bakımından daha uygun ve daha adaletli görünüyorsa, hâkim *lex causae*'ya göre vasıflandırma yapabilir. Bunun da milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini sağlamak bakımından uygun bir yöntem olduğu kanaatinde değil ise, Türk hâkiminin, bağımsız vasıflandırma yöntemine göre vasıflandırma yapması da mümkündür. Ancak Türk hukukunda vasıf ihtilafının çözüm yöntemi olarak, doktrinde ilk iki yöntemin kullanıldığı ifade edilmektedir⁴¹.

Bazı hallerde, dava konusu hukuki ilişki, hâkimin hukukunda ve davaya uygulanacak yabancı hukukta aynı hukuki kategoride bulunmakla birlikte, aynı hukuk kategorisinin farklı alt kategorileri içinde vasıflandırılıyor olabilir. Örneğin, kambiyo senetlerinde protesto çekilmesine ilişkin süreler hâkimin hukukuna göre şekle ilişkin mesele olarak kabul edilirken, davada uygulanacak yabancı hukuka göre, bononun esasına ilişkin bir mesele olarak kabul ediliyor olabilir. Bu durumda da en uygun çözüm, kural olarak, hâkimin kendi hukukuna (*lex fori*) göre vasıflandırma yapmaktır. Ancak, hâkime göre, somut olay bakımından daha uygun ve daha adaletli görünüyorsa, *lex causae*'ya göre veya bağımsız vasıflandırma yöntemine göre de vasıflandırma yapabilir.

Yabancı hukuk sistemlerinde yer alan ancak hâkimin hukuk sisteminde bilinmeyen kambiyo senetleri için, *lex fori*'ye göre vasıflandırma yöntemi ile kambiyo senedi olarak nitelendirilme yapılmadığında ve *lex causae*'ya göre vasıflandırma yapmak daha uygun görünüyorsa, hâkim *lex causae*'ya göre vasıflandırma yapabilir. Uyuşmazlık konusu senet, *lex causae*'ya göre de vasıflandırma yapıldığında kambiyo senedi olarak vasıflandırılmıyorsa, hâkim, bağımsız vasıflandırma yöntemi ile vasıflandırma yapmayı seçebilir. Bağımsız vasıflandırma yönteminde, *lex fori* veya *lex causae*'ya göre vasıflandırmanın tatminkâr sonuçlar vermeyeceği, vasıflandırmanın karşılaştırmalı hukuk yolu ile elde edilecek hukuk prensiplerine göre yapılması gerektiği kabul

38 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 13) 50-51, dn. 99.

39 Tekinalp (n 37) 39-41; Çelikel and Erdem (n 13) 74 ff; Nomer, (n 13) 96 ff; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 13) 52; Doğan (n 13) 213 ff.

40 Aynı yönde Aygün (n 3) 932-933; Aygün (n 4) 30; Berki (n 37) 39 ff; Nihal Uluocak, *Kanunlar İhtilafı* (1971) 202; Vedat Raşit Seviğ, *Ticari Sahadaki Kanunlar İhtilafı* (1st edn, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1958) 143; Tekinalp (n 37) 39-41; Çelikel and Erdem (n 13) 74 ff; Nomer, (n 13) 96 ff; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 13) 52; Doğan (n 13) 213 ff..

41 Çelikel and Erdem (n 13) 84-90. Doktrinde, *lex fori* ve *lex causae*'ya göre vasıflandırma yöntemi olarak iki yöntemden bahsedilmektedir (Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 13) 52; Uluocak (n 40) 202; Seviğ (n 40) 143).

edilmektedir⁴². Bu yöntemin özellikle *lex fori*'ye yabancı olan müesseseler için de vasıflandırma yapılmasını mümkün hale getireceği⁴³, buna karşın, “karşılaştırmalı hukuk yolu ile elde edilecek hukuk prensipleri”ne göre vasıflandırma yapılmasının, bu kuralların nasıl tespit edileceği ve içeriğinin neler olduğu bilinmediğinden mahkemeye ayrıca zorluk getireceği ve kesin sonuçlar elde edilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir⁴⁴.

Kanaatimizce bu durumda, “norm eksikliği” ya da “norm yokluğu”ndan bahsedilmesi gerekmektedir. “Norm eksikliği veya norm yokluğu” sebebiyle davanın reddi her zaman adaletli olmadığından, yabancı hukuk düzeninin, dava konusu hukuki ilişkiye karşılık düşecek şekilde değiştirilerek veya farklılaştırılarak somut olaya uygulanması suretiyle sorunun çözümü önerilmektedir. Buna, kanunlar ihtilafı hukuku literatüründe, intibak (adaptasyon) denmektedir⁴⁵.

Doktrinde, *Aygün*, yabancı hukuk sistemlerinde yer alıp hâkimin hukuk sisteminde bilinmeyen kambiyo senetleri için, uyuşmazlığa konu olan belgenin, kambiyo senedi ve kıymetli evrak niteliğinde olup olmadığına *lex fori* ile birlikte aynı zamanda mukayeseli hukuktan faydalanarak karar verilmesi gerektiğini, bunun için de kıymetli evrakın görüldüğü hukuk sistemleri ve kambiyo senetlerine ilişkin milletlerarası sözleşme hükümlerinin de incelenmesi gerektiğini vurgulanmaktadır⁴⁶. Kanaatimizce, doktrinde *Aygün* tarafından ifade edilen, uyuşmazlığa konu olan belgenin, kambiyo senedi ve kıymetli evrak niteliğinde olup olmadığına *lex fori* ile birlikte aynı zamanda mukayeseli hukuktan faydalanarak karar verilmesi ve bunun için de kıymetli evrakın görüldüğü hukuk sistemleri ve kambiyo senetlerine ilişkin milletlerarası sözleşme hükümlerinin de incelenmesi yöntemi, karma bir vasıflandırma yöntemi görünümünde olup, yabancı hukuk sistemlerinde yer alan ancak hâkimin hukuk sisteminde bilinmeyen kambiyo senetlerinin vasıflandırılması için uygun bir yöntem olarak görünmektedir.

Türk Ticaret Kanununda poliçe, bono ve çekin tanımı yapılmamış, sadece bu senetlerin taşınmaları gereken şekil kayıtlarının neler olduğu belirtilmiştir (TTK m.776, 777). Doktrinde *Aygün* tarafından da ifade edildiği üzere, uyuşmazlık konusu senet için vasıflandırma yapılırken, Türk hâkimince, senedin Türk hukukunda kabul edilen kambiyo senedinin ve kıymetli evrakın müşterek özelliklerini taşıyıp taşımadığı incelenmelidir. Poliçe, bono veya çek için hâkimin kendi hukukunun öngördüğü tüm

42 Çelikel and Erdem (n 13) 83.

43 Çelikel and Erdem (n 13) 83.

44 Çelikel and Erdem (n 13) 83.

45 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 13) 50-51, dn. 99; Nomer (n 13) 134 ff.

46 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Aygün* (n 4) 105; *Aygün* (n 3) 933.

şartların⁴⁷, çalışmamız özelinde TTK m. 776 ve 777 hükümleri kapsamında, bononun esaslı unsurlarının, başka bir ifadeyle, bononun şeklen geçerli olması için gerekli zorunlu unsurlarının ve alternatif zorunlu unsurlarının⁴⁸ gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmamalıdır. Aksi halde vasıflandırma problemi ile kambiyo senetlerinin şekline uygulanacak hukuk problemi karıştırılmış olur⁴⁹. Bu aşamada Türk hâkimi, yabancı devlette düzenlenmiş veya yabancı kişiler tarafından düzenlenmiş belge açısından senette, kambiyo senetlerinin müşterek özellikleri ile kıymetli evrakın hakkın senet ile iç içe olması, senet olmaksızın ileri sürülebilmesi ve devredilebilmesi gibi genel özelliklerini⁵⁰, çalışmamız özelinde ise, bononun mevcut olup olmadığını aramakla yetinecektir.

6102 sayılı TTK 776, 777, 778 ve 779. maddeleri uyarınca **bono, kambiyo senedi niteliğini haiz bir kıymetli evrak olup**, kayıtsız şartsız belirli bir bedeli ödemek vaadini veya kayıtsız şartsız soyut (mücerret) bir borç ikrarını içeren bir belgedir⁵¹. TTK m. 779/f.1 hükmünde belirtildiği şekilde, bir bonoyu tanzim eden kişi, bir poliçeyi kabul eden kişi gibi bedelini vadesinde ödemekle yükümlüdür. Bono, Türk hukukuna göre, doğrudan icra kabiliyetini haiz olan ve imza eden borçluyu bono bedelini ödemekle yükümlü kılan bir kıymetli evraktır⁵². Kayıtsız şartsız soyut bir borç ikrarını içermeyen senet Türk hukukunda kambiyo senedi ve dolayısıyla

47 Seviğ (n 40) 243; Aygün, (n 3) 933. Yabancılık unsuru taşıyan çekte ilişkin kambiyo senediyle yapılan takibin iptaline ilişkin davada, Yargıtay'ın ilk derece mahkemesinin öncelikle bu belgenin çek niteliğinde olup olmadığını tespiti gerektiğine, eğer belgenin çek niteliğinde olduğu sonucuna varılırsa, çekle ilgili yabancılık unsuru taşıyan uyumsuzluğun hangi nedenden kaynaklandığının tespiti ile (alt vasıflandırma) bu uyumsuzluğun ilgili kanunlar ihtilafı kuralları uygulanarak tespit edilecek hukuka göre çözümlenmesi gerektiğine ilişkin Yargıtay 12 HD'nin 14.12.2015 tarih ve E.2005/22462, K. 2005/24968 sayılı kararı hakkında değerlendirme için bkz. Aygün (n 3) 933-934. Karar için bkz. (www.kazanci.com Erişim tarihi: 21.08.2020). Yargıtay 11. HD, E. 1976/3063, K. 1976/3106, T. 10.6.1976 (www.kazanci.com) sayılı kararında ise, "Yargıtay, yabancı unsurun varlığından hareketle doğru olarak kanunlar ihtilafı hukuku alanına girmiş, ancak vasıflandırma meselesini, şekle uygulanacak hukuk alanına taşıyarak çözmeye çalışmıştır. Halbuki Yargıtay, önce senedin 6762 sayılı TTK m. 557 uyarınca kambiyo senedi niteliğinde olup olmadığını tespit etmesi gerekirdi. Senedin kambiyo senedi niteliğinde olduğu tespit edildikten sonra, keşidecinin imzasının bir şekil problemi teşkil ettiği, dolayısıyla senedin şeklen geçerli olup olmadığı yönünde bir soruna karşı karşıya olduğunu belirlemeliydi. Ve artık bu problemi, lex fori'ye göre değil de, şekle ilişkin özel bir düzenleme getiren 6762 sayılı TTK m. 679'a göre çözmesi gerekirdi. Çünkü, burada artık vasıflandırma işlemi sona ermiş, kanunlar ihtilafı hukukunun diğer genel problemi olan şekle uygulanacak hukuk probleminin sahasına girilmiştir. Keza, 679. madde uyarınca bu uyumsuzluğa senedin tanzim edildiği yer hukuku, yani Alman hukuku uygulanacağından, mahkeme, Alman hukukunda böyle bir şartın aranıp aranmadığı araştırılmalı ve aranmıyorsa senedin geçerli olduğu yönünde bir karar vermeliydi". Kararın aynen eleştirisi için bkz. (Aygün (n 4) 106-107)

48 TTK m. 776 ve 777 hükümleri çerçevesinde, bononun hukuken geçerliliği için aranan zorunlu unsurlar ile alternatif zorunlu unsurlar hakkında bkz. Bölüm II. E. 1. d. Şekle uygulanacak hukukun Türk hukuku olması halinde.

49 Özdemir (n 3) 6. Aynı yönde, Aygün (n 3) 932-933 ve ilgili Yargıtay 12 HD, 22462/24968, 14.12.2005 kararı (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 21.08.2020).

50 Seviğ (n 40) 243; Aygün (n 3) 934.

51 Türk hukukunda kambiyo senetleri hukuku alanında Cenevre Konvansiyonları sistemi ve dolayısıyla kambiyo senetlerinin mücerretliği ilkesi kabul edilmiştir. Yargıtay HGK, 11.12.2018 tarihli ve E.2017/12-1155, K.2018/1892 sayılı kararında, "... O hâlde satım sözleşmesi kapsamında verildiği çekimsiz olan bononun tanzim tarihi ve bedeli ile fatura tarihi ve miktarı aynı olup, faturada satım bedelinin eşit taksitler hâlinde ödeneceği kararlaştırıldığına göre senedin teminat amaçlı olarak alacaklıya teslim edildiğinin kabulü gerekir. Bunun için senet veya fatura üzerinde senedin satım sözleşmesinin teminatı olarak verildiğine ilişkin bir kayıdın bulunmasına gerek yoktur. Hâl böyle olunca takip dayanağı bononun taraflar arasındaki ilişkinin teminatı olarak verildiği, TTK'nın 776/b maddesinde öngörülen mücerret borç ikrarını içermediği, tarafların sözleşme doğrultusunda edimlerini yerine getirip getirmediği dolayısıyla alacağın varlığı ve miktarının yargılamayı gerektirdiği anlaşılmalı yerel mahkemece Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır" şeklinde hüküm vermiştir.

52 Abuzer Kendigelen and İsmail Kırcı, *Kıymetli Evrak Hukuku* (1st edn, 2019) 164 ff; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya and N. Füsün Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (12th edn, 2019) 139.

kiymetli evrak niteliğinde bir bono vasfında kabul edilemez⁵³. Sonuç olarak, bir senedin Türk hukuku açısından kambiyo senedi olarak kabul edilebilmesi için, bu senedin kambiyo senetlerinin temel özelliklerini taşıması yeterlidir. Türk hukukunun aradığı şekil şartlarına uygun olmasa bile düzenlendiği yer hukukunun şekil açısından öngördüğü kayıtları taşıyan bir senet, Türk Hukuku açısından da kambiyo senedi olarak vasıflandırılabilir⁵⁴.

Eğer Türk hâkimi, bu senedin, Türk hukukuna göre kambiyo senedinin ve kiymetli evrakın genel özelliklerini taşıdığı ve çalışmamız özelinde bir bono⁵⁵ olduğu kanaatinde ise, yabancılık unsuru taşıyan bu bonoya ilişkin uyuşmazlıkları, Türk hukukunda yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği hukuklara göre çözümlenmesi gerekmektedir⁵⁶. Bu nedenledir ki, Türk hâkimi, bir sonraki aşamada, yabancılık unsuru taşıyan bu bonoya bağlı uyuşmazlıklar hakkında alt vasıflandırmalar yaparak⁵⁷, (1) bu bononun şeklen veya (2) ehliyet bakımından geçerli olup olmadığına uygulanacak hukuku ve (3) bononun hüküm ve sonuçlarına, başka bir ifadeyle, bono ile borçlanmanın esasına uygulanacak hukuku ayrı ayrı tespit etmelidir. Doktrinde *Aygün* tarafından kambiyo senetlerinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespiti için uygulanan bu metot, kanunlar ihtilafı metodolojisi ile birebir uyum içerisinde olduğundan, çalışmamızda da aynı metodoloji esas alınmıştır. Kambiyo senedinden doğan diğer uyuşmazlıklarda, örneğin, (4) bononun ödenmesine ilişkin uyuşmazlıklar, (5) kambiyo senedi ilişkisinden kaynaklanan sebepsiz zenginleşme davasında uygulanacak hukuk, (6) bononun kaybolması ve çalınması halinde açılacak iptal davasında ve alınacak tedbirlerde uygulanacak hukuk da ayrı ayrı tespit edilmelidir. Ancak bunlardan da önce, bonodan doğan hakların kullanılması ve korunması için yapılması gereken protesto dâhil tüm işlemlerin şekline uygulanacak hukuk ile hamilin diğer borçlulara karşı başvurma hakkının kullanılmasına ilişkin sürelerle uygulanacak hukuk ele alınmalıdır.

Vasıflandırma alanında karşılaşılabilecek bir diğer husus, kambiyo senetleri alanına ilişkin olmak üzere, bazı hukuk sistemlerinde düzenleme altına alınan, ancak diğer hukuk sistemlerinde bilinmeyen kambiyo senedi türlerinin söz konusu olmasıdır. Bu duruma başka yabancı hukuk düzenlerinde bilinmeyen, sadece İsviçre ve Türk hukukuna özgü olan ve kanunda belirtilen şartları taşımaları halinde poliçe hükmünde kabul edilen emre yazılı havale ile bono hükmünde kabul edilen emre yazılı ödeme vaadine, poliçe ve bonoya ilişkin hükümlerin uygulanması, örnek olarak

53 Aynı yönde *Aygün* (n 4) 106.

54 Özdemir (n 3) 7; *Aygün* (n 4) 107.

55 Doktrinde, *Aygün*, kambiyo senedi hukukundaki bu vasıflandırmayı, “iki aşamalı vasıflandırma” nitelendirmektedir (*Aygün* (n 3) 932; *Aygün* (n 4) 30, 105-106).

56 Seviğ (n 40) 246, dn.4.

57 Aynı yönde *Aygün* (n 3) 934-935.

gösterilebilir⁵⁸. Çalışmamızın konusunu oluşturan bonoya ilişkin hükümler, TTK m. 830'da düzenlenen emre yazılı ödeme vaadi açısından da uygulanacaktır.

Emre yazılı ödeme vaadi, bono kelimesini içermeyen fakat açıkça emre yazılı olarak ihdas edilip bonoda aranan diğer unsurları içeren bir senettir⁵⁹. Dolayısıyla adi bir alacağın emre yazılması şeklinde kabul edilir⁶⁰. Yani, her bono bir emre yazılı ödeme vaadi olmakla birlikte, her emre yazılı ödeme vaadi bono olmayabilir. Bono Türkçe'den başka bir dilde düzenlenmişse o dilde ödeme vaadini belirten "ödeyeceğim" ibaresinin ve yazıldığı dildeki "bono" anlamına gelen kelimenin kullanılmış olması zorunludur⁶¹. TTK'da bono veya emre yazılı senet kelimesi hariç diğer tüm unsurları barındıran bir senet, açıkça emre yazılı düzenlenmek kaydıyla "emre yazılı ödeme vaadi" sayılmıştır (TTK m. 830/f.1). Emre yazılı ödeme vaadi bono ile eşdeğer kabul edilmekle birlikte, araya girme suretiyle ödemeye ilişkin hükümler bu senetler hakkında uygulanamayacak ve ödenmeme halinde bu senetler kambiyo senetlerine özgü takibe konu edilemeyecektir (TTK m. 830/f.2)⁶². Emre yazılı ödeme vaadi yabancılık unsuru taşıdığına da, yabancılık unsuru taşıyan bonoya ilişkin uyumsuzlukların çözümünde uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilafı kuralları, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, emre yazılı ödeme vaadi bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

II. Bono İle Borçlanmanın Esasına ve Bononun Geçerliliğine Uygulanacak Hukukların Tespiti

Bono ile borçlanmanın esasına uygulanacak hukuk incelenmeden önce, bonodan doğan hakların korunmasına, diğer borçlulara başvuru hakkının doğması için (protesto dâhil) hamilin keşideciye yönelik olarak öncelikle yapması gereken işlemlerin şekline uygulanacak hukuk ile başvurma hakkının kullanılmasına ilişkin sürelerle özellikle zamanaşımı meselesine uygulanacak hukuk incelenecek ve sonrasında bono ile borçlanmanın esasına uygulanacak hukuk ile bononun şekil ve ehliyet bakımından geçerliliğe uygulanacak hukuk incelenecektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yabancılık unsuru taşıyan bono ile borçlanmanın esasına veya bononun geçerliliğine ilişkin uyumsuzluklarda uygulanacak hukuk, Türk hukuku ise Türk maddi hukuk kuralları uygulanarak uyumsuzluk çözümlenecektir. Ancak, uygulanacak hukuk, yabancı bir hukuk ise, bu hukukun maddi hukuk kurallarının mı yoksa kanunlar ihtilafı kuralları dâhil tüm hukuk düzeninin mi uygulanacağı sorusu cevaplanmalıdır. Milletlerarası özel hukukta, bu mesele, atıf

58 Aygün (n 4) 30-31; Aygün (n 3) 932-933.

59 Reha Poroy and Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları* (23th edn, 2018) 307.

60 *ibid* 307.

61 Kendigelen and Kırcı (n 52) 164; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 52) 140-141.

62 Benzer yönde, Aygün (n 3) 932-933. Bono hükmünde kabul edilen "emre yazılı ödeme vaadi" ile poliçe hükmünde kabul edilen "emre yazılı havale" hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fırat Öztan, 'Kambiyo Senetlerine Benzeyen Senetler' (1975) (*M. Koloğlu Armağanı*) 547 ff.

meselesi olarak adlandırılmakta ve atıf, maddi hukuk atfı ve külli atıf olarak iki şekilde açıklanmaktadır. Maddi hukuk atfı, yabancılık unsuru taşıyan hukuki ilişki veya işlem hakkındaki uyuşmazlığa uygulanacak hukuk olarak, hâkimin hukukunun (*lex fori*) kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanması olarak anlaşılmalıdır. Külli atıf ise, hâkimin hukukunun (*lex fori*) kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukukun uygulanması olarak anlaşılmalıdır⁶³. Külli atıf durumunda, hukukuna gönderme yapılan yabancı hukukun (*lex causae*) kanunlar ihtilafı kuralları, kendi hukukunun maddi hukukuna veya hâkimin maddi hukukuna (iade atıf) veya bu hukuklar dışında başka bir devletin maddi hukukuna gönderme (devam eden atıf) yapması söz konusu olabilir⁶⁴. Her devlet milletlerarası özel hukukunda maddi hukuk atfı veya külli atıf yönündeki tercihini belirler.

Türk hukukunda, 5718 sayılı MÖHUK m.2/f.3 hükmünde, sadece şahsın hukuku ve aile hukuku meselelerinde tek dereceli atıf sisteminin uygulanması kabul edilmiştir⁶⁵. Diğer yandan TTK’de kambiyo senetleri ile borçlanma ehliyetine uygulanacak hukuka⁶⁶ ilişkin TTK m.766 hükmü dışında, hiçbir konuda atıf teorisi kabul edilmemiştir⁶⁷. TTK m.766/f.1 hükmünde açıkça ehliyet konusunda atfın uygulanacağı kabul edilmeseydi dahi, genel kanun olması itibarıyla, 5718 sayılı MÖHUK m. 2/f.3 gereği, ehliyet meselesinde külli atıf prensibi uygulanacak; bunun dışındaki meselelerde atıf teorisi uygulanmayacak idi. Bu nedenle, belirtmek gerekir ki, kambiyo senetleri ile borçlanma ehliyetine uygulanacak hukuk dışında, kambiyo senetlerine ilişkin yabancılık unsuru taşıyan herhangi bir konuda uyuşmazlık söz konusu olduğunda, kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği hukuk yabancı hukuk olsa da, bu yabancı hukukun maddi hukuk kuralları uygulanacaktır.

Somut olaya yabancı hukukun uygulanması neticesinde ulaşılan sonucun⁶⁸, Türk kamu düzenine (*public policy*) açıkça aykırı olması halinde, yabancı hukukun uygulanmayacağı, bunun yerine Türk hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir (MÖHUK m. 5). 5718 sayılı MÖHUK’un 5.maddesi, aynen, “*Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır*” şeklindedir. Bu hüküm çerçevesinde, yabancı hukukunun somut olaya uygulanması sonucunda

63 Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 13) 52 ff.

64 Çelikel and Erdem (n 13) 106 ff; Nomer (n 13), 145 ff; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 13) 52 ff; Doğan (n 13) 222 ff.

65 Nomer (n 13) 150; Yılmaz (n 3) 273-274; Tekinalp (n 23) 42-43; Çelikel and Erdem (n 13) 127-128. 2675 sayılı MÖHUK uyarınca her durumda atıf prensibinin uygulanması hakkında bkz. Aysel Çelikel, ‘Türk Milletlerarası Özel Hukukunda “Atıf” Prensibinin Uygulanması’ (1983) (2) MHB 1; Aygün (n 4) 34.

66 Poroy and Tekinalp (n 59) 293-294.

67 Detaylı bilgi için bkz. Aygün (n 3) 936-938. Osman Fazıl Berki, ‘Kambiyo Senetlerinde Ehliyetten Doğan İhtilaf’ (1961) (V.1, N.2) BATİDER, 146-147; Muammer Raşit Seviğ and Vedat Raşit Seviğ, Devletler Hususi Hukuku (3rd edn, 1992) 396-398. Yılmaz (n 3) 273; Özdemir (n 3) 25-26.

68 Çelikel and Erdem (n 13) 147-148.

ortaya çıkan somut sonuç Türk kamu düzenini, örneğin kambiyo senedi hukukunda ilgili konuya ilişkin kabul edilmiş olan temel prensipleri, açıkça ve tahammül edilemez bir biçimde ihlal ediyor ise, Türk mahkemesi, yabancı hukuk yerine Türk hukukunu uygulayarak karar verebilir⁶⁹. Ancak yabancı hukukun uygulanmasına Türk kamu düzeninin engel olması hükmü istisnaidir ve uygulandığında gerekçelendirilmelidir. Yargıtay uygulaması incelendiğinde, yabancılık unsuru taşıyan aile hukuku ilişkilerinde Türk kamu düzeninin yabancı hukuka müdahalesinin daha fazla olduğu ancak yabancılık unsuru taşıyan borçlar hukuku/ticaret hukuku ilişkilerinde Türk kamu düzeni müdahalesinin çok az ve çok istisnai durumlarda olduğu görülmektedir. Yabancılık unsuru taşıyan borçlar hukuku veya ticaret hukuku ilişkilerinde Türk kamu düzeni müdahalesinin yabancı hukukta zamanaşımının veya hak düşürücü sürelerin çok kısa veya çok uzun düzenlendiği veya hiç düzenlenmediği hallerde devreye girdiği tespit edilmektedir⁷⁰.

Türk milletlerarası özel hukukunda, doğrudan uygulanan kural (*overriding mandatory rules*) olarak kabul edilen bir hukuk kuralının varlığı halinde ise, yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlık söz konusu olsa dahi, kanunlar ihtilafı methodu (ihtilafçı metod) ve dolayısıyla, yabancı hukuk hiçbir şekilde uygulanmayıp, doğrudan Türk hukukunun ilgili maddesi uygulanır (5718 sayılı MÖHUK m.6)⁷¹. 5718 sayılı MÖHUK'un 6.maddesi, aynen, “Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde o kural uygulanır” şeklindedir. Türk hukukunda doğrudan uygulanan kurallar *lex fori*'nin, *lex causae*'nin ve sözleşme ile sıkı ilişkili üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları olarak üç kategoride incelenmektedir. Ancak, kambiyo senedi niteliğinde kıymetli evrakta sözleşmesel ilişki yerine, kambiyo senedi ilişkisi ön planda olduğundan MÖHUK'un sözleşmelere uygulanacak hukuk kısmında 31. madde hükmünde yer verilen üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıma hükmü bonodan kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulmayacak, buna karşın, MÖHUK m. 6 hükmü çerçevesinde Türk hukukunun (*lex fori*) doğrudan uygulanan kuralları her zaman uygulanacaktır. Bununla birlikte, kambiyo ilişkisine uygulanacağı tespit edilen hukukun doğrudan uygulanan kuralları ise, her zaman uygulanacak hukukun bir parçası olarak uygulama alanı bulacaktır⁷². Türk kambiyo hukukunda çeklere ilişkin doğrudan uygulanan kurallar bulunmakta ancak bonolara ilişkin olarak doğrudan uygulanan kurala rastlanmadığını belirtmek gerekir.

69 Çelikel and Erdem (n 13) 147-148; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, (n 13) 71 ff.

70 Çelikel and Erdem (n 13) 147 ff; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 13) 71 ff.

71 Doğrudan uygulanan kurallar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hatice Özdemir Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, (1st edn, Galatasaray Üniversitesi 2001) 19 vd.; Tekinalp (n 23) 56-57; Çelikel and Erdem (n 13) 314-315; Bilgin Tiryakioğlu, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk* (1st edn, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1996) 79.

72 Çelikel and Erdem (n 13) 314-315; Tekinalp (n 23) 56-57.

A. Bonodan Doğan Hakların Kullanılması ve Korunması, Diğer Borçlulara Başvuru Hakkının Doğması İçin (Protesto Dâhil) Hamilin Keşideciye Yönelik Olarak Öncelikle Yapması Gereken İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk

Bonodan doğan hakların kullanılması için senedin vadesinin gelmesi yeterli değildir; buna ilaveten, bononun ödenmek üzere asıl borçluya ibrazı da gerekmektedir. Asıl borçluya ibraz üzerine bono bedeli ödenmediğinde, hamil (alacaklı) asıl borçluya (keşideci) protesto çekilmesi dâhil ilgili hukuklarda öngörülen benzeri işlemleri yapmalıdır.

TTK m. 768 hükmü uyarınca, “(1) *Protestonun şekli ve protesto çekilmesi için belirli olan sürelerle poliçeden doğan hakların kullanılması veya korunması için gerekli diğer işlemlerin şekli, protestonun çekilmesi veya işlemin yapılması gereken ülkenin hukukuna göre belirlenir*”. Buna göre, bonodan doğan hakların kullanılması ve korunması için gerekli **işlemlerin ve protestonun çekilmesinin şekline ve protesto çekilme süresine** uygulanacak hukuk, protestonun çekilmesi veya işlemin yapılması gereken devletin hukukuna (**LRA**) göre belirlenir.

TTK m. 768’e göre, şekil kavramına dâhil olan ve yapıldığı yer hukukunun öngördüğü şartlara tabi olması gereken hususlar, protestonun ne şekilde düzenleneceği, kapsamında yer alması gereken hususlar, protestonun çekilmesi için belirli olan süreler, noter gibi resmi bir merciinin katılımının gerekli olup olmadığı, protesto yerine geçebilecek başka bir işlemin söz konusu olup olmadığı, işlemlerin nerede yapılabileceği gibi hususlardır⁷³. Bu durumda da Türk mahkemesi, borçluların yerleşim yeri veya idare merkezinin nerede olduğunu tespit ederek, protestonun çekilmesi veya işlemin yapılması gereken yeri belirleyecek, protestonun şekli ile bonodan doğan hakların kullanılması ve korunması için gerekli işlemlerin o yer hukukuna uygun olarak yapılıp yapılmadığına bakacaktır⁷⁴.

TTK m. 768’de yer alan “poliçeden doğan hakların kullanılması veya muhafazası için gerekli işlemler” ifadesiyle, protesto dışında, senedin **ödeme için asıl borçluya (keşideci) ibrazı**⁷⁵, ödemenin reddi halinde durumun diğer senet borçlularına bildirilmesi (ihbar) gibi işlemler kastedilmektedir⁷⁶.

Kambiyo senetlerine özgü müracaat haklarının kullanılması ve korunması için gerekli olan işlemlerden, protesto çekilmesi, bononun kabul ve ödenmek üzere ibrazı ve ihbarın yapılması, başvurma hakkının kullanılmasının şekli şartlarıyla ilgilidir⁷⁷ ve

73 Hayri Domaniç, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. IV: Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulanması* (Beta 1990) 454; Özdemir (n 3) 146; Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2nd edn, Turhan 1997) 953; Aygün (n 4) 124.

74 Öztan (n 73) 953; Aygün (n 3) 963-964; Aygün (n 4) 125.

75 Hamilin diğer borçlulara karşı başvuru haklarını kullanabilmesi için öncelikle senedi ödenmesi için muhataba (asıl borçlu) ibrazı gerekir. Ödeme için ibraz hakkında detaylı bilgi için bkz Aygün (n 4) 142-143.

76 Domaniç (n 73) 454; Özdemir (n 3) 146; Öztan (n 73) 953; Aygün (n 4) 125.

77 Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 52) 226.

bu işlemlerle de ilgili olarak, TTK m. 768 hükmünde belirlenen *LRA* kuralı uygulanır (TTK m.778/1/j).

Doktrinde *Aygün*, işlemi yapan kişinin işlemi hızla, güvenle ve kolaylıkla yapmasını sağlamak için, protesto ve poliçeden (kıyasen bonodan) doğan hakların kullanılması için gerekli diğer işlemlerin şekli hakkında *LRA*'nın tercih edildiğini belirtmektedir⁷⁸. Zira, *LRA* dışında başka bir hukukun yetkili olması ihtimalinde, bu hukukun aradığı şartlar, işlemin yapıldığı yerde gerçekleşmiyorsa, örneğin, bononun düzenlendiği yer hukuku, protesto çekilmesi için resmî memurun varlığı şartını arıyor, fakat hamilin protesto çekeceği yerde bu işler için resmî memur bulunmuyorsa, şekil yönünden geçerli bir protesto çekilebilmesi mümkün olmayacaktır⁷⁹.

Aynı gerekçelerle, ihbarın gönderildiği yer ile ihbarın alındığı yerin farklı ülkeler olması halinde, ihbarın şekil ve süre bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk olarak ihbarın gönderildiği yer hukukunun tercih edilmesi gerekmektedir. İhbarı gönderen kişinin protestonun ulaşacağı ülkenin kurallarına uyması beklenmemelidir⁸⁰.

Buna karşılık, protestodan muafiyete ilişkin bir kaydın geçerliliği, bononun esasına uygulanacak hukuka (TTK m.770) göre, asıl borçlu (bonoyu düzenleyen kişi) bakımından ödeme yeri hukukuna, her müracaat borçlusu bakımından ise, birbirinden bağımsız olarak **borçlanmanın yapıldığı (imzalandığı) yer** hukukuna göre tayin edilir⁸¹.

Başvurma hakkının kullanılabilmesi için ne tür işlemlerin yapılması gerektiği ve bu işlemlerin zorunlu olup olmadığı, zorunlu ise, bu zorunluluğa uymamanın sonuçları da bononun esas hakkında uygulanacak hukuka (TTK m.770) göre⁸² tespit edilir⁸³.

Protestonun çekilmesi için belirli olan süreler de TTK m. 768'in kapsamında yer almaktadır. **Kanaatimizce senedin ödeme için ibraz süresi hakkında da TTK m. 768 hükmü uygulanmalıdır.** TTK m. 768'de, protesto dışında, bonodan doğan hakların kullanılması veya muhafazasına yarayan diğer işlemlerde, hak düşürücü⁸⁴ sürelerle ilişkin herhangi bir ifade kullanılmamaktadır. Bizim de katıldığımız, bu işlemlerin de yapıldıkları yer kanununun öngördüğü sürelerle tâbi olması gerektiği yönündeki görüş, doktrinde ağırlıklı olarak kabul görmektedir⁸⁵.

Bonodan doğan hakların korunması için kanunun gerekli gördüğü işlemlerin

78 *Aygün* (n 4) 125.

79 *Aygün* (n 4) 125.

80 *Özdemir* (n 3) 147. Aynı yönde *Aygün* (n 4) 125-126.

81 *Aygün* (n 3) 964; *Aygün* (n 4) 130.

82 Bkz. Bölüm II, C.

83 *Kınacıoğlu* (n 94) 255; *Aygün* (n 4) 129; *Aygün* (n 3) 956.

84 Kavram için bkz. *Yılmaz* (n 3) 285-286. Bononun ödenmek için ibrazı sürelerinin de hak düşürücü süre olduğu hakkında bkz. *Öztan* (n 73) 706.

85 Sürelerin *LRA* kuralına tabi tutulmasının daha elverişli olacağı yönünde *Arminjon*'un görüşü hakkında bkz. *Seviğ* (no 40) 250; *Özdemir* (n 3) 146 ff; *Aygün* (n 3) 963-964; *Aygün* (n 4) 125.

öngörülen sürede yapılması durumunda, bonodan doğan hakka bağlı olarak talepte bulunulabilmesi için zamanaşımı⁸⁶ süresi hakkında ise, 5718 sayılı MÖHUK m. 8 hükmü atfıyla, kambiyo ilişkisinin esasına uygulanacak hukuk / bono ile borçlanmanın esasına uygulanacak hukuka ilişkin TTK m. 770 hükmü uygulanmalıdır⁸⁷. Sonuç olarak, poliçe ve bonoda, hamilin asıl borçluya yöneltilecek talep haklarının tabi olduğu zamanaşımı süresi, TTK m.770/f.1'e **ödeme yeri hukukuna göre** tespit edilir⁸⁸. Uyuşmazlık konusu senette, ödeme yeri ve senedin düzenlendiği yer belirtilmemişse TTK m. 777/f.3 ve TTK m. 777/f.4 hükümlerinden faydalanılır. TTK m. 777/f.3 hükmü uyarınca senette ödeme yerinin gösterilmemiş olması halinde “düzenleme yeri” (bononun tanzim ve imza edildiği yer), “ödeme yeri” olarak kabul edilir. Düzenlendiği yer gösterilmeyen bono, düzenleyeninin adının yanında yazılı olan yerde düzenlenmiş sayılır (TTK m. 777/f.4).

B. Hamilin Diğer Borçlulara Karşı Başvurma Hakkını Kullanmasına İlişkin Sürelere Uygulanacak Hukuk

TTK m.769 hükmüne göre, başvurma hakkının kullanılması için uyulması gereken süreler (hak düşürücü süre⁸⁹), “bütün borçlular hakkında”, **bononun düzenlendiği yerde** (düzenleyeninin borçlanmasını imzaladığı yer) geçerli olan hukuka göre belirlenir.

Bononun ödeme için usulüne uygun bir biçimde ibrazından sonra bonoda kayıtlı bedelin asıl borçlu (keşideci) tarafından kısmen veya tamamen ödenmemesi üzerine, **hamil** (alacaklı), gerekli maddi ve şekli koşulları yerine getirmek şartıyla bonoda imzası bulunan ve tedavül zincirinde kendisinden önce gelen borçlulara karşı başvurma hakkı kazanır⁹⁰. Başvurma hakkı, bonodan dolayı sorumluluk altına girmiş keşideci dışında diğer borçlulara karşı yöneltilebilecek “kambiyo senedine bağlı ve özgü” bir talep hakkıdır⁹¹.

Birden fazla borçlunun olduğu durumlarda, bono hamilinin (alacaklının) her bir borçlu için hangi müracaat süresinden yararlanabileceğini hesaplaması güçlük arz edeceğinden, bütün borçlulara müracaat süresi, tek bir hukuka (senedin düzenlendiği yer hukuku) tabi tutulmuştur⁹².

Görüldüğü üzere, TTK m. 769'da yer alan “başvuru hakları” kavramı, alacaklının, **asıl borçlu (bonoda senedi tanzim ve imza eden keşideci)** hariç olmak üzere, bonodan

86 Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 52) 250, 252, 254; Kendigelen and Kırca (n 52) 262.

87 Çekler hakkında aynı yönde tespitler için bkz. Yılmaz (n 3) 287; Aygün (n 3) 968-969.

88 Öztan (n 73) 948; Özdemir (n 3) 83; Aygün (n 4) 128; Yılmaz (n 3) 287. Çekler hakkında aynı yönde tespitler için bkz. Aygün (n 3) 967.

89 Yılmaz (n 3) 285 ff.

90 Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 52) 218; Kendigelen and Kırca (n 52) 260.

91 Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 52) 218.

92 Bu birleştirici kuralın isabetli olduğu hakkında bkz. Öztan (n 73) 948; Seviğ (n 40) 250. Sürelerin *LRA* kuralına tabi tutulmasının daha elverişli olacağı yönünde *Arminjon*'un görüşü hakkında bkz. Seviğ (n 40) 249-250.

dolayı sorumluluk altına girmiş bütün borçlulara karşı yöneltebileceği talep haklarını ifade eder. Dolayısıyla, burada söz konusu olan süreler, TTK m.768'nin kapsamında yer alan bononun asıl borçluya (keşideci) ibrazı ve gerektiğinde protesto çekilmesi için öngörülen süreler değildir, onlarla karıştırılmamalıdır⁹³. Doktrinde *Aygün*, TTK m. 769'a karşılık gelen Cenevre Konvansiyonu'nun 5. maddesinde, başvuru haklarının kullanılması için gerekli olan sürelerin anlamı ve içeriğinin her türlü tereddüdü ortadan kaldıracak şekilde hükme bağlanmış olduğunu, bu sürelerin asıl borçlu dışındaki borçlulara yöneltilen talep haklarına ilişkin süreler olduğunu ve bu sürelerle zaman aşımı sürelerinin de dâhil olduğunu ifade etmektedir⁹⁴. Doktrinde *Aygün*'e göre, **asıl borçluya yöneltilen talep hakkı dışında kalan taleplere ilişkin zaman aşımı süreleri**, her bir taahhüdün imzalandığı yer hukukuna değil, özel kanunlar ihtilafı kuralı olan **TTK m. 769'a göre, bononun düzenlendiği yer hukukuna tâbi** olacaktır⁹⁵. Buna karşılık, asıl borçluya yöneltilen talep haklarının tabi olduğu zaman aşımı süresi, özel kanunlar ihtilafı kuralı olan TTK m. 770'e göre tespit edilecektir. Kanaatimizce, zaman aşımı süreleri konusunda TTK m. 770 hükmünden ayrılmaya gerek yoktur⁹⁶, zira başvuru hakkının zaman aşımına uğraması için öncelikle müracaat hakkının doğması gerekmektedir⁹⁷; ancak TTK m. 770'in bu durumda uygulanmasının muhtemel sonucu olarak, taahhüdün imzaladığı yer kanununa dayanılarak (TTK m.770/f.2) süresi içinde kendisine müracaat olunan bir müracaat borçlusunun, kendinden önce gelenlere başvurabilme imkânı, bu kişilerin taahhütlerini imzaladıkları yerde daha kısa müracaat sürelerinin uygulanması sebebiyle ortadan kalkabileceğinden⁹⁸, bu yönde birleştirici bir kuralın uygulanması makul görünmektedir.

C. Bono ile Borçlanmanın Esasına Uygulanacak Hukuk

Yabancılık unsuru taşıyan ve hâkim tarafından kambiyo senetlerinin müşterek özelliklerini taşıdığı için kambiyo senedi ve bono olarak vasıflandırılan senette, bono ile borçlanmanın esasına başka bir ifadeyle kambiyo taahhütlerinin hüküm ve sonuçlarına uygulanacak hukuk, TTK m. 770 hükmü uyarınca belirlenir.

Bono ile borçlanmanın hüküm ve sonuçlarına uygulanacak hukuk kapsamında yer alan konulara örnek olarak, bono borçlusunun sorumluluğunun türü ve kapsamı,

93 Öztan (n 73) 948.

94 Aygün (n 4) 126. Doktrinde, zaman aşımı sürelerinin durmasına veya kesilmesine ilişkin sebeplerin tespiti, Cenevre Konvansiyonu'nun II numaralı ekinin 17. maddesine göre, âkit devletlere bırakıldığı, bu nedenle, poliçe ve bonoda zaman aşımı sürelerinin durması veya kesilmesine ilişkin yabancı unsurlu uyumsuzluklarda *lex fori*'nin hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmektedir (Aygün (n 4) 128; Naci Kınacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku* (5th edn, Nobel Yayıncılık 1999), s. 255; Öztan (n 73) 949).

95 Seviğ (n 40) 256; Domaniç (n 73) 455; Nomer (n 13) 222-223; Tekinalp (n 23) 111-112; Aygün (n 4) 127-128; Öztan (n 73) 948. Aynı yönde Yargıtay 11. HD 3552/4774 sayılı, 15.06.11990 tarihli kararı hakkında bkz. Gönen Eriş, Açıklamalı İçtihatlı Uygulamalı Çek Hukuku (5th edn, 2004) 459 vd.

96 Aynı yönde, Yılmaz (n 3) 286-287; .

97 Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku, III Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)* (Ankara 1970) 303 not 75; Yılmaz (n 3) 286-287.

98 Tespit için bkz. Öztan (n 73) 947-948; Aygün (n 4) 128-129.

def'ilerin ileri sürülüp sürülemediği⁹⁹, bono ile borç altına giren şahısların bonoda bazı kayıtlara (örneğin faiz şartı) yer verip veremeyecekleri¹⁰⁰, **bonodan doğan hakların korunması ve kullanılması için protesto çekmek gibi bazı işlemler yapılması gerekip gerekmediği, gerekli ise, yapılmadığı takdirde sonuçları, protestodan muafiyet kaydının geçerliliği, iyi niyetle senedin iktisabı, senedin zilyetliğinin devri, bononun şekil eksikliği dışında ne gibi nedenlerle iptalinin veya butlanının talep olunabileceği** gibi bono borçlusunun sorumluluğunu ilgilendiren tüm hususlar gösterilebilir¹⁰¹.

Bir bonoyu düzenleyen kimsenin borçlanmalarından doğan sonuçlar, **ödeme yeri hukukuna tabidir** (TTK m. 770/f.1, TTK m. 778/f.1-j). TTK m. 777/f.3 hükmü uyarınca senette ödeme yerinin gösterilmemiş olması halinde “düzenleme yeri” (bononun tanzim ve imza edildiği yer), “ödeme yeri” olarak kabul edilir.

Bonodaki diğer borçluların borçlanmalarının hüküm ve sonuçlarına uygulanacak hukuk, bu borçlanmalar hangi devlette imza edilmiş ise (taahhütlerin imza yeri) o devletin hukukudur (TTK m. 770/f.2, TTK m. 778/f.1-j)¹⁰².

TTK'nın 770/f.1 ve f.2 hükümlerinde, Cenevre Konvansiyonları sisteminde kambiyo senetlerine uygulanacak hukuk bakımından ikili bağlama kuralı kabul edilmiştir (Konvansiyon m.4); bono borçlusunun taahhüdünden doğan sonuçlar, ödeme yeri hukukuna tabi tutularak “taahhütlerin birliği”, diğer borçluların taahhütlerinin sonuçları ise her bir taahhüt imza yeri hukukuna tabi tutulduğundan “taahhütlerin bağımsızlığı” esası benimsenmiştir¹⁰³.

Bir bonoyu düzenleyen kimsenin (asıl borçlu) borçlanmalarından doğan hüküm ve sonuçlar, ödeme yeri hukukuna tabidir (TTK m. 770/f.1, TTK m. 778/f.1-j). Türk kambiyo hukukunda uyuşmazlık konusu bonoda, ödeme yeri belirtilmemişse, ödeme yerinin tespitine ilişkin yasal düzenleme şu şekildedir: “*Açıklık bulunmadığı takdirde, senedin düzenlendiği yer ödeme yeri ve aynı zamanda düzenleyenin yerleşim yeri kabul edilir* (TTK m.777/f.3)”; “*Düzenlendiği yer gösterilmeyen bono, düzenleyenin adının yanında yazılı olan yerde düzenlenmiş sayılır* (TTK m. 777/f.4)”. Bu kapsamda, bonoyu tanzim eden şahsın yükümlülükleri, aleyhine açılacak davanın zamanaşımı süresi, zamanaşımına rağmen sebepsiz zenginleşmeleri dolayısıyla takip edilip edilmeyecekleri, sorumlu oldukları gecikme faiz oranlarının tespiti gibi konular ödeme yeri hukukuna göre belirlenecektir¹⁰⁴. Bağlama noktası olarak “ödeme yeri”,

99 Seviğ (n 40) 251; Aygün (n 4) 129-130.

100 Seviğ (n 40) 252-253; Aygün (n 4) 130.

101 Kınacıoğlu (n 94) 255; Aygün (n 4) 129; Aygün (n 3) 956.

102 Özdemir (n 3) 81, dn. 55.

103 Aygün (n 4) 130; Altıparmak (n 4) 27. Doktrinde, TTK m. 770 hükmünün emredici nitelikte olmadığı ve tarafların kambiyo taahhütlerinin hükümlerine uygulanacak hukuku kendi aralarında kararlaştırmalarının mümkün olduğu, bunun ispatlanması gerektiği, iyi niyetli hamilin korunacağı belirtilmektedir (Öztan (n 73) 963; Domaniç (n 73) 455).

104 Özdemir (n 3) 83.

kural olarak, *lex fori*'ye göre tespit edilecektir¹⁰⁵. Uyuşmazlık konusu senette, ödeme yeri ve senedin düzenlendiği yer belirtilmemişse TTK m. 777/f.3 ve TTK m. 777/f.4 hükümlerinden faydalanılır. O halde TTK m. 770/f.1 hükmünün uygulanması neticesinde, bonoyu düzenleyen kimsenin borçlanmalarından doğan hukuki sonuçlar hakkında ödeme yeri, ödeme yeri gösterilmemişse, senedin düzenlendiği yer (bononun tanzim ve imza edildiği yer, keşide yeri), düzenleyenin adının yanında yazılı olan yer, ödeme yeri ve düzenleyenin yerleşim yeri olarak kabul edilir ve uygulanacak hukuk olarak karşımıza çıkar. Türk hukukunda bonoda bulunması zorunlu unsurlardan sayılan “ödeme yeri” nin belirtilmesinin zorunlu olup olmadığı ve bu yerin ne şekilde tespit edileceği ise, bononun şeklen geçerliliğine ilişkin bir mesele olup, TTK m. 767/f.1 uyarınca, taahhüdün yapıldığı yer (*LRA*, bononun tanzim ve imza edildiği yer, keşide yeri) hukukuna göre tespit edilir¹⁰⁶.

Bonoda (asıl borçlu dışında) diğer borçluların borçlanmalarının hüküm ve sonuçlarına uygulanacak hukuk olarak, yine imzaların istiklali prensibinin bir yansıması olarak, “**borçlanmaların yapıldığı yer (taahhütlerin imzalandığı yer) hukuku**”nun uygulanması kabul edilmiştir¹⁰⁷ (TTK m. 770/f.2). Türk mahkemesinde açılan davada, bonoda borçlanmanın yapıldığı yer (imza yeri) yabancı bir devlet ise Türk hâkimi tüm bu hususlar hakkında da imza yeri olan yabancı devlet hukukunu uygulayarak karar vermek zorundadır. Ancak bazı hallerde imzaların (taahhütlerin) bağımsızlığı ilkesinin uygulanmaması gerektiği kabul edilmektedir. Örneğin, senet üzerinde bulunan kayıtların yorumunda, bu kayıtların yazıldığı yer hukukuna göre yorumlanmasının uygun olduğu, sonraki tüm borçlular açısından taahhütte buldukları yer hukukuna göre yorumlanmasının uygun olmadığı savunulmaktadır¹⁰⁸.

D. Bono ile Ödemeye Uygulanacak Hukuk

Cenevre Konvansiyonu'nun, kanunlar ihtilafı düzenlemelerinde, kambiyo senetlerinin ödenmesine uygulanacak hukukun (ödeme için ibraz¹⁰⁹, ödeme zamanı, ödeme yapılacak yabancı para cinsinin belirlenmesi hakkında yetkili hukuk¹¹⁰)¹¹¹ düzenlenmemiş olmasına karşın, TTK m. 768, TTK m. 771 ve TTK m.772 hükümlerinde bu hususların düzenlenmiş olması olumludur. Vade geldiğinde ödeme,

105 Aygün (n 4) 132.

106 Aynı yönde, Özdemir (n 3) 88; Aygün (n 4) 133.

107 Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 52) 350; Özdemir (n 3) 89-90; Aygün (n 4) 129-130; Altıparmak (n 4) 25-27. Bonoyu tanzim edenin, cirantaların ve diğer borçluların taahhütleri yönünden ayrıntılı inceleme ve örnekler için bkz. Aygün (n 4) 134-137.

108 Seviğ (n 40) 253.

109 Bu konuda bkz. Bölüm II, A.

110 Ayrıntılı bilgi için bkz. Aygün (n 4) 145-146.

Yabancı para birimi üzerinden kambiyo taahhüdünde bulunulup bulunulamayacağı bu hükmün uygulama alanına girmez, TTK m. 767 hükmü kapsamında, şekle ilişkin bir meseledir. Bu konuda bkz. Bölüm II, E .1. Şekil Bakımından Geçerlilik.

111 Aygün (n 4) 142.

özellikle **vadenin geldiği günün ve ödeme tarihinin hesaplanması**, bedeli yabancı bir ülke parasıyla gösterilmiş bonoda yazan bedelin ödenmesi, “bono bedeli hangi ülkede ödenmesi gerekiyorsa (**ödeme yeri**)” o ülkedeki hukuka göre belirlenir (TTK m. 772)¹¹². Kısmi ödeme ve hamilin kısmi ödemeyi kabul yükümlülüğü açısından da, ödeme yeri hukuku uygulanacaktır (TTK m. 771; Cenevre Konvansiyonu m. 7)¹¹³. Buna karşın, “vade”¹¹⁴nin senette yazmasının zorunlu bir unsur olup olmadığı, vadenin nasıl tespit edileceği, bu şartlara aykırılık halinde ne olacağı gibi hususlar, bononun şeklen geçerliliğine ilişkin konular olup, TTK m. 767/f.1 uyarınca, taahhüdün yapıldığı yer (*LRA*, asıl borçlunun bonoyu tanzim ettiği, taahhüdünü yaptığı ve imza ettiği yer, keşide yeri) hukukuna göre tayin edilecektir¹¹⁵.

Cenevre Konvansiyonu’nun, kanunlar ihtilafı düzenlemelerinde, hamilin yükümlülüklerine uygulanacak hukuk da düzenlenmemiştir. TTK m. 774 hükmünde bu konunun da düzenlenmiş olması olumludur. TTK m. 774 hükmüne göre, bir **bono hamilinin (alacaklının), senedin düzenlenmesine sebep olan alacağı iktisap edip edemeyeceğini, senedin düzenlendiği yerdeki hukuk (keşide yeri)** belirler.

E. Bononun Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

1. Şekil Bakımından Geçerlilik

a. İmza Yeri Hukuku

6102 sayılı TTK’da yer alan bononun şekline uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilafı kuralı olan TTK m. 767 hükmünden hareketle bononun şeklen geçerliliği hakkında uygulanması gereken maddi hukuk kuralları tespit edilmelidir. Ancak öncelikle, bononun şekil kapsamına giren hususların belirlenmesinde fayda vardır. Kambiyo taahhüdünün şekliyle kastedilen, keşideci veya senet üzerine imza atan diğer şahısların taahhütlerinin geçerli olması için bulunması gereken unsurlardır¹¹⁶. Kambiyo senetlerinin içermesi gereken zorunlu unsurlar ile alternatif zorunlu unsurların neler

112 Özdemir (n 3) 122; Aygün (n 4) 143. Ayrıca “II- Sürelerin Hesabı” hakkında bkz. TTK m.706-707. Ayrıntılı bilgi için bkz Aygün (n 4) 143-146. “II - Sürelerin hesabı 1. Genel olarak MADDE 706- (1) Düzenlenme gününden veya görüldükten bir veya birkaç ay sonra ödenmek üzere düzenlenen bir poliçenin vadesi, ödemenin yapılması gereken ayın o günün karşılığı olan gününde gelmiş olur. Karşılığı olan gün bulunmadığı takdirde vade o ayın son günü gelmiş olur. (2) Bir poliçe, düzenlenme gününden veya görüldükten bir buçuk ay veya birkaç ay veya yarım ay sonra ödenmek üzere düzenlendiği takdirde, ilk önce tam aylar hesap edilir. (3) Vade olarak bir ayın başı, ortası veya sonu gösterilmişse, bunlardan ayın birinci, onbeşinci ve sonuncu günleri anlaşılır. (4) “Sekiz gün” veya “onbeş gün” ibarelerinden bir veya iki hafta değil, gerçek olarak sekiz veya onbeş günlük bir süre anlaşılır. (5) “Yarım ay” ibaresi onbeş günlük bir süreyi ifade eder. 2. Takvimlerin çatışması MADDE 707- (1) Belirli bir günde ödenecek bir poliçenin düzenlenme yeri ile ödeme yeri arasında takvim farkı bulunduğu takdirde, vade, ödeme yerinin takvimine göre belirlenmiş sayılır. (2) Takvimleri farklı olan iki yer arasında düzenlenen bir poliçe, düzenlenme gününden belirli bir süre sonra ödenecekse, düzenlenme günü, ödeme yerindeki takvim gününe dönüştürülmek suretiyle vade hesap edilir. (3) Poliçelerin ibraz sürelerinin hesabında da birinci ve ikinci fıkraya hükümleri uygulanır. (4) Poliçedeki bir kayıttan veya poliçenin içeriğinden, amacın başka olduğu anlaşılırsa, bu madde hükümleri uygulanmaz”.

113 Özdemir (n 3) 133; Aygün (n 4) 146-148.

114 TTK m. 777 (2) uyarınca, “Vadesi gösterilmemiş olan bono, görüldüğünde ödenmesi şart olan bir bono sayılır”.

115 Aynı yönde, Aygün (n 4) 143.

116 Aygün (n 4) 117.

olduğu, senede ihtiyari kayıtlar konulmasının mümkün olup olmadığı, senedin dili, ne şekilde yazılacağı, senedin birden çok nüsha halinde yazılmasının mümkün olup olmadığı, ciro, aval veya kabul gibi işlemlerin geçerli olması için gerekli unsurların neler olduğu, kabul beyanının sözlü olarak ileri sürülüp sürülemeyeceği, beyaz cironun mümkün olup olmadığı gibi meseleler şekil kapsamında değerlendirilmelidir¹¹⁷. Ancak, şekil görünümde olmakla birlikte, esasa ilişkin sonuçlar doğuran, taahhütte bulunan kişinin sorumluluğunun kapsamını belirleyen ve herkese karşı ileri sürülebilecek olan, örneğin, keşideci veya hamilin senet üzerine yazdığı, “ciro edilemez/emre değildir(menfi emre kaydı)”, “garantisiz” veya “emre” gibi kayıtların geçerli olup olmadığı, esasa uygulanacak hukuka göre değerlendirilmelidir¹¹⁸.

Bononun şekil bakımından geçerliliğine ilişkin yukarıda belirtilen hususlarda bir uyumsuzluk çıkarsa, öncelikle, TTK m. 767/f. 1 hükmü uygulanmalıdır. **TTK m. 767/f.1’e göre, bono ile yapılan borçlanmaların şekli, borçlanmaların imzalandığı devletin hukukuna (lex loci actus) tabidir.** İmza yeri, bağlama noktasının vasıflandırılması, hâkimin hukuku olan *lex fori*’ye göre yapılmalıdır¹¹⁹. Doktrinde, taahhüdün geçerliliği muhatabın onu kabul etmesi şartına bağlı olmadığından, işlem yeri olarak taahhüdün verildiği/imzanın atıldığı yerin esas alınması gerektiği kabul edilmektedir¹²⁰. TTK m. 767/ f. 1 çerçevesinde, kabulün yapıldığı yer hukuku, sadece kabul işleminin şekil bakımından geçerliliğine uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde esas alınabilir¹²¹; ciroların ya da avalin şeklen geçerliliği bakımından ise, cironun veya avalin yapıldığı (imzalandığı) yer hukuku uygulanacaktır¹²². Görüldüğü üzere, bono açısından şekle uygulanacak hukuk için *LRA-Locus Regit Actum* kuralı benimsenmiş, MÖHUK m. 7’den farklı olarak, alternatif olarak *lex causae*’nin uygulanması benimsenmemiştir¹²³. Bu durumda, bonoya ilişkin bir borçlanmanın şekil açısından geçerli olabilmesi için, “imza yeri hukuku”¹²⁴nun öngördüğü şekil şartlarına uygun olması gerekir.

b. Türk hukuku

LRA ilkesine sıkı sıkıya bağlanmanın getirdiği sıkıntıları aşmak için, Cenevre Konvansiyonuna paralel bir şekilde TTK m. 767/f.3 hükmünde -LRA’ya istisna -tamamlayıcı bir kural getirilmiş ve tamamlayıcı kuralda vatandaşlık (milli

117 Hatice Özdemir, ‘Kambiyo Taahhütlerinin Şekil Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk’, (Nihal Uluocak’a Armağan İstanbul Üniversitesi Yayınları1999) 261 275.

118 Özdemir (n 117) 276.

119 Aygün (n 4) 119.

120 Özdemir (n 117) 263.

121 *ibid* 263.

122 Ciroların veya avalin veya kabulün yanında imza yerinin yazmadığı durumlarda, imza yerinin tespitine ilişkin görüşler için bkz. Aygün (n 4) 120. Doktrinde bizim de katıldığımız şekilde Aygün, hâkimin ciro, kabul veya avalde yer alan tüm unsurlardan hareket edip araştırma yapması ve imza yerini tespit etmesi gerektiği görüşündedir (Aygün (n 4) 120).

123 Aygün (n 4) 117-118.

124 İmza yerinin, imzanın atıldığı yer mi senedin hamile teslim ettiği, hamilin senedi kabul ettiği yer mi olduğu konusunda açıklamalar için bkz. Aygün (n 4) 118 ff.

hukuk) kriteri kabul edilmiştir¹²⁵. Ancak, bir Türk vatandaşının, yabancı bir devlette bono ile borçlanması, Türk hukukunun gösterdiği şekle uygun ise, Türkiye’de başka bir Türk vatandaşına karşı geçerli olarak hüküm ifade eder (TTK m.767/f.3). TTK m.767/f.3 hükmünün uygulanabilmesi için, işlemin her iki tarafının da Türk vatandaşı olması gerekir¹²⁶. Bu durumda, borçlanma şekil açısından *LRA* kuralına uygun olmasa dahi, Türk hukukunun aradığı şekil şartlarını taşıyorsa, Türkiye’de şeklen geçerli bir bono olarak hüküm ifade edecektir¹²⁷. Borçlanma doğrudan bir Türk vatandaşı tarafından diğer bir Türk vatandaşına yapılsa dahi, bononun sonradan bir Türk vatandaşına ciro edilmesi halinde de bu kural uygulanır¹²⁸. Bu kural tek yanlı bir kuraldır. Başka bir ifadeyle, aynı devlet vatandaşı iki kişi örneğin iki KKTC vatandaşı arasında bu kural uygulanamaz. Bononun mutlaka imza yeri hukukunun aradığı şekil şartlarını taşıması gerekir.

Cenevre Konvansiyonu’nun 2.maddesinin 3.fikrasında ifadesini bulan bu hüküm eleştirilmiş¹²⁹, ancak yine de tamamlayıcı bir kural olarak uygulanmasının –kanaatimizce de haklı olarak- yerinde olduğu sonucuna varılmıştır¹³⁰. Doktrinde ifade edildiği üzere, günümüze kadar kural tek yanlı olarak uygulanmaya¹³¹ devam etmiş, TTK m. 767/f.1’de öngörülen *LRA* kuralının emredici nitelik taşımasından ötürü, bu kuralın istisnasını oluşturan 767/f.3 hükmü açısından, tek yanlı kuralların iki yanlı olarak yorumlanması yönündeki eğilimin uygulanamayacağı, hükmün kesin ve açık ifadesi karşısında, hükme genişletici bir yorum getirilmemesi, hükmün dar yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir¹³². Bu görüşe göre, *LRA* kuralı emredici olmasaydı, 767/f.3 hükmü aynı devlet vatandaşlığına sahip yabancılar açısından da uygulanabilirdi¹³³. Doktrinde, *Erkan*¹³⁴, TTK m. 767/f.3 hükmünde yer alan tamamlayıcı kuralın 21. yüzyıldaki ihtiyaçlara cevap vermediğini, yeterince kapsayıcı olmadığını; bu itibarla, hükmün tüzel kişiler bakımından uygulanıp uygulanmayacağı, Türk vatandaşı olmayan TVK m.28 hükmünde belirtilen mavi kartlılar ve uzun yıllardır Türkiye’de yaşayan yabancıların bu hükmün koruması kapsamına alınmasının gerekli olup olmadığı, yerleşim yeri Türkiye’de olmayan Türk vatandaşlarının bu hükmün korumasından istifade edip edemeyeceği gibi konuların geniş kapsamlı bir tamamlayıcı kural olarak düzenlenmesi gerektiğini ifade etmekte ve ilaveten, kambiyo senetlerinin tedavül güvenliği ihtiyacına da binaen, vatandaşlık

125 Altıparmak (n 4) 27; Erkan (n 3) 755.

126 Özdemir (n 117) 271; Aygün (n 4) 122; Aygün (n 3) 953-954..

127 Aygün (n 3) 953.

128 M. N. Devres, ‘Ticari Senetlerde Kanunlar İhtilafı’ (1936) (13) Adliye Ceridesi, 784 793; Özdemir (n 117) 272; Aygün (n 4) 123; Aygün (n 3) 954; Öztan (n 73) 962.

129 Eleştiriler hakkında bkz. Özdemir (n 117) 274; Öztan (n 73) 962; Aygün (n 4) 124; Erkan (n 3) 759 ff.

130 Özdemir (n 3) 274; Aygün (n 4) 124; Erkan (n 3) 761.

131 Seviğ (n 40) 248; Özdemir (n 117) 272; Aygün (n 4) 122-123; Aygün (n 3) 953. Bu konuda ayrıca bkz. Yargıtay 11 HD, 10.6.1976, 3063/3106 (www.kazanci.com).

132 Devres (n 128) 248; Özdemir (n 117) 271; Aygün (n 4) 122; Aygün (n 3) 953-954.

133 Seviğ (n 40) 248.

134 TTK m. 767/f.3 hükmünde yer alan tamamlayıcı kuralın 21. yüzyıldaki ihtiyaçlara cevap verip vermediği ve yeterince kapsayıcı olup olmadığı hakkında değerlendirme ve bu konuda yasal değişiklik önerisi hakkında bkz. Erkan (n 3) 751-768.

unsurundan bağımsız olarak, Birleşik Krallığın düzenlemesine paralel olarak, “Türkiye dışında düzenlenen ve düzenleme yeri hukukuna göre şeklen geçerli olmayan bir poliçe, şekil açısından Türk hukukuna uygun ise, bu poliçe, ödemenin sağlanmasını gerçekleştirmek için Türkiye’de geçerli olarak kabul edilir” şeklinde yasal değişiklik önerisi getirmektedir¹³⁵. Bu yasal değişiklik önerisi ile vatandaşlık, yerleşim yeri, mutad mesken, düzenleme yeri hukukundan bağımsız olarak, LRA’ya göre geçersiz ancak şekil açısından Türk hukukuna uygun olan poliçe mukabilinde Türkiye’de ödemenin sağlanması mümkün hale gelmektedir. Buna göre, Birleşik Krallık hukukundaki gibi, LRA kuralına göre şeklen geçersiz olan bir poliçeye sahip olan bir hamil, elindeki poliçe Türk hukukunun şekil şartlarına uyuyor ve hamilin Türkiye’de lehbara veya cırantaya müracaat hakkı var ise, Türkiye’ye gelerek ödeme için talepte bulunabilecektir¹³⁶. Kanaatimizce de, Türk hukukunda da kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyetini arttıracak, böylesine geniş kapsamlı koruma sağlanmasına yönelik değişiklik önerisi kabul edilebilir niteliktedir.

Zira, sadece ödeme yerinin Türkiye olması halinde, düzenleme yeri hukukuna göre geçersiz olan taahhüdün Türk hukukunun aradığı şekil koşullarını sağlıyor olması durumunda geçerli kabul edileceği yönünde 767/f.3 hükmünde yapılması önerilen tek yanlı bir yasal değişiklik önerisinden daha kapsayıcı bir düzenleme çekin geçerlilik şekline ilişkin TTK m. 820/f.1 hükmünde yer almaktadır. Çekin geçerlilik şekline ilişkin “TTK madde 820- (1) Çeke ait borçlanmaların şekli, bu borçlanmaların imza edilmiş olduğu ülkenin hukukuna göre belirlenir. Bununla beraber, ödeme yeri hukukunun öngördüğü şekle uyulması yeterlidir” hükmünü havidir. Bononun şeklen geçerliliğine uygulanacak hukuku LRA kuralına tabi tutan TTK m. 767/f.1 hükmünden farklı olarak, TTK m. 820/f.1 hükmünün 2.cümlesinde, iki yanlı bir kural olarak, ödeme yeri hukuku, şekle uygulanacak alternatif hukuk olarak kabul edilmektedir. Ancak yine de, TTK madde 820 hükmünün 2.fıkrasında, ödeme yeri hukukunun da aradığı şekil şartlarının gerçekleşmemesi ihtimalinde, uygulanacak LRA kuralını tamamlayıcı TTK m. 767/f.2 ve 767/f.3 hükümleri korunmaktadır. Çekin geçerliliğine uygulanacak hukuka ilişkin olarak LRA’ya alternatif olarak ödeme yeri hukukunun da kabul edilmiş olması, çekin bir ödeme aracı olmasından kaynaklandığı düşünülebilir de, kambiyo senetlerinin tümü bakımından yeknesak bir düzenlemeye ihtiyaç bulunduğu ortadadır. Bononun da tedavül kabiliyetini mümkün olduğunca artırma amacına yönelik olarak, bononun şekline uygulanacak hukuk konusunda yapılacak değişikliğin, kanaatimizce, TTK m. 767/f.1 hükmünde yapılması da düşünülebilir ve TTK m. 820/f.1 hükmündeki gibi, LRA’ya alternatif olarak ödeme yeri hukukunun aradığı şekil koşullarını taşıyan bonolar da geçerli kabul edilebilir. Yaptığımız yasal değişiklik önerisi ile 767/f.3 kuralı tamamlayıcı bir kural olmaktan çıkarılmakta, LRA’ya alternatif bir kural olarak, ödeme yeri hukuku kabul edilmektedir. Tüm taahhütlerin geçerliliği, ödeme yeri hukukuna tabi tutularak, taahhütlerin birliği esaslı alternatif olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹³⁵ Erkan (n 3) 768.

¹³⁶ Erkan (n 3) 767.

Bu durumda, kanaatimizce TTK m. 767/f.3 hükmünün uygulanma kabiliyeti kalmadığından, kaldırılması düşünülebilir. Fakat bononun ödeme yeri hukukunun aradığı şekil şartlarına uygun olmadığında uygulama alanı bulabilecek, LRA'yı tamamlayıcı kural olarak getirilen, imza yeri hukukuna göre geçersiz olan önceki taahhüdün ve sonraki taahhüdün sonraki taahhüdün imzalandığı ülke hukukuna göre geçerli olması halinde geçerli kabul edilmesi kuralı aynen korunmalıdır.

c. “Taahhütlerin Bağımsızlığı”: Sonraki Taahhüdün Yapıldığı Yer Hukuku

LRA kuralına göre bononun şeklen geçerli olup olmadığı yönünde tespiti yapılırken, TTK m. 767/f. 3 hükmünde olduğu gibi, TTK m.767/f.2 hükmünde yer alan tamamlayıcı kurallar¹³⁷ ile bononun mümkün olduğunca şeklen geçerli kılınması (*favor negotii*) amaçlanmaktadır. TTK m. 767/f.2 hükmü uyarınca, “*Bir poliçeye (TTK m. 778/1/j atfıyla bonoya) ilişkin borçlanma, yapıldığı ülkenin hukuku uyarınca şekil bakımından geçerli olmamakla beraber, aynı poliçeye ilişkin sonraki bir borçlanmanın yapıldığı ülke hukukunca geçerli bulunursa, ilk borçlanmanın şekil bakımından geçerli olmayışı, sonraki borçlanmanın geçerliliğini etkilemez*”. **Bu kapsamda, sonradan yapılan taahhüdün şeklen geçerli olması için hem bu taahhüdün yapıldığı yer hukukuna göre geçerli olması hem de LRA göre geçersiz olan önceki taahhüdün, sonraki taahhüdün yapıldığı yer hukukuna göre geçerli olması gerekmektedir**¹³⁸. TTK'nın m. 767/f.1 hükmü gibi, fakat özellikle TTK m. 767/f.2 hükmü, Cenevre Konvansiyonları sisteminde ve dolaylı olarak Cenevre Konvansiyonu sistemini benimsenmiş olan Türk hukukunda, “imzaların (taahhütlerin) bağımsızlığı” ilkesinin kanunlar ihtilafı kurallarına bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır¹³⁹. Çeşitli açılardan eleştirilen Cenevre Konvansiyonunun m.3/f.2'de yer alan ve TTK m. 767/ f.2'ye karşılık gelen bu hüküm, hamilin (alacaklının) senetten doğan haklarını yöneltebileceği kişinin, LRA'ya geçersiz olan taahhüdünü, alternatif olarak, işlem güvenliği amacıyla (*favor negotii*), sonraki taahhüdün yapıldığı devlet hukukuna göre geçerli olması durumunda, geçerli kabul etmekte, dolayısıyla hamilin menfaatlerini koruyup, kambiyo senedinin tedavül kabiliyetini ve güvenliğini arttırdığından, -kanaatimizce de haklı olarak- yerinde bir düzenleme olarak kabul edilmektedir¹⁴⁰.

d. Şekle Uygulanacak Hukukun Türk Hukuku Olması Halinde

Bonodan doğan uyuşmazlık için Türk hukukunun uygulanması sonucuna ulaşıldığında, bu bononun geçerli olup olmadığı hakkında 6102 sayılı TTK hükümlerine bakılmalıdır. 6102 sayılı TTK'da Üçüncü Kitap kıymetli evrak hukukuna özgülülmüştür. 6102 sayılı TTK m. 645 “*Kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunların*

137 Özdemir (n 117) 263; Aygün (n 4) 121 ff.

138 Özdemir (n 117) 268 ff; Aygün (n 4) 121.

139 Aygün (n 4) 117-118; Altıparmak (n 4) 25.

140 Özdemir (n 117) 268 ff; Aygün (n 4) 122.

ierdeki hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemediği gibi başkalarına da devredilemez” hükmü ile kıymetli evrak kavramı tanımlanmıştır.

6102 sayılı TTK’da kıymetli evraka ilişkin Üçüncü Kitap “Dördüncü Bölüm” kambiyo senetlerine özgülenmiştir. Bu bölüm hükümlerinden TTK m. 671-775 arasında poliçe ayrıntılı olarak düzenlenmektedir. Bono (Emre Yazılı Senet) ise poliçenin ardından m. 776-779 hükümleri arasında ele alınmış; uygulamada poliçeden daha sık kullanılmasına rağmen poliçeye nazaran oldukça kısa düzenlemiştir. Buna karşılık TTK m. 778 hükmü, niteliğine aykırı düşmedikçe poliçeye ilişkin bazı hükümlerin bonoya da uygulanacağını belirtmiştir¹⁴¹.

Türk hukukuna göre bir bononun şeklen geçerliliği, TTK m. 776 ve m. 777 hükümlerinden hareketle belirlenmektedir. TTK m. 776 hükmü¹⁴², geçerli bir bononun taşınması gereken unsurları açıkça belirtmektedir. Poliçedeki şekil şartlarına paralel olarak, bononun şekil şartları TTK m. 776’da unsurlar başlığı altında düzenlenmiştir. Bonoda bulunması gereken unsurlar; (1) “Bono” veya “emre yazılı senet” kelimesi (eğer senet yabancı dilde düzenlenmişse bononun o dildeki karşılığı olan kelime), (2) Bir bedeli kayıtsız şartsız ödeme vaadi, (3) Vade, (4) Ödeme yeri, (5) Kime veya kimin emrine ödenecek ise onun ad ve soyadı (lehtar), (6) Senedin düzenlendiği tarih ve düzenlenme yeri, (7) Senedi düzenleyen imzasıdır¹⁴³.

Kanun koyucu, bir senedin geçerli bir bono olarak kabul edilebilmesi için bu hükümde sayılan unsurların tamamına sahip olması gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte TTK m. 777 hükmü de dikkate alındığında, m. 776’da sayılan unsurların tamamının zorunlu unsurlar olmadığı; sayılan unsurlardan bazılarında eksiklik olması halinde bunun diğer unsurlar ile giderilebileceğini de açıkça zikretmiştir. Bu doğrultuda öğreti ve uygulama, bononun “zorunlu” unsurlarını (a) zorunlu unsurlar ve (b) alternatif zorunlu unsurlar olarak ikiye ayırmaktadır¹⁴⁴. Uyuşmazlık konusu bono

141 TTK m. 778 “(1) Bononun niteliğine aykırı düşmedikçe; a) Poliçelerin cirosuna ilişkin 681 ilâ 690, b) Vadeye dair 703 ilâ 707, c) Ödeme hakkındaki 708 ilâ 712, d) Ödememe hâlinde başvurma haklarına dair 713 ilâ 727 ve 729 ilâ 732, e) Araya girme suretiyle ödemeye ilişkin 734, 738 ilâ 742, f) Suretler hakkındaki 746 ve 747, g) Değiştirmeye dair 748, h) Zamanaşımına dair 749 ilâ 751, i) İptale dair 757 ilâ 765, j) Tatil günleri, sürelerin hesabı, atıfet sürelerine ilişkin yasak, poliçeye dair işlemlerin yapılması gereken yer ve imza hakkındaki 752 ilâ 756, j) Kanunlar ihtilâfına dair 766 ilâ 775 inci, maddeler hükümleri bonolar hakkında da geçerlidir. (2) Ayrıca; a) Üçüncü bir kişinin yerleşim yerinden veya muhatabın yerleşim yerinden başka bir yerde ödenmesi şart olan poliçeye ilişkin 674 ve 697 nci, b) Faiz şartına dair 675 inci, c) Ödenecek bedele dair çeşitli beyanlar hakkındaki 676 nci, d) Geçerli olmayan imzanın sonuçlarına ilişkin 677 nci, e) Yetkisiz veya yetkiyi aşan kimsenin imzasına ilişkin 678 ve 679 uncu, f) Açık poliçeye dair 680 inci, madde hükümleri de bonolara uygulanır. (3) Avale ilişkin 700 ilâ 702 nci maddeler de bonolar hakkında uygulanır. (4) 701 inci maddenin dördüncü fıkrasında öngörülen hâlde aval, avalin kimin hesabına verildiğini göstermezse, bonoyu düzenleyen kimse hesabına verilmiş sayılır.”

142 TTK m. 766 “Bono veya emre yazılı senet; a) Senet metninde “bono” veya “emre yazılı senet” kelimesini ve senet Türkçe’den başka bir dille yazılmışsa, o dilde bono veya emre yazılı senet karşılığı olarak kullanılan kelimeyi, b) Kayıtsız ve şartsız belirli bir bedeli ödemek vaadini, c) Vadeyi, d) Ödeme yerini, e) Kime veya kimin emrine ödenecek ise onun adını, f) Düzenlenme tarihini ve yerini, g) Düzenleyen imzasını, içerir.”

143 Bononun unsurları ile ilgili yapılan değerlendirmeler için bkz. Poroy and Tekinalp (n 59) 301-304; Kendigelen and Kırca (n 52) 162-178.

144 Ali Bozer and Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku* (5th edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2015) 164 ff; Poroy and Tekinalp (n 59) 301 ff; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 52) 130 ff. Bunun yanında zorunlu olmamakla birlikte vade, bedel kaydı, yetki kaydı gibi isteğe bağlı unsurlar da bulunmaktadır, ancak senedin geçerliliğine etki etmediklerinden bu unsurlar değerlendirmeye alınmamıştır (Bu konuda ayrıca bkz. Y 12HD, 04.06.2015, 2015/4780, 2015/15436 (Legalbank, Erişim tarihi: 01.01.2020).

hakkında Türk hukukunun uygulanacağı varsayımında, söz konusu bononun şeklen geçerli olup olmadığına da bu ayırım çerçevesinde ele almak gerekmektedir.

i. Zorunlu unsurlar

Bir senedin TTK m. 776-779 hükümleri bağlamında bono sayılabilmesi için (1) “bono” veya “emre muharrer/yazılı senet” ibaresini (TTK m. 776/f.1-a hükmündeki geçerlilik koşulu), (2) kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin ödenmesi taahhüdünü (TTK m. 776/f.1-b hükmünün aradığı geçerlilik şartı), (3) lehtarın adı ve soyadı veya unvanını (TTK m. 776/f.1-e), (4) düzenleme tarihini (TTK m. 776/f.1-f) ve (5) düzenleyenin imzasını (TTK m. 776/f.1-g) içermesi zorunludur.

Bu unsurlarda bir eksiklik diğer unsurlarla da alternatifli olarak doldurulamayacağından, eksiklik olması hali senedi doğrudan geçersiz kılacaktır.

ii. Alternatif Zorunlu Unsurlar

Kanun koyucu, bazı unsurların bonoda yer almasının zorunlu olduğunu, ancak bunların bonoda yer almaması halinde alternatif olarak bonodaki başka unsurların bunların yerine geçeceğini, böylece senedin bono niteliğini kaybetmeyeceğini kabul etmiştir¹⁴⁵. Buna karşılık alternatif olarak kullanılacak unsur da bonoda yer almamakta ise, senet TTK m. 776-779 anlamında bono olarak kabul edilmeyecektir; bu durumda senet TTK m. 777/f.1 uyarınca “adi senet” sayılacaktır. Zira konuyu düzenleyen hüküm açık bir şekilde;

“B) Unsurların bulunmaması

*Madde 777- (1) İkinci ilâ dördüncü fıkralarda yazılı hâller saklı kalmak üzere, 776 ncı maddede gösterilen unsurlardan birini içermeyen bir **senet bono sayılmaz.***

(2) Vadesi gösterilmemiş olan bono, görüldüğünde ödenmesi şart olan bir bono sayılır.

(3) Açıklık bulunmadığı takdirde senedin düzenlendiği yer, ödeme yeri ve aynı zamanda düzenleyenin yerleşim yeri sayılır.

(4) Düzenlendiği yer gösterilmeyen bir bono, düzenleyenin adının yanında yazılı olan yerde düzenlenmiş sayılır.” hükmünü amirdir.

Alternatif zorunlu kayıtlardan ilki “düzenleme yeri”dir. TTK m. 776/f.1-f hükmü uyarınca düzenleme yerinin bonoda açıkça gösterilmesi zorunludur. Ancak düzenleme yerinin açıkça gösterilmemesi halinde senet geçersiz sayılmaz; düzenleyenin adının yanında yazan yer düzenleme yeri sayılır. Düzenleyenin adının yanında da bir yer

145 Bozer and Göle (n 144) 185.

yazılmamış ise TTK m. 777/f.4 uyarınca senet bono niteliğini kaybeder¹⁴⁶. Bu durumda senedin üzerinde yetkili mahkemenin gösterildiği yer dahi düzenleme yeri sayılmaz¹⁴⁷.

Uyuşmazlık konusu senette, birden fazla düzenleyen/borçlu bulunduğu, bunlardan borçlu tüzel kişinin yanında, örneğin, el yazısı ile düzenleme yeri yer alırken, diğer borçluların yanında herhangi bir yer adı yazılı değil ise, TTK m. 777 hükmünün açık lafzı uyarınca ilk tüzel kişi senet borçlusu bakımından, “düzenleme yerini” de içerdiğinden geçerli olduğu, yani bu unsurun alternatif olarak sağlandığı; buna karşılık diğer senet borçlularının yanında düzenleme yeri açıkça belirtilmediğinden ve düzenleyenler olarak isimlerinin yanında da bir yer belirtilmediği gerekçesi ile TTK m. 777 hükmünün gereği olarak **senedin geçersiz olduğu, bono vasfını taşımadığı** sonucuna varılmalıdır.

Bu bağlamda “imzaların istiklali ilkesi”ne de değinmek gerekmektedir. TTK m. 677 hükmüne göre “*Bir poliçe, poliçe ile borçlanmaya ehil olmayan kişilerin imzasını, sahte imzaları, hayali kişilerin imzalarını veya imzalayan ya da adlarına imzalanmış olan kişileri herhangi bir sebeple bağlamayan imzaları içerirse, diğer imzaların geçerliliği bundan etkilenmez.*” TTK m. 778/f.2-d’nin açık atfı uyarınca bonolar hakkında da uygulanacak olan bu hükme göre, senette yer alan herhangi bir imzanın veya herhangi bir taahhüdün geçersiz olması durumunda diğer imzaların geçerliliği ve bağlayıcılığı bundan etkilenmeyecektir. Diğer bir ifadeyle senette yer alan imzaların geçerli olup olmadığı diğer imzaların sıhhatine bağlı değildir. Dolayısıyla, senet borçlularından biri bakımından, senedin “düzenleme yerini içermemesi” sebebiyle senedin bono vasfını taşıması, diğer senet borçlusunun taahhüdünün geçerliliğini etkilememektedir; aynı şekilde senet borçlularından biri bakımından senedin TTK m. 777/f.4 uyarınca alternatif zorunlu koşulu sağlaması sebebiyle geçerli olması da diğer borçluların taahhütlerini geçerli hale getirmemektedir.

Öte yandan senette “ödeme yeri” de TTK m. 776/f.1-d hükmü uyarınca bulunması gereken bir unsurdur. Ancak aynı düzenleme yerinde olduğu gibi ödeme yerinde de bu yerin gösterilmemiş olması senedi doğrudan geçersiz kılmaz. TTK m. 777/f.3 hükmü uyarınca senette ödeme yerinin gösterilmemiş olması halinde “düzenleme

146 Gaziantep BAM, Yargıtay 12HD 11.11.2019, 213/2189 (www.kazanci.com, Erişim tarihi 27.08.2020). Yargıtay 12 HD, 19.09.2003, 14642/18012 (Yargıtay Kararları Dergisi, 2003, S. 10, s. 1555 vd); Yargıtay 11 HD, 19.09.2005, 8668/8340 (Yargıtay Kararları Dergisi, 2005, S. 11, 1751). Yargıtay 12 HD, 14.9.2017, E. 2016/17845, K. 2017/10666 sayılı kararında, özetle, senette düzenlenme yerinin yazılı olması gerektiği; düzenlendiği yer gösterilmeyen bir bononun, düzenleyeninin adının yanında yazılı olan yerde düzenlenmiş sayılacağı; düzenlenme yeri olarak, idari birim adının yazılması yeterli olup, ayrıca adres gösterilmesi zorunluluğu bulunmadığı belirtilmekle birlikte, 14.12.1992 tarih ve E.1991/1, K.1992/5 sayılı Yargıtay İctihadi Birleştirme Kararı’nda da açıklandığı üzere kısaltılmış olarak yazılan keşide yerinin kabul edilebilmesi için bunun, belirgin ve duraksamaya mahal bırakmayacak bir yeri göstermesi gerekliliği tekrar vurgulanmış ve “...Somut olaya bakıldığında, takip dayanağı bonoda tanzim yerinin ayrıca ve açıkça gösterilmediği, dolayısıyla keşide yeri olarak kabul edilebilecek bir idari birim adı olmadığı anlaşıldığından, TTK’nun 776/1-f maddesinde öngörülen koşulun oluşmadığı sonucuna varılmalıdır. Bu durumda; takibe konu senet kambyo niteliğini haiz bono olmadığından söz konusu senede dayalı olarak kambyo takibi yapılamaz...” şeklinde karar vermiştir.

147 Erdoğan Moroğlu, ‘Kambyo Senetlerinde Düzenleme Yeri’ (Makaleler) (On İki Levha Yayıncılık, 2010) 508; Yargıtay 12 HD, 18.02.1999, 217/1679 (ibid 508 fn. 5).

yeri” ödeme yeri olarak kabul edilir. Düzenleme yeri içermediğinden bono vasfını taşımayan bir senet, sadece “düzenleme yerini içermemesi” (TTK m. 776/f.1-f, m. 777/f.4) sebebiyle değil aynı zamanda “ödeme yerini içermemesi” (TTK m. 776/f.1-d, m. 777/f.3) sebebiyle de bono vasfında değildir, geçersiz, adi senet sayılır¹⁴⁸.

2. Ehliyet Bakımından Geçerlilik

TTK m. 766 hükmünde, kambiyo senetlerinde borçlanma ehliyetine uygulanacak hukuka ilişkin olarak özel bir kanunlar ihtilafı kuralı kabul edilmiştir. TTK m.766/f.1/c.1 hükmü, kambiyo senetlerinde borçlanma ehliyeti açısından, borç altına giren kişinin milli hukukuna (*lex patriae*) yetki tanımıştır. Ancak bu hukuk, diğer bir devletin hukukuna göndermede bulunuyorsa, o hukuk uygulanır (TTK m.766/f.1/c.2).

Görüldüğü üzere, 5718 sayılı MÖHUK m.2/f.3 hükmüyle, Türk milletlerarası özel hukukunda, şahsın hukuku ve aile hukuku meseleleriyle sınırlı olarak uygulanması kabul edilen tek dereceli atıf teorisi¹⁴⁹ne paralel bir düzenleme ile, TTK m.766/f.1/c.2 hükmünde de atıf teorisi kabul edilmiştir. Türk hukukunda, ehliyet şahsın hukukuna ait bir mesele olduğundan ve atfın şahsın hukuku ve aile hukuku meseleleri ile sınırlı olarak uygulanması kabul edildiğinden, TTK’da kambiyo senetleri ile borçlanma ehliyetine uygulanacak hukuka¹⁵⁰ ilişkin TTK m.766 hükmü dışında, hiçbir konuda atıf teorisi kabul edilmemiştir¹⁵¹. Ehliyete uygulanacak hukukun tespitinde atıf teorisinin uygulanması kabul edilerek, ehliyeti millî hukuk dışında özellikle yerleşim yeri hukukuna veya özellikle 1882 *Bills of Exchange Act*’ı kabul eden hukuklarda olduğu gibi işlem yeri hukukuna (taahhüdün yapıldığı yer hukuku **Lex Loci Actus**)¹⁵² göre belirleyen devlet mevzuatlarının birbirine yaklaştırılması amaçlanmıştır¹⁵³.

TTK m. 766/f.1 hükmü, Cenevre Konvansiyonu’nun 2/f.1.maddesi ile de uyum göstermektedir¹⁵⁴. Cenevre Konvansiyonu m.2/f.1 hükmünde atfın sınırlı olarak kabul edildiği açıkça anlaşılmamakta ise de, Cenevre Konvansiyonu’nun ilgili hükmü gereği

148 “Bono şeklinde düzenlenmekle beraber yasal unsurlarından biri (örneğin tanzim tarihi) noksan olduğu için bono niteliği taşımayan belgeye doğrudan doğruya dayanılarak alacağın varlığı hakkında hüküm kurulması mümkün değildir. Ancak bu belge, davalı tarafından verilmiş olduğundan HUMK’un 292. maddesi anlamında yazılı delil başlangıcı sayılır. Bu da anılan temel borç ilişkisinin ispatı yolunda tanık dinleme olanağı sağlar.” Dava konusu bononun düzenlenmesine sebebiyet veren bir alt ilişkisinin bulunması ve ayrıca bu alt ilişkisinin de eksik borç, danışıklılık veya şekil şartına aykırılık gibi herhangi bir sebeple geçersiz sayılmadığı varsayımında, bu adi senet, senet borçluları aleyhine ancak ve ancak “yazılı delil başlangıcı” olarak kabul edilebilir. Bu durumda alt ilişkiden kaynaklanan borcun geçerli olup olmadığı konusunda tanık dahil her türlü delile başvurulabilir. Karar için bkz. Yargıtay 3 HD, 05.07.2001, 5686/6335 (www.kararara.com). Aynı yönde Yargıtay 19 HD, 03.12.2015, 4867/16248 (http://www.hukukmedieniyeti.org); Yargıtay 19 HD, 26.11.2015, 4659/15670 (http://www.hukukmedieniyeti.org).

149 Nomer, (n 13) 150; Yılmaz (n 3) 273-274; Tekinalp, (n 23) 42-43; Çelikel and Erdem (n 13) 127-128. 2675 sayılı MÖHUK uyarınca her durumda atıf prensibinin uygulanması hakkında bkz. Çelikel (n 65) 1ff; Aygün (n 4) 34.

150 Poroy and Tekinalp (n 59) 293-294.

151 Detaylı bilgi için bkz. Aygün (n 3) 936-938; Berki (n 67) 146-147; Seviğ and Seviğ (n 67) 396-398; Yılmaz (n 3) 273; Özdemir (n 3) 25-26.

152 Aygün (n 4) 40.

153 Devres (n 128) 786; Özdemir (n 3) 25-26; Aygün (n 4) 109.

154 Aygün (n 4) 34, 37.

de atfın sınırlı olarak uygulanması gerektiği ifade edilmektedir¹⁵⁵. Türk hukukunda da, aksi yönde görüş¹⁵⁶ bulunmakla birlikte, TTK m.766/f.1 hükmünün, MÖHUK m.2/f.3 hükmü ile birlikte değerlendirilerek tek dereceli atf şeklinde uygulanması gerektiği ifade edilmektedir¹⁵⁷. Kanaatimizce de, genel kuraldan ayrılmaya gerek bulunmamaktadır ve kambiyo senetlerinde borçlanma ehliyeti meselelerinde atf, aynen MÖHUK m.2/f.3 de belirtildiği şekilde, tek dereceli atf olarak uygulanmalıdır. TTK m.766/f.1 hükmünde açıkça kambiyo senedi ile borçlanma ehliyeti konusunda milli hukukun ve atfın uygulanacağı kabul edilmeseydi dahi, genel kanun olması itibarıyla, 5718 sayılı MÖHUK m. 9/f.1 gereği ilgilinin milli hukuku ve MÖHUK m. 2/f.3 gereği, ehliyet meselesinde külli atf prensibi uygulanacaktır¹⁵⁸.

TTK m. 766/f.2 hükmünde kabul edilen tamamlayıcı kural uyarınca da, borçlu milli hukukuna göre ehil olmasa da, hukuku kendisini ehil sayan bir devlette imza koymuşsa, geçerli şekilde borçlanır (TTK m.766/f.2). TTK m. 766 hükmü kapsamında, kambiyo taahhüdünde bulunma (borçlanma) ehliyetine uygulanacak hukuk için kriterler, (1) milli hukuk (atf teorisi), (2) işlem yeri hukuku olarak karşımıza çıkmaktadır. Konvansiyon'un 2.maddesinde de, "taraf menfaati" ön planda tutularak, kambiyo taahhüdünde bulunma ehliyeti bakımından milli hukuk (*lex patrie*) ilkesi kabul edilmiştir. Ancak, taahhütleri mümkün olduğunca geçerli kılmak amacıyla işlem menfaati (*favor negotii*) lehine iki kriter daha kabul edilmiştir: atf teorisi ve işlem yeri hukuku.

Senede imza koyan Türk vatandaşının borçlanma ehliyeti bulunup bulunmadığına ilişkin bir ihtilaf söz konusu olursa, uygulanacak hukuk Türk hukuku olmakla birlikte (TTK m.766/f.1), bu kişi Türk hukukuna göre borçlanma ehliyetine sahip olmasa bile, senede imza attığı yabancı devletin hukukuna göre ehil ise, geçerli bir şekilde borçlandığı kabul edilecektir¹⁵⁹ (TTK m.766/f.2-*işlem güvenliği ilkesi*). Kambiyo senedi ile borçlanmanın Türkiye'de veya yabancı ülkede yapılması kuralın uygulanması

155 Devres (128) 786; Aygün (n 3) 937.

156 Doktrinde, *Aygün*'e göre de, atf zincirinde daha önce temas edilen hukuka tekrar ulaşına kadar atf uygulanmaya devam edilmelidir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Aygün (n 3) 938; Aygün (n 4) 34-35, 111).

157 Nomer (n 13) 150; Tekinalp (n 23) 42-43; Yılmaz (n 3) 273-274; Özdemir (n 3) 23-25. Doktrinde *Çelikel/Erdem*, ticari ilişkilerde işlem güvenliğini sağlamak ve poliçeyle borçlanmanın geçerliliğini sağlamak için, TTK m.766/f.1 madde metninde de açıklık bulunmadığından, devam eden atfların kabulü şeklinde bir yorum yapmanın mümkün olabileceğini ancak yine de TTK m.766/f.1 hükmünün, MÖHUK m.2/f.3 hükmü ile birlikte değerlendirilerek tek dereceli atf şeklinde uygulanması yönündeki kanaatini belirtmektedir (Çelikel and Erdem, (n 13) 127-128).

158 Aynı yönde, Özdemir (n 3) 8; Aygün (n 4) 108-109.

159 Aynı yönde, Aygün (n 3) 945-946. Y.12.H.D. 07.10.2003. 2003/15420/19351 (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 21.08.2020). Vatansızların kambiyo senedi ile borçlanma ehliyetine uygulanacak hukuk TTK veya Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmelerde ayrıca ve özel olarak düzenlenmediğinden, MÖHUK m.4/a hükmüne göre, yerleşim yeri veya mutad mesken hukukuna, bu da bulunmadığı takdirde dava tarihinde bulunduğu yer hukukuna göre belirlenecektir (*ibid* 942-943). Mültecilerin kambiyo senedi ile borçlanma ehliyetine uygulanacak hukuk, 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşmenin (RG 05.09.1961/10898) İkinci Bölümünde yer alan "Hukuki Statü" başlıklı 12.maddesi uyarınca belirlenir. Buna göre, "1. Her mültecinin bireysel statüsü, daimi ikametgahının bulunduğu ülkenin yasalarına veya eğer daimi ikametgahı yoksa, bulunduğu ülkenin yasalarına tabidir. 2. Mültecinin önceden kazandığı ve bireysel statüsüyle ilgili haklara, özellikle evliliğe bağlı haklara, her Taraf Devlet tarafından, gerekirse bu devletin yasalarının gösterdiği koşulları yerine getirmek kaydıyla, söz konusu hakkın, kişi mülteci olmasaydı o devletin yasalarına tanınacak haklar arasında bulunması durumunda, saygı gösterilecektir". MÖHUK m. 4/a hükmü ile paralel olarak mültecilerin şahsi statüsü hakkında da sırasıyla ikametgâh hukuku, bulunmuyorsa, mutad mesken hukuku, bu da bulunmuyorsa, dava sırasında bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır (Aynı yönde, Aygün (n 4) 113).

açısından fark yaratmamaktadır¹⁶⁰. Hüküm nitelik itibariyle iki yanlı - çok yanlı bir kanunlar ihtilafı kuralı olarak kabul edilmiştir. Bu itibarla, 5718 sayılı MÖHUK m. 9/f.2 hükmünde yer alan işlem güvenliği kuralı ile TTK m. 766/f.2 hükmünde yer alan işlem güvenliği kuralı birbiri ile uyum içerisindedir. MÖHUK m. 9/f.2 hükmüne paralel olarak, TTK m.766/f.2. hükmü ile işlem güvenliği kuralının, yabancı bir ülkede yapılan kambiyo taahhütleri açısından da uygulaması kabul edilmiş ve böylelikle kambiyo taahhütlerinin mümkün olduğu kadar geçerliliğini sağlamak ve bu suretle de tedavül kabiliyetini ve güvenliğini arttırmak amaçlanmıştır¹⁶¹.

Uyuşmazlık konusu senede imza atan kişinin birden fazla devlet vatandaşlığı bulunuyorsa, borçlanma ehliyeti bulunup bulunmadığı hakkında Türk mahkemesi öncelikle ilgilinin milli hukuklarından hangisini esas alacağını 5718 sayılı MÖHUK m.4/b bendine göre tespit etmelidir. MÖHUK m.4/b gereği, ilgili kişinin çifte vatandaş olması halinde, bu vatandaşlıklardan biri Türk vatandaşlığı ise, kişinin Türk vatandaşlığı esas alınır. Vatandaşlıklardan hiçbirinin Türk vatandaşlığı olmaması durumunda, ilgilinin en sıkı ilişki içinde bulunduğu devletin vatandaşlığı esas alınacak, ehliyetinin mevcut olup olmadığı bu hukuka göre tespit edilecektir (MÖHUK m.4/c). Cenevre Konvansiyonu’nda vatansızların, mültecilerin veya çok vatandaşlığı bulunan gerçek kişilerin kambiyo taahhüdünde bulunma ehliyeti hakkında özel bir düzenleme bulunmamaktadır, bu husus *lex fori*’nin kanunlar ihtilafı kurallarına bırakılmıştır¹⁶².

6102 sayılı TTK’da tüzel kişilerin kambiyo senetleriyle borçlanma ehliyetlerine uygulanacak hukuk hakkında özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, genel kanunlar ihtilafı kurallarını içeren genel kanun niteliğindeki MÖHUK m. 9/f.4’e göre, tüzel kişinin kambiyo senediyle borçlanma ehliyeti hakkında, tüzel kişinin statüsünde yazan idare merkezi hukuku uygulanır. Buna göre, uyuşmazlık konusu senette, merkezi yabancı bir devlette bulunan, şirketin **borçlanma ehliyetinin bulunup bulunmadığı, tüzel kişi adına borçlanmaya yetkili organların hangileri olduğu, yapılan bir kambiyo taahhüdünden organların ve tüzel kişinin ne derecede sorumlu olduğu gibi hususlar şirketin statüsünde idare merkezi olarak gösterilen yer hukukuna göre belirlenir**¹⁶³. Tüzel kişinin statüsünde gösterilen merkez, her zaman onun gerçek idare merkezi olmayabilir. Bu durumda Kanun, statüde merkez olarak gösterilen yere öncelik tanımış, ancak, hükmün ikinci cümlesinde fiili idare merkezinin Türkiye’de olması halinde, Türk hukukunun uygulanabileceği belirtilmiştir. Hükmün bu şekilde düzenlenmiş olmasından, gerçek idare merkezi kıstasının, bu yerin, ancak Türkiye’de bulunması halinde esas alınabileceği ve dolayısıyla “fiili idare merkezi” kıstasının tek yönlü bir nitelik taşıdığı sonucuna varılabilir¹⁶⁴.

160 Tekinalp (n 23) 80 ff; Yılmaz (n 3) 275-276; Özdemir (n 3) 37.

161 Tekinalp (n 23) 63 ff; Özdemir (n 3) 37; Aygün (n 4) 116.

162 Aygün (n 4) 112-114.

163 Özdemir (n 3) 13.

164 Çelikel and Erdem (n 13) 213-214; Nomer (n 13) 232; Aygün (n 3) 944; Aygün (n 4) 115.

Bu durumda Türk hâkimi, **borçlanma ehliyeti bulunup bulunmadığı, tüzel kişi adına borçlanmaya yetkili organların hangileri olduğu, yapılan bir kambiyo senedi borçlanmasından organların ve tüzel kişinin ne derecede sorumlu olduğu gibi hususların tespitinde** ilgili tüzel kişinin idare merkezi hukukunu (MÖHUK m.9/f.4/c.1) uygulayacaktır¹⁶⁵. TTK anlamında bono hükmünde olduğu tespit edilen bononun geçerli olması ve bu bonodan bir borç doğabilmesi için, şirket adına borçlanmaya veya taahhüt vermeye yetkili organlar ve kişiler tarafından imza edilmiş olması ve bu kişilerin şirket adına bono imzalamak suretiyle, borç taahhüdünde bulunma yetkisi olup olmadığının tespiti gerekir. Bu tespit yapılırken, ilgili tüzel kişinin idare merkezi hukuku ile birlikte şirket ana sözleşmesinin, şirket genel kurul kararlarının ve yönetim kurulu kararlarının da incelenmesi gerekir.

Yabancı merkezli şirketin fiili (gerçek) idare merkezinin, tüzel kişinin yönetim ve denetim organlarının bulunduğu, genel kurulunun toplandığı, hukuki ilişkilere girildiği, tüzel kişinin konusuna giren işlerin görüşmelerin yapıldığı, başka bir ifadeyle tüzel kişinin asli idaresinin yürütüldüğü yerin¹⁶⁶ Türkiye olduğunun ispatı halinde, bu şirketin kambiyo senedi ile borçlanma ehliyetine sahip olup olmadığı Türk hukukuna göre tespit edilebilir¹⁶⁷ (MÖHUK m.9/f.4/c.2).

Milletlerarası konsern (bağlı işletmeler/ortaklıklar) hukukunda, ana şirkete bağlı yavru şirketlerin kendilerine ait merkezleri bulunduğu kabul edilmektedir. Bu bakımdan, yavru şirketin idare merkezinin bulunduğu yer hukuku kambiyo senedi taahhüdünde bulunma ehliyeti bakımından söz sahibi olacaktır¹⁶⁸. Adi şirket veya donatma iştiraki gibi¹⁶⁹ statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti ise, fiili idare merkezi hukukuna tabidir (MÖHUK m. 9/f.5).

Tüzel kişinin idare merkezi sonradan değişirse, borçlanma ehliyetinin tespitinde, “yeni idare merkezi” hukuku uygulanacaktır¹⁷⁰. Taahhütte bulunduktan (imzalıktan) sonra merkez değişikliği halinde borçlanma ehliyetinin tespitinde yeni idare merkezi hukukuna göre fiil ehliyeti bulunmadığı kabul ediliyorsa, alacaklıların menfaati gereği, eski idare merkezi hukukuna göre yaptığı işlemle bağlı olmaya devam edecektir¹⁷¹.

F. Kambiyo Senedi İlişkisinden Kaynaklanan Sebepsiz Zenginleşme Davasına Uygulanacak Hukuk

Hamilin (alacaklının) keşideciye (bonoyu tanzim eden ve imza eden asıl borçluya), bonoyu ödeme için ibraz etmemesi, protesto çekilmesi gibi gerekli işlemlerin hiç veya

165 Özdemir (n 3) 13.

166 Tuğrul Arat, *Ticaret Şirketlerinin Tabiiyeti* (Ankara Üniversitesi Yayınları 1970) 83; Nomer (n 13) 226.

167 Aynı yönde, Aygün (n 3) 944-945.

168 Nomer (n 13) 232.

169 Aygün (n 3) 945.

170 Tekinalp (n 23) 98 ff.; Nomer (n 13) 233.

171 Nomer (n 13) 233.

süresinde yapmaması nedeniyle başvuru hakkının hiç doğmamış olması veya hamilin keşideciye karşı bonodan doğan hakkını ileri sürmesi için zamanaşımı süresinin dolmuş olması halinde, bonodan doğan haklarını elde edemeyen hamilin, haksız zenginleşen senet borçlularından, sebepsiz olarak iktisap ettikleri miktar nispetinde, sebepsiz zenginleşme davası açma yolu ile talepte bulunması söz konusu olabilir¹⁷². Burada bahsedilen sebepsiz zenginleşme davasının, asıl borç ilişkisinden kaynaklanan sebepsiz zenginleşme davası ile ilgisi olmayıp, bu dava kambiyo senedi ilişkisinden kaynaklanan sebepsiz zenginleşme davasıdır ve bu davada uygulanacak hukuk özel kanunlar ihtilafı kuralı olan TTK'nın ilgili hükümlerine göre tespit edilecektir. Buna karşın, asıl borç ilişkisinden kaynaklanan sebepsiz zenginleşme davasında uygulanacak hukuk MÖHUK m. 39'a göre tespit edilir¹⁷³. Cenevre Konvansiyonu'nda kambiyo senedi ilişkisinden kaynaklanan sebepsiz zenginleşme davasına uygulanacak hukukun düzenlenmemiş ve bu konu hakkında düzenleme yapma yetkisinin akit devletlere bırakılmış olması karşısında, TTK m. 773 hükmünün (eski TTK m. 685 ve TTK m. 735) kabulü ile konuya ilişkin boşluk doldurulmuştur¹⁷⁴.

TTK m. 773 hükmüne göre, “*Muhatap, yerleşim yerli poliçeyi ödeyecek olan üçüncü kişi ve düzenleyenin, poliçeyi hesabına düzenlediği kişi veya ticari işletme aleyhine sebepsiz zenginleşmeden doğan istemler, bu kişilerin yerleşim yerlerinin bulunduğu ülkenin hukukuna göre belirlenir*”. Buna göre, “muhatap (poliçede keşideci ve poliçeyi kabul eden, poliçeye aval veren, poliçeyi ciro edenler dışındaki diğer borçlular)” veya “yerleşim yerli poliçeyi ödeyecek üçüncü şahıs¹⁷⁵” ve “keşidecinin hesabına poliçe düzenlediği kişi ya da ticari işletme” aleyhine sebepsiz zenginleşmeden doğan haklar¹⁷⁶, bu kimselerin yerleşim yerlerinin bulunduğu ülke hukukuna göre belirlenecektir. “Borçlunun yerleşim yeri hukuku” sebepsiz zenginleşme davasının kim tarafından hangi şartlarla açılabileceğini, bu dava ile ne gibi taleplerde bulunulabileceğini,

172 Aygün (n 4) 149-154. Mukayeseli hukukta sebepsiz zenginleşme davası açma imkânı tanıyan hukuklar için özellikle bkz. Aygün (n 3) 151.

173 Aygün (n 4) 150.

174 Ömer Özkan, Poliçede Sebepsiz Zenginleşme Davası' (2001) (*Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı*) 511 ff.

175 Burada karşılığını aldığı için muhatap yerine poliçe veya bono bedelini ödemekle yükümlü “muhatabın yerleşim yerindeki” veya “başka adreste bulunan” banka veya üçüncü şahıstan bahsedilmektedir (Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya (n 52) 180; Kinacıoğlu (n 94) 181; Öztan (n 73) 679; Bozer and Göle (n 144) 98. “3. Adresli ve yerleşim yerli poliçe” başlıklı TTK m. 697 hükmü uyarınca, “*MADDE 697–(1) Düzenleyen, poliçede, ödemenin nezdinde yapılacağı bir üçüncü kişiyi göstermeksizin, muhatabın yerleşim yerinden başka bir yeri ödeme yeri olarak beyan etmişse, muhatap kabul şeklinde bir üçüncü kişiyi gösterebilir. Aksi takdirde, muhatap, ödeme yerinde poliçeyi bizzat ödemeyi taahhüt etmiş sayılır. (2) Poliçenin bizzat muhatabın nezdinde ödenmesi şart kılınmışsa, muhatap, kabul şeklinde ödemenin yapılacağı yer olmak üzere, ödeme yerinde bulunan bir adresi gösterebilir.*” Poliçeye ilişkin “2. Adresli ve yerleşim yerli poliçe” başlıklı TTK 674 hükmünde ise, “*MADDE 674–(1) Poliçe, bir üçüncü kişinin nezdinde, muhatabın yerleşim yerinde veya başka bir yerde ödenmek üzere düzenlenebilir*”. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Mustafa Eser Cinbaş, ‘Bonoda Ödeme’ (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE 2015) 50-51. <http://acikerisimarsiv.selcuk.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/10615/391899.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim Tarihi: 12.12.2020).

176 Kambiyo senedine dayalı menfi tespit davasında, Yargıtay 19 HD, 8.12.2016 tarih ve 9545/15531 sayılı kararında, “*TTK'nın 773/2-f maddelerine göre bonolarda da uygulama olanağı bulunan aynı Kanun'un 680. maddesi uyarınca açık bono düzenlenmesinin mümkün olup, açık bono düzenlenmesi durumunda ise açık bononun aradaki anlaşmaya aykırı doldurulduğu iddiasının kural olarak hamile karşı ileri sürülemeyeceği, sadece hamilin senedi iktisabı sırasında kötünietli ve ağır kusurlu bulunduğuun ispat edilememesi durumunda hamile karşı ileri sürülebileceği, somut olayda davacı keşidecinin, dinlenen tanık beyanları ile davalıyla aralarında bononun düzenlenme tarihi itibarıyla herhangi bir borç ilişkisinin bulunmadığını ispatladığı...*” yönünde karar vermiştir. TTK m.773 hükmü, yabancılık unsuru taşıyan kambiyo senetlerine dayalı sebepsiz zenginleşme davaları gibi menfi tespit davalarında da uygulanabilir bir hükümdür.

davanın zamanaşımını süresini belirleme vb. hususları belirler¹⁷⁷. **Ancak TTK m. 773 hükmünün, esasen kambiyo senedi borçlusunu olmayan şahıslar aleyhine açılacak sebepsiz zenginleşme davasına uygulanacak hukuku düzenlediği görülmektedir.** Bu hükümde sayılan kişiler dışındaki senet borçluları aleyhine açılacak sebepsiz zenginleşme davalarının, sebepsiz zenginleşmenin, kambiyo senedi borçlularının taahhütlerinin hüküm ve sonuçlarına uygulanacak hukukun kapsamında olduğu kabul edilmektedir¹⁷⁸. Buna göre, TTK m. 770/f.1 uyarınca, hamilin keşideciye karşı açacağı kambiyo senedine dayalı sebepsiz zenginleşme davasında, ödeme yeri hukuku; TTK m.770/f.2 uyarınca ise, hamilin diğer borçlulara (avalist ve cirantalara) karşı açacağı davada, her bir taahhüdün imza yeri hukuku uygulanacaktır.

G. Bononun Kaybolması ve Çalınması Halinde Uygulanacak Hukuk

Bononun kaybolması veya çalınması hâlinde alınacak tedbirleri, ödeme yerindeki hukuk belirler (TTK m. 778/1/j atfıyla m. 775). Senedin hamilin elinden rızası dışında çıkması durumunda alınması gereken tedbirlere uygulanacak hukuk, hamilin açısından kolaylık ve adaletli sonucu doğuran¹⁷⁹, “taahhütlerin birliği esasından hareketle tespit edilmiştir (Cenevre Konvansiyonu m. 9)¹⁸⁰. Böylelikle hamil, her bir senet borçlusunu bakımından kayıp ve çalınma halinde alınması gereken tedbirleri araştırmak ve uygulamak yerine, her bir senet borçlusunu bakımından geçerli olarak ödeme yeri hukukunda öngörülen tedbirleri alması yeterli olacaktır. Ödeme yeri hukuku, senedin kaybolması veya çalınması halinde ortaya çıkabilecek, örneğin, alınacak tedbirler, iptal kararının verilme sebepleri, ödemenin yasaklanması, tedbirlerin senet şahısları açısından ne gibi sonuçlar doğuracağı, senet şahısları ile senet zilyedinin karşılıklı hak ve yükümlülükleri gibi tüm uyumsuzluklarda uygulanacaktır¹⁸¹. Doktrinde, bononun tahrif edilmesi halinde de ödeme yeri hukukunun yetkisinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁸².

Sonuç

Sonuç 1- Kanaatimizce, TTK’da yer alan kanunlar ihtilafı kuralları, Türk hukukunda, kambiyo senetleri hukuku alanında kabul edilen Cenevre Konvansiyonları sistemi ve dolayısıyla “kambiyo senetlerinin mücerretliği” ve “imzaların (taahhütlerin) bağımsızlığı” ilkelerine uygundur. Kambiyo senetleri hukuku alanında, kambiyo senetlerinin mücerretliği ilkesinin kabul edilmiş olması nedeniyle, Cenevre Konvansiyonları sistemine paralel olarak 6102 sayılı TTK’da kambiyo senetlerine

177 Özdemir (n 3) 166; Aygün (n 3) 965.

178 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Aygün (n 4) 152-153. TTK m. 770 hükmü hakkında açıklamalar için bkz. Bölüm II, C.

179 Aygün (n 4) 148-149.

180 Aygün (n 4) 148.

181 Özdemir (n 3) 137-138; Aygün (n 4) 149; Aygün (n 3) 962.

182 Özdemir (n 3) 138; Öztan (n 73) 950.

uygulanacak hukukun, kambiyo senedinin temelinde yatan hukuki ilişkiden bağımsız olarak düzenlenmiş olması yerindedir. Yine, Cenevre Konvansiyonları sisteminde, çalışmamız özelinde, Poliçe ve Bonolara İlişkin Bazı Kanun İhtilaflarının Çözümüne İlişkin Cenevre Konvansiyonu (“Konvansiyon”)’nda, esas olarak, kambiyo senetlerinde “imzaların (taahhütlerin) bağımsızlığı” ilkesi kabul edildiğinden, bu ilke gereği, istisnalar saklı olmak üzere (Konvansiyon m. 5 ve 8) senet üzerindeki her bir işleme yapıldığı yer hukukunun uygulanmasının genel kural olarak kabul edilmiştir (Konvansiyon m. 2, 3 ve 4). Bu esas, Cenevre Konvansiyonları sistemini dolaylı olarak kabul eden TTK’nın kanunlar ihtilafıyla ilgili maddelerinde de (TTK m. 767/f.2, 770/f.1 ve f.2) etkisini gösterir, istisnalar azdır.

Bununla birlikte Cenevre Konvansiyonunda, bonolar bakımından, kanunlar ihtilafı düzenlemelerinde, hamilin yükümlülüklerine uygulanacak hukuk (TTK m.774) ile kambiyo senetlerinin ödenmesine uygulanacak (ödeme için ibraz, ödeme zamanı, ödeme yapılacak yabancı para cinsinin belirlenmesi hakkında yetkili hukuk TTK m.771, TTK m.772) ve kambiyo senedi ilişkisinden kaynaklanan sebepsiz zenginleşme davasına uygulanacak hukukun (TTK m.775) düzenlenmemiş olması önemli boşluklar olarak kabul edilmekteyken, TTK’da bu durumlarda uygulanacak hukukun düzenlenmiş olması ile Konvansiyondaki eksiklik giderilmiştir.

Sonuç 2- TTK’da yer alan bonolara uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları yerinde olup, kambiyo hukuku alanında kabul edilen kambiyo senetlerinin mücerretliği ve imzaların (taahhütlerin) bağımsızlığı prensiplerine uygundur. Kambiyo senetlerini ve kambiyo taahhütlerini mümkün olduğunca geçerli kılmak amacıyla gerektiğinde tamamlayıcı kurallara yer verilmesi de Cenevre sistemine uygun ve olumludur.

Sonuç 3- Yargıtay tarafından yabancılık unsuru taşıyan bonolara ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarını uygularken, istisnalar hariç, yerinde kararlar verdiği tespit edilmektedir, bu çok olumludur.

Sonuç 4- Kambiyo senetlerinin uyuşmazlığı çözen mahkemece vasıflandırılması bakımından, özellikle, çalışmamızda belirtilen yöntemler dikkate alınmalıdır. Özellikle, Türk hukukuna yabancı olan uyuşmazlığa konu olan senedin, kambiyo senedi ve kıymetli evrak niteliğinde olup olmadığına *lex fori* ile birlikte aynı zamanda mukayeseli hukuktan faydalanarak karar verilmesi ve bunun için de kıymetli evrakın görüldüğü hukuk sistemleri ve kambiyo senetlerine ilişkin milletlerarası sözleşme hükümlerinin de incelenmesi yönünde doktrinde savunulan yöntem, kanaatimizce, karma bir vasıflandırma yöntemi görünümünde olup, yabancı hukuk sistemlerinde yer alan ancak hâkimin hukuk sisteminde bilinmeyen kambiyo senetlerinin vasıflandırılması için de uygun bir yöntem olarak görünmektedir. Kanaatimizce bu durumda, Türk kambiyo hukukunda bir “norm eksikliği” ya da “norm yokluğu”ndan bahsedilmesi gerekmektedir. “Norm eksikliği veya norm yokluğu” sebebiyle davanın reddi her

zaman adaletli olmadığından, yabancı hukuk düzeninin, dava konusu hukuki ilişkiye karşılık düşecek şekilde değiştirilerek veya farklılaştırılarak somut olaya uygulanması suretiyle (intibak -adaptasyon) sorun çözümlenmelidir.

Sonuç 5- Türk hukukunda, 5718 sayılı MÖHUK m.2/f.3 hükmünde, sadece şahsın hukuku ve aile hukuku meselelerinde tek dereceli atf sisteminin uygulanması kabul edilmiştir. Türk hukukunda, aksi yönde görüş bulunmakla birlikte, **TTK m.766/f.1 hükmünün**, MÖHUK m.2/f.3 hükmü ile birlikte değerlendirilerek tek dereceli atf şeklinde uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Kanaatimizce de, genel kuraldan ayrılmaya gerek bulunmamaktadır ve kambiyo senetlerinde borçlanma ehliyeti meselelerinde atf **tek dereceli atf olarak uygulanmalıdır**.

Sonuç 6- Kambiyo senetlerine özgü müracaat haklarının kullanılması ve korunması için gerekli olan işlemlerden, protesto çekilmesi, bononun kabul ve ödenmek üzere ibrazı ve ihbarın yapılması, başvurma hakkının kullanılmasının şekli şartlarıyla ilgilidir ve bu işlemlerle de ilgili olarak, TTK m. 768 hükmünde belirlenen *LRA* kuralı uygulanır. **Kanaatimizce senedin ödeme için ibraz süresi hakkında da TTK m. 768 hükmü uygulanmalıdır**.

Sonuç 7- Başvuru hakkının zamanaşımına uğraması için öncelikle başvuru hakkının doğması gerekmektedir. Başvuru hakkının zamanaşımına uğraması bakımından, hamilin keşideciye başvurma hakkının zamanaşımına uğraması bakımından uygulanan TTK m. 770 hükmünün uygulanmasının muhtemel sonucu olarak, taahhüdün imzaladığı yer kanununa dayanılarak (TTK m.770/f.2) süresi içinde kendisine müracaat olunan bir müracaat borçlusunun, kendinden önce gelenlere başvurabilme imkânı, bu kişilerin taahhüdü imzaladıkları yerde daha kısa müracaat sürelerinin uygulanması sebebiyle ortadan kalkabileceğinden, doktrinde *Aygün 'ün* de –isabetle- ifade ettiği şekilde, TTK m. 769 hükmünde yer alan, “bononun düzenlendiği yer (keşidecinin bonoyu tanzim ettiği yer hukuku) hukukunun uygulanması” şeklindeki birleştirici kuralın, alacaklının diğer borçlulara başvuru hakkının zamanaşımına uğraması hakkında da uygulanması makul görünmektedir.

Sonuç 8- Son olarak, TTK m. 767/f.3 hükmünde yer alan tamamlayıcı kuralın 21. yüzyıldaki ihtiyaçlara cevap verip vermediği ve yeterince kapsayıcı olup olmadığı hakkında değerlendirme ve bu konuda doktrinde *Erkan* tarafından önerilen “*Türkiye dışında düzenlenen ve düzenleme yeri hukukuna göre şeklen geçerli olmayan bir poliçe, şekil açısından Türk hukukuna uygun ise, bu poliçe, ödemenin sağlanmasını gerçekleştirmek için Türkiye’de geçerli olarak kabul edilir*” şeklinde yasal değişiklik önerisi kanaatimizce kabul edilebilir niteliktedir. Hatta yasal değişiklik önerisi getirilen tek yanlı kanunlar ihtilafı kuralı yerine, daha da kapsayıcı, iki yanlı bir kanunlar ihtilafı kuralı kabul edilmesi tarafımızdan önerilmektedir. Buna göre, **TTK m.767/ f.1 hükmüne, “ödeme yeri”nin kambiyo taahhütlerinin şeklen geçerliliğine uygulanacak LRA kuralına alternatif bir hukuk olarak eklenmesi**

kabul edilebilir. Bu durumda, TTK m. 767/f.3 hükmüne gerek kalmadığından bu hüküm kaldırılabilir. Ancak, LRA kuralını tamamlayıcı nitelikteki TTK m. 767/f.2 hükmü aynen korunmalıdır.

Sonuç 9- Bononun çalınması, kaybolması veya tahrifi halinde açılacak çekişmesiz yargı işi olan bononun iptali davasında uygulanacak hukuk ve alınacak tedbirlere ilişkin TTK m. 775 hükmü uyarınca, ödeme yeri hukuku uygulama alanı bulurken, bunun dışındaki sebeplerle bononun iptalinin veya butlanının dava edilip edilemeyeceği meselesi hakkında uygulanacak hukuk TTK m. 770 hükmüdür.

Sonuç 10- Kambiyo senedi ilişkisinden kaynaklanan hamilin keşideciye karşı açabileceği veya bonoda esasen kambiyo senedi borçlusu olan diğer borçlulara (avalist, ciranta) karşı açılacak sebepsiz zenginleşme davasında uygulanacak hukuk TTK m. 770 hükmüne göre, ödeme yeri hukukuna tabi iken; bono ilişkisinde esasen kambiyo senedi borçlusu olmayan 3.kişiler (“yerleşim yerli bonoda muhatap”) aleyhine açılacak sebepsiz zenginleşme davasında uygulanacak hukuk TTK m. 773 hükmü uyarınca, 3.kişinin yerleşim yeri hukukuna tabidir. Asıl borç ilişkisinden kaynaklanan sebepsiz zenginleşme davasında uygulanacak hukuk ise, 5718 sayılı MÖHUK m. 39 hükmüne göre tespit edilmelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

- Altıparmak AK., ‘Bills of Exchange Act Sisteminde Kambiyo Senetlerine Uygulanacak Hukuk ve Cenevre Konvansiyonları Sistemiyle Karşılaştırması’ (2015) Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları (60.Yıl Armağanı) 1-33.
- Arat T, *Ticaret Şirketlerinin Tabiiyeti* (Ankara Üniversitesi Yayınları 1970).
- Aygün M, ‘Milletlerarası Özel Hukukta Kambiyo Senetleri’ (Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008).
- Aygün M, ‘Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti’ (2012) 61(3) AÜHFD 925-972.
- Aygün M, ‘Kambiyo Senetlerinden (Poliçe, Bono ve Çekten) Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk Sorunu’ (2014) (Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı) 101-131.
- Aygün M, ‘Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü’ (2014) (16) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan) 1025-1066.

- Berki OF, *Türk Hukukunda Kanun İhtilafı* (2nd edn, Ankara 1971).
- Berki OF., 'Kambiyo Senetlerinde Ehliyetten Doğan İhtilaf' (1961) 1(2) BATİDER 143-148.
- Bozer A and Göle C, *Kıymetli Evrak Hukuku* (5th edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2015).
- Cinbaş ME, 'Bonoda Ödeme' (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE 2015).
- Çelikel A, 'Türk Milletlerarası Özel Hukukunda "Atıf" Prensibinin Uygulanması' (1983) (2) MHB 1-4.
- Çelikel A and Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017).
- Çelikel A and Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (23th edn, Beta 2017).
- Devres MN., 'Ticari Senetlerde Kanunlar İhtilafı' (1936) (13) Adliye Ceridesi 784-813.
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (5th edn, Savaş 2019).
- Domanıç H, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. IV: Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması* (Beta 1990).
- Eriş G, *Açıklamalı İçtihatlı Uygulamalı Çek Hukuku* (5th edn, 2004).
- Erkan M, 'Kambiyo Senetlerinin Şekil Bakımından Geçerliğine Uygulanacak Hukuk: Tamamlayıcı Kuralda Vatandaşlık Faktörü' (2012) (18) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi 751- 768.
- Erkan M, Ertekin E and Karataş İ, *Uygulamada Ticari Senetler – Menfi Tespit ve İstirdat Davaları ile 3167 sayılı Çek Yasası Hakkında Açıklama-Uygulama: Poliçe, Bono, Çek* (2nd edn, Yetkin 1996).
- Karayalçın Y, *Ticaret Hukuku, III Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)* (Ankara 1970).
- Kendigelen A and Kırca İ, *Kıymetli Evrak Hukuku* (1st edn, On İki levha yayıncılık 2019).
- Kınacıoğlu N, *Kıymetli Evrak Hukuku* (5th edn, Nobel Yayıncılık 1999).
- Moroğlu E, 'Kambiyo Senetlerinde Düzenleme Yeri' (*Makaleler*) (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2010) 507-517.
- Nomer E, *Devler Hususi Hukuku* (22th edn, Beta 2017).
- Özdemir H, 'Kambiyo Senetlerine İlişkin Kanunlar İhtilafı Kuralları', (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1993).
- Özdemir H, 'Kambiyo Taahhütlerinin Şekil Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk', (*Nihal Uluocak'a Armağan İstanbul Üniversitesi Yayınları* 1999) 261-276.
- Özdemir Kocasakal H, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (1st edn Galatasaray Üniversitesi 2001).
- Özkan Ö, 'Poliçede Sebepsiz Zenginleşme Davası' (2001) (*Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı*) 507-535.
- Öztan F, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2nd edn, Turhan 1997) .
- Öztan F, 'Kambiyo Senetlerine Benzeyen Senetler', (1975) (*M. Koloğlu Armağanı*) 547-566.
- Poroy R and Tekinalp Ü, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, (22th edn, Vedat 2018).
- Seviş MR and Seviş VR, *Devletler Hususi Hukuku* (3rd edn, 1992).
- Seviş VR., *Ticari Sahadaki Kanunlar İhtilafı*, (1st edn, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1958).
- Şanlı C, Esen, E and Ataman Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Vedat 2019).

Tekinalp G, *Milletlerarası Özel Hukuk (Bağlama Kuralları)* (10th edn, Beta 2009).

Tekinalp G, *Türk Yabancılar Hukuku* (7th edn, Beta 2003).

Tekinalp G, 'Türk hukukunda Ortaklıkların Vatandaşlığı' (1973) (İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları 50.Yıl Armağanı) 552-579.

Tiryakioğlu B, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1996).

Uluocak N, *Kanunlar ihtilafı* (1st edn, 1971).

Ülgen H, Helvacı M, Kaya A and Nomer Ertan F, *Kıymetli Evrak Hukuku* (12th edn, Vedat 2019).

Yılmaz İ, 'Türk Hukukunda Yabancılık Unsuru Bakımından Çek' (2001) (*Turhan Tufan Yüce'ye Armağanı*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 2001) 269-295.

Türkiye’de Faaliyet Gösteren Acente veya Tek Satıcıların Taraf Oldukları Yabancı Unsurlu Sözleşmelerde Yer Alan Yetki veya Tahkim Şartına Rağmen Açacakları Davaların Türk Mahkemelerinde Görülüp Görülemeyeceği Meselesi*

The Issue of Whether Cases Filed by Commercial Agents or Exclusive Distributors Operating in Turkey Can be Heard by Turkish Courts Despite the Foreign Forum-Selection Clauses

Duygu Ercan** 

Öz

Acentelik ve tek satıcılık gibi sözleşme ilişkilerine istinaden ileri sürülen denkleştirme veya tazminat taleplerine ilişkin uyuşmazlıklar, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹ m.24/1 uyarınca, taraflarca seçilen hukuka tabidir. Uygulamada, acentelik veya tek satıcılık gibi sözleşmelere uygulanmak üzere seçilen hukukun, denkleştirme veya tazminat talebine imkân tanımadığı veya bu talep haklarından peşinen feragati geçerli saydığı hâllere rastlanmakta ve bu tercihin, güçlü âkit tarafın, zayıf taraf olan acente ve tek satıcının feshe dayalı taleplerini bertaraf etme amacına hizmet ettiği görülmektedir. Denkleştirme talebinden peşinen feragat edilmesini geçersiz sayan Türk hukukunun emredici hükmünü (TTK m.122/4) dolanmak isteyen karşı âkit taraf, hükmün uygulanmasını kesin bir surette engellemek adına, müesseseyi tanımayan söz konusu devletin hukuk sisteminin seçilmesinin yanında, bu devletin mahkemelerini yetkilendiren bir hükmün de eklendiği sözleşmeyi, zayıf âkit taraf acente veya tek satıcıya -herhangi bir pazarlık imkânı tanımaksızın- dayatabilir. Zira tarafların, MÖHUK m. 47 hükmü uyarınca akdi borç ilişkisinden doğan denkleştirme talebine ilişkin bu uyuşmazlığın, yabancı bir devlet mahkemesinde görüleceği hususunda anlaşabilme imkânları olduğu gibi, sözleşmeye tahkim şartı koymaları da mümkündür. Bu itibarla, çalışmamızın esas odağı, Türkiye’de faaliyet gösteren acente ve tek satıcıyı, feshe dayalı talep haklarından mahrum bırakmak adına sözleşmeye yabancı hukuk seçimi hükmü ile birlikte konulan yetki ve tahkim şartına rağmen davanın Türk mahkemelerinde görülüp görülemeyeceği meselesinin mukayeseli hukuk verileri ışığında değerlendirilmesidir.

Anahtar Kelimeler

Türkiye’de faaliyet gösteren acente ve tek satıcının feshe dayalı talepleri, denkleştirme talebi (portföy tazminatı), doğmamış haktan feragat yasağı, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, ekonomik kamu düzeninden olan hükümlerin dolanılması, zayıf âkit tarafın korunması, yetki ve tahkim anlaşmalarının geçerliliği ve icra edilebilirliği

Abstract

Disputes regarding goodwill indemnity and compensation claims stemming from commercial agency or exclusive distributorship contracts are subject to the law chosen by the parties in accordance with article 24/1 of the Act on Private International and Procedural Law (PIPL) numbered 5718. Also, parties may agree that disputes with a foreign element

* Bu makale, Prof. Dr. Emre Esen danışmanlığında hazırlanmış ve 2020 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı kapsamında savunulup kabul edilmiş olan “Denkleştirme Taleplerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi” başlıklı yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

** Sorumlu Yazar: Duygu Ercan (Arş. Gör.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: ORCID: 0000-0002-6213-4894

Atf: Ercan D, “Türkiye’de Faaliyet Gösteren Acente veya Tek Satıcıların Taraf Oldukları Yabancı Unsurlu Sözleşmelerde Yer Alan Yetki veya Tahkim Şartına Rağmen Açacakları Davaların Türk Mahkemelerinde Görülüp Görülemeyeceği Meselesi” (2020) 40(2) PPI 1613.

<https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.840631>

arising from contractual obligation shall be settled in a foreign state court (PIPL art.47) or by arbitration. In practice, there are cases where the law chosen by the parties does not grant goodwill indemnification or other termination claims or where the waiver in advance of such claims is valid under that law. The counter-contracting party aiming to evade the mandatory provisions of Turkish law may unilaterally prepare contract provisions regarding jurisdiction clauses besides choice-of-law. Commercial agencies/exclusive distributors may concede these clauses, since they do not have equal bargaining power as the weaker party. Such choice of law generally serves the purpose of the powerful contracting party to eliminate termination claims of the commercial agents and exclusive distributors. In this regard, our study is mainly focused on the issue of whether cases regarding termination claims of self-employed commercial agents or exclusive distributors operating in Turkey can be heard by Turkish courts, in cases where the forum-selection clauses may be regarded as a manoeuvre designed to circumvent the mandatory rules of Turkish law on commercial agents.

Keywords

Termination claims of self-employed commercial agents or exclusive distributors operating in Turkey, Goodwill indemnity (portfolio compensation), Prohibition of waiver in advance from goodwill indemnity or compensation claims, International jurisdiction of Turkish courts, Circumvention of provisions from economic public order, The protection of the weak contracting party, Validity and enforceability of jurisdiction/arbitration clauses

Extended Summary

Goodwill indemnity or compensation claims of the self-employed commercial agents and exclusive distributors operating in Turkey are subject to Turkish law in the absence of choice- -of-law, since they are the debtors of characteristic performance and have a place of business or habitual residence in Turkey. Also, Turkish courts have international jurisdiction over disputes regarding the commercial agency or exclusive distributorship contracts carried out in Turkey. Such contracts are usually contracts in which commercial agents or exclusive distributors have a much smaller business than the counterparty, even if both contracting parties are merchants. Accordingly, most of them are unilaterally prepared and offered on a “take it or leave it basis” to commercial agents.

Since the parties do not have equal bargaining power, there is a danger of abuse of contractual freedom against the commercial agent or the exclusive distributor, which are the weaker contracting parties. The law-maker, aiming to prevent such an intervention, has forbidden the waiver of goodwill indemnity claim in advance by means of the article 122/4 of the Turkish Commercial Code numbered 6102. Such regulations protecting commercial agents/exclusive distributors in case of the termination of the contracts, not only serve the protection of the weaker contracting party but also provide realization of objectives regarding economic public policy of Turkey where the agency and distribution operations play an important role.

On the other hand, contractual claims could be subject to foreign law by choice-of-law under article 24 of the PIPL numbered 5718 in order to preclude the protective regime in favor of agents and distributors. If the chosen law does not grant goodwill indemnification and compensation claims, or if the waiver in advance of such claims is valid under that law, Turkish law could be applicable instead of that law by

means of article 5 of the PIPL (intervention of public policy) or article 6 of the PIPL (internationally mandatory rules of Turkish law). Since contracts usually include foreign jurisdiction clauses besides the choice of law, Turkish courts dismissed the action without prejudice. Therefore, in this study, rather than addressing this issue in terms of the conflict of laws, the issues of validity and enforceability of the jurisdiction and arbitration clauses that prevent the dispute from being heard before Turkish courts are examined.

In our opinion, in cases where the parties do not have equal bargaining power and the dominant party uses its position to enable agents or distributors to accept the contract including provisions (such as jurisdiction clauses) to be disadvantageous to it, in accordance with the article 27/1 of the Turkish Law of Obligations, such provisions/clauses may be regarded as null and enforceable due to immorality. If the Turkish commercial agent or exclusive distributor may not rely on certain claims before the foreign court or the arbitral tribunal, it can be said that the economically dominant party abuses the right and the weaker party. Also, in the practice of European Union law, the jurisdiction/arbitration clause stipulated in the contract aiming to circumvent the mandatory rules of procedural or substantive law, is deemed to be null and unenforceable. It should be noted that this regime, which protects the commercial agent against the consequences of termination, only covers agents operating within the EU or the state in question.

On the basis of the our current legal regulations, the question of whether the jurisdiction and arbitration clauses are valid and enforceable may only be answered depending on the law to which the contracts are subjected. Taking into consideration all the provisions of the contract, such clauses may be regarded as a manoeuvre designed to circumvent the mandatory rules of the Turkish law on commercial agents. In such cases, forum selection clauses may be exceptionally disregarded as long as it could be reasonably proved by the Turkish commercial agent or exclusive distributor. Yet, that the law-makers set forth the protective rules in favor of Turkish agents and distributors in the field of procedural law would be the most appropriate way. In this regard, an article such as “*In disputes arising out of contracts such as commercial agency or exclusive distributorship performed wholly or predominantly in Turkey, international jurisdiction of Turkish courts can not be disposed by means of exclusive jurisdiction or arbitration clause before the termination of the contract.*” can be stipulated.

Türkiye’de Faaliyet Gösteren Acente veya Tek Satıcılar Tarafından Açılan Yabancı Unsurlu Davaların Sözleşmelerde Yer Alan Yetki veya Tahkim Şartına Rağmen Türk Mahkemelerinde Görülüp Görülemeyeceği Meselesi

Giriş ve Konunun Takdimi

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹ uyarınca, acentelik ve tek satıcılık gibi sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesinin sonuçlarından biri, acentenin/tek satıcının sözleşme süresince yarattığı müşteri çevresinin karşılığında -muhtelif koşullara bağlı olarak- denkleştirme talebine hak kazanmasıdır (TTK m.122)². TTK m.122, esasen acentenin denkleştirme talep etme hakkının nitelik ve koşullarına ilişkin bir düzenleme olmakla beraber, son fıkrada bu hükmün hakkaniyete aykırı düşmedikçe tek satıcılık ve benzeri diğer tekel hakkı³ veren sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi bakımından

1 RG 14.02.2011 / 27846, buradan itibaren “TTK” veya “6102 sayılı TTK” olarak anılacaktır.

2 Denkleştirme İstemi

MADDE 122- “ (1) Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra;

a) Müvekkil, acentenin bulunduğu yeni müşteriler sayesinde, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler elde ediyorsa,

b) Acente, sözleşme ilişkisinin sona ermesinin sonucu olarak, onun tarafından işletmeye kazandırılmış müşterilerle yapılmış veya kısa bir süre içinde yapılacak olan işler dolayısıyla sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı elde edeceği ücret isteme hakkını kaybediyorsa ve

c) Somut olayın özellik ve şartları değerlendirildiğinde, ödenmesi hakkaniyete uygun düşüyorsa, acentemüvekkildenüyğun bir tazminat isteyebilir.

(2) Tazminat, acentenin son beş yıllık faaliyeti sonucu aldığı yıllık komisyon veya diğer ödemelerin ortalamasını aşamaz. Sözleşme ilişkisi daha kısa bir süre devam etmişse, faaliyetin devamı sırasındaki ortalama esas alınır.

(3) Müvekkilin, feshi haklı gösterecek bir eylemi olmadan, acente sözleşmeyi feshetmişse veya acentenin kusuru sebebiyle sözleşme müvekkil tarafından haklı sebeplerle feshedilmişse, acente denkleştirme isteminde bulunamaz.

(4) **Denkleştirme isteminden önceden vazgeçilemez.** Denkleştirme istem hakkının sözleşme ilişkisinin sona ermesinden itibaren bir yıl içinde ileri sürülmesi gerekir.

(5) Bu hüküm, hakkaniyete aykırı düşmedikçe, tek satıcılık ile benzeri diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi hâlinde de uygulanır.”

3 Tekel hakkı ile kastedilen, sağlayıcı/yapımcı veya franchise verenin, tek satıcı veya franchise alana -sözleşmedeki faaliyet bölgesi ile sınırlı olmak üzere- sözleşmeye konu mal veya hizmete istinaden münhasır satış hakkı tanınmasıdır. Hasan İşgüzar, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, (Dayınlarlı Hukuk Yayınları 1989) 16; Haluk Tandoğan, “Tek Satıcılık Sözleşmesi”, (1982) 6(4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2; Arslan Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap Ticari İşletme, Yedinci Kısım Acentelik (TTK m. 102-123)* (2nd edn, Beta 2016) (TTK Şerhi/Acentelik) 278; Ercüment Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, (1st edn, On İki Levha 2017) 392. Bu husus sözleşmede açıkça kararlaştırılmasa dahi, tekel hakkının, tek satıcılık sözleşmesinin esaslı bir unsuru yönünde olduğuna dair 2001 tarihli Yargıtay kararı için bkz. 19. HD, T. 11.10.2001, E., 2001/2685, K., 2001/6382 (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr

da uygulama alanı bulabileceği öngörülmektedir (TTK m.122/5)⁴. Denkleştirme talebi, yalnızca sözleşmenin zayıf tarafı olan acente veya tek satıcı gibi tacirlere mahsus ve önceden vazgeçilemez bir hak olması ve karşı tarafın kusuruna bağlı olmaması itibarıyla, -aşağıda değinileceği üzere- kendine özgü bir haktır. Bu sebeplerdir ki, uygulamada daha ziyade acente yahut tek satıcının denkleştirme talep etme hakkına ilişkin uyumsuzluklara rastlanmaktadır.

Her ne kadar çalışmamızda, münhasıran denkleştirme talebinden bahsedilecek olsa da, acentenin/ tek satıcının, sözleşmenin feshine bağlı talepleri, denkleştirme talebi ile sınırlı değildir. Örneğin, acentelik sözleşmesini, haklı bir sebep olmaksızın veya üç aylık ihbar süresine uymaksızın fesheden taraf, başlanmış işlerin tamamlanamaması sebebiyle diğer tarafın uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür (TTK m.121/4). Görüldüğü üzere buradaki tazminat talebi, denkleştirme talebinden farklı olarak iki yönlüdür. TTK m.121/5’te öngörülen tazminat talebi ise; müvekkilin veya acentenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi veya iflası sebebiyle acentelik sözleşmesinin sona ermesi halinde, henüz tamamlanamayan işlere binaen acenteye uygun bir tazminat ödenmesine ilişkindir.

Elbette acentelik veya tek satıcılık sözleşmelerinin feshi sebebiyle uğranılan zararın tazmini, genel hükümler (Türk Borçlar Kanunu⁵) uyarınca da talep edilebilir. Söz gelimi, sözleşmeyi haksız fesheden yahut kusurlu davranışlarıyla sözleşmenin acente veya tek satıcı tarafından feshedilmesine neden olan müvekkil/yapımcı; acente veya tek satıcının uğradığı zararı, TBK m.112 vd. hükümleri çerçevesinde gidermekle yükümlüdür. Tek satıcı veya acente, fiili zararının, yoksun kaldığı kârın ve manevi zararının tazminini talep edebilir⁶.

4 Görüldüğü üzere, denkleştirme talebinde bulunmak için acenteler bakımından tekel hakkı koşulu aranmazken (acentelik ilişkilerinde tekel kuralı zorunlu bir unsur olmayıp taraflarca yazılı olarak kaldırılabilir bkz. TTK m. 104); tek satıcı, franchise veya marka lisansı alan kişiler bakımından hükmün uygulama alanı bulabilmesi için tekel hakkı sahibi olma koşulu aranmaktadır. İfade etmek gerekir ki, tek satıcılık sözleşmesinin mahiyeti gereği, tekel hakkı zaten sözleşmenin zorunlu bir unsurudur ve tek satıcılık sözleşmesi bu tekel hakkını ihtiva eder. Ancak, tek satıcılık dışındaki franchise ve marka lisansı gibi diğer sürekli sözleşme ilişkilerinde, tekel hakkının varlığı zorunlu bir unsur değildir. Doktrinde, ekonomik bağımlılık temelinde, bazı durumlarda, distribütör ve franchise alanın daha fazla riziko üstlendiği gerçeği karşısında, Kanun Tasarısında bulunmayıp TBMM safhasında eklenen söz konusu tekel şartının isabetsiz olduğu ifade edilmektedir. Öte yandan, kanunda açıkça düzenlenmesi sebebiyle, acentelik dışındaki sözleşmeler bakımından tekel hakkının denkleştirme talebi için zorunlu bir unsur olduğu, bu bakımdan tekel hakkı ihtiva etmeyen sözleşmeler bakımından kıyas yoluyla dahi, uygulanmasının mümkün görülmediği kabul edilmektedir. Bkz. Kaya, *TTK Şerhi/Acentelik* (n 4) 354; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (25th edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2019) 246, dn.3; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya and Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku* (6th edn, Vedat 2019) 890; Fülürüya Yusufoglu, “Denkleştirme Talebinin Kıyasen Uygulanması İçin Gereken Kıyas Şartları Işığında Tekel Hakkı Vermeyen Sürekli Sözleşme İlişkilerine Uygulanması Sorunu”, (2016)11(137-138) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 177, 183-184; Yazar, sözleşmenin karşı tarafının denkleştirme bedeli ödemekten kaçınmak için, sözleşmeyi tek satıcılık yerine distribütörlük olarak nitelendirilebileceğini veya fiilen bir tekel hakkının bulunmasına rağmen sözleşmede buna yer verilmeyebileceğini ifade etmiş; bu bakımdan tarafların sözleşmedeki nitelendirmelerine veya sözleşmeyi kaleme alma şekline bağlı olmaksızın, sözleşmenin uygulanmasında yola çıkılması ve fiilen tekel hakkı olan kişiye de denkleştirme bedeli ödenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bununla beraber, distribütörlerin yaptığı hukuki işlemleri kendi ad ve hesabına yapması sebebiyle, tekel hakkının varlığının aranmasının isabetli olduğu ve hükmün amacına uygun bir şekilde sınırlandırıldığına ilişkin görüşler için bkz. Şaban Kayıhan, *Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Işığında Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi*, (5th edn, Umuttepe Yayınları 2018) 189; Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler Yenilikler ve İlk Tespitler*, (3rd edn, On İki Levha 2016) (*TTK/İlk Tespitler*) 115, dn. 99.

5 RG 04. 02. 2011/ 27836 buradan itibaren “TBK” olarak anılacaktır.

6 Kaya, *TTK Şerhi/Acentelik* (n 4) 217-218; Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayıllık Sözleşmeleri)* (2nd edn, Vedat 2013) 239

Keza doktrinde, tarafların sözleşmenin daha uzun süre devam edeceğine güvenerek yapmış oldukları muhtelif yatırımların, stokta kalan malların, yüklü reklam ve tanıtım giderlerinin de bu kapsamda talep edilebilecek kalemler arasında olduğu ifade edilmektedir⁷. Her ne kadar, acente veya tek satıcının hukuken bağımsız bir tacir konumunda olup, aracılık ve dağıtım faaliyetlerini gerçekleştirmek amacıyla yaptığı masraflara katlanmak durumunda olduğu ileri sürülebilecekse de, bilhassa belirsiz süreli sözleşmelerde, müvekkilinin sözleşmenin devam edeceğine dair yarattığı intibaya güvenerek yüksek maliyetli tesisler inşa eden veya kiralayan, çok sayıda nitelikli personel istihdam eden, araç ve teçhizat alan acentenin/tek satıcının, sözleşmenin kısa bir süre sonra feshedilmesi halinde, bu yatırımları amorti edemeyeceği aşikardır. Anılan yatırımların acente veya tek satıcı tarafından yapılacağı sözleşmede öngörüldüğü takdirde, acentenin/tek satıcının bu masrafları amorti edene kadar sözleşmenin süreceğine ilişkin haklı bir güveni bulunduğundan, buradaki tazminat talebi, -sözleşme, müvekkil tarafından önelli olarak feshedilse dahi- TMK m.2 hükmünde öngörülen dürüstlük kuralına dayandırılabilir⁸.

Burada hemen ifade edelim ki, çalışmamızda anılan taleplerin maddi hukuk boyutuyla incelenmesi amaçlanmamıştır. Ancak üretimden ziyade tüketim ve montaj ekonomisi ağırlıklı yapısıyla bir acenteler/tek satıcılar ülkesi olan ülkemizde; yabancı müvekkiller tarafından, özellikle denkleştirme talebinin önceden vazgeçilemez nitelikte olduğunu düzenleyen TTK m.122/4 hükmünün uygulanmasının önüne geçmek maksadıyla, sözleşmeye bu talepten vazgeçmeye imkân tanıyan yahut denkleştirme talebine hiç imkân tanımayan bir devlet hukukunun seçildiği, yetki veya tahkim şartı da eklenerek bu hükmün dolanılmak/aşılmak istendiği görülmekte ve bu husustaki uyuşmazlıklara sıklıkla rastlanmaktadır⁹. Bilhassa, ABD ve Kanada gibi devletlerin hukuk sistemlerinde acentelere denkleştirme talep hakkı tanıyan yasal bir düzenleme veya içtihat bulunmadığından, sözleşmede sıklıkla bu hukuk sistemlerinin tatbik edileceğine ilişkin şartlar öngörülmekte, bu devletlerin eyalet mahkemeleri yetkilendirilmekte veya söz konusu eyaletlerden biri tahkim yeri olarak belirlenmektedir. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki, bu husustaki uyuşmazlıklara tek satıcılık (münhasır bayilik) ilişkilerinde daha sık rastlanır. Zira Üye Devlet Hukuk Sistemlerinde Acenteliğe İlişkin Düzenlemelerin Uyumlaştırılmasına İlişkin 86/653 sayılı AB Direktifi¹⁰; üye devletlere, yalnızca acenteler yönünden Direktifte yer alan emredici nitelikteki koruyucu hükümleri, kendi iç hukuklarına ithal etme zorunluluğu

7 Kaya, *TTK Şerhi/Acentelik* (n 4) 219; Demir Gökyayla, *Münhasır Bayilik Sözleşmeleri* (n 7) 239

8 Bu yönde bkz. Demir Gökyayla, *Münhasır Bayilik Sözleşmeleri* (n 7) 239; Kaya *TTK Şerhi/Acentelik* (n 4) 220

9 Arslan Kaya, “Acentelik ve Tek Satıcılık ile Benzeri Diğer Tekel Veren Sürekli Sözleşme İlişkilerinin Sona Ermesi Hâlinde Denkleştirme İstemi”, *Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar)* 12 Ekim 2018, (On İki Levha 2018) 39.

10 86/653 sayılı AB Direktifinin tam metni için bkz. Council Directive of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31986L0653&from=EN>

getirmektedir¹¹. Dolayısıyla, İtalya, İspanya, Fransa ve İngiltere gibi tek satıcıya denkleştirme talep hakkının tanınmadığı¹² devletlerin hukuk sistemleri ve mahkemeleri seçilmek suretiyle de Türkiye’de faaliyet gösteren bir tek satıcının denkleştirme talebi bertaraf edilebilir.

Daha da önemlisi, 86/653 sayılı Direktif, üye devletlere yalnızca AB sınırları içerisinde faaliyet gösteren acentelerin korunmasına ilişkin hükümleri iç hukuklarına ithal etme görevi yükler¹³. Nitekim Alman hukukunda, acentenin denkleştirme talebinin vazgeçilmez karakterine işaret eden mehaz AlmTK m. 89b/4 hükmü, tek satıcılar bakımından da kıyasen uygulanmakla beraber, acente veya tek satıcının Avrupa Birliği yahut Avrupa Ekonomik Sahası dışında faaliyet göstermesi halinde, acentenin talep haklarına ilişkin amir düzenlemelerin aksi kararlaştırılabilir (Bkz. AlmTK m.92c). Bu sebeple, örneğin Alman müvekkili adına faaliyetlerini Türkiye’de yürüten bir acentenin, sözleşmeye Alman hukukunun uygulanacağını kararlaştırılması halinde, Alman hukuku uyarınca denkleştirme ve diğer tazminat haklarından feragat ettiği yönündeki hükümler geçerli kabul edilecektir.

Acente lehine tesis edilen koruyucu rejimin hukuk seçimi yoluyla dahi bertaraf edilemeyeceğine ilişkin ABAD¹⁴ kararları, Alman ve Avusturya hukuku tatbikatındaki tahkim ve yetki anlaşmalarının geçersiz veya icra edilemez sayıldığı kararlar ve bu meyanda pozitif bir yasal dayanağa sahip olan Belçika hukukundaki gelişmelerin etkisi de, meselenin Türk milletlerarası usul hukuku disiplini içerisinde ele alınmasını gerekli kılmıştır.

Doktrinde konu ekseriyetle denkleştirme talebi özelinde tartışılmış olmakla beraber, tatbikatta “*sözleşme hangi nedenle sona ermiş olursa olsun, acentenin/ tek satıcının hiçbir ad altında tazminat talep edemeyeceği*” şeklindeki sözleşme

11 Bu hususa ilişkin ABAD’ın *Mavrona v. Delta Case C-85/03, 10 February 2004* kararına konu olayda, taraflar arasındaki tek satıcılık (münhasır bayilik) sözleşmesinin sona ermesi üzerine, tek satıcı Yunan mahkemelerine başvurmuştur. Mahkeme ABAD’a önsoron olarak 86/653 sayılı Direktifin kapsamının müvekkili ad ve hesabına değil, kendi ad ve hesabına satış yapan tek satıcı gibi kimseleri içermediğini sormuştur. ABAD ise, kendi ad ve hesabına hareket eden tek satıcı gibi kimselerin, kural olarak Direktif kapsamına girmeyeceğini ifade etmiştir. Bkz. Andrew Park, José Antonio Moreno Campos and Alexander Hansebout, “Goodwill Compensation for Distributors in the EU”, (2007) (24) IBA Legal Practice Division, International Sales Committee Newsletter, September 29-30.

12 Martijn Willem Hesselink, Odavia Bueno Diaz, Manola Scotton and Muriel Veldmann, *Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, (Sellier European Law Publishers 2006) Chapter 1, Article 1, 101: Notes 1, 147; Park, Campos and Hansebout (n 12) 28; Cemile Demir Gökyayla, “Milletlerarası Özel Hukukta Dağıtım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, in Sibel Özel and Mustafa Erkan (eds) *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler (Contractual Issues in Private International Law)*, (Uluslararası Konferans), 11 Ekim 2018, (On İki Levha 2018) 59-61; Ercüment Erdem, “Tek Satıcılık Sözleşmelerinde Denkleştirme Talebi (Müşteri Tazminatı)”, *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’a Armağan*, C.1 (Beta 2003) 101-102.

13 *Agro Foreign Trade v. Agency Ltd* 16.02.2017, C-507/15, <https://eur-lex.europa.eu>

14 Avrupa Birliği’nin yargı organı olan Avrupa Birliği Adalet Divanı (“ABAD”)nın (Court of Justice of the European Union) temel amacı, AB hukukunun AB içerisinde her yerde aynı şekilde yorumlanmasını ve uygulanmasını sağlamaktır. Divan, Birlik hukukunun yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuka saygıyı sağlama, ulusal hukuk düzenleri ile AB hukuk düzeni arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi, hukuki denetim, yorum, uyumsuzluk çözme, hukuk yaratma ve boşluk doldurma işlevlerini yerine getirir. Bkz. (Çevrimiçi) https://www.ab.gov.tr/avrupa-birligi-adalet-divani_45632.html

hükümlerinin kullanıldığı görülmektedir¹⁵. Bu bakımdan çalışma kapsamında, yetki veya tahkim şartları karşısında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin olarak ileri sürülen görüşlerin daha pratik ve gerçekçi olabilmesi adına acente ve tek satıcının kümülatif olarak talep edebileceği kalemler/haklar birbirinden ayrılmadan değerlendirilmiştir. Diğer bir deyişle, acentenin/tek satıcının Türk mahkemeleri nezdinde talep edebileceği bu hakları boşa çıkaracak yetki veya tahkim şartlarının geçersizliği, yalnızca denkleştirme talepleri bakımından değil, Türkiye’de faaliyet gösteren bir acente veya tek satıcının açacağı diğer davalarda da dikkate alınacaktır. Ekonomik kamu düzenine ilişkin denkleştirme talebinden sözleşme ile peşinen feragati yasaklayan TTK m.122/4 hükmü ile doğmamış bir haktan feragat edilemeyeceğine ilişkin temel borçlar hukuku prensibi, aynı zamanda taraflar arasındaki güç dengesizliğinin yarattığı tehlikenin bertaraf edilerek, güçlü âkit tarafa karşı zayıf âkit tarafın korunması amacına hizmet eder¹⁶. Öyle ki, acentelik ve tek satıcılık gibi sözleşmeler genellikle, karşı âkit tarafça tip/standart sözleşme olarak hazırlanıp, acente ve tek satıcıya müzakere imkanı tanımaksızın sunulan bir ortamda akdedilir¹⁷. Bu bakımdan acente/tek satıcı, sözleşme süresince ekonomik açıdan bağlı olduğu karşı tarafın baskısıyla, aleyhine olan sözleşme hükümlerini kabul etmek zorunda kalır¹⁸. Bu itibarla, denkleştirme talepleri bakımından Türk mahkemelerini yetkili kılp diğer talepler bakımından yetki veya tahkim şartına etki tanımak yerine, anılan talepleri *aynı kadere tabi* tutmak daha pratik bir yaklaşım olacaktır.

Son olarak belirtelim ki, yetki veya tahkim anlaşmalarının geçerliliği tartışmaları, Türkiye’de faaliyet gösteren bir acente veya tek satıcının denkleştirme ve tazminat taleplerinden feragat ettiğine ilişkin sözleşme hükümlerinin geçerliliğine cevaz veren bir devlet hukukunun seçilmesi halinde anlam kazandığından, çalışmamızda metodolojik olarak önce uygulanacak hukuka ve yabancı hukuk seçiminin sınırlarına ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur. Ancak uygulanacak hukuka ilişkin bu açıklamalar, uyumsuzluğun Türk mahkemelerinde görülmesi ihtimalinde dikkate alınacaktır. Bu bakımdan, tatbikattaki asıl sorun, yetki veya tahkim anlaşmalarına rağmen Türkiye’de faaliyet gösteren acente ve tek satıcıların açacakları davaların Türk mahkemelerinde görülüp görülemeyeceği meselesinden kaynaklanmaktadır.

15 Bkz. Ercüment Erdem, “Türk ve İsviçre Hukuklarında Denkleştirme Talebi”, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, (Vedat, 2009) 216.

16 Özge Ayan, *Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı* (Seçkin 2008) 220; Kaya, TTK Şerhi/Acentelik (n 4) 271; Rauf Karasu, “Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Acentanın Denkleştirme Talebi” (2008) 57(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 309; Erdem, “Tek Satıcılık Sözleşmelerinde Denkleştirme Talebi” (n 13) 115; Tolga Ayoğlu, “Dağıtım Sözleşmelerine Uygulanmak Üzere Yabancı Bir Hukuk Sisteminin Seçilmesinin Denkleştirme Talebi Bakımından Etkisi”, (2017) 12(151) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 21; Abuzer Kendigelen, “Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı”, *Hukuki Mütalâalar*, (Mahkeme Kararları ile Birlikte), Cilt XIV: 2014-2016 (On İki Levha 2018) 400; Kayıhan (n 5) 197.

17 Erdem, “Türk ve İsviçre Hukuklarında Denkleştirme Talebi” (n 16) 216; Robert W Emerson “Thanks for the Memories: Compensating Franchisee Goodwill After Franchise Termination”, (2017) 20(2) University of Pennsylvania Journal of Business Law 334-335; Ole Lando, “The EEC Draft Directive Relating to Self-Employed Commercial Agents: The English Law Commission versus the EC Commission” (1980) 44 The Rabel Journal of Comparative and International Private Law 13.

18 Ayan (n 17) 220; Kendigelen, *Hukuki Mütalâalar* (n 17) 400; Karasu (n 17) 309

I. Türk Hukukunda Denkleştirme Talep Etme Hakkının Getiriliş Amacı ve Bunun Klasik Sözleşme Sonu Tazminat Taleplerinden Farkı

Acente, edindiği müşteri çevresi ile müvekkili arasında akdedilecek sözleşmelere aracılık etme veya bu sözleşmeleri müvekkili ad ve hesabına akdetme¹⁹ şeklindeki faaliyetlerini, acentelik sözleşmesi süresince daimi surette yürütür (TTK m.102/1)²⁰. Bu süreçte, ilgili çevreyi, müvekkilinin ürünlerine/markasına bağlar veya mevcut çevreyi genişletmiş, ilişkileri derinleştirmiş olur²¹. Bunun karşılığında, kural olarak kendi çabasıyla kazandırdığı müşteriler ile müvekkili arasında acentelik ilişkisi devam ettiği esnada kurulan sözleşmeler için ücret/komisyon talep eder (TTK m. 113/1). Görüldüğü üzere acente, hukuken tacirden bağımsız bir konumda olup, ayrı bir işletmeye sahip olmakla beraber, müvekkilinin ve ona ait ürünlerin/markanın, o bölgedeki temsilcisi konumundadır. Öyle ki, sözleşme yapma yetkisine sahip acente, müşteriler ile akdettiği sözleşmelerde, müvekkilini doğrudan temsil etmek suretiyle onları sözleşmeyle bağlı kılmaktadır. Başka bir deyişle, acente tarafından akdedilen sözleşmenin tarafları, müvekkil ile müşteriler olmaktadır²².

Buna mukabil tek satıcı, sürümünü artırmak için faaliyet gösterdiği mal veya hizmeti, yapımcı tacirden toptan satın alıp, tüm riskleri kendisine ait olmak üzere, kendi ad ve hesabına sattığından, acentelik ilişkisinde olduğu gibi doğrudan temsil söz konusu olmaz²³. Bu sebeple, tek satıcının üçüncü kişilerle akdettiği sözleşmelerin tarafı bizzat kendisidir²⁴. Ancak tek satıcı, sözleşmenin bizatihi tarafı olsa da müşteriler, aldıkları ürün ve hizmeti, genellikle üretici/yapımcı tacirle veya tacirin markasıyla bağdaştırıp tek satıcının kimliğine önem atfetmemektedir. Zira, üreticinin/yapımcının markası ile piyasada faaliyet gösteren tek satıcı, esasen -acente gibi- bu malın ve markanın tanıtımını yapmaktadır²⁵.

Bu bakımdan, müşterilerin tek satıcı veya acenteye değil, markaya/ürüne bağlanması söz konusu olur. Acentelik veya tek satıcılık sözleşmesinin sona ermesinden sonra müşteriler, acente veya tek satıcının değiştiğini fark etmeksizin, alıştıkları mal veya hizmeti satın almaya devam ederler. Bunun sonucunda müvekkil/veya üretici tacir,

19 Acentenin müvekkili adı ve hesabına sözleşme yapabilmesi, yazılı olarak verilen özel bir yetkilendirme ile mümkün olmaktadır (TTK m. 107/1).

20 Naci Kınacıoğlu, *Acente ve Acentelik Sözleşmesi* (Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları 1963) 10; Kaya, TTK Şerhi/Acentelik (n 4) 243; Erdem “Türk ve İsviçre Hukuklarında Denkleştirme Talebi” (n 16) 197; Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer Ertan (n 5) 915; Arkan (n 5) 219.

21 Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 5) 878; Kaya, TTK Şerhi/Acentelik (n 4) 243

22 Kınacıoğlu (n 21) 25; Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer Ertan (n 5) 849; Arkan (n 5) 219; Meltem Küçükayhan Aşçıoğlu, *Rekabet Hukuku ve Dağıtım Sözleşmeleri* (Adalet 2011) 7.

23 Tandoğan (n 4) 1; İşgüzar (n 4) 14; Erdem, “Tek Satıcılık Sözleşmelerinde Denkleştirme Talebi (Müşteri Tazminat)” (n 13) 93; Reha Poroy and Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku* (18th edn, Vedat 2019) 332; Arkan (n 5) 223; Kaya, *TTK Şerhi/Acentelik* (n 4) 276; Demir Gökyayla, *Münhasır Bayilik Sözleşmeleri* (n 7) 7; Hesselink, Bueno Diaz, Scotton and Veldmann (n 13) 95.

24 Bu şekilde faaliyet gösteren tek satıcının kazancını, üçüncü kişilere sattığı mal veya hizmetin fiyatı ile yapımcı tacirden aldığı mal veya hizmetin fiyatı arasındaki fark oluşturur. Tandoğan (n 4) 9; Arkan (n 5) 223; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 5) 903.

25 Demir Gökyayla, *Münhasır Bayilik Sözleşmeleri* (n 7) 257; Karasu (n 17) 311.

müşteri çevresinden tek taraflı olarak yararlanmış olur²⁶. Diğer bir deyişle, tacir, söz konusu müşteri portföyünden doğrudan veya yeni bir acente yahut tek satıcı aracılığıyla yararlanmaya devam edebileceksen, ne acente tacirin bu müşterilerle kuracağı müstakbel sözleşmelere binaen ücret/komisyon isteyebilir ne de tek satıcı sürümünü artırmak için uğrunda ciddi yatırımlar yaptığı markanın/ürünün satışından menfaat sağlayabilir²⁷.

Ekonomik kaderleri ekseriyetle karşı tarafa bağlı olan acente ve tek satıcıların bu kayıp ile baş başa bırakılması, hiç şüphesiz, adil bir sonuç olmaz²⁸. İşte bu sebeple, acentenin/ tek satıcının faaliyet gösterdiği pazarda, kendi emekleriyle yarattığı ve iktisadi bir değere sahip müşteri çevresinden, aralarındaki sözleşmenin sona ermesi durumunda tek taraflı olarak yararlanmaya devam edecek olan müvekkil/yapımcı tacirin, acenteye/tek satıcıya hakkaniyet gereği uygun bir karşılık ödemesi gerekir²⁹. Bu karşılık, 6102 sayılı TTK' de denkleştirme bedeli/istemi (talebi) olarak ifade edilmektedir.

Denkleştirme talep etme hakkı, genellikle hakkaniyet ve emek ilkeleri ekseninde temellendirilmiş;³⁰ bir tarafta kayıp varken, diğer tarafta kaybedenin emeğine dayanan süregiden bir menfaat söz konusu olduğundan, bu kazanç ve kaybın dengelenmesi için tanınan bir imkân, bir karşılık olarak nitelendirilmiştir³¹. Görüldüğü üzere burada söz konusu olan, sözleşme yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi yüzünden uğranılan zararın tazmini değil, tacirin işletmesine/markasına bağlanan müşterilerden elde edilen kazanç sebebiyle, aralarındaki sözleşme ilişkisinin sona ermesiyle bu portföyden artık menfaat elde edemeyecek olan acenteye/tek satıcıya bir pay verilerek menfaat denkleştirmesi yapılmasıdır³². Bu bakımdan denkleştirme talebi, hukuki niteliği itibariyle saf bir tazminat talebi olmayıp, acenteye özgü bir imkân, bir karşılık niteliğindedir³³.

26 Demir Gökyayla, *Münhasır Bayilik Sözleşmeleri* (n 7) 257; Karasu (n 17) 311.

27 Kaya, *Tebliğler ve Tartışmalar* (n 10) 12; Arkan (n 5) 241; Karasu (n 17) 288.

28 Ayan (n 17) 97; Kaya, *Tebliğler ve Tartışmalar* (n 10) 12; Kaya, *TTK Şerhi/Acentelik* (n 4) 244; Muhammet Emin Bingöl, "TTK m.122 Kapsamında Denkleştirme İsteminin Hukuki Niteliği" in Başak Baysal (ed) *Sorumluluk Hukuku (Seminerler)* (On İki Levha 2016) 145.

29 Kınacıoğlu (n 21) 72; Ünal Tekinalp, "Türk Hukukunda Acentanın "Portföy Akçası" Talebi", *Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan*, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998) 4; Poroy, *Yasaman* (n 24) 317; Kayıhan (n 5) 165; Arkan (n 5) 241; Kaya, *TTK Şerhi/Acentelik* (n 4) 244; Demir Gökyayla, *Münhasır Bayilik Sözleşmeleri* (n 7) 248; Ayan (n 17) 97; Ülgen, Helvacı, Kaya, *Nomer Ertan* (n 5) 878.

30 Bkz. Tekinalp Ü (n 30) 4; Arkan (n 5) 241; Karasu (n 17) 288; Kendigelen, *Hukuki Mütalaalar* (n 17) 397-398; Halil Akkanat and Mesut Çekin, "Denkleştirme Bedeli (Portföy Tazminatı) Önceden Ödenebilir mi?", *Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan* (Der 2015) 32; Kaya, *TTK Şerhi/Acentelik* (n 4) 244-245; Ayan (n 17) 97.

31 Demir Gökyayla, *Münhasır Bayilik Sözleşmeleri* (n 7) 248-249; Kaya, *TTK Şerhi/Acentelik* (n 4) 244; Erdem, "Türk ve İsviçre Hukuklarında Denkleştirme Talebi" (n 16) 202-203; Erdem, "Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi" (n 13) 91. Acentenin, sözleşme süresince kendi çabası ile meydana getirdiği müşteri portföyünün iktisadi bir değeri olduğundan, bu portföyün acenteden karşılıksız olarak alınmaması gerektiği yönünde bkz. Arkan (n 5) 241; Poroy and Yasaman (n 24) 317; Ayan (n 17) 99, 106.

32 Tekinalp Ü (n 30) 4; Arkan (n 5) 241; Kendigelen, *İlk Tespitler* (n 5)114; Erdem, "Türk ve İsviçre Hukuklarında Denkleştirme Talebi" (n 16) 202; Karasu (n 17) 288; Akkanat and Çekin (n 31) 32; Demir Gökyayla, *Münhasır Bayilik Sözleşmeleri* (n 7) 250-251; Yazara göre denkleştirme istemi aynı zamanda, TTK m. 20 hükmü ("*Tacir olan veya olmayan bir kişiye, ticari işletmesiyle ilgili bir iş veya hizmet görmüş olan tacir, uygun bir ücret isteyebilir*") uyarınca tacirin ticari hayatında bir başka tacir yararına karşılığı olmadan herhangi bir iş yapmayacağı düşüncesinin somut bir sonucudur.

33 Ayan (n 17) 103; Kaya, *TTK Şerhi/Acentelik* (n 4) 246; Demir Gökyayla, *Münhasır Bayilik Sözleşmeleri* (n 7) 248; Karasu (n 17) 288; Akkanat and Çekin (n 31) 32; Bingöl (n 29) 154. Alman ve İsviçre hukuku doktrin ve uygulamasında da baskın görüş bu yöndedir. Bkz. Ayan (n 17) 98-99, dn 30-31' de anılan yazarlar ve yargı kararları.

Öyle ki, tazminat talebinin aksine, karşı tarafın kusurlu olmadığı (taraflardan birine isnat edilemeyecek ölüm veya sürenin dolması gibi sebeplerle sözleşmenin sona ermesi gibi) hallerde de, denkleştirme talebi ileri sürülebilir³⁴. Daha da önemlisi, karşı tarafın kusurlu davranışı -örneğin haksız feshi- sonucu zarara uğrayan taraf, ister acente ister müvekkil olsun, maddi tazminat talebinde bulunabilir. Oysa denkleştirme talebi, yukarıda izah edilen tanınma gerekçesi ve niteliği icabı, yalnızca acentenin/ tek satıcının yararlanabileceği bir haktr. Sözleşmenin karşı tarafı müvekkil veya yapımcı tacirin böyle bir talep hakkı söz konusu değildir. Nitekim müessesenin düzenlendiği TTK m.122’nin gerekçesinde de, “*amacı ve niteliği tartışmalı olan denkleştirme talebinin, klasik anlamda bir malvarlığı zararının giderilmesi olarak anlaşılamayacağı*” belirtilmiştir³⁵.

Bu sebeple denkleştirme talebinin, sözleşmenin haksız ve önelsiz olarak sona ermesi nedeniyle öngörülen klasik sözleşme sonu tazminatlarına³⁶ veya müvekkilin ölümü ve iflası gibi hallerde tamamlanamayan işler sebebiyle yapılan sözleşme sonu taleplerine³⁷

- 34 TTK m. 122/3 hükmünün mefhum-u muhalif; Kaya, *Tebliğler ve Tartışmalar* (n 10) 11; Ayan (n 17) 103-104; Ayan’a göre, denkleştirme bedelinin miktarının belirlenmesinde işlev gören hakkaniyet kriteri de onu tazminat niteliğinden uzaklaştırır. Aynı yönde bkz. Kaya, TTK Şerhi/Acentelik (n 4) 246-247; Karasu (n 17) 288-289; Bingöl (n 29) 154.
- 35 Arkan (n 5) 242; Madde 122/Gereke (Çevrimiçi) <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf> Müesseseyi, portföy tazminatı olarak nitelendiren yazarlar dahi, hükmün getiriliş amacının müvekkilin kusurlu davranışından doğan zararın giderilmesi olmadığını, talebin klasik anlamda bir malvarlığı zararının giderilmesi olarak anlaşılamayacağını, denkleştirme talebinin acenteye özgü, hakkaniyet ve emek temelli bir karşılık olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Poroy and Yasaman (n 24) 317-318; Kınacıoğlu (n 21) 71. Aksi yönde bkz. Erdoğan Moroğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*; (8th edn, On İki Levha 2016) 74 (Yazara göre, burada bir mahsup işlemi değil, acentelik sözleşmesinin sona ermesi sebebiyle meydana gelen zararın giderilmesi söz konusudur. Öyle ki, 122. maddenin kenar başlığının “denkleştirme istemi” şeklinde düzenlenmiş olması *Moroğlu* tarafından eleştirilmiş; maddenin içeriği itibarıyla sözleşmenin sona ermesi sebebiyle bir portföy tazminatının söz konusu olduğu ifade edilmiştir.)
- 36 Haklı nedenle fesh hakkının kullanılmasına taraflardan birinin kusuru sebebiyet vermişse, diğer taraf sözleşmeyi feshetmek durumunda kalması nedeniyle uğradığı zararın tazminini, TBK m. 112 vd. hükümlerine dayanarak isteyebilir. Müvekkilin kusurlu davranışı sonucunda sözleşmeyi fesheden acente ise, yoksun kalacağı ücret ve komisyonlara göre hesaplanacak bir tazminat ödenmesini talep edebilir. Belirtmek gerekir ki, burada acentenin, TBK m.112 vd. hükümlerine dayanarak teknik anlamda bir tazminat talep etmesi söz konusudur. Buna göre, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmeyen müvekkil, bu hususta bir kusuru olmadığını ispatlayamadığı müddetçe, acentenin bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olacaktır. Bunun yanında, bu tazminata hükmedilebilmesi için sözleşmenin sona ermesinin müvekkilin kusuruna dayanması gerekir. Oysa, acentenin müvekkilden denkleştirme talep edebilme hakkı, müvekkilin kusuru olup olmamasına bağlı değildir. Acentenin kusurlu olmaması gerekli ve yeterlidir. Arkan (n 5) 240; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 5) 876.
- 37 Özellikle ifade etmek gerekir ki, TTK m. 122 hükmünde öngörülen denkleştirme istemi, müvekkilin sözleşmeyi haksız olarak feshetmesi sebebiyle acentenin uğradığı zararın giderilmesine ilişkin genel hükümlere (BK) göre tazminat talebinden farklı olmakla beraber, TTK m. 121/4 (“*Haklı bir sebep olmadan veya üç aylık ihbar süresine uymaksızın sözleşmeyi fesheden taraf, başlanmış işlerin tamamlanmaması sebebiyle diğer tarafın uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır.*”) ve TTK m. 121/5 (“*Müvekkilin veya acentenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi veya iflası sebebiyle acentelik sözleşmesi sona ererse, işlerin tamamlanması hâlinde acenteye verilmesi gereken ücret miktarına oranlanarak belirlenecek uygun bir tazminat acenteye ya da bu maddede yazılı hâllere göre onun yerine geçenlere verilir.*”) hükmünde öngörülen taleplerden de farklıdır. Zira anılan hükümlerde başlanılan işin tamamlanamaması sebebiyle acenteye ödenemeyen ücret/komisyon kaybının telafi edilmesi söz konusudur. Denkleştirme isteminde ise, yarım kalan veya ifası beklenen bir hukuki işlem sebebiyle, acentenin ücret kaybının giderilmesi söz konusu değildir. Burada, sözleşmenin sona ermesiyle kendi oluşturduğu müşteri çevresini kaybeden acentenin, bu müşteri çevresi ile müvekkil arasında kurulacak müstakbel sözleşmelerden talep edilebileceği ücret hakkını kaybetmesi sebebiyle uğradığı kayıp ve emeklerinin karşılığı olarak, müvekkilin bu portföyden sağladığı kazançtan hakkaniyet gereği bir bedel ödemesi söz konusudur. Bu hususta bkz. Kaya, TTK Şerhi/Acentelik (n 4) 216-221; Poroy and Yasaman (n 24) 316-317; Ayan (n 17) 72 vd; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 5) 876; Arkan (n 5) 240-241; İşgüzar (n 4) 138 vd.

ek olarak ileri sürülebilmesi mümkündür³⁸. Ayrıca yukarıda belirtildiği üzere, acentelik veya tek satıcılık gibi sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde yüklü reklam ve tanıtım giderleri, müvekkile ait ürünlerin daha etkin bir şekilde pazarlanabilmesi adına yeni bir bina inşa ettirme, depo kiralanması ve maliyetli dekorasyon çalışmaları yapma veyahut belirli sayıda ürünü stokta bulundurma gibi yükümlülükleri üstlenen acentenin/tek satıcının, sözleşmenin feshi nedeniyle masraflarını amorti edememesi halinde Türk Medeni Kanunu m.2 uyarınca ayrı bir kalem olarak tazminat talep edebileceği ifade edilmektedir³⁹. Zira bu hallerde müvekkil, acenteden bazı yatırımlar yapmasını bekleyerek sözleşme ilişkisinin uzun yıllar devam edeceği yönünde acente nezdinde bir güven yaratmaktadır⁴⁰. Hakkaniyet ve dürüstlük kuralı gibi Türk hukukunun temel prensiplerini yansıtan bu talepler, sözleşme ile peşinen bertaraf edilemez. Yargıtay'ın müstekar içtihatları gereğince de, doğmamış bir haktan feragat edildiğini öngören sözleşme hükümleri geçersiz sayılmaktadır⁴¹.

Denkleştirme talep etme hakkından önceden vazgeçilemeyeceği⁴² ise, 6102 sayılı TTK m.122/4 hükmünde açıkça öngörülmüş olup; doktrinde bu talep hakkının, ekonomik açıdan daha güçsüz durumdaki acenteyi korumak düşüncesiyle tanındığı, bu bakımdan aynı zamanda sosyal koruma fonksiyonuna sahip özel bir karşılık

- 38 Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer Ertan (n 5) 878. Erdem, “Türk ve İsviçre Hukuklarında Denkleştirme Talebi” (n 16) 203; Kaya, TTK Şerhi/Acentelik (n 4) 244; Demir Gökyayla, *Münhasır Bayilik Sözleşmeleri* (n 7) 248; Koray Demir, “Tek Satıcının Denkleştirme Talebi”, *Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan* (On İki Levha 2019) 400. Öte yandan, 6102 sayılı TTK'nin acentelik hükümlerine mehzaz teşkil eden 86/653 sayılı AB Direktifinde (m.17-18), esasen üye devletlere bir seçim imkânı tanınmaktadır. Buna göre üye devletler, sözleşmenin sona ermesi sonucunda ya acentenin denkleştirme talebini (*indemnity*) ya da sözleşmenin feshedilmesinden doğan zararının tazminini (*compensation*) güvence altına almak zorundadır. Dolayısıyla üye devlet hukuklarında, denkleştirme talebine ilişkin bir düzenleme yerine zararın tazmini müessesesi öngörülebilir. *Ingmar v Eaton* para 21. Örneğin Fransız hukukunda denkleştirme talebi yerine zararın tazmini müessesesine imkân tanınmaktadır. Bu hususta bilgi için bkz. Erdem, “Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi” (n 13) 100-102.
- 39 Kaya, TTK Şerhi/Acentelik (n 4) 220; Demir Gökyayla, *Münhasır Bayilik Sözleşmeleri* (n 7) 239. Denkleştirme talep etme hakkının, sözleşmeye mahsus yapılan ve henüz amortize edilmemiş yatırımların denkleştirilmesini amaçladığı; acentenin yaptığı yatırımların bu talep hakkı ile koruma altına alındığı yönünde bkz. Akkanat and Çekin (n 31) 35 ve orada anılan yazarlar.
- 40 Kaya, TTK Şerhi/Acentelik (n 4) 220; Ayan (n 17) 74.
- 41 Acentelik sözleşmenin haksız feshine ilişkin bir uyumsuzlukta tazminat taleplerinden feragat ettiğine ilişkin hükümlerin bağlayıcı olmadığına ilişkin olarak bkz. Yargıtay 11. HD., T. 29.06.2000, E. 2000/5501, K. 2000/6116 (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr Doğmamış haktan feragat edilemeyeceğine ilişkin olarak aynı yönde bkz. Yargıtay 13. HD., T. 11.10.2004, E.2004 / 6611, K.,2004/14120; Yargıtay 9. HD., T. 09.09.2003, E., 2003/14034, K., 2003/13734; Antalya BAM, T. 3.2.2020, 10. HD., E. 2020/110 K. 2020/195; (“...*Kidem tazminatı hakkı feshihle doğar, doğmamış bir hak da feragat konu olamaz. Bu itibarla davacının kadem tazminatı talep etmesinde herhangi bir yasal engel söz konusu değildir...*”); Hizmet sözleşmesinden kaynaklanan bir alacak davasına ilişkin Konya BAM, T. 9.1.2020, 6. HD., E. 2019/647 K. 2020/11 kararı için bkz. “...*doğmamış bir haktan vazgeçmenin feragatin sonuçlarını doğurmayacağı ve özellikle hukuki ilişkiye dayanak sözleşmenin tek tarafı olarak idare tarafından matbu olarak düzenlenmiş olması, sebebiyle ücret istenmeyeceğine ilişkin hükümünün genel işlem koşulu mahiyetinde olduğu, bu nedenle TBK'nin 21. maddesi gereğince yazılmamış sayılması gerektiği... sonucuna varılmaktadır.*”
- 42 Doktrinde düzenlemenin acenteyi koruyucu *ratio legis*'inden hareketle, hükmün “*denkleştirme talebinden sözleşmenin sona ermesinden önce ileriye dönük olarak feragat edilemeyeceği*” şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer Ertan (n 5) 887; Kaya, TTK Şerhi/Acentelik (n 4) 271; Aynı yönde Kayhan (n 5) 197; Ayan (n 17) 220. Bu bakımdan TTK m.122/4'ün gerekçesinden anlaşılan aksine, “önceden vazgeçmede” sözleşmenin akdedilme anı değil, sona erme anı esas alınmalıdır. Nitekim mehzaz 86/653 sayılı AB Direktifinin 19. maddesinde de, tarafların **sözleşme ilişkisinin sona ermesinden önce**, acentenin sözleşme sonu taleplerine ilişkin düzenlemeleri ortadan kaldırmayacağı veya bu düzenlemelerin sağladığı asgari korumamın altında bir hüküm ile acente aleyhine değiştiremeyeceği öngörülmektedir. (“*The parties may not derogate from Articles 17 and 18 to the detriment of the commercial agent before the agency contract expire*”)

niteliğinde olduğu ifade edilmektedir⁴³. Kanaatimizce de, *denkleştirici adalet* düşüncesi ile yapılan bu ödemenin; içerisinde haksız fesih ve işçinin kıdem tazminatı gibi unsurları barındırması⁴⁴ ve sözleşme ile önceden vazgeçilemeyecek bir talep hakkı olduğuna ilişkin emredici niteliği göz önüne alındığında, zayıf tarafı koruyucu bir sosyal fonksiyona da sahip olduğunu kabul etmek gerekir⁴⁵.

Elbette, bu talep hakkının acente ve tek satıcı gibi benzer durumdaki diğer sözleşenlere bahşedilmesinin amacı, yalnızca münferit sözleşmenin zayıf tarafı durumundaki acenteyi/tek satıcıyı korumak değil, aracılık ve dağıtım faaliyetleri ile işteğal eden bir sektörün menfaatlerini güvence altına almaktır⁴⁶. Özellikle, üretim veya markalar ülkesi olmaktan ziyade, acenteler/dağıtım ülkesi olan Türkiye’de faaliyet gösteren acente ve tek satıcıların korunması, devletin sosyal ve ekonomik politikalarının bir yansıması niteliğindedir. Bu bakımdan, esasen taraf menfaatinin yanında, otorite (devlet) menfaatinin de gözetilmesi söz konusu olur⁴⁷.

Neticeten denkleştirme talebi; kanunda öngörülen şartların mevcudiyeti halinde, -tarafaların sözleşmeye bu hususta özel bir hüküm koymalarına veya sözleşmede bu haktan feragat eddiğini kararlaştırmalarına bağlı olmaksızın- devletin sosyal ve

43 Ayan (n 17) 103; Kaya, TTK Şerhi/Acentelik (n 4) 246; Ayan (n 17) 100, dn. 34; Birce Arslandoğan, “Denkleştirme İstemi Belirsiz Alacak Davası Yolu ile İleri Sürülebilir mi?”, (2016) 11(141-142) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 83, dn.21’de anılan yazarlar. Aksi yönde bkz. Kınacıoğlu (n 21) 72 (Yazara göre, denkleştirme talebi, acenteyi himaye etmek veya sosyal koruma gayesinden ziyade, sözleşmeden doğan bir hak ve karşı edim yükümlülüğü olup, acentenin faaliyetleri neticesinde müvekkilin işletmesinde yahut markasında meydana değer artışının bir karşılığını teşkil etmektedir.); Kayhan (n 5) 167 (Yazara göre acenteye tanınan bu hak, olsa olsa emeğinin karşı edimini teşkil eder. Zira acente, sözleşme süresince, emeğini ortaya koyarak, işletme sahibine fiilen ekonomik değeri onun lehine artan bir müşteri çevresi sağlamaktadır.); Karasu (n 17) 289 (Yazara göre, burada kazanç ve zararın denkleştirilmesi esas söz konusu olup; acentenin denkleştirme talebi ne bir tazminat talebi ne saf mali bir hak ne de herhangi bir yardım ya da destek talebidir. Nitekim, acentenin mali durumunun müvekkilden kötü olması, denkleştirme talebi için aranan koşullardan biri değildir.)

44 Ayan (n 17) 98 vd.; Kaya, TTK Şerhi/Acentelik (n 4) 245 vd.; Kaya, *Tebliğler ve Tartışmalar* (n 10) 11. Aynı yönde bkz. Tekinalp Ü (n 30) 13; Yazara göre, burada tıpkı kıdem tazminatı gibi sözleşme sonu ödenmesi gereken bir bedel söz konusudur. Meğerki, acentenin kusuru sonucu sözleşme ilişkisi sona ermiş olsun. Gerçekten de özel bir karşılık olan denkleştirme talebi, kıdem tazminatı ile benzer özellikler ihtiva etmektedir. Her ne kadar acente/tek satıcı, bağımsız ve ayrı bir işletmeye sahip olup, tacir sıfatını haiz ise de faaliyet gösterdiği ülkede/bölgede tacirin işletmesinin/markasının menfaatlerini korumakta, ürünlerini pazara yerleştirerek adeta onun bir şubesi, bir parçasıymış gibi hareket etmekte ve bunun karşılığında, -işçi gibi sabit olmaksızın- başarısına bağlı olarak bir ücret/komisyon almaktadır. Ancak acenteyi veya acentenin işletmesinde istihdam ettiği personelleri, müvekkilin istihdam etmemesi sebebiyle, kıdem tazminatı gibi işçilik haklarından yararlanamazlar. Acentenin tacir olması ve müvekkiline yarattığı müşteri portföyünden sözleşme süresince gelir elde etmiş olması, sözleşmenin sona ermesiyle, emeklerinin karşılığı olarak bir bedel talep etme hakkını engellemelidir. Aralarındaki hukuki ilişkinin sona ermesi halinde, nasıl ki işçinin kıdem tazminatı, maaşı esas alarak üst tavan miktarına göre hesaplanıyorsa, acentenin bir nevi maaşı olan yıllık komisyon ücretinin ortalaması (son beş yıl) hesaplanarak üst sınırı tayin edilecek bir denkleştirme bedeli hesaplanacak ve acenteye ödenecektir. Ancak kıdem tazminatı talebinde olduğu gibi, sözleşme, acentenin kendisi tarafından haklı bir sebep olmaksızın feshedilmiş veya karşı tarafça acenteye atfedilebilen bir kusurdan ötürü feshedilmişse, acente kanunen denkleştirme talep etmeye hak kazanamayacaktır. (Bkz. TTK m.122/3) Bununla beraber gerek kıdem tazminatı gerekse denkleştirme talebinden, bu taleplerin kaynağı olan iş ve acenteli sözleşmesine konulan bir hükümler peşinen feragat etmek mümkün değildir. Ancak sözleşmenin sona ermesinden sonra bu taleplerden feragat etmenin önünde bir engel yoktur. Bu hususta bkz. Ayan (n 17) 148, dn. 162.

45 Acente veya tek satıcı, sözleşme süresince ekonomik açıdan bağlı olduğu karşı tarafın baskısıyla, aleyhine olan sözleşme hükümlerini kabul etmek zorunda kalabilir. İşte talebin vazgeçilmezliği ilkesi ile, taraflar arasındaki güç dengesizliğinin yarattığı bu tehlike bertaraf edilerek, güçlü âkit tarafa karşı zayıf âkit tarafın korunması amaçlanmaktadır. Ayan (n 17) 220; Kaya, TTK Şerhi/Acentelik (n 4) 271; Karasu (n 17) 309; Erdem, “Tek Satıcılık Sözleşmelerinde Denkleştirme Talebi” (n 13) 115; Ayoğlu (n 17) 21; *Kendigelen, Hukuki Mütalâalar* (n 17) 400; Kayhan (n 5) 197; Demir Gökyayla, *Münhasır Bayilik Sözleşmeleri* (n 7) 255; Demir (n 39) 405; Akkanat and Çekin (n 31) 42-43.

46 Bkz. Kendigelen, *Hukuki Mütalâalar* (n 17) 402.

47 Bu sebeplerdir ki nadiren de olsa, acentenin, müvekkilden ekonomik olarak daha güçlü bir konumda olması, TTK m. 122 hükmündeki koşulların varlığı halinde denkleştirme talep etme hakkını engellemez.

ekonomik politikaları gereği acente ve tek satıcı gibi ticari aktörlere bahsettiği kendine özgü bir talep hakkı olup; kaynağı, acentelik veya tek satıcılık gibi sözleşmesel bir ilişkidir ve diğer sözleşme sonu talepleri gibi kural olarak akit statüsüne tabidir⁴⁸.

II. Türkiye’de Faaliyet Gösteren Acente veya Tek Satıcının Denkleştirme ve Tazminat Taleplerinin Hukuk Seçimi Yoluyla Bertaraf Edilebilmesi Mümkün Müdür?

Acentelik ve tek satıcılık gibi sözleşmeler, özel bir kanunlar ihtilafı kuralı ile düzenlenmemektedir. Bununla beraber, acentenin denkleştirme veya tazminat taleplerinden doğan uyuşmazlıklar bakımından Türkiye’nin taraf olduğu bir milletlerarası sözleşme de mevcut değildir. Bu bakımdan yabancılık unsuru içeren acentelik veya tek satıcılık sözleşmelerinin sona ermesi halinde Türk mahkemeleri nezdinde ileri sürülen denkleştirme ve tazminat taleplerine ilişkin uyuşmazlıklar, MÖHUK m.24 hükmündeki genel kurala tabi olacaktır. MÖHUK m.24/1 hükmü uyarınca, sözleşmeden doğan borç ilişkileri, öncelikle taraflarca seçilen hukuka tâbidir (sübjektif bağlama kuralı). Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde ise, objektif bağlama kuralına göre sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır (MÖHUK m. 24/4). Anılan düzenleme uyarınca sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk, ticari veya mesleki faaliyetler icabı kurulan sözleşmeler bakımından, karakteristik

48 Öte yandan doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, denkleştirme talebi, tarafların sözleşmede kararlaşmalarına ve iradelerine bağlı olmaksızın doğan ve şartları ile üst sınırını Kanunun belirlediği bir talep hakkı olduğundan, sözleşmede özel olarak düzenlenmediği sürece, sözleşme temelli sayılamaz. Ağırlıklı olarak Türkiye’de ifa edilen acentelik veya tek satıcılık sözleşmelerinde, denkleştirme talebine ilişkin özel bir hüküm olmadığı sürece, taraflarca sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen yabancı hukuk sistemi, denkleştirme talebine uygulanmayacaktır. Ancak kanaatimizce söz konusu hakkın Kanun tarafından bahşedilmesi, sözleşme ilişkisine istinaden vuku bulan bir alacak hakkı olduğu gerçeğini değiştirmez. Zira anılan talep hakkı, acentelik sözleşmesinin sona ermesinin hüküm ve sonuçlarından biri olarak düzenlenmektedir. Aynı yönde bkz. Ayan (n 17) 105; Akkanat and Çekin (n 31) 32; İpek Sarıöz Büyükalp, “Denkleştirme Talebinin Hukuki Niteliği ve Kanunlar İhtilafı Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi”, (2019) 21(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (“Denkleştirme Talebi”) 541, 549; Cemil Güner, *Milletlerarası Unsurlu Acente İlişkisine Uygulanacak Hukuk* (Adalet Yayınevi 2014) 49-50; Acentelik sözleşmesinin kuruluşundan sona ermesine kadar devam eden süreçte, sözleşmenin feshine ilişkin olarak gündeme gelen ihtilaflar gibi pek çok konu, iç ilişki kapsamında vasıflandırılacağından, denkleştirme talepleri de sözleşme statüsünün uygulama alanı kapsamındadır. Nitekim tatbikatta, denkleştirme taleplerine ilişkin uyuşmazlıklar sözleşmenin sona ermesine bağlı sonuçlardan biri olarak akit statüsü kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin E.2015/3313-K.2015/5338 sayılı ve 13.04.2015 tarihli kararı ile İstanbul BAM 16. Hukuk Dairesi’nin 19.06.2017 tarih ve E. 2017/72404, K.2017/2162 sayılı kararı (Karar metni için bkz. Kendigelen, *Hukuki Mütaalalar* (n 17) 408-410; İstanbul BAM, 12. HD., T. 16.1.2020, E. 2018/710 K. 2020/39; “... Dava, münhasır distribütörlük (tek satıcılık) sözleşmesinden kaynaklanan portföy (denkleştirme)tazminatının tahsili istemine ilişkindir. (...) MÖHUK m.24/1 hükmü uyarınca, sözleşmeden doğan borç ilişkileri, tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir...”(Çevrimiçi), www.lexpera.com.tr Aksı görüşün kabulü halinde, sözleşmede özel olarak düzenlenmeyen borçlu temerrüdü halinde talep edilebilecek gecikme tazminatı (TBK m.118), temerrüt faizi (TBK m.120), TTK m.121/4 ve 5. fıkralarda öngörülen tazminat talepleri gibi imkanların da akit statüsü dışında değerlendirilmesi gerekir. Oysa, doktrinde ekseriyetle kabul gördüğü üzere MÖHUK m. 24 uyarınca taraflarca seçilen veya objektif bağlama kuralına göre hakim tarafından tayin edilen hukuk (*akit statüsü/lex causae*), sözleşmeden doğan borç ilişkisini bir bütün olarak idare edecek; sözleşmenin kuruluşu ve maddi geçerliliğinden, ifası, ifa edilmemesi, feshi, sona erme sebepleri, sona ermesinin hüküm ve sonuçları (tazminat talepleri, cezaî şart, temerrüt faizi gibi) gibi hususlarda uygulama alanı bulacaktır. Bkz. Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017) 338; Aysel Çelikel and Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020) 399; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş 2020) 412-413; Gülören Tekinalp and Ayfer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, (12nd edn, Vedat 2016) 291-292; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8th edn, Beta 2020) 327-329; Bilgin Tiryakioğlu, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Aktilerine Uygulanacak Hukuk*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1996) 44; aynı yönde bkz. Roma I Tüzüğü m. 12.

edim⁴⁹ borçlusunun sözleşmenin kurulduğu esnadaki iş yeri hukukudur⁵⁰. Acente ve tek satıcılar, dağıtımını veya temsilini üstlendiği mal veya hizmetin/markanın faaliyet gösterdikleri yerde sürümünü artırarak pazar payını ve müşteri çevresini genişletmek gibi sözleşmeye ağırlığını veren daha rizikolu edimleri üstlenmeleri itibarıyla, -doktrinde ekseriyetle kabul edildiği üzere- karakteristik edim borçlusudur⁵¹. Bu sebeple de acente ve tek satıcıların faaliyetlerini ağırlıklı olarak yürüttükleri iş yerinin Türkiye olduğu hallerde, denkleştirme ve sözleşme sonu tazminat talepleri Türk hukukuna tabi olacaktır.

Türk hukukuna tabi sözleşmelerde, denkleştirme talebinden peşinen feragat edildiğine ilişkin sözleşme hükümleri, TBK m.27 hükmü uyarınca, kanunun emredici hükmüne (TTK m.122/4) aykırılıktan geçersizdir. Bununla beraber, müesseseye ilişkin açık bir yasal dayanak içermeyen 6762 sayılı mülga TK döneminde de bu haktan peşinen feragati öngören sözleşme hükümleri geçersiz kabul edilmekteydi. Denkleştirme talebi, o dönem emredici bir hukuk normu olarak düzenlenmediğinden, feragati öngören sözleşme hükümlerinin adaba ve ahlaka aykırılıktan dolayı kesin hükümsüz sayılması (eBK- 20/TBK m. 27) gerektiği görüşü hakimdi⁵². Aynı şekilde, diğer tazminat talepleri bakımından emredici bir kanun hükmü bulunmasa dahi, tarafların eşit müzakere gücüne sahip olmadığı ve güçlü âkit tarafın sahip olduğu üstünlüğü, “sözleşme hangi sebeple sona ermiş olursa olsun her türlü tazminat talebinden feragat edileceği” gibi sözleşme hükümlerini, zayıf tarafın kabul etmesini zorunlu kılacak şekilde kullanması halinde, bu tarzda kaleme alınan hükümlerin, TBK m.27/1 uyarınca ahlâka aykırılıktan geçersiz sayılacağı ileri sürülebilir.

- 49 Karakteristik edim; sözleşmeyi karakterize eden, sözleşmeye ismini ve ağırlığını veren, diğerine nazaran daha fazla riziko taşıyan edimdir. Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 49) 331; Tekinalp and Uyanık (n 49) 287; Çelikel and Erdem (n 49) 384; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 49) 308; Demir Gökyayla, *Münhasır Bayılık Sözleşmeleri* (n 7) 376-377; Doğan (n 49) 411; Hatice Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanması Kuralları”, (2010) 30(1-2) MHB 52, dn. 89; Güner (n 49) 165.
- 50 İş yeri birden fazlaysa, o sözleşmeyle en sıkı ilişki içerisinde bulunan iş yerinin bulunduğu devlet hukuku olarak kabul edilir. Karakteristik edim borçlusunun iş yeri yoksa, yerleşim yeri hukuku, en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edilecektir. Ancak bu sözleşme, anılan karinelere göre tespit edilen devlet hukuklarından başka bir hukuk ile daha sıkı ilişki içinde bulunuyorsa, sözleşmeye daha sıkı ilişkili olan devlet hukuku uygulanacaktır (MÖHUK m.24/4 son cümle).
- 51 Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 49) 309; Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 49) 332; “*Ticari temsilcilik sözleşmelerinde ticari temsilcinin edimi karakteristik edimdir*”; Tekinalp, Uyanık (n 49) 311 ve orada dn. 156’da anılan yazarlar; Demir Gökyayla, *Münhasır Bayılık Sözleşmeleri* (n 7) 391-392; Özdemir Kocasakal (n 50) 55; Güner (n 49) 168, 197; Berk Demirkol, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (2nd edn, Vedat 2014) (*Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*) 384.
- 52 Bkz. Tekinalp Ü (n 30) 17; Yazara göre, emek ve hakkaniyet ilkesine dayanan bir hakkın, güçlü âkit tarafın dayatmasıyla sözleşme ile bertaraf edilmesi adaba ve ahlaka uygun düşmemektedir. Aynı yönde bkz. Kayıhan (n 5) 174; Erdem, *Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi*, s. 115; Kaya, *Tebliğler ve Tartışmalar* (n 10) 40; Yargıtay 11. HD., T.17.4.2014, E. 2013/18317 K. 2014/7581; “...*acentelik sözleşmesinin davacının davalı şirket çalışanlarını eleştirilmesi nedeniyle feshedildiği, feshin haklı bir nedene dayanmadığı, sözleşmenin portföy tazminatı talep edilemeyeceğine ilişkin 24. maddesinin BK’nın 19. maddesi hükmüne aykırı olduğu...*” Ayrıca feragati öngören kayıtların, ahlaka ve adaba aykırılıktan ziyade, her ne kadar acentelik sözleşmesinin iki tarafı tacir de olsa, sözleşmeyi genellikle müvekkilin tek tarafı olarak hazırladığı ve sözleşmedeki bu tarz hükümlerin acentelik sözleşmesine tartışılmaz koyulduğu, bu bakımdan TMK m. 2 uyarınca bu hükümlerin geçersiz sayılabileceği yönünde bkz. Ayan (n 17) 221.

Ancak yabancılık unsuru içeren sözleşmelerde, tarafların MÖHUK m.24 hükmü kapsamında hukuk seçimi yapma imkanı doğrultusunda Türk hukukunun uygulanmaması söz konusu olabilir. Sözleşme özgürlüğünün önemli bir istisnasını teşkil eden vazgeçilmez karakteri, esasen denkleştirme talebinin en dikkat çekici özelliğidir.⁵³ Hükmün bu karakteri ve düzenlenme amacı sebebiyledir ki, acenteye/tek satıcıya bahşedilen bu hakkın hukuk seçimi yoluyla dahi bertaraf edilemeyeceği yönündeki görüş, Türk doktrininde giderek taraftar kazanmaktadır. Doğrudan uygulanan kural (MÖHUK m.6)⁵⁴ ve kamu düzeni müdahalesi (MÖHUK m.5)⁵⁵ tartışmalarının⁵⁶ ötesinde, doktrinindeki ortak yaklaşım, ekonomik olarak güçlü olan tarafın dayatması üzerine denkleştirme talebine imkân tanımayan veya önceden feragati geçerli kabul eden yabancı devlet hukukunun yetkili kılınması suretiyle TTK m.122/4 hükmünün etrafının dolanılmasının, Türk mahkemelerinde görülen davalar bakımından kabul edilebilecek bir sonuç olmadığı yönündedir⁵⁷. İleri sürülen görüşlerin hareket noktası, TTK m. 122 hükmünün mehazı Alman Ticaret Kanunu m. 89b ve 86/653 sayılı AB Direktifindeki sözleşmenin feshedilmesinin sonuçlarına karşı acenteyi koruyan 17 ilâ 19. maddelerinin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu ve bu düzenlemelerin aksini öngören yabancı hukuk hükümlerinin uygulanmayacağı yönündeki ABAD

- 53 Acentenin denkleştirme talebinden sözleşme ile peşinen feragat edemeyeceğine ilişkin TTK m. 122/4 hükmü gibi tarafların serbest iradeleri ile tayin edemeyecekleri hususların emredici kurallarla düzenlenmesinde, kamu düzeni düşüncesi ile devletçe güdülen muhtelif sosyal ve ekonomik politikalar hâkimdir. Ancak milletlerarası özel hukukun konusuna giren ihtilaflardaki kamu düzeni anlayışı, iç hukukta ona verilen anlamdan farklıdır. Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramı, iç hukuka nazaran daha dar ve sınırlıdır. Bu bakımdan iç hukuktaki her emredici kural, doğrudan uygulanan kural niteliğinde olmayabilir veya milletlerarası özel hukuk bakımından kamu düzeninin vazgeçilmez kısmını teşkil etmeyebilir. Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (n 49) 170-171; Hatice Özdemir Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2001) 12; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 49) 89; Çelikel and Erdem (n 49) 141; Tekinalp, Uyanık (n 49) 296; Doğan (n 49) 256; Demir Gökyayla, *Münhasır Bayilik Sözleşmeleri* (n 7) 401; Sarıöz Büyükalp, “Denkleştirme Talebi” (n 49) 554.
- 54 “Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır (MÖHUK m.6).” Doğrudan uygulanan kurallar, bir devletin sosyal, ekonomik ve siyasal alanda izlediği belirli politikaları, özel hukuk ilişkileri üzerinde etkili olacak şekilde yansıtan ve bu politikaların yerine getirilmesi için uygulama alanına giren tüm uyumsuzluklara uygulanmaları zorunlu olan kurallardır. Özdemir Kocasakal (n 50) 13; Çelikel and Erdem (n 49) 155; Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (n 49) 185; Tekinalp, Uyanık (n 49) 47-48; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 49) 7; Demir Gökyayla, *Münhasır Bayilik Sözleşmeleri* (n 7) 399; Doğan (n 49) 276; Güner (n 49) 210; Sarıöz Büyükalp, “Denkleştirme Talebi” (n 49) 553; Roma I Tüzüğü m. 9/1; Andrea Bonomi, “Overriding Mandatory Provisions in Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts”, 2008(10) Yearbook of Private International Law, Swiss Institute of Comparative Law 287.
- 55 MÖHUK m.5 hükmü uyarınca: “yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır.”
- 56 Bu husustaki tartışma ve değerlendirmeler için bkz. Duygu Ercan, *Denkleştirme Taleplerine Uygulanacak Hukuk ve Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2020) 97 vd.
- 57 Bkz. Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019) 126; Kaya, *TTK Şerhi/Acentelik* (n 4) 272; Kayıhan (n 5) 81; Kendigelen, Hukukî Mütalâalar (n 17) 406-407; Ayoğlu (n 17) 9 vd.; Demir Gökyayla, *Uluslararası Konferans* (n 13) 71; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 49) 91; Sarıöz Büyükalp, “Denkleştirme Talebi” (n 49) 575. Kendigelen’e göre, TTK m. 122/4 hükmünün gerekçesindeki “Acente sözleşmesinin yapılmasının, gizli bir anlaşma ile, bu talepten daha sonra vazgeçilmesi şartına bağlanması veya bu sonucu doğuracak bir düzenin kabulü, hükmün dolanılmasıdır.” cümlesi, hükmün dolanılması anlamına gelecek hukuk seçimi anlaşmalarına imkân tanınamayacağını belirtir şekilde kaleme alınmıştır. Kendigelen, Hukukî Mütalâalar (n 17) 402; aynı yönde Ayoğlu (n 17) 21.

kararlarına⁵⁸ dayanmaktadır⁵⁹.

Esasen doğrudan uygulanan kuralların hareket noktasını da kamu düzeninin olumlu etkisi teşkil eder. Diğer bir ifadeyle, gerek kamu düzeni gerekse doğrudan uygulanan kurallar, kendi hukuk düzeninin temel değerlerinin daima dikkate alınması gereğinden hareket etmektedir⁶⁰. Tacirin basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünü esas alan TTK sistemine, acentenin denkleştirme talebinden peşinen feragatini yasaklayarak bu denli bir istisna getiren TTK m. 122/4 c.1 hükmü, alelade bir emredici hukuk kuralı olamaz. Bir taciri zayıf taraf konumunda kabul ederek koruyucu bir rejim getiren, onu adeta kendi iradesine karşı koruyan bu hüküm, hiç şüphesiz Türk kamu düzeninin sosyal ve ekonomik rejimine ilişkin temel değerlerin bir yansımasıdır. Türkiye önemli bir acenteler ve ithalat ülkesi olup, acenteyi/tek satıcıyı sözleşmenin feshine karşı koruyan söz konusu talep haklarına ilişkin düzenlemelerin, doğrudan uygulanan kural statüsünde yahut kamu düzeninin müspet etkisi bağlamında dikkate alınması gerekir. Kanaatimizce, TTK m. 122 hükmünü bütünüyle doğrudan uygulanan kural statüsünde kabul ederek, yabancı hukukun uygulanmasını ve sonuçlarını göz ardı eden bir yaklaşım yerine, somut olayın koşullarına bağlı olarak MÖHUK m. 5 hükmü (kamu düzeni müdahalesi) kapsamında bir değerlendirme yapmak gerekir. Bu bakımdan hukuk seçimini yok saymak yerine, seçilen yabancı hukuk hükümleri ile sözleşme ilişkisinin koşullarını incelemek ve buna göre bir hüküm tesis etmek gerekir. Fakat denkleştirme talebinden sözleşmenin kuruluşu aşamasında peşinen vazgeçmeyi (feragat edilmesini) yasaklayan TTK m. 122/4 c.1, her halde dikkate alınacağından, 4. fıkranın ilk cümlesinin⁶¹ doğrudan uygulanan kural statüsünde kabul edilebileceği

58 Bkz. 9.11.2000, *Ingmar GB Ltd. v. Eaton Leonard Technologies Inc.*; 17.10.2013, C-184/12, United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV v. Navigation Maritime Bulgare; 16.02.2017, C-507/15, Agro Foreign Trade v. Agency Ltd, (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu>

59 TMK m. 1/3 uyarınca hâkim, uyumsuzluk hakkında karar verirken, bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından faydalanabilir. Özellikle, düzenlemenin yer aldığı 6102 sayılı TTK Genel Gerekçesi’ndeki acentelik hükümlerine ilişkin açıklamalar kısmında görüleceği üzere, bu Kanunun çıkarılmasında, 86/653 sayılı AB Direktifinin ne denli etkili olduğu açıktır (Bkz. 6102 sayılı TTK Genel Gerekçesi, acentelik hükümlerine ilişkin açıklamalar, s. 20 (Çevrimiçi), <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf>) Bu bağlamda, mehz hukukların mahkeme uygulamaları, Türk hakimî yönünden yararlanılması gereken bilimsel görüş niteliği taşımaktadır. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 01.12.2010 tarih ve 13-593/623 sayılı kararı; Kemal Oğuzman and Nami Barlas, *Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar* (25th edn, Vedat 2019) 141; Kendigelen, Hukukî Mütalâalar, s. 402-403.

60 Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 49) 188. Ancak bir kuralın doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup uygulama alanına giren hallerde direkt olarak uygulanması ile kamu düzeni müdahalesi sonucu yetkili yabancı hukukun uygulanmayıp mahkemenin hukukunun uygulanması hususları, yöntem olarak birbirinden farklılık arz etmektedir. Kamu düzeni, kanunlar ihtilâfi kurallarının yetkili kıldığı yabancı hukukun uygulanması aşamasında devreye girer ve yabancı hukukun uygulanmasını engelleyebilir. Bu bakımdan öncelikle yetkili yabancı hukuk tespit edilip olaya uygulanacak ve sonucun kamu düzenine aykırı olup olmadığına karar verilecektir. Buna mukabil doğrudan uygulanan kurallar, getirdikleri düzenlemeyle sınırlı olmak kaydıyla, ihtilâfin yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, kanunlar ihtilâfi kurallarına gidilmesini ve yabancı hukukun uygulanmasını -somut sonuçlarından bağımsız olarak- peşinen engeller. Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 49)185; Özdemir Kocasakal (n 50) 25-28; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 49) 10, 94; Çelikel and Erdem (n 49) 160-161; Tekinalp, Uyanık (n 49) 48; Demir Gökyayla, *Münhasır Bayilik Sözleşmeleri* (n 7) 400; Güner (n 49) 210.

61 TTK m. 122/4: **“Denkleştirme isteminden önceden vazgeçilemez. Denkleştirme istem hakkının sözleşme ilişkisinin sona ermesinden itibaren bir yıl içinde ileri sürülmesi gerekir.”**

fikri ileri sürülebilir⁶².

Benzer nitelikte bir örnek vermek gerekirse, sözleşmede kararlaştırılan cezai şart, akit statüsü kapsamında taraflarca seçilen yabancı hukuka tabi bir mesele olmakla beraber, TBK m. 182/3 hükmünde yer alan “*Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir*” şeklindeki kuralın, doğrudan uygulanan kural olarak dikkate alınacağı ileri sürülmektedir⁶³. Bu örnekte, *prima facie* yapılacak bir incelemede, sözleşme hükmünde yer alan fahiş miktar, Türk hakimi tarafından -sözleşmenin tabi olduğu hukuktan bağımsız olarak- TBK m.182/3 hükmüne dayanılarak indirilecektir.

Aynı şekilde, yabancı bir hukukun seçildiği hallerde denkleştirme talebinden feragat edildiğine dair sözleşmeye konulan hükümler de, TTK m. 122/4 c.1’in müdahalesi ile karşılaşacak; Türk hakimi bu fıkraya dayanarak sözleşme hükmünü geçersiz sayacaktır. Zira Türk hukuku dışında, denkleştirme talebinin vazgeçilmezliği esas olan hukuk sistemlerinde dahi, bu esasın faaliyet yerine bağlı olması sebebiyle, acentelik sözleşmesindeki feragat ve yabancı hukuk seçimi hükümlerinin, Türkiye’de faaliyet gösteren bir acentenin denkleştirme talep etme hakkını peşinen bertaraf edeceği kolaylıkla tespit edilebilir. Ancak şu hususun altını çizmekte fayda vardır: TTK m. 122/4 c.1 hükmüne bu niteliği vermenin anlamı, sözleşmenin kuruluşu aşamasında peşinen vazgeçmeyi veya tek satıcı gibi dağıtıcıların denkleştirme taleplerini kategorik olarak yok sayan, bu taleplere imkân tanımayan bir hukuki rejimi geçersiz kılmaktır. Yoksa Türk hukuku uygulansa dahi, uyumsuzluğun esasına göre yapılacak değerlendirme sonucunda, gerekli koşulları sağlamayan veya hakkaniyet denetimine takılan denkleştirme talepleri, elbette reddedilebilir⁶⁴.

Bununla beraber, TTK m.121 ilâ 123 hükümlerinde acente lehine öngörülen talep haklarına ilişkin amir düzenlemelerin faaliyet yerine bağlı olarak sınırlandırılması söz konusu değildir. Ancak Almanya, Portekiz ve Belçika gibi muhtelif devlet hukuklarında ve ABAD kararlarında, acenteyi sözleşmenin feshine karşı koruyan talep haklarına ilişkin amir düzenlemelerin faaliyet yerine bağlı olarak aksinin kararlaştırılabileceği

62 Nitekim Ingmar davasının Hukuk Sözcüsü (Advocate General), mütalaasında; TTK m. 122/4 c. 1 hükmünün karşılığı olan 86/653 sayılı AB Direktifinin 19. maddesinin, 17 ve 18. maddelerde yer verilen düzenlemeler çerçevesinde ortaya konulan rejimden daha aleyhte bir rejimin kabul edilmesinin önüne geçecek şekilde anlaşılması gerektiğini; Direktifin “*sözleşmenin sona ermesinden önce 17 ilâ 18. maddelerinde öngörülen hukuki rejimin acente aleyhine değiştirilemeyeceğine ilişkin*” 19. maddesinin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğunu ve hukuk seçimi yoluyla dahi bertaraf edilmeyeceğini ifade etmiştir. Bkz. Opinion of Mr Advocate General Leger delivered on 11 May 2000, (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:61998CC0381> para 75,87.

63 Özdemir Kocacakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar* (n 54) 171; Çelikel and Erdem (n 49) 156. Hükmün daha ziyade ahlâka ve dürüstlük kuralına dayandığı, bu bakımdan hakimin cezai şarta müdahale yetkisinin kamu düzeni müdahalesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, (n 49) 177; Doğan (n 49) 262.

64 Sözleşmede herhangi bir feragat hükmü olmaksızın, denkleştirme talebi veya muadili bir düzenleme barındırmayan bir hukuk sisteminin seçilmesi halinde ise, TTK m.122/4 c.1’e doğrudan uygulanan kural etkisi tanınmanın bir işlevi kalmayacaktır. Zira seçilen hukuk sisteminde böyle bir imkânın bulunmadığını belirleyebilmek için, evvela uyumsuzluğa uygulanacak hukuku MÖHUK m. 24 hükmü çerçevesinde tespit etmek, tespit edilen yabancı hukukun sınırları dahilinde bir çözüm aramak ve ancak son tahlilde Türk hukukunun ilgili hükmünü uygulamak gerekir. Bu yöntem de esasen, kamu düzeninin müspet etkisi bağlamında Türk hukukunun uygulanmasıdır.

öngörülmektedir⁶⁵. Diğer bir deyişle, acente lehine öngörülen koruyucu rejim, yalnızca o devlet veya AB sınırları içerisinde faaliyet gösteren acenteler bakımından vazgeçilmezken; Türk acenteler bakımından önceden feragat cevaz verilmektedir. Bu itibarla, TTK m. 122 hükmünün de, acentenin/tek satıcının faaliyet bölgesinin kısmen veya münhasıran Türkiye olması halinde doğrudan uygulanan kural olarak müdahale etmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁶⁶.

Bu görüşteki *Demir Gökyayla*, hükmün Türkiye’de bulunan acenteleri/tek satıcıları korumaya yönelik olduğunu ve dağıtım bölgesi Türkiye olmasa bile merkezi Türkiye’de bulunan tek satıcı veya acentelerin, sözleşmeye uygulanacak hukuktan bağımsız olarak TTK m.122 hükmüne dayanarak denkleştirme talep edebileceklerini ifade etmektedir⁶⁷. Acentelik hükümlerinin zayıf tarafı koruyucu bir *ratio legis*’e dayanmasının temelinde, Türkiye’nin ekonomik gerçeklerinin yattığını göz ardı etmemek gerekir. Bu bakımdan TTK m.122 gibi hükümler, acentelik yahut tek satıcılık faaliyetleri ile işgal eden ticari aktörlerin menfaatlerini korumaktan öte, Türkiye’de faaliyet gösteren ve Türk piyasalarını etkileyen acenteler ve tek satıcıların menfaatlerini korumaya yöneliktir.

Ancak belirtmek gerekir ki, yabancı hukuk seçiminin yanında, sözleşmede genellikle yetki veya tahkim şartı da bulunmaktadır. Sözleşmede denkleştirme veya tazminat taleplerinden feragat hükmü olmadığı takdirde, Alman ve İsviçre hukuklarının seçilmesi, Türk acenteler bakımından bir hak kaybı yaratmaz. Diğer bir deyişle, uyuşmazlık Türk hukukuna tabi olması hâlinde acentenin sahip olacağı imkânlar, anılan devlet hukuklarının seçilmesi hâlinde de mevcut (AlmTK m.89b; İsvBK m.418u) olduğundan, sözleşmedeki yetki veya tahkim şartı özel bir ehemmiyet arz etmez.

65 AB sınırları içerisinde faaliyet göstermeyen Türk acenteleri, koruyucu rejimin kapsamında tutmayan ABAD kararı için bkz. *Agro Foreign Trade v. Agency Ltd*, 16.02.2017 C-507/15 (çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TX/T/?qid=1591581612974&uri=CELEX:62015CJ0507> AlmTK m. 92c uyarınca, Avrupa Birliği veya Avrupa Ekonomik Sahası dışında faaliyet gösteren bir acente hakkında, bu Kanunda acenteliğe ilişkin öngörülen amir hükümlerin aksinin kararlaştırılabileceğinden, -sözleşmenin Alman hukukuna tabi olduğu hallerde- denkleştirme talebine ilişkin düzenlemenin (89b) de sözleşme ile ortadan kaldırılabilmesi mümkündür. Bu husustaki değerlendirmeler ve yargı kararları için bkz. Nebi Kaya, “Alman Hukukuna Göre Portföy Tazminatından Sözleşme ile Vazgeçilebilir mi? (Münih İstinaf Mahkemesi’nin 11.01.2002 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi)” *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan*, C.1 (Vedat 2007) 3-12. Portekiz hukukunda kısmen yahut ağırlıklı olarak Portekiz sınırları içerisinde ifa edilen bir acentelik sözleşmesinin sona ermesine bağlı sözleşme sonu taleplerine uygulanmak üzere taraflarca yabancı bir hukuk sisteminin seçilebilmesi, ancak seçilen yabancı hukukun Portekiz hukukuna nazaran acente lehine düzenlemeler içermesi halinde mümkündür. Bkz. (Çevrimiçi) *Contrato de Agência ou Representação Comercial*, Decreto-Lei 178/86 de 3 de Julho, <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/4520.pdf> Yine Belçika hukukunda, 1995 tarihli Acentelik Sözleşmelerine İlişkin Kanun m. 27 uyarınca, acentenin esas işyerinin Belçika’da bulunması halinde, Belçikalı/ Belçika menşei acente, her halde Belçika devlet mahkemelerinde dava açabilecek ve Mahkemece tarafların seçtikleri hukuk dikkate alınmaksızın Belçika hukuku uygulanacaktır. Belçika hukukunda bu hükmeye paralel başka bir düzenleme, 27 Temmuz 1961 tarihli Belirsiz Süreli Münhasır Distribütörlük (Tek Satıcılık) Sözleşmelerinin Tek Taraflı Feshine Dair Kanun m. 4’te yer almaktadır. Anılan Kanunun 3. maddesinde, Kanunun münhasıran veya ağırlıklı olarak Belçika’da faaliyet gösteren tek satıcılar bakımından uygulama alanı bulacağı öngörülmektedir. Park, Campos and Hansebout (n 12) 29; Marinus Wromans, “Distribution Law in Belgium”, <https://www.marinuswromans.com/distribution-law-in-belgium/>, (Erişim Tarihi: 07.07.2020); Jan Kleinheisterkamp, “The Impact of Internationally Mandatory Laws on the Enforceability of Arbitration Agreements”, (2009) 3(2) *World Arbitration and Mediation Review* 94-95.

66 Demir Gökyayla, *Uluslararası Konferans* (n 13) 67; Ayoğlu (n 17) 19.

67 Demir Gökyayla, *Uluslararası Konferans* (n 13) 68.

Öte yandan sözleşmede feragat hükmünün yer alması yahut -feragat hükmü olmaksızın- ABD/Kaliforniya gibi denkleştirme talep hakkına imkan tanımayan bir hukuk sisteminin seçilmesi halinde, uyuşmazlığın esasının Türk mahkemelerinde görülmesini ve Türk hukukunun uygulanmasını engellemek amacıyla tahkim yerinin ABD/Kaliforniya veya yetkili mahkemelerin ABD/Kaliforniya mahkemeleri olacağına ilişkin hükümler, sözleşmede öngörülebilir. Geçerli bir yetki veya tahkim itirazında bulunulması halinde, Türk mahkemeleri kural olarak davayı usulden reddedecektir. (MÖHUK m.47; MTK m. 5; HMK m. 116). İşte bu ihtimalde, acente/tek satıcı Türk mahkemelerine başvurma ve denkleştirme/tazminat talebi haklarından mahrum kalır. Çalışmamıza esas teşkil eden bir sonraki kısımda, bu meselenin mukayeseli hukuktaki yeriler ışığında değerlendirilmesine ve açıklanmasına gayret edilmiştir.

III. Türkiye’de Faaliyet Gösteren Acentenin/Tek Satıcının Denkleştirme veya Tazminat Taleplerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin genel ve temel kural olan MÖHUK m. 40 hükmünün iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına atıf yapması sebebiyle, çalışmamıza esas teşkil eden denkleştirme taleplerine ilişkin davalarda, denkleştirme talep edilen davalının yerleşim yeri mahkemesinin; davalının yerleşim yeri yoksa, mutad meskeninin veya uyuşmazlık konusu malvarlığının bulunduğu devlet mahkemesinin Türkiye’de bulunması kaydıyla Türk mahkemeleri lehine yetki tesis edilebilir (HMK m.6; m.9). Ancak belirtmek gerekir ki yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda, denkleştirme talep edilen müvekkil veya yapımcı/sağlayıcı gibi tacirler, genellikle yabancıdır. Bu bakımdan Türkiye’de bir yerleşim yeri veya malvarlıkları bulunmadığından, bu kurallara istinaden Türk mahkemeleri lehine yetki tesis edilmesi mümkün olmayabilir.

Bununla beraber, sözleşmeden doğan davalarda, sözleşmenin ifa yeri mahkemelerini yetkilendiren HMK m.10 hükmündeki özel yetki kuralı⁶⁸ da, söz konusu genel kurallar ile birlikte uygulama alanı bulduğundan, Türkiye’de ifa edilen acentelik veya tek satıcılık faaliyetleri kapsamında Türk mahkemeleri lehine yetki tesis edilebilmesi mümkündür. Ancak anılan maddede yer alan “sözleşmenin ifa yeri” kavramı,

68 Doktrinde, HMK m. 10 hükmünün, yalnızca hukuken geçerli olan sözleşmelerden doğan davalar bakımından uygulanacağı; bu bakımdan geçersiz olan sözleşmelerden kaynaklanan davaların (sebezsiz zenginleşmeye dayalı iade talepleri gibi), sözleşmenin ifa yerinde açılmayıp, genel yetkili mahkeme olan davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılabilmesi kabul edilmektedir. Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, *Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku*, C. 1 (15th edn, On İki Levha 2017) 285-286; Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, C.1, (Yetkin 2020) 177-178; Abdürrahim Karslı, *Medeni Muhakeme Hukuku* (4th edn, Alternatif 2014) 219; Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. HD., T. 09.09.2014, E. 2014/16641 K. 2014/20667 (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr (“...Ne var ki, HMK.nun 10. maddesi hükmü yalnız hukuken geçerli olan sözleşmelerden doğan davalar hakkında uygulanacağından, geçersiz olan sözleşmelerden kaynaklanan davalar (sebezsiz iktisap gibi), sözleşmenin ifa yerinde açılmayıp genel yetkili yer olan davalının ikametgahında açılabilir...”)

Dikkat edilmelidir ki, acentelik veya tek satıcılık gibi sürekli sözleşme ilişkisinin feshi halinde, geçerli hukuki sebebin ortadan kalkması söz konusu değildir. Zira fesih, TBK m. 126 uyarınca ileriye etkilidir.

özellikle tarafların karşılıklı edimler yükümlendiği sinallagmatik akitler bakımından izaha muhtaçtır. Zira söz konusu edimlerin ifa yerleri genellikle farklı ülkelerde olabileceğinden, Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin tayininde, hangi edimin ifa yerinin esas alınacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Doktrinde, sinallagmatik sözleşmelerden doğan davalarda yetkili mahkemenin, davaya konu edimin ifa edileceği yere göre belirleneceği ifade edilmektedir⁶⁹. Ancak bu anlayış, yabancı unsurlu sözleşmeler bakımından Türk mahkemelerinin yetkisini ciddi şekilde kısıtlayabilir. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre, yabancı unsurlu davalar bakımından, taraf edimlerinden birinin ifa yerinin Türkiye’de olması, o yerdeki Türk mahkemesinin yetkili sayılması için yeterlidir⁷⁰. Böylelikle sözleşmenin geçersizliğinin tespiti gibi taraf edimleri ile ilgili olmayan davalar bakımından da, Türk mahkemeleri lehine yetki tesisi sağlanmış olacaktır.

Kaldı ki tatbikatta, Türk mahkemelerinin bu ayrımı benimsemediği görülmektedir. Pek çok alacak veya tazminat davasında, HMK m.10 uyarınca ifa yeri mahkemesi, para borcunun ifa edileceği yere göre değil, karakteristik edimin ifa yerine göre belirlenmiştir. Yargıtay, 2015 tarihli bir kararında, tek satıcılık sözleşmesinin sona ermesine dayalı denkleştirme talebine ilişkin bir uyumsuzluk bakımından, dağıtım ve sürümü artırma faaliyetlerinin icra edildiği yerin Antalya olduğu, karakteristik edimin ifa yeri olması sebebiyle de Antalya mahkemelerinin yetkili olduğu sonucuna varmıştır⁷¹. Yargıtay’ın bu yaklaşımı doğrultusunda⁷², acentelik veya tek satıcılık gibi sözleşmelerden doğan denkleştirme veya tazminat taleplerine ilişkin davalarda, karakteristik edim borçlusu olan acente ve tek satıcının ağırlıklı olarak Türkiye’de faaliyet göstermesi halinde, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkiyi haiz olacağı ifade edilmelidir.

İhtilafli edimin ifa yerinin esas alınması gerektiği görüşünün kabulü halinde ise; denkleştirme talebi, bir para borcu teşkil etmesi sebebiyle, TBK m. 89 hükmü gereği, götürülecek borçtur ve acentenin ödeme günündeki yerleşim yerinde ifa edilir. Bu

69 Hakan Pekcanitez, *Medeni Usul Hukuku*, C.1 (15th edn, On İki Levha 2017) 282; Nuray Ekşi, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (2nd edn, Beta 2000) 117; Karslı (n 69) 219; Demir Gökyayla, *Münhasır Bayilik Sözleşmeleri* (n 7) 452-453; Doğan (n 49) 65; Ceyda Süral “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi” 2012 (100) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 181; Aynı yönde bkz. Brüksel I bis 7/1-a; (“... courts for the place of performance of the obligation in question”...)

70 Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 49) 425; Bu görüşe göre, kanun koyucu, HMK m.10 hükmünde “sözleşmenin ifa yeri” mahkemesini yetkili kılarken, sözleşmeden kaynaklanan farklı edimler arasında bir ayırım yapmamış ve farklı yerlerde ifa edilen edimlere eşit bir şekilde yaklaşarak, her birinin müstakil olarak yetki tesis edeceğini kabul etmiştir.

71 Yargıtay 11. HD, T. 20.01.2015, E.2014/2059, K.2015/712; aynı yönde bkz. Yargıtay 11.HD, T.22.02.2016, E.2016/804, K.2016/1803 (Çevrimiçi) www.kazanci.com

Yine, eser sözleşmesinin ayıplı ifası sebebiyle uğranılan zararın tahsili istemiyle açılan bir davada, parasal bir talep ileri sürülmüş olmasına rağmen, eser sözleşmesine konu kanalizasyon şebekesinin inşa edildiği yerin “ifa yeri mahkemesi” sıfatıyla yetkili olduğu sonucuna varıldığı görülmektedir. Yargıtay 15. HD., T. 26.2.2014, E.2014/366, K.2014/1329; aynı yönde bkz. Yargıtay 15. HD., T. 2.4.2013, E.2013/1784, K. 2013/2280 (Çevrimiçi) www.kazanci.com

72 Bu yaklaşımın hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik ilkeleri bakımından isabetli olduğu yönündeki görüş ve değerlendirme için bkz. Berk Demirkol, *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları*, (Vedat 2018) 14-15.

itibarla, Türkiye’de faaliyet gösteren acente ve tek satıcılar bakımından HMK m.10 kapsamında Türk mahkemeleri lehine yetki tesisi, bu ihtimalde de mümkündür⁷³.

Görüldüğü üzere, acentelik/tek satıcılık sözleşmelerine binaen ileri sürülen sözleşme sonu talepleri özel bir usul kuralı ile düzenlenmediğinden, HMK m.10, Türkiye’de faaliyet gösteren bir acente veya tek satıcının Türk mahkemelerine başvurabilmesindeki temel yasal dayanaktır⁷⁴.

IV. Denkleştirme ve Tazminat Taleplerini Konu Alan ve Yabancı Yargı Mercilerini Yetkilendiren Anlaşmalar Karşısında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

A. Genel Olarak

Yabancılık unsuru taşıyan ticari akitlere yetki veya tahkim şartı konulması mutad bir uygulamadır. Aralarındaki pazarlık ve müzakereler çerçevesinde her bir âkit taraf; aşına olduğu bir devlet veya hakem mahkemesinde yargılanmayı arzu edecektir. Güçlü âkit tarafın, kendi menfaatine en uygun olduğunu düşündüğü devlet/veya hakem mahkemesini, diğer tarafa kabul ettirmesi, böyle bir tahkim anlaşmasını geçersiz saymak için tek başına bir neden teşkil etmez. Ne var ki ekonomik açıdan daha güçlü olan âkit taraf, sadece kendisini yakın hissettiği, aşına olduğu veya tanıdığı için değil de, zayıf âkit tarafı bazı haklardan mahrum bırakmak amacıyla belirli bir devlet hukuku ile bu devlet mahkemesinin yetkilendirildiği anlaşmayı veya tahkim yolunu dayatmış ise, o zaman hukuk seçimi ve yetki anlaşması yapma hakkının suiistimal edilerek zayıf tarafın istismar edildiği ileri sürülebilir.

Örneğin yukarıda belirtildiği üzere acenteye denkleştirme talep etme hakkı tanımayan bir hukuk sisteminin uygulanması, MÖHUK m.5 veya m.6 kapsamında bertaraf edilerek TTK m. 122/4 hükmünün koruyucu rejimine etki tanınabilir. Ancak bunun da önüne geçmek adına, sözleşmeye, hukuk seçimine ilişkin hükme ilaveten, yetki veya tahkim şartının konulabilir. Yetki ve tahkim şartı vesilesiyle zayıf âkit tarafın mahrum bırakılmak istendiği hak bakımından, yetki ve tahkim anlaşmalarının geçersiz yahut icra edilemez sayılması söz konusu olabilir.

73 Buna mukabil, taraflarca yapılan sözleşmede, ifa yerine ilişkin bir hüküm bulunması halinde, sözleşmede kararlaştırılan ifa yeri dikkate alınacaktır. Bu sebeple, acenteye yapılacak ödemelerin, acentenin Türkiye’de bulunan banka hesabına gönderileceğine dair sözleşmeye açık bir hüküm eklenmesi, olası aksi iddiaları bertaraf etmek adına, işlevsel olabilir.

74 Doktrindeki bir görüşe göre, taraflarca yapılan sözleşmede, denkleştirme talebi özel olarak düzenlenmediği takdirde, bu talep kanundan doğan bir borç olduğu için, sözleşmedeki yetki veya tahkim anlaşmasının bu talebi kapsayacak şekilde anlaşılması gerekir. Bu bakımdan denkleştirme talebinin sözleşmede özel olarak düzenlenmediği hallerde, sözleşmeden doğan bir uyumsuzluğun söz konusu olmaması sebebiyle, yetki anlaşmasına rağmen Türk mahkemelerinin -yalnızca denkleştirme taleplerini karara bağlamak kaydıyla- yetkili olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Ayoğlu (n 17) 16, dn. 11. Ancak bu görüşe göre, sözleşmeden doğan bir ihtilaf söz konusu olmadığından HMK m.10 hükmüne dayanarak da Türk mahkemeleri lehine yetki tesis etmek mümkün olmaz. Bu bakımdan yabancı mahkemeleri yetkilendiren yetki anlaşmalarını hükümsüz saymanın gerekçesi olarak ileri sürülen argüman, esasen Türk mahkemeleri lehine yetki tesis eden HMK m.10 hükmüne başvurma imkanını engeller.

B. Denkleştirme veya Tazminat Taleplerini Bertaraf Etmeye Yönelik Olarak Yapılan Bir Yetki Anlaşmasının Geçerliliği ve İcra Edilebilirliği

MÖHUK m. 47 hükmü uyarınca, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların yabancı bir devlet mahkemesinde görüleceği hususunda anlaşabilir. Ancak uyuşmazlık, yer itibarıyla yetkinin münhasır yetki esasına göre düzenlenmediği bir konuya ilişkin olmalıdır. Geçerli bir yetki anlaşması söz konusu olduğu takdirde, dava, yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması hâlinde yetkili Türk mahkemesinde görülebilecektir (MÖHUK m.47/son).

Buna göre, yabancı devlet mahkemeleri lehine akdedilen yetki anlaşmaları, ilgili uyuşmazlıklar bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini kural olarak bertaraf eder⁷⁵. Taraflar arasındaki yetki anlaşmasının MÖHUK m. 47 hükmünde aranan şartlara uygun olması ve yetki itirazının davalı tarafça cevap dilekçesiyle ileri sürülmesi halinde, Türk mahkemeleri, -milletlerarası yetkiye sahip olsa dahi- kural olarak yetkisizlik kararı vererek davayı usulden reddedecek; aksi halde yetki itirazını reddederek denkleştirme/tazminat talebine ilişkin uyuşmazlığın esası hakkında karar verecektir⁷⁶.

Bir yetki şartı veya anlaşmasının geçerliliğinin tayininde, MÖHUK m. 47 hükmündeki koşulların yanında, hiç şüphesiz borçlar hukukuna ilişkin temel prensipler de belirleyici olacaktır. Doktrinde yetki şartı veya anlaşmasının, esas sözleşmeden bağımsız ve usul hukukuna ait bir anlaşma olduğu; ancak kuruluşu ve geçerliliği bakımından ise, borçlar hukuku alanındaki temel prensiplere tabi olacağı kabul edilmektedir⁷⁷. Ancak yetki anlaşmasının kuruluşu ve geçerliliğine hangi hukukun uygulanacağı hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla beraber yetki anlaşmasının etkilerini usul hukuku alanında doğurması itibarıyla, Türk mahkemelerinin Türk hukukuna göre bir değerlendirme yapmayı tercih ettiği ifade edilmelidir⁷⁸. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun E.1998/12-287–K.1998/325 sayılı ve 6.5.1998 tarihli kararında; yabancı mahkeme lehine yapılan yetki anlaşmasının geçerli olabilmesi için, Türk kamu düzenine, ahlâk ve dürüstlük kurallarına, toplumun

75 Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 49) 454-455; Demirkol, *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları* (n 73) 216; Ekşi, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, (n 70)185; Ergin Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku*, (2nd edn, Beta 2018) 137; Doğan (n 49) 89; Çelikel and Erdem (n 49) 647

76 Ekşi, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (n 70) 179; Demir Gökyayla, *Münhasır Bayilik Sözleşmeleri* (n 7) 461.

77 Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku* (n 76) 134; Fügen Sargın, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları* (Yetkin 1996) 239; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 49) 460; Pekcantez, *Pekcantez Usul* (n 69) 2598; Demirkol, *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları* (n 73) 47. Aynı yönde bkz. Brüksel I bis m. 25(5) 12.12.2012 tarihli ve EU 1215/2012 sayılı Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel I Bis Recast Tüzüğü m.25(5) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32012R1215>

78 Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.1998/12-287, K.1998/325, T.6.5.1998: YKD, 1998/7-8-9, 748 vd; Aynı yönde Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 49) 434, dn. 173; Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku* (n 76) 135; Demir Gökyayla, *Münhasır Bayilik Sözleşmeleri* (n 7) 64. Aksi yönde bkz. Demirkol, *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları*, (n 73) 51-52. Anılan son yazara göre, yetki sözleşmelerine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24 çerçevesinde tespit edilerek, tarafların yetki sözleşmesi ile yetkilendirdikleri yer hukukunun, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk olarak uygulanması gerekmektedir.

ve hukukun temel ilke ve değer yargılarına, adalet ve ahlâk anlayışına aykırı olmaması ve Anayasa’da yer alan temel hakları ciddi şekilde ihlâl etmemesi gerektiği ifade edilerek eBK m.20 (TBK m.27) hükmüne dayanılmıştır.

Bu itibarla yetki anlaşmasının, Türk Borçlar Kanunu m.27 hükmü anlamında kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olması hâlinde hükümsüz sayılması gerekmektedir. Tarafların eşit müzakere gücüne sahip olmadığı ve güçlü âkit tarafın sahip olduğu üstünlüğü, sözleşmede yer alan yetki şartı gibi hükümleri, zayıf tarafın kabul etmesini zorunlu kılacak şekilde kullanması halinde, böyle bir yetki sözleşmesi, TBK m. 27/1 uyarınca ahlâka aykırılıktan geçersiz sayılmalıdır⁷⁹. Burada, sözleşmenin içeriği itibariyle ahlaka aykırı bir durum söz konusu olmasa da, ne şekilde ve hangi amaca istinaden kurulduğuna göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Nitekim doktrinde, sözleşmenin taraflarca kabul edilmiş içeriğinin, kurulması aşamasındaki hal ve şartların bir yansıması olduğu ve nasıl ki sözleşme yorumlanırken sözleşme öncesi görüşmelere bakmaktan vazgeçilemiyorsa, ahlaka aykırılık değerlendirmesi yapılırken de sözleşme içeriğinin bu şekilde düzenlenmiş olmasının sebebini oluşturan olguların dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir⁸⁰. Bu itibarla yabancı müvekkilin acente üzerindeki sosyal ve ekonomik üstünlüğünü kullanmak suretiyle kendi menfaatine ancak acente aleyhine olan hükümleri kabul ettirmesi halinde, yetki anlaşması ahlaka aykırılık teşkil edecektir.

Ekonomik açıdan daha güçlü olan tarafın tercihiyle yetkili kılınan yabancı devlet mahkemesinin seçilmiş olmasının zayıf tarafın istismarı ve hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmediği hususu ise, güçlü tarafın tercih ettiği mahkemenin yetkili kılınmış olması nedeniyle zayıf tarafın niteliği ve değeri bakımından önem taşıyan bazı haklardan mahrum kalmış olup olmamasına göre belirlenmelidir⁸¹. Eğer böyle bir yetki anlaşması bulunmasa idi, zayıf konumdaki acente ve tek satıcıların Türk mahkemelerinden elde edebileceği denkleştirme ve tazminat talebi gibi hakların, yapılan yetki anlaşması gereğince başvurulması icap eden mahkemeden elde edilmesi mümkün değil ise, ekonomik açıdan daha güçlü olan tarafın, hakkı kötüye kullandığı ve zayıf tarafın pazarlık gücünün bulunmamasını suiistimal ettiği söylenebilecektir⁸².

79 Nomer, *Millîterarası Usul Hukuku* (n 76) 135; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 49) 453; Sargın, *Yetki Anlaşmaları* (n 78) 169; Demir Gökyayla *Münhasır Bayilik Sözleşmeleri* (n 7) 59. Aynı yönde bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, C1 (7th edn, Filiz 2017) 554.

80 Bkz. Kocayusufpaşaoğlu (n 80) 560; Kübra Ercoşkun Şenol, “Sözleşme İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m.27”, 2016 74(2) *IÜHF* 728; aynı yönde bkz Yargıtay 14. HD., T.14.02.2007, E.2006/14208, K. 2007/1296;... *Zira, sözleşme metninden emredici hukuk kaidelerine, ahlak (adaba) veya kamu düzenine veyahut şahsi hükümlere aykırılık gözlenirse de, sözleşmenin yapılarındaki amaç gözetildiğinde, bu sözleşme batıl sayılabilir. Muhtevayı (sözleşme metnini) ve amacı birbirinden ayırmak, ayrı ayrı değerlendiren düşünmek hatalı sonuçlar meydana getirebilir.*” www.kazanci.com.tr

81 Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 49) 493; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 49) 479.

82 Nitekim *Sargın* da, yetki anlaşmasının taraflarının pazarlık gücüne sahip olmasını yetki anlaşmasının aslı geçerlilik şartları arasında saymaktadır. Yazara göre, tarafların irade beyanlarının, özgür iradeleri ile oluşması gerekir. Taraflardan birinin üstün ekonomik ve sosyal gücünün, diğer tarafın iradesinin serbestçe oluşumunu engellediği hallerde, yetki anlaşmasına geçerlilik tanınmaz. Sargın, *Yetki Anlaşmaları* (n 78) 166.

Elbette ki sözleşme ile irtibatlı olmayan nötr bir hukuk sisteminin veya devlet mahkemelerinin seçilmesi, münferiden bir geçersizlik nedeni oluşturmaz. Bu hususta tüm dava ve sözleşme şartlarının dikkate alınarak bir sonuca varılması gerekir⁸³. Örneğin Alman müvekkilin tek taraflı olarak hazırlayarak Türk acenteye sunduğu sözleşmede, Alman hukukunun seçilmesine ilişkin hükme ilaveten Kaliforniya mahkemelerinin seçilmesi halinde yetki sözleşmesi, dürüstlük kuralına (TMK m. 2) ve ahlâka (TBK m. 27/1) aykırı sayılabilir.

Öte yandan, sözleşmedeki yetki şartı ile hukuk seçimi birbirinden bağımsız konular olmakla beraber, taraflarca kararlaştırılan yetki şartı, Türk hukukunun doğrudan uygulanan bir kuralının uygulanmasını engelleyecek nitelikteyse artık bu şartın geçerliliğinden söz edilemeyeceği, aksi bir yorumun TTK m. 122/4 hükmünün dolanılmasına imkân tanıyacak bir düzenin kabulü anlamına geleceği ileri sürülmektedir⁸⁴. Bu bakımdan, hükmün doğrudan uygulanan kural olarak kabulü halinde, bu kuralların uygulanmasını imkansız kılacak yetki sözleşmelerinin, Türk mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırmayacağı ifade edilebilir⁸⁵. Nitekim mehz hukuk sistemlerindeki uygulamada, yetki şartlarına hükmün doğrudan uygulanan kural niteliğinden hareketle yaklaşıldığı görülmektedir.

Bu kararlarda, denkleştirme talebi veya acentenin sözleşme sonu taleplerini karşılamayan bir devletin hukuk sisteminin seçilmesi ve bu devlet mahkemelerinin yetkilendirilmesi ile acenteyi koruyan rejimin bilinçli ve sistemli bir şekilde bertaraf edilmesi durumunda yetki şartına etki tanınmadığı görülmektedir⁸⁶. Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin 05.09.2012 tarihli kararına⁸⁷ konu uyuşmazlık, Alman Ticaret Kanununun acentenin denkleştirme talebine ilişkin 89/b maddesinin uygulanmaması sonucunu doğuran ve üçüncü bir devlet mahkemesi lehine yapılan münhasır yetki anlaşmasına etki tanınıp tanınmayacağına ilişkin tespitine ilişkindir.

Sözleşmenin tarafları, Alman acente ile ABD menşeli müvekkil şirkettir. Taraflarca ABD/

83 Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 49) 479; Şanlı (n 58) 126; Peter Mankowski, “Commercial Agents Under European Jurisdiction Rules, The Brussels I Regulation Plus the Procedural Consequences of Ingmar”, 2008 (10) Yearbook of Private International Law, Swiss Institute of Comparative Law 49-50; Bu durumda mahkemenin, seçilen yargı mercii nin hangi hukuku uygulayacağını ve acentenin eş değer bir koruma görüp görmeyeceğini araştırması gerektiği ifade edilmektedir.

84 Kendigelen, *Hukuki Mütalâlar* (n 17) 404-405; Aynı yönde Kaya, *Tebliğler ve Tartışmalar* (n 10) 148;

85 Doğrudan uygulanan kuralların uygulama alanına dahil meselelerde yabancı devlet mahkemeleri lehine yapılan anlaşmaların dikkate alınmayacağı; bu türden sözleşmelere konu meselelerin Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin malî, siyasi ve ekonomik menfaatleriyle ilgili olmasının, bu konularda Türk mahkemelerinin karar vermesini zorunlu kıldığı yönünde bkz. Sargın, *Yetki Anlaşmaları* (n 78) 185-186; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 49) 479.

86 Mankowski (n 84) 47.

87 Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin 05.09.2012 tarihli kararı (BGH VII ZR 25/12) için bkz. BeckRS 2012, 20587; Luciana Bassani, Rebecca Bedford, Arthur Pressman, Jean Philippe Turgeon and Dagmar Waldzus, Dagmar, “Applicable Law and Jurisdiction in Franchising, Commercial Agency and Distribution Agreements”, (2015) 13(6) “International Journal of Franchising Law”, 3- 34 (Çevrimiçi) www.heinonline.com, 11-12; İrfan Akın, “Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı ve Alman Hukukundaki Yeni Gelişmeler”, (2013) 62(3) AÜHFD 636-637. Yazar bu içtihadın faaliyet yeri esasına dayanması sebebiyle, AB dışında faaliyet gösteren bir Türk acentenin, Alman mahkemelerinde koruma görmeyeceğini, bu bakımdan Türk mahkemelerinin de, ülkenin ekonomik gerçeklerine uygun bir yorum yaparak hükmü yalnızca Türkiye’de faaliyet gösteren acenteler bakımından bu şekilde uygulaması gerektiğini ifade etmektedir.

Virjinya eyalet hukukunun aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanacağı ve bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda Virjinya eyalet mahkemelerinin münhasır olarak yetkili olacağı kararlaştırılmıştı. Oysa seçilen hukuk, acenteye denkleştirme talep etme hakkı bahşeden herhangi bir düzenleme ihtiva etmemekteydi. Ayrıca acentelik sözleşmesinde, acentenin, sözleşmenin sona ermesi halinde denkleştirme talebi dahil olmak üzere tüm sözleşme sonu tazminat taleplerinden feragat ettiğine dair bir hüküm bulunmaktaydı. Sözleşmenin sona ermesi üzerine Alman mahkemelerinde dava açan acente, Virjinya hukukunun acenteye böyle bir hak bahşetmemesi sebebiyle, yetki şartı ve hukuk seçiminin geçerli sayılmayacağını, aksi takdirde denkleştirme talep hakkından mahrum kalacağını iddia etmiştir.

Yüksek Mahkeme, AB Direktifinde ve Alman Ticaret Kanununda yer verilen acentenin denkleştirme talebi ve tazminat hakkına ilişkin maddelerin acenteyi koruma amacı güttüğünü ve Alman hukuku açısından doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğunu belirterek, alt derece mahkemesinin Virjinya mahkemeleri lehine yapılan münhasır yetki anlaşmasının icra edilemeyeceği ve bu anlaşmanın kendi yargılama yetkisine halel getirmediği yönündeki kararını onamıştır. Bu yetki anlaşmasına etki tanınmasının, Alman hukukunda doğrudan uygulanan kural niteliğinde olan AlmTK m. 89b maddesinin uygulanmaması sonucunu doğuracağı belirtilmiştir.

Keza Münih İstinaf Mahkemesinin 17.05.2006 tarih ve 7 U 17781/06 sayılı kararına konu benzer bir olayda, Kaliforniya eyaletinde mukim üretici ile Almanya’da faaliyet gösteren acente arasındaki sözleşmede, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara uygulanmak üzere Kaliforniya hukuku lehine bir hukuk seçimi ve bu uyuşmazlıklarda Kaliforniya mahkemelerinin yetkili olacağı öngörülmekteydi. Mahkeme, denkleştirme talebine ilişkin AlmTK m. 89b hükmünün doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğunu kabul ederek, AlmTK m. 89b hükmünün yabancı hukuk seçimi ve yetki sözleşmesi yoluyla uygulanmasından kaçınılmasına olanak tanımamak adına, davalının yetki itirazını aynı gerekçe ile reddetmiştir⁸⁸.

Bu kararlarda, hangi mahkeme yetkili olursa olsun yahut hangi hukuk uygulanırsa uygulansın acente lehine öngörülen koruyucu rejimin muhakkak muhafaza edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Doktrinde, bu kararlarda yetki şartına etki tanınmamasının isabetli olduğu, aksi takdirde koruyucu rejimin istismarına açık bir kapı bırakılacağı belirtilmektedir. Bu görüşe göre, bir hukuk seçimi, nasıl ki, koruyucu rejimi bertaraf eder mahiyette olduğunda geçersiz sayılabiliyorsa, diğer bir deyişle, “*koruyucu mekanizmaların kurbanı olması gerekiyor*”, yetki anlaşmalarının da aynı akıbeti paylaşması gerekir⁸⁹. Ancak yazar burada, acenteye korumanın sağlanmayacağına ilişkin basit bir iddiayı dikkate almaktan öte, yetkilendirilen mahkemenin sözleşmeye hangi hukuku uygulayacağını araştırılması ve buna göre bir sonuca varılması gerektiğini ifade etmektedir⁹⁰.

⁸⁸ BeckRS 2006, 07559 (Bkz. Kendigelen, *Hukuki Mütalâalar* (n 17) 406; Mankowski (n 84) 48 vd

⁸⁹ Mankowski (n 84) 47.

⁹⁰ *ibid* 50.

Meselâ Türk acente ile Münih’te mukim bir müvekkil arasındaki acentelik sözleşmesinde, denkleştirme talebine ilişkin bir feragat hükmü olmadığı takdirde, Alman hukukunun seçilmiş olması ve Kaliforniya mahkemelerinin yetkili kılınması, yetki anlaşmasına etki tanınmamasını gerektirmez⁹¹. Zira bu halde de, Kaliforniya mahkemeleri, Alman hukukunu uygulayacak ve sözleşmede bir feragat hükmü olmadığı için denkleştirme talebine ilişkin AlmTK m. 89b hükmü, Türk acente bakımından, TTK m. 122 hükmünde öngörülen korumayı tesis edecektir⁹².

Ancak ne var ki, Türk yargısının yukarıdaki karar ve değerlendirmeleri destekler nitelikte bir yaklaşımına hâli hazırda rastlanmamıştır. Konumuz bakımından önem arz eden İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesinin 2017 tarihli kararına⁹³ konu olan bir uyuşmazlıkta, taraflarca sözleşmeye uygulanmak üzere İtalyan hukuku seçilmiş ve Roma Mahkemeleri yetkili kılınmıştı. Ancak İtalyan hukukunda, acentelere tanınan denkleştirme talebinin, tek satıcılara bahşedilmemesi sebebiyle, davacı tek satıcı, bu talep hakkından mahrum kalmış olacaktı. Yüksek Mahkeme kararda aynen şu gerekçeye yer vererek davacı acentenin istinaf talebini oy birliği ile reddetmiştir: “...Davacı tacirdir. 6102 sayılı TTK m.18/2 maddesi uyarınca ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Davacının sözleşmeyi hazırladığı ve sözleşme ile gerek İtalyan kanunlarının uygulanacağını, gerekse Roma mahkemelerinin yetkili olacağını kabul etmiştir. Yani bu uyuşmazlığa zaten İtalyan kanunları uygulanacaktır. Öte yandan sözleşme içeriğinde de davacının doğrudan denkleştirme talebinden vazgeçeceğine ilişkin bir düzenleme yoktur.”

Görüldüğü üzere, BAM, -en azından tek satıcılar bakımından- TTK m. 122/4 hükmünün kamu düzeni müdahalesi sonucu veya doğrudan uygulanan kural olarak uygulanması yahut yetki sözleşmesinin kamu düzenine, dürüstlük kuralına aykırılık gibi sebeplerle geçersiz sayılması gerektiği görüşünde değildir. Bununla beraber, sözleşmede feragat hükmünün yer olmadığı hususu ayrıca zikredilmekte, ancak davacının sözleşmeyi bilerek imzaladığı, basiretli bir tacir gibi hareket etmesi gerektiğinden bahsedilmektedir. Anılan kararda, sözleşmede doğrudan denkleştirme talep hakkından vazgeçildiği yönünde bir düzenleme bulunmadığına işaret edilse de,

91 Jürgen Basedow, “Exclusive Choice-of-Court Agreements as a Derogation from Imperative Norms”, (2013) 14(1) Max Planck Private Law Research Paper No. 14/1, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, 29-31. Hükmün doğrudan uygulanan kural niteliğinde kabul edildiği Alman mahkemeleri tatbikatı bakımından değerlendirme yapan yazar, doğrudan uygulanan kuralların kapsamına giren hallerde dahi, yetki şartına etki tanınmamasının istisnai durumlarda söz konusu olması gerektiğini, örneğin açıkça acenteyi koruyan bu rejimi bertaraf etmek amacıyla bir tarafın ekonomik üstünlüğünü kullanarak, yetki şartı ile birlikte hukuk seçimini dayatmasının “*tasarlanmış bir manevra*” olarak görülebileceğini belirterek, ancak bu hallerde yetki şartlarının istisnai olarak geçersiz sayılacağını ifade etmiştir

92 Oysa, sözleşmede feragat hükmü yer alsa idi, Türkiye’de faaliyet gösteren acentenin denkleştirme talebinden feragat etmesi, AlmTK m. 92c uyarınca geçerli sayılacaktı.

93 Uyuşmazlık, İtalyan üreticiye ait ürünlerin Türkiye’de dağıtımını ve pazarlanmasını üstlenen tek satıcı ile İtalyan üretici arasındaki tek satıcılık ilişkisinden doğmuştur. Davalının tek satıcılık sözleşmesini feshetmesi üzerine davacı vekili, taraflar arasında sekiz yıl kesintisiz şekilde devam eden tek satıcılık ilişkisinin herhangi bir haklı sebebe dayanmaksızın sona erdirildiğini, tek satıcılık ilişkisinin başladığı yıldan beri tüketici nezdinde yaratılan güven ve itibar sonucu ürünlerin pazar payını artırdığını, TTK m. 122 uyarınca denkleştirme talep hakkının doğduğunu ileri sürmüştür. İstanbul BAM 16. HD.’nin 19.06.2017 tarih ve E. 2017/2404, K. 2017/2162 sayılı karar için bkz. Kendigelen, *Hukuki Mütalâalar* (n 17) 408-410.

böyle bir feragat hükmünün bulunması ihtimalinin yetki anlaşmasına etkisi hususunda bir açıklama yapılmamıştır.

Tekrar etmek gerekir ki, TTK m. 18/2 hükmü uyarınca, basiretli bir tacir gibi hareket etmesi gereken acente ve tek satıcılar, yine aynı Kanunun m. 122/4 c.1 hükmü uyarınca, bizzat imzaladıkları sözleşmede yer alan denkleştirme talebinden feragat hükmü ile bağlı olmayacaktır. Bu bakımdan, nasıl ki basiretli bir tacir gibi hareket etme yükümlülüğü, denkleştirme talebinden feragati meşru ve geçerli kılmıyorsa, buna mahal veren hukuk veya yetki seçimi gibi anlaşmaları da meşru kılmamalıdır. TTK m. 122/4 hükmünün *ratio legis*'ini görmezden gelip, “basiretli bir tacir gibi davranması gerekirdi” gibi bir argümana dayanmak, en başta kanun koyucunun iradesine ters düşmektedir.

Buna mukabil mevcut yasal düzenlemeler temelinde, acente veya tek satıcıyı sözleşmenin haksız feshinin sonuçlarına karşı koruyacak özel bir milletlerarası usul hukuku kuralı olmadığı gibi, çoğu zaman tek yasal dayanak -yukarıda açıklandığı üzere- HMK m.10 hükmü olur. İlâveten, mahkemenin uyuşmazlığa (denkleştirme talebine) uygulanacak hukuka göre kendi yetkisini tesis etmesinin usul ekonomisiyle bağdaşmayacağı ileri sürülebilir. Özellikle hukuk seçimi veya yetki şartına ilişkin bir ihtilaf bulunmadığı hâllerde dahi, mahkemelerin yabancı hukukun ilgili hükümlerini temin etmesinin ne denli zaman aldığı düşünüldüğünde, mahkemenin yetki itirazını değerlendirirken, başka bir mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarını ve maddi hukuk hükümlerini araştırmasını beklemek, makul ve gerçekçi olmayabilir. İşbu sebepten ötürü, kanun koyucunun TTK m. 122/4 hükmünde ortaya koyduğu iradeyi, usul hukukuna da yansıtması gerektiği kanaatindeyiz. Zira, koruyucu rejim, etkili bir şekilde uygulanmak isteniyorsa, koruyucu yaklaşımı, evvelâ yargı alanına doğru genişletmek gerekir⁹⁴.

Tanzim edilecek özel bir usul kuralına ilişkin olarak, Belçika hukukundaki 13.04.1995 tarihli Acentelik Sözleşmelerine Dair Kanunun 27. maddesi ve 27.07.1961 tarihli Belirsiz Süreli Münhasır Distribütörlük (Tek Satıcılık) Sözleşmelerinin Tek Taraflı Feshine Dair Kanun m. 4 referans gösterilebilir. Anılan maddeye göre, acentenin/tek satıcının esas işyerinin Belçika'da bulunması halinde, Belçikalı acente/tek satıcı her halde, Belçika devlet mahkemelerinde dava açabilecektir⁹⁵. Bu bakımdan sınırlı bir münhasır yetki söz konusudur. Bu hükme paralel olarak önerdiğimiz usul kuralına, tahkim anlaşmasına ilişkin başlık altındaki açıklamaların sonunda yer verilecektir.

94 Bu hususta bkz Mankowski (n 84) 47; Stefan M Kröll “The Arbitrability of Disputes Arising from Commercial Representation”, Chapter 16 in Loukas A. Mistelis and Stavros L. Brekoulakis (eds) *Arbitrability:International and Comparative Perspectives* (Kluwer Law International 2009) 323.

95 “Without prejudice to the application of international conventions to which Belgium is a party, any activity of a commercial agent whose principal place of business is in Belgium shall be governed by Belgian law and shall be subject to the jurisdiction of the Belgian court”. Bkz. *Unamar* kararı, para 13.

C. Denkleştirme veya Tazminat Taleplerini Bertaraf Etmeye Yönelik Olarak Yapılan Bir Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği

Tahkim anlaşması veya şartı ile taraflar, aralarındaki bir hukuki ilişkiden doğan veya ileride doğabilecek uyuşmazlıkların çözümü için, devlet mahkemeleri yerine, tahkime gitmeyi karşılıklı kabul ve taahhüt etmiş olur⁹⁶. Ancak mevcut tahkim anlaşmasına rağmen, acentenin Türk mahkemelerinde dava açması ve tahkim anlaşmasının denkleştirme talebini bertaraf eder mahiyette olduğunu iddia etmesi halinde, bu iddialara ve tahkim itirazlarına ne şekilde yaklaşılacağı hususunun mukayeseli hukuktaki veriler ışığında Türk hukuku bakımından değerlendirilmesi gerekir.

Bu kapsamda muhtemel ilk ihtimal, tahkim yargılaması başlamadan evvel, uyuşmazlığın doğrudan Türk mahkemeleri nezdinde açılmasıdır.

1. Davanın Tahkim Şartına Rağmen Doğrudan Türk Mahkemeleri Nezdinde Açılması

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu⁹⁷, kural olarak, yabancılık unsuru içeren ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanunun taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır (MTK m.1/2). Ancak MTK m.1/3 uyarınca, Türk mahkemelerinde görülen davalardaki tahkim itirazına ilişkin yabancılık unsuru içeren meseleler, tahkim yeri Türkiye olmasa dahi, bu Kanuna tabi olacaktır. Bu bakımdan tahkim itirazının ileri sürülmesine ilişkin olarak MTK m. 5 hükmü dikkate alınacaktır⁹⁸. Anılan hüküm uyarınca, tahkim itirazı, ilk itiraz olarak cevap dilekçesi ile birlikte ileri sürülmediği takdirde, Türk mahkemeleri davayı görmeye yetkilidir. Tahkim itirazının yapılması ve bu itirazın kabulü halinde ise, mahkeme -kural olarak- davayı usulden reddedecektir (MTK m.5; HMK m.117). Bununla beraber, MTK m.5 hükmünde yer alan, *tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözümlenmesi* ifadesi, itiraza konu tahkim anlaşmasının geçerliliğine mahkemece karar verileceği izlenimi uyandırmaktadır⁹⁹.

Bu noktada ilk olarak iki soruya cevap verilmelidir. Bunlardan ilki, mahkemenin *kompetenz-kompetenz* prensibi çerçevesinde tahkim anlaşmalarının geçerliliğini tayin

96 Şanlı (n 58) 357; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat 2020) 5; Çelikel and Erdem (n 49) 802; Doğan, (n 49)163; Çelikel and Erdem (n 49) 802; Pekcanitez, *Pekcanitez Usul* (n 69) C.III, s.2596; Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, “International Commercial Arbitration” in Emmanuel Gaillard and John Savage (eds) (Kluwer Law International 1999) 9 vd.; Gary B Born, *International Commercial Arbitration, C.I*, (2nd edn, Kluwer Law International 2014) 205.

97 RG. 05.07.2001 / 24453, buradan itibaren “MTK” olarak anılacaktır.

98 Anılan hüküm uyarınca; tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta, davanın Türk mahkemelerinde açılması halinde, karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözümlenmesi, 6100 sayılı HMK uyarınca ilk itirazlara ilişkin hükümlere tâbi olacaktır.

99 Buna mukabil, MTK m.7/H hükmünde, hakem veya hakem kurulunun; tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebileceği (*kompetenz-kompetenz prensibi*) öngörülmektedir. Ancak bu hüküm, tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulur.

etme yetkisine sahip olup olmadığı; ikincisi, bu yetkiye sahipse tahkim anlaşmasının geçerliliğini ne şekilde ve hangi hukuka göre değerlendirmesi gerektirir.

Türk hukukunda tartışmalı olmakla beraber, doktrindeki bir görüş, mahkemenin tahkim şartının veya anlaşmasının geçerliliğini, *kompetenz-kompetenz* prensibini¹⁰⁰ bertaraf edecek şekilde derinlemesine incelemesinin, açıkça hakemlere verilmiş bir konuda yetki gaspı teşkil edeceğini; burada yalnızca ilk bakışta (*prima facie*) bir inceleme yapılabileceğini, diğer bir deyişle ispat ölçüsünün yaklaşık ispat olması gerektiği ileri sürmektedir¹⁰¹. Bu görüşe göre mahkeme, yalnızca tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığını tespit edecek; tahkim anlaşmasının mevcudiyeti halinde, geçerliliğine ilişkin bir değerlendirme yapmadan, tahkim itirazını kabul ederek davayı usulden reddedecektir.

Bir diğer görüşe göre ise, mahkemenin, tahkim şartınının geçerliliğini de incelemesi gerekmektedir. Bu görüşe göre, yetkinin tamamen hakem heyetine bırakılması ve hakem heyetinin tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna hükmederek yargılama yapması ve uyuşmazlığın esası hakkında karar vermesi halinde, bu kararın tahkim anlaşmasının geçersizliği gerekçesiyle iptali veya tenfizinin reddi gündeme geleceğinden, hakem heyeti boş yere yargılama yapmış olacak ve taraflar açısından zaman kaybı ile mali yük olacaktır. Oysa mahkemenin baştan tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını inceleyerek karar vermesinin, bu kayıpları önleyeceği ifade edilmektedir¹⁰².

Bu hususta, Türkiye'nin taraf olduğu, 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Konvansiyonu¹⁰³ m. 2/3 ile 1961 tarihli

100 Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme yetkilerini ifade eden *kompetenz-kompetenz* prensibi, milletlerarası tahkimde genel kabul gören bir kavramdır. Bu kuralın en dikkat çekici yanı ise, hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin kararlarına karşı, mahkemeye başvurma imkanı olmaksızın tahkim yargılamasına devam edilmesidir. Ancak tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararının iptali için mahkemeye başvurulabilmekte veya tenfizinin reddi talep edilebilmektedir. Bkz. Emre Esen, "Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Göttürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve *kompetenz-kompetenz* Prensihi" (2011)(1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan) (İstanbul Beta) 355 vd.; Akıncı (n 97) 164 vd.; Turgut Kalpsüz, *Türkiye'de Milletlerarası Tahkim*, (2nd edn, Yetkin 2010) 135; Born (n 97) 1051 vd.; Julian D M Lew, Loukas A Mistelis, Stefan M Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, (Kluwer Law International 2003) 102; Fouchard, Gaillard and Goldman (n 97) 395 vd.

101 Esen, *Kompetenz-Kompetenz* (n 101) vd.; Ali Yeşilirmak, "Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Hacı Yolıyla Takip Yapılabilir mi?" (2011) (96) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 210; İpek Sarıöz Büyükalp, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim İtirazı ile Karşılaşan Türk Hakiminin Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Dair Yapacağı İncelemenin Kapsamı ve Sonuçları" (2014) 121-122(9) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 212 vd.

Yargıtay 15. HD, T. 1.7.2014., E. 2014/3330, K. 2014/4607 (Çevrimiçi) www.kazanci.com

102 Akıncı (n 97) 187; Nuray Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*, (2nd edn, Beta 2019) 96-97; Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Legal 2008) 80; Hatice Özdemir Kocasakal, "Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Çerçevesinde Mahkemelere de Yetki Veren Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliğinin Tespitinin Mahkemeler Tarafından Yapılıp Yapılmayacağı", *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan*, (On İki Levha 2017) 529; (Ancak yazar, tahkim yargılamasının başlamış olması durumunda, mahkemenin, hakem heyetinin kararını beklemesinin uygun olacağını ifade etmiştir.); Süheyla Balkar Bozkurt, "Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunma veya İflas Halinin Tahkim Anlaşmasına Etkileri" in Hatice Özdemir Kocasakal and Süheyla Balkar Bozkurt (eds) *Tahkim Anlaşması* (On İki Levha 2020) 162-163. Bu yönde bkz. Yargıtay 9. HD., T. 22.01.2007, E. 2006/25759, K. 2007/109 ("...mahkemeye davalı tarafın itirazlarının dikkate alınmaksızın ... tahkim şartı içeren sözleşmenin geçerli olup olmadığı belirlenmeden görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır.") (Çevrimiçi) www.kazanci.com

103 RG. 25.9.1991/ 22002; The New York Arbitration Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, 10 June 1958, (Çevrimiçi) <http://www.newyorkconvention.org/>

Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusunda Cenevre Konvansiyonu¹⁰⁴ m.6 hükümlerine göre bir değerlendirme yapılması gerekir¹⁰⁵. Buna göre, âkit devlet mahkemeleri, tahkim anlaşmasına tâbi bir uyuşmazlıkla karşılaştıkları takdirde, tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir hâlde olduğunu tespit etmedikçe, taraflardan birinin talebi üzerine uyuşmazlığı tahkime havale edecektir.

Ancak tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkansız olup olmadığının nasıl inceleneceği yoruma açık bir konudur. Bir görüşe göre, bu halde de, *kompetenz-kompetenz* prensibine itibar edilerek *prima facie* düzeyinde bir inceleme yapılmalıdır¹⁰⁶. Bu noktada belirtmek gerekir ki, 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu m. 4/3 hükmü uyarınca, eğer mahkemeye başvurulmadan evvel, tahkim yargılamasına başlanmışsa, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının geçersizliğinin tespiti için kendisine başvurulmuş âkit devlet mahkemesi, “*ciddi sebepler olmadıkça*”, hakem kararının verilmesini bekleyecektir. Bu bakımdan, uyuşmazlık tahkime intikal ettikten sonra, devlet mahkemesinde tahkim itirazının ileri sürülmesi halinde, mahkemece kapsamlı bir inceleme yerine, *prima facie* bir inceleme yapılacaktır¹⁰⁷. Ancak, uyuşmazlık tahkime intikal ettirilmemişse incelemenin ne şekilde yapılacağına ilişkin açık bir düzenleme, Konvansiyonda mevcut olmamakla beraber, bizim de katıldığımız görüşe göre, anılan hükmün mefhum-u muhalifinden, uyuşmazlık tahkime intikal ettirilmemişse devlet mahkemesinin, artık *prima facie* inceleme yerine, tahkim anlaşmasının geçerliliğini daha geniş bir şekilde inceleyip hükme bağlaması gerektiği sonucu çıkmaktadır¹⁰⁸.

Mahkemenin, yukarıdaki ihtimaller ve sınırlamalara tabi olmak üzere tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleme yetkisi olduğunu tespit ettikten sonra, geçerlilik incelemesinin hangi hukuka göre yapılacağı tespit edilmelidir.

Tahkim şartı, ister bağımsız bir şekilde ister maddi hukuk sözleşmesi içinde düzenlenmiş olsun, bir usul hukuku sözleşmesidir ve maddi hukuk sözleşmesinden

104 RG. 23.09.1991-21000; Şanlı (n 58) 832 vd. Belirtmek gerekir ki, 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu, yalnızca ticari tahkime ilişkin olup, uygulama alanı bulabilmesi için davacı ve davalı tarafların akdin kurulduğu esnadaki muamele merkezleri veya mutad meskenlerinin farklı âkit devletlerde bulunması gerekir (m.1). Dolayısıyla uygulama alanı, 1958 tarihli New York Konvansiyonuna göre çok daha dardir. Öte yandan, Cenevre Konvansiyonuna, -Türkiye’den başka- Almanya, Belçika, Fransa, Avusturya, İtalya ve İspanya gibi Türkiye’ye distribütörlük veren tacirlerin önemli bir kısmının bulunduğu devletler tarafıdır. Bu bakımdan acentenin denkleştirme ve tazminat talebine ilişkin ihtilaflarda Konvansiyon, sıklıkla uygulama alanı bulur.

105 *Kompetenz-kompetenz* prensibinin kabul edildiği MTK m.7/H hükmü, tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı bulacağından, yabancı bir devletin tahkim yeri olarak belirlendiği tahkim anlaşmalarının geçerliliğinin ne şekilde ve hangi yargı merci tarafından tayin edileceği, Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler dikkate alınarak değerlendirilmelidir (MTK m.1/6).

106 Esen, *Kompetenz-Kompetenz* (n 101) 378; Şanlı (n 58) 356.

107 Fouchard, Gaillard, Goldman (n 97) 408; Esen Aydın, “Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin Türk Mahkemelerinin Yapacağı İnceleme ve Uygulanacak Hukuk”, (2019) 39(1) PPIL 48-49.

Uyuşmazlığın tahkime intikal etmesi halinde, bu uyuşmazlığa ilişkin olarak Türk mahkemesinde açılan davada ileri sürülen tahkim itirazının *prima facie* inceleme yapılmaksızın reddedilmesi gerektiği yönünde bkz. Şanlı (n 58) 356.

108 Aydın (n 108) 49.

bağımsızdır (Bkz MTK m.4/4)¹⁰⁹. Tahkim anlaşması, ayrı bir sözleşme olmasının sonucu olarak, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuka, böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna tabi olacaktır (MTK m. 4/3). Ancak bu düzenleme, tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı bulacağından, tahkim yerinin Türkiye’de bulunmadığı hallerde, tahkim anlaşmalarının geçerliliğinin hangi hukuka tabi olacağı hususunda bir açıklık olmadığı ifade edilmelidir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, tahkim yerinin Türkiye olmadığı hallerde, MTK m.4/3 hükmü, doğrudan uygulama bulmaz; ancak bu husustaki boşluğun bu hükümle kıyasen doldurulabilmesi mümkündür¹¹⁰.

Bu bakımdan itiraza konu tahkim anlaşmasının geçerliliği değerlendirilirken, yetki anlaşması bahsinde belirttiğimiz gerekçeler ve TBK m. 27 hükmü kapsamında kamu düzeni, dürüstlük kuralı ve ahlâka aykırılık çerçevesinde yaptığımız açıklamalar, kural olarak tahkim şartı bakımından da geçerlidir.

Konumuz bakımından ifade etmek gerekir ki, muhtelif devletlerin hukuk sistemlerinde, *kompetenz-kompetenz* prensibinden ziyade, acenteyi sözleşmenin haksız feshinin sonuçlarına karşı koruyan düzenlemelerin, mutlak surette uygulanması esasının gözetildiği görülmektedir. Bu hususta dikkat çekici bir örnek, Münih İstinaf Mahkemesi’nin 17.05.2006 tarihli kararidir. Karara konu olayda, ABD’de Kaliforniya eyaletinde mukim üretici ile Almanya’da faaliyet gösteren acente arasındaki acentelik sözleşmesi, tahkim şartı içermektedir. Bununla beraber, sözleşmeye ilişkin uyuşmazlıklara Kaliforniya Eyalet hukukunun uygulanacağı kararlaştırılmış ve tahkim yeri olarak da Kaliforniya Eyaleti belirlenmişti. Yüksek Mahkeme, kararında tahkim şartının icra edilemez olduğuna hükmetmiş; zira sözleşmedeki hukuk seçimi ve tahkim şartına ilişkin kayıtların, acentenin denkleştirme talep etme hakkına ilişkin AlmTK m. 89b hükmünün uygulanmamasına ve acentenin denkleştirme talebinden mahrum kalmasına mahal vereceğini belirtmiştir¹¹¹.

109 Örneğin vekalet ilişkisi çerçevesinde vekilin tahkim sözleşmesi yapmaya ayrıca yetkisi olmayabilir. Bu kapsamda tahkim sözleşmesi geçersiz olsa da, asıl sözleşme geçerliliğini koruyacaktır. Şanlı (n 58) 357; Born (n 97) 212, 475; Fouchard, Gaillard, Goldman (n 97) 197 vd.; Özel (n 103) 62; Akıncı (n 97) 163-164; Mustafa Erkan, “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi” (2013) 17(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 537.

110 Şanlı (n 58) 356-357; Özel (n 103) 81.

Cenevre Konvansiyonu m.6/2 hükmünde ise, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuka; hukuk seçimi yapılmamışsa, tahkim yeri hukukuna, tahkim yeri de belirlenemiyorsa tahkim itirazının ileri sürüldüğü mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarına tabi olduğu kabul edilmiştir. Bu bakımdan Konvansiyonun uygulama alanı bulunduğu hallerde, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tahkim yeri hukukuna göre değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmelidir.

Yukarıda anılan hükümlerden hareketle, doktrinde tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanmak üzere, farklı alternatifler ileri sürülmektedir. Bunların başlıcaları, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk, mahkemenin hukuku (*lex fori*), tahkim yeri hukuku (*lex arbitri*), uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk (*lex causae*) ve milletlerarası prensip ve ticari teamüller olarak ifade edilmektedir. Bkz. Born (n 97) 212; Emre Esen, “Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmadığı Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği” (2017) 6(1) UTTDER 94-97; Yazar, muhtelif ihtimaller sunmakla beraber, Türk mahkemelerinin, tahkim anlaşmalarının geçerliliğine tahkim yeri hukukunu uygulamaları gerektiğini ifade etmektedir. Aynı yönde bkz. Aydın (n 108) 57 vd.

111 Münih İstinaf Mahkemesi’nin 7 U 1781/06, 17.05.2006 tarihli kararı için bkz. BeckRS 2006, 07559, The Baker & McKenzie International Arbitration Yearbook (Kluwer Law International 2007) 44-45; Kleinheisterkamp (n 66) 102-103.

Anılan karardan hareketle, Alman hukukunda denkleştirme talebine ilişkin uyuşmazlıkların kural olarak tahkime elverişli olduğu; ancak tahkim anlaşmasına rağmen Alman mahkemelerinden koruma talep eden davacı acentenin hakem heyetinin AlmTK m.89 hükmünü uygulamayacağını ispat etmesi halinde, tahkim anlaşmasının hükümsüz ve icra kabiliyetinden yoksun olduğunun kabul edileceği anlaşılmaktadır. Ayrıca davacı tarafın bu yöndeki ispatı için, sözleşmede yer alan yabancı hukuk seçimi ile tahkim/veya yetki şartlarının yeterli bir dayanak oluşturacağı; dolayısıyla bu halde, AlmTK m.89b hükmünün hakem heyeti tarafından uygulanacağına ilişkin ispat yükünün karşı tarafa (davalı müvekkil) geçeceği kabul edilmektedir¹¹².

Buna mukabil Belçika mahkemeleri, kural olarak acentelik ve tek satıcılık sözleşmelerinin haksız feshine ilişkin uyuşmazlıkları tahkime elverişli saymayarak tahkim itirazlarını kategorik olarak reddetme eğilimindedir. Ancak acente veya tek satıcının tahkim anlaşmasına rağmen Belçika mahkemelerinde dava açmasına istinaden tahkim itirazında bulunan karşı tarafın, hakem heyetinin Belçika hukukundaki denkleştirme talebine ilişkin doğrudan uygulanan kuralları uygulayacağını ispat etmesi halinde, tahkim anlaşmasına etki tanınabilmektedir¹¹³.

2. Uyuşmazlığın Tahkime İntikal Etmesinin Ardından Türk Mahkemelerinde Dava Açılması

Uyuşmazlığın tahkime intikal etmesinin ardından Türk mahkemelerinde dava açılması ihtimalinde ise, mahkeme, *kompetenz-kompetenz* prensibi uyarınca bu konuda *prima facie* bir inceleme yapmakla yetinecek, “ciddi sebepler olmadıkça” tahkim itirazını reddedecektir (1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu m.4/3). Buradaki “ciddi sebepler” ifadesi açık olmamakla birlikte, sözleşmenin maddeleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde; hukuk seçimi ve yetki anlaşması kombinasyonlarının, Türk acente veya tek satıcının feshe dayalı taleplerinden mahrum kalmasını sağlama amacına hizmet ettiği anlaşılıyorsa, mukayeseli hukuktaki kararlar ışığında Türk mahkemeleri davayı görmeye devam etmek yönünde bir içtihat geliştirebilir.

Örneğin Avusturya Yüksek Mahkemesi’nin 01.03.2017 tarihli kararına (OGH 1.3.2017, 5 Ob 72/16y)¹¹⁴ konu uyuşmazlıkta; Avusturya’da kurulu bir şirket olan acente, Avusturya ve diğer AB ülkelerinde faaliyet göstermek üzere, New York’ta

112 Bu hususta bkz. Kleinheisterkamp (n 66) 103.

113 Cour de Cassation, 16 November 2006, Van Hopplynus Instruments v. Coherent Inc., C.02.0445.F/1, [114 Tobias Gosch, “Another Win for European Commercial Agents: Overriding Mandatory Austrian Law Provisions to Supersede Arbitration Agreement”, Kluwer Arbitration Blog, 2017 \(Çevrimiçi\) <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/08/10/another-win-european-commercial-agents-overriding-mandatory-austrian-law-provisions-supersede-arbitration-agreement/> Aynı yönde İngiliz Yüksek Mahkemesi kararı için bkz *Accentuate Ltd v Asigra Inc* \[2009\] EWHC 2655 \(QB\), 30 October 2009, Bkz. \(Çevrimiçi\) <https://www.casemine.com/judgment/uk/5a8f7c060d03e7f57eb1cd8>](http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20061116-7 Bkz Kleinheisterkamp (n 66) 94-98; Kröll (n 95) 334-335 Dikkat edilmelidir ki burada Alman hukukundan farklı olarak, davacı taraf değil, tahkim itirazında bulunan davalı taraf, uyuşmazlığın hakem heyetinde görülmesi ihtimalinde bu koruyucu rejimin uygulanacağını ispat etmekle yükümlü tutulmaktadır. Bkz. Kleinheisterkamp (n 66) 99; Kröll (n 95) 335-336.</p>
</div>
<div data-bbox=)

kurulu bir şirket ile acentelik sözleşmesi akdetmiştir. Acentelik sözleşmesinde; uyuşmazlıkların New York'ta tahkim yoluyla çözümleneceğini öngören bir tahkim şartı ve New York hukukunu yetkili kılan bir hukuk seçimi yer almaktaydı. Sözleşmeyi fesheden müvekkil, tahkim yoluna başvurmuştur. Ancak tahkim yargılamasında acentenin denkleştirme talebi reddedilince, acente de Avusturya mahkemelerinde dava açarak; acentelik sözleşmesinin haksız feshedildiği iddiasıyla, -kaynağını 86/653/EEC sayılı AB Direktifinin 17 ve 18. maddelerinden alan- Avusturya Acenteler Kanunu m.24 kapsamında tazminat talebinde bulunmuştur.

Avusturya Yüksek Mahkemesi, AB sınırları dahilinde faaliyet gösteren bir acentenin, Avusturya Acentelik Kanunu m.24 hükmünde de benimsenmiş bulunan Direktifin 17 ve 18. maddelerinde “doğrudan uygulanan kural” olarak düzenlenen denkleştirme ve tazminat talep etme hakkına sahip olduğu sonucuna varmıştır. Taraflarca yetkili kılınan New York Hukukunun acentelere benzer bir imkân sunmadığını ve hakem heyetinin de Avusturya Hukukunun doğrudan uygulanan kural mahiyetindeki düzenlemesini uygulamayı reddettiğini dikkate alan Yüksek Mahkeme; 86/653/EEC sayılı AB Direktifinin doğrudan uygulanan kural niteliğindeki 17 ve 18. maddelerinin ve bu maddelerin bir yansıması olan Avusturya Acenteler Kanunu m.24 hükmünün uygulanması suretiyle acenteye sağlanan korumayı temin edebilmek için, tahkim şartının icra kabiliyetinden yoksun olduğunu kabul etmenin tek çare olduğu sonucuna varmıştır. Böylece acentelik sözleşmesindeki tahkim şartını geçersiz saymış ve acente tarafından Avusturya mahkemelerinde açılan davanın görülmesine engel teşkil etmeyeceğini kabul etmiştir. Mahkemece, sözleşmede öngörülen tahkim şartının; usul hukukuna veya maddi hukuka ilişkin uygulanması zorunlu olan kuralların dolanılmak suretiyle uygulanmamasını amaçlar mahiyette olduğu anlaşılıyorsa, hükümsüz ve icra edilemez olacağına hükmedilmiştir.

Öte yandan yukarıda değinildiği üzere, Belçika mahkemeleri, acentelik ve tek satıcılık sözleşmelerinin haksız feshine ilişkin uyuşmazlıkları, tahkime elverişli saymama eğilimindedir. Örneğin Belçika Yüksek Mahkemesinin *Audi-NSU v. Adelin Petit* kararına konu olayda; Alman araba üreticisi, Belçika'da faaliyet gösteren Belçikalı tek satıcı ile arasındaki sözleşmenin sona ermesi sebebiyle, aralarındaki tahkim anlaşmasına istinaden Zürih'te tahkim sürecini başlatmıştı. Ancak tahkim heyeti, tarafların seçtiği Alman hukuku uyarınca sözleşmenin hukuka uygun olarak sona erdirilmesi sebebiyle, tek satıcının sözleşme sonu taleplerini reddetmiştir. Bunun üzerine tek satıcının Belçika devlet mahkemelerine başvurması neticesinde, Yüksek Mahkeme, 1961 tarihli Kanun tarafından Belçika mahkemelerine münhasır yetki tanınması sebebiyle, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmeye elverişli olmadığına

hükmetmiştir¹¹⁵. Zira, 27 Temmuz 1961 tarihli Belirsiz Süreli Münhasır Distribütörlük (Tek Satıcılık) Sözleşmelerinin Tek Taraflı Feshine Dair Kanun 3 ilâ 4. maddeleri uyarınca, münhasıran veya ağırlıklı olarak Belçika’da faaliyet gösteren tek satıcıların her halde Belçika Mahkemelerinde dava açma hakkı söz konusudur¹¹⁶.

Bu noktada, Türk hukukundaki denkleştirme talebinin tahkime elverişliliği hakkında yapılan değerlendirmelere değinmek gerekir. Denkleştirme talebi tahkime elverişli midir? Diğer bir deyişle acentelik sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesine rağmen, denkleştirme talebine ilişkin kısmın ayrılarak hakemlerin yetkisi dışında tutulması ve Türk mahkemelerinde dava açılması gerekir mi?

3. Denkleştirme Talebine İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişliliği

Belçika hukukunda, yetki ve tahkim şartına rağmen, acente ve tek satıcılara her halde Belçika mahkemelerinde dava açma hakkı tanındığından, sınırlı bir münhasır yetkinin söz konusu olduğunu ve hatta bu uyuşmazlıkları tahkime elverişli saymama yönünde bir eğilim olduğunu hemen yukarıda belirtmiştik. Buna mukabil, gerek Türk gerekse Alman hukukunda konuya ilişkin spesifik bir usul kuralı bulunmadığından, Türk mahkemelerinin de Alman mahkemeleri gibi bu uyuşmazlıkları tahkime elverişli saymamak yerine, hukuk seçimi ve yetki anlaşması dahil olmak üzere sözleşme hükümlerini bir bütün olarak inceleyerek karar vermesi gerekir. Söz gelimi, acente ve tek satıcılar, -talep haklarının bertaraf edilmesi gündeme gelse dahi- sözleşme ilişkisi sona erdikten sonra yetki veya tahkim anlaşması akdedebilir. Yahut acente veya tek satıcı, bizzat tahkim sürecini kendisi başlatmış olabilir. Son olarak, yetkili yabancı devlet veya tahkim mahkemesinin uyuşmazlığa tatbik edeceği hükümler, acente ve tek satıcının haklarını muhafaza eder mahiyette olabilir. Tüm bu hallerde, Türk mahkemelerinin, geçerli bir yetki veya tahkim şartına etki tanımaması, taraf iradesine haksız bir müdahale teşkil eder¹¹⁷. Bu bakımdan, kanaatimizce denkleştirme talebine ilişkin uyuşmazlıklar, tahkime elverişli sayılmalıdır. Ancak Türk acentenin talep haklarını bertaraf etmek üzere tasarlanmış hukuk seçimi ve yetki anlaşması gibi hükümlerin varlığı halinde, Türk mahkemeleri, davacı acente ve tek satıcının talep haklarını boşa çıkaran bu durumu ortaya koyması şartıyla, yetki ve tahkim anlaşmasına etki tanınmaksızın davayı görmeye devam edebilir.

115 Bkz. Audi-NSU Auto-Union AG (Germany) v Adelin Petit Cie (Belgium) (1980) V Yearbook Commercial Arbitration 257; Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby, Constantine Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (4th edn., Sweet & Maxwell 2004) Chapter 10, 50, dn. 130; Keza, Arap ülkelerinin de, aynı eğilimde olduğunu belirtmek gerekir.

116 Park, Campos and Hansebout (n 12) 29; Jan Kleinheisterkamp (n 66) 94-95; Marinus Wromans, “Distribution Law in Belgium”, <https://www.marinusvromancom/distribution-law-in-belgium/>, (Erişim Tarihi: 07.07.2020);

117 Keza Erdem’e göre, hükmün doğrudan uygulanan kural niteliği tartışılabilir, ancak bu nitelikte olsa dahi, sırf doğrudan uygulanan kural diye denkleştirme talebinin tahkime elverişli görülmeyp yalnızca mahkemeler nezdinde talep edilebileceğini kabul etmek doğru bir yaklaşım değildir. Böyle bir yaklaşım taraf iradesini tamamen yok saymak olurBahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler, Uluslararası Konferans, I. Oturum Soru-Cevap* (n 13) 101.

Nitekim, *Demir Gökyayla*, bir hükmün doğrudan uygulanan kural niteliğinde olmasının, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı anlamına gelmeyeceğini, örneğin hakimin fahiş ceza şartı re'sen indirebileceğine ilişkin hükmün doğrudan uygulanan kural olmakla beraber, sözleşme sonu tazminat talebi olması nedeniyle tahkime elverişli olduğunu ifade etmektedir¹¹⁸. Ancak yazara göre, buradaki esas sorun şudur: Dava Türk mahkemelerinde açıldığında, yabancı hukuk uygulansa bile TTK m. 122 hükmünün müdahalesi söz konusu olabilir. Ancak milletlerarası tahkimde, uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere, hukuk seçiminin söz konusu olduğu hallerde, hakem heyeti, acentenin/ tek satıcının faaliyet yeri hukukunun doğrudan uygulanan kurallarını hangi sıfatla dikkate alabilir?¹¹⁹

Özdemir Kocasakal'a göre, hakemlerin icra edilebilir bir karar verme yükümlülüğü bulunduğundan, kararın icra edileceği distribütörün bulunduğu ülkede konuya ilişkin doğrudan uygulanan kurallar varsa, hakemler hukuk seçimine rağmen bu kuralları dikkate almak durumundadır¹²⁰. Aksi takdirde, kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle hakem kararının tanıma/tenfiz talebi reddedilebilir¹²¹.

Ancak şu bir gerçektir ki, dava Türkiye'de görülse dahi, kararın tenfizi, yabancı müvekkilin veya yapımcının mallarının bulunduğu ülkede talep edilir. Bu bakımdan, yabancı hakem heyetlerinin, acentenin/tek satıcının faaliyet yerinin emredici kurallarını dikkate alıp almamalarının, kararın icra edilebilirliğine, her zaman bir etkisi olmaz.

4. Hakem Heyetince Verilen Karar Sonrası Türk Acente ve Tek Satıcıların Türk Mahkemelerinde Dava Açması

Acente ile müvekkil arasında görülen bir uyuşmazlık, denkleştirme talep etme hakkından önceden vazgeçilmesine cevaz verilmek suretiyle, acente aleyhine karara bağlanabilir. Bu durumda, acentenin söz konusu yabancı hakem veya mahkeme kararını Türkiye'de tenfiz ettirecek bir talep hakkı olmayabilir. Ancak hakkını alamayan acentenin Türk mahkemelerinde aynı davayı açması durumunda, müvekkil tarafından söz konusu yabancı mahkeme veya hakem kararının tanınması talep edilebilir. Nitekim bu durum, yukarıda anılan *Audi-NSU v. Adelin Petit* kararında ve Lizbon Yüksek

118 Demir Gökyayla, *Uluslararası Konferans* (n 13) 100.

119 Tahkim yargılaması ile devlet yargısı arasındaki en temel fark, tahkim heyetlerinin, mahkemelerden farklı olarak bir devlet organı olmamasıdır. Bu bakımdan, hakem heyetinin, mahkemeler gibi uygulamaları zorunlu doğrudan uygulanan kuralları yoktur. Kleinheisterkamp (n 66) 107; Özel (n 103)168; Yusuf Çalışkan, "Milletlerarası Tahkimde Ahde Vefa ve Akdın Değişen Şartlara Uyarlanması Prensiplerinin Uygulanması" (2004) 24 (1-2) MHB 366 (Çevrimiçi) www.dergipark.gov.tr; İbrahim Doğan Takavut, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar* (On İki Levha 2018) 71.

120 Hatice Özdemir Kocasakal, *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler; Uluslararası Konferans, I. Oturum Soru-Cevap* (n 13) 102.

121 Hatice Özdemir Kocasakal, *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler; Uluslararası Konferans, I. Oturum Soru-Cevap* (n 13) 102.

Mahkemesi’nin 16.01.2014 tarihli bir kararına¹²² konu olayda görülmektedir. İhtilafa konu olay, distribütörlük sözleşmesine ilişkin olup, İspanyol üretici ile Portekiz’de faaliyet gösteren distribütör arasında geçmektedir. Aralarındaki sözleşme, İspanyol hukukuna tabi olmakla beraber sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların ICC Tahkim Kuralları uyarınca tahkim yolu ile çözümleneceğini öngören bir tahkim şartı da ihtiva etmekteydi. Üreticinin sözleşmeyi feshetmesi üzerine distribütör, tahkim sürecini başlatmıştı.

Tahkim mahkemesinde görülmekte olan davada, distribütörün taleplerinden biri de denkleştirme istemi olmuştur. Ancak, hakem mahkemesi tarafından denkleştirme talebi reddedilmekle beraber, yoksun kalınan kâr dolayısıyla uğradığı zararın tazminine hükmedilmiştir. Bunun üzerine taraflar, 2005 tarihinde akdettikleri anlaşmada; tahkim yargılaması sonucunda verilen tazminat kalemlerine mutabık kalacaklarını beyan ederek, yeniden bir talepte daha bulunmayacaklarını ifade etmişlerdir. Söz konusu anlaşmaya rağmen distribütör, hakem heyeti tarafından reddedilen denkleştirme talebine ilişkin, Lizbon İlk Derece Mahkemesi’nde bir dava açmıştır.

Bunun üzerine, üretici, ihtilafın daha önce hakem mahkemesinde karara bağlandığını ifade ederek, hakem kararının *res judicata* (kesin hüküm) etkisi nedeniyle davanın reddini talep etmiştir. Distribütör ise, Portekiz yargılama hukukunda hakem kararlarının *res judicata* etkiye sahip olmadığını, hakem kararlarının ancak tanınmaları neticesinde kesin hüküm teşkil edeceğini¹²³, oysa denkleştirme talebini yok sayan söz konusu hakem kararının Portekiz Cumhuriyeti kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle tanınması ve tenfizi talebinin reddine karar verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür¹²⁴.

Lizbon Yüksek Mahkemesi bu kararında, hakem kararının tanınmasına hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme, denkleştirme talebine ilişkin hükümlerin, Portekiz iç hukukunda acenteyi korumayı amaçlayan emredici kurallar niteliğinde olduğunu

122 Kararın Portekizce dilindeki orijinal metni için bkz. (Çevrimiçi) <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/C2769DFE89CF5E8A80257C82003B78CB> Karara ilişkin değerlendirme için bkz. (Çevrimiçi) Duarte Gorjão Henriques, National Mandatory Rules and International Public Policy: The Status of the Agent’s Goodwill Compensation in Portugal, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com>

123 Aynı yönde bkz MÖHUK m.60

124 Distribütör, esasen 118/93 sayılı ve 13 Mart 1993 tarihli Direktif ile revize edilen 178/86 sayılı ve 3 Temmuz 1986 tarihli Portekiz Acentelik Kanununun 33. maddesine dayanmış, söz konusu düzenlemedeki emredici hükümlerin acenteye sözleşmenin feshi halinde denkleştirme talebinde bulunma hakkını bahsettiğini ifade etmiştir. Ayrıca, ilgili düzenleme uyarınca münhasıran veya ağırlıklı olarak Portekiz sınırları içerisinde ifa edilen dağıtım sözleşmelerine uygulanmak üzere yabancı bir hukukun seçildiği hallerde, ilgili hukukun ancak acente bakımından daha avantajlı ise uygulanabileceği ifade edilmiştir.

Bu çerçevede, distribütör, olaydaki bayilik sözleşmesi de dahil olmak üzere, tüm dağıtım sözleşmeleri bakımından, acentelere ilişkin bu hükmün kıyasen uygulanması sonucuna varılması gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca, bayiye/ticari temsilciye denkleştirme talebinde bulunma imkânı sağlamayan bir hukuk sistemini uygulayan hakem kararının ilgili hükmünün Portekiz kamu düzenine tahammül edilemez derecede aykırı olduğu gerekçesiyle tenfiz edilemeyeceğini belirtmiştir. Bu iddiaya ilişkin olarak, Portekiz Temyiz Mahkemesi; 1958 tarihli New York Konvansiyonu ile paralel hükümleri ihtiva eden 63/2011 sayılı ve 14 Aralık 2011 tarihli Portekiz Tahkim Yasası’nın 56. maddesinde yer alan hakem kararının tenfizinin reddi gerekçelerini değerlendirmiştir. Söz konusu hukuki düzenleme uyarınca, bir yabancı hakem kararının tenfizi talebi, ancak tanıma ve tenfiz kararının Portekiz kamu düzenini açıkça ihlal etmesine sebebiyet verecek ise reddedilebilecektir. (Art. 56(1)(b)(ii) of the Portuguese Arbitration Act.)

kabul etmekle beraber, bu emredici mahiyetin söz konusu kuralların kategorik olarak Portekiz kamu düzeninin temelini bir parçasını teşkil etmesi anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir. Kararın tanınması ve tenfizinde kamu düzeni müdahalesinin çok daha sınırlı uygulanacağını ifade etmiştir.

Daha da önemlisi, davacı taraf, sözleşme ilişkisi sona erdikten sonra, bizzat tahkim yargılamasını başlatmış, tahkim yargılaması sürecinin sona ermesinin ardından bu karara uyacaklarını taahhüt eden bir sözleşme imzalayarak denkleştirme talep etme hakkından sözleşme sona erdikten sonra feragat etmiştir. Bu bakımdan, devlet mahkemelerinde denkleştirme talep eden distribütörün, dürüstlük kuralına aykırı hareket ettiğini ifade etmek gerekecektir.

Mukayeseli hukukta hâl böyle iken, Danimarka Kopenhag’da verilen ve distribütörlük sözleşmesinden doğan uyuşmazlığı karara bağlayan yabancı hakem kararının New York Konvansiyonu’na göre tenfizi davasında, davalı Türk şirketinin, TTK m. 122/4 hükmüne aykırı olan yabancı hakem kararının kamu düzenini ihlal ettiğini öne sürmesi üzerine, İstanbul 12. Asliye Ticaret Mahkemesi, 6102 sayılı TTK m. 122/4 hükmünde öngörülen denkleştirme talebinden vazgeçilemeyeceğine ilişkin hükmün uygulanmamasının kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilemeyeceğini belirterek itirazı reddetmiştir¹²⁵.

5. Genel Değerlendirme ve Önerimiz

Görülmektedir ki, Türk yargısının yaklaşımı ile, mukayeseli hukuktaki yaklaşım birbirlerine son derece uzaktır. Ancak hiç şüphesiz, yabancı bir hakem veya mahkeme kararının tenfizi söz konusu olduğunda, kamu düzenine aykırılık kriterinin, daha da dar ve istisnai bir şekilde yorumlanması gerekir. Öte yandan, Türk mahkemelerinin denkleştirme talebine ilişkin uyuşmazlıkları kategorik olarak tahkime elverişli saymaması isabetli bir yaklaşım olmayacağı gibi, mahkemenin, hakem heyetinin hangi hukuku uygulayacağını tespit etmesi de her zaman kolay olmayabilir.

Kaldı ki hakem heyetinin, icra edilebilir bir karar verme yükümlülüğü çerçevesinde, acentenin faaliyet yeri hukukunun doğrudan uygulanan kurallarını dikkate alabileceği gibi, tahkim yerinin doğrudan uygulanan kurallarını da dikkate alması mümkündür. Yukarıda belirttiğimiz üzere, konunun açık bir yasal düzenlemeye kavuşturulması, hukuki öngörülebilirlik ilkesine adına kanaatimizce daha isabetli bir tercih olacaktır.

Örneğin TTK m.1271/2 hükmünde; deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmelerinde yolcuların bagajın ziyayı veya hasara uğramasından kaynaklanan tazminat istemlerine ilişkin uyuşmazlıklarda, zayıf âkit tarafı korumak gayesiyle, tazminat istemi doğmadan önce yapılan yetki ve tahkim sözleşmelerinin geçersiz olacağı düzenlenmektedir. Bu

¹²⁵ İstanbul 12. ATM, T. 18.7.2019, E. 2019/128 K. 2019/611 kararı için bkz. Nuray Ekşi, “Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni”, (2020) 40(1) PPIL 177.

maddenin lafzına ve düzenleniş şekline benzer olarak, denkleştirme talebine ilişkin TTK m. 122 hükmüne yeni bir fıkra eklenmek suretiyle, denkleştirme talep hakkı doğmadan (sözleşme sona ermeden) önce yapılan yetki ve tahkim anlaşmalarının geçersiz olacağı öngörülebilir. Öte yandan, bu usuli korumanın, yalnızca denkleştirme talebi yönünden getirilmesi, pratik ve amaca uygun olmaz. Zira buradaki amaç, Türkiye’de faaliyet gösteren acente ve tek satıcıları, haksız feshin sonuçlarına karşı korumaktır. Bu bakımdan, -Belçika hukukundaki gibi- acente ve tek satıcıların kümülatif talepleri ve açacakları davalara istinaden genel bir düzenleme getirilmelidir.

Yukarıda anılan düzenleme ve bir önceki başlıktaki yetki şartı/sözleşmesi bahsinde yer verilen Belçika hukukundaki düzenlemeler referans alınmak suretiyle getirilen *“Acentelik/ veya tek satıcılık ile benzer tekel hakkı veren diğer sözleşme ilişkilerinden doğan davalarda, ağırlıklı olarak Türkiye’de faaliyet gösteren veya esas iş yeri Türkiye’de bulunan bir acentenin/ tek satıcının Türk mahkemelerinde dava açma hakkı, sözleşme ilişkisi sona ermeden önce yetki veya tahkim sözleşmesi ile ortadan kaldırılamaz.”* şeklindeki bir düzenleme ile, hem TTK m. 122/4 hükmünün öngördüğü koruma rejimi tesis edilecek, hem de milletlerarası usul hukukunun prensiplerine daha uygun bir yöntem izlenmiş olacaktır. Ancak, sözleşmenin sona ermesinden sonra denkleştirme ve tazminat taleplerinden feragat edilebilmesi mümkün olduğundan, sözleşme sona erdikten sonra yapılan yetki veya tahkim şartları, bu hükme tabi olmayacaktır.

Teklif edilen yasal düzenlemeye mukabil, hali hazırda Türk mahkemelerine ışık tutacak mukayeseli hukuktaki kararlar çerçevesinde bir uygulama yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Neticeten, şayet sözleşmedeki hukuk seçimi ile birlikte öngörülen yetki ve tahkim şartları, TTK m.122/4 hükmünü dolanmak suretiyle uygulanmamasını amaçlar şekilde üretici/müvekkil menfaatine hizmet etmekte ise, -bu durumun Türkiye’de faaliyet gösteren davacı acente/tek satıcı tarafından ispatı şartıyla- Türk hukukunun kamu düzeninin vazgeçilmez kısmını teşkil eden bir hükmüne veya bir doğrudan uygulanan kuralına aykırı olması sebebiyle geçersiz veya icra edilemez sayılmalıdır.

Örneğin, sözleşme Alman hukukuna tabi kılınmış ve tahkim yeri Zürih olarak belirlenmişse, Türk acente ve tek satıcıların, Türk hukuku uyarınca sahip olduğu talep imkanlarına halel gelmeyecektir. Buna mukabil, Alman hukuku uyarınca, acentelik sözleşmesinin sona ermesine ilişkin koruyucu hükümlerin AB sınırları içerisinde faaliyet göstermeyen acenteler bakımından aksi kararlaştırılabileceğinden (AlmTK 92c), sözleşmede feragat hükmü olması halinde, örnek verilen hukuk seçimi ve yetki şartı kombinasyonu, Türk acenteyi korumasız bir durumda bırakacaktır.

Zayıf âkit taraf olan acente ve tek satıcının feshe dayalı talepleri elde edememesine dayanak teşkil eden tahkim veya yetki şartı, yalnızca denkleştirme talebi bakımından

değil, etrafındaki tüm talepler bakımından geçersiz yahut tatbiki imkansız sayılmalıdır. Zira burada söz konusu olan, henüz herhangi bir tazminat hakkı doğmadan evvel sözleşme ilişkisinin başında doğmamış bir haktan feragat eden acente ve tek satıcılara, Türk mahkemelerine başvurma imkanı tanımaktadır. Yoksa, sözleşmenin sona ermesi neticesinde bu talep haklarından feragat mümkün olduğundan, yetki veya tahkim anlaşmalarına halel gelmez. Ancak henüz doğmamış bir haktan feragati ayakta tutacak hukuk seçimi ile birlikte öngörülen bir tahkim şartının TBK m.27 uyarınca kamu düzenine aykırılıktan geçersiz kılınması gerekir. Zira doğmamış haktan feragat edilemeyeceği ilkesi¹²⁶, *Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışı ve iyi niyet kuralları* kapsamında kamu düzeninin çerçevesi içerisinde değerlendirilerek, bu ilkenin bertaraf edilmesi sonucunu ortaya çıkaran tahkim anlaşmaları geçersiz kılınabilir.

Sonuç

Türkiye’de icra edilen acentelik veya tek satıcılık sözleşmelerinde, karakteristik edim borçlusu olan acente ve tek satıcının iş yeri yahut mutad meskeni Türkiye’de olacağından, denkleştirme ve tazminat talepleri -kural olarak- Türk hukukuna tabidir. Yine, Türkiye’de icra edilen acentelik ve tek satıcılık sözleşmelerine ilişkin ihtilaflarda, HMK m.10 uyarınca Türk mahkemeleri milletlerarası yetkiyi haizdir. Öte yandan, her iki tarafın da tacir olduğu acentelik ve tek satıcılık gibi ticari sözleşmeler, genellikle acente ve tek satıcının karşı tarafa kıyasla çok daha küçük çapta bir işletmeye sahip olduğu sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerin çoğu, önceden tek taraflı olarak müvekkilin/ yapımıcının menfaatine hükümler ihtiva edecek şekilde hazırlanıp, taraflara müzakere imkanı sunulmaksızın dayatılmaktadır. Sözleşmede tarafların eşit pazarlık ve müzakere etme imkanı olmaması sebebiyle, zayıf akit taraf konumundaki acente ve tek satıcı aleyhine sözleşme özgürlüğünün ve hakkın kötüye kullanılması tehlikesi mevcuttur. İşte böyle bir müdahaleyi bertaraf etmek isteyen kanun koyucu 6102 sayılı TTK m.122/4 hükmü ile, denkleştirme talebinden önceden vazgeçmeyi yasaklamıştır.

Acente ve tek satıcıyı, sözleşmenin sona ermesinin sonuçlarına karşı koruyan düzenlemeler, zayıf tarafı koruma amacına hizmet ettiği gibi, bir acenteler ve tek satıcılar ülkesi olan Türkiye’nin ekonomik kamu düzenine ilişkin politikalarının yansımaları niteliğini taşır. Öte yandan, acente ve tek satıcılar lehine öngörülen koruyucu rejimi bertaraf etmek adına, MÖHUK m.24 hükmünün verdiği imkanla, sözleşmesel taleplerin, yabancı bir hukuka tabi kılınması söz konusu olabilir. Seçilen hukukun denkleştirme talebine imkan tanımaması yahut sair sözleşme sonu taleplerinden peşinen feragati geçerli sayması halinde, MÖHUK m.5 (kamu düzeni müdahalesi) yahut MÖHUK m.6 (Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları) hükümleri harekete geçirilerek Türk hukukunun uygulanması sağlanabilir. Ancak çalışmamızda

126 “Doğmamış haktan feragat olmaz” ilkesinin evrensel bir hukuk ilkesi olarak tüm Hukuk Dairelerince uygulanagelen bir olgu olduğu yönünde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/1673 K. 2018/251 T. 21.2.2018 (Çevrimimi) www.lexpera.com.tr

bu husustaki meseleyi kanunlar ihtilafı buyutuyla ele almaktan ziyade, uyuşmazlığın Türk mahkemeleri önünde görülebilmesine engel teşkil eden yetki ve tahkim şartlarının geçerliliği ve icra edilebilirliği hususları değerlendirilmiştir. Zira, Türk acente ve tek satıcıların Türk mahkemelerine başvurmalarının önünü kesmek adına, sözleşmelerde hukuk seçiminin yanında ekseriyetle bir yetki veya tahkim şartı bulunur ve Türk mahkemeleri davayı usulden reddeder.

Oysa, Avrupa Birliği hukukundaki uygulamada, usul hukukuna veya maddi hukuka ilişkin uygulanması zorunlu olan kuralların dolanılarak uygulanmasını amaçlar mahiyette olduğu anlaşılan yetki veya tahkim şartlarının hükümsüz ve icra edilemez olacağı kabul edilmektedir. Ancak acenteyi feshin sonuçlarına karşı koruyan bu rejim, yalnızca AB veya söz konusu devletin kendi sınırları içerisinde faaliyet gösteren acenteleri kapsar.

Kanaatimizce, tarafların eşit müzakere gücüne sahip olmadığı ve güçlü âkit tarafın sahip olduğu üstünlüğü, sözleşmede yer alan yetki şartı gibi hükümleri, zayıf tarafın kabul etmesini zorunlu kılacak şekilde kullanması halinde, böyle bir yetki sözleşmesi, TBK m. 27/1 uyarınca ahlâka aykırılıktan geçersiz sayılabilir. Eğer böyle bir yetki anlaşması bulunmasa idi, zayıf konumdaki acente ve tek satıcıların Türk mahkemelerinden elde edebileceği denkleştirme ve tazminat talebi gibi hakların, yapılan yetki anlaşması gereğince başvurulması icap eden mahkemeden elde edilmesi mümkün değil ise, ekonomik açıdan daha güçlü olan tarafın, hakkı kötüye kullandığı ve zayıf tarafın pazarlık gücünün bulunmamasını suiistimal ettiği söylenebilecektir.

TTK m. 18/2 hükmü uyarınca, basiretli bir tacir gibi hareket etmesi gereken acente ve tek satıcılar, yine aynı Kanunun m. 122/4 c.1 hükmü uyarınca, bizzat imzaladıkları sözleşmede yer alan denkleştirme talebinden feragat hükmü ile bağlı olmaz. Bu bakımdan, nasıl ki, basiretli bir tacir gibi hareket etme yükümlülüğü, denkleştirme talebinden feragati meşru ve geçerli kılmıyorsa, buna mahal veren hukuk veya yetki seçimi gibi anlaşmaları da meşru kılmamalıdır.

Ancak mevcut yasal düzenlemeler temelinde, yetki ve tahkim şartlarının geçerliliği ve icra edilebilirliğinin, sözleşmenin tabi olduğu hukuka bağlı olarak değerlendirilmesi, tek çare olmakla birlikte, kanaatimizce kanun koyucunun TTK m. 122/4 hükmünde ortaya koyduğu iradeyi, usul hukuku alanına yansıtması, en isabetli çözüm yolu olacaktır. Bu minvalde, *“Acentelik/ veya tek satıcılık ile benzer tekel hakkı veren diğer sözleşme ilişkilerinden doğan davalarda, ağırlıklı olarak Türkiye’de faaliyet gösteren veya esas iş yeri Türkiye’de bulunan bir acentenin Türk mahkemelerinde dava açma hakkı, sözleşme ilişkisi sona ermeden önce yetki veya tahkim sözleşmesi ile ortadan kaldırılamaz.”* şeklindeki bir düzenleme ile, hem TTK m. 122/4 hükmünün öngördüğü koruma rejimi tesis edilecek, hem de milletlerarası usul hukukunun prensiplerine daha uygun bir yöntem izlenmiş olacaktır. Ancak, sözleşmenin sona

ermesinden sonra denkleştirme ve tazminat taleplerinden feragat edilebilmesi mümkün olduğundan, sözleşme sona erdikten sonra yapılan yetki veya tahkim şartları, bu hükme tabi olmayacaktır.

Ancak mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde, Türk ekonomisinin gerçekleri dikkate alınarak Türk mahkemelerinin de mukayeseli hukuktaki düzenleme ve kararlar doğrultusunda bir içtihat geliştirmesi gerekir. Şayet sözleşmedeki hukuk seçimi ile birlikte öngörülen yetki ve tahkim şartları, TTK m.122/4 hükmünü dolanmak suretiyle uygulanmamasını amaçlar şekilde üretici/müvekkil menfaatine hizmet etmekte ise, -bu durumun Türkiye’de faaliyet gösteren davacı acente/tek satıcı tarafından ispatı şartıyla- Türk hukukunun kamu düzeninin vazgeçilmez kısmını teşkil eden bir hükmüne veya bir doğrudan uygulanan kuralına aykırı olması sebebiyle geçersiz veya icra edilemez sayılmalıdır. Örneğin acentenin “sözleşme hangi sebeple sona ermiş olursa olsun her türlü tazminat talebinden feragat edileceği” gibi bir sözleşme hükmünün yanında, yabancı bir hukuk seçimi ile yabancı bir devlet veya tahkim mahkemesinin yetkilendirilmesi, Türk acente bakımından yaklaşık ispat sağlayabilir.

Acente ve tek satıcının feshe dayalı talepleri elde edememesine dayanak teşkil eden tahkim veya yetki şartı, yalnızca denkleştirme talebi bakımından değil, etrafındaki tüm talepler bakımından geçersiz yahut tatbiki imkansız sayılmalıdır. Zira burada söz konusu olan, henüz herhangi bir tazminat hakkı doğmadan evvel sözleşme ilişkisinin başında doğmamış bir haktan feragat eden acente ve tek satıcılara, Türk mahkemelerine başvurma imkanı tanımaktadır. Ancak henüz doğmamış bir haktan feragati ayakta tutacak hukuk seçimi ile birlikte öngörülen bir tahkim şartının TBK m.27 uyarınca kamu düzenine aykırılıktan geçersiz kılınması gerekir.

Teşekkür: Bu çalışmanın hazırlanmasında, engin bilgilerini esirgemeyerek bana yol gösteren Sayın Hocam Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya saygı ve şükranlarımı sunarım.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Acknowledgement: In the preparation of this study, I present my respect and gratitude to Dear Prof. Dr. Cemal Şanlı who guided me by keeping his vast knowledge.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

Akın İ, “Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı ve Alman Hukukundaki Yeni Gelişmeler”, (2013) 62(3) AÜHFD 613-641.

Atkanat H and Çekin M, “Denkleştirme Bedeli (Portföy Tazminatı) Önceden Ödenebilir mi?”, *Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan*, (Der 2015) 29-44.

- Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku* (25th edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2019)
- Arslandoğan B, “Denkleştirme İstemi Belirsiz Alacak Davası Yolu ile İleri Sürülebilir mi?”, (2016) 11(141-142) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 79-119
- Ayan Ö, *Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı* (Seçkin 2008)
- Aydın E, “Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin Türk Mahkemelerinin Yapacağı İnceleme ve Uygulanacak Hukuk”, (2019) 39(1) PPIL 33-61
- Ayoğlu T, “Dağıtım Sözleşmelerine Uygulanmak Üzere Yabancı Bir Hukuk Sisteminin Seçilmesinin Denkleştirme Talebi Bakımından Etkisi”, (2017) 12(151) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9-27
- Balkar Bozkurt S, “Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunma veya İflas Halinin Tahkim Anlaşmasına Etkileri” in Hatice Özdemir Kocasakal and Süheyla Balkar Bozkurt (eds) *Tahkim Anlaşması* (On İki Levha 2020) 131-168
- Basedow J, “Exclusive Choice-of-Court Agreements as a Derogation from Imperative Norms”, (2013) 14(1) Max Planck Private Law Research Paper No. 14/1, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law 15-31
- Bassani L, Bedford R, Pressman A, Turgeon JP and Waldzus D, “Applicable Law and Jurisdiction in Franchising, Commercial Agency and Distribution Agreements”, (2015) 13(6) “International Journal of Franchising Law” 3-34
- Bingöl ME, “TTK m. 122 Kapsamında Denkleştirme İsteminin Hukuki Niteliği” in Başak Baysal (ed) Sorumluluk Hukuku (Seminerler) (On İki Levha 2016) 142-169
- Bonomi A, “Overriding Mandatory Provisions in Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts”, 2008 (10) Yearbook of Private International Law, Swiss Institute of Comparative Law 165-176
- Born GB, *International Commercial Arbitration, C.1*, (2nd edn, Kluwer Law International 2014)
- Çalışkan Y, “Milletlerarası Tahkimde Ahde Vefa ve Akdin Değişen Şartlara Uyarlanması Prensiplerinin Uygulanması” (2004) 24 (1-2) MHB 365-377
- Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020)
- Demir K, “Tek Satıcının Denkleştirme Talebi”, *Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan* (On İki Levha 2019) 399-420
- Demir Gökyayla C, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)* (2nd edn, Vedat 2013)
- Demir Gökyayla C, “Milletlerarası Özel Hukukta Dağıtım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, in Sibel Özel and Mustafa Erkan (eds) *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler (Contractual Issues in Private International Law)*, (Uluslararası Konferans), 11 Ekim 2018, (On İki Levha 2018) 51-71
- Demirkol B, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (2nd edn, Vedat 2014)
- Demirkol B, *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları* (Vedat 2018)
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş 2020)
- Ekşi N, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (2nd edn, Beta 2000)
- Ekşi N, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim*, (2nd edn, Beta 2019)
- Ekşi N, “Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni”, (2020) 40(1) PPIL 143-201

- Emerson RW, “Thanks for the Memories: Compensating Franchisee Goodwill After Franchise Termination”, (2017) 20(2) University of Pennsylvania Journal of Business Law 286-339
- Ercoskun Şenol K, “Sözleşme İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m.27”, 2016 74(2) İÜHFİM 709-737
- Erdem E, “Tek Satıcılık Sözleşmelerinde Denkleştirme Talebi (Müşteri Tazminatı)”, *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’a Armağan*, C.1 (Beta 2003) 91-120
- Erdem E, “Türk ve İsviçre Hukuklarında Denkleştirme Talebi”, *İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri*, (Vedat, 2009) 197-299.
- Erdem E, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, (1st edn, On İki Levha 2017)
- Esen E, “Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve *kompetenz-kompetenz* Prensibi” (2011)(1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan) (İstanbul Beta) 355-380
- Esen E, “Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmadığı Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği” (2017) 6(1) UTDER 75-148
- Fouchard P, Gaillard E, Goldman B, “International Commercial Arbitration” in Emmanuel Gaillard and John Savage (eds) (Kluwer Law International 1999)
- Gosch T, “Another Win for European Commercial Agents: Overriding Mandatory Austrian Law Provisions to Supersede Arbitration Agreement”, Kluwer Arbitration Blog, 2017 <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/08/10/another-win-european-commercial-agents-overriding-mandatory-austrian-law-provisions-supersede-arbitration-agreement/>
- Güner C, *Milletlerarası Unsurlu Acente İlişkisine Uygulanacak Hukuk* (Adalet Yayınevi 2014)
- Hesselink MW, Bueno Diaz O, Scotton M and Veldmann M, *Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts* (Sellier European Law Publishers 2006)
- İşgüzar H, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, (Dayınlarlı Hukuk Yayınları 1989)
- Karasu R, “Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Acentanın Denkleştirme Talebi” (2008) 57(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 283-318.
- Karslı A, *Medeni Muhakeme Hukuku* (4th edn, Alternatif 2014)
- Kaya A, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap Ticari İşletme, Yedinci Kısım Acentelik (TTK m. 102-123)* (2nd edn, Beta 2016) (TTK Şerhi/Acentelik)
- Kaya A, “Acentelik ve Tek Satıcılık ile Benzeri Diğer Tekel Veren Sürekli Sözleşme İlişkilerinin Sona Ermesi Hâlinde Denkleştirme İstemi”, *Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar)* 12 Ekim 2018, (On İki Levha 2018) s. 9-43, 143-149
- Kaya N, “Alman Hukukuna Göre Portföy Tazminatından Sözleşme ile Vazgeçilebilir mi? (Münih İstinaf Mahkemesi’nin 11.01.2002 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi)” *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan*, C.1 (Vedat 2007) 3-12
- Kayıhan Ş, *Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Işığında Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi*, (5th edn., Umutepe Yayınları 2018)
- Kendigelen A, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler Yenilikler ve İlk Tespitler*, (3rd edn, On İki Levha 2016) (TTK/İlk Tespitler)

- Kendigelen A, “Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı”, *Hukukî Mütalâalar*; (Mahkeme Kararları ile Birlikte), Cilt XIV: 2014-2016 (On İki Levha 2018) 392-410
- Kınacıoğlu N, *Acente ve Acentelik Sözleşmesi* (Ankara İktisadi ve Ticarî İlimler Akademisi Yayınları 1963)
- Kleinheisterkamp J, “The Impact of Internationally Mandatory Laws on the Enforceability of Arbitration Agreements”, (2009) 3(2) *World Arbitration and Mediation Review* 91-120
- Kocayusufoğlu N, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, C1 (7th edn, Filiz 2017)
- Kröll SM, “The Arbitrability of Disputes Arising from Commercial Representation”, Chapter 16 in Loukas A. Mistelis and Stavros L. Brekoulakis (eds) *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* (Kluwer Law International 2009) 317-350.
- Kuru B, *Medenî Usul Hukuku*, C.1, (Yetkin 2020)
- Küçükkayhan Aşçıoğlu M, *Rekabet Hukuku ve Dağıtım Sözleşmeleri* (Adalet 2011)
- Lando O, “The EEC Draft Directive Relating to Self-Employed Commercial Agents: The English Law Commission versus the EC Commission” (1980) 44 *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 1-16
- Mankowski P, “Commercial Agents Under European Jurisdiction Rules, The Brussels I Regulation Plus the Procedural Consequences of Ingmar”, 2008 (10) *Yearbook of Private International Law, Swiss Institute of Comparative Law* 19-55
- Nomer E, *Devletler Hususî Hukuku* (22nd edn, Beta 2017)
- Nomer E, *Milletlerarası Usul Hukuku*, (2nd edn, Beta 2018)
- Oğuzman K and Barlas N, *Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar* (25th edn, Vedat 2019)
- Özdemir Kocasakal H, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, (2010) 30(1-2) *MHB* 27-88.
- Özdemir Kocasakal H, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2001)
- Özdemir Kocasakal H, “Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Çerçevesinde Mahkemelere de Yetki Veren Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliğinin Tespitinin Mahkemeler Tarafından Yapılıp Yapılmayacağı”, *Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan*, (On İki Levha 2017)
- Özel S, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Legal 2008)
- Park A, José Antonio Moreno Campos and Alexander Hansebout, “Goodwill Compensation for Distributors in the EU”, (2007) (24) *IBA Legal Practice Division, International Sales Committee Newsletter*, September 28-31
- Pekcanitez H, Özekes M, Akkan M, Taş Korkmaz H, *Pekcanitez Usûl, Medenî Usûl Hukuku*, C. I, III (15th edn, On İki Levha 2017)
- Poroy R and Yasaman H, *Ticari İşletme Hukuku* (18th edn, Vedat 2019)
- Redfern A, Hunter M, Blackaby N, Partasides C, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (4th edn., Sweet & Maxwell 2004)
- Sargın F, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları* (Yetkin 1996)
- Sarıöz Büyükalp İ, “Denkleştirme Talebinin Hukuki Niteliği ve Kanunlar İhtilafı Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi”, (2019) 21(2) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 523- 581.

- Sarıöz Büyükalp, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim İtirazı ile Karşılaşan Türk Hakiminin Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Dair Yapacağı İncelemenin Kapsamı ve Sonuçları” (2014) 121-122(9) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 195-224
- Süral C, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi” 2012 (100) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 167-216.
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019)
- Şanlı C, Esen E and Ataman Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8th edn, Beta 2020)
- Tandoğan H, “Tek Satıcılık Sözleşmesi”, (1982) 6(4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1-36
- Tekinalp G and Uyanık A, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, (12nd edn, Vedat 2016)
- Tekinalp Ü, “Türk Hukukunda Acentanın “Portföy Akçası” Talebi”, *Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan*, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998)
- Tiryakioğlu B, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1996)
- Ülgen H, Helvacı M, Kaya A and Nomer-Ertan F, *Ticari İşletme Hukuku* (6th edn, Vedat 2019)
- Yeşilirmak A, “Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir mi?” (2011) (96) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 205-228
- Yusufoğlu F, “Denkleştirme Talebinin Kıyasen Uygulanması İçin Gereken Kıyas Şartları Işığında Tekel Hakkı Vermeyen Sürekli Sözleşme İlişkilerine Uygulanması Sorunu”, (2016)11(137-138) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159-188



Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Karşı Davalar

Counterclaims in the Realm of Investment Arbitration

İnci Ataman Fıganmeşe*

Öz

Saluka davası kapsamında verilmiş yetki kararıyla ev sahibi devletlerin 'Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmelerinde (YTKS'lerde)' yer alan tahkim klotlarına istinat etmek suretiyle karşı dava açma olanağına sahip oldukları teorik olarak ortaya konmuş olsa da, karşı davaların hükme bağlanabilmesinin tâbi olduğu yetki ve kabul edilebilirlik şartlarının yerine gelmiş olup olmadığının belirlenmesinde nasıl bir anlayışın tatbiki gerektiği konusunda henüz netleşmiş standartlar oluşturulamamıştır. Meselâ karşı davanın, tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olup olmadığının belirlenmesi konusunda ağırlıklı olarak YTKS'de yer alan tahkim klotunun kapsamından yola çıkılmış olursa da, bazı hakemler, yatırımcının tahkim davası açmakla ev sahibi devletin açacağı karşı davaları da tahkim rızasının kapsamına dahil etmiş kabul edilmesini gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Diğer yandan, YTKS'ler genellikle yatırımcıya yükümlülük getirmediklerinden, ev sahibi devletler yatırımcının ancak mahallî hukuku veya aralarındaki sözleşmeyi ihlâl etmiş olduğunu ileri sürmeleri mümkündür; ev sahibi devletlerin YTKS hükümleri dışında kalan bu ihlâllere dayanmak suretiyle karşı dava açıp açamayacaklarına ilişkin olarak son dönemde verilmiş az sayıda karar dışında net bir cevap ortaya konmamıştır. Kabul edilebilirlik şartını teşkil eden, karşı dava ile asıl dava arasında bağlantı bulunması şartı bakımından, çoğunlukla asıl dava ile karşı dava arasında "hukukî bağlantı" bulunması aranmışsa da, "vakıalar bakımından bağlantı" bulunmasının yeterli olacağına karar verilmiş olan tahkim davaları da bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Karşı Dava, Asıl Dava, Yetki, Kabul Edilebilirlik, ICSID Konvansiyonu'nun 46. maddesi, Bağlantı, Tahkim İradesi, Mahallî Hukuk, Saluka, Urbaser, Roussalis, Vestey

Abstract

Even though since the *Saluka* case it is settled that theoretically host States can file counterclaims based on investment treaties, there are still no solid principles as to how to approach to the two main requirements for such counterclaims. While most of the tribunals have embraced the approach that the question of whether a counterclaim falls within the parties' consent can only be determined by the arbitration provision of the relevant treaty, some other arbitrators embraced the approach that regardless of the wording of the arbitration provision of the relevant treaty, an investor who has initiated ICSID proceedings should be deemed to have given consent to counterclaims. Likewise, different approaches have been taken as regards to the connection requirement; while some arbitrators found that a "factual connection" is not sufficient and decided that counterclaims that have no "legal connection" with the primary claim are inadmissible, some other tribunals have decided that the existence of a "factual connection" between the counterclaim and the primary claim is sufficient for the admissibility requirement.

Keywords

Counterclaim, Jurisdiction, Admissibility, ICSID Convention Art 46, Nexus, Connection, Domestic Law, Saluka, Urbaser, Vestey, Roussalis

* Sorumlu Yazar: İnci Ataman Fıganmeşe (Doç. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: inci.figanmese@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-6678-8601

Atf: Ataman-Fıganmese I, "Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Karşı Davalar" (2020) 40(2) PPIL 1659.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0044>



Extended Summary

It was not before 2004 that an investment arbitration tribunal, namely the *Saluka* tribunal, put forth the theoretical possibility of the right of action of host states to file counterclaims based on an Investment Treaty. The reason that the answer to the question as to whether host States have a right to file counterclaims based on investment treaties was left unclear for so many years, lies in the one-sided nature of investment treaties. Investment treaties impose obligations on host States but generally do not provide for obligations on investors. Moreover, the manufactured consent to arbitration by means of the arbitration clauses embedded in investment treaties, vest only the investors with the right to initiate arbitration proceedings, host States on the other hand can not initiate arbitration proceedings implementing arbitration clauses in investment treaties. Last but not least, it has to be pointed out that, investment treaties except for a few rather new ones, do not include a provision on the right of the host States to file counterclaims. All these make it difficult to find an answer on whether tribunals can assume jurisdiction over counterclaims based on investment treaties.

For a counterclaim to be within the jurisdiction of an investment arbitration tribunal, it has to be within the scope of the consent of the parties to the arbitration. Like the overwhelming majority of other treaties, the relevant treaty in the *Saluka* case did not include a provision on counterclaims that would directly provide an answer as to the jurisdiction of the *Saluka* tribunal over the counterclaim brought by Czech Republic. Thus the *Saluka* tribunal, to find out whether the counterclaim was within the scope of the parties' consent to arbitration looked at the arbitration clause of the relevant treaty. Since the arbitration clause of the relevant treaty referred to "all disputes... concerning an investment" and didn't identify the investor as the sole potential claimant, the *Saluka* tribunal found that the consent of the parties was broad enough to encompass the counterclaims brought by the host State. The method employed by the *Saluka* tribunal has been followed by several other tribunals. Even though some arbitrators (Prof Reisman from the *Roussalis* tribunal and members of the *Goetz* tribunal) and commentators have put forward that an investor who has initiated ICSID proceedings must be deemed to have given consent to counterclaims, this approach seems not to have persuaded many others. For instance, in a relatively new case, namely the *Vestey* case, the tribunal applying the *Saluka* method looked at the arbitration clause of the treaty and finding that the wording of the clause was not broad enough to encompass the (possible) counterclaim of the host State declined jurisdiction, the *Vestey* tribunal did not even refer to the approach advocated by Prof Reisman and the arbitrators of the *Goetz* tribunal (*Vestey Award* para 333).

Because investment treaties don't impose obligations on investors, host States can not base their counterclaims on an alleged breach of the investment treaty by the

investor; host states, as like the Czech Republic did in the *Saluka* case, can only base their counterclaims on an alleged breach of their domestic laws or an agreement they concluded with the investor. The question to be answered at this point is whether, arbitration clauses in Investment treaties that have a language that provides that “any” or “all” disputes arising out of investment can be brought to arbitration, vests the host States with the right to both bring a counterclaim by implementing such an arbitration clause and not to base its counterclaim on an alleged violation of the same treaty but of its national laws or an agreement. As a matter of fact, this is not a question that is specifically related to counterclaims, but a question related to any claims brought by way of implementing arbitration clauses in investment treaties. It can be suggested that the more the approach that the meaning of the reference in an arbitration clause to “any or “all disputes arising out of investment” is that claimants, regardless of the legal source of the breach, can base their claims on any alleged breaches factually related to the investment receives general approval, the more counterclaims can be decided by tribunals.

It is not sufficient that the tribunal finds that the counterclaim falls within its jurisdiction, the counterclaim has also to be admissible to be entertained by the tribunal. Counterclaims are admissible only if they are “factually connected” with the primary claim. Yet, many tribunals have found that counterclaims are inadmissible because of being based on the national law of the host state and not having a “legal connection” with the primary claim. Fortunately, tribunals of relevantly new cases such as the tribunal of the *Urbaser* case do not embrace the approach requiring a “legal connection” and entertain counterclaims that have a “factual connection” with the primary claim, thus entertain counterclaims based on domestic laws on human rights and environmental protection (*Urbaser* Case para 1151).

Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Karşı Davalar

Giriş

İkinci Dünya Savaşı'nın ardından bağımsızlığını kazanan devletlerin bir yandan ülkelerine girecek yabancı sermayeye ihtiyaç duymaları, diğer yandan ise ülkelerinde bulunan yabancı sermayeli yatırımları devletleştirme yoluna gitmeleri Prof. Dr. CEMAL ŞANLI'nın işaret ettiği üzere, "paradoksal" bir durum yaratmış¹, bu sorunu aşabilmek için ortaya konan çarelerden biri de yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için bir milletlerarası yatırım tahkimi rejiminin kurulması olmuştur. İşte bir yatırım tahkimi rejiminin kurulmasına yönelik ilk adım, "Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme'nin (ICSID Konvansiyonu'nun)"² hazırlanmasıyla atılmıştır. ICSID Konvansiyonu'nun hazırlanması aşamasında, yabancı yatırımcılara olduğu gibi ev sahibi devletlere de uyuşmazlıklarının çözümü için başvurabilecekleri bir tahkim yargılaması zemini sunma³ amacı güdülmüş, bu amaç doğrultusunda ICSID Konvansiyonu yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında denge kurulmasını sağlayacak hükümler içerir şekilde düzenlenmiştir⁴.

Ne var ki yatırım tahkimi rejiminin gelişim süreci içinde, devletler arasında akdedilen sözleşmeler olan Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmelerinde (YTKS'lerde) yer alan tahkim klozları vasıtasıyla da tahkim rızasının tezahür edebileceği anlayışının gelişmesi⁵ ile, ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında başta gözetilmiş olan denge, ev sahibi devlet aleyhine bozulmuştur. Öyle ki, ev sahibi devletlerin YTKS'lerde yer alan tahkim klozları nedeniyle yatırım tahkimi davaları ile muhatap olmak durumunda kaldıkları, buna mukabil yatırımcıya karşı müstakil bir milletlerarası yatırım tahkimi davası açmalarının mümkün olmadığı, hatta aleyhlerine açılmış davalarda "karşı dava" yoluyla taleplerini ileri sürmelerinin mümkün olup olmadığının dahi tartışmalı bir mesele haline dönüştüğü bir durum ortaya çıkmıştır. İşte bu durum, doktrinde *Paulsson* tarafından, "...*masanın karşı tarafına geçmenin mümkün olmadığı, davayı açanın davalı ev sahibi devletin olmasının mümkün olmadığı, hatta davalı ev sahibi devletin, davacıdan olan taleplerini ileri sürebileceği bir karşı dava*

1 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7nci baskı, Beta 2019) 574.

2 ICSID Konvansiyonu Onay Kanunu RG 2 Haziran 1988-19830.

3 Executive Directors of the International Bank, 'Report of Executive Directors of the International Bank to Accompany the Convention for the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States' parag. 13 <icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20English.pdf>.

4 Meselâ ICSID Konvansiyonu'nun 36. maddesi, tahkim prosedürü başlatmak isteyen herhangi bir "âkit devlet" veya herhangi bir "âkit devlet vatandaşından" söz etmektedir. Tek başına bu madde dahi, ICSID Konvansiyonu'nun, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcıların aynı koşullar altında ICSID tahkimine başvurabileceğini öngörecektir şekilde düzenlenmiş olduğunu göstermektedir.

5 1990 yılında karara bağlanmış *AAPL v. Sri Lanka* davası, bir Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesinde (YTKS'de) yer alan tahkim klozuna istinat etmek suretiyle açılıp hükme bağlanan ilk davadır; *Asian Agricultural Products Ltd. v Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No ARB/87/3, Final Award (27 June 1990) para 18.

açmasının dahi mümkün olup olmadığı belli olmadığı bir yapı⁶... ” ifadeleriyle tanımlanmıştır.

Hemen yukarıda alıntılanmış olduğumuz cümlede, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki dengenin, ilki “müstakil bir yatırım tahkimi davası” açma imkânı yönünden⁷, ikincisi ise “karşı dava” açma imkânı yönünden olmak üzere iki yönden bozulduğunun ifade edildiği görülecektir. İşte bu çalışmada, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında iki yönden bozulduğu ifade edilen dengenin, karşı davaya ilişkin yönleri üzerinde durup, yatırım tahkimi alanında ev sahibi devletlerin YTKS'lere istinaden açtıkları karşı davaların hakemlerce esastan incelenip hükme bağlanmasının mümkün olup olmadığını ele alacağız.

Yatırım tahkimi alanında karşı davalar konusunu ele almamızın sebebi, son yıllarda ev sahibi devletlerin açtıkları karşı davalar bakımından yeni bir anlayışın gelişmekte olmasıdır. Şöyle ki, 2000'li yılların başlarına dek ev sahibi devletlerin karşı dava açma teşebbüsleri hem sayıca fazla olmamış hem de açılmış az sayıdaki karşı davanın çoğu YTKS'lere değil, ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında akdedilmiş bir sözleşmeye (mesela imtiyaz sözleşmesine) istinat ettirilmiştir. Bu karşı davalardan ‘ev sahibi devlet ile yatırımcı arasındaki sözleşmeye’ istinat eden karşı davalar bakımından esas itibarıyla pek sorunla karşılaşılmamış, gerekli şartları karşılayan karşı davalar hakemlerce hükme bağlanmıştır; buna mukabil YTKS'lere istinat eden karşı davalardan hiçbiri esas yönünden incelenip hükme bağlanmamış, yetki incelemesi dahi yapılmadan çeşitli gerekçelerle esaslarına girilmeden reddedilmiş, başarısızlıkla⁸ sonuçlanmıştır. Esasen YTKS'lere istinat eden karşı davaların hakemlerce hükme bağlanmasının teorik olarak mümkün olup olmadığı dahi -Paulsson'un yukarıda alıntılanmış olduğumuz sözlerinin⁹ de ortaya koyduğu gibi- uzun süre belirsizliğini korumuştur. İşte bu belirsizlik, aşağıda ele alacağımız *Saluka davası*¹⁰ kapsamında verilmiş 2004 tarihli yetkiye ilişkin kararlar¹¹ sona erdirilmiş, bu yetki kararıyla YTKS'lere istinat eden karşı davaların hakemlerce karara bağlanmasının teorik olarak mümkün olduğu ortaya konmuştur.

6 Jan Paulsson, ‘Arbitration Without Privity’ (1995) 10(2) ICSID Review, 231, 232. Alıntılarımız metnin İngilizcesi şöyledir: “This new world of arbitration is one... where the tables could not be turned: the defendant could not have initiated the arbitration, nor is it certain of being able even to bring a counterclaim”.

7 Ev sahibi devletlerin yatırımcılara karşı “müstakil” bir yatırım tahkimi davası açması meselesini bir başka makalemizde ele almış, ev sahibi devletlerin de davacı olarak yatırım tahkimine başvurma ihtiyacı duyabileceklerini, buna mukabil, ‘yatırımcıların’ YTKS’lerde yer alan tahkim kayıtlarına istinaden milletlerarası tahkime başvurmalarına imkân tanıyan kurgunun, aynı imkânı ‘ev sahibi devletlere’ tanımadığı üzerinde durmuştuk; İnci Ataman-Figanmeşe, ‘Devletlerarası Sözleşmelerde Yer Alan Tahkim Kizlerinin Yatırımcılara Yapılmış Tahkim Anlaşması Akdetme Önerisi Olarak Kabulünün Ev Sahibi Devletler Bakımından Doğurduğu Olumsuz Sonuçlar’ İÇ Hatice Özdemir-Kocasakal ve Süheyla Balkar (eds) *Tahkim Anlaşması* (Oniki Levha 2020) 103, 122 ff.

8 Ev sahibi devletlerin açtıkları karşı davaların başarısızlıkla sonuçlanmış olması “Yatırım Tahkimi Alanında Ev Sahibi Devletin Karşı Davası: 30 Yıllık Başarısızlığın Hikâyesi” şeklinde tercüme edilebilecek bir başlıkla kaleme alınmış bir makaleye dahi konu olmuştur; Ana Vohryzek-Griest, ‘State Counterclaims in Investor-State Disputes: A History of 30 Years of Failure’ (2009) 15 International Law, Revista Colombiana De Derecho Internacional, 83-124 <scielo.org.co/scielo.php?script=artext&pid=S1692_81562009000200004#nu112> Erişim 2 Mayıs 2020.

9 Paulsson (n 6).

10 *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award (7 March 2006) <italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>.

11 *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over Czech Republic’s Counterclaim, 7 May 2004 <italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0739.pdf>

Sözünü ettiğimiz *Saluka* davasında verilmiş yetkiye ilişkin karardan sonra karşı davalar bakımından halen gelişimini sürdürmekte olan farklı bir iklim ortaya çıkmıştır¹². Evvelâ, ev sahibi devletler önceki yıllara kıyasla daha sık, YTKS'lere istinat eden karşı davalar açmaya başlamış, hatta Türkiye de tespit edebildiğimiz kadarıyla muhatap olduğu iki davada (*Nowa-Huta* davası¹³ ile *Europe Cement* davasında¹⁴) karşı dava olarak nitelendirilebilecek bir taleple tazminat talep etmiştir¹⁵. Diğer yandan, hakemler detaylı bir yetki incelemesi dahi yapmadan çeşitli gerekçelerle karşı davaları reddetme yönündeki eski tutumlarını terk ederek, karşı davalar bakımından detaylı yetki ve kabul edilebilirlik incelemeleri yapmaya başlamış, yetki ve kabul edilebilirlik konusunda yeni yaklaşımlar getiren kararlar vermeye başlamışlardır. Öyle ki, ilk kez *Roussalis* davası¹⁶ kapsamında bir hakemin kaleme aldığı muhalefet şerhinde ifade alanı bulan bir görüş ve bu görüşü benimseyen başka hakemler ile doktrinde kimi yazar, tahkim rızasının kapsamının belirlenmesi bakımından benimsenen klasik yaklaşımın bir kenara bırakılıp, karşı davalar bakımından tahkim rızasının kapsamının ilgili YTKS'de yer alan tahkim klotundan ziyade, başka dayanaklardan yola çıkarak belirlenmesi gerektiğini ileri sürmüştü, böylelikle “karşı davalarla” sınırlı olsa da tahkim rızası konusunda büsbütün yeni bir yaklaşımı ortaya atmışlardır. Bir başka gelişme olarak da karşı davalar bakımından aranan şartlardan olan asıl dava ile karşı dava arasında ‘bağlantı bulunması şartı’ bakımından yapılan değerlendirmelerde esas alınması gereken bağlantı unsurlarının hangileri olduğuna ilişkin görüşlerin giderek esnetilmesi suretiyle, bilhassa insan haklarının ve çevrenin korunmasını sağlamaya yönelik yeni bir anlayışın gelişmekte olmasına işaret edilebilir.

Bir karşı davanın hakemlerce hükme bağlanabilmesi için esas itibarıyla pek çok şartın gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu çalışmada karşı davaların görülebilmesi için aranan yetki ve kabul edilebilirlik şartlarını ve bu şartlara hakemlerin yaklaşımlarını inceleyecek olmakla birlikte, eldeki davanın bir “karşı dava” olup olmadığına bakılmaksızın her yatırım tahkimi davası bakımından aranan (ve yine mevcudiyetlerinin değerlendirilmesi bakımından eldeki davanın karşı dava olup olmasının fark yaratmadığı) şartları burada ele almayacağız. Meselâ ICSID tahkimi yoluyla görülmekte olan bir dava kapsamında karşı dava açılabilmesi için, tüm ICSID davalarında olduğu gibi karşı davaya konu uyumsuzluğun da bir “yatırımdan”, kaynaklanması veyahut da yatırımcının Konvansiyona taraf olan bir devletin vatandaşı olması gerekir. Çalışmamıza ayrılmış dar alan, karşı davalara özgü olmayan bu şartları

12 Bu yönde bkz. José Antonio Rivas, ‘ICSID Treaty Counterclaims: Case Law and Treaty Evolution’ in Jean E. Kalicki and Anna Joubin-Bret (eds) *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System* (Nijhof 2015) 779, 779.

13 *Cementownia Nowa Huta S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award (17 September 2009) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0138.pdf>>.

14 *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB (AF)/07/2, Award (13 August 2009) <www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0311.pdf>.

15 Konuya ilişkin açıklamalarımız için bkz aşağıda (n 132) civarı.

16 *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Award (7 December 2011) <www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0723.pdf>.

burada ele almamıza izin vermediği gibi, bu konular hakkında Türk doktrininde kaleme alınmış kapsamlı eserler¹⁷, bu şartları ele almamızı gereksiz kılmaktadır. Diğer yandan karşı davaların açılabilmesi bakımından aranan usulî gereklilikleri, meselâ karşı davanın açılması gereken süre, masraflar, hukuka uygun bir yatırımdan kaynaklanan uyumsuzluğa ilişkin bir asıl davanın derdest olması gibi gereklilikleri de burada ele alamayacağız. Burada ele alacağımız konu esas itibarıyla, karşı davalar bakımından aranan “temel şartlar” olarak nitelediğimiz, karşı davalara özgü olan veyahut da karşı davalara özgü olmasa da mevcudiyetlerinin tespitinde karşı davalara özgü yaklaşımların sergilendiği şartlar olan “karşı davanın tarafların tahkim rızası kapsamı içinde olması” ve “karşı davanın asıl davayla bağlantılı olması” şartlarına yaklaşımdır.

Hemen aşağıda yer alan başlık altında kısaca karşı davalar hakkında genel bir bilgi verip, yatırım tahkimi davalarının tâbi olduğu tahkim kurallarının karşı davalara ilişkin düzenlemelerini ele alacağız, takip eden başlık altındaysa karşı davalara ilişkin verilmiş hakem kararlarını zaman içinde kaydedilen anlayış değişikliklerini ortaya koyacak şekilde sınıflandırarak inceleyip, değerlendirmelerimize yer vereceğiz.

I. Karşı Davaların Yatırım Tahkimi Alanındaki Yeri Ve Şartları

A. Genel Olarak

Görülmekte olan bir davada, davacının talebinin haksız olduğunu ortaya koymak üzere davalının “savunma” yapma hakkına sahip olduğunda tereddüt yoktur. Aksi halde âdil yargılanmadan söz edilemez. Davalı savunma yaptığında kuşkusuz ki, “davacının” talebinin mukadderatını değiştirebilir¹⁸; bununla birlikte “savunma” yapan davalı en fazla, aleyhine hükmedilmesini engellemiş olur veyahut da aleyhine hükmedilecek miktarın azalmasını sağlamış olur. Hâlbuki, kendisi davacıdan alacaklı olan bir davalı savunma yapmakla kalmayıp, davacıdan olan alacağını “karşı dava” açma yoluna başvurarak talep ettiğinde, kendi alacağına kavuşma olanağını bulur; öyle ki asıl dava esastan incelenip davacı haksız bulunup talepleri reddedilse dahi,

17 Diğerlerinin yanında bkz. Bilgin Tiryakioğlu, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması* (Dayınlarlı 2003; İlhan Yılmaz, *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID* (Beta 2004); Rifat Erten, *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2006) 204 ff; Süleyman Dost, *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi* (Asil 2006); Nuray Ekşi, *ICSID Kararlarının Tanınması ve İcrası* (Beta 2009) 29-45; Zeynep Çalışkan, ‘Türkiye’nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı’ (2009) 29 (1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 85-118; Ergin Nomer, Nuray Ekşi ve Günseli Öztekin-Gelgel, *Milletlerarası Tahkim* cilt 2, (3üncü bası Beta 2013). 107-152; Faruk Kerem Giray, Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler (Beta 2013) 16 ff; Mustafa Erkan, ‘Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları’ (Yetkin 2013) 179 ff; Işıl Egemen Demir, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki* (Filiz 2014); Berk Demirkol, ‘The Notion of “Investment” in International Investment Law’ (2015) 1(1) Turkish Commercial Law Review 41-50; Yusuf Çalışkan, ‘ICSID Jurisdiction: Whose Dictionary Will Be Used For The Definition of Investment and the Scope of Consent’ iç Ceyda Süral ve Ekin Ömeroğlu (eds) *Foreign Investment Law* (Seçkin 2016); Melis Avşar, ‘ICSID Konvansiyonu’na Göre Yatırım Kavramı’ (2018) 37(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (2018) 95-140; Ali Osman Karoğlu, *Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü* (Oniki Levha 2019) 73-107.

18 Davanın esasına giren mahkeme, davalının savunmasını haklı görürse “davacının talebini” reddeder; davalının savunmasını kısmen haklı görürse “davacının talebini” kısmen kabul eder ve nihayet savunmayı haklı görmezse de “davacının talebini” kabul eder.

mahkemenin karşı davayı haklı bulması halinde karşı davayı açan davalı lehine meselâ tazminata hükmetmesi mümkündür. Görüleceği üzere davalı karşı dava açmayıp sadece savunmada bulunduğu, mahkeme davayı reddetmekle kalacakken, davalının karşı dava açması halinde mahkeme asıl davayı reddetmekle kalmayıp davacının talebi doğrultusunda karar verebilmektedir.

Kuşkusuz, davalı karşı dava açmak yerine müstakil bir dava açmak suretiyle de taleplerini ileri sürebilir; ne var ki bunun için yetkili mahkemeye, meselâ davalının yerleşim yerinin bulunduğu mahkemeye başvurması gerekir. Hâlbuki, karşı dava açan bir davalı, yetki kurallarına uyma gerekliliğinin yarattığı külfetten kurtularak, aleyhine açılmış davayı gören mahkeme nezdinde (meselâ kendi yerleşim yeri mahkemesi nezdinde) karşı davasının görülmesi imkânından yararlanır.

“Mahallî” usûl hukuku alanına baktığımızda, hemen hemen her ülkenin “mahallî” usûl hukuku kurallarının, “mahkeme yargılaması” alanında, davalılara belli bazı şartlar dahilinde, “karşı dava” açma olanağını tanıdığını görürüz^{19 20}(*Counterclaim / Demande Reconventionelle /Widerklage*). Türk hukuku da bir dava ile muhatap olan davalının, dava edildiği mahkeme nezdinde –belli şartların²¹ yerine gelmiş olması koşuluyla- karşı dava açmasına imkân tanımakta, yetki kurallarına uyma zorunluluğunun getirdiği külfetten kurtulan²² davalı da böylelikle, muhatap olduğu davayı (asıl davayı) gören mahkeme nezdinde (meselâ yerleşim yerinin bulunduğu mahkeme nezdinde), davacıya karşı dava açmak ve talebinin bu mahkemece hüküm altına alınmasını sağlamak imkânına kavuşmuş olur.

Bakışımızı mahallî alandan “milletlerarası” alana çevirdiğimizde de karşı dava açmanın belli şartlar çerçevesinde gerek yabancılik unsuru taşıyan özel hukuk alanına

19 Wolfgang Eickhoff, *Inländische Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit für Aufrechnung und Widerklage* (Duncker&Humblot 1986) 126; Jochen Schröder, *Internationale Zuständigkeit* (Westdeutscher Verlag 1971) 591; Constantine Antonopoulos, *Counterclaims Before The International Court of Justice* (Springer 2011) 1.

20 Bir dava ile muhatap olan davalıya, davanın görüldüğü yargı mercii nezdinde “karşı dava” açma imkânı tanınmasının altında sadece davalı için bir kolaylık sağlama amacı değil, aynı zamanda taraflar arasındaki ihtilâfın yargı merciince bütün yönleriyle anlaşılıp değerlendirilmesini sağlama amacı yatar. Mahkeme, asıl dava ile birlikte karşı davayı görmek suretiyle taraflar arasındaki ilişki hakkında daha kapsamlı bilgi edinir. Diğer yandan, asıl davayı gören yargı merciinin karşı davayı da görmesi olanağının sağlanması, birbiriyile bağlantılı meseleler hakkında verilen kararların birbiriyile uyumlu olmasına hizmet eder; diğerlerinin yanında bkz. İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, *Medeni Usûl Hukuku Dersleri* (Vedat 2015) 459 para 877 Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, cilt 2 (Yetkin 2020) 1177; Şanal Görgün, Levent Börü, Barış Toraman ve Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku* (8inci baskı Yetkin 2019) 409; Jan Paulsson and Georgios Petrochilos, *Revision of The UNCITRAL Arbitration Rules* 92, para 172 <uncitral.org/pdf/english/news/arbrules_report.pdf> Erişim 1 Mayıs 2020.

21 Karşı dava açılabilmesi için aranan şartlar 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun, 13. ve 132. maddelerinde yer almaktadır. Bu hükümlere göre: (i) asıl davanın açılmış ve hâlen görülmekte olması (HMK m. 132/1(a)), asıl davaya konu talep ile davalının talebi (karşı talep) arasında takas veya mahsup ilişkisinin bulunması yahut da asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı bulunması (HMK m. 132/1(b)) ve nihayet karşı dava bakımından kesin yetkinin söz konusu olmaması (HMK m. 13/1) şartlarının bir arada bulunması halinde, davalıların asıl davayı gören mahkeme nezdinde karşı dava açmaları mümkündür.

22 Postacıoğlu ve Altay (n 20) 459 para 877.

ilişkin uyuşmazlıkların yargılanmasında²³, gerekse de devletler hukuku yargılaması alanında²⁴ prensip olarak mümkün olduğunu görürüz. Meselâ Uluslararası Adalet Divanı'nın²⁵ yargılama kurallarının²⁶ 80. maddesi, belli şartları taşıyan karşı davaların hükme bağlanmasını mümkün kılan bir hüküm içermektedir.

Yatırım tahkimi davalarının büyük çoğunluğunun görüldüğü ICSID tahkimi de, devletlerarası bir sözleşme olan ICSID Konvansiyonu²⁷ çatısı altında yürütüldüğünden bir devletler hukuku yargılaması olarak nitelendirilebilmekte olup²⁸, ICSID Konvansiyonu'nun 46. maddesinde, karşı davaların -belli şartlar çerçevesinde- hakemlerce hükme bağlanmasını öngören bir hüküm yer almaktadır. ICSID Konvansiyonu'na tâbi olmayan yatırım tahkimi davalarının çoğunun tâbi olduğu kurallardan UNCITRAL Tahkim Kuralları²⁹ da aşağıda genel hatlarıyla ele alacağımız üzere, karşı davalara ilişkin bir düzenleme içerir. Aşağıda ICSID Konvansiyonu'nun ve UNCITRAL Tahkim Kurallarının karşı davaların hakemlerce hükme bağlanabilmeleri için öngördükleri şartları inceleyecek olmakla birlikte, yatırım tahkimi davalarının tâbi olabileceği diğer kurallar olan Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kuralları, ICC Kuralları ve ICSID İlâve Mekanizma Kuralları'nın (ICSID Additional Facility Rules) aradıkları şartları, gerek bu diğer kurallara teb'an yürütülen yatırım tahkimi davalarının sayıca az olup³⁰ karşı davalara ilişkin olarak aşağıda ele alacağımız kararların çoğunun ICSID Konvansiyonu ve UNCITRAL Tahkim Kurallarına tâbi yürütülmüş davalarda verilmiş kararlar olmaları, gerekse de bu diğer kuralların karşı davalar bakımından aradıkları şartların esas itibarıyla, ICSID Konvansiyonu ile UNCITRAL Tahkim Kurallarının

- 23 Ana hatlarıyla temas edecek olduğumuzda, milletlerarası özel hukuku alanı bakımından, Türk mahkemelerinde görülmekte olan yabancılık unsuru içeren davaların muhatabı olan davalıların 5718 sayılı MÖHUK'un 40. maddesinin iç hukukun yetki kurallarına yaptığı gönderme çerçevesinde, HMK'un karşı davalar bakımından aradığı şartların yerine gelmiş olması koşuluyla, asıl davayı gören Türk mahkemesi nezdinde yabancılık unsuru içeren bir ihtilâfa ilişkin karşı dava açmalarının mümkün olduğu söylenebilir; bununla birlikte kanaatimizce karşı dava konusunu teşkil eden ihtilâf bakımından bir yabancı mahkeme yetkili kılınmış olup, Türk mahkemesinin bu ihtilâf hakkında açılmış karşı dava bakımından milletlerarası yetkisinin bulunmadığı ileri sürüldüğünde, Türk mahkemesi yetkisizlik kararı vermemlidir. Yabancılık unsuru içeren özel hukuk ihtilâflarına ilişkin mahkeme ve tahkim yargılamasında karşı davalar konusunda bkz. İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıklara İlişkin Mahkeme ve Tahkim Yargılamasında Takas* (Vedat 2015) 245 ff.
- 24 Antonopoulos (n 19) 1. *Antonopoulos*, Uluslararası Adalet Divanı yargılamasında karşı davaların açılmasına imkân tanınmasının altında yatan sebebin, Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38/c maddesinde, uygar uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerinin, Divan'ın dikkate alacağı kaynaklardan biri olarak gösterilmiş olması olduğunu belirtmekte, böylece karşı dava açma imkânı tanınmasını genel bir hukuk ilkesi olarak konumlandırmaktadır; Antonopoulos, (n 19) 1
- 25 Uluslararası Adalet Divanı'nın kurucu statüsü için bkz. RG 24 Ağustos 1945-6092.
- 26 1 Temmuz 1978'de yürürlüğe giren Uluslararası Adalet Divanı'nın Usul Kuralları <www.icj-cij.org/en/rules>.
- 27 Bkz (dnp.2).
- 28 "Bir mahkemenin uluslararası nitelikli olabilmesi için görev, kuruluş ve süreçlerini belirli bir uluslararası hukuk kaynağından (uluslararası sözleşmeler, anlaşmalar gibi) alıyor olması gerekmektedir". Dikran M. Zenginkuzucu, *Devlet ve yabancı Yatırımcılar Arasında Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi ICSID'in Kuruluşu ve İşlevi* (İstanbul Üniversitesi Doktora Tezi, 2012) 141 <<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/48843.pdf>> Erişim 10 Mayıs 2020.
- 29 UNCITRAL Tahkim Kurallarının 2010 yılında revize edilmiş şeklinin Türkçe tercümesi için bkz. Ergun Özsunay, *UNCITRAL Tahkim Kuralları* (İstanbul Ticaret Odası Yayınları 2011).
- 30 ICSID Merkezince hazırlanmış istatistik verilerini içeren rapora göre, 2020 yılının ilk yarısında açılmış toplam 61 yatırım tahkimi davasından; 37'si ICSID Konvansiyonu'na, 16'sı UNCITRAL Tahkim Kurallarına, 3'ü ICSID İlâve Mekanizma Kurallarına ve nihayet 5 dava da diğer tahkim kurallarına tâbi olarak yürütülmüştür; (2020) 2 The ICSID Caseload-Statistics, Issue 22, <icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The%20ICSID%20Statistics%20%282020-2%20Edition%29%20ENG.pdf> Erişim 10 Mayıs.

aradıkları şartlarla aynı olması nedeniyle ele almayacağız. Yine, ICSID’in Tahkim Yargılamasına ilişkin Usûl Kurallarının karşı davalara ilişkin 40. maddesini de, ICSID Konvansiyonu’nun 46. maddesi ile örtüştüğünden, bu çalışmada incelemeyeceğiz.

B. ICSID Konvansiyonu’nun Karşı Davalara İlişkin Şartları

ICSID Konvansiyonu kurallarına tâbi bir davaya karşı açılmış bir karşı davanın hangi şartlarda hakemlerce hükme bağlanabileceği, ICSID Konvansiyonu’nun 46. maddesinde düzenlenmektedir. Esasen ICSID Konvansiyonu’nun 46. maddesi, sadece karşı davalara ilişkin olmayıp; faiz gibi bağlantılı talepler ile ek talepler³¹ bakımından da hüküm içermektedir. Bu bağlantılı ve ek talepler inceleme konumuzun kapsamı dışında kaldığından 46. maddenin, bağlantılı ve ek taleplere ilişkin kısmını hariç tutarak, sadece karşı davalara ilişkin olan kısmını dikkate aldığımızda, karşı davalar bakımından şöyle tercüme edilebilecek bir hüküm içerdiğini görürüz:

“Taraflarca aksi yönde kararlaştırmış olmadıkça, hakem heyeti, doğrudan uyuşmazlığın konusuyla bağlantılı³² (doğrudan uyuşmazlığın konusundan kaynaklanan³³) tüm karşı davalar hakkında, tahkim rızasının kapsamı içinde olmaları ve diğer yönlerden Merkezin yetkisi dahilinde olmaları koşuluyla, hüküm³⁴ vermelidir.

Şu hâlde ICSID Konvansiyonu’nun 46. maddesi uyarınca, hakemlerin bir karşı davayı karara bağlayabilmeleri için:

- i- Karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olması,
- ii- Tarafların aksi yönde anlaşmış olmamaları, yani, hakemlerin karşı davaları ele alamayacakları konusunda tarafların anlaşmamış olmaları,
- iii- Karşı davanın konusunun, asıl davanın konusu ile doğrudan bağlantılı olması,

31 Esasen hükümde “ek ve ikincil talepler” şeklinde tercüme edebileceğimiz, “ incidental and additional claims” terimleri kullanılmıştır. Hükümde geçen “incidental claim” ve “additional claim” ifadelerinin içeriğinin birbirinden hangi yönler bakımından ayrıldığına tanımlanmasının pek mümkün olmadığı hakkında açıklamalar için bkz. Cristoph H Schreuer, Loretta Malintopi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *The ICSID Convention* (2nd edn, Cambridge University Press 2009) 740 para. 32.

32 ICSID Konvansiyonu’nun Fransıca metnine bakıldığında, karşı davanın asıl davaya konu uyuşmazlığın konusuyla “bağlantılı olması”nın arandığını görürüz. Konvansiyon’un Fransızca metninin ilgili kısmı şu şekildedir:

“... demandes ... reconventionnelles se rapportant directement à l’objet du diffend...” Konvansiyonun bağlayıcı olarak düzenlendiği İngilizce, Fransıca ve İspanyolca lisanlarından biri olmamakla birlikte, Konvansiyon’un Almanca tercümesine de bakmakta yarar bulunmaktadır. Almanca tercüme metinde de karşı davanın, asıl davanın konusuyla bağlantılı olmasının arandığını görürüz. Almanca metinde şu ifade geçmektedir: “... mit dem Streitgegenstand zusammenhängende...Anträge nach Art der Widerklage...”

33 Konvansiyon’un İngilizce metninde “bağlantı” değil, “kaynaklanma” ifadeleri kullanılmıştır. Konvansiyon’un İngilizce metninin ilgili kısmı şöyledir: “... counterclaims arising directly out of the subject-matter of the dispute...”

34 Hüküm, yargılamanın sonunda uyuşmazlığın esası hakkında verilen nihai karar olup, usûle ilişkin nihai kararlar hüküm olarak adlandırılmaz (HMK m. 294/1). Bu çalışmada da hüküm ile usûle ilişkin nihai kararlar arasındaki farkı göz önünde bulundurarak, karşı davanın hakemlerce esas yönünden incelenip maddî hukuka ilişkin karar verilmesini ifade etmek için bilhassa “hükme bağlama” ifadesini kullanacağız.

iv- Karşı davanın, diğer yönlerden de (yani ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesinin öngördüğü diğer şartlar bakımından da) ICSID hakemlerinin yetkisi idahilinde olması gerekir.

Görülebileceği üzere, bu şartlardan (i) ve (ii) başlıkları altında yer alan iki şart, tarafların tahkim iradesi ile ilintili olup, bir madalyonun iki yüzü gibidir³⁵. Bu nedenle çalışmamızda anlatım kolaylığı sağlamak amacıyla “karşı davanın tahkim rızası kapsamı içinde olması” ifadesiyle bu iki şarta bir arada işaret edeceğiz. Şunu da bu noktada belirtmeyi ihmal etmeyelim ki, her ne kadar (i) ve (ii) başlıkları altında yer alan iki şartı genellikle bir arada ele alacağımızı, bu iki şartın bir madalyonun iki yüzü gibi görüldüğünü belirtiyor olsak da uygulamada bu iki şart bazen davacı ve davalı taraflarca, sadece biri dikkate alınıp diğeri ise hiç dikkate alınmadan ortaya konabilmiştir³⁶.

Yukarıdaki şartlardan, (iii) başlığı altındaki şart, karşı dava ile asıl dava arasında bağlantı bulunması gerekliliğine ilişkin şart olup, aranan bağlantının sıklık derecesine göre değişiklik gösterebilse de mahallî usûl kuralları dahil, yargılama kurallarının çoğunda aranan “bağlantılı olma” şartına ilişkindir. Nihayet (iv) başlığı altında yer alan şart ise, genel olarak ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesinin ICSID Merkezinin yetkisi bakımından öngördüğü koşullardan, “tahkim iradesinin mevcut olması” koşulu haricindeki (zira ‘i’ ve ‘ii’ başlıkları zaten tahkim iradesi ile ilgilidir) diğer tüm koşulların da yerine gelmiş olması gerekliliğini öngören şarttır. İşte (iv) başlığı altındaki bu şart nedeniyle meselâ karşı davanın da konusunun “yatırımdan” kaynaklanması, yatırımcının tâbi olduğu devletin ve ev sahibi devletin ICSID Konvansiyonu'na taraf olması gerekir. Karşı davanın tahkim rızasının kapsamı içinde olması koşulu dışında ICSID Tahkim Merkezinin yetkisi bakımından aranan diğer koşulların sağlanmış olmasına ilişkin olup yukarıda (iv) başlığı altında işaret ettiğimiz bu şartı ele almamıza bu çalışmanın dar kapsamı izin vermediği gibi Türk doktrininde ICSID Tahkim Merkezinin yetkisi hakkındaki ayrıntılı pek çok incelemenin mevcudiyeti karşısında gerek de bulunmamaktadır³⁷.

35 Jean E. Kalicki / Mallory B. Silbermann, Case Comment: Sprydon Roussalis v Romania, (2012) 27 (1) ICSID Review 9, 13.

36 Meselâ aşağıda ayrıntılı olarak ele alacağımız *Roussalis* davasında (n 16), davalı ev sahibi devlet, tatbik alanı bulan YTKS'de “karşı davaların açılmasına engel teşkil eden bir hükmün yer almadığını”, bu nedenle karşı davalar bakımından da tahkim rızasının bulunduğunu ileri sürüp, hakemlerin karşı dava bakımından yetkili olduklarını yukarıda (ii) başlığı altında işaret ettiğimiz şarta dayanarak ortaya koymaya çalışmıştır. Buna mukabil yatırımcı ise, “karşı davaların tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olmadığını” ileri sürüp yukarıda işaret ettiğimiz şartlardan sadece (i) başlığı altındaki şarta dayanıp, (ii) başlığı altındaki şarta ise hiç değinmeksizin hakemlerin yetkisiz olduğunu ortaya koymaya çalışmıştır. Tarafların bu iddialarının ve hakemlerin bu iddialara ilişkin değerlendirmelerinin yorumu için bkz. Kalicki and Silbermann (n 35) 13.

37 Türk doktrinindeki incelemeler için bkz (n 17)

C. UNCITRAL Tahkim Kurallarının Karşı Davalara İlişkin Şartları

Günümüzde yatırım tahkimi davalarının azımsanmayacak bir kısmı UNCITRAL Tahkim Kuralları çerçevesinde görülmektedir. UNCITRAL Tahkim Kuralları ilk olarak 1976 tarihinde yayınlanmış olsa da bu kurallar önce 2010 tarihinde ardında da 2013 tarihinde tadil edilmiştir. 2013 tarihinde yapılan tadil esas itibarıyla “YTKS’lere istinaden açılan yatırım tahkimi davalarının şeffaflığına” ilişkin kuralların eklenmesinden ve bu durumu açıklayan bir fıkranın tahkim kurallarının birinci maddesine eklenmesinden ibaret olmuştur, bu iki yenilik haricindeyse UNCITRAL Tahkim Kurallarının 2010 tarihli versiyonun metni ile 2013 tarihli metin aynıdır.

Günümüzde görülen bir tahkim davasında tüm bu versiyonlardan birinin tatbik alanı bulması mümkündür. Şöyle ki; UNCITRAL Tahkim Kurallarının, gerek 2010 gerekse de 2013 tarihli versiyonlarının 1/2. maddesi uyarınca, 15 Ağustos 2010 tarihi itibarıyla akdedilen tahkim sözleşmeleri bakımından, “ taraflar aksini kararlaştırmış olmadıkça”, prensip olarak UNCITRAL Tahkim Kuralları’nın tahkim davasının başladığı tarihte güncel olan versiyonu tatbik alanı bulacak olmakla birlikte, aynı maddenin devamında bilhassa YTKS’lerde yer alan tahkim klozları ile ilgili olduğu anlaşılan bir hüküm yer almakta ve maddenin getirdiği prensibin 15 Ağustos 2010 tarihinden önce yapılmış tahkim önerilerinin kabulü yoluyla kurulan tahkim anlaşmaları bakımından tatbik alanı bulmayacağını öngörmektedir. Buna göre, YTKS’lerde yer alan ve ev sahibi devletin yatırımcılara yaptığı bir tahkim önerisi olarak kabul edilen tahkim klozlarına istinaden yatırımcılar tarafından tahkime başvurulduğunda, UNCITRAL Tahkim Kurallarının çeşitli versiyonlarından hangisinin tatbik alanı bulacağı konusunda tahkim davasının açıldığı tarih belirleyici olmayacaktır. UNCITRAL Tahkim Kuralları uyarınca, 15 Ağustos 2010 tarihinden önceki bir tarihte akdedilmiş bir YTKS’de yer alan tahkim klozuna istinat eden bir yatırım tahkimi davası, 15 Ağustos 2010 tarihinden sonra açılmış olsa da bu tahkim davasında UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli versiyonu tatbik edilecektir. Bunun tek istisnası, tatbik alanı bulan YTKS’de yer alan tahkim klozunun, dava açıldığı sırada güncel olan UNCITRAL Tahkim Kurallarının tatbik edileceğini öngörmesidir³⁸. Dolayısıyla, ‘prensip olarak’ 15 Ağustos 2010 tarihinden önce akdedilmiş tüm YTKS’ler bakımından UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli versiyonunun tatbik alanı bulacak olduğunu söylemek mümkündür.

UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli versiyonunun karşı davalara ilişkin maddesi, aşağıda ele alacağımız davaların bazılarında³⁹, hakemlerin karşı davayı

38 *Lalive ve Hallonen*, sözünü ettiğimiz istisnai duruma örnek teşkil etmek üzere, Çek ve Slovak Cumhuriyetlerinin Finlandiya ile akdetmiş oldukları YTKS’nin 8/1. maddesinde yer alan tahkim klozunu göstermektedirler; Pierre Lalive and Laura Halonen, ‘On The Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration’ (2011) Czech Yearbook of International Law 141, 146 dpn 15 <lalive.ch/data/publications/pla_lha/availability_counterclaims_inv treaty_arb2011.pdf> Erişim 1 Mayıs 2020.

39 Aşağıda ele alacağımız *Saluka* davası (n 10) ve *Paushok* davası (n 41) UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli versiyonu çerçevesinde görülmüş olup, her iki dava da karşı davanın asıl dava ile bağlantılı olması şartını yerine getirmedikleri gerekçeyle esas yönünden incelenmeksizin reddedilmiştir.

hükme bağlamalarına engel teşkil etmiş bir hüküm içermektedir. Şöyle ki; 1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kurallarına göre, karşı davanın hükme bağlanabilmesi için, karşı davaya konu uyuşmazlığın asıl davaya konu uyuşmazlığın kaynaklandığı sözleşme ile “aynı sözleşmeden” kaynaklanması gerekmektedir. UNCITRAL Tahkim Kurallarının sözünü ettiğimiz 1976 tarihli versiyonunun içerdiği bu kurala göre, uyuşmazlıklar istinat ettikleri ‘vakıalar’ itibarıyla birbiriyle yakından bağlantılı olsa dahi, asıl davaya konu uyuşmazlığın kaynaklandığı ‘sözleşmeden’ farklı bir ‘sözleşmeye’ dayanan karşı davalar hükme bağlanamayacaktır.

Bu noktada UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli metninde geçen “aynı sözleşme” ifadesinin de üzerinde durmak zorunludur. Burada “aynı sözleşme” olarak tercüme ettiğimiz ifade, UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli versiyonunun İngilizce metninde “same contract” sözleriyle ifade edilmektedir. Burada geçen “contract” ifadesi, doğrudan uyuşmazlığın tarafları arasında akdedilmiş bir sözleşmeyi meselâ bir imtiyaz sözleşmesini kapsar. Buna mukabil “contract” kelimesiyle değil ama “agreement” veya “treaty” gibi kelimelerle ifade edilebilen bir milletlerarası anlaşmayı yani bir YTKS’yi esas itibarıyla kapsamaz⁴⁰.

Karşı davaya konu uyuşmazlığın, asıl davaya konu uyuşmazlıkla “aynı sözleşmeden” kaynaklanmasını arayan 1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kurallarının 19/3. maddesi, zamanla pek çok yönden eleştirilmiştir; meselâ *Paushok* davasını⁴¹ gören hakemler, hemen yukarıda işaret ettiğimiz üzere “contract” teriminin esas itibarıyla YTKS’lerden kaynaklanan uyuşmazlıkları kapsamıyor oluşunu eleştirmişlerdir⁴². Diğer yandan, ICC veya Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA) gibi saygın ve faal tahkim kurumlarının yargılama kurallarında aranmayan aynı “sözleşmeden (contract)” kaynaklanma şartının UNCITRAL Tahkim Kurallarında aranıyor olması da eleştirilmiş⁴³, “sözleşme dışı hukukî ilişkilerden” kaynaklanan uyuşmazlıkların da tahkim yoluyla çözümlenebileceği yönündeki günümüz anlayışı karşısında, asıl davaya konu uyuşmazlık ile karşı davaya konu uyuşmazlığın “aynı sözleşmeden” kaynaklanmasının şart koşulmasının anlamını büsbütün yitirdiği ifade edilmiştir⁴⁴. İşte tüm bu eleştiriler UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli versiyonunun 19/3. maddesinin tadil edilmesi gerektiğini ortaya koymuş, neticede, karşı davalara ilişkin bu hüküm, UNCITRAL Tahkim Kurallarının 2010 tarihli versiyonuna alınmamış, karşı davalara ilişkin yeni bir hüküm getirilmiştir. Karşı davalara ilişkin yeni hüküm, UNCITRAL Tahkim Kurallarının gerek 2010 tarihli versiyonun gerekse de 2013 tarihli versiyonunun 21/3. maddesinde yer almaktadır.

40 Paulsson and Petrochilos (n 20) 3

41 Sergei Paushok, *CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftgaz Company v. The Government of Mongolia*, Award on Jurisdiction and Liability (UNCITRAL) 28 April 2011 <italaw.com/cases/documents/817>.

42 *ibid* para 687.

43 Paulsson and Petrochilos, (n 20) 92 para173.

44 Paulsson and Petrochilos, (n 20) 69 dnp. 149.

UNCITRAL Tahkim Kurallarının 2010 ve 2013 tarihli versiyonlarının 21/3. maddesinde yer alan karşı davalara ilişkin hüküm şöyledir: “*Davalı, hakem heyetinin karşı dava bakımından yetkili olması koşuluyla, karşı dava açabilir*”. Görüleceği üzere, bu hükmün karşı davanın açılabilmesi bakımından “*hakem heyetinin yetkili olması*” şartını getirmiş olması, davalının açacağı karşı dava bakımından hakemlerin yetkilerinin belirlenmesinde kullanılabilecek kesin bir ölçüt sunmamaktadır. UNCITRAL Tahkim Kurallarının 2010 ve 2013 tarihli metinleri “bağlantılı olma” şartı bakımından da açık bir hüküm içermemektedir. “Bağlantılı olma” şartı bakımından açık bir hüküm getirilmemiş olmasının ise nasıl yorumlanması gerektiği konusunda görüş birliği yoktur; bir görüşe göre asıl dava ile karşı davanın bağlantılı olması hiç aranmamaktadır⁴⁵, bir başka görüşe göre ise, UNCITRAL Tahkim Kurallarında “bağlantı şartına” açıkça yer verilmemiş olması, asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı bulunmasının hiç aranmadığı anlamına gelmemektedir. Bu ikinci görüşe göre, UNCITRAL Tahkim Kurallarının 21/3. maddesinin aradığı, “karşı dava bakımından hakemlerin yetkili olması” şartı içinde, asıl dava ile karşı dava arasında bir ölçüde bağlantının bulunması gerekliliği de yer almaktadır⁴⁶, ancak bağlantının ölçütü hakemlere bırakılmıştır⁴⁷. Kanaatimizce, üzerinde fikir birliği bulunmayan bu meseleye, usûl hukuku alanında karşı davaların açılabilmesinin kabul ediliyor olmasının altında yatan temel sebep dikkate alınmak suretiyle yaklaşılmalıdır. Karşı davaların asıl davayı gören hakemler nezdinde açılmasına imkân verilmesinin altında yatan sebep, hâkimin “bir davayla ilgili” olan bütün yönleri görebilmesinin sağlanması ve “bağlantılı davalar” hakkında birbiriyle çelişen kararların ortaya çıkmasına engel olunmasıdır. Bu amaç dikkate alındığında genel olarak karşı davanın asıl dava ile bağlantılı olması şartının aranması gerektiğini söylemek mümkündür. Diğer yandan bu sorunu ele alırken, tahkimin temel özelliklerinden birinin de yargılamayı yapacak hakemlerin taraflarca seçilmesi olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Asıl dava ile bağlantısı bulunmayan bir talebe ilişkin karşı dava açıldığında, karşı dava asıl davanın tâbi olduğu tahkim klozunun aynısına da tâbi olsa, karşı davanın muhatabı, karşı davanın kendine has özellikleri sebebiyle, asıl davayı gören hakemlerin karşı davayı da görmelerini istemediği yolunda, haklı görülebilecek bir itiraz da ileri sürebilecektir. Netice itibarıyla, kanaatimizce de UNCITRAL Tahkim Kurallarında, karşı davanın asıl davayla bağlantılı olması gerekliliği açıkça düzenlenmiş olmasa da,

45 Thomas Kendra, ‘State Counterclaims in Investment Arbitration – A New Lease of Life?’ 2013 (29) *Arbitration International* 575, 582.

46 Nitekim, BM nezdinde yapılmış toplantılarda da, karşı davaya konu talebin sadece asıl davaya konu talep ile aynı sözleşmeden doğması halinde değil, daha geniş kapsamlı hallerde karşı dava yoluyla ileri sürülmesine imkân tanımak istendiği belirtilmiş, ancak herhangi bir bağlantının bulunması gerekliliğinin aranmayacağı olduğu da hiç belirtilmemiştir; Report of Working Group II 50 Session, (9-13 February 2009), A/CN.9/669, 9, para. 30-31. <undocs.org/en/A/CN.9/669>. Ayrıca bkz. Working Group II, 51. Session, (14-18 September 2009) A/CN.9/WG.II/WP.154/Add.1, 5, para 12. <undocs.org/en/A/CN.9/WG.II/WP.154/Add.1>. Ayrıca bkz. Clyde Croft, Christopher Kee and Jeffrey Waincymer, *A Guide To The UNCITRAL Arbitration Rules* (Cambridge University Press 2013) 234; Hege Elisabeth Kjos, *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law* (Oxford Scholarship Online 2013) 148 <oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199656950.001.0001/acprof-9780199656950-chapter-4> Erişim 3 Ağustos 2020.

47 Croft, Kee and Waincymer (n. 46) 234.

iki dava arasında bir ölçüde bağlantının bulunması gereklidir⁴⁸, ancak bu bağlantının UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli metninin öngördüğünden farklı olarak, karşı davaya konu uyumsuzluğun, asıl davaya konu uyumsuzlukla “aynı sözleşmeden” kaynaklanması şeklinde sıkı bir bağlantı olması aranmamalı, iki davanın “vakıaları” arasında bağlantı bulunması yeterli kabul edilmelidir.

D. ‘Yetki Şartı’ ve ‘Kabul Edilebilirlik Şartı’ Ayrımı Çerçevesinde Karşı Davalar Bakımından Aranan Şartların Niteliği

Yatırım tahkimi alanında, bir davanın hakemlerce hükme bağlanmasının mümkün olup olmadığı ele alınırken, sorunun bazı yönlerinin ‘yetki meselesi’ diğer bazı yönlerinin ise ‘kabul edilebilirlik meselesi’ şeklinde iki ayrı başlık altında sınıflandırılmasıyla gerek doktrinde gerekse de hakem kararlarında giderek daha sık karşılaşılmaktadır⁴⁹.

Diğer yandan, henüz hangi meselelerin yetki, hangilerinin kabul edilebilirlik meselesi olarak kabul edilebileceği konusunda yerleşmiş bir anlayış bulunmamakta, hatta yetki ve kabul edilebilirlik ayrımını yapmanın pek de gerekli olmadığı yönünde ifadeler içeren ICSID kararlarına da rastlanabilmektedir⁵⁰.

Yetki ve kabul edilebilirlik meseleleri bakımından ayırım yapmanın pratik sonucu nedir sorusuna verilen cevabın hakem kararlarının kontrolü aşamasında ortaya çıktığı, ‘yetkiye’ ilişkin meselelerin, hakem kararlarının iptali ve tenfizi davaları yoluyla kontrole tâbi olan meselelerken, ‘kabul edilebilirliğe’ ilişkin meselelerin, iptal ve tenfiz davalarında kontrole tâbi tutulamayacak meselelerden olduğu, ifade edilmektedir⁵¹. Diğer yandan, yetki ve kabul edilebilirlik ayrımının, hakemlerin davayı esas yönünden hükme bağlamalarının mümkün olup olmadığını belirlemek için yaptıkları incelemede izleyecekleri sıra bakımından da önem taşıdığı, hakemlerin evvelâ yetkiye ilişkin

48 Aynı gerekçelerle ICSID İlave Mekanizma Kurallarının tahkime ilişkin 47. maddesi bakımından da, her ne kadar asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı bulunması şartını açıkça öngörmüyor olsa da, bu maddenin uygulama alanı bulunduğu durumlarda asıl dava ile karşı dava arasında vakalar yönünden bir bağlantının aranmasının gerekli olduğu kanaatindeyiz. ICSID İlave Mekanizma Kuralları için bkz. <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/AFR_2006%20English-final.pdf> Erişim Tarihi 17 Mayıs 2020.

49 Mesela Paulsson, ilk kez 2005 yılında yayınlanmış olan makalesinde “yetki” ve “kabul edilebilirliğin” farklı meseleler olduklarını belirterek bu ayrımın yapılmasının gerekli olduğunu ileri sürmüştür. Bu makale daha sonraki tarihlerde başka kaynaklarda da yayınlanmıştır bkz Jan Paulsson, ‘Jurisdiction and Admissibility’, 2010 (30) Miami Law Research Paper Series, 601-17 <<http://ssrn.com/abstract=1707490>> Erişim Tarihi 23 Ağustos 2020. Ayrıca bkz Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press 2009) 141 ff. Türk doktrininde bu ayırım üzerinde durmuş yazarlar için diğerlerinin yanında bkz. meselâ Terzi (n 17) 114 ff; Bilgin Tiryakioğlu, ‘Yatırım Tahkiminde (Uyuşmazlık Çözüm Kayıtları Kapsamında) Yetki ve Kabul Edilebilirlik’ iç Hatice Özdemir-Kocasakal ve Süheyla Balkar (eds), *Tahkim Anlaşması*, (Oniki Levha 2020) 87-101.

50 Örnek olarak bkz. *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Case No ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, (14 January 2004), para. 33 <italaw.com/cases/documents/403>; *Giovanni Alemanni and Others v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/08 Decision on Jurisdiction and Admissibility (17 November 2014), para 257-259 <italaw.com/cases/documents/2784>. Yetki ve kabul edilebilirlik ayrımının yapılmasına gerek olmadığına ifade edildiği hakem kararları hakkında bilgi için bkz. Laurent Gouffès and Melissa Ordenez, ‘Jurisdiction and Admissibility: Are We Any Closer To A Line In the Sand?’ 2015 (31) *Arbitration International* 107, 112 ff.

51 Diğerlerinin yanında bkz. Paulsson (n 49) 602; Douglas (49) 146 ff; Terzi (n 49) 116.

meseleleri ele almaları, yetkili olduklarına karar verdikten sonra ancak, kabul edilebilirliğe ilişkin meseleleri ele almaya geçmeleri gerektiği ifade edilmektedir⁵².

Ana hatlarıyla ifade edecek olursak, ”yetki” meselesinin doğrudan “*tahkim heyetinin*” yargılama kudreti ile ilgili olduğu, buna mukabil “kabul edilebilirliğin” hakem heyeti önüne getirilen “*davanın*” veya “karşı davanın” yapısı ile ilgili olduğu, yapısı itibarıyla bazı tür eksiklikleri içeren bir dava söz konusu olup bu eksik nedeniyle davanın esastan incelenmesinin uygun olmayacağı durumlarda, hakem heyetinin davayı görmeye yetkili de olsa, uyuşmazlığın esası hakkında “davanın kabul edilebilir olmadığı” gerekçesiyle karar veremeyeceği ifade edilmektedir⁵³. Yatırım tahkimi alanında hangi hususların “yetki” meselesi ile ilgili olduğu hangilerinin ise “kabul edilebilirlik” meselesi ile ilgili olduğu konusunda ittifak içinde kabul edilen kesin bir ayırım bulunmasa⁵⁴ da “tahkim rızasının bulunması”, “uyuşmazlığın yatırımdan kaynaklanması”, devletler arasında akdedilmiş bir YTKS’ye istinat edilen durumlarda ilgili “YTKS’nin yürürlükte olması”nın “*yetkiye*” ilişkin hususlar⁵⁵ olduğu buna mukabil, mesela tahkim kaydında tahkim davasının açılacağı süreye ilişkin bir sınırlama varsa, bu süre içinde davanın açılması veyahut da iç hukuk yollarının tüketilmesi zorunluluğu getirilmişse⁵⁶, bu zorunluluğun gözetilmesine ilişkin meselelerin “davanın kabul edilebilirliği” ile ilgili olduğu ileri sürülmektedir.

Karşı davalar bakımından da ‘yetki’ ve ‘kabul edilebilirlik’ ayırımının rol oynayıp oynamadığı sorusuna gelecek olduğumuzda, bazı hakemlerin, karşı davalar bakımından aranan şartlardan bir kısmını ‘yetki şartı’ diğer bir kısmının ise ‘kabul edilebilirlik şartı’ olarak nitelendirdiklerine işaret etmemiz gerekir. Karşı davalar bakımından aranan şartların ‘yetki şartı’ ve ‘kabul edilebilirlik şartı’ olma kıstaslarına göre ayrıldığını tespit ettiğimiz ilk dava, *Goetz* davasıdır⁵⁷. Bu davada hakemler, karşı dava ile asıl dava arasında “bağlantı bulunması şartının”, bir yetki şartı değil, bir kabul edilebilirlik şartı olduğunu belirtmişlerdir. *Goetz* davasını gören hakemlere göre, ev sahibi devletin açtığı karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olmasını arayan şart ve

52 Kendra (n 45) 590.

53 Bu konuda *Paulsson*, İsviçre Federal Mahkemesi’nin verdiği bir iptal kararına konu olmuş hakem kararına dayanak teşkil etmiş olan bir tahkim klotunu örnek göstererek açıklama yapar. Bu tahkim klotuna göre, taraflar aralarındaki uyuşmazlığı müzakere yoluyla çözemeyeceklerini anlamalarından itibaren 30 güne sınırlı bir süre içinde ancak tahkime başvurabilirler. Tahkim klotunun bu hükmüne rağmen, davacı 30 günlük süre geçtikten sonra tahkime başvurur. *Paulsson*’a göre burada tespit edilmesi gereken husus, tahkim kaydında tarafların iradesinin, bu 30 günlük süre geçtikten sonra tahkim davası olsun olmasın hiçbir dava açılmaması yönünde mi olduğu, yoksa 30 günlük süre geçtikten sonra bir tahkim davası şeklinde olmasa da mesela mahkemeler nezdinde dava açılmasını mümkün kılmak yönünde mi olduğudur. Tarafların iradesi, sadece tahkim yoluyla bir dava açılmasını engellemek olup, mahkemelere başvurulması imkânını açık tutmak yönündeyse, mesele, hakemlerin “yetkisi” meselesidir. Ancak tarafların iradesi 30 günlük süre geçtikten sonra uyuşmazlığın hiçbir şekilde dava edilememesi yönünde ise, mesele “davanın kabul edilebilirliği” ile ilgili bir meselesidir; *Paulsson* (n 49) 602 ff.

54 *Paulsson* (n 49) 608 vd.; *Gouiffes and Ordenez*, (n 50) 113 ff.

55 Hakem heyetinin tarafların tahkim anlaşmasına öngördükleri özelliklere sahip olmaları gibi hususlar da yetkiye ilişkindir; *Douglas* (n. 49) 143.

56 Diğerlerinin yanında bkz *Paulsson* (n 49) 602; *Işıl Egemen Demir, ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki* (Filiz 2014) 27; *Terzi* (n 49) 117.

57 *Antonie Goetz & Others and S.A. Affinage des Métaux v. Republic of Burundi*, ICSID Case No. ARB/01/2, Award (21 June 2012).

karşı davaya konu uyumsuzluğun yatırımdan kaynaklanmasını arayan şart “yetkiye” ilişkin şartlardır; buna mukabil, karşı davanın asıl davayla bağlantılı olmasını arayan şart, “kabul edilebilirlikle” ilgili bir şarttır⁵⁸.

Goetz davasının ardından *Metal-Tech* davasında⁵⁹ da hakemler, asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı bulunması şartını bir kabul edilebilirlik şartı olarak nitelendirmişlerdir⁶⁰. Asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı bulunması şartının doktrinde de ‘kabul edilebilirlik’ şartı olarak değerlendirildiği eserler bulunmakta olup, meselâ *Shreuer/ Malintopi/ Reinisch* ve *Sinclair*’in ICSID Konvansiyonu çerhinde, asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı bulunması şartı, bir ‘kabul edilebilirlik’ şartı olarak değerlendirilmektedir⁶¹. Bu çalışmamızda biz de asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı bulunması şartını, bir kabul edilebilirlik şartı olarak ele alacağız.

II. Karşı Davalara İlişkin Olarak Hakem Kararlarında Sergilenen Yaklaşımlar

Yukarıda da ele almış olduğumuz üzere, yatırım tahkimi alanında karşı davaların hükme bağlanabilmesi için aranan şartlar: (i) karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olması ve (ii) karşı davanın asıl dava ile bağlantılı olması şartları olmak üzere, ‘temel iki şarttır’⁶². Bu iki şart bilhassa *Saluka* davası⁶³ kapsamında verilmiş yetki kararından⁶⁴ bu yana, hakem heyetlerinin de bir karşı davayı esas yönünden ele alıp alamayacaklarına yönelik incelemelerinde üzerinde durdukları temel şartları teşkil etmektedir. Hakemlerin, sözünü ettiğimiz bu ‘temel iki şarta’ yaklaşımları ise, aşağıda ele alacağımız kararların ortaya koyacağı üzere, zaman içinde değişime uğramış olup, hâlen gelişmektedir.

Evvelâ şunu belirtmekle başlayalım ki, gerek ev sahibi devletle yatırımcı arasında akdedilmiş imtiyaz sözleşmeleri gibi sözleşmeler, gerekse de YTKS’ler, istisnaî birkaç

58 *ibid* para 275. *Goetz* davasında yetki ve kabul edilebilirlik bakımından yapılan ayırımın ayrıntılı değerlendirmesi için bkz Kendra (n 45) 587 ff.

59 *Metal-Tech Ltd v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No ARB/10/3, Award, 4 October 2013.

60 *ibid*, para 407.

61 *Shreuer, Malintopi, Reinisch and Sinclair* (n 31) 751, para 71. Aynı yönde *Lalive ve Halonen* (n 38) 144.

62 Belirtelim ki, karşı davalar bakımından aranan şartlar, burada ‘temel iki şart’ olarak adlandırdığımız iki şartla sınırlı değildir. Esasen gerek ICSID Konvansiyonu’nda gerekse de UNCITRAL Tahkim Kurallarında açıkça öngörülmemeyen, ancak karşı davaların genel niteliği gereği mahallî usûl hukuku alanında da aranan, derdest bir asıl davanın bulunması şartı, yatırım tahkimi alanında da aranır. Diğer yandan, ICSID Konvansiyonu sadece âkit Devletlere ve bunların vatandaşlarına yatırımdan kaynaklanan uyumsuzluklarıyla sınırlı bir tahkim yargılaması zemini sunduğundan, ICSID Konvansiyonu hükümlerine tâbi tahkim davaları kapsamında açılan karşı davalar bakımından ayrıca, ICSID Konvansiyonu’nun 25. maddesinde öngörülen diğer yetki şartlarının da gerçekleşmesi aranır (m.46). Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere (n 17 civarı) ICSID Konvansiyonu’nun 25. maddesinin aradığı yetki şartları, Türk doktrininde ayrıntılı biçimde ele alınmış olduğundan, karşı davalara mahsus özellikler içeren temel iki şart dışında kalan diğer şartları bu çalışmada ele almayacağız.

63 *Saluka* davası (n 10).

64 *Saluka* kararı (n 11).

örnek dışında⁶⁵ “karşı davalara” ilişkin açık bir hüküm içermezler. Hakemler, ev sahibi devletin açtığı karşı davayı esas yönünden inceleyip hükme bağlamalarının mümkün olup olmadığını belirleyebilmek için öncelikle, söz konusu karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olup olmadığını tespit etmelidirler. Kuşkusuz ki, karşı davanın dayandırıldığı ‘ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki sözleşmede’ veyahut da ‘YTKS’de’ “karşı davalara” ilişkin açık bir hükmün yer aldığı hallerde, hakemler, ev sahibi devletin açtığı karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olup olmadığını “karşı davalara” ilişkin bu hükmü tatbik etmek suretiyle tespit ederler. Ne var ki, ev sahibi devletle yatırımcı arasında akdedilen sözleşmelerin çoğu ve yine YTKS’lerin çoğu “karşı davalara” ilişkin özel bir hüküm içermediğinden, hakemler, “ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki sözleşmede” veyahut da “YTKS’de” yer alan başka hükümlere başvururlar (gerçi, aşağıda ele alacağımız üzere⁶⁶ bazı hakemler YTKS’ler bakımından, yatırımcının hareketlerinin de belirleyici olduğunu ileri sürmüşlerse de bu görüş genel kabul görmüş değildir). İşte, karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olup olmadığı sorusuna cevap arayan hakemlerin başvurdukları hükümlerin başında, karşı davanın dayandırıldığı ‘ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki sözleşmede’ veyahut da ‘YTKS’de’ yer alan “tahkim klozu” gelir; hatta zaman zaman meselâ YTKS’lerde yer alan “uygulanacak hukuk klozları” dahi, hakemlerin karşı davaları görmelerinin mümkün olup olmadığı sorusuna yanıt bulmak için başvurdukları hükümlerden olmuştur.

Ev sahibi devletin açtığı karşı davayı hakemlerin esas yönünden incelemelerinin mümkün olup olmadığının belirlenmesinde esas alınan hüküm, ilgili tahkim klozunun hükmü olunca, karşı davanın “ev sahibi devletle yatırımcı arasında akdedilmiş bir sözleşmeye mi” istinat ettiği yoksa, bir ‘YTKS’ye mi’ istinat ettiği, belirleyici rol oynar; zira YTKS’ler, ‘ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki sözleşmelerden’ farklı özellikler arz eder⁶⁷. Ev sahibi devletle yatırımcı arasında akdedilmiş sözleşmeler (mesela imtiyaz sözleşmeleri) genellikle, sözleşmenin her iki tarafına da (yatırımcıya da ev sahibi devlete de) tereddüte yer vermez bir açıklıkla yükümlülükler getirir; tahkime başvurma hakkı bakımından da yatırımcıya tanıdığı hakkın aynısını ev sahibi devlete tanır. Buna mukabil, YTKS’ler genellikle sadece ev sahibi devletlerin yükümlülüklerini öngörüp, yatırımcılara

65 Meselâ Doğu ve Güney Afrika ülkeleri arasında oluşturulmuş ortak pazar olan COMESA’ya üye devletlerin akdetmiş oldukları 2007 tarihli COMESA Yatırım Anlaşmasının 28/9 maddesi uyarınca, bu sözleşme hükümleri çerçevesinde yatırımcının açtığı davanın muhatabı olan ev sahibi devlet, mahallî düzenlemelerine uymak da dahil olmak üzere, yatırımcının bu sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlâl ettiği veyahut da olası zararları azaltmak için gerekli önlemleri almadığı gerekçesiyle karşı dava açabilir. COMESA Yatırım Sözleşmesinin metni için bkz <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3092/download>>.

66 Bkz. aşağıda (n 161) civarı

67 Diğerlerinin yanında bkz Giray (n 17) 10.

yükümlülük getirmez⁶⁸. Tahkime başvurma hakkı konusunda da bazı YTKS'ler bu hakkı hem yatırımcıya hem de ev sahibi devlete tanır, bazıları tahkime başvurma hakkını açıkça sadece yatırımcıya tanır ev sahibi devlete bu hakkı tanımaz ve nihayet diğer bazıları da tahkime başvurma hakkını ev sahibi devlete tanıyıp tanınmadıkları konusunda açık bir düzenleme içermez. Diğer yandan, tatbik alanı bulan YTKS, ev sahibi devlete tahkime başvurma hakkını açıkça tanıyan bir hüküm içerse de içermese de, ev sahibi devletin bu YTKS'ye istinaden “müstakil” bir yatırım tahkimi davası açma olanağı neredeyse hiç yoktur; zira yatırımcının henüz uyuşmazlık çıkmadan YTKS'de yer alan tahkim önerisini kabul ettiği yönünde yazılı bir beyanda bulunması gibi uygulamada ancak nadiren rastlanacak bir durum⁶⁹ söz konusu olmadıkça, ev sahibi devletle yatırımcı arasında bir tahkim anlaşması kurulmuş kabul edilmez; yatırımcının tahkime başvurusuyla ancak ev sahibi devletle arasında bir tahkim anlaşmasının kurulmuş olduğu kabul edilir. Hâlbuki, ev sahibi devletin bir YTKS'ye değil de yatırımcıyla arasındaki -tahkime başvurma hakkını tanıyan- sözleşmeye istinat etmek suretiyle “müstakil” bir tahkim davası açmasının mümkün olduğunda kuşku yoktur. İşte bu sebeple de, ‘ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki bir sözleşmeye’ istinat etmek suretiyle yatırımcı tarafından açılmış bir yatırım tahkimi davasına karşı ev sahibi devletin karşı açmasının prensip olarak mümkün olduğu konusunda herhangi bir tereddüt duyulmazken, YTKS'lere istinat eden davalara karşı ev sahibi devletlerin karşı dava açmalarının mümkün olup olmadığı konusunda, yukarıda *Paulsson*'dan alıntılanmış olduğumuz sözlerin⁷⁰ de gösterdiği üzere uzun yıllar tereddüt yaşanmıştır; bu tereddüt ancak, 2004 yılında *Saluka* davası kapsamında verilmiş yetki kararıyla (*Saluka* kararı)⁷¹ hiç değilse teorik boyutta aşılabilmiştir.

Aşağıda ele alacağımız kararlara konu olmuş karşı davalar, ağırlıklı olarak YTKS'lere istinat eden karşı davalar olacaktır, zira karşı davaların hakemlerce hükme bağlanmasının mümkün olup olmadığına ilişkin sorunlar daha ziyade YTKS'lere istinat eden karşı davalar bakımından ortaya çıkmaktadır. Diğer yandan, YTKS'lere istinat etmek suretiyle de karşı dava açılmasının hiç değilse teorik olarak mümkün olduğunu ortaya koyan, bu yönüyle de bir dönüm noktasını teşkil eden *Saluka* davası kapsamında verilmiş yetki kararı günümüze dek belirleyici bir rol oynamış olduğundan, aşağıda karşı davalara ilişkin hakem kararlarını *Saluka* davasını esas almak suretiyle, *Saluka* kararı öncesi döneme ait kararlar ve *Saluka* kararı sonrası döneme ait kararlar şeklinde verildikleri dönemler itibarıyla sınıflandırıp, ele alacağız.

68 “Yatırım sözleşmeleri (ev sahibi devlet ile yatırımcı arasındaki sözleşmeler) ‘tarafalara’ sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler getirirken, yatırım anlaşması (YTKS) ‘devleti’ uluslararası yükümlülükler ile karşı karşıya bırakmaktadır (parantez içindeki bilgiler ve tımaç işaretleri yazar tarafından eklenmiştir)” Banu Şit Köşgeroğlu, *Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması* (Legal 2012) 270-271. Aynı yönde diğerlerinin yanında bkz. Kjos (n 46) 129; Lalive and Hallonen (n 38) 150; Michael Waibel and Jake W. Rylatt, ‘Counterclaims in International Law’ University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No: 60/2014, 9 <<https://ssrn.com/abstract=2511847>> Erişim 7 Ağustos 2020. Diğer yandan meselâ, aşağıda ele alınacak *Roussalis* davasına ilişkin kararda da, davada tatbik alanı bulan YTKS'nin yatırımcılara herhangi bir yükümlülük getirmediği hakemlerce ifade edilmiştir. *Roussalis* kararı (n 16) para 871.

69 Bkz. Shreuer, Malintopi, Reinisch and Sinclair (n 31) 203 para 420; Ataman-Figanmeşe (n 7) 122 ff.

70 Bkz yukarıda (n 6) civarı.

71 *Saluka* kararı (n 11)

A. *Saluka* Kararı Öncesi Dönemde Karşı Davalar

Saluka davası kapsamında verilmiş yetki kararından (*Saluka* kararından) önce açılmış karşı davaların çoğu, yatırımcıların, ev sahibi devletle aralarındaki bir sözleşmeye, meselâ bir imtiyaz sözleşmesine istinat ettirdikleri davalara karşı ev sahibi devletlerin açtığı karşı davalar olup, bu karşı davalarda ev sahibi devletler de yatırımcıyla aralarındaki sözleşmeye istinat etmişlerdir⁷². *Saluka* kararı öncesindeki dönemde yatırımcıların YTKS'lerde yer alan tahkim klozlarına istinat ettirdikleri davalara karşı ev sahibi devletlerin açmış oldukları karşı davalar ise sayıca çok azdır. Aşağıda, *Saluka* kararı öncesi dönemde karşı davalara yaklaşım konusunu, karşı davanın, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında akdedilmiş bir sözleşmeye mi yoksa bir YTKS'ye mi istinat ettiğine göre ayrılan iki başlık altında ele alacağız.

1. *Saluka* Kararı Öncesi Dönemde Yatırımcı ile Ev Sahibi Devlet Arasındaki Sözleşmeye İstinaden Açılan Karşı Davalar

Esas itibarıyla yatırımcının, davasını (asıl davayı) ev sahibi devletle arasındaki sözleşmenin, meselâ imtiyaz sözleşmesinin ihlâl edilmiş olduğu iddiasıyla bu sözleşmenin içerdiği tahkim klozuna istinat etmek suretiyle açtığı, ev sahibi devletin de muhatap olduğu bu davaya karşı aynı sözleşmeye⁷³ dayanarak karşı dava açtığı durumlarda, karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olup olmadığı sorunu ile pek karşılaşılmaz. Zira, YTKS'lerden farklı olarak, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında akdedilmiş imtiyaz sözleşmesi gibi sözleşmeler genellikle, sözleşmenin her iki tarafına da (yatırımcıya da ev sahibi devlete de) tereddüte yer vermez bir açıklıkla yükümlülükler getirir; tahkime başvurma hakkı bakımından da yatırımcıya tanıdığı hakkın aynısını ev sahibi devlete tanır⁷⁴.

Bu çerçevede meselâ *Klöckner*⁷⁵ ve *Atlantic Triton*⁷⁶ davalarında sırasıyla Kamerun ve Gine'nin açmış olduğu karşı davalar, ICSID hakemlerince esas yönünden incelenip hükme bağlanmıştır. Yatırımcıların, ev sahibi devletle aralarındaki sözleşmelerin ihlâl edilmiş olduğu iddiasıyla bu sözleşmelerde yer alan tahkim klozlarına istinat etmek suretiyle açtıkları *Klöckner* ve *Atlantic Triton* davalarında ev sahibi devletler

72 *Klöckner* davası kapsamında açtığı karşı davasında ev sahibi devletin dayandığı sözleşmenin, asıl davada yatırımcının dayandığı çerçeve sözleşme ile aynı sözleşme olmayıp, yatırımcının dayandığı çerçeve sözleşmeyle bağlantılı başka bir sözleşme olduğu hakkında bkz aşağıda (n 77)

73 *ibid.*

74 Bkz. yukarıda (n 68) civarı.

75 *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2. *Klöckner* davasının temelinde yatan uyumsuzluk ve davanın usulî seyri hakkında bilgi için bkz Nuray Eksi, *ICSID Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Beta 2009) 71ff.

76 *Atlantic Triton Company Limited v. Oeople's Revolutionary Republic of Guina*, ICSID Case No. ARB/84/1.

de aralarındaki sözleşmelerin⁷⁷ ilgili yatırımcı tarafından ihlâl edildiği iddiasıyla yine bu sözleşmelerde yer alan tahkim klozlarına istinat etmek suretiyle karşı davalarını açmışlardır. *Klöckner ve Atlantic Triton* davalarında yatırımcılar da ev sahibi devletler de aralarında akdetmiş oldukları sözleşmelere istinat etmiş olup aralarındaki bu sözleşmeler her iki tarafa yükümlülük getirip tahkime başvurma hakkını her iki tarafa da tanıdığından, ev sahibi devletlerin açtıkları karşı davaların tarafların tahkim rızasının kapsamına içinde olup asıl davayla bağlantılı oldukları açıktı.

Esas yönünden incelenip hükme bağlanmış olduğunu belirttiğimiz *Klöckner ve Atlantic Triton* davaları kapsamındaki karşı davalar bakımından bilhassa altı çizilmesi gereken husus, bu karşı davalarda ev sahibi devletlerin, yatırımcı ile aralarındaki sözleşmenin⁷⁸ ihlâl edilmiş olduğunu ileri sürmüş olduklarıdır. Böyle olunca da, *Klöckner ve Atlantic Triton* davalarında ev sahibi devletlerin açtıkları karşı davaların yatırımcılar tarafından açılmış ‘asıl davalar’ ile bağlantılı oldukları kabul edilmiştir⁷⁹.

Buna mukabil, yatırımcının “ev sahibi devletle arasındaki sözleşmeye” istinat etmek suretiyle açtığı davaya karşı ev sahibi devlet açtığı karşı davasında yatırımcıyla arasındaki “sözleşmenin” ihlâl edilmiş olduğunu değil de “mahallî mevzuatının” ihlâl edilmiş olduğunu ileri sürdüğünde, hakemler daha farklı bir değerlendirme yapmıştır. Meselâ, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki sözleşmede (lisans sözleşmesinde) yer alan tahkim klozuna istinaden açılmış olan *Amco* davasında⁸⁰ ICSID tahkim heyeti, Endonezya’nın açtığı karşı dava bakımından yetkisinin bulunmadığı kararını vererek, bu karşı davayı esastan incelememiştir. Bu davada Endonezya, yatırımcının aralarındaki lisans sözleşmesinde yer alan bir yükümlülüğünün ihlâl ettiğini değil, vergi mevzuatını ihlâl edip kurumlar vergisini ödemediğini ileri sürmüştür.

77 *Klöckner* davasında yatırımcının asıl davasında dayandığı sözleşme ile ev sahibi devletin karşı davasında dayandığı sözleşme bakımından farklı bir durum söz konusudur. *Klöckner* davasında yatırımcı, açtığı davayı ICSID tahkiminin öngörülmediği “çerçeve sözleşmesinin” ihlâl edilmiş olduğu iddiasına dayandırmış, ev sahibi devlet ise karşı davasını, esasen *Klöckner*’in taraf olmadığı ama hisselerinin %51’ine sahip olduğu Socame isimli şirketle arasındaki farklı bir sözleşme olan, “işletme sözleşmesine” dayandırmıştır. Tahkim heyeti, yatırımcının dayandığı “çerçeve sözleşmesinin”, kurulacak gübre üretim tesisinin işletilmesine ilişkin özel yükümlülüklerin yer aldığı ve aynı zamanda ev sahibi devletin karşı davasını dayandırdığı sözleşme olan “işletme sözleşmesinin” de ana hatlarını çizdiği, dolayısıyla çerçeve sözleşmede yer alan ICSID tahkim klozunun, özel nitelikli yükümlülüklerin düzenlendiği işletme sözleşmesini de kapsadığı, işletme sözleşmesinde yer alan tahkim klozunda ICC tahkiminin öngörülmesi olmasının, genel nitelikli çerçeve sözleşmede öngörülmesi ICSID tahkimine ilişkin iradeden feragat edilmiş olduğu anlamına gelmediği sonucuna varmıştır. *Klöckner* davasında hakemlerce verilen karara karşı yapılan iptal başvurusu neticesinde hakem kararını inceleyen ad hoc komite de, çerçeve sözleşmenin, özel hükümler içeren işletme sözleşmesinin şartlarını tayin ettiği yönündeki kararın yerinde olduğu, buna bağlı olarak özel nitelikli işletme sözleşmesinde ICC tahkimini öngören bir klozun yer alıyor olmasının, genel nitelikli çerçeve sözleşmede öngörülmesi ICSID tahkiminden feragat edilmiş olduğu anlamına gelmediği yönündeki yorumun yerinde kabul edilebileceği sonucuna varmıştır. *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No ARB/81/2, Decision of the Ad Hoc Committee, para 24/c, para 52/b <italaw.com/cases/3373>.

78 *Klöckner* davasında, ev sahibi devletin iddiasını dayandırdığı sözleşmenin, yatırımcının dayandığı çerçeve sözleşmesinden farklı bir sözleşme olması konusunda bkz (n 77).

79 *Saluka* davasının hakemleri, ev sahibi devletin açtığı karşı davayı “bağlantılı olma” şartı yönünden değerlendirirken, *Klöckner* davası hakemlerinin “bağlantılı olma” şartı bakımından yaptıkları değerlendirmeyi aynen benimseyip, kararlarında bu değerlendirmeye aynen yer vermişlerdir. *Klöckner ve Saluka* davalarının hakemlerinin “bağlantılı olma” şartına ilişkin değerlendirmeleri için bkz (n 106)

80 *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No ARB/81/1 <italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6357_0.pdf> Erişim 4 Mayıs 2020. *Amco* davasının temelinde yatan uyumsuzluk ve davanın usulî seyri hakkında bilgi için bkz. Ekşi (n 17) 72 ff.

Amco davasını gören hakem heyeti, vergi yükümlülüğüne ilişkin usûlsüzlüğün “yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki sözleşmenin” öngördüğü yükümlülüklerin ihlâlini teşkil etmediği, üstelik “yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki sözleşmenin” de vergi yükümlülüklerine uyulması gerekliliğini öngören özel bir düzenleme içermediği, neticede vergi yükümlülüğünün ihlâlının taraflar arasındaki sözleşmenin ihlâlinden farklı bir durum olup, Endonezya’nın mahallî hukukunun öngördüğü genel bir yükümlülüğün ihlâlini teşkil ettiği gerekçesiyle, karşı dava bakımından yetkisiz olduğuna karar vermiştir⁸¹. *Amco* davasını gören hakem heyeti ayrıca, “ev sahibi devletin genel hukuk kurallarından” kaynaklanan hak ve yükümlülüklerle, “ev sahibi devletle yatırımcı arasında akdedilmiş bir sözleşmeden (meselâ imtiyaz sözleşmesinden)” kaynaklanan hak ve yükümlülükler arasında bir ayırım yapılması gerektiğine işaret ederek, “ev sahibi devletle yatırımcı arasında akdedilmiş bir sözleşmeden” kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin ICSID Konvansiyonu’nun 25/1. maddesi gereğince ICSID Tahkim Merkezinin yetkisinin kapsamına giren hak ve yükümlülükler olduğunu, buna mukabil “ev sahibi devletin hukukundan” kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin ise ‘prensip olarak’ ev sahibi devletin yargı organlarının yetkili olduğu hak ve yükümlülükler olduğu yönünde görüş belirtmiştir⁸².

İşte, *Amco* davası kapsamında verilmiş bu karar, aşağıda ele alacağımız üzere⁸³ günümüze kadar uzanan etkiler bırakmıştır⁸⁴. Günümüzde halâ, “ev sahibi devletin mevzuatının” ihlâl edildiği iddiasıyla açılmış karşı davaların hakemlerce ele alınmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır⁸⁵.

2. *Saluka* Kararı⁸⁶ Öncesi Dönemde YTKS’ye İstinaden Açılan Karşı Davalar

Saluka kararı öncesi dönemde, bir YTKS’ye istinat eden asıl davaya karşı açılmış karşı davalar sayıca az olup, bu tür karşı davaların ilk örneklerinden olan *Genin* davası⁸⁷ ve *Mitchell* davası⁸⁸ kapsamında açılan karşı davalar, burada ele almakta

81 *Amco* davası (n 80), Resubmitted Case, Decision on Jurisdiction (10 May 1988), para 126-27.

82 *Amco* kararı (80) para 125.

83 Bkz (n 176).

84 Meselâ aşağıda ele alacağımız *Saluka* kararında da hakemler, *Amco* davası içtihadına atıf yapmışlardır. Şunu da belirtelim ki, *Saluka* davasının hakemlerinin *Amco* kararına atıf yapmış olmaları, ilk bakışta *Saluka* davasını görmüş olan hakemlerin, *Amco* kararında yer alan, “ICSID Konvansiyonu’nun 25. maddesine uyarınca ev sahibi devletin mevzuatının ihlâl iddialarının prensip olarak ICSID’in yetki alanına girmediği, bu iddiaların mahallî mahkemelerin yetki alanına girdiği” yolundaki görüşü benimsemiş oldukları düşüncesini uyandırabilse de, *Amco* kararındaki bu düşüncenin yerinde olduğu konusunda *Saluka* davasının hakemlerince ifade edilmiş bir görüş yoktur. Bilakis hakemler, gördükleri *Saluka* davasında tatbik alanı bulan YTKS’nin, *Amco* davasında tatbik alanı bulan YTKS’den farklı hükümler içerebileceğini, bu sebeple ev sahibi devletin mahallî hukukunun ihlâlî bakımından farklı sonuçlara varılabileceğinin bilincinde olduklarını ifade etmişlerdir; *Saluka* kararı (n 11) para 75.

85 Bkz (n 176).

86 *Saluka* kararı (n 11).

87 *Alex Genin, Eastern Credit Limited, INC. and A.S Baltoil v. The Republic of Estonia*, Award, ICSID Case No. ARB/99/2 (25 Jun, 2001) <italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0359.pfd>.

88 *Patrick H. Mitchell v. The Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Exrtracts of Award, (9 Feb, 2004) <italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1195.pfd>.

olduğumuz karşı davalara ilişkin temel iki şart olan tahkim rızası kapsamı içinde olma ve asıl davayla bağlantılı olma şartları dışında kalan ve karşı davalara mahsus bir özellik taşımayan bir sebeple hakemlerince esasa girilmeksizin reddedilmiştir. Hakemlerin bu karşı davaları reddetmelerinin sebebi, karşı davaların yeterince somutlaştırılmamış olmalarıydı⁸⁹. Hakemler, bu karşı davalar bakımından ilk bakışta gördükleri somutlaştırılma yükümlülüğüne ilişkin eksikliğe dayanarak, karşı davayı görmeye yetkili olup olmadıklarını araştırmadan⁹⁰ -ve dolayısıyla bir YTKS’de yer alan tahkim klozuna istinaden açılmış bir davaya karşı ev sahibi devletin aynı YTKS’ye dayanmak suretiyle karşı dava açmasının mümkün olup olmadığı sorusuna teorik de olsa bir cevap vermeden- bu karşı davaları reddetmişlerdir.

C. Dönüm Noktası Olarak Saluka Kararı

Bir YTKS’ye istinaden açılmış asıl davaya karşı ev sahibi devletin aynı YTKS’ye istinat etmek suretiyle bir karşı dava açmasının prensip olarak mümkün olup olmadığı meselesini ele alan ilk dava, yatırımcı tarafından 2001 yılında açılmış olup, ev sahibi devlet tarafından 2002 yılında karşı dava açılmış olan ve burada ele alacağımız yetkiye ilişkin kararın 2004 yılında verilmiş olduğu *Saluka* davası⁹¹ olmuştur. *Saluka* davasında verilen karara dek, YTKS’lere istinaden açılmış davalara karşı ev sahibi devletlerce karşı dava açılmasının mümkün olup olmadığı belirsiz kalmış⁹²; hakemler yukarıda ele almış olduğumuz *Genin* ve *Mitchell* davalarında⁹³ olduğu gibi, karşı davaları iki temel şart yönünden -yani, tahkim rızası kapsamı içinde olma ve asıl davayla bağlantılı olma şartları yönünden- incelemeksizin, çeşitli başka gerekçelerle esaslarına girmeksizin reddetmişlerdir. Nitekim, gerek *Saluka* davası kapsamında karşı dava açan ev sahibi devlet Çekya dilekçesinde, gerekse de hakemler, bir karşı davanın YTKS hükümlerine istinat etmek suretiyle açılmasının mümkün olup olmadığını ele alan içtihadın pek bulunmadığını ifade etmişlerdir⁹⁴.

Saluka davasında ev sahibi devlet Çekya’nın açtığı karşı dava bakımından hakemler ilk iş olarak, eldeki karşı davanın kendine mahsus özelliklerinden bağımsız olarak, Çekya ile Hollanda arasındaki YTKS’de yer alan tahkim klozu çerçevesinde ev sahibi devletçe açılan karşı davaları esastan inceleyip hüküm verme ‘yetkilerinin’ bulunup

89 *Genin* kararı (n 87) para 376-378; *Mitchell* kararı (n 88) para 96-97. Meselâ *Genin* kararında ev sahibi devlet cevap dilekçesinde 3,4 milyon Dolar’dan söz ederken, bir başka yazısında 3 milyon Dolar ve nihayet daha sonraki bir yazısında 2,9 milyon Dolar talep etmiş, bu çelişkiler nedeniyle de hakemler talebin somutlaştırılmamış olduğuna karar vermiştir, *Genin* kararı (n 87) dñn. 99. *Saluka* kararı sonrası dönemde yine somutlaştırılmamış olduğu gerekçesiyle esasına girilmeden reddedilen *Hamster* davası için bkz (n 98)

90 Doktrinde, bu karşı davalar bakımından verilmiş olunan kararlar, ICSID Konvansiyonu’nun 46. maddesi uyarınca hakemlerin karşı davalar bakımından yetki incelemesi yapmış olmaları gerekirken, hakemlerin yetki incelemesini hiç yapmadan karşı davaları reddettikleri kararlar olmaları sebebiyle eleştirilmelidir; Rivas (n 12) 793. Aynı yönde bkz. Kalicki and Silberman (n 35) 10.

91 *Saluka* davası (n 10)

92 Bkz (n 6) civarı.

93 Bkz (n 87) civarı.

94 *Saluka* kararı (n 11) para 37.

bulunmadığını tespit etmeleri gerektiğini ifade edip⁹⁵ yaptıkları inceleme neticesinde YTKS'nin tahkim klozunu içeren 8. maddesi ve tahkim yargılamasının tâbi olduğu UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli versiyonu çerçevesinde “prensip olarak” (eldeki karşı davanın kendine mahsus özellikleri dikkate alınmadığında⁹⁶) karşı davalar bakımından yetkili oldukları sonucuna varmış⁹⁷, böylelikle YTKS'lere istinaden de karşı dava açılabilirliğini teorik olarak ortaya koymuşlardır. Nitekim, tarih itibarıyla *Saluka* kararından hemen sonra hükme bağlanmış olan *Hamester* davasının⁹⁸ hakemleri, YTKS'lere istinaden dava açılmasının teorik olarak mümkün olduğunun ortaya konmuş olduğunu belirterek, bunu ortaya koyan yegâne karar olarak *Saluka* kararına atıf yapmışlardır⁹⁹.

Bu noktada hemen şunu da ifade etmek gerekir ki, *Saluka* davasında hakemler sadece karşı dava bakımından yetkili olup olmadıklarını yani, tarafların tahkim rızasının karşı davayı kapsayıp kapsamadığını değil, aynı zamanda karşı davanın kabul edilebilir olup olmadığını da yani, asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı bulunup bulunmadığını da değerlendirmiş¹⁰⁰, bu yönden de yatırım tahkimi içtihadı üzerinde etki yaratan bir karar vermişlerdir.

Hemen aşağıda, *Saluka* davasının hakemlerinin karşı davanın iki temel şartı yönünden yaptıkları değerlendirmeyi iki ayrı alt başlık altında ele alıp, ardından *Saluka* kararına ilişkin değerlendirmelerimize yer vereceğiz.

1. *Saluka* Davasında Tahkim Rızası Yönünden Yapılan Değerlendirme

Saluka davasının hakem heyeti, ister asıl dava isterse de karşı dava için olsun, yetkisinin sınırlarının Hollanda ile Çekya arasındaki YTKS'nin tahkim klozunu içeren 8. maddesiyle belirlenmiş olduğunu belirterek¹⁰¹, bu maddenin şu şekilde tercüme edilebilecek hükmünü incelemiştir:

1) Bir âkit devlet ile diğer âkit devletin vatandaşı yatırımcısı arasındaki yatırıma ilişkin tüm uyuşmazlıklar, mümkünse dostane yolla çözümlenmelidir.

95 *Saluka* kararı (n 11) para 37.

96 *Saluka* kararı (n 11) para 37.

97 *Saluka* kararı (n 11) para 39.

98 Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, Award, ICSID Case No ARB/07/24 (18 Jun 2010) << itaw. com/sites/default/files/case-documents/ita0396.pfd>>.

99 *ibid* para 353.

100 Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, karşı davaların asıl dava ile bağlantılı olmasının bir ‘yetki’ şartı olarak değil, ‘kabul edilebilirlik’ şartı olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunan ve giderek daha çok taraftar kazanan düşünce, 2004 yılında verilmiş *Saluka* kararından sonraki bir tarihte, 2011 yılında verilmiş *Goetz* kararında (n 57) ifade edilmiş olduğu için, *Saluka* davasının hakemleri, bu çalışmada bir ‘kabul edilebilirlik’ şartı olarak ele aldığımız bağlantılı olma şartını, yetki şartı olarak değerlendirmişlerdir. *Saluka* kararı (n 11) para 80.

101 *Saluka* kararı (n 11) para 60.

2) İşbu hükümle, âkit devletlerden her biri, (1.) fıkrada sözü edilen bir uyuşmazlık bakımından taraflardan birinin dostane çözüm talep ettiği tarihten itibaren 6 ay içinde uyuşmazlığın dostane çözüme kavuşturulamaması halinde, tahkime başvurmasına, rıza gösterir.

İlgili kısmına hemen yukarıda yer verdiğimiz Hollanda ile Çekya arasındaki YTKS’de yer alan tahkim klozunu inceleyen hakem heyeti, tahkim klozunda geçen: “...ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında yatırımdan kaynaklanan tüm ihtilâflar...” ifadesinin tahkime başvurulabilecek uyuşmazlıkların kapsamını son derece geniş tuttuğu, dava açma hakkını yatırımcıyla sınırlamayıp ev sahibi devlete de dava açma hakkını tanıdığı sonucuna vararak, tahkim klozunun ev sahibi devletin mevzuatının ihlâl edildiği iddiasıyla¹⁰² açtığı karşı davayı da kapsamı içine alacak kadar geniş olduğu sonucuna varmıştır¹⁰³.

2. Saluka Davasında Bağlantılı Olma Şartı Yönünden Değerlendirme

Saluka davasında hakem heyeti, ev sahibi devletin mevzuatının ihlâl edildiği iddialarını asıl davayla “bağlantılı olma” şartı yönünden incelediğindeyse¹⁰⁴, asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı bulunmadığı sonucuna varıp, karşı davanın esasına girmemiştir. Hakem heyeti, ‘asıl davanın’ YTKS hükümlerinin ihlâl edildiği gerekçesiyle açıldığı, buna mukabil ‘karşı davanın’ ev sahibi devletin mevzuatının (Çekya’nın Ticaret Kanununun, Medeni Kanunu’nun ve Banka hukukunun) ihlâl edildiği (Saluka’nın alt şirketi Namura tarafından ihlâl edildiği¹⁰⁵) gerekçesiyle açıldığı, durum böyle olunca asıl dava ile karşı davanın aynı hukukî kaynağa istinat etmediği gerekçesiyle¹⁰⁶, “bağlantı” şartının gerçekleşmediğine hükmetmiştir¹⁰⁷.

102 Ev sahibi devlet Çekya karşı davasını, yatırımcının aralarındaki “hisse satım sözleşmesini” ve “mahalli mevzuatını” ihlâl ettiği gerekçeleriyle açmıştır. Saluka davasını gören tahkim heyeti, ‘ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki sözleşmeye’ aykırılık iddiasıyla açılan davalar bakımından ‘sözleşmede’ öngörülmuş uyuşmazlık giderme usulüne itibar edilmesi gerekliliğini vurgulayan *Vivendi* kararına da atıf yaparak, ilgili ‘hisse satım sözleşmesinde’ yer alan tahkim kaydı nedeniyle “hisse satım sözleşmesinin” ihlâli iddiaları bakımından yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir. *Saluka* kararı (n 11) para 52-58.

103 *Saluka* kararı (n11) para 39, 59.

104 *Saluka* kararı (n 11) para 61 vd.

105 Ev sahibi devlet Çekya karşı davasında esasen, davacı Saluka’nın değil, bunun bir alt şirketi olan Namura’nın ihlâllerini karşı dava konusu yapmıştır. Hakem heyetinin bu meseleye yaklaşımı, konumuz dışında kaldığından, bu meseleyi ele almayacağız.

106 *Saluka* davasında hakemler, asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı bulunması şartı konusunda *Klöckner* davasında (n 77) ortaya konmuş anlayışı aynen benimseyip, *Klöckner* davasında kullanılmış ifadeyi da aynen alıntılıyarak: “...*karşı davaya konu borcun, asıl davaya konu borçla aynı çıkış noktasına dayanmadığı, karşı davaya konu borcun asıl davaya konu borçla paylaştığı bir hukukî dayanığın bulunmadığı...*” gerekçesiyle, karşı dava ile asıl dava arasında bağlantı bulunmadığı sonucuna varmıştır. Hakem kararının ilgili kısmının İngilizce metni şu şekildedir. “... the Respondent’s counterclaim cannot be regarded ... as invoking obligations which share with the primary claim “a common origin, identical sources ...” (vurgu yazar tarafından eklenmiştir, bkz. *Saluka* kararı (n 11) para 79.

107 *Saluka* kararında hakem heyetinin bağlantılı olma şartı yönünden yaptığı tespitini eleştirisi için bkz. Lalive and Halonen (n 38) 153 ff.

3. Saluka Kararına İlişkin Değerlendirmelerimiz

Saluka davasında ev sahibi devlet, yatırımcının gerek aralarındaki sözleşmeyi (hisse satım sözleşmesini) gerekse de mahallî mevzuatını ihlâl ettiğini iddia etmek suretiyle karşı dava açmıştır. *Saluka* davasını gören hakemler, “hisse satım sözleşmesinin ihlâli” iddiaları bakımından, söz konusu sözleşmenin içerdiği uyuşmazlık çözüm klozu nedeniyle yetkisizlik kararı vermiş¹⁰⁸, bu yetkisizlik kararı nedeniyle de¹⁰⁹ ev sahibi devletin karşı davasının “hisse satım sözleşmesinin ihlâli” iddialarına ilişkin kısmının yatırımcının açmış olduğu “asıl dava” ile bağlantılı olup olmadığını incelemeye geçmemiştir¹¹⁰. Hakemlerin “hisse satım sözleşmesinin ihlâli” iddiaları bakımından yaptıkları değerlendirme, inceleme konumuz dışında kalan meselelere ilişkin olduğundan, burada hakemlerin bu değerlendirmesini ele almayacağız. Burada ele alacağımız değerlendirmeler, *Saluka* davasını gören hakemlerin, ev sahibi devletin açtığı karşı davasında ileri sürdüğü ‘mahallî mevzuatının’ ihlâli iddialarına ilişkin değerlendirmeleri olacaktır.

Hakemler, “ev sahibi devletin mevzuatının” ihlâl edilmiş olduğu yönündeki iddialar bakımından durumun, yetkisiz olduklarına karar vermiş oldukları “ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki sözleşmenin” ihlâl edilmiş olduğu yönündeki iddialardan farklı olduğunu belirtip¹¹¹, ev sahibi devletin “mevzuatının” ihlâli iddiasıyla açtığı karşı davanın, yatırımcının asıl davasıyla bağlantılı olup olmadığını incelemeye geçmiş ve neticede asıl davayla karşı dava arasında “hukukî bir bağlantı” bulunmadığı gerekçesiyle, ev sahibi devletin açtığı karşı davayı reddetmişlerdir.

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, *Saluka* kararı, karşı davaların nasıl ele alınması gerektiği konusunda yol gösterici karar olmuştur. “Ev sahibi devletler, YTKS’lerdeki tahkim klozlarına istinat etmek suretiyle ‘müstakil’ bir tahkim davası açamazken, ev sahibi devletlerin karşı dava açmaları mümkün müdür?” sorusuna *Saluka* davasını gören hakemler cevap vermiştir.

Bu davada tatbik alanı bulan YTKS, hemen hemen bütün diğer YTKS’ler gibi “karşı davalar” hakkında özel bir düzenleme içermemekteydi. Bu nedenle, ev sahibi devletin açtığı karşı davanın “ tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olup olmadığını” belirlemeye çalışan hakemler, davada tatbik alanı bulan YTKS’nin tahkim klozundan yola çıkarak cevap aramışlardır. İşte bu yönüyle de *Saluka* kararını veren hakemler, başka hakemlere yol gösterici olmuştur. *Saluka* kararından sonra açılmış tüm karşı davalarda hakemler, yukarıda ele almış olduğumuz *Saluka* kararı öncesi dönemde YTKS’lere istinat eden karşı davaları yetki incelemesi dahi yapmadan

108 Bkz (n 102).

109 Kabul edilebilirlik şartlarının mevcudiyetinin incelenmesine geçilebilmesi için, hakemlerin yetkili olduklarını tespit etmiş olmaları gerektiği görüşü için bkz yukarıda dñn (n 52) civarı.

110 *Saluka* kararı (n 11) para 51-58.

111 *Saluka* kararı (n 11) para 59.

reddeden hakemlerden farklı olarak, öncelikle karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olup olmadığını belirlemeye çalışmış, (aşağıda ele alacağımız, yeni yaklaşımların benimsendiği istisna teşkil eden davalar dışında¹¹²) bunun için de ilgili YTKS'nin tahkim klotuna (ve sonraları uygulanacak hukuk klotuna) başvurmuşlardır.

Saluka davasında tatbik alanı bulan tahkim klotu içerdiği "... (Â)kit devletlerden her biri, ... -tarafardan birinin dostane çözüm talep ettiği tarihten itibaren... tahkime başvurmaya- rıza gösterir" hükmüyle, ev sahibi devlete de milletlerarası yatırım tahkimine başvurma hakkını açıkça tanıdığı için, hakemlerin, ev sahibi devletin karşı dava açma hakkına prensip olarak sahip olduğunu değerlendirmiş olmaları, yani davayı açan kişi yönünden yetkili olduklarını tespit etmiş olmaları kanaatimizce de yerindedir.

Kanaatimizce *Saluka* kararında sorunlu olan ve tarih itibarıyla daha sonraki kararlarda da sorun teşkil eden yön, hakemlerin, davanın konusu bakımından yetkileri bakımından yaptıkları (daha doğrusu yapmayı ihmâl ettikleri) değerlendirmeleridir.

Saluka davasını gören hakemler, bir yandan davada tatbik alanı bulan YTKS'nin tahkim klotunda yer alan "yatırıma ilişkin tüm uyumsuzluklar..." şeklindeki ifadeden yola çıkarak, ev sahibi devletin 'mahallî hukukunun' ihlâl edilmiş olduğu iddiasıyla açtığı karşı dava bakımından yetkili olduklarına, -açıkça ifade etmiş olmasalar da- karar vermişlerdir¹¹³. Fakat diğer yandan, yatırımcının açtığı asıl dava ilgili 'YTKS'nin' ihlâlî iddiasına dayanırken karşı davanın 'ev sahibi devletin mahallî hukukunun' ihlâlî iddiasına dayanması karşısında, asıl dava ile karşı dava arasında "bağlantı" bulunduğu kabul edilemeyeceği görüşünden hareketle, karşı davayı esas yönünden incelemeksizin reddetmişlerdir. İşte bu yönüyle kanaatimizce *Saluka* davasının hakemleri, ilk etapta cevap verilmesi gereken, ilgili YTKS'nin tahkim klotunda yer alan "yatırıma ilişkin tüm uyumsuzluklar..." şeklindeki ifadenin, 'ev sahibi devletin mahallî hukukunun' ihlâlî iddialarını da kapsayan genişlikteki yetkiyi hakemlere verip vermediği sorusunu esas itibarıyla cevapsız bırakan, bu sorunun by-pass edildiği bir karar vermişlerdir.

Bu noktada şunu ifade etmemiz gerekir ki, *Saluka* davası UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli versiyonu çerçevesinde görülmüş bir davadır. Bu kurallar, UNCITRAL Tahkim Kurallarının 2010 tarihli versiyonundan farklı olarak, karşı davaların hükme bağlanabilmesi için, asıl davaya konu uyumsuzlukla karşı davanın aynı 'sözleşmeden' kaynaklanmasını arar¹¹⁴ (m. 19/3). *Saluka* davasını gören hakemlerin, ev sahibi devletin ileri sürdüğü ihlâl iddiasının, yatırımcının ileri sürdüğü ihlâl iddiasıyla aynı hukukî kaynağa dayanmıyor olması sebebiyle reddetmiş olmalarının altında, tahkim davasının tâbi olduğu UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli

112 Bkz aşağıda (n 161) civarı.

113 *Saluka* kararı (n 11) para 59.

114 Bkz. yukarıda (n.39) civarı.

versiyonunun, karşı davada ileri sürülen ihlâlin, asıl davada ileri sürülen ihlâlle ‘aynı sözleşmeye’ dayanmasını arıyor olması yatmaktadır kuşkusuz¹¹⁵.

Bununla birlikte, UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli versiyonunun bu şekilde bir düzenleme içeriyor olmasının, *Saluka* davasını gören hakemlerin, asıl davayla karşı dava arasında bağlantı bulunup bulunmadığı meselesine geçmeden evvel cevap vermiş olmaları gereken (ancak cevaplama bıraktıkları) cevaplaması da zor olan şu soruyu; tahkim klotunda yer alan “...yatırıma ilişkin tüm uyumsuzluklar...” şeklindeki ifadelerin, YTKS hükümleri dışında başka bir hukukî dayanaktan (meselâ ev sahibi devletin mahallî hukukundan veyahut da ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki sözleşmeden) kaynaklanan ihlâllerin ileri sürülüp hakemlerce hükme bağlanmasına imkân verip vermediğine¹¹⁶ ilişkin yatırım tahkimi alanında hâlen genel kabul gören bir cevap bulunamamış¹¹⁷ olan soruyu, cevap vermek zorunda kalmadan, karşılaştıkları meseleyi daha kolay bir yolla –asıl dava ile karşı dava arasında hukukî bir bağlantı bulunmadığı sonucuna varmak yoluyla- çözmelerine yaramış olduğu düşüncesindeyiz.

D. Saluka Kararından Sonraki Gelişmeler

1. Genel Olarak

Saluka davasıyla, ev sahibi devletlerin YTKS’ye istinaden açılmış asıl davalara karşı, bir karşı dava açabilmelerinin teorik olarak mümkün olduğunun ortaya konmasından sonra, ev sahibi devletler, muhatabı oldukları YTKS’lere istinat eden yatırım tahkimi davalarına karşı önceki yıllara kıyasla daha fazla karşı dava açmaya, hakemler de ev sahibi devletlerce açılmış karşı davalara yaklaşımlarını değiştirmeye başlamıştır¹¹⁸. Hakemler çoğunlukla *Saluka* kararındaki anlayışı aynen benimsemiş

115 Saluka davasında hakemler asıl dava ile karşı dava arasında bağlantının nasıl olması gerektiği konusunda *Klöckner* davasında verilmiş kararı aynen benimsemişlerdir. Bu durumun da kanaatimizce ilgi çekici olan yönü, *Klöckner* davası bir ICSID davası olmuş olduğu halde, *Klöckner* davasında da, karşı davada ileri sürülen ihlâl iddiasının asıl davada ileri sürülen ihlâl iddiasıyla aynı hukukî kaynağa dayanması gerektiği yolunda ifadelerin kullanılmış olunmasıdır; hâlbuki ICSID Konvansiyonu’nun karşı davaya ilişkin kuralı, UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli versiyonundan farklı olarak, ihlâlin aynı sözleşmeye dayanması gibi bir hüküm içermemektedir. Gerek UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli versiyonun düzenleme biçimi, gerekse de bir ICSID davası olan *Klöckner* davasında benimsemiş yaklaşım, geçmişte yatırım tahkimi alanında, asıl davanın karşı dava ile bağlantılı sayılmasının karşı davada ileri sürülen ihlâl iddiasının hukukî dayanağının, asıl davada ileri sürülen ihlâl iddiasıyla aynı hukukî dayanağa istinat etmesinin tabii kabul edilmiş olduğunu düşündürmektedir.

116 Yatırımcının bir YTKS’de yer alan tahkim klotuna istinaden dava yatırım tahkimi davası açtığı durumlarda mutlaka istinat ettiği YTKS’nin ihlâl edilmiş olduğunu iddia etmesine gerek olmadığı, YTKS’nin içerdiği tahkim klotunun izin vermesi halinde; milletlerarası hukukun, mahallî hukukun veya aralarındaki sözleşmenin ev sahibi devlet tarafından ihlâl etmiş olduğunu iddia etmek suretiyle de YTKS’de yer alan tahkim klotuna istinaden dava açmasının mümkün olduğu görüşü ile bu görüşü benimseyen ve benimsemeyen çeşitli hakem kararları için bkz. Zachary Douglas (n 49) 234-240; Berk Demirkol, ‘Non-treaty Claims in Investment Arbitration’ (2018) *Leiden Journal of International Law*, 59-91.

117 Douglas (n 49) 238; Demirkol (n 116) 65.

118 Meselâ, *Paushok* davasında (bkz. dpn 41) da *Saluka* kararına atf yapılarak ve *Saluka* kararının içtihadı takip edilerek, Moğolistan ile Rusya arasındaki YTKS’nin tahkim klotu esas alınmak suretiyle tarafların tahkim rızasının ev sahibi devletin karşı davasını kapsayıp kapsamadığı incelenmiştir. Neticede, davada tatbik alanı bulan Moğolistan ile Rusya arasındaki YTKS’de, *Saluka* davasının istinat ettiği YTKS’nin tahkim klotunda olduğu gibi “bütün uyumsuzluklar” ifadesi yer almasa da, ilgili tahkim klotunda geçen “uyumsuzlukların tahkime havale edileceği” yönündeki ifadenin de ev sahibi devletin karşı davasının tarafların tahkim rızası kapsamında olduğunun kabulü bakımından yeterli olacağı, *Saluka* davasına dayanak teşkil etmiş olan YTKS’de geçen “bütün uyumsuzluklar” ifadesi ile bu davaya dayanak teşkil eden YTKS’de geçen “uyumsuzluklar” ibaresi arasında bir fark aramanın gereksiz olduğu sonucuna varılmıştır *Paushok* kararı (n 41) para 689.

olup, karşı davanın istinat ettiği YTKS’de yer alan tahkim klozundan yola çıkarak, ev sahibi devletin açtığı karşı davanın tarafların “tahkim rızasının kapsamı içinde olup olmadığını” belirlemiş oldukları gibi, karşı davanın “asıl davayla bağlantılı olması” şartı konusunda da *Saluka* davasını gören hakemlerin anlayışını aynen benimsemişlerdir. Bununla birlikte, sayıca fazla olmasa da bazı karşı davalar bakımından hakemler, *Saluka* kararının anlayışını benimsemeyip, ev sahibi devletin karşı davalarının hükme bağlanmasına imkân tanıyacak daha esnek, yenilikçi görüşleri benimsemişlerdir. Aşağıda, karşı davalara ilişkin olarak *Saluka* kararından sonra verilmiş kararları, ilki *Saluka* kararının anlayışını benimseyen kararlar, ikincisi ise bu anlayışı benimsemeyen kararlara ilişkin olmak üzere iki ayrı başlık altında ele alacağız.

2. *Saluka* Kararı İçtihadının Benimsendiği Davalar

Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, *Saluka* kararından sonra hakemlerin karşı davalara yaklaşımları değişmiş olup, hakemler hiç değilse karşı davaların YTKS’lede yer alan tahkim klozlarına istinaden açılmasının teorik olarak mümkün olduğu bilinciyle karşı davalara yaklaşmışlardır. Hakemlerin karşı davalara ilişkin yaklaşımlarındaki bu değişimi, *Saluka* kararının hemen ardından verilmiş *Hamester* davasındaki kararda gözlemlemek mümkündür. Bu davada, karşı dava açan ev sahibi devlet Gana; “... *Hamester*’in faaliyetleri nedeniyle uğranılan manevi zararlar dahil her türlü zararın Hükümete ödenmesi...”¹¹⁹ şeklinde Türkçe’ye tercüme edilebilecek; ucu açık, talebini destekleyecek somut iddialardan ve hakemlerin yetkisinin dayanağına ilişkin açıklamalardan yoksun¹²⁰ bir taleple başvurusunu yapmış, hakem heyeti de bu karşı davayı ev sahibi devlet Gana’nın somutlaştırmamış olduğu gerekçesiyle esas yönünden incelemeyen reddetmiştir. Bununla birlikte, *Hamester* kararının, bu başlık altında incelediğimiz *Saluka* kararının etkileri konusu bakımından üzerinde durulması gereken bir özelliği vardır. Şöyle ki, her ne kadar *Hamester* davasını gören hakemler somutlaştırılmamış olduğu gerekçesiyle, ICSID’in 46. maddesi çerçevesinde karşı davanın tarafların tahkim rızası kapsamı içinde olup olmadığını analiz etme imkânlarının dahi bulunmadığını¹²¹ ifade etmiş olsalar da, yine de *Saluka* kararına atıf yapmış ve tıpkı *Saluka* davasının hakemlerinin yaptığı gibi, karşı davanın istinat ettiği YTKS’nin tahkim klozunu inceleyip, YTKS’de yer alan tahkim klozunun prensip olarak ev sahibi devlet tarafından karşı dava açılmasına imkân tanıyıp tanımadığına ilişkin bir değerlendirmede bulunmuşlardır¹²². *Saluka* kararının öncesine

119 *Hamester* kararı (n 98) para 351.

120 *ibid* para 352

121 *Ibid* para 355.

122 Bu değerlendirmesinde hakem heyeti, Almanya ile Gana arasındaki YTKS’nin tahkim klozunu içeren 12. maddesinde geçen “YTKS’nin tarafı olanlardan birinin (yani taraf devletlerden birinin), diğer tarafın taahhütündeki yatırımcıya karşı bu YTKS’den kaynaklanan yükümlülüğünü ihlâl etmesi halinde...” şeklindeki ifadenin, ilk bakışta tahkim klozunun, yatırımcının ihlalleri sebebiyle değil de “sadece ev sahibi devletin ihlalleriyle sınırlı” olmak üzere tahkime başvurma imkânı tanıdığı düşüncesini uyandırdığı, fakat madde hükmünün devamında, “hakkı ihlâl edilen tarafın tahkime başvurabileceğinin” öngörüldüğü, burada geçen “hakkı ihlâl edilen tarafın”, yatırımcı olabileceği gibi ev sahibi devlet de olabileceği, dolayısıyla ev sahibi devlet Gana, davasını yeterince somutlaştırmış olsaydı, hakemlerin karşı davayı görmeye yetkili olmuş olacakları sonucuna varmıştır; *Hamester* kararı *ibid* para 353-354.

ait dönmeye, YTKS'lere istinaden açılmış davalara karşı ev sahibi devletlerce açılmış karşı davaların genellikle yetki meselesine değinilmeksizin reddedilmiş olduğu gerçeği karşısında¹²³, *Hamester* davasını gören hakemlerin yaptıkları değerlendirmede, *Saluka* davasının açtığı içtihadı atf etmek suretiyle, ICSID'in 46. maddesi çerçevesinde yetki meselesine değinmiş olmalarını, *Saluka* kararının açtığı içtihadın ilk görünen etkisi olarak değerlendirmek yanlış olmayacaktır kanaatindeyiz.

Saluka kararından sonraki gelişmeleri genel olarak ele aldığımız bu noktada, Türkiye ile ilişkili bir duruma da değinmemiz yerinde olacaktır. Türkiye, ev sahibi devlet olarak muhatap olduğu iki davada, *Nowa-Huta* davası¹²⁴ ile *Europe Cement*¹²⁵ davalarında, lehine verilecek ayrı bir hükümle, yatırımcının, yargılamaya ilişkin imkânları suiistimal ettiği gerekçesiyle manevî tazminat ödemeye hükmedilmesini talep etmiştir¹²⁶. Her ne kadar bu davalar kapsamında Türkiye'nin bir 'karşı dava' açtığı yolunda açık bir ifadeye rastlamış olmasak da Türkiye'nin muhatap olduğu bu iki davada ileri sürdüğü taleplerin, karşı dava olarak nitelendirilmesi yerinde olur¹²⁷. Nitekim, Türkiye'nin manevî tazminat istediği bu davalarla hemen hemen aynı tarihte görülmüş olan *Amto* davasında¹²⁸ ev sahibi devlet Ukrayna, davacı yatırımcıdan 'itibarının zedelenmiş olduğu gerekçesiyle manevî tazminat' talep etmiş¹²⁹, bu talebini de ilgili karardan açıkça anlaşıldığı üzere, karşı dava açmak suretiyle ileri sürmüştür. *Amto* davasında hakem heyeti, karşı dava bakımından yetkisinin YTKS'de yer alan tahkim klozunun ve asıl dava ile karşı dava arasındaki bağlantının irdelenmesi suretiyle belirleneceğini ifade etmiştir; bu yönüyle *Amto* davasını gören hakemlerin *Saluka* kararının getirdiği prensibi benimsemiş oldukları ortada olsa da, hakemler, davada tatbik alanı bulan Enerji Şartı Sözleşmesi'nin¹³⁰ 26/2. maddesinin yatırım tahkimi davası açma hakkını sadece yatırımcılara tanıyan olmasının ev sahibi devletin açtığı karşı dava bakımından sorun yaratıp yaratmayacağı üzerinde hiç durmamış, esas itibarıyla Enerji Şartı Sözleşmesi'nin 26/6. maddesinde yer alan uygulanacak hukuka ilişkin hükümden yola çıkarak, yetkisiz oldukları gerekçesiyle karşı davayı reddetmişlerdir¹³¹.

123 *Saluka* kararının verilmesinin öncesi döneme ait olan *Mitchell* ve *Genin* davaları kapsamında açılmış karşı davalara yaklaşım için bkz (n 87) civarı.

124 *Nowa Huta* kararı (n 13).

125 *Europe Cement* kararı (n14).

126 *Nowa Huta* kararı (n 13) para. 177; *Europe Cement* kararı (n 14) para 128

127 Aynı yönde *Kjos* (n 46) para 132.

128 *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, SCC Case No. 80/2005, Final Award (26 March 2008).

129 *Amto* kararı (n 128), para 7, 25.

130 Enerji Şartı Sözleşmesi, RG. 12.07.2000-24107.

131 *Amto* davası kapsamında ev sahibi devlet Ukrayna'nın açmış olduğu karşı dava, tatbik alanı bulan Enerji Şartı Sözleşmesi'nin uygulanacak hukuk klozunun sadece, "devletlerarası hukukun genel prensiplerini ve Sözleşmenin kendisini" uygulanacak hukuk olarak yetkili kıldığı, uygulanacak hukuk olarak belirlenmiş her iki hukuk kaynağının da "zedelenen itibar" nedeniyle tazminat talebinde bulunulabileceğine ilişkin bir hüküm içermediği gerekçesiyle, karşı dava hakemlerce reddedilmiştir. *Amto* kararı (n 128) parag. 118. Enerji Şartı Sözleşmesi'nin sadece üçüncü bölümünde öngörülen yükümlülüklerin ihlâlinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından yatırımcılara tahkime başvurma imkânı tanıdığı, bunun dışında kalan uyuşmazlıklar bakımından hakemlerin yetkisinin bulunmadığı bilgisi için ayrıca bkz Tiryakioğlu (n 49) 95.

Türkiye'nin, muhatap olduğu *Nowa-Huta*¹³² ile *Europe Cement*¹³³ davalarına dönecek olduğumuzda, her iki davada da Türkiye'nin tazminat talebi¹³⁴ reddedilmiş olsa da bu davaların ele almakta olduğumuz *Saluka* kararının etkileri konusunda ilgili bir yönü bulunmaktadır. Şöyle ki; *Europe Cement* davasında hakemler, davacı yatırımcının yargılama imkânlarını suiistimal etmiş olmasının ev sahibi devlet lehine tazminata hükmedilmesine gerekçe teşkil edip edemeyeceği sorusunun, cevaplama zor bir soru olduğunu, bu sorunun, yetkiye ilişkin soruları da beraberinde getireceğini, yetkiye ilişkin sorunun da davanın tâbi olduğu ICSID Ek Mekanizma Kurallarının 'karşı davalara' ilişkin hükmünü içeren 47. maddesiyle ilgili olduğunu belirtmişlerdir. Bununla birlikte, hakem heyeti bu sorulara cevap bulmaya çalışacak denli ileri gitmeyeceğini belirterek, Türkiye'nin itibarının sarsılmış olmasından kaynaklanan zararının, dava sonucunda davacı yatırımcı aleyhine verilecek masraflara ilişkin karar dahil olmak üzere davaya ilişkin hüküm ve bu hükmün gerekçeleriyle giderilebileceği sonucuna varmıştır¹³⁵. Görüleceği üzere, bu davada hakem heyeti davalı Türkiye'nin talepleri bakımından yetkili olup olmadığını ele almadıysa da yetki meselesinin incelenmesi gereken meselelerden olduğunu hiç değilse ifade etmiştir.

2004 tarihinde verilmiş *Saluka* kararı içtihadı sadece tarih itibarıyla *Saluka* kararının verildiği tarihe yakın tarihte verilmiş kararlarda benimsenmekle kalmamış, meselâ 2015 tarihinde verilmiş *Gavazzi* kararında¹³⁶ ve yine 2016 tarihinde verilmiş *Vestey* kararında¹³⁷ da benimsenmiştir. Her ne kadar hemen aşağıda ele alacağımız üzere, *Saluka* kararından 6-7 sene kadar sonra verilmiş bazı kararlarda *Saluka* kararının içerdiği anlayışı aşip, karşı davaların tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olup olmadığının belirlenmesinde daha yenilikçi ve hatta bir reform addedilebilecek şekilde farklı bir metodun uygulanması gerekliliği ileri sürülmüş olsa da, gerek 2015 tarihinde verilmiş *Gavazzi* kararında, gerekse de 2016 yılında verilmiş *Vestey* kararında bu yenilikçi metotların değil de, *Saluka* kararında tatbik edilmiş metodun tatbik edilmiş olması, *Saluka* kararının getirdiği anlayışın kolay kolay aşılamayacağını, *Saluka* davası hakemlerinin belki kabul edilebilirlik yönünden olmasa dahi, yetki yönünden tatbik etmiş oldukları metodun giderek yerleşip klasikleştiğini göstermektedir. Gerçekten de *Gavazzi* kararında hakemler, davada tatbik alanı bulan YTKS'nin tahkim klotunun yer aldığı 8/1. maddesinde "taraflar arasında yatırımcının yatırımla ilgili herhangi bir uyuşmazlık"tan söz edilip ilk bakışta, ev sahibi devlete de dava açma imkânı tanıdığı intibamı uyandırdığı halde, aynı klotun 8/2. maddesinde sadece "yatırımcıya" tahkime

132 *Nowa Huta* kararı (n 13).

133 *Europe Cement* kararı (n 14).

134 *Nowa Huta* kararı (n 13) para 177; *Europe Cement* kararı (n 14) para 128

135 *Europe Cement* kararı (n 14) para 181.

136 Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania, ICSID Case No ARB/12/25, Decision on Jurisdiction, Admissibility and Liability (5 June 2014) <icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C2441/DC9888_En.pdf>.

137 *Vestey Group Limited v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/06/4, Award <italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7230.pdf>.

başvurma hakkını tanıması nedeniyle, ev sahibi devletin açtığı karşı dava bakımından yetkisiz olduklarına (hakem heyetinin çoğunluk üyeleriyle) karar vermişlerdir¹³⁸. Tahkim heyetinin çoğunluğunu oluşturan hakemler, karşı dava bakımından yetkili olup olmadıklarının, YTKS’de yer alan tahkim klozunun lafzının devletler hukukunun öngördüğü esaslar çerçevesinde yorumlanması neticesinde belirlemeleri gerektiğini ifade etmişlerdir¹³⁹.

Aynı şekilde *Vestey* davasında hakemler, ICSID Konvansiyonu’nun 46. maddesine göre karşı davanın tarafların tahkim rızası kapsamında olması gerektiği ve diğer yönlerden de ICSID Tahkim Merkezinin yetkisi kapsamında olması gerektiğini belirttikten sonra, davada uygulama alanı bulan İngiltere ile Venezüella arasındaki YTKS’nin 8. maddesinde yer alan tahkim klozunu incelemiş, bu tahkim klozunun yatırım tahkimine başvurma hakkını “YTKS’den kaynaklanan yükümlülüklerin” “ev sahibi devlet” tarafından ihlâl edilmesi haliyle” sınırlı bir şekilde sadece yatırımcıya tanıdığını, YTKS’nin yatırımcıya bir yükümlülük getirmediğini belirterek, Venezüella’nın (esas itibarıyla karşı dava şeklinde ileri sürülmüş olup olmadıkları pek de belli olmayan ancak karşı dava olarak nitelendirilme ihtimaline binaen hakemlerce ele alınan) taleplerinin, tarafların tahkim rızasının kapsamı dışında kaldığına, bu taleplerin mahallî mahkemeler tarafından ele alınması gereken bir mesele olduğuna karar vermiştir¹⁴⁰.

Aşağıda, *Saluka* kararının içtihadını benimsemeyen davalar başlığı altında ele alacağımız 2016 yılında karara bağlanmış *Urbaser* davasında¹⁴¹ da ‘karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olması’ şartı yönünden *Saluka* kararının içtihadı benimsenmiş, buna mukabil ‘karşı davanın asıl davayla bağlantılı olması’ şartı yönünden *Saluka* kararının içtihadı benimsenmemiştir. *Urbaser* davasını gören hakem heyeti, tıpkı *Saluka* kararı içtihadında olduğu üzere, karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olup olmadığını belirlemek için davada tatbik alanı bulan İspanya ile Arjantin arasında akdedilmiş YTKS’nin tahkim klozunu incelemiştir¹⁴². Neticede, bu tahkim klozunun tahkime başvurma hakkı bakımından yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında bir fark gözetmemiş olup, her iki tarafa da tahkime başvurma hakkı tanımış olmasından yola çıkarak, karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olduğu sonucuna varmıştır¹⁴³.

138 Karşı oy görüşü için bkz. Dissenting Opinion of Arbitrator Mauro Rubino-Sammartano para 42 icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C2441/DC9888_En.pdf.

139 *Gavazzi* kararı (n 136) para 154.

140 *Vestey* kararı (n 137) para 333.

141 *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Prtzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award (8 December 2018). <italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7230.pdf>.

142 *ibid* para 1143 dnp 424.

143 *ibid* para 1143-50

Urbaser davası bakımından bu başlık altında değinilmesi gereken önemli noktalardan biri de bu davada yatırımcıların, doktrinde etkin bazı yazarlarca savunulan¹⁴⁴ ancak başka yazarlarca kanaatimizce de yerinde olarak eleştirilen¹⁴⁵, bir görüşe dayanarak hakemleri, ev sahibi devletin açtığı karşı dava bakımından yetkisiz oldukları konusunda ikna etmeye çalışmış olmalarıdır. Yatırımcıların dayandıkları bu görüşe göre, bir yatırımcı, ev sahibi devletin YTKS'deki tahkim klozu vasıtasıyla yaptığı kabul edilen tahkim önerisini, tahkim klotundaki kapsamından daha dar bir kapsama kabul edebilir; böyle bir durumda ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki tahkim anlaşması, YTKS'de yer alan tahkim klotuna kıyasla daha dar bir kapsama kurulmuş olur¹⁴⁶. İşte bu düşünceye dayanan yatırımcılar da *Urbaser* davasında¹⁴⁷, ev sahibi devletin ilgili YTKS'de yer alan tahkim klozu vasıtasıyla yapmış olduğu farz edilen öneriyi, bu önerinin içerdiğinden daha dar bir kapsama, sadece kendi davalarını içine alacak bir kapsama kabul etmiş olduklarını, bu nedenle ev sahibi devletin karşı davasında ileri sürdüğü iddialarının tahkim rızasının kapsamı içinde yer almadığını, netice itibarıyla hakemlerin ev sahibi devletin açtığı karşı dava bakımından yetkisiz olduklarını ileri sürmüşlerdir¹⁴⁸. *Urbaser* davasını gören hakemler, yatırımcıların bu iddiasını kabul etmemiş, ev sahibi devletle yatırımcılar arasındaki tahkim anlaşmasının kapsamının, YTKS'de yer alan tahkim klozu ile aynı olduğu sonucuna varmıştır¹⁴⁹.

Urbaser davasında, 'asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı bulunması' şartı yönünden yapılmış değerlendirmede *Saluka* kararı içtihadı benimsememiş olduğu için, *Urbaser* davasını gören hakemlerin 'bağlantılı olma' şartına ilişkin değerlendirmelerini aşağıda, '*Saluka* içtihadını benimsemeyen davalar' başlığı altında ele alacağız¹⁵⁰.

3. *Saluka* Kararı İchtihadını Benimsemeyen Görüşlerin Ortaya Atıldığı Davalar

Karşı davalar bakımından giderek bir klasik haline gelen *Saluka* içtihadını aşır, yeni bir yaklaşımla meseleyi ele almak isteyen görüşler de ortaya atılmıştır; üstelik *Saluka* kararının anlayışını aşmayı amaçlayan bu görüşler sadece doktrinde değil, bu başlık altında ele alacağımız hakem kararlarında da ifade alanı bulmuştur. Karşı davalar bakımından aranan temel şartların ikisi yönünden, yani gerek karşı davanın "tahkim rızasının kapsamı içinde olması şartı" yönünden, gerekse de karşı davanın "asıl davayla

144 Schreuer, Malintopi, Reinisch and Sinclair (n 31) Art. 25, para 420; Christoph Schreuer, 'Denunciation of the ICSID Convention' iç M Waibel, A Kaushal, L Chung and C Balchin (eds) *The Backlash Against Investment Arbitration* (Kluwer International 2010) 353, 358; Henri C. Alvarez, 'Arbitration Under the North American Free Trade Agreement' (2000) 16(4) *Arbitration International* 393, 410 (Kjos (46) 135'den naklen).

145 Zachary Douglas, 'The Enforcement of Environmental Norms in Investment Treaty Arbitration' iç Pierre-Marie Dupuy and Jorge E. Viñuales (eds) *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection* (Cambridge University Press 2013) 429; Kjos (46) 135.

146 Schreuer, Malintopi, Reinisch and Sinclair (n 31) Art. 25, para 420. Bu görüşe karşı çıkan yazarlar için *ibid*.

147 *Saluka* davasında da, yatırımcının açık olmasa da benzer bir iddiayı ileri sürmüş olduğu anlaşılmaktadır; *Saluka* kararı (n11) para 26.

148 *Urbaser* kararı (n 141) para 1123.

149 *Urbaser* kararı (n 141) para 1146

150 Bkz aşağıda (n 176) civarı.

bağlantılı olması şartı” yönünden *Saluka* davasını görmüş hakemlerin benimsemiş oldukları yaklaşımın takip edilmemesini, bunun yerine her iki yönden de ev sahibi devletin karşı davalarının incelenip hükme bağlanmasını daha geniş bir çerçevede sağlayacak, daha esnek yaklaşımların benimsenmesi gerekliliği savunulmuştur.

Aşağıda, *Saluka* kararındaki yaklaşım yerine farklı yaklaşımların benimsenmesi gerektiğinin ileri sürüldüğü davalar, ilki karşı davanın “ tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olması” şartı yönünden yeni yaklaşımların ileri sürüldüğü davalar, ikincisi ise karşı davanın “asıl dava ile bağlantılı olması” şartı yönünden yeni yaklaşımların ileri sürüldüğü davalar olmak üzere iki ayrı başlık altında ele alınacaktır.

a. Karşı Davanın Tahkim Rızasının Kapsamı İçinde Olması Şartı Bakımından Yeni Yaklaşımların İfade Alanı Bulduğu Davalar ve Bilhassa Roussalis Davası

i. Genel Olarak

Tahkim rızasının karşı davayı da kapsayıp kapsamadığının belirlenmesine yönelik yeni yaklaşımın ifade alanı bulunduğu ilk dava *Roussalis* davası olmuşsa da esasen *Roussalis* davasında da netice itibarıyla, tahkim rızasının kapsamı, *Saluka* kararının klasikleşen metoduyla belirlenmiş, yani karşı davanın istinat ettiği YTKS'nin tahkim klozunun lafzına bağlı kalınmış ve neticede hakemlerin karşı dava bakımından yetkili olmadıklarına karar verilmiştir. Bu yönüyle *Roussalis* kararını da *Saluka* içtihadının benimsendiği davaları ele aldığımız bir önceki başlıkta ele almamız yerinde olabilirdi. Ne var ki, bu başlık altında *Saluka* içtihadını aşmayı amaçlayan yeni yaklaşımların “ifade alanı bulunduğu davaları” ele almaktayız. İşte *Roussalis* davası da bu yönüyle öne çıkmaktadır; zira karşı dava bakımından verilmiş yetkisizlik kararı, *Roussalis* davasını gören hakemlerin oy birliğiyle değil, oy çokluğu ile verilmiştir. *Roussalis* davasında yeni yaklaşımın ifade alanı bulunduğu yer ise, hakem heyetinin çoğunluğunun görüşüne katılmayan üçüncü hakem olan Prof. *Reisman* tarafından kaleme alınmış muhalefet şerhi olmuştur. İşte bu muhalefet şerhi, doktrindeki bazı yazarların¹⁵¹ da desteğini alan yeni yaklaşımın en önemli dayanak noktalarından birini teşkil ettiği gibi, tarih itibarıyla *Roussalis* kararından sonra hükme bağlanan bir ICSID davası olan *Goetz*

151 Douglas (n 145) 415, 428 ff; Kendra (n 45) 600.

davasının¹⁵² hakemlerince de benimsenen bir görüş olmuştur¹⁵³. Diğer yandan, *Gavazzi* davasında tahkim heyetini oluşturan hakemlerin çoğunluğunun görüşüne karşı çıkan *Rubino-Sammartano* 'nun, sözünü ettiğimiz Prof *Reisman* 'ın muhalefet şerhine açıkça atıfta bulunmasa da bu muhalefet şerhinde yer alan görüşlerden esinlenmiş olduğu anlaşılmaktadır¹⁵⁴.

ii. Roussalis Kararında Çoğunluğu Teşkil Eden Hakemlerin Görüşü

Yatırımcı tarafından Yunanistan ile Romanya arasındaki YTKS'ye istinaden açılmış olan *Roussalis* davasında, ev sahibi devlet Romanya, yatırımcının hisse alım sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ihlâl ettiği gerekçesiyle yatırımcı aleyhine bir karşı dava açmıştır. Romanya, yatırımcının yükümlülüklerini ihlâl ettiği gerekçesiyle mahallî mahkemelerine başvurmak yerine muhatap olduğu ICSID davası kapsamında karşı dava açma yoluna başvurmasının altında yatan sebebin, birbiriyle çelişen kararların ortaya çıkmasına engel olma amacı olduğunu ifade etmiştir. Romanya'ya göre, yatırımcının yükümlülüklerini ihlâl ettiği gerekçesiyle mahallî Romanya mahkemelerine başvuracak olsa¹⁵⁵, muhatap olduğu ICSID davasının dayandığı vakıalar ile aynı vakıalara dayanan bir dava da Romanya mahkemelerinde görülecek, bu durum, Romanya mahkemelerinin ICSID hakemlerince verilecek kararla çelişen bir karar vermeleri ihtimaliyle karşı karşıya kalınması ihtimâlini doğurabilecekti¹⁵⁶.

Romanya'nın işte bu gerekçelerle açtığı karşı davasını ele alan *Roussalis* davasını gören hakem heyeti de öncelikle bu karşı davanın, tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olup olmadığı üzerinde durmuştur. Hakem heyetinin çoğunluğunu teşkil eden iki hakem, Romanya'nın açtığı karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamında yer alıp almadığını belirlemek için YTKS'de yer alan tahkim klotunun referans alınması gerektiğini¹⁵⁷ belirtip (ve böylece *Saluka* kararının içtihadını benimsemiş olup), davada tatbik alanı bulan Romanya ile Yunanistan arasındaki YTKS'de yer alan tahkim klotunu

152 *Goetz* davası (n 57)

153 *Goetz* davasında davacı yatırımcı, hakemlerin, ev sahibi devletin açtığı karşı dava bakımından yetkili olmadığını iddia etmiş, bu iddiasını da gerekçelendirmek için, davada tatbik alanı bulan Belçika, Lüksemburg ile Burundi arasındaki YTSK'nin hiçbir yerinde, ev sahibi devlete karşı dava açma hakkını tanıyan bir hükmün yer almadığını, ayrıca "genel kabul gören hukuk anlayışı uyarınca, YTKS'lere istinat etmek suretiyle ev sahibi devletlerce karşı dava açılmayacağını" ileri sürmüştür. *Goetz* davasında tatbik alanı bulan Belçika, Lüksemburg ile Burundi arasındaki YTSK'nin 8/3. maddesi, "...uyuşmazlığın dostane yolla çözümlenemesi halinde, "yatırımcı" tarafından ICSID tahkimine başvurulabileceği" hükmünü içermekteydi. İşte, *Goetz* davasını gören hakem heyeti, YTKS'de yer alan tahkim klotunda ICSID tahkimine başvurabilecek taraf olarak sadece "yatırımcıya" işaret edilmiş olmasının, ev sahibi devletin açtığı karşı dava bakımından sorun yaratmasını engellemek için, Prof *Reisman* 'ın aşağıda yer vereceğimiz muhalefet şerhini aynen alıntılanmış, neticede ev sahibi devletin açtığı karşı dava bakımından yetkili olduğu sonucuna varmıştır (*Goetz* kararı (n 57) para 279-80). *Goetz* davasında hakemler, karşı davanın asıl davayla bağlantılı olduğu sonucuna da varmış olup karşı davanın kabul edilebilir olduğunu ortaya koymuş olsalar da, ev sahibi devlet Burundi'nin uğramış olduğunu iddia ettiği zararı somutlaştırmamış olduğu için, davayı reddetmişlerdir (*Goetz* kararı (n 57) para 287).

154 *Rubino-Sammartano* 'nun muhalefet şerhi için bkz (n 138) para 42.

155 *Saluka* davasında da ev sahibi devlet Çekya, açtığı karşı davanın reddedilmesi halinde, millî mahkemelerine başvurmak zorunda kalacağını bunun da yatırım tahkimi rejiminin amaçlarıyla uyumlu olmayacağını ileri sürmüştür, *Saluka* kararı (n 11) para 24.

156 *Roussalis* kararı (n 16) para 757.

157 *ibid* para 866.

incelemiş, ancak tahkim klozunun ev sahibi devletin açtığı karşı davaları kapsamadığı, bu nedenle karşı davayı görmeye yetkili olmadıkları sonucuna varmışlardır. Çoğunluğu teşkil eden hakemlerin karşı davayı görmeye yetkili olmadıkları sonucuna varmalarına neden olan Romanya ile Yunanistan arasındaki YTKS'nin 9. maddesinde yer alan tahkim klozunun ilgili kısmı, şu şekilde tercüme edilebilecek bir hüküm içermektedir:

1- ...*ev sahibi devletin YTKS'nin öngördüğü yükümlülükleri ile ilgili olarak yatırımcı ile bir âkit devlet arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar, mümkünse dostane şekilde çözümlenmelidir,*

2- ...*uyuşmazlığın 6 ay içinde dostane şekilde çözümlenememesi halinde, ilgili yatırımcı, uyuşmazlığın çözümünü için âkit devletin yetkili mahkemelerine veya ICSID Tahkim Merkezine başvurabilir.*

Görülebileceği üzere, *Roussalis* davasında tatbik alanı bulan Romanya ile Yunanistan arasındaki YTKS, *Saluka* davasında tatbik alanı bulmuş olan Çek Cumhuriyeti ile Hollanda arasındaki YTKS'nin hükmünden farklıdır. *Saluka* davasında tatbik alanı bulmuş olan YTKS'nin tahkim klozu “tüm uyuşmazlıklar” bakımından “ taraflardan birinin” tahkime başvurulabileceğini öngörmekteyken ele almakta olduğumuz *Roussalis* davasında tatbik alanı bulan Yunanistan ile Romanya arasındaki YTKS'nin tahkim klozu “ev sahibi devletin” yükümlülüklerini ihlâl ettiği gerekçesiyle”, “yatırımcının” tahkime başvurabileceğini öngören bir kloz içermektedir. İşte, gördükleri *Roussalis* davasında tatbik alanı bulan YTKS'nin içerdiği bu tahkim klozu karşısında, tahkim heyetinin çoğunluğunu oluşturan iki hakem, ilgi YTKS'de yer alan bu tahkim klozunun sadece “ev sahibi devletin” yükümlülüklerini ihlâl etmiş olması sebebiyle bir tahkim davası açılabilirliğini öngördüğünün ve yine sadece “yatırımcılara” tahkim davası açma hakkını tanıdığıнын tereddüte yer vermeyen bir açıklıkla ortada olduğu gerekçesiyle, tarafların tahkim rızasının ev sahibi devlet tarafından açılacak karşı davaları kapsamadığı, bu nedenle yetkisiz oldukları sonucuna varmışlardır¹⁵⁸.

iii. Roussalis Kararına Karşı Muhalefet Şerhi

Roussalis davası kapsamında Romanya'nın açtığı karşı dava bakımından hakem heyetinin çoğunluğunun verdiği yetkisizlik kararına katılmayan üçüncü üye Prof. Reisman'a göreyse, hakem heyeti karşı davayı görmeye yetkiliydi. Prof. Reisman'ın azınlıkta kalan bu görüşü esas itibarıyla karşı davayı açmış olan ev sahibi devlet Romanya'nın iddialarıyla büyük ölçüde örtüşmekteydi.

Davacı yatırımcının karşı dava bakımından yetki itirazında bulunması üzerine Romanya, bilhassa iki nokta üzerinde durmuştur. Bunlardan birincisi, ICSID Konvansiyonu'nun 46. maddesinin: “*Taraflar aksi yönde anlaşmış olmadıkça...hakem*

158 *Roussalis* kararı (n 16) para 869, 872.

heyeti...karşı davalar hakkında...hüküm vermelidir” ifadelerini içeren kısmı olmuştur. Romanya, 46. maddede geçen “... taraflar aksi yönde anlaşmış olmadıkça...” ifadesine vurgu yaparak, tatbik alanı bulan Yunanistan ile Romanya arasındaki YTKS’de, karşı davaların tahkim yoluyla çözümlenmeyeceğine dair herhangi bir ibare bulunmadığından, davacı yatırımcının iddia ettiğinin aksine, hakemlerin karşı dava bakımından yetkili olduğunu ileri sürmüştür¹⁵⁹.

Romanya’nın üzerinde durduğu ikinci nokta, sözünü ettiğimiz muhalefet şerhinden Prof. Reisman’ın da benimsemiş olduğu anlaşılın görüşleri içermektedir. Bu görüşe göre yatırımcı, ICSID tahkimine başvurmak suretiyle, yani Romanya’nın YTKS’de yer alan tahkim klozu vasıtasıyla yaptığı varsayılan ICSID tahkimi önerisini kabul edip ICSID tahkimine rıza vermekle, Romanya’nın açacağı karşı davalara da zımnen rıza vermiş sayılmalıdır. Davacı Romanya’ya göre, YTKS vasıtasıyla Hollandalı yatırımcılara evvelce yapmış olduğu tahkim önerisi, yatırımcıyla aralarındaki uyuşmazlıkların ICSID Konvansiyonu’na tâbi olarak tahkim yoluyla çözümlenmesine ilişkin bir öneri olup, bu önerinin kapsamı içinde, “asıl davayla bağlantılı karşı davaların da ICSID tahkimi yoluyla çözümlenmesi teklifi” yer alır¹⁶⁰; yatırımcı ICSID tahkimine başvurup ICSID tahkimi önerisini kabul etmiş varsayıldığında, önerinin içeriğini bir bütün olarak kabul etmiş olur, yani karşı davaların da ICSID tahkimi yoluyla çözümlenmesini de kabul etmiş olur. Netice itibarıyla yatırımcının, yatırımıyla ilintili olup Romanya’yla aralarında çıkan “bütün uyuşmazlıkları”, yani ‘karşı davalar’ da dahil olmak üzere “bütün” uyuşmazlıkları ICSID tahkimi yoluyla çözümlenmeyi kabul etmiş olduğu var sayılmalıdır.

İşte, Prof. Reisman’ın kaleme aldığı muhalefet şerhi de Romanya’nın iddialarının büyük ölçüde tekrarını içeren şöyle açıklanabilecek bir ifade içermektedir: YTKS’nin tarafı olan devletlerin hazırladıkları sözleşmede ICSID tahkimine rıza göstermelerinin bir sonucu da, ICSID Konvansiyonu’nun 46. maddesinin içerdiği unsurlardan “tahkim rızasının” (yani karşı davanın da tahkim yoluyla görülmesine ilişkin rıza unsurunun), yatırımcının ICSID tahkimine başvurmasıyla kendiliğinden ilgili tahkim davasının (tahkim anlaşmasının) kapsamı içine dahil olmasıdır.

Diğer yandan Prof. Reisman muhalefet şerhinde, ev sahibi devletin karşı davası bakımından verilmiş yetkisizlik kararının, yatırım tahkimi rejiminin oluşturulmasında güdülmüş olan amaçlarla da çelişki içinde olduğuna işaret etmiştir. Reisman’a göre, ev sahibi devlet Romanya, yatırımcıya yönelik karşı taleplerini muhatap olduğu yatırım tahkimi davasını gören tarafsız hakemler huzurunda ileri sürmek istemiş, ancak hakem heyetinin üyelerinin çoğunluğunun verdiği yetkisizlik kararı nedeniyle bunu yapamamıştır. İşte bu yetkisizlik kararı nedeniyle Romanya, yatırımcıya yönelik karşı talepleri bakımından millî mahkemelerine başvurmak zorunda bırakılmıştır.

159 *ibid* para. 759.

160 *ibid* parag. 775.

Hâlbuki, Romanya'nın millî mahkemeleri, yatırımcının başvurmadan kaçındığı, onlara başvurmadan ICSID tahkimine başvurmayı tercih etmiş olduğu millî mahkemelerdir. İşte Romanya'nın karşı davası bakımından verilen yetkisizlik kararı, Romanya'yı kendi millî mahkemelerine başvurmak zorunda bırakmakta, bu da yatırımcının, hakem heyetinin eliyle, başvurmadan kaçındığı Romanya'nın millî mahkemeleri önünde davalı olarak kendini savunmak zorunda kalmasına neden olmaktadır. Tüm bunlar Prof. Reisman'ın ifadesiyle, milletlerarası yatırım hukukunun amaçları bakımından absürt olmasa bile, ironik bir durum teşkil etmektedir¹⁶¹.

İv. Prof Reisman'ın Muhalefet Şerhinde Yer Alan Görüşlerin Değerlendirilmesi

Prof. Reisman'ın muhalefet şerhinde ifadesini bulan anlayışa göre, ICSID Konvansiyonu'nun 46. maddesi prensip olarak ev sahibi devletin karşı davalarının görülmesine imkân tanıyan bir hüküm içermektedir. Bu görüşe göre, akdettikleri YTKS'de ICSID Konvansiyonu hükümleri çerçevesinde tahkime başvurulmasına imkân tanıyan devletler, yatırımcının ICSID tahkimine başvurması halinde karşı davaların ICSID Konvansiyonu'nun 46. maddesi çerçevesinde hakemlerce hükmeye bağlanabileceğini bilmekte ve isteyerek buna rıza vermektedirler¹⁶². İşte bu sebeple bir YTKS'de yer alan tahkim klotuna istinat eden yatırımcı ICSID tahkime başvurup, ev sahibi devletle arasında bir tahkim anlaşmasının kurulmasını sağladığında, YTKS'yi akdemiş olan devletlerin karşı davalar bakımından vermiş oldukları kabul edilen bu rıza çerçevesinde (yani yatırımcının ICSID'e başvurması halinde Konvansiyon'un 46. maddesi çerçevesinde karşı davaların da hakemlerce görülmesine ilişkin rıza çerçevesinde) bir tahkim anlaşmasının kurulmasını sağlamış olur.

Esasen, Prof. Reisman'ın muhalefet şerhinde ifadesini bulan anlayış, yatırımcının bir YTKS'de yer alan tahkim klotuna istinat etmek suretiyle ICSID tahkimine başvurması halinde, ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında kurulduğu kabul edilen tahkim anlaşmasının kapsamına, ICSID Tahkim Merkezinin yargılama kurallarının da incorporation yoluyla dahil olmasından¹⁶³ hareketle geliştirilmiş bir anlayıştır. Şöyle ki yatırımcı asıl davasını açmadan hemen önce, ev sahibi devletle yatırımcı arasında bir tahkim anlaşması yoktur, bu aşamada henüz yatırımcının tahkime başvurup

161 Declaration (Dissenting Opinion of W. Micheal Reisman) 146 <italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0724.pdf> 30 August 2020.

162 Ele almakta olduğumuz görüşün hakemlerce tatbik alanı bulduğu *Goetz* davasında hakemler, ev sahibi devlet Burundi'nin ICSID tahkimine başvuru olanağı getiren YTKS'yi akdederken, ICSID Konvansiyonu'nun 46. maddesi çerçevesinde karşı davaların da ICSID hakemlerince görülmesini kabul etmiş olduklarını, ardından bu YTKS'de yer alan tahkim klotuna istinat etmek suretiyle tahkime başvuran yatırımcının da karşı davaların ICSID hakemlerince görülmesini kapsayan bir tahkim rızası vermek suretiyle YTKS'de yer alan tahkim önerisini kabul etmiş olduğunu ifade etmişlerdir. Neticede, *Goetz* davasını gören hakemlere göre, karşı davalara ilişkin olarak bu iki aşamada verilen rıza (evvelâ âkit devletlerin akdettikleri YTKS vasıtasıyla verdikleri rıza, ardından da yatırımcının verdiği rıza) ev sahibi devletin karşı davaları bakımından ICSID hakemlerini yetkili kılmaktadır. *Goetz* kararı (n 57) para 278

163 Tarafların atıfta bulunduğu tahkim kurumunun kurallarının incorporation yoluyla taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının kapsamına dahil olduğu konusunda genel bilgi için diğerlerinin yanında genel olarak diğerlerinin yanında bkz. Gary Born, *International Commercial Arbitration* (Wolters Kluwer 2014) 831 ff. Incorporation hakkında genel bilgi ve kanunlar ihtilafı alanındaki etkileri için Nuray Ekşi 'Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation' (1999-2000) 20 MHB 263 ff.

başvurmayacağı ve tahkime başvuracaksa, ilgili YTKS’de yer alan tahkim klozunun öngördüğü çeşitli tahkim kurumlarından hangisine başvuracağı dahi belli değildir. Ev sahibi devletin ‘karşı dava açtığı’ aşamada ise durum farklıdır; yatırımcı asıl davayı açmış, böylelikle ev sahibi devletle aralarında tahkim anlaşması kurulmuş, üstelik yatırımcının başvurduğu tahkim merkezinin hangisi olduğu da belli olmuş olduğundan, bu tahkim merkezinin kuralları da aralarındaki tahkim anlaşmasının kapsamına incorporation yoluyla dahil olmuştur. İşte bu yüzden, “karşı davalar” bakımından sadece YTKS’de yer alan tahkim klozuna değil, tahkim anlaşmasının kapsamına dahil olan ilgili tahkim merkezinin yargılama kurallarına da bakılmalıdır. Bu görüşe göre, ICSID Konvansiyonu’nun 46. maddesi, prensip olarak karşı davaların hakemlerce hükme bağlanmasına imkân tanıyan bir hüküm olduğuna¹⁶⁴ ve bir önceki paragrafta üzerinde durmuş olduğumuz üzere ICSID tahkimine başvurma imkânı tanıyan bir YTKS’ye taraf olan devletler bu YTKS’yi akdederken, yatırımcı tarafından ICSID tahkimine başvurulması halinde ICSID Konvansiyonu’nun 46. maddesi çerçevesinde karşı davaların da hakemlerce hükme bağlanmasına rıza göstermiş olduklarına göre, Prof Reisman’ın muhalefet şerhinde ICSID’in 46. maddesinin içinde barındırdığından söz ettiği “rıza unsuru (karşı davaların da hakemlerce görülmesine rıza unsuru) yatırımcının ICSID tahkimine başvurusuyla ev sahibi devletle yatırımcı arasında kurulan tahkim anlaşmasının kapsamına dahil olur.

Prof. Reismann’ın muhalefet şerhinde ifade alanı bulan bu görüş, doktrinde bazı yazarlarca kabul edilmiş¹⁶⁵ hatta *Goetz* davasında¹⁶⁶ hakemlerce tatbik edilmiştir¹⁶⁷. Bu görüşü benimseyen yazarlardan *Douglas*, ICSID Konvansiyonu’nun 26. maddesinden de yararlanmak suretiyle benimsediği görüşe destek sağlamaktadır. Şöyle ki; ICSID Konvansiyonu’nun 26. maddesi hükmüne göre, tarafların ICSID tahkimine rıza vermeleri, ilgili uyuşmazlığın çözümü için başvurulabilecek tüm diğer başvuru yollarının kapanması sonucunu doğurur. Buna göre yatırımcının YTKS’de yer alan tahkim klozuna istinaden ICSID tahkimine başvurusu üzerine, ICSID Konvansiyonu’nun 26. maddesi hükmü gereğince, ilgili “uyuşmazlığın¹⁶⁸” tüm yönleriyle ICSID nezdinde giderilmesi gerekir; *Douglas*’a göre, ICSID Konvansiyonu’nun 26. maddesi hükmü karşısında, bir uyuşmazlıkla ilgili olarak sadece

164 ICSID Konvansiyonu’nun 46. maddesinin karşı davalarla ilintili kısımları, tahkim rızasına ilişkin ifadeler hariç tutularak ele alındığında, İngilizcede “...the Tribunal shall...determine any counterclaims arising directly out of the subject-matter of the dispute...” sözleri kalmakta, bu sözler Türkçeye çevrildiğinde “... *hakem heyeti, asıl davayla bağlantılı olan karşı davaları... hükme bağlamalıdır*” ifadesi ortaya çıkmaktadır.

165 *Douglas* (n 145) 433; *Kendra* (n 45) 593-95.

166 *Goetz* davası (n 57)

167 Bkz yukarıda (n 153).

168 Belirtmek gerekir ki, *Douglas* bu görüşünü savunurken “uyuşmazlık” ve “talep” kelimelerinin içeriklerinin farkı üzerinde de durmakta, İngilizcede “*dispute*” kelimesi ile ifade edilen “uyuşmazlık” teriminin, İngilizce de “*claim*” kelimesi ile ifade edilen “talep” terimine kıyasla daha geniş bir anlam ifade ettiği düşüncesinden de hareket etmektedir. Meselâ, ICSID Konvansiyonu’nun 25/1. maddesinde Merkez yetkisinden söz edilirken, “talep” teriminin değil de “uyuşmazlık” teriminin kullanılmış olması, Merkezin yetkisinin yatırımdan kaynaklanan “uyuşmazlığı” kapsadığının belirtilmiş olması, taraflar arasındaki meselenin sadece belli bir talebe ilişkin kısmının değil, tüm uyuşmazlığı kapsayacak şekilde ele alınması gerektiğini ortaya koymaktadır; *Douglas* (n 145) 429.

yatırımcının taleplerinin hakemlerce hükme bağlanıp, ev sahibi devletin ise karşı dava yoluyla ileri sürdüğü taleplerinin hükme bağlanmaması şeklindeki bir uygulama, yerinde bir uygulama olarak kabul edilemez¹⁶⁹.

Prof. Reisman'ın muhalefet şerhinde ortaya koyduğu görüş bazı yazarlarca benimsenmiş olsa da doktrinde başka bazı yazarlar bu görüşe karşı çıkmıştır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla *Goetz* davası dışında başka bir ICSID davasında da bu görüş tatbik alanı bulmamış, sadece *Gavazzi* davasında çoğunluğu teşkil eden hakemlere muhalif kalan hakem *Rubino-Sammartano* tarafından kaleme alınan muhalefet şerhinde ifade alanı bulmuştur¹⁷⁰. Bu görüşe karşı çıkanlara göre her ne kadar yatırımcının ICSID tahkimine başvurusuyla ICSID'in 46. maddesi ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında kurulduğu kabul edilen tahkim sözleşmesinin bir parçası haline gelse de söz konusu 46. madde, karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olması şartının gerçekleşmiş olmasının ayrıca aranmasını gerektirmeyen bir rıza unsurunu içinde barındırmamaktadır. Bilakis, 46. madde, karşı dava bakımından tahkim rızasının bulunmasını açıkça şart koşmaktadır¹⁷¹. Yine bu yazarlara göre, ICSID Konvansiyonu'nun hazırlık aşamalarına ilişkin belgeler de Prof. Reisman'ın iddiasının aksine, 46. maddenin bir "rıza unsurunu" içermediğine işaret etmektedir. Prof. Reisman'ın görüşüne karşı çıkan yazarlar, hazırlık çalışmalarına ilişkin belgelerden yola çıkarak, bu belgelerde ICSID Konvansiyonu'nun 46. maddesinin, hakemlerin yetkisini genişletmek gibi bir amacı asla içermediğinin belirtildiğine, ayrıca Aaron Brochers tarafından kaleme alınmış raporda, taraflarca tahkime başvurulmasına rıza gösterilmiş olmadıkça 46. madde kapsamındaki herhangi bir mesele bakımından tahkime başvurulamayacağını açıkça yazılı olduğuna vurgu yapmak suretiyle, Prof. Reisman'ın görüşünü eleştirmektedirler¹⁷².

Kanaatimizce, Prof. Reisman'ın muhalefet şerhinde ortaya koyduğu görüş bakımından en başta ifade edilmesi gereken, bu görüşün, YTKS'lere istinaden açılan karşı davalar bakımından tahkim rızasının belirlenmesi konusunda kabul edilegelmiş anlayışları yıkan, büsbütün yeni bir yaklaşım içerdiğiidir. YTKS'lere istinaden açılan karşı davalar bakımından kabul edilen günümüzde artık iyice yerleşmiş olan anlayış, tahkim rızasının sadece YTKS'de yer alan tahkim klozundan yola çıkarak belirlenmesi gerektiği yönündeki (ilk başlarda itirazla karşılanmış¹⁷³) anlayıştır. Prof. Reisman'ın muhalefet şerhinde ortaya koyduğu görüşe göreyse, ev sahibi devletin açtığı karşı

169 Douglas (n 145) 429.

170 Rubino-Sammartano'nun karşı oy görüşü için bkz (n 138).

171 Dafina Atanasova, Adrian Martinez Benoit and Josef Ostfanký, 'The Legal Framework for Counterclaims in Investment Treaty Arbitration 2014 (31) Journal of International Arbitration 357, 367; Kjos (n 46) 145

172 Atanasova, Benoit and Ostfanký (n 171) 367; Hashad Pathak, Consenting to Counterclaims Under The ICSID Convention (2019) 19 Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 101, 110.

173 Meselâ *Sornarajah*, 1994 yılında ilk kez yayımlanmış olan eserinde, bir YTKS'de yer alan tahkim kaydının ev sahibi devletin tahkim iradesinin varlığını kabul etmeye yetmeyeceğini ifade etmiştir; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge University Press 1994) 267. Aynı görüş geçmişte Türk doktrininde *Erten* tarafında da savunulmuştur; Erten (17) 175.

dava bakımından tahkim rızasının bulunup bulunmadığı tek başına YTKS’de yer alan tahkim klozuna bakılarak değil, yatırımcının hareketlerine bakılarak belirlenmelidir; yatırımcı ICSID tahkimine başvurmuşsa, hemen yukarıda izah ettiğimiz üzere, tahkim rızasının karşı davaları da kapsadığı kabul edilmelidir.

Bu görüş, YTKS’lerde yer alan tahkim klozlarına istinaden yatırımcılara tahkim davası açma imkânının tanınmasının bir sonucu olarak, ev sahibi devlet aleyhine olacak şekilde bozulmuş olan yatırımcıyla ev sahibi devlet arasındaki dengenin yeniden kurulmasını sağlama potansiyelini içermektedir. Diğer yandan, yatırım tahkimi rejiminin kurulmasının altında yatan sebeplerden birinin de yatırımcıların, taraflı olmalarından kuşku duyulan ev sahibi devlet mahkemeleri önünde cereyan edecek davalarla muhatap olmak mecburiyetinde kalmaktan kurtarılması olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu görüşün, yatırım tahkimi rejiminin kuruluş amaçlarıyla da uyum içinde olduğu söylenebilir. Ne var ki kanaatimizce, bu görüşün kabulü, ICSID Konvansiyonu’nun 46. maddesi hükmünün lafzının fazlasıyla zorlanması suretiyle mümkün olabilmektedir. Belli bir sonuca ulaşabilmek için Konvansiyonda yer alan bir hükmün lafzını böylesine zorlamanın 1969 tarihli Andlaşmalar Hukukuna dair Viyana Sözleşmesi’nin 31. maddesi hükmü karşısında ne ölçüde yerinde olacağı tartışmaya açıktır. Nihayet şunu da belirtelim ki, YTKS’ler yatırımcılara yükümlülük getirmediği sürece, ev sahibi devletler açtıkları karşı davalarında ancak mahallî mevzuatlarının veyahut da yatırımcıyla aralarındaki sözleşmenin ihlâl edilmiş olduğunu ileri sürebileceklerdir. YTKS’lerde yer alan tahkim klozlarına istinat etmek suretiyle açılan davalarda, mahallî mevzuatın veyahut da yatırımcıyla ev sahibi devlet arasındaki sözleşmenin ihlâl edilmiş olduğunun ileri sürülebileceği yolundaki henüz gelişmekte olan anlayış¹⁷⁴ genel kabul görmeye başlamadıkça, bu başlık altında ele aldığımız Prof. Reisman’ın muhalefet şerhinde ortaya koyduğu görüşün kabulü de, ev sahibi devletin karşı davasının hükmüne bağlanmasını sağlamayacaktır; zira *Amco* kararından¹⁷⁵ beri savunula gelen, mahallî mevzuatın ihlâli iddialarının ICSID Tahkim Merkezinin yetkisi kapsamında olmadığı görüşü ileri sürülerek, karşı dava reddedilebilecektir.

b. Karşı Davanın Asıl Davayla Bağlantılı Olması Şartı Bakımından Yeni Görüşlerin İleri Sürüldüğü Davalar

Saluka kararı, karşı davalar bakımından aranan iki temel şarttan sadece karşı davanın tahkim rızasının kapsamı içinde olması şartı bakımından değil, karşı davanın asıl davayla bağlantılı olması şartı bakımından da önemli tespitler içermektedir. Karşı davalar bakımından aranan bu ikinci şart yönünden *Saluka* kararının getirdiği içtihadı benimsemeyen, “bağlantılı olma” şartı yönünden *Saluka* kararının içtihadından farklı bir yaklaşımı benimseyen kararları bu başlık altında ele alacağız.

¹⁷⁴ Bkz (n 116) civarı.

¹⁷⁵ *Amco* kararı (n 81).

Saluka davasında hakem heyeti, asıl davada ve karşı davada ileri sürülen ihlâl iddialarının ‘aynı yatırıma ilişkin olmasını’ yeterli görmemiş, asıl dava ile karşı dava arasında ayrıca ‘hukukî bağlantı’ bulunmasını aramıştır. Hakem heyetinin aradığı “hukukî bağlantı”, karşı davada ileri sürülen ihlâl iddiasının istinat ettiği hukukî dayanağın, asıl davada ileri sürülen ihlâl iddiasının istinat ettiği hukukî dayanakla aynı olmasını (aynı YTKS’ye veya aynı imtiyaz sözleşmesine) içermekteydi. Hâlbuki, *Saluka* davasında yatırımcının ileri sürdüğü ihlâl iddiası ‘YTKS’ye’, ev sahibi devletin ihlâl iddiası ise ‘mahallî mevzuatına’ dayanmaktaydı. Bu durum karşısında, *Saluka* davasını gören hakemler, asıl dava ile karşı davanın aynı hukukî dayanaktan kaynaklanmadığı, dolayısıyla aralarında bağlantı bulunmadığı sonucuna varıp, karşı davayı esas yönünden incelemeksizin reddetmişlerdir¹⁷⁶.

İşte, yakın zamanda verilmiş bazı kararlar, *Saluka* kararının içtihadını benimsememiştir. Ev sahibi devletin karşı davasında ileri sürdüğü ihlâl iddiasının istinat ettiği hukukî dayanak, yatırımcının asıl davada ileri sürdüğü ihlâl iddiasının istinat ettiği hukukî dayanaktan farklı olmuş olsa da ev sahibi devletin karşı davası esastan incelenmiş, hatta ev sahibi devlet lehine tazminata hükmedilmiştir.

Meselâ, *Urbaser* davasında, yatırımcının açtığı davaya karşı, ev sahibi devlet olan Arjantin karşı dava açmıştır. Arjantin karşı davasında, insanların suya erişim hakkının yatırımcı tarafından ihlâl edildiğini, bunun da İnsan Haklarının ihlâlini teşkil ettiğini ileri sürmüştür. *Urbaser* davasını gören hakem heyeti her ne kadar bu karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olup olmadığını belirlemek için *Saluka* davasında izlenmiş metodu benimsemiş olsa da, karşı davayı, asıl davayla “bağlantılı olma” şartı yönünden ele alırken *Saluka* davasının hakemlerinden farklı olarak “hukukî bağlantı” bulunması şartını aramamış, “vakıalar” yönünden bağlantı bulunmasını yeterli saymış; asıl davanın ve karşı davanın verilmiş aynı imtiyaza dayanan aynı yatırımdan (veyahut da yeterli yatırımın yokluğundan) kaynaklandığına işaret ederek, tek başına bu durumun dahi hakemlerin karşı dava bakımından yetkili kabul edilebilmeleri için yeterli olacağını belirtmiştir¹⁷⁷. Hakemler bu tespiti yapmış olmakla birlikte, hukukî bağlantı meselesine ilişkin olarak burada değinmeden geçemeyeceğimiz bir tespit daha yapıp, suya erişim hakkının sadece ev sahibi ülkenin “mahallî hukukunun” bir düzenlemesi olmayıp, aynı zamanda devletler hukukunun da bir prensibi olduğunu belirtmişlerdir¹⁷⁸. İşte bu noktada, *Urbaser* davasında hakemlerin üzerinde durdukları bir başka önemli meseleye daha değinmek gerekir. Yatırımcılar, Arjantin’in açmış olduğu karşı davanın hakemlerce esastan incelenmesini engellemek için, şirketlerin, devletler hukukundan doğan bir sorumluluklarının bulunduğu bahsedilemeyeceğini iddia etmişlerdir. Esasen

176 Bilgi için bkz (n 106) civarı.

177 *Urbaser* kararı (n 137) parag 1151

178 *ibid* para. 1143 dpn. 424; para. 1151

yatırımcıların bu iddiası, bazılarınca kabul edilen bir görüşe dayanmaktadır; gerçekten de günümüzde devletler hukukunun yatırımcılara yükümlülükler getirdiği yolundaki bir anlayışın geliştirilmesine çaba harcanmaktaysa da, devletler hukukun yatırımcılara yükümlülükler getirdiği anlayışı henüz genel kabul gören bir anlayış olma özelliğine kavuşmamıştır¹⁷⁹. Buna rağmen *Urbaser* davasını gören hakemler, şirketlerin de devletler hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerinin bulunduğu, şirketlerin de insanların suya erişimi hakkını gözetmeleri gerektiği yönünde karar vermişlerdir. Hakemler, suya erişim hakkının sadece mahallî hukuktan değil, aynı zamanda devletler hukukundan da kaynaklanan bir hak ve yükümlülük olması ve şirketlerin de devletler hukukunun getirdiği yükümlülüklerden sorumlu tutulmalarının mümkün olması sebebiyle, asıl dava ile karşı dava arasında hukukî bağlantı bulunmadığı görüşünün yerinde olmadığını ifade etmişlerdir¹⁸⁰

Perenco davasında¹⁸¹ da hakemler, yatırımcının bir çevre felaketine sebep olduğu iddiasıyla Ekvador'un açtığı karşı davayı esastan inceleyip, yatırımcı aleyhine tazminata hükmetmişlerdir. Ancak bu davada hakemler, asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı bulunması şartının gerçekleşmiş olduğu sonucuna nasıl vardıklarına ilişkin herhangi bir açıklamada bulunmamışlardır¹⁸².

Bu noktada nihayet son olarak *Burlington* davasına¹⁸³ da değinmemiz gerekir. Bu davanın yukarıda ele almış olduğumuz *Saluka* kararı sonrası dönemde açılmış YTKS'lere istinat eden karşı davalardan farklı bir özelliği bulunmaktadır. Şöyle ki; taraflar uyuşmazlık çıktıktan sonra 2011 yılında kendi aralarında bir sözleşme akdetmiş, bu sözleşmede yatırımcı, ev sahibi devletin açacağı karşı davaya karşı yetki itirazı ileri sürmeyeceğini taahhüt etmiştir¹⁸⁴. Dolayısıyla *Burlington* davası kapsamında açılmış karşı davanın hükme bağlanmış olması, *Urbaser* ve *Perenco* davalarından farklı ele alınmalıdır. Netice itibarıyla *Burlington* davası kapsamında açılan karşı davada hakemlerin yetkisi YTKS hükmüne değil, taraflar arasında akdedilmiş sözleşmeye istinat etmektedir.

Sonuç

Gerek ICSID Konvansiyonu gerekse de UNCITRAL Tahkim Kuralları uyarınca bir karşı davanın hakemlerce hükme bağlanabilmesi için yerine gelmiş olması gereken ve ilki "hakemlerin yetkisine", ikincisi ise "kabul edilebilirliğe" ilişkin olan iki

179 Bkz (dn 117).

180 *ibid* para. 1143 dph. 424; para. 1151

181 *Perenco Ecuador Ltd v. R.Epublic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, ICSID Case No ARB/08/6, Award (27 September 2019) <italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10837.pdf>.

182 James Harrison, 'Environmental Counterclaims in Investor-State Arbitration' 2016 (17) *The Journal of World Investment & Trade* 479, 485-86

183 *Burlington Resources Inc V. Republic of Ecuador*, ICSID Case No ARB/08/5, Decision on Ecuador's Counterclaims (7 February 2017).

184 *ibid* para 60-61.

temel şart; karşı davanın “tahkim rızasının kapsamı içinde olması” ve “asıl dava ile bağlantılı olması” şartlarıdır. Karşı dava açan ev sahibi devletin istinat ettiği hukukî dayanak ‘yatırımcıyla akdetmiş olduğu bir sözleşme (meselâ imtiyaz sözleşmesi)’ olduğunda sözünü ettiğimiz bu iki şartın yerine gelmesi bakımından sorunlarla pek karşılaşılmazken, ev sahibi devletin istinat ettiği hukukî dayanak bir YTKS olduğunda, pek çok sorunla karşılaşılır. Bu durum, ‘ev sahibi devletle yatırımcılar arasındaki sözleşmelerin’, iki devlet arasında akdedilmiş YTKS’lerden farklı içeriklerinin olmasından kaynaklanır.

‘Ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki sözleşmeler’, sadece ev sahibi devlete değil, yatırımcıya da yükümlülükler getirir, hâlbuki YTKS’ler devletlere yükümlülük getirirken genellikle yatırımcıya yükümlülük getirmezler. Diğer yandan, milletlerarası tahkime başvurma hakkını tanıyan ‘ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki sözleşmeler’, bu hakkı yatırımcıya da ev sahibi devlete de tanır, dolayısıyla ev sahibi devlet gerekli görmesi halinde, aralarındaki sözleşmenin yatırımcı tarafından ihlâl edildiği iddiasıyla müstakil bir tahkim davası açabilir. Buna mukabil, YTKS’lerde yer alan tahkim klotlarının lafzı ev sahibi devletlere tahkime başvurma hakkını açıkça tanıyor olsa dahi, uygulamada nadiren karşılaşılabilecek istinaî bir durum dışında, ‘yatırımcı’ tahkime başvurmadığı sürece ev sahibi devletle yatırımcı arasında bir tahkim anlaşması kurulmuş kabul edilmeyeceğinden, ev sahibi devletin YTKS’de yer alan tahkim klotuna istinaden müstakil bir tahkim davası açması mümkün değildir.

İşte tüm bunlar, YTKS’lere istinat eden karşı davalarla ilgili şu iki soruyu beraberinde getirir:

(i) Ev sahibi devlet YTKS’de yer alan tahkim klotuna istinat etmek suretiyle müstakil bir dava açamazken, karşı dava açabilir mi?

(ii) YTKS yatırımcıya herhangi bir yükümlülük getirmediğine göre, ev sahibi devlet karşı davasında yatırımcının hangi yükümlülüğünü ihlâl ettiğini ileri sürebilecektir?”

Karşı davalarla ilgili olarak yöneltilebilecek bu iki soru esasen, karşı davaların hakemlerce hükme bağlanabilmesi için gerçekleşmiş olması aranan iki temel şarttan, “karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olması şartının” yerine gelmiş olup olmadığının tespiti için cevaplanması gerek sorulardır.

Yönelttiğimiz iki sorudan birincisi, yani “ev sahibi devlet YTKS’ye istinaden müstakil bir dava açamazken, karşı dava açabilir mi?” sorusu, *Saluka* davası kapsamında verilen yetki kararıyla net bir şekilde çözüme kavuşturulmuştur. *Saluka* davasının hakemleri bu soruya cevap bulabilmek için tatbik alanı bulan YTKS’de yer alan tahkim klotuna bakmış ve tahkim klotunda yer alan: “... yatırıma ilişkin ‘tüm uyuşmazlıklar’... bakımından ‘*taraflardan birinin*’ dostane çözüm talep ettiği tarihten itibaren 6 ay içinde uyuşmazlığın dostane bir çözüme kavuşturulamamış

olması halinde tahkime başvurulmasına...” sözlerinden yola çıkarak, eldeki karşı davanın kendine mahsus özelliklerinden bağımsız olarak ele alındığında, ilgili tahkim klozunun uyuşmazlığın taraflarından sadece “yatırımcıya” tahkime başvurma hakkını tanıyan bir ifade içermediği, ev sahibi devlet tarafından karşı dava açılmasına izin verdiği sonucuna varmıştır. Böylelikle *Saluka* davasını gören hakemler, yönelttiğimiz sorulardan ilkinde cevap vermiş, her ne kadar ev sahibi devlet YTKS’de yer alan tahkim klozuna istinaden yatırımcıya karşı müstakil bir tahkim davası açamıyor olsa da, yatırımcının tahkime başvurmasından sonra YTKS’nin içerdiği tahkim klozunun izin vermesi halinde, karşı dava açmasının teorik olarak mümkün olduğunu ortaya koymuştur. Nitekim, çalışmamızda ele aldığımız kararlardan da görüleceği üzere, *Saluka* kararından bu yana uygulamada hakemler, YTKS’de yer alan tahkim klozu ev sahibi devlete yatırım tahkimine başvurma hakkını açıkça tanımasa dahi, tahkime başvurma hakkı sahibi olanları açıkça sadece “yatırımcılarla” sınırlı tutmadığı sürece, ev sahibi devletin YTKS’de yer alan tahkim klozuna istinaden karşı dava açma imkânı bulunduğunu kabul etmişlerdir.

Yine ilk soruyla ilgili olarak belirtmemiz gerekir ki, doktrinde bazı yazarlarca savunulan ve ev sahibi devletin YTKS’de yer alan tahkim klozu vasıtasıyla yapmış olduğu tahkim önerisinin yatırımcı tarafından daha dar bir kapsamla kabul edilebileceği, bir başka deyişle yatırımcının, ev sahibi devletle arasında kurulduğu var sayılan tahkim anlaşmasının kapsamını, YTKS’de yer alan tahkim klozunun kapsamından daha dar olmasını sağlayabileceği, böylelikle YTKS’de yer alan tahkim klozu ev sahibi devlete de tahkime başvurma hakkı tanıyor olsa dahi, ev sahibi devletle yatırımcı arasında kurulduğu kabul edilen tahkim anlaşmasının ev sahibi devlete tahkime başvurma hakkı tanımayabileceği yönündeki düşünce uygulamada ev sahibi devletlerin açtığı karşı davalarla karşılaşan yatırımcılar tarafından ileri sürülmüş olsa da, şimdiye dek hakemlerce itibar edilen bir düşünce olmamış; hakemler, kanaatimizce de yerinde olarak YTKS’de yer alan “tahkim klozu” vasıtasıyla kurulan tahkim anlaşmasının kapsamının, tahkim klozunun içeriğiyle birebir örtüşmesi gerektiği anlayışını kabul etmişlerdir.

Nihayet, üzerinde durduğumuz ilk soruyla ilgili olarak savunulmuş, ve esas itibarıyla YTKS’ler vasıtasıyla tahkim rızasının tezahürü konusundaki anlayışları altüst edecek reform niteliğindeki bir yaklaşımın da bir dönem hakemlerce dile getirilmiş olduğuna işaret etmek isteriz. Bu anlayışa göre en genel hatlarıyla, karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olup olmadığını belirlemek için YTKS’de yer alan tahkim klozuna bakmaya pek de gerek yoktur, zira yatırımcı YTKS’ye istinat etmek suretiyle tahkime başvurmakla ev sahibi devletin açacağı karşı davaların da tahkim rızasının içinde olduğunu kabul etmiş sayılmalıdır. Bu düşünce yatırım tahkimi rejiminin kurulmasında güdülmüş amaçlarla örtüşen ve bu sebeple kanaatimizce dikkate değer bir düşünce olsa da, uygulamada bu düşüncenin pek itibar görmediği,

ilk ortaya konduğu yıllarda yaratmış olduğu heyecan dalgasının dinmiş olduğu bir düşünce olarak kaldığı görülmektedir.

Ortaya koyduğumuz sorulardan ikincisine, yani “YTKS yatırımcıya herhangi bir yükümlülük getirmediğine göre, ev sahibi devlet yatırımcının hangi yükümlülüğünü ihlâl ettiğini ileri sürebilecek, YTKS dışında başka bir hukukî dayanağı olan ihlâlî ileri sürebilecek midir?” sorusuna ise, kanaatimizce ilk sorudan farklı olarak henüz net bir cevap getirilebilmiş değildir. YTKS’ler yatırımcıya genellikle bir yükümlülük getirmediğinden, ev sahibi devlet açtığı karşı davasında yatırımcının YTKS’den kaynaklanan yükümlülüğünü ihlâl etmiş olduğunu ileri süremeyecek, ancak yatırımcının aralarındaki sözleşmeyi veya mahallî mevzuatını ihlâl etmiş olduğunu ileri sürebilecektir. Burada üzerinde durduğumuz soru, ev sahibi devletin YTKS’de yer alan tahkim klozuna dayanarak açtığı karşı davada ileri sürdüğü ihlâlî hukukî dayanağının YTKS olmayıp, ev sahibi devletin mahallî mevzuatı veyahut da yatırımcıyla arasındaki sözleşme olmasının mümkün olup olmadığıdır. Esasen bu soru sadece “karşı davalara” ilişkin bir soru olmayıp, yatırım tahkimi alanında açılan tüm davaları ilgilendiren bir sorudur. Mesele, YTKS’lerde yer alan tahkim klozlarına istinaden açılan davalarda, YTKS’nin öngördüğü yükümlülükler dışında başka hukukî dayanaklarda yer alan hukukî yükümlülüklerin ihlâl edilmiş olduğunun ileri sürülüp sürülemeyeceği ile ilintilidir. Bu konu yatırım tahkimi alanında henüz genel kabul gören bir anlayış çerçevesinde çözümlenebilmiş bir konu değildir; ancak giderek daha yaygın bir şekilde YTKS’de yer alan tahkim klozuna istinaden açılmış bir davada ‘ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki sözleşmenin’ veyahut da ev sahibi devletin mevzuatının da ihlâl edilmiş olduğunun da ileri sürülebileceğinin kabulü gerektiği ifade edilmektedir. Bu noktada dikkatimizi çeken hususlardan biri, YTKS’lerde yer alan tahkim klozlarına istinat etmek suretiyle açılan davalarda, meselâ “şemsiye klozlarının” tatbiki surtiyle “ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki sözleşmeden” kaynaklanan ihlâlîlerin de ileri sürülebileceğine ilişkin kararların ortaya çıkmaya başladığı dönemle, YTKS’de yer alan tahkim klozuna istinat etmek suretiyle karşı dava açılmasının teorik olarak mümkün olduğunun ortaya konduğu *Saluka* kararının verildiği dönemin hemen hemen aynı oluşudur. Bu da, *Saluka* davasını gören hakemlerin, yatırım tahkimi alanında tatbik edilmeye başlanan daha esnek yaklaşımların oluşturduğu iklimden etkilenmiş oldukları düşüncesini uyandırmaktadır. Yine de belirtelim ki, *Saluka* davasını gören hakemler gibi daha sonra karşı davaları alan diğer pek çok hakem de ele almakta olduğumuz ikinci soru bakımından kanaatimizce daha esnek yaklaşımları benimsemiş görünmekle birlikte, bu soruya doğrudan cevap vermiş değildirlere, başka bir deyişle bu sorunu by-pass edip, bir başka yoldan çözmüşlerdir.

Şöyle ki, *Saluka* davanı gören hakemler dahil olmak üzere yakın zaman dek hakemlerin çoğu, ilgili YTKS’de yer alan tahkim klozu “yatırıma ilişkin *bütün uyuşmazlıklar*” bakımından tahkime başvurulabileceği veyahut da YTKS’nin içerdiği

uygulanacak hukuk klozunun, uygulanacak hukuklar arasında “ev sahibi devletin mahallî hukukunu” da sıralandığında, ilgili klotlarda geçen “bütün uyuşmazlıklar” veya “mahallî hukukun uygulanacağı” ifadelerinden yola çıkarak, YTKS dışında başka hukukî dayanaklardan, bilhassa da ev sahibi devletin mahallî hukukundan kaynaklanan ihlallerin de ev sahibi devlet tarafından ileri sürülmesi halinde de davayı görmeye “yetkili” oldukları sonucuna varmış olmakla birlikte davanın “kabul edilebilir” olmadığı gerekçesiyle karşı davaları reddetmişlerdir¹⁸⁵

İşte bu noktada, karşı davalar bakımından aranan iki temel şarttan “kabul edilebilirlikle” ilgili olan “karşı dava ile asıl dava arasında bağlantı bulunması” şartına da varmış bulunuyoruz. Belirttiğimiz üzere çoğu davada bir yandan YTKS’de yer alan tahkim klotlarının “yatırıma ilişkin bütün uyuşmazlıklar” bakımından tahkime başvurulabileceği yönünde bir hüküm içermesi halinde bu hükümden yola çıkarak, ev sahibi devletin açtığı davanın “konu” bakımından tahkim klozunun kapsamı içinde olduğu, böylece hakemlerin karşı dava bakımında yetkili olduklarına karar verilmiş, ancak diğer yandan ise karşı davalar bakımından aranan temel şartlardan ikincisi olan “karşı davanın asıl davayla bağlantılı olması şartının” yerine gelmediğine karar verilmiştir. Çalışmamızda ele aldığımız bazı kararlarda, yatırımcının açtığı asıl davada “YTKS’nin” ihlâl edilmiş olduğunu iddia ederken, ev sahibi devletin açtığı karşı davasında “yatırımcıyla arasındaki sözleşmenin veyahut da mahallî hukukunun” ihlâl edilmiş olduğunu ileri sürmesinin, asıl dava ile karşı dava arasında “hukukî bir bağlantı” bulunduğunun kabulüne engel teşkil ettiği ifade edilerek karşı davalar reddedilmiştir. Bu davaların çoğunda ayrıca, mahallî hukuka aykırılık iddialarının hakemlerce ele alınamayacağı da ifade edilmiştir.

Sevindirici olan gelişme ise, son dönemde verilmiş bazı kararlarda, asıl dava ile karşı dava arasındaki bağlantının “hukukî bir bağlantı” olması gerektiği, asıl dava ile karşı davanın “vakıalar yönünden bağlantılı” olmasının yeterli kabul edilmesi gerektiğinin -biraz çekingen bir tutumla da olsa- ifade edilmiş olmasıdır. Böylelikle, ev sahibi devletin mevzuatının çevre koruma ve insan haklarına ilişkin hükümlerinin yatırımcı tarafından ihlâl edildiği gerekçesiyle karşı dava açılması olanağının kapısı aralanmış görünmektedir.

Yaptığımız bu inceleme neticesinde, ev sahibi devletin açtığı karşı davaların hükme bağlanmasının mümkün olup olmadığı konusunun, net kurallara bağlanmış bir konu haline henüz gelememiş olduğunu, farklı davalarda beklenmedik sonuçlarla karşılaşılmasının mümkün olduğunu görmüş olduk. Kanaatimizce beklenmedik sonuçlarla karşılaşılmasının önüne geçilmesini sağlayacak en güvenli yol, bundan böyle akdedilecek YTKS’lere, karşı davalarla ilgili hükümlerin de sevk edilmesi olacaktır.

¹⁸⁵ Belirtelim ki, ancak son dönemde ele alınmış karşı davalarda “yetki ve kabul edilebilirlik” ayrımı ortaya konmaya başlamış, dolayısıyla *Saluka* kararı dahil olmak üzere, burada ortaya koymaya çalıştığımız ayrım, pek çok davada net değildir

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

- Antonopoulos C, *Counterclaims Before The International Court of Justice* (Springer 2011).
- Ataman-Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıklara İlişkin Mahkeme ve Tahkim Yargılamasında Takas* (Vedat 2015).
- Ataman-Fıganmeşe İ, Devletlerarası Sözleşmelerde Yer Alan Tahkim Klotzlarının Yatırımcılara Yapılmış Tahkim Anlaşması Akdetme Önerisi Olarak Kabulünün Ev Sahibi Devletler Bakımından Doğurduğu Olumsuz Sonuçlar, *iç Özdemir-Kocasakal H./ Balkar S (eds) Tahkim Anlaşması* (Oniki Levha 2020) 103- 130.
- Atanasova D, Benoit M and Ostfränk J, The Legal Framework for Counterclaims in Investment Treaty Arbitration, 2014 (31) *Journal of International Arbitration* 357-91.
- Bjorklund AK, The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law (2013) 17 *Lewis & Clark L Rev* 461-480.
- Born G, *International Commercial Arbitration* (Wolters Kluwer 2014)
- Croft C, Kee C and Waincymer J, *A Guide To The UNCITRAL Arbitration Rules*, (Cambridge University Press 2013).
- Demir IE, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki* (Filiz 2014) 27.
- Douglas Z, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press 2009).
- Douglas Z, ‘The Enforcement of Environmental Norms in Investment Treaty Arbitration’ in Dupuy PM / Viñuales JE (eds), *Harnessing Foreign Investment To Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards* (Cambridge University Press 2013) 415.
- Eickhoff W, *Inländische Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit für Aufrechnung und Widerklage* (Duncker&Humblot 1986).
- Ekşi N, *ICSID Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Beta 2009).
- Ertan R, *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2006).
- Executive Directors of the International Bank, ‘Report of Executive Directors of the International Bank to Accompany the Convention for the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States’ parag. 13 <icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20English.pdf> Erişim 2 Mayıs 2020.
- Giray FK, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (Beta 2013).
- Gouffes L and Ordonez M, ‘Jurisdiction and Admissibility: Are We Any Closer To A Line In the Sand?’ 2015 (31) *Arbitration International*, 107-122 .
- Görgün Ş, Börü L, Toraman B ve Kodakoğlu M, *Medeni Usul Hukuku* (8inci baskı Yetkin 2019).

- Harrison J, 'Environmental Counterclaims in Investor-State Arbitration' (2016) 17 *The Journal of World Investment & Trade* 479-488.
- Kalicki, JE and Silberman MB, Case Comment: *Sprydon Roussalis v. Romania*, (2012) 27 (1) *ICSID Review* 9-15.
- Kendra T, 'State Counterclaims in Investment Arbitration – A New Lease of Life?' 2013 (29) *Arbitration International* 575-606.
- Kjos HE, *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law* (Oxford Scholarship Online 2013) 148 <oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199656950.001.0001/acprof-9780199656950-chapter-4> Erişim 3 Ağustos 2020.
- Kuru B, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, cilt 2 (Yetkin 2020).
- Lalive P and Halonen L, On The Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration (2011) *Czech Yearbook of International Law* 141-154.
- Paulsson J, 'Arbitration Without Privity' (1995) 10(2) *ICSID Review*, 232-257.
- Paulsson J, 'Jurisdiction and Admissibility', 2010 (30) *Miami Law Research Paper Series*, 601-17 <<http://ssrn.com/abstract=1707490>> Erişim 23 Ağustos 2020.
- Paulsson J and Petrochilos G, *Revision of The UNCITRAL Arbitration Rules*, <uncitral.org/pd/english/news/arbrules_report.pdf> Erişim 1 Mayıs 2020.
- Pathak H, Consenting to Counterclaims Under The ICSID Convention (2019) 19 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 101.
- Pauker S, Admissibility of Claims in Investment Treaty Arbitration, (2018) 34 *Arbitration International*, 1-78.
- Postacıoğlu/Altay, *Medeni Usûl Hukuk Dersleri* (Vedat 2015).
- Rivas JA, 'ICSID Treaty Counterclaims: Case Law and Treaty Evolution', in Kalicki JE and Joubin-Bret (eds) *A Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System* (Nijhof 2015) 779-827.
- Schreuer CH, Malintopi L, Reinisch A and Sinclair A, *The ICSID Convention* (2nd edn, Cambridge University Press 2009).
- Schreuer C, 'Denunciation of the ICSID Convention' iç M Waibel, A Kaushal, L Chung and C Balchin (eds) *The Backlash Against Investment Arbitration* (Kluwer International 2010) 353-368.
- Schröder J, *Internationale Zuständigkeit* (Westdeutscher Verlag 1971)
- Shill S and Djanic V, 'Wherefore Art Thou? Towards a Public Interest-Based Justification of International Investment Law', 33(2018) *ICSID Review*, 29-55.
- Sornarajah M, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge University Press 1994)
- Şanlı C, *Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7nci bası, Beta 2019).
- Şit-Köşgeroğlu, B, *Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması* (Legal 2012).
- Schreuer C, Malintopi L, Reinisch A and Sinclair A, *The ICSID Convention* (2nd edn, Cambridge University Press 2009).
- Schreuer C, 'Denunciation of the ICSID Convention' iç M Waibel, A Kaushal, L Chung and C Balchin (eds) *The Backlash Against Investment Arbitration* 353-368.

- Shill S and Djanic V, '*Wherefore Art Thou? Towards a Public Interest-Based Justification of International Investment Law*', 33(2018) *ICSID Review*, 29-55.
- Sornarajah M, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge University Press 1994)
- Terzi B, *Uluslararası Yatırım Tahkiminde Yatırımın Hukuka Aykırılığı* (Oniki Levha 2019).
- Tiryakioğlu B, 'Yatırım Tahkiminde (Uyuşmazlık Çözüm Kayıtları Kapsamında) Yetki ve Kabul Edilebilirlik' iç Hatice Özdemir-Kocasakal ve Süheyla Balkar (eds), *Tahkim Anlaşması*, (Oniki Levha 2020) 87-101.
- Vohryzek-Griest A, State Counterclaims in Investor-State Disputes: A History of 30 Years of Failure, (2009) 15(1) *International Law, Revista Colombiana De Derecho Internacional*, 83-124
- Waibel M/ Rylatt JW, Counterclaims in International Law (December 1, 2014), University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No: 60/2014 <<<https://ssrn.com/abstract=2511847>>>. Erişim 13 Mayıs 2020.
- Zenginkuzucu DM, *Devlet ve yabancı Yatırımcılar Arasında Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi ICSID'nin Kuruluşu ve İşlevi*, İstanbul Üniversitesi Doktora Tezi <<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/48843.pdf>> Erişim 10 Mayıs 2020.

Türk Ticaret Kanununun Ortaklıklar Topluluğuna İlişkin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralı Niteliğindeki Hükümleri

Ünal Tekinalp* 

1. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun (“TK”) yeniliklerinden biri de, uygulamada yani piyasada “grup” olarak ifade edilen, bir hâkim (ana) ortaklık veya teşebbüs ile ona bağlı (yavru) ortaklıklardan ve teşebbüslerden meydana gelen merkezî, ticari ve endüstriyel yahut hizmet işletmesi yoğunlaşmasını [bundan sonra “ticari yoğunlaşma” denilecektir], ülkemizde ilk defa düzenlemesidir. TK’da “*şirketler topluluğu*” diye adlandırılan bu kavram, özel bir ortaklıklar ve/veya teşebbüsler yoğunlaşmasıdır.

2. TK’nın düzenlemesinin amacı, tekelleşmeyi meşrulaştırmak değil, ticari yoğunlaşmayı ekonomiye, dolayısıyla topluma yararlı hale getirmektir. Amacın ağırlık merkezini, hâkim ortaklığın veya teşebbüsün hukuka aykırı davranışlar ve kararlarla, bağlı ortaklıkların TK m. 202(1) anlamında kayba uğramalarına engel olmak, verilen kaybın süresi içinde denkleştirilmesini, yani kapatılmasını gerçekleştirmek, kayıp zamanında yok edilmediği için zarara dönüştüğü hallerde bunun tazminini sağlamaktır. Böylelikle, pervasız ve sağduyusuz hâkim ortaklık veya teşebbüslerin, bağlı ortaklıkların menfaatlerini ihlal etmeleri önlenmiş, hakkaniyetli bir yararlanma dengesinin kurulması hedeflenmiştir.

3. TK m. 202, “*hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması*” kenar başlığı altındaki hükümlerinde, hâkim ortaklığın veya hâkim teşebbüsün oy gücü ile, bağlı ortaklığı ne suretle, kendi istekleri doğrultusunda yönlendirebileceğinin ve yönetebileceğinin tipik örneklerinin bazılarını saymıştır. Bunlar hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasının sık görülen halleridir. Okuyucularına TK m. 202(1)’i aktararak, hâkimiyetin nasıl kötüye kullanılacağını somutlaştırmak istiyorum.

4. Hâkim ortaklık veya teşebbüs bağlı ortaklığı; işini, malvarlığı unsurlarını, fonlarını; iyi, bilgili ve deneyimli personelini, alacaklarını, ticari fırsatlarını ve bankalardaki kredi alma imkanlarını hâkim ortaklığa yahut diğer bir veya birkaç bağlı ortaklığa hatta üçüncü kişilere devretmeye veya kullandırmaya zorlayabilir. Hâkim ortaklık veya teşebbüsü, oy gücü aracılığıyla bağlı ortaklığı, başkalarının veya kendisinin borçlarını devralmaya maruz bırakabilir, bağlı ortaklığı başarılı bir üretim organizasyonu olmaktan çıkarıp kendi yerli ve

* Sorumlu Yazar: Ünal Tekinalp (Prof. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi, İstanbul, Türkiye.

Atf: Tekinalp U, “Türk Ticaret Kanununun Ortaklıklar Topluluğuna İlişkin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralı Niteliğindeki Hükümleri” (2020) 40(2) PPIL 1709. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0022>

yabancı bağı ortaklıkların menfaatine bir ithalat merkezine dönüştürebilir; menfaati gerektirdiği için Türkiye’deki bağı ortaklığın büyümesini ve gelişmesini frenleyebilir.

Bu tür olaylarla ülkemiz de sık karşılaşmaktadır, akılda kalan örnek Teletaş’tır. Teletaş, telefon santralleri ve cihazları üreten ve bölgesinde, özellikle de Türki Cumhuriyetlerde başarılı faaliyetlerde bulunan bir anonim ortaktı. Hâkimiyeti ele geçiren yabancı bir hâkim ortaklığın küresel politikası gereği üretimi durdurulmuş, makineleri ya yabancı ülkelere yollanmış yahut hakim ortaklığın diğer iştiraklerine ucuza satılmış, Teletaş hâkim ortaklığın diğer ülkelerdeki bağı ortaklıklarının, imal ettiği ürünleri ithal ederek yaşamaya mecbur bırakılmış ve bir süre sonra da faaliyetine son vermiştir.

5. TK sisteminde hâkim ortaklık yanında, bağı ortaklığı TK m. 202(1) anlamında kayba ve TK m. 202’ye göre zarara uğratabilecek bir “hâkim” daha vardır. Bu hâkim, bir ticaret ortaklığı olmayıp, TK’nın “teşebbüs” diye adlandırdığı kişiler ve kişi birlikleridir. TK anlamında teşebbüs kavramını ve hâkim teşebbüsü şöyle açıklayabiliriz.

a) Teşebbüs, ticaret ortaklıkları dışındaki tüzel kişiler, meselâ dernekler, vakıflar, sendikalar, aile vakıfları, miras ortaklıkları ve gerçek kişilerdir. Teşebbüs “yabancı” da olabilir. Mesela bir gerçek kişi (Mr. Johnson), Krupp Mühendisler (Derneği), Real Steel Çalışanlar Vakfı, Smith Company pay sahipleri miras ortaklığı gibi . Teşebbüs bir Topluluğun hâkimi konumunda da bulunabilir. Mesela Türkiye’deki BCL AŞ’nin hâkim ortağı Fransız bir gerçek kişi olabilir.

b) TK m. 195(5) hükmünde yer alan “hâkim” kavramı hem ticaret ortaklığını hem de teşebbüsü kapsamaktadır.

6. TK m. 202 uyarınca, hâkim bir ticaret ortaklığının veya teşebbüsün, bir bağı ortaklıkta kayba sebebiyet vermesi halinde bu kaybı, faaliyet yılı içinde denkleştirmedeği yani, kaybı ortadan kaldıracak bir menfaati bağı ortaklığa sağlamadığı veya ona kayba denk bir istem hakkı tanımadığı durumda kayıp, TK m. 202(1)/b’ye göre zarara dönüşür. Bu durumda bağı ortaklığın pay sahibi, hâkim ortaklığa veya hakim teşebbüse (hâkim şirket veya teşebbüs yabancı olabilir) ve onun zararda dahili bulunan yönetim kurulu üyeleriyle yöneticilerine tazminat davası açabilir.

7. TK m. 202(1)/e bu davayı alacaklıların da açabileceğini açıkça belirtmiş, pay sahiplerinin ve alacaklıların davasına kıyas yolu ile anonim ortaklıkların yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına dair 553, 555 ila 557 ve 561. maddelerin uygulanabileceklerini belirtmiştir. Anılan hükümlere yapılan yollamanın, sorumluluk hukuku bakımından öne çıkan özelliği, Türkiye’deki bağı ortaklıkta doğan zararından, bağı ortaklığın yönetim kurulu üyeleriyle yöneticilerin değil, fakat yabancı hâkim ortaklığın veya teşebbüsün yönetim kurulu üyeleriyle, yöneticilerinin

sorumlu tutulmasıdır. TK, bağlı ortaklığın yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerine karşı hâkimiyetin kötüye kullanılması hâlinde sorumluluk davası açılmasına izin vermemiştir. Bunun sebebi, zararın hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından kaynaklanmasıdır. Kanun, Türk ortaklığın yöneticilerinin –varsa- kusurlarının hâkim ortaklık veya teşebbüsün baskılarının ürünü olduğunu varsaymış, bunun aksinin hakim tarafından ispat olunamayacağını kabul etmiştir.

8. Söz konusu sorumluluk davası, hâkim ortaklığın veya teşebbüsün merkezinin yurt dışında olması halinde, bağlı ortaklığın merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılır (TK m.202(1)/e). Böylece MÖHUK’un, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder şeklindeki hükmüne uygun olarak, TK m. 202(1)/e ile bağlı ortaklığın merkezinin bulunduğu (Türk) asliye ticaret mahkemesine milletlerarası özel hukuk anlamında milletlerarası yetki tanınmıştır.

9. Topluluk hakkında milletlerarası özel hukuk ile bağlantılı bir diğer hüküm TK m. 195(5)’de yer almaktadır. Anılan hüküm şöyledir:

“Şirketler topluluğu hâkimin merkezi veya yerleşim yeri (...) yurt dışında bir teşebbüs olması halinde de 195 ila 209 uncu maddeler bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Hâkim teşebbüs tacir sayılır. Konsolide tablolar hakkındaki hükümler saklıdır”

a) Bu hüküm, TK m. 202(1)/e uyarınca hâkim teşebbüse Türkiye’de dava açma olanağını sağladıktan başka, yurtdışındaki teşebbüsü Türk hukuku bakımından tacir olarak kabul etmekte, başka bir deyişle ona kanunen tacir sıfatını vermektedir. Bu aksi ispat edilemeyecek bir varsayımdır. Söz konusu varsayım ile yabancı bir teşebbüs, meselâ yabancı gerçek kişi veya dernek yahut vakıf ya da bir kamu ticari birimi, miras ortaklığı veya aile vakfı bir Türk taciri sayılmakta ve bir Türk taciri gibi mükellefiyetlere muhatap olabilmektedir.

b) Yabancı ortaklığa veya teşebbüse kanunen yöneltilen Türk taciri sıfatının ilgi çekici ilk sonucu, yabancı teşebbüse TK’nın tacirlere ilişkin hükümlerinin uygulanması, bu bağlamda yabancı teşebbüsün bazı yükümlülükler altına girmesidir. Şöyle ki, yabancı ortaklık veya teşebbüs iflâs edebilecek, ticari işletmesine uygun bir ticaret unvanı seçmek ve işlemlerini bu unvan altında yapmak zorunda olacak, bu sıfatı almasından sonra yapacağı (ticari olmayanlar da dâhil, mesela avukata vekâlet vermek gibi) tüm işlemleri seçtiği ticaret unvanı ile imzalayacak, basiretli bir tacir gibi hareket etmek mecburiyetinde bulunacaktır. Ayrıca defter tutacak ve TK m. 18(3) hükmüne uyacaktır.

c) Yabancı hâkim teşebbüsün Türkiye’de iflas ettirilebilmesi, yabancı teşebbüs için oldukça ağır bir müeyyidedir ve onu hukuka aykırı hareket etmekten caydırıcı güçtedir.

10. a) Yabancı hâkim ortaklığın – ve onun TK m. 202(1) anlamında bağlı ortaklığın kaybına sebep olan ve gene aynı madde uyarınca kaybı süresi içinde denkleştirilmeyen, kaybı zarara dönüştüren – yönetim kurulu üyelerini, hâkimiyetlerini hukuka aykırı bir şekilde kullanmaktan caydırabilecek, akli selime davet edecek etkili bir önlemdir. Çünkü tazminat borcunun yabancı ticaret ortaklığı yanında, bir de onun kaybın oluşmasına sebebiyet veren bazı yönetim kurulu üyelerine yükletilmesi sorumluluk hukukun beklenmeyen, pek mutad olmayan bir sonuçtur.

b) Söz konusu olan sorumluluk müteselsildir. Teselsül hem yabancı ortaklıkla, bu ortaklığın yönetim kurulu hem de yönetim kurulu üyeleri arasındadır.

c) “Yönetim kurulu üyeleri” ibaresin “yöneticiler”i de kapsar.

d) Ortaklık alacaklıları da TK m. 202(1)/b uyarınca, bağlı ortaklık iflas etmiş olsa bile ortaklığın zararının ortaklığa ödenmesi davasını açabilir.

11. Bağlı ortaklık tam hâkimiyet altında bulunduğu ve hâkim ortaklık yabancı olduğu takdirde hâkimiyetin hukuka aykırı bir şekilde kullanılması dolayısıyla zarara uğrayan bağlı ortaklığın alacaklılarına da dava hakkı tanınmıştır.

a) TK sisteminde tam hâkimiyet sadece bir ticaret ortaklığının, bir sermaye ortaklığının (yani anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın) paylarının ve oy haklarının doğrudan doğruya veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahip olması durumunda gerçekleşir (TK m. 203).

b) Teşebbüs bağlamında tam hâkimiyet olamaz. Tam hâkimiyet, bir sermaye ortaklığının hâkim ortaklıktan başka paysahibi olmaması demektir.

c) Tam hâkimiyet halinde hâkim ortaklığın bağlı ortaklığına talimat vermek, bağlı ortaklığın da talimata uyma zorunlulukları vardır (TK m. 203).

d) Hâkim ortaklığın veya bu ortaklığın yöneticilerinin, verdikleri talimatlar dolayısıyla bağlı ortaklıkta meydana gelen kayıp, o hesap (faaliyet) yılı içinde denkleştirilmediği veya zamanı ve şekli belirtilerek bağlı ortaklığa kayba denk bir istem hakkı tanınmadığı takdirde, bağlı ortaklığın alacaklıları da dava açabilirler. Zararın tazmini davalarını tam hâkim ortaklığa ve onun kayıptan sorumlu yönetim kurulu üyelerine yöneltebilirler (TK m. 206.1). Bu davaya TK m. 202(1)/e hükmü uygulanır.

e) Davalıların bu davadan iki halde kurtulma olanakları vardır. Birincisi, kayba sebebiyet veren işlemin, aynı veya benzer şartlar altında, ortaklığın menfaatlerini dürüstlük kuralına uyarak gözeten, tedbirli bağımsız bir ortaklığın yönetim kurulu üyelerinin yapacağını ve yapmaktan kaçınacaklarını ispat ederek. İkincisi de TK m. 206 (2) deki durumun somut olayda mevcut bulunduğunu kanıtlayarak.

12. TK'nın 195(1)/3-b, hâkim ortaklığı tanımladıktan sonra “*Bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye’de ise bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır*” demiştir. Aynı maddenin 5. fıkrası ise “*Şirketler topluluğunun hâkiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya yurt dışında bulunan bir teşebbüs olması halinde 195 ila 209 uncu maddeler ile Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin*” uygulanacağını öngörmüştür.

Yukarıda anılan kurallarda Türkiye sadece kendi maddi hukukuna göndermede bulunduğu için tek yanlı bağlama kuralı niteliğindedir.

Public and Private International Law Bulletin

KİTAP DEĞERLENDİRMESİ / BOOK REVIEW

Başvuru: 19.08.2020
Revizyon Talebi: 13.09.2020
Son Revizyon: 18.09.2020
Kabul: 02.10.2020
Online Yayın: 29.12.2020

NATO Rules of Engagement: On ROE, Self- Defence and the Use of Force during Armed Conflict (Brill Nijhoff 2020, ISBN: 978-90-04-40167-9, xii + 488)

Sezai Çağlayan* 

Kitap, silahlı çatışmalar hukuku, meşru müdafaa ve angajman kuralları arasındaki ilişkiyi inceleme bakımından önemli bir kaynaktır. Giriş hariç dört kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısımda, angajman kurallarının ne olduğu ve NATO Angajman Kuralları kataloğundaki kuvvet kullanma durumları tanımlanmaktadır. İkinci kısımda, silahlı çatışmalar hukuku ve meşru müdafaa bağlamında kuvvet kullanımının hukuki dayanakları ele alınmıştır. Üçüncü kısımda, “Operasyonel Kuvvet Kullanma Kategorileri”ne yer verilmektedir. Bu kısımda angajman kurallarına dair önemli parametreler olarak bilinen, “hasmane hareket”, “hasmane niyet”, “hasmane hareketlere doğrudan katılım” kavramları incelenmiştir. Dördüncü kısımda, NATO Angajman Kurallarının daha etkin hale getirilmesi için gerekli önerilere yer verilmektedir.

Angajman kuralları alanında çalışma yapan uluslararası hukukçu sayısı oldukça azdır. Kitabın yazarı Dr. Camilla Guldahl Cooper, Norveç Savunma Üniversitesi'nde Harekât Hukuku Doçenti olarak çalışmaktadır. Kitap, yazar tarafından Oslo Üniversitesi'ne sunulan doktora tezinin gözden geçirilmiş halidir. Angajman kurallarına dair yazılan doktora seviyesindeki tez sayısının bir elin parmaklarını geçmeyecek kadar az olması,¹ yazarın giriştiği konunun zorluğunu ortaya koymaktadır. Yazarın bu konuya dair eski tarihli akademik çalışmaları da mevcuttur.² Dr. Cooper, akademik çalışmalarının yanı sıra ulusal ve uluslararası platformlarda angajman kurallarının eğitimi hususunda sahada aktif görevler almıştır.

Kitap şu soruyla başlamaktadır: “*Silahlı çatışma sırasında askeri güçler ne zaman silahlı kuvvet kullanabilirler?*”³ Bu soruya verilebilecek yanıtlar silahlı çatışmalar hukuku ve meşru

- 1 Angajman kurallarına dair güncel ve kapsamlı diğer bir çalışma için bkz JFR Boddens Hosang, *Rules of Engagement and the International Law of Military Operations* (OUP 2020).
- 2 Bkz CG Cooper, ‘Rules of Engagement Demystified: A Study of the History, Development and Use of ROEs’ (2014) 53 MLLWR 1.
- 3 CG Cooper, *NATO Rules of Engagement On ROE, Self- Defence and the Use of Force during Armed Conflict* (Brill Nijhoff 2020) 1.

* **Sorumlu Yazar:** Sezai Çağlayan (Asst. Prof. Dr.), Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Uluslararası Kamu Hukuk Bölümü, Samsun, Türkiye. E-posta: sezai.caglayan@omu.edu.tr ORCID: 0000-0002-8101-4660

Atf: Çağlayan S, “Book Review: NATO Rules of Engagement: On ROE, Self- Defence and the Use of Force during Armed Conflict, by Brill Nijhoff, 2020, 480 pages” (2020) 40(2) PPIL 1715. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0046>

müdafaa kapsamında şekillenmektedir. Lakin yazara göre, uygulanan uluslararası hukukta bu soruya verilecek cevaplar görüldüğü kadar açık değildir.⁴ Bu nedenle kitaptaki temel amaç, silahlı çatışmalar hukuku ile meşru müdafaa üzerinden NATO Angajman Kuralları ile meşru müdafaa arasındaki ilişkinin incelenmesidir.⁵ Kitap için belirlenen kapsam ise nesnelere ziyade kişilere karşı silahlı kuvvet kullanılmasıdır.⁶ Kitabın amaç ve kapsamı doğrultusunda ele alınan silahlı çatışmalar hukuku ve meşru müdafaa, uluslararası hukuk yazınında sıklıkla tartışılan konulardır. Angajman kurallarının denkleme dâhil edilmesi ise bu çalışmayı özgün kılmaktadır. Angajman kurallarının ABD menşei bir kavram olduğu ve konuya dair yapılan çalışmaların çok büyük bir kısmının ABD merkezli olduğu bilinmektedir. ABD dışı devlet ve örgüt uygulamalarında angajman kurallarının üzerinde durulmama sebebi ise bu kuralların güvenlik gerekçesiyle “Top Secret” nitelikte olmasıdır.

Angajman kuralları, son 30 yıllık süre zarfında uluslararası hukuk yazınına girmiş bir kavramdır. Yukarıda bahsedildiği gibi, çoğunluğu ABD merkezli olan akademik çalışmaların odaklandıkları hususlar, angajman kurallarının ne anlama geldiği ve yasal dayanaklarının neler olduğudur.⁷ Lakin angajman kurallarının ne olduklarına dair literatürde üzerinde uzlaşa sağlanmış bir tanım bulunmamaktadır. Angajman kuralları ile doğrudan ilişkili kesimler olarak politikacılar, askerler ve hukukçular kavrama kendi perspektiflerinden yaklaşmaktadırlar. Benzer bir durum devletler açısından da geçerlidir. Bazı devletler bu kuralların hukuken bağlayıcı olduğu yönünde görüş bildirirken, bazıları da bunların sadece bir rehber olabileceğini iddia etmektedirler. Özellikle NATO gibi savunma amaçlı kurulan bir örgütün üyeleri arasında bu görüş farklılığının bulunması, durumu daha kaotik bir hale sokmaktadır.⁸ Bu noktada angajman kurallarını NATO özelinde ele alan Dr. Cooper, angajman kurallarının silahlı çatışmalarda nasıl etkili araçlar olabileceğine değinmektedir. Aslında yazarın bu noktada gerçekleştirmek istediği en önemli amaç ise angajman kurallarına dair var olan bilgi eksikliğini gidermektir. Meşru müdafaa'nın başladığı noktada angajman kurallarının devreden çıktığını ifade eden yazar, iki kavram arasındaki bu önemli farkı çalışma içerisinde sıklıkla dile getirmiştir.⁹ Angajman kurallarına ilişkin olarak bilinmesi gereken temel nüansın bu olduğunu söylemek yerinde bir ifade olacaktır.¹⁰ Silahlı çatışma ortamında angajman kurallarının uygulayıcısı konumundaki askerlerin, meşru müdafaa ve angajman kuralları arasındaki bu ayrımı bilmeleri, gerek operasyonun başarısı gerekse askeri personelin can güvenliği açısından hayati öneme sahiptir.

4 ibid 1.

5 ibid 1.

6 ibid 6.

7 Konuya dair ilk çalışma için bkz. J. A. Roach, ‘Rules of Engagement’ (1983) 36 Naval War College Review 1.

8 Cooper, *NATO Rules of Engagement* (n 3) 52-53.

9 ibid 4, 15, 88, 105, 111, 199, 249, 322, 370, 403.

10 Türkçe uluslararası hukuk yazınında angajman kurallarına dair yazılmış tek monografide de angajman kuralları ile meşru müdafaa arasındaki bu noktaya dikkat çekilmektedir. Bkz. Sezai Çağlayan, *Angajman Kuralları* (Legal Yayıncılık 2019).

Yazarın angajman kurallarına dair vurgulamış olduğu ikinci husus, angajman kurallarının oluşum ve kullanım seviyeleri ile ilgilidir. Yazara göre angajman kuralları, stratejik ve operasyonel seviyede hazırlanan ve uygulanan kurallardır, çatışma esnasında kullanılan basit taktiksel direktifler angajman kuralı değildir.¹¹ Literatürde angajman kurallarının ilk örneği olarak 1775 tarihinde gerçekleşen Banker Hill Muharebesi'nde William Prescott'un verdiği emre yer verilmektedir.¹² NATO Angajman Kuralları ile birlikte hali hazırda uygulanan ve kısmen yayımlanmış olan ABD Daimi Angajman Kuralları Yönergesi dikkate alındığında yazarın ileri sürdüğü iddia yanlış değildir. Netice itibarıyla angajman kuralları politik, hukuki ve askeri bileşenlere sahip kurallar bütünüdür. Bu açıdan bakıldığında söz konusu örnek basit bir askeri direktif gibi görünmektedir. Lakin burada atlanmaması gereken önemli bir husus mevcuttur. Günümüzde geçerli olan angajman kuralları uygulamaları, son çeyrek asırlık dönemin bir ürünüdür. Diğer bir ifadeyle, politik, askeri ve hukuki bileşenin yerleşik bir uygulama örneğine sahip olması görece yenidir. Bu nedenle William Prescott'un vermiş olduğu emrin angajman kurallarının tarihçesi ve gelişimi adına önemli bir yapı taşı olduğu da yadsınamayacak bir gerçektir.

Kitabı önemli kılan bir diğer husus “hasmane niyet” ve “hasmane hareket” kavramlarının ayrıntılı olarak tanımlanmasıdır.¹³ Bu kavramlar, angajman kurallarına uygun olarak silahlı kuvvet kullanımına cevaz verilen durumları ifade etmek için kullanılmaktadır. Diğer bir ifade ile “hasmane niyet” ve “hasmane hareket” kavramlarının kapsamış olduğu fiiller, angajman kurallarına göre kuvvet kullanımının bir parametresidir. Yazar burada NATO Angajman Kurallarına göre hangi fiillerin “hasmane niyet” hangilerinin de “hasmane hareket” anlamına gelebileceği üzerinde durarak, örnek senaryolarla kavramları anlaşılır kılmaya çalışmıştır.¹⁴ Bu sayede, hangi durumlarda meşru müdafaaya göre hangi durumlarda da angajman kurallarına göre silahlı kuvvet kullanımı yapılabileceği daha net anlaşılmaktadır. Bu teknik ayrıntıların sahadaki askerler için önemli olduğunu vurgulayan yazar, operasyonun gerçekleştiği coğrafya ve buradaki kültürün bilinmesinin de angajman kurallarını etkileme kapasitesi olduğuna dikkat çekmektedir.¹⁵ Örneğin, Afganistan'da gündüz saatlerinde havanın çok sıcak olmasından dolayı gece saatlerinde kazı çalışmaları yapılmaktadır.¹⁶ Bu coğrafyaya hakim olmayan bir barış gücü askerinin, bu kazı çalışmalarını kendilerine yönelik bombalı bir tuzak hazırlığı olarak algılaması, kazı çalışması yapan sivil kimselerin hayatlarına mal olabilmektedir. Bu durumun örnekleri Afganistan'da görülmüştür.

11 Cooper, *NATO Rules of Engagement* (n 3) 36.

12 ibid 32. Burada bahsi geçen emrin Türkçe tercümesi şu şekildedir: “*Düşmanın gözlerinin akını görene kadar ateş etmeyin! (don't shoot until you see the white of their eyes)*”.

13 ibid 403-413.

14 ibid 113-115.

15 ibid 119.

16 “Hasmane hareket” ve “hasmane niyet” kavramlarına ilişkin olası senaryolar için bkz ibid 114-117.

Bu nedenle yazar tarafından verilen tavsiyeler hem barış gücü personelinin hem de yerel halkın güvenliği için elzemdir.

Angajman kuralları literatüründe var olan iki klasik tartışma yazar tarafından kitap içerisinde ele alınmıştır. Birincisi, angajman kurallarının nasıl olması gerektiğine yönelik tartışmadır. Dr. Cooper'e göre angajman kuralları, askeri ve politik bileşen arasında dengenin kurulabileceği oranda esnek olmalıdır.¹⁷ Bu konuda literatürdeki hakim görüş de budur. Nitekim askeri bileşenin ağır basması durumunda sivil kayıplarda artış olurken, politik bileşeni temsil eden kimselerce alınan kısıtlayıcı tedbirler askeri personelin hayatını riske atmaktadır. Yazar bu dengenin önemine dikkat çekmekle birlikte bu dengenin sağlanıp sağlanmadığının tespiti noktasında mevcut bir testin bulunmadığını de belirtmektedir.¹⁸

İkinci tartışma konusu ise angajman kurallarının hazırlanmasından kimlerin sorumlu olduğudur. Literatürde angajman kurallarının sadece askerler tarafından hazırlanması gerektiğini savunanlar olduğu gibi, bu işin salt hukuki bir sonuç doğurmasından dolayı hukukçular tarafından hazırlanması gerektiğini ileri sürenler de mevcuttur. Dr. Cooper'in bu konudaki yaklaşımı ise bu iki farklı görüşü kapsayıcı mahiyettedir. Yazara göre angajman kuralları, içerisinde hukukçu, politikacı ve askerlerin bulunduğu bir ekip tarafından hazırlanmalıdır.¹⁹ Bu yöntemin benimsenmesi şüphesiz her üç alana ilişkin sorunların azaltılmasına fayda sağlayacağı gibi çatışma ortamında iletişimin sağlıklı bir şekilde idame ettirilmesi için de elzemdir.

Dr. Cooper, NATO Angajman Kuralları özelinde var olan sorunları da tanımlayarak çözüm önerileri getirmiştir. Bunlardan en önemlisi NATO üyesi devletlerin NATO Angajman Kurallarına çekince koymalarıdır.²⁰ Ulusal çekinceler sorunu, NATO kontrolünde devam eden askeri operasyonları olumsuz yönde etkilemektedir. ABD Daimi Angajman Kuralları Yönergesi'ni referans gösteren yazar, NATO'nun da bu tarz bir angajman kuralları kataloğuna sahip olması gerektiğini ifade etmektedir.²¹ Nitekim angajman kurallarının tarihçesi ve ilk uygulayıcısı olarak ABD örneği, sistematik bir gelişme kaydetmesinden dolayı mevcut en başarılı angajman kuralları yönergesi olarak bilinmektedir. Yazarın, NATO Angajman Kuralları'nın sorunsuz bir şekilde işlemesi için böyle bir tavsiyede bulunduğu görülmektedir. NATO Angajman Kuralları adına var olan temel sorunun çekinceler hususu olduğu dikkate alındığında, yazar daimi bir NATO angajman kuralı kataloğu ile çekinceler hususunun sorun olmaktan çıkarılabileceğini ima etmektedir. Lakin burada dikkat edilmesi gereken mesele şudur: ABD Daimi Angajman Kuralları Yönergesi, ABD devletinin bizzat kendisi tarafından

17 ibid 63.

18 ibid 63.

19 ibid 74.

20 ibid 48.

21 ibid 437.

hazırlanmaktadır. Diğer bir söylemle, ABD dışı bir devletin ABD Daimi Angajman Kurallarına müdahalesi söz konusu değildir. Bu nedenle, ABD Daimi Angajman Kuralları Yönergesi, uluslararası hukuk kurallarına aykırı olmaksızın ABD iç hukukuna uygun olarak hazırlanmaktadır. Diğer taraftan NATO, bağımsız devletler tarafından kurulan bir uluslararası örgüttür. Her bir NATO üyesinin kendi iç hukukuna aykırı bir duruma çekince koyma hakkı mevcuttur. Dolayısıyla ABD örneğindeki gibi daimi bir NATO Angajman Kuralları Yönergesi'nin hazırlanması ilk başta mantıklı gelse de teknik olarak pek mümkün görünmemektedir.

Sonuç olarak, angajman kuralları literatüründeki genel sorunlar kitap içerisinde didaktik bir yöntemle işlenmiştir. Bu noktada angajman kuralları ile meşru müdafanın birbirinden farklı olduğu ve bu ikisine dayanarak başlatılan silahlı kuvvet kullanımının farklı yasal dayanakları olduğu üzerinde durulmuştur. Yazar tarafından dikkat çekilen bu husus, şüphesiz angajman kurallarının anlaşılması ve uygulamasına yönelik en önemli sorun kaynağıdır. Bununla birlikte, NATO Angajman Kuralları özelinde yapılan değerlendirmeler ve tanımlar da oldukça yerindedir. Bu nedenle bu kitap, politika yapımcılar, askeri uygulayıcılar ve uluslararası hukukçular için faydalanılması gereken bir yapıttır.

Bibliyografya/Bibliography

- Cooper CG, 'Rules of Engagement Demystified: A Study of the History, Development and Use of ROEs' (2014) 53 MLLWR 1
- Cooper CG, *NATO Rules of Engagement On ROE, Self- Defence and the Use of Force during Armed Conflict* (Brill Nijhoff 2020)
- Çağlayan S, *Angajman Kuralları* (Legal Yayıncılık 2019)
- Hosang JFRB, *Rules of Engagement and the International Law of Military Operations* (OUP 2020)
- Roach JA, 'Rules of Engagement' (1983) 36 Naval War College Review 1



1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi'nde Yapılması Teklif Edilen Değişiklikler

Abdullah Harun Korkmaz*

1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi milletlerarası tahkim alanında yapılmış en önemli düzenlemedir. Hatta bu sözleşme, milletlerarası akitlerin hızla yol almasını sağlayan bir “otobana” benzetilmiştir¹. İçinde bulunduğumuz zaman itibarıyla Sözleşme altmışıncı yılını doldurmak üzeredir. Bu süre zarfında genel olarak dünyada ve milletlerarası ticaret özelinde birçok gelişme meydana geldiği için bazı hukukçuların zihninde Sözleşme hükümlerinin de değişmesi gerektiği fikri uyanmıştır.

Bunlardan biri olan Albert van den Berg 1998 yılındaki bir konuşmasında² Sözleşme'nin değiştirilmemesi gerektiğini savunurken daha sonra fikrini değiştirmiş ve bizzat yeni bir sözleşme taslağı hazırlamıştır. Miami Taslağı olarak anılan bu taslak, esasen müellifi van den Berg tarafından Miami'de “New York, Avrupa ve Panama Sözleşmeleri” başlıklı 2009'da gerçekleşen bir konferansta sunulduğu için, devletlerin hukuki sorumluluklarıyla ilgili hazırlanan meşhur “Harvard Taslağı” yad edencesine “Miami Taslağı” ismini almıştır³.

Albert van den Berg'e göre New York Sözleşmesi güncelleştirilmelidir, zira⁴:

a. Sözleşme'ye eklenmesi gereken birtakım hükümler vardır. Örneğin m. 2/3'te atf yapılan Sözleşme kapsamına girecek sözleşmelerin bir tanımını ve tarafların bir itiraz sebebini

- 1 Jose Maria Abascal Zamora, ‘Enhancing Dissemination of Information, Technical Assistance and Training’ in Peter Sanders, *Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospects* (United Nations Publication 1999) 39, 39.
- 2 Albert van den Berg, ‘Striving for Uniform Interpretation’ in Peter Sanders, *Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospects* (United Nations Publication 1999) 41-42
- 3 Marike Paulsson, ‘The Miami Draft: the Good Twin of the NYC’, (*Kluwer Arbitration Blog*, 7 October 2010) <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com> Erişim Tarihi 15 May 2020
- 4 Sıralanan nedenlerin seçildiği kaynak: Albert Jan van den Berg, ‘Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards’ <<http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/1/6/16015.pdf>> Erişim Tarihi 29 December 2018

* **Sorumlu Yazar:** Abdullah Harun Korkmaz (Arş. Gör.), Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: harun.korkmaz@bilgi.edu.tr ORCID: 0000-0002-8415-7579

Atf: Korkmaz AH, “1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi'nde Yapılması Teklif Edilen Değişiklikler” (2020) 40(2) PPIL 1721. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0066>



- ileri sürmeyeceklerine dair feragat anlaşması yapma hakkını düzenleyen hükümler eklenmelidir.
- b. Bazı hükümlerin yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Örneğin m. 2/2’de düzenlenen, neredeyse tüm milli hukuk kurallarından daha katı olan yazılı şekil kuralı değiştirilmelidir. Yine bir hakem kararının alındığı ülkede iptal edilmesinin bir tenfiz engeli olarak sayılması da oldukça dar bir görüş olduğu için değiştirilmelidir.
- c. Bir kısım hükümlerde açıklık yoktur, kastedilen mana tam anlaşılmamaktadır. Örneğin m. 1/1’deki “*milli sayılmayan hakem kararları*” tabirinden; m. 4/1-a’daki “*usulüne göre tasdik edilmiş bir nüsha*” tabirinden; m. 5/1’deki itiraz sebeplerinin “*reddedilebileceğini*” ifade eden hükümden⁵; m. 5/1-c’deki tahkim anlaşması altında çözümlenmesi kararlaştırılmayan ihtilaflar tabirinden; m. 5/1-e’deki “*hükümünün icrası geri bırakılmış*” hakem kararından; m. 7/1’deki “*ilgili taraflardan*” tabirinden ne anlaşılması gerektiği tam belli değildir, bunlar belirginleştirilmelidir.
- d. Bazı hükümler artık günümüz şartlarına göre köhne kalmıştır. Örneğin m. 1/2’deki “*daimi hakemlik organlarına*” yapılan atıf ile m. 5/1-e’deki hakem kararının “*tabi olduğu kanuna*” yapılan gereksiz atıflar kaldırılmalıdır.
- e. Birtakım hükümlerdeki ifadelerin de günümüzdeki makbul hukuki yorum tarzına göre değiştirilmesi gerekmektedir. Örneğin m. 5/2’de atıf yapılan kamu düzeninin “*milletlerarası kamu düzeni*” anlamına geldiği ortaya konmalıdır.

Albert van den Berg’in bu düşüncelerle hareket ederek oluşturduğu yeni New York Sözleşmesi taslağının tarafımızca yapılmış tercümesini okuyucunun değerlendirmesine sunuyoruz.

Mevcut Başlık:

“Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması Ve İcrası İçin Sözleşme”

Taslaktaki Başlık:

“Tahkim Anlaşmalarının ve Kararlarının Milletlerarası Tenfizi Hakkında Farazi Taslak Sözleşme”

Mevcut madde:

“I. Madde

1) Bu sözleşme gerçek veya tüzel kişiler arasında doğan uyuşmazlıklarda, tanınması ve icrası istenen devletten başka bir devlet toprağında verilen hakem kararlarının

5 Müellif burada İngilizce metindeki “*may*” ifadesini kastetmektedir.

tanınmasına ve icrasına uygulanır. Sözleşme aynı zamanda tanınması ve icrası istenen devlette millî sayılmayan hakem kararları hakkında da uygulanır.

- 2) *“Hakem kararı” terimi ile sadece belli meselelerin çözülmesi için tayin olunan hakemlerin değil aynı zamanda tarafların başvurdukları daimi hakemlik organlarının da verdikleri kararlar anlaşılır.*
- 3) *İşbu sözleşmeyi imza veya onaylama, buna katılma veya sözleşme hükümlerini 10 uncu maddede yazılı yerlere teşmil ihbarı sırasında, her devlet, mütekabiliyet esası dairesinde, sözleşme hükümlerini sadece diğer bir Âkit Devletin topraklarında verilen hakem kararlarının tanınması ve icrasına uygulanacağını beyan edebilir. Bunun gibi her devlet sözleşmenin uygulanmasını akdi ve akdi olmayan hukukî münasebetlerden doğan uyuşmazlıklar arasında kendi millî kanununa nazaran sadece ticari mahiyette sayılanlara hasredeceğini beyan edebilir.”*

Önerilen madde:

“Madde 1 — Uygulama Alanı

- 1) *Bu sözleşme, aşağıdaki şartlar dahilinde tahkim anlaşmalarının icrası hakkında uygulanır:*
 - a) *Tahkim anlaşmasının taraflarının işyerleri veya ikametgâhları sözleşmenin kurulması esnasında farklı devletlerde bulunuyorsa; veya*
 - b) *tahkim anlaşmasına konu olan mesele birden fazla devletle ilişkiliyse.*
- 2) *Bu sözleşme ilk fıkrada bahsedilen özelliklerdeki bir tahkim anlaşmasına dayanılarak elde edilen hakem kararlarının tenfizi hakkında da uygulanır.*
- 3) *Bu Sözleşme’de hakem kararlarının tenfizine atıf yapılan her durum hakem kararlarının tanınmasını da kapsar.”*

Mevcut madde:

“II. Madde

- 1) *Âkit devletlerden her biri, tarafların akte dayanan veya akdi olmayan, belli bir hukuk münasebetinden aralarında doğmuş veya ileride doğabilecek, hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir konu ile ilgili uyuşmazlıkların tamamını veya bir kısmını hakeme hallettirmek üzere birbirine karşı taahhüde girişmelerine dair yazılı anlaşmalarını muteber addeder.*
- 2) *“Yazılı anlaşma” terimiyle karşılıklı olarak gönderilen mektup veya telgraflarda bulunan veya taraflarca imzalanmış mukaveleler içine konan hakem şartı veya bir hakem mukavelesi anlaşılır.*

3) *Bir Âkit Devlet mahkemesi, tarafların, işbu maddenin anladığı manada anlaşma akdettikleri bir konu ile ilgili uyuşmazlıklarına el koyduğu takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları, birinin talebi üzerine, hakemliğe sevkeder.”*

Önerilen Madde:

“Madde 2 — Tahkim Anlaşmasının Tenfizi⁶

1) *Tarafların tahkim yoluyla çözümlenmesini kararlaştırdıkları bir uyuşmazlık Sözleşme’ye taraf bir devletin mahkemelerinin önüne gelirse, taraflardan birinin isteği üzerine, mahkeme bu maddede sayılan şartlar dahilinde uyuşmazlığı tahkime sevk eder:*

2) *Eğer aleyhine tahkim anlaşmasına dayanılan tarafça,*

a) karşı tarafın uyuşmazlığın tahkime sevk edilmesini, kendisi mahkeme önünde esas hakkında bir beyanda bulunduktan sonra talep ettiği; veya

b) tahkim anlaşmasının, hakem kararının alınacağı ülke hukukuna göre ilk bakışta geçersiz olduğu; veya

c) uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesinin, tahkim anlaşmasına dayanılan ülkede egemen olan milletlerarası kamu düzenini ihlal edeceği

ileri sürülür ve ispat edilirse, mahkeme uyuşmazlığı tahkime sevk etmez.

3) *Mahkeme, ikinci fıkranın c bendinde belirtilen gerekçeyle uyuşmazlığın tahkime sevk edilmesini re’sen reddedebilir.”*

Mevcut madde:

“III. Madde

Âkit devletlerden her biri hakem kararlarının muteberliğini tanyacak ve bunların öne sürüldüğü memlekette yürürlükte olan usul kaideleri gereğince aşağıdaki maddelerde yazılı şartlar dairesinde icrasını temin edecektir; işbu sözleşmenin şümulü içine giren hakem kararlarının tanınması ve icrası için millî hakem kararlarınınkine nisbetle ne oldukça daha ağır şartlar yüklenecek ne de daha yüksek adli harçlar alınacaktır.”

6 Tahkim anlaşmasının tenfizi ifadesi Türk doktrininde fazla rastlanan bir ifade değildir ne var ki müellif metnin aslında “Enforcement of Arbitration Agreement” ifadesini kullandığı için bu şekilde tercüme etmek gerekmiştir. Müellif bu madde başlığını kullanarak mahkemelerde dava açılmasına karşılık tahkim anlaşmasına dayanarak yapılan itirazları tahkim anlaşmasının tenfizi olarak ifade etmiştir.

Önerilen madde:

“Madde 3 — Kararın Tenfizi - Genel Olarak

- 1) Hakem kararları münhasıran bu Sözleşme’de belirtilen şartlar esas alınarak tenfiz edilir.
- 2) Kararın tenfizi usulüne, kararın tenfiz edilmek istendiği ülke hukuku uygulanır.
- 3) Tenfiz usulüne ilişkin olarak ağır yükümlülükler yüklenmeyecektir ve yüksek miktarlarda⁷ ücret veya harç alınmayacaktır.
- 4) Mahkemeler hakem kararlarının tenfizine ilişkin istem üzerine süratle hareket ederler.”

Mevcut Madde:

“IV. Madde

- 1) Bundan önceki maddede zikri geçen tanıma ve icranın temini için, tanıma ve icra kararı verilmesini isteyen tarafın, bu husustaki isteği ile beraber aşağıdaki belgeleri de getirmesi icabeder:
 - a) Hakem kararının usulüne göre tasdik edilmiş bir nüshasını yahut da aslına uygunluğunu gösteren şartları ihtiva eden bir suretini,
 - b) II. madde hükmünde zikri geçen hakem anlaşmasının aslını veya aslına uygunluğunu gösteren şartları ihtiva eden bir suretini.
- 2) Eğer zikri geçen karar veya zikri geçen hakem anlaşması ileri sürüldüğü memleketin resmî bir dilinde yazılmamış bulunursa, hükmün tanınması ve icrasını isteyen tarafın, bu belgelerin zikri geçen dile çevrilmiş bir tercümesini ibraz etmesi lazımdır. Tercümenin resmî veya yeminli bir tercüman yahut da diplomatik veya konsolosluk ajanı tarafından onanması şarttır.”

Önerilen madde:

“Madde 4 — Tenfiz İstemi

- 1) Bu maddede sayılan şartların gerçekleşmesi halinde tenfiz isteminde bulunan taraf lehine tenfiz kararı verilmesine hak kazanır; meğerki mahkemece madde 5 ve 6’da sayılan tenfizi red sebeplerinden birinin varlığı tespit edilmiş olsun.

7 Müellif metnin aslında burada *substantial fees* ifadesini kullanmıştır. Malumdur ki *substantial* kelimesi hem “önemli, azımsanmayacak” manasına hem de “maddî, esasa ilişkin” manasına gelmektedir. Burada her iki şekilde tercüme yapmak da mümkündür. Biz cümlemin ilk kısmını ve New York Sözleşmesi m. 3’ün bu konuda *higher* kelimesini kullanmasını dikkate alarak akış gereği bu şekilde mana verdik. Fakat New York Sözleşmesi m. 3 diğer ihtimal için de bir delil olabilir. Çünkü *higher* kelimesi yerine bu kelimenin tercih edilmesinin bilinçli bir tercih olduğu ve dolayısıyla “esasa ilişkin” manasını vermek gerektiğini iddia etmek de makul bir yorumdur.

- 2) Tenfiz isteminde bulunan taraf mahkemeye hakem kararının bir nüshasını sunar.
- 3) Hakem kararının bir nüshası yerine, aslı gibi olduğu kaydını içerir onaylanmış bir sureti de sunulabilir. Onaylama, mahkemece gösterilen şekilde olur.
- 4) Eğer hakem kararı kendisinden tenfiz isteminde bulunulan mahkemenin resmi dillerinden birinde düzenlenmemişse tenfiz isteyen taraf, diğer tarafın veya mahkemenin isteği üzerine, kararın bir tercümesini sunar. Tercüme, mahkemece gösterilen şekilde olur.”

Mevcut madde:

“V. Madde

“1) Aleyhine hakem kararı ileri sürülen taraf talepte bulunmaz ve zikri geçen kararın tanınması ve icrası istenen memleketin yetkili makamı önünde aşağıdaki hususları ispat etmez ise, hakem kararının tanınması ve icrası isteği reddolunamaz:

- a) II. maddede derpiş olunan anlaşmayı akdeden tarafların haklarında tatbiki gereken kanuna göre ehliyetsiz olduğu, yahut da zikri geçen anlaşmanın taraflarca tabi bulunduğu kanuna ve eğer bu babta sarahat mevcut değilse hakem kararının verildiği yer kanununa göre hükümsüz bulunduğu; veya
 - b) Aleyhine hakem hükmü öne sürülen tarafın hakemin tayininden veya hakemlik prosedüründen usulü dairesinde haberdar edilmemiş olduğu, yahut da diğer bir sebep yüzünden iddia ve müdafaa vasıtalarını ikame etmek imkânını elde edememiş bulunduğu; veya
 - c) Hakem kararının hakem mukavelesinde veya hakem şartında derpiş edilmeyen bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu yahut hakem mukavelesi veya hakem şartının şümulünü aşan hükümleri muhtevi bulunduğu; bununla beraber hakem kararının hakemliğe tabi bulunan meseleler hakkındaki hükümleri bunun dışında kalan hükümlerinden ayırt edebilecek durumda ise bunların tanınması ve icrası cihetine gidilebilir; yahut
 - d) Hakem mahkemesinin teşekkülünün veya hakemlik usulünün tarafların anlaşmasına ve anlaşma olmayan hallerde hakemliğin cereyan ettiği yer kanunu hükümlerine uygun bulunmadığı; veya
 - e) Hakem kararının taraflar için henüz mecburî olmadığı veya, bunun, verildiği memleket kanunu yahut tabi olduğu kanun yönünden yetkili bir makam tarafından iptal veya hükmünün icrasının geri bırakılmış bulunduğu.
- 2) Hakem kararının tanınması ve icrası istenen memleketin yetkili makamı tarafından aşağıdaki hallerin bulunduğu görülecek olursa, tanıma ve icra isteği kezaalik reddolunabilir:

- a) Tanıma ve icra isteğinin öne sürüldüğü memleketin kanununa göre uyuşmazlık konusunun hakemlik yolu ile halle elverişli bulunmaması; veya
- b) Hakem kararının tanınması ve icrasının zikri geçen memleketin amme intizamı kaidelerine aykırı olması.”

Önerilen madde:

“Madde 5 — Tenfizî Red Sebepleri

- 1) Bir hakem kararının tenfizi bu maddede açıkça sayılmış sebepler dışındaki herhangi bir sebebe dayanılarak reddedilemez.
- 2) Tenfiz istemi bu maddede sayılan sebeplerden birinin ancak açıkça var olduğu hallerde reddedilir.
- 3) Bir hakem kararının tenfizi, aleyhine tenfiz istenen tarafın isteği üzerine ve bu tarafta,
 - a) kararın alındığı ülke hukukuna göre geçerli bir tahkim anlaşmasının olmadığı; veya
 - b) aleyhine tenfiz istenen tarafa eşit davranılmadığı veya iddialarını ileri sürmesi için makul bir imkan verilmediği; veya
 - c) kararda verilen hükmün tahkim yargılamasındaki talepten fazla veya farklı olduğu ve söz konusu hükmün tahkim yargılamasındaki talepten ve verilen hükümden ayrılamaz nitelikte olduğu; veya
 - d) hakem heyetinin tarafların anlaşmasına uygun olarak teşekkül etmediği, böyle bir anlaşmanın bulunmaması halinde kararın alındığı ülke hukukuna uygun olarak teşekkül etmediği; veya
 - e) tahkim usulünün tarafların anlaşmasına uygun olarak yürümediği, böyle bir anlaşmanın bulunmaması halinde kararın alındığı ülke hukukuna uygun olarak yürümediği; veya
 - f) kararın bir hakem temyiz heyeti önünde veya kararın alındığı ülkedeki bir mahkeme önünde esas bakımından temyize konu olduğu; veya
 - g) kararın, alındığı ülkedeki devlet mahkemeleri tarafından bu maddenin (a) ilâ (e) bentlerinde sayılan sebeplere denk mahiyette bir sebep yüzünden iptal edildiği; veya
 - h) kararın tenfiz edilmesinin, tenfizin istendiği ülkede hâkim olan milletlerarası kamu düzenini ihlal edeceğiileri sürülür ve ispat edilirse, reddedilir.
- 4) Mahkeme tenfiz istemini üçüncü fıkranın (h) bendindeki gerekçeyle re'sen reddedebilir.

5) *Aleyhine tenfiz istenen taraf tahkim yargılaması esnasında (a) ilâ (h) bentlerindeki sebeplerden biri kendisince bilindikten sonra aşırı bir gecikme olmadan bunu ileri sürmediyse, tenfiz davasında bu sebeplerden birine dayanarak istemin reddini talep edemez.”*

Mevcut madde:

“VI. Madde

V. Maddenin 1, e, bendinde derpiş edilen yetkili makamdan, hakem kararının iptali veya icrasının geri bırakılması istendiği takdirde, huzurunda hakem kararı öne sürülen makam uygun görürse, bunun icrası hükmünün verilmesini ileriye bırakabilir; ve kezalik, kararın icrasını isteyen tarafın talebi üzerine karşı tarafı uygun teminat verilmesiyle ödevli kılabilir.”

Önerilen madde:

“Madde 6 — İptal Davasının Hakem Kararının Alındığı Ülkede Derdest Olması

- 1) *Eğer hakem kararının alındığı ülkede madde 5/3-g anlamında bir iptal davası açılmış ve halen derdest ise, kendisinden bu Sözleşme hükümlerine göre tenfiz isteminde bulunulan mahkeme tenfiz kararını erteleme yetkisine sahiptir.*
- 2) *Mahkeme erteleme kararı verirken, taraflardan birinin talebi üzerine, tenfiz isteminde bulunan veya aleyhine tenfiz istenen taraftan uygun bir teminat göstermesini isteyebilir.”*

Mevcut madde:

“VII. Madde

- 1) *İşbu sözleşme hükümleri, âkit devletler arasında akdedilmiş hakem kararlarının tanınması veya icrasına dair; iki yahut çok taraflı sözleşmelerin muteberliğine halel getirmez ve ilgili taraflardan hiçbirini, bir hakem karardan, bunun dermeyan edildiği memleketin kanun ve sözleşmeleri hükümleri dairesinde faydalanmak imkânından mahrum kılmaz.*
- 2) *Hakemlik şartlarına dair 1923 tarihli Cenevre protokolü ile yabancı hakem kararlarının icrasına dair 1927 tarihli Cenevre Sözleşmesi, âkit devletler işbu sözleşme gereğince birbirine karşı bağlandıkları andan itibaren ve bağılıkları nispetinde, yürürlüklerini kaybederler.”*

Önerilen madde:

“Madde 7 — Daha Lehe Olan Hak

Bir tahkim anlaşmasının veya hakem kararının, devreye konulduğu ülkede bu Sözleşme dışındaki bir hukuki temele dayanılarak da tenfiz mümkünse, tenfiz isteminde bulunan taraf bu hukuki temele de dayanabilir.”

Yer Alması Teklif Edilen Diğer Hükümler

Van den Berg, Miami Taslağı'nda her hükmü tek tek ayrıntılı olarak düzenlememiştir. Özellikle tamamlayıcı nitelikteki bazı hususlara madde 8 adı altında kısaca değinmekle yetinmiştir. Bunlar aşağıdaki gibidir:

“Madde 8 — Genel Hükümler

Düşünülebilecek diğer hükümler de olmakla birlikte aşağıdaki hükümler eklenmelidir:

- a) Yetkili Tenfiz Mahkemesi tayin etme
- b) Yorumlama [Anlaşılmayan hususlarda yorumlamanın neye göre yapılacağı]
- c) New York Sözleşmesi'yle olan ilişki
- d) Diğer sözleşmelerde New York Sözleşmesi'ne olan atıflar
- e) Diğer sözleşmelerle uyumluluk
- f) Herhangi bir hüküm için çekince koyulamayacağı
- g) Genel karşılıklılık [Sözleşme'nin erga omnes nitelikte olması]
- h) Taslak Sözleşme'nin bölgeler ve federal devletlerde uygulanabilirliği
- i) İmza, onaylama ve katılım, muhafaza
- j) Yürürlüğe giriş
- k) Geçmişe dönük uygulanmama; intibak (geçiş) hükümleri
- l) İhbar
- m) Bildirimler
- n) Esas sayılacak metinlerin tanzim edileceği diller”

Public and Private International Law Bulletin

ÇEVİRİ / TRANSLATION

Başvuru: 17.10.2020
Revizyon Talebi: 27.05.2020
Son Revizyon: 27.05.2020
Kabul: 01.06.2020
Online Yayın: 28.08.2020

2 Temmuz 2019 Tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey Anlaşması Türkçe Metni

Ahmet Dülger* , Merve Dülger** 

Aşağıda imzası bulunan, Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Arjantin, Arnavutluk, Avrupa Birliği, Avustralya, Avusturya, Belarus, Belçika, Brezilya, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Çin, Danimarka, Ekvador, Estonya, Fas, Filipinler, Finlandiya, Fransa, Güney Afrika, Hırvatistan, Hindistan, Hollanda, İngiltere ve Kuzey İrlanda, İrlanda, İspanya İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, Japonya, Kanada, Kazakistan, Kıbrıs, Kore, Kosta Rika, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Macaristan, Meksika, Mısır, Moldova Cumhuriyeti, Norveç, Paraguay, Peru, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Sri Lanka, Sırbistan, Singapur, Slovakya, Slovenya, Suudi Arabistan, Şili, Tunus, Türkiye, Ukrayna, Uruguay, Ürdün, Vietnam, Yeni Zelanda, Yunanistan ve Zambiya delegeleri ile gözlemci olarak katılan Birleşik Arap Emirlikleri, Endonezya, İran, Özbekistan, Tayland, ve Zimbabve üyeleri ve temsilcileri 18 Haziran ve 2 Temmuz 2019 tarihleri arasında Lahey'de, Hollanda Hükümeti'nin daveti üzerine Yirmi-İkinci Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı oturumuna katılmışlardır.

Toplantı kayıtlarında yer alan müzakereler sonucunda aşağıdakileri kabul etmişlerdir

Anlaşmanın Metni

A. Anlaşma

Hukukî veya Ticarî Konulara İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Anlaşma

İşbu Anlaşmaya taraf olan ülkeler,

Herkes için adalete etkili erişimin geliştirilmesi ve kurallara dayanan çok taraflı ticaret ve yatırım ile hareketliliğin hukuki işbirliği sayesinde kolaylaştırılması amacıyla,

* **Sorumlu Yazar:** Ahmet Dülger (Arş. Gör.), İbn Haldun Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: ahmet.dulger@ihu.edu.tr ORCID: 0000-0003-2527-2099

** Merve Dülger (Avukat/Yüksek Lisans Öğrencisi), İbn Haldun Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye. E-posta: merve.dulger@ibnhaldun.edu.tr ORCID: 0000-0003-1848-5707

Atf: 2 Temmuz 2019 Tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey Anlaşması Türkçe Metni (çev. Ahmet Dülger ve Merve Dülger) (2020) 40(2) PPIL 1731. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0020>

Söz konusu işbirliğinin hukukî ve ticarî konulara ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için oluşturulacak yeknesak temel kurallar ile geliştirilerek söz konusu mahkeme kararlarının etkili şekilde tanınması ve tenfizinin gerçekleştirilebileceğine inanarak,

Bu hukuki işbirliğinin özellikle yabancı kararların küresel olarak dolaşımına ilişkin büyük bir öngörülebilirlik ve kesinlik sağlayan ve 30 Haziran 2005 tarihli Yetki Anlaşmalarına Dair Sözleşmenin tamamlayıcısı olan bir uluslararası hukuk düzeni gerektirdiğine inanarak,

Bu anlaşmayı imzalamaya aşağıdaki hükümler üzerine mutabık kalmak suretiyle karar vermişlerdir -

Bölüm 1. Kapsam ve Tanımlar

Madde 1

Kapsam

1. Bu anlaşma hukukî ve ticarî konulara ilişkin mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine uygulanacaktır. İşbu anlaşma özellikle gelir, gümrük veya idari hususlarda uygulanmaz.
2. Bu anlaşma, Âkit Devletlerden birinin mahkemesi tarafından verilen kararın diğer bir Âkit Devlette tanınması ve tenfizinde uygulanacaktır.

Madde 2

Kapsam Dışı Hususlar

1. Bu anlaşma, aşağıda belirtilen konularda uygulanmayacaktır:
 - a. Gerçek kişilerin statüsü ve ehliyeti,
 - b. Nafaka yükümlülükleri,
 - c. Evlilik mal rejimleri ile evlilik ve benzeri ilişkilerden doğan diğer hak ve yükümlülükler de dâhil, diğer aile hukuku meseleleri,
 - d. Vasiyetname ve miras,
 - e. İflas, konkordato, finansal kurumların sona ermesi ve benzeri konular,
 - f. Yolcuların ve malların taşınması,
 - g. Sınır ötesi deniz kirliliği, ulusal yargı alanı dışındaki bölgelerdeki deniz kirliliği, gemi kaynaklı deniz kirliliği, deniz alacaklarına karşı sorumluluğun sınırlanması ve müşterek avarya,
 - h. Nükleer hasar sorumluluğu,
 - i. Tüzel kişilerin ya da gerçek veya tüzel kişi topluluklarının geçerliliği,

- hükümsüzlüğü veya tasfiyesi ve bunların organlarına ait kararların geçerliliği,
- j. Resmi sicil kayıtlarının geçerliliği,
 - k. Hakaret,
 - l. Mahremiyet,
 - m. Fikri Mülkiyet,
 - n. Resmi görevlerini yerine getiren personelinin faaliyetleri dâhil olmak üzere silahlı kuvvetlerin faaliyetleri,
 - o. Resmi görevlerini yerine getiren kolluk görevlilerinin faaliyetleri dâhil olmak üzere kolluk kuvvetlerinin faaliyetleri,
 - p. antitröst (rekabet) meseleleri, gerçek veya potansiyel rakipler arasında fiyatları sabitleme, hileli teklifte bulunma, üretim sınırlaması veya kotası belirleme, tüketicileri, tedarikçileri, bölgeleri veya ticaret hatlarını ayırıştırarak pazarı bölme yönünde rekabet önleyici anlaşma veya uyumlu eylemlere ilişkin olan ve bu eylemler ile eylemlerin etkisi menşee ülkede gerçekleşen icraatlara dayanan kararlar hariç olmak üzere,
 - q. Tek taraflı devlet önlemleri ile devlet borcunun yeniden yapılandırılması.
2. Kararın verildiği yargılamada, işbu Anlaşma'nın kapsamına girmeyen ancak yalnızca ön sorun olarak ortaya çıkan ve yargılamanın esasını teşkil etmeyen meseleye yönelik karar, Anlaşma'nın kapsamı dışında değildir. Özellikle, bir meselenin savunma olarak ileri sürülmesi durumunda, bu mesele yargılamanın amacını oluşturmuyorsa, ilgili karar Anlaşma'nın kapsamı dışında değildir.
 3. Bu Anlaşma tahkim ve ilgili usullere uygulanmayacaktır.
 4. Yargılamanın taraflarından birinin hükümet, hükümet temsilcisi veya Devlet adına hareket eden herhangi bir kişi dâhil olmak üzere, bir devlet olması, kararı Anlaşma kapsamı dışında bırakmaz.
 5. Bu Anlaşmadaki hiçbir düzenleme, devletler veya uluslararası kuruluşlar ile bunların kendilerine ve malvarlıklarına ilişkin yargı dokunulmazlığı ve yargı bağımsızlığına etki etmeyecektir.

Madde 3

Tanımlar

1. İşbu Anlaşmada;
 - a. “davalı” menşee ülkede aleyhine dava ve karşı davada bulunulan kimseyi,
 - b. “karar”, adı ne olursa olsun, kararname veya emir ve esas hakkında verilen hükmün bu Anlaşma uyarınca tanıma veya tenfize tabi olabilecek bir kararı

içermesi şartıyla, mahkeme (adli memur dâhil) tarafından masraf ve harcamalara ilişkin verilen hükümler dâhil mahkeme tarafından esas hakkında verilen herhangi bir karar ifade eder. Geçici koruma tedbirleri karar değildir.

2. Gerçek kişi dışındaki tüzel kişi ve kuruluşların,
 - a. Kanuni yerleşim yerinin bulunduğu;
 - b. Hukukuna göre tüzel kişilik kazandığı veya kurulduğu,
 - c. İdare merkezinin bulunduğu; veya
 - d. Asıl işyerinin bulunduğudevlette ikamet ettikleri kabul edilecektir.

Bölüm 2. Tanıma ve Tenfiz

Madde 4

Genel Hükümler

1. Âkit Devletlerden (menşe ülke) birinin mahkemesi tarafından verilen kararların bir diğer Âkit Devlette (başvurulan ülke) tanınması ve tenfizi bu Bölümdeki hükümler kapsamında yapılacaktır. Tanıma veya tenfiz, ancak bu Anlaşma'da belirtilen hallerde reddedilebilecektir.
2. Başvurulan ülkede kararın esasına ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmayacaktır. Bu tür değerlendirmeler yalnızca işbu Anlaşma'nın uygulanması bakımından gerekli hallerde yapılabilecektir.
3. Bir karar, yalnızca menşe ülkede etkisi var ise tanınır ve yalnızca menşe ülkede icra edilebiliyor ise tenfiz edilir.
4. 3. fıkrada belirtilen mahkeme kararının menşe ülkede temyiz incelemesine konu edilmesi veya olağan temyiz süresinin sona ermemesi hallerinde tanıma veya tenfiz ertelenebilir veya reddedilebilir. Tanıma veya tenfizin reddedilmesi, daha sonra tekrar kararın tanıma veya tenfizi için başvurulmasını engellemez.

Madde 5

Tanıma ve Tenfiz Esasları

1. Bir karar, aşağıda belirtilen şartlardan birinin varlığı halinde tanınabilir ve tenfiz edilebilir:
 - a. Aleyhine tanıma ya da tenfiz istenen kişinin menşe ülkedeki yargılamaya taraf olduğu tarihte mutad meskeni menşe ülkede ise,
 - b. Aleyhine tanıma ya da tenfiz istenen gerçek kişinin menşe ülkedeki yargılamaya

- taraf olduğu tarihte işyeri merkezi menşe ülkede ise ve söz konusu kararın temelini oluşturan iddia bu işletmenin faaliyetlerinden kaynaklanıyor ise,
- c. Aleyhine tanıma veya tenfiz talebinde bulunulan kişi, kararın temelini oluşturan ve, karşı iddialar dışındaki iddiaları ileri süren kişi ise,
 - d. Davalı, menşe ülkedeki yargılamanın tarafı haline geldiği tarihte menşe ülkede ayrı bir tüzel kişiliği olmaksızın şube, acente veya diğer türden kuruluşları işletiyor ise ve kararın temelini oluşturan iddialar söz konusu şube, acente veya diğer türden kuruluşun faaliyetlerine ilişkin ise,
 - e. Davalı, kararın verildiği yargılama esnasında menşe ülkedeki mahkemenin yetkisine açıkça rıza göstermiş ise,
 - f. Davalı, yetki ve yetki kullanımına ilişkin itirazın menşe ülke hukuku uyarınca kabul edilmeyeceğinin kesin olması durumu hariç olmak üzere, esasa ilişkin iddia ve savunmalarını yaparken menşe ülkedeki zaman aralığı içerisinde mahkemenin yetkisine itiraz etmemiş ise,
 - g. Sözleşmesel yükümlülüğe ilişkin mahkeme kararı ve bu kararın, davalının işleme ilişkin faaliyetlerinin o Devlet ile maksatlı ve önemli bir bağlantı ihtiva etmemesi kaydıyla (i) taraflar arasındaki anlaşmaya veya (ii) taraflar arasında anlaşma olmaması halinde sözleşmeye uygulanacak hukuka uygun olmak üzere o yükümlülüğün ifasının yerine getirildiği ülke mahkemeleri tarafından verilmiş olması,
 - h. Bir gayrimenkulün kiralanmasına ilişkin karar ve kararın gayrimenkulün bulunduğu Devlet mahkemesi tarafından verilmesi,
 - i. Sözleşmesel talep aynı davalıya karşı söz konusu aynı hak talebi ile birlikte yöneltilmiş ise menşe ülkede bulunan taşınmaz mal üzerindeki aynı hak ile güvence altına alınan sözleşmesel yükümlülüğe ilişkin bir karar,
 - j. Ölüm, fiziksel yaralanma, maddi varlıklara yönelik zarar veya kayıptan kaynaklanan ve zararın nerede meydana geldiği önem arz etmeksizin menşe ülkede gerçekleşen zarara doğrudan neden olan davranış veya ihmale ilişkin olan bir karar,
 - k. Aşağıdaki bentlerdeki şartların bulunması kaydıyla, gönüllü olarak oluşturulan ve yazılı olarak kanıtlanan bir tröst'ün geçerliliği, kurulması, etkileri, idaresi veya çeşitleri ile ilgili bir karar:
 - i. davanın açıldığı tarih itibarıyla menşe ülkedeki mahkemelerin bu meselelerle ilgili ihtilafları çözmekle yetkili mahkemeler olarak tröst senedinde belirlenmesi,
 - ii. davanın açıldığı tarih itibarıyla menşe ülkedeki mahkemelerin, zımni ya da açık şekilde, tröst'ün esas idaresinin yapılacağı yer olduğunun belirlenmiş olması,

Bu paragraf yalnızca tröst ilişkisi içerisinde olan veya daha önce olmuş olan taraflar arasındaki tröst'ün iç hususlarına ilişkin kararlar bakımından uygulama alanı bulacaktır.

l.

- i. asıl dava konusu işlem veya olaydan kaynaklanması kaydıyla karşı davacı lehine sonuçlanan veya
- ii. ileri sürememe yasağının engellenmesi için menşe ülke hukuku uyarınca zorunlu tutmadıkça karşı davacı aleyhine sonuçlanan

Karşı dava hakkındaki karar,

m.münhasır mahkeme seçimi anlaşması hariç bir şekilde yapılan veya yazılı bir şekilde ya da herhangi bir iletişim yöntemi ile daha sonra erişilebilir hale getiren bir yöntemle oluşturulan anlaşma çerçevesinde yetkili kılınan mahkeme tarafından verilen bir karar,

Bu paragrafta belirtilen münhasır mahkeme seçimi anlaşması; iki ya da daha fazla taraf arasında spesifik bir hukuki ilişkiden kaynaklanan ya da bu ilişkiden doğabilecek uyuşmazlıkların bir Devlete ait mahkeme ya da bir ülkenin bir veya daha fazla mahkemesi tarafından çözülmesi için ve diğer tüm mahkemelerin yetkisinin kaldırılması amacıyla akdedilen anlaşmayı ifade etmektedir.

2. Tanıma veya tenfiz talebi, asıl olarak kişisel, aile veya evle ilgili (tüketici) amaçlarla hareket eden gerçek kişiye karşı tüketici sözleşmesine ilişkin konularda veya çalışana karşı çalışanın iş sözleşmesine ilişkin konularda istenir ise;
 - a. birinci paragrafın (e) bendi yalnızca, sözlü ya da yazılı rıza mahkemeye iletilmiş ise uygulanacaktır,
 - b. Birinci paragrafın (f) , (g) ve (m) bentleri ise uygulanmayacaktır.
3. Birinci paragraf hükmü, taşınmaz malların kiralanmasına ilişkin kararlar veya taşınmaz malların tesciline ilişkin karara uygulanmayacaktır. Bu tür kararlar, yalnızca, ilgili kararın taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi tarafından verilmiş olması halinde tanıma ve tenfiz için uygun olacaktır.

Madde 6

Tanıma Tenfiz Bakımından Özel Şart

Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin kararlar, sadece ve sadece o taşınmaz menşe ülkede bulunuyor ise Madde 5'te yer verilen hükümlere bakılmaksızın tanıma ve tenfiz edilebilecektir.

Madde 7

Tanımaya ve Tenfizden Reddi

1. Kararın tanınması ve tenfizi aşağıdaki koşullarda reddedilebilir:
 - a. İddialara ilişkin temel unsurları içeren beyanlar dâhil olmak üzere yargılamayı başlatan ya da bu niteliğe eşit bir belgenin,
 - i. Davalı, menşeyi ülkenin hukuku tebligata itiraza izin veriyorsa menşeyi ülkedeki mahkeme önünde hazır bulunmuş ve tebligata ilişkin bir itirazda bulunmaksızın davasını sunmuş olmadıkça, bu belgenin davalıya savunmasını hazırlamasına imkan verecek zamanda ve şekilde tebliğ edilmemiş olması, veya
 - ii. Davalıya tebligatın, başvuru ülkesinde yapılması halinde, başvuru ülkenin tebligata ilişkin temel prensiplerini ihlal edecek şekilde yapılmış olması.
 - b. Mahkeme kararının hile ile elde edilmesi,
 - c. Tanımaya ve tenfizden, başvuru ülkenin usul hukuku adaletine ilişkin temel ilkeleriyle uyuşmadığı durumlar ve bu ülkenin güvenliğini ve egemenliği ihlal eden durumlar dâhil olmak üzere, başvuru devletin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi,
 - d. Bir anlaşmada veya tröst senedindeki belirlemeye göre menşeyi ülke mahkemesi dışında bir devletin mahkemesinde görülmesi gereken uyuşmazlığın bunlara aykırı olarak söz konusu uyuşmazlığın görüldüğü menşeyi ülkedeki yargılama olması,
 - e. Kararın, davanın aynı tarafları hakkında başvuru devlette verilen bir karara aykırı nitelikte olması, veya
 - f. Kararın, başvuru ülkesinde tanımaya ve tenfiz şartlarını taşıyan, önceki bir başka Devlet mahkemesi tarafından aynı taraflar ve aynı dava konusu hakkında verilen bir mahkeme kararına aykırı olması.
2. Tanımaya ve tenfiz, aynı taraflar arasındaki aynı dava konusunun başvuru devlette derdest bir dava konusu olması ve;
 - a. Başvuru devletteki yargılamanın, menşeyi ülke mahkemesinden önce başlamış olması,
 - b. Başvuru devlet ile uyuşmazlık arasında sıkı ilişki bulunması,hallerinde ertelenebilir ya da reddedilebilir.

Bu maddeye göre verilen red kararı, sonradan tanımaya ve tenfiz başvurusu yapılmasını engellemeyecektir.

Madde 8

Ön Sorunlar

1. Ön soruna ilişkin bir karar, bu Anlaşma'nın uygulanmayacağı bir mesele hakkında ise veya Madde 6'da belirtilen hususlarda söz konusu maddede yer alan mahkeme dışındaki bir mahkeme tarafından verilmiş olması halinde bu Anlaşma kapsamında tanıma veya tenfiz edilemez.
2. Bu Anlaşma'nın uygulanmayacağı bir mahkeme kararına veya Madde 6'da belirtilen mahkeme dışındaki bir mahkeme kararına dayanılarak verilen bir karara ilişkin olan, tanıma veya tenfiz talebi reddedilebilir.

Madde 9

Ayrılabilirlik

Bir kararın ayrılabilir bir bölümüne dair tanıma veya tenfiz kararı, hakkında başvuru yapılan bölüme ilişkin ya da o kararın bu Anlaşma kapsamında tanıma veya tenfize uygun olan kısmına ilişkin olarak verilir.

Madde 10

Zararlar

1. Bir kararın tanıma veya tenfizi, cezai tazminatlar dâhil, taraflardan birinin gerçek zarar ve ziyanını karşılamayacak bir tazminat şeklinde olması halinde reddedilebilir.
2. İlgili mahkeme, menşe devlet mahkemesi tarafından yargılama ile ilgili masraf ve harcamaları kapsayacak şekilde karar tesis edilip edilmediğini ya da yargılama masraflarının ne kadarını kapsayacak şekilde karar tesis edildiğini dikkate almalıdır.

Madde 11

Mahkeme İçi Sulh Anlaşmaları

Bir Âkit Devlet mahkemesi tarafından onaylanan ya da bir Âkit Devlet mahkemesinde gerçekleşen yargılama esnasında yapılan ve menşe ülkesinde mahkeme kararı olarak icra edilebilir olan sulh anlaşmaları, bu Anlaşma uyarınca mahkeme kararı gibi tenfiz edilir.

Madde 12

Mahkemeye Sunulacak Belgeler

1. Tanıma talebinde veya tenfiz başvurusunda bulunan taraf aşağıdaki belgeleri sunmak zorundadır:
 - a. Mahkeme kararın tam ve onaylı bir örneği,
 - b. Bir tarafın yokluğunda karar verilmiş ise, yargılamaya ilişkin veya bu eşdeğerde

- belgenin yokluğunda karar verilen tarafa iletildiğine dair aslı veya onaylanmış örneği,
- c. Mahkeme kararının menşede devlette etkili veya icra edilebilir olduğunu ispatlayan herhangi bir belgeyi,
 - d. 11. maddede düzenlenen hallerde, (adli memurlar da dâhil) menşede devlet mahkemelerince verilen, mahkeme içi sulh anlaşmasının veya bir kısmının menşede ülkede mahkeme kararı gibi icra edilebildiğini gösteren bir belge.
2. Mahkeme kararının içeriğinden bu Bölüm’de aranan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin anlaşılması mümkün değilse, tanıma veya tenfiz talep edilen mahkeme gerekli herhangi belgeyi talep edebilir.
 3. Tanıma veya tenfiz başvurusuna, mahkeme kararına ilişkin olarak menşede ülke mahkemesi (adli memur dâhil) tarafından verilen ve Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı tarafından tavsiye edilen ve yayınlanan şekildeki bir belge de eklenebilir.
 4. Bu maddede belirtilen belgelerin başvuru devleti resmi dilinde olmaması halinde, aksi başvuru devlet hukukunda düzenlenmediğı sürece, söz konusu belgelerin ilgili Devletin resmi dilinde onaylı tercümelere sunulmalıdır.

Madde 13

Usûl

1. Bu Anlaşma’da aksi düzenlenmedikçe, kararın tanınması, tenfiz edilebilirliğinin tespiti veya tenfiz edilebilirliğinin tescili ve kararın icrasına, başvuru devlet hukuku uygulanır. Başvuru devlet mahkemesi seri bir şekilde gerekli usulü gerçekleştirmelidir.
2. Başvuru devlet mahkemesi, tanıma veya tenfiz başka bir Devlette talep edilmesi gerektiğini öne sürerek bir kararın tanınması veya tenfizini reddedemez.

Madde 14

Yargılama Masrafları

1. Âkit Devletlerden birinde diğer bir Âkit Devlette verilen kararın tanınması veya tenfizi için başvuruda bulunulması halinde, talepte bulunan taraftan, yabancı vatandaş olduğı veya başvuru ülkede yerleşik olmadığı ya da orada ikamet etmediğı gerekçesiyle hiçbir ad altında teminat, kefalet veya depozito istenemez.
2. Bir Âkit Devlette, birinci fıkraya veya işlemlerin yapıldığı Devlet yasası gereğı, teminat, kefalet veya depozito şartlarından muaf tutulan herhangi bir kişiye karşı yapılan işlemlerin masraf veya giderlerinin ödenmesine ilişkin bir emir, emrin lehine olduğı kişinin başvurusu üzerine herhangi bir diğer taraf Devlette uygulanabilir hale getirilebilir.

3. Bir Devlet, birinci fıkrayı uygulamayacağına karar verebilir ya da mahkemelerinden hangilerinin birinci fıkrayı uygulamayacağını beyan edebilir.

Madde 15

Milli Hukuk Uyarınca Tanıma ve Tenfiz

Madde 6 hükmüne aykırı olmamak üzere, bu Anlaşma mahkeme kararlarının iç hukuk uyarınca tanıma veya tenfizlerinin yapılmasına engel teşkil etmez.

Bölüm 3. Genel Hükümler

Madde 16

Geçici Hüküm

Menşe devlette yargılamanın başladığı tarihte menşe devlet ve başvuru devlet arasında bu Anlaşma yürürlükte ise, işbu Anlaşma kararların tanınması ve tenfizine uygulanır.

Madde 17

Tanıma ve Tenfizi Sınırlayan Beyanlar

Bir Devlet, tarafların başvuru ülkede ikamet ediyor olması ve, menşe ülke mahkemesinin yeri hariç, taraflar arasındaki ilişkinin ve uyumsuzluk ile ilgili diğer tüm unsurların yalnızca başvuru ülke ile bağlantılı olması halinde, başka bir Âkit Devlet mahkemesinde verilen kararın tanınması ve tenfizini reddedeceği yönünde beyanda bulunabilir

Madde 18

Özel Konulara Yönelik Beyanlar

1. Bir Devletin, bu Anlaşmayı belirli bir hususta uygulamamakta güçlü bir menfaati bulunuyorsa, bu Devlet Anlaşma'nın bu hususta uygulanmayacağını beyan edebilir. Böyle bir beyanda bulunan Devlet, beyanın gerektiğinden daha geniş olmamasını ve kapsam dışında bırakılan hususun açık ve kesin olarak belirlenmesini temin etmelidir.
2. Bu hallerde işbu Anlaşma,
 - a. Beyanda bulunan Âkit Devlette,
 - b. Beyanda bulunan Âkit Devlet mahkemesi tarafından verilen bir kararın tanınmasının ya da tenfizinin istendiği bir diğer Âkit Devlette uygulanmayacaktır.

Madde 19

Bir Devlete İlişkin Verilen Kararlara Yönelik Beyanlar

1. Bir Devlet, aşağıda sayılanlardan birinin taraf olduğu uyuşmazlıklara ilişkin mahkeme kararları bakımından bu Anlaşma'nın uygulanmayacağını beyan edebilir:
 - a. O Devlet veya o Devlet adına hareket eden gerçek bir kişinin,
 - b. O Devletin bir temsilcisinin ya da Devletin temsilcisi adına hareket eden gerçek bir kişinin.

Beyanda bulunan Devlet bu beyanın gerekenden daha geniş olmadığından ve bu beyanın açıkça ve tam olarak tanımlandığını temin etmelidir. Beyan, mahkeme kararının devletin, bu Devletin temsilcisinin ya da her ikisinden biri için hareket eden kişinin, menşe devlet mahkemesinde davacı ya da davalı olup olmamasına göre ayırım yapar nitelikte olmamalıdır.

2. Birinci fıkra uyarınca beyanda bulunan Devletin mahkemesi tarafından verilen kararın tanınması ve tenfizi, o beyanda bulunan Devlet veya başvuru devlet, bunlardan birine ait kurumların ya da bunlardan biri adına hareket eden gerçek kişilerden herhangi birinin uyuşmazlığın tarafı olması halinde reddedilebilir.

Madde 20

Yeknesak Yorum

Bu Anlaşma'nın yorumlanmasında Anlaşma'nın uluslararası karakteri ve uygulanmasında yeknesaklığı teşvik etme gerekliliği dikkate alınmalıdır.

Madde 21

Anlaşma'nın Uygulanmasının İncelenmesi

Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı Genel Sekreterliği, bu Anlaşma'nın uygulanmasının incelenmesi için, her türlü bildirim dâhil, gerekli düzenlemeleri yapar ve Genel İşler ve Politika Konseyine rapor verir.

Madde 22

Birleştirilmemiş Hukuk Sistemleri

1. Bu Anlaşmada ele alınan herhangi bir konuya ilişkin farklı bölgesel birimlerde geçerli olan iki veya daha fazla hukuk sistemlerinin uygulandığı bir Devletle ilgili olarak:
 - a. Bu devletin hukuk ve usulüne yönelik yapılan atıflar, uygun olan hallerde ilgili bölgesel birimde yürürlükte olan hukuka veya prosedüre,
 - b. Bu devlete ait mahkeme veya mahkemelere yönelik yapılan atıflar uygun olan hallerde ilgili bölgesel birimde yer alan mahkeme veya mahkemelere,

- c. Bu devletle ilgili bir bağlantıya yönelik yapılan atıflar, uygun olan hallerde ilgili bölgesel birim ile ilgili bir bağlantıya,
 - d. Bu devletle ilgili bir bağlama noktasına yapılan atıf, uygun olan hallerde ilgili bölgesel birimle ilgili bir bağlama noktasına yapılmış sayılır.
2. Fıkra 1 hükmü dikkate alınmaksızın, farklı hukuk sistemlerinin uygulandığı iki veya daha fazla bölgesel birime sahip bir Âkit Devlet, yalnızca farklı bölgesel birimleri içeren durumlara bu Anlaşmayı uygulamakla yükümlü değildir.
 3. Farklı hukuk sistemlerinin uygulandığı iki veya daha fazla bölgesel birime sahip bir Âkit Devletin bir bölgesel birimde bulunan mahkemesi, diğer bir Âkit Devlet tarafından verilen ve kendi devletinin diğer bir bölgesel birimde bulunan mahkemesi tarafından bu Anlaşma uyarınca tanınmış ya da tenfiz edilmiş olan mahkeme kararını salt bu nedenle tanımak ya da tenfiz etmek zorunda değildir.
 4. Bu madde Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütleri bakımından uygulanmayacaktır.

Madde 23

Diğer Uluslararası Düzenlemelerle İlişki

1. Bu Anlaşma, kendisinden önce ya da sonra imzalanan, Âkit Devletler bakımından yürürlükte olan diğer anlaşmalarla mümkün olduğunca uyumlu olacak şekilde yorumlanacaktır.
2. Bu Anlaşma, Âkit Devletlerden biri tarafından daha önce imzalanmış olan bir anlaşmanın uygulanmasına etki etmeyecektir.
3. Bu Anlaşma, kendisinden sonra imzalanan ve yine bu Anlaşma'nın Âkit Devleti olan bir devlet mahkemesince verilen kararların tanınması ve tenfizine yönelik olan bir anlaşmanın uygulanmasına etki etmeyecektir. Diğer anlaşmada yer alan hiçbir düzenleme, bu anlaşmaya taraf olmayan Devletlere ilişkin 6. Maddede belirtilen yükümlülükleri etkilemeyecektir.
4. Bu Anlaşma, aşağıda sayılan hallerde, işbu Anlaşma'nın tarafı olan Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütlerine ait kuralların Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütleri'nin üyesi olan bir Âkit Devlet mahkemesi tarafından verilen kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin uygulamasını etkilemeyecektir
 - a. kuralların bu Konvansiyonun imzalanmasından önce kabul edildiği hallerde,
 - b. kuralların bu Konvansiyonun imzalanmasından sonra kabul edildiği ancak Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütlerine üye olmayan Âkit Devletin Madde 6'da belirlenen yükümlülüklerine etki etmediği hallerde.

Bölüm 4. Son Hükümler

Madde 24

İmza, Tasdik, Kabul, Onama veya Katılma

1. Bu Anlaşma tüm Devletlerin imzasına açıktır.
2. Bu Anlaşma, imzalayan Devletlerin tasdik, kabul veya onamasına tabidir.
3. Bu Anlaşma tüm Devletlerin katılımına açıktır.
4. Tasdik, kabul, onama veya katılma belgeleri Anlaşmanın tevdi ülkesi olan Hollanda Krallığı Dışişleri Bakanlığı'na tevdi edilecektir.

Madde 25

Birleştirilmemiş Hukuk Sistemlerine İlişkin Beyanlar

1. Bir Devletin Anlaşmada yer alan konulara ilişkin farklı hukuk sistemleri barındıran iki veya daha fazla bölgesel birimi varsa, bu Anlaşma'nın tüm bölgesel birimlerini veya bir veya daha fazlasını kapsayabileceğini beyan edebilir. Bu beyan, Anlaşma'nın uygulanacağı bölgeyi açık şekilde ifade etmelidir.
2. Eğer bir Devlet bu madde kapsamında hiçbir beyanda bulunmazsa, işbu Anlaşma tüm bölgesel birimlerde uygulanır.
3. Bu Madde Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütlerine uygulanmaz.

Madde 26

Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütleri

1. Egemen Devletler tarafından kurulan Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütleri, bu Anlaşma'da düzenlenen tüm veya bazı konularda yetkili olması halinde, bu Anlaşma'yı imzalayabilir, kabul edebilir, onayabilir veya Anlaşma'ya katılabilir. Bu durumda, ilgili Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütü, bu Anlaşma'da düzenlenen konularda yetkili olduğu oranda, bir Taraf Devletin hak ve yükümlülüklerine sahip olur.
2. Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütü, imza, kabul, onama veya katılma esnasında bu Anlaşma'da düzenlenen hangi konularda Üye Ülkelerinin yetkilerini Örgüte devrettiğini yazılı olarak tevdi ülkesine bildirir. Örgüt, bu paragraf uyarınca yaptığı son bildirimde belirtilen yetki alanında gerçekleşen değişiklikleri derhal yazılı olarak tevdi ülkesine bildirmelidir.
3. Bu Anlaşma'nın yürürlüğe girmesi bakımından, Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütü 27. Madde'ye uygun olarak Üye Ülkelerinin Anlaşma'ya taraf olmayacağını bildirmediği, Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütü tarafından tevdi edilen belgeler dikkate alınır.

4. Bu Anlaşma'da Âkit Devlet veya Devlet'e yapılan tüm atıflar, Anlaşma'ya Taraf olan Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütü'ne de yapılmış sayılır.

Madde 27

Bölgesel Ekonomik Entegrasyon

Örgütünün Üye Ülkeleri Olmaksızın Âkit Taraf Olması

1. Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütü, imza, kabul, onama veya katılma esnasında bu Anlaşma'da düzenlenen tüm konularda yetkili olduğunu ve Üye Ülkelerinin Anlaşma'ya taraf olmayacaklarını ancak Örgütün imzası, kabulü, onaması veya katılımı ile bağlı olacaklarını bildirebilir.
2. Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütü tarafından 1. paragrafa uygun olarak bir bildirim yapılması halinde, Âkit Devlet veya Devlet'e yapılan tüm atıflar, Örgütün Üye Devletlerine de yapılmış sayılır.

Madde 28

Yürürlüğe Giriş

1. Bu Anlaşma, ikinci Devletin Madde 24'te belirtilen tasdik, kabul, onama veya katılım belgesini tevdi etmesinden sonra Madde 29(2)'de belirtilen şekilde bildirim yapılmasına yönelik sürenin sona ermesini takip eden ayın ilk günü yürürlüğe girmiş olacaktır.
2. Bundan sonra Anlaşma,
 - a. Daha sonra tasdik eden, kabul eden, onayan veya katılan her Devlet, Madde 29(2)'de belirtilen bildirim yapılmasına yönelik sürenin sona ermesini takip eden ayın ilk günü,
 - b. 25. Madde uyarınca Anlaşma'nın uygulanacağı bölgesel birimler için, bu maddede belirtilen bildirim yapılmasını takiben üç ay geçtikten sonraki ayın ilk günü yürürlüğe girer.

Madde 29

Anlaşma Uyarınca İlişkilerin Kurulması

1. Bu Anlaşma, iki Devlet arasında bunlardan hiçbirinin diğer Devleti ikinci veya üçüncü paragraflarda yer alan şekilde tevdi ülkesine bildirimde bulunmadığı takdirde geçerli olacaktır. Bu türden bir bildirim olmaması halinde Anlaşma, iki taraf Devlet arasında, bildirim yapılabileceği sürenin bitimini takip eden ayın ilk günü yürürlüğe girmiş olacaktır.
2. Bir taraf Devlet, Madde 32(a)'da belirtilen şekilde tevdi ülkesine yapılan bildirimden itibaren 12 ay içerisinde, diğer bir Devlet tarafından yapılan tasdik, kabul, onama

veya katılımın bu Anlaşma uyarınca iki devlet arasında ilişki kurma etkisine sahip olmadığını tevdi ülkesine bildirebilir.

3. Bir Devlet, madde 24(4)'e göre belgenin tevdi edilmesi üzerine, kendisinin tasdik, kabul, onama veya katılımının başka bir taraf Devlet ile kendisi arasında bu Anlaşma uyarınca ilişki kurma etkisine sahip olmadığını tevdi ülkesine bildirebilir.
4. Bir taraf Devlet ikinci ve üçüncü paragraflar uyarınca yaptığı bildirim her zaman geri alabilir. Bu geri alma, bildirim tarihini takip eden üç ayın bitimi sonrasındaki ayın ilk günü geçerli olacaktır.

Madde 30

Beyanlar

1. Madde 14,17,18,19 ve 25'te düzenlenen beyanlar imza, tasdik, kabul, onama veya katılma anında veya daha sonra yapılabileceği gibi, her zaman değiştirilebilir veya geri alınabilir.
2. Beyanlar, değişiklikler ve geri almalar tevdi ülkesine bildirilmelidir.
3. İmza, tasdik, kabul, onama veya katılma anında yapılan bu beyanlar bu Anlaşma'nın ilgili Devlette yürürlüğe girmesiyle aynı anda yürürlüğe girer.
4. Daha sonra yapılan beyanlar ile beyanlara ilişkin değişiklik ve beyanın geri alınması ilgili bildirim tevdi ülkesine ulaşmasını takiben üç ay geçtikten sonraki ayın ilk günü yürürlüğe girer.
5. Daha sonra yapılan beyanlar ile beyanlara ilişkin değişiklik ve beyanların geri alınması ile ilgili bildirim, bu bildirim etkisi edeceği tarihten önce o Devlet mahkemeleri nezdinde başlatılmış olan yargılamalardan doğacak kararlara uygulanmaz.

Madde 31

Fesih

1. Bir Âkit Devlet, tevdi ülkesine hitaben yazılı bir bildirimle bu Anlaşmayı feshedebilir. Fesih, Anlaşmanın uygulandığı birleştirilmemiş bir hukuk sistemine sahip bir Devletin bazı bölgesel birimleriyle sınırlı olabilir.
2. Fesih, ilgili bildirim tevdi ülkesine ulaşmasını takiben 12 ay geçtikten sonraki ayın ilk günü geçerli olacaktır. İlgili bildirimde feshin geçerli olması için daha uzun bir süre belirlenmişse, fesih bildirim tevdi ülkesine ulaşmasını takiben belirtilen daha uzun sürenin geçmesiyle fesih geçerli olacaktır.

Madde 32

Tevdi Ülkesi Tarafından Yapılan Bildirimler

Tevdi ülkesi, Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı Üyelerine ve 24, 26 ve 27. Maddeler uyarınca Anlaşmayı imzalayan, tasdik eden, kabul eden, onayan veya katılan diğer Devletlere ve Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütlerine aşağıdakileri bildirmelidir:

- a. 24, 26 ve 27. Maddelerde düzenlenen imza, tasdik, kabul, onama ve katılımlar;
- b. Bu Anlaşma'nın 28. Madde uyarınca yürürlüğe girdiği tarih;
- c. 26, 27, 29 ve 30. Maddelerde düzenlenen bildirimler, beyanlar ve değiştirilen ya da geri alınan beyanlar;
- d. 31. Maddede düzenlenen fesihler.

İşbu sözleşmeyi, aşağıda imzası bulunan, usulüne uygun şekilde yetkilendirilenler imzalamışlardır.

Lahey'de 2 Temmuz 2019'da, her iki metin aynı şekilde geçerli olmak üzere, Fransızca ve İngilizce olarak, Hollanda Krallığı Hükümeti arşivlerine teslim edilecek ve onaylı bir örneği, diplomatik yoldan Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı Yirmi İkinci Toplantısı Üyesi

Devletlere tevdi edilecek tek bir nüsha olarak tanzim edilmiştir.

AMAÇ VE KAPSAM

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından 1981 yılından bu yana düzenli olarak çıkarılmakta olan *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL), uluslararası akademik bir dergidir. *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL)'a gönderilen makaleler çift-kör hakemlik sistemi kullanılarak değerlendirilmektedir. Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki sayı hâlinde yayınlanan *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL)'da yayımlanması istenen bilimsel çalışmaların Haziran sayısı için en geç 30 Mart tarihine kadar, Aralık sayısı için ise en geç 31 Eylül tarihine kadar gönderilmesi gerekmektedir.

Public and Private International Law Bulletin (PPIL)'da, milletlerarası hukuk ve milletlerarası özel hukuk alanlarının farklı boyutlarını adalet ve hukuk temellerinde ele alan disiplinler veya disiplinlerarası özgün çalışmalar yayımlanmaktadır. Böylelikle dergimiz milletlerarası hukuk, milletlerarası münasebetler ve milletlerarası özel hukuk konularına giren meseleleri yakından takip ederek ve ilgili çalışmaları yayımlayarak bu konularda faaliyet gösteren kişilere yardımcı olmayı hedeflemektedir.

Public and Private International Law Bulletin (PPIL)'da milletlerarası hukuk ve milletlerarası özel hukuk alanlarında yazılmış özgün makalelerin yanı sıra, bu alanlarda yayımlanmış olan kitaplara dair incelemeler ve ilgili yargı kararlarına dair değerlendirmelere de yer verilmektedir.

(a) Milletlerarası Hukuk:

1. Milletlerarası Hukuk (Tarihçesi, felsefesi, teorileri, kaynakları, kişileri, milli hukukla ilişkileri vs.)
2. Milletlerarası Hukuk Kişiliği ve Tanıma (Devletler, Hükümetler)
3. Ülkesel Egemenlik ve Devletin Yetkisi
4. Milletlerarası Hukukta İşlemler: Tek taraflı işlemler ve Andlaşmalar Hukuku
5. Milletlerarası Barış ve Güvenlik Hukuku ve Kuvvet Kullanma Yasağı
6. Milletlerarası İnsan Hakları Hukuku
7. Milletlerarası Çevre Hukuku
8. İnsancıl Hukuk (Silahlı çatışmalar hukuku)
9. Milletlerarası Teşkilatlar Hukuku
10. Milletlerarası Deniz Hukuku
11. Milletlerarası Ekonomi Hukuku
12. Devletin Hukukî Sorumluluğu
13. Milletlerarası Ceza Hukuku
14. Milletlerarası Mülteci Hukuku
15. Milletlerarası Uyuşmazlıkların Barışçıl Yollarla Çözümü (Diplomatik, Yargısal)
16. Milletlerarası Hava ve Uzay Hukuku
17. Milletlerarası Sınırşan Sular ve Akifer Hukuku

(b) Milletlerarası Özel Hukuk:

1. Milletlerarası Özel Hukukun Genel Prensipleri
2. Milletlerarası Usul Hukuku
3. Milletlerarası Adli Yardım
4. Kanunlar İhtilafı Kuralları
5. Milletlerarası Yatırım Hukuku
6. Yabancılar Hukuku (Yabancıların Sosyal Hakları, Mülkiyet Hakkı, Eğitim Hakkı vb.)
7. Türk Vatandaşlık Hukuku
8. Yerel Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi
9. Yabancı Mahkeme ile Yabancı Tahkim Mahkemesi Kararlarının Tanınması ve Tenfizi
10. Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukuku
11. Milletlerarası Özel veya Usul Hukukuna İlişkin Sözleşmeler Hukuku
12. Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri
13. Milletlerarası Ticari Tahkim
14. Göç Hukuku

EDİTORYAL POLİTİKALAR VE HAKEM SÜRECİ

Yayın Politikası

Dergiye yayınlanmak üzere gönderilen makalelerin içeriği derginin amaç ve kapsamı ile uyumlu olmalıdır. Dergi, orijinal araştırma niteliğindeki yazıları yayınlamaya öncelik vermektedir.

Genel İlkeler

Daha önce yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere başka bir dergide halen değerlendirilmediği ve her bir yazar tarafından onaylanan makaleler değerlendirilmek üzere kabul edilir.

Ön değerlendirmeyi geçen yazılar iThenticate intihal tarama programından geçirilir. İntihal incelemesinden sonra, uygun makaleler Editör tarafından orijinaliteleri, metodolojileri, makalede ele alınan konunun önemi ve derginin kapsamına uygunluğu açısından değerlendirilir.

Bilimsel toplantılarda sunulan özet bildiriler, makalede belirtilmesi koşulu ile kaynak olarak kabul edilir. Editör, gönderilen makale biçimsel esaslara uygun ise, gelen yazıyı yurtiçinden ve /veya yurtdışından en az iki hakemin değerlendirmesine sunar, hakemler gerek gördüğü takdirde yazıda istenen değişiklikler yazarlar tarafından yapıldıktan sonra yayınlanmasına onay verir.

Makale yayınlanmak üzere Dergiye gönderildikten sonra yazarlardan hiçbirinin ismi, tüm yazarların yazılı izni olmadan yazar listesinden silinemez ve yeni bir isim yazar olarak eklenemez ve yazar sırası değiştirilemez.

Yayına kabul edilmeyen makale, resim ve fotoğraflar yazarlara geri gönderilmez.

Telif Hakkında

Yazarlar Public and Private International Law Bulletin dergisinde yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) olarak lisanslıdır. Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0)

lisansı, eserin ticari kullanım dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil adapte edilmesine izin verir.

Açık Erişim İlkesi

Public and Private International Law Bulletin, tüm içeriği okura ya da okurun dahil olduğu kuruma ücretsiz olarak sunulur. Okurlar, ticari amaç haricinde, yayıncı ya da yazardan izin almadan dergi makalelerinin tam metnini okuyabilir, indirebilir, kopyalayabilir, arayabilir ve link sağlayabilir.

Public and Private International Law Bulletin makaleleri açık erişimlidir ve Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.tr>) olarak lisanslıdır.

İşleme Ücreti

Derginin tüm giderleri İstanbul Üniversitesi tarafından karşılanmaktadır. Dergide makale yayını ve makale süreçlerinin yürütülmesi ücrete tabi değildir. Dergiye gönderilen ya da yayın için kabul edilen makaleler için işleme ücreti ya da gönderim ücreti alınmaz.

Hakem Süreci

Daha önce yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere başka bir dergide halen değerlendirilmediği olmayan ve her bir yazar tarafından onaylanan makaleler değerlendirilmek üzere kabul edilir. Gönderilen ve ön kontrolü geçen makaleler iThenticate yazılımı kullanılarak intihal için taranır. İntihal kontrolünden sonra, uygun olan makaleler baş editör tarafından orijinallik, metodoloji, işlenen konunun önemi ve dergi kapsamı ile uyumluluğu açısından değerlendirilir. Baş editör, makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, cinsel yöneliminden, uyruğundan, dini inancından ve siyasi felsefesinden bağımsız olarak değerlendirir. Yayına gönderilen makalelerin adil bir şekilde çift taraflı kör hakem değerlendirmesinden geçmelerini sağlar.

Seçilen makaleler en az iki ulusal/uluslararası hakeme değerlendirmeye gönderilir; yayın kararı, hakemlerin talepleri doğrultusunda yazarların gerçekleştirdiği düzenlemelerin ve hakem sürecinin sonrasında baş editör tarafından verilir.

Hakemlerin değerlendirmeleri objektif olmalıdır. Hakem süreci sırasında hakemlerin aşağıdaki hususları dikkate alarak değerlendirmelerini yapmaları beklenir.

- Makale yeni ve önemli bir bilgi içeriyor mu?
- Öz, makalenin içeriğini net ve düzgün bir şekilde tanımlıyor mu?
- Yöntem bütünlüklü ve anlaşılır şekilde tanımlanmış mı?
- Yapılan yorum ve varılan sonuçlar bulgularla kanıtlanıyor mu?
- Alandaki diğer çalışmalara yeterli referans verilmiş mi?
- Dil kalitesi yeterli mi?

Hakemler, gönderilen makalelere ilişkin tüm bilginin, makale yayınlanana kadar gizli kalmasını sağlamalı ve yazar tarafında herhangi bir telif hakkı ihlali ve intihal fark ederlerse editöre raporlamalıdır. Hakem, makale konusu hakkında kendini vasıflı hissetmiyor ya da zamanında geri dönüş sağlaması mümkün görünmüyorsa, editöre bu durumu bildirmeli ve hakem sürecine kendisini dahil etmemesini istemelidir.

Değerlendirme sürecinde editör hakemlere gözden geçirme için gönderilen makalelerin, yazarların özel mülkü olduğunu ve bunun imtiyazlı bir iletişim olduğunu açıkça belirtir. Hakemler ve yayın kurulu üyeleri başka kişilerle makaleleri tartışamazlar. Hakemlerin kimliğinin gizli kalmasına özen gösterilmelidir.

YAYIN ETİĞİ VE İLKELER

Public and Private International Law Bulletin, yayın etiğinde en yüksek standartlara bağlıdır ve Committee on Publication Ethics (COPE), Directory of Open Access Journals (DOAJ), Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA) ve World Association of Medical Editors (WAME) tarafından yayınlanan etik yayıncılık ilkelerini benimser; Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing başlığı altında ifade edilen ilkeler için adres: <https://publicationethics.org/resources/guidelines-new/principles-transparency-and-best-practice-scholarly-publishing>

Gönderilen tüm makaleler orijinal, yayınlanmamış ve başka bir dergide değerlendirme sürecinde olmamalıdır. Her bir makale editörlerden biri ve en az iki hakem tarafından çift kör değerlendirmeden geçirilir. İntihal, duplikasyon, sahte yazarlık/inkar edilen yazarlık, araştırma/veri fabrikasyonu, makale dilimleme, dilimleyerek yayın, telif hakları ihlali ve çıkar çatışmasının gizlenmesi, etik dışı davranışlar olarak kabul edilir.

Kabul edilen etik standartlara uygun olmayan tüm makaleler yayından çıkarılır. Buna yayından sonra tespit edilen olası kuraldışı, uygunsuzluklar içeren makaleler de dahildir.

Araştırma Etiği

Dergi araştırma etiğinde en yüksek standartları gözetir ve aşağıda tanımlanan uluslararası araştırma etiği ilkelerini benimser. Makalelerin etik kurallara uygunluğu yazarların sorumluluğundadır.

- Araştırmanın tasarlanması, tasarımın gözden geçirilmesi ve araştırmanın yürütülmesinde, bütünlük, kalite ve şeffaflık ilkeleri sağlanmalıdır.
- Araştırma ekibi ve katılımcılar, araştırmanın amacı, yöntemleri ve öngörülen olası kullanımları; araştırmaya katılımın gerektirdikleri ve varsa riskleri hakkında tam olarak bilgilendirilmelidir.
- Araştırma katılımcılarının sağladığı bilgilerin gizliliği ve yanıt verenlerin gizliliği sağlanmalıdır. Araştırma katılımcıların özerkliğini ve saygınlığını koruyacak şekilde tasarlanmalıdır.
- Araştırma katılımcıları gönüllü olarak araştırmada yer almalı, herhangi bir zorlama altında olmamalıdır.
- Katılımcıların zarar görmesinden kaçınılmalıdır. Araştırma, katılımcıları riske sokmayacak şekilde planlanmalıdır.
- Araştırma bağımsızlığıyla ilgili açık ve net olunmalı; çıkar çatışması varsa belirtilmelidir.
- Deneysel çalışmalarda, araştırmaya katılmaya karar veren katılımcıların yazılı bilgilendirilmiş onayı alınmalıdır. Çocukların ve vesayet altındakilerin veya tasdiklenmiş akıl hastalığı bulunanların yasal vasisinin onayı alınmalıdır.
- Çalışma herhangi bir kurum ya da kuruluştan gerçekleştirilecekse bu kurum ya da kuruluştan çalışma yapılacağına dair onay alınmalıdır.

- İnsan ögesi bulunan çalışmalarda, “yöntem” bölümünde katılımcılardan “bilgilendirilmiş onam” alındığının ve çalışmanın yapıldığı kurumdan etik kurul onayı alındığı belirtilmesi gerekir.

Yazarların Sorumluluğu

Makalelerin bilimsel ve etik kurallara uygunluğu yazarların sorumluluğundadır. Yazar makalenin orijinal olduğu, daha önce başka bir yerde yayınlanmadığı ve başka bir yerde, başka bir dilde yayınlanmak üzere değerlendirmede olmadığı konusunda teminat sağlamalıdır. Uygulamadaki telif kanunları ve anlaşmaları gözetilmelidir. Telifle bağlı materyaller (örneğin tablolar, şekiller veya büyük alıntılar) gerekli izin ve teşekkürle kullanılmalıdır. Başka yazarların, katkıda bulunanların çalışmaları ya da yararlanılan kaynaklar uygun biçimde kullanılmalı ve referanslarda belirtilmelidir.

Gönderilen makalede tüm yazarların akademik ve bilimsel olarak doğrudan katkısı olmalıdır, bu bağlamda “yazar” yayınlanan bir araştırmanın kavramsallaştırılmasına ve dizaynına, verilerin elde edilmesine, analizine ya da yorumlanmasına belirgin katkı yapan, yazının yazılması ya da bunun içerik açısından eleştirel biçimde gözden geçirilmesinde görev yapan birisi olarak görülür. Yazar olabilmenin diğer koşulları ise, makaledeki çalışmayı planlamak veya icra etmek ve / veya revize etmektir. Fon sağlanması, veri toplanması ya da araştırma grubunun genel süpervizyonu tek başına yazarlık hakkı kazandırmaz. Yazar olarak gösterilen tüm bireyler sayılan tüm ölçütleri karşılamalıdır ve yukarıdaki ölçütleri karşılayan her birey yazar olarak gösterilebilir. Yazarların isim sıralaması ortak verilen bir karar olmalıdır. Tüm yazarlar yazar sıralamasını Telif Hakkı Anlaşması Formu’nda imzalı olarak belirtmek zorundadırlar.

Yazarlık için yeterli ölçütleri karşılamayan ancak çalışmaya katkısı olan tüm bireyler “teşekkür / bilgiler” kısmında sıralanmalıdır. Bunlara örnek olarak ise sadece teknik destek sağlayan, yazıma yardımcı olan ya da sadece genel bir destek sağlayan, finansal ve materyal desteği sunan kişiler verilebilir.

Bütün yazarlar, araştırmanın sonuçlarını ya da bilimsel değerlendirmeyi etkileyebilme potansiyeli olan finansal ilişkiler, çıkar çatışması ve çıkar rekabetini beyan etmelidirler. Bir yazar kendi yayınlanmış yazısında belirgin bir hata ya da yanlışlık tespit ederse, bu yanlışlıklara ilişkin düzeltme ya da geri çekme için editör ile hemen temasa geçme ve işbirliği yapma sorumluluğunu taşır.

Editör ve Hakem Sorumlulukları

Baş editör, makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, cinsel yöneliminden, uyruğundan, dini inancından ve siyasi felsefesinden bağımsız olarak değerlendirir. Yayına gönderilen makalelerin adil bir şekilde çift taraflı kör hakem değerlendirmesinden geçmelerini sağlar. Gönderilen makalelere ilişkin tüm bilginin, makale yayınlanana kadar gizli kalacağını garanti eder. Baş editör içerik ve yayının toplam kalitesinden sorumludur. Gereğinde hata sayfası yayınlamalı ya da düzeltme yapmalıdır.

Baş editör; yazarlar, editörler ve hakemler arasında çıkar çatışmasına izin vermez. Hakem atama konusunda tam yetkiye sahiptir ve Dergide yayınlanacak makalelerle ilgili nihai kararı vermekle yükümlüdür.

Hakemlerin araştırmayla ilgili, yazarlarla ve/veya araştırmanın finansal destekçileriyle çıkar çatışmaları olmamalıdır. Değerlendirmelerinin sonucunda tarafsız bir yargıya varmalıdırlar.

Gönderilmiş yazılara ilişkin tüm bilginin gizli tutulmasını sağlamalı ve yazar tarafında herhangi bir telif hakkı ihlali ve intihal fark ederlerse editöre raporlamalıdır. Hakem, makale konusu hakkında kendini vasıflı hissetmiyor ya da zamanında geri dönüş sağlaması mümkün görünmüyorsa, editöre bu durumu bildirmeli ve hakem sürecine kendisini dahil etmemesini istemelidir.

Değerlendirme sürecinde editör hakemlere gözden geçirme için gönderilen makalelerin, yazarların özel mülkü olduğunu ve bunun imtiyazlı bir iletişim olduğunu açıkça belirtir. Hakemler ve yayın kurulu üyeleri başka kişilerle makaleleri tartışamazlar. Hakemlerin kimliğinin gizli kalmasına özen gösterilmelidir. Bazı durumlarda editörün kararıyla, ilgili hakemlerin makaleye ait yorumları aynı makaleyi yorumlayan diğer hakemlere gönderilerek hakemlerin bu süreçte aydınlatılması sağlanabilir.

YAZILARIN HAZIRLANMASI

Dil

Derginin yayın dili Türkçe ve İngilizce'dir. Türkçe dilinde başvuru yapan makalelerde İngilizce öz, anahtar kelime ve genişletmiş özet yer almalıdır. İngilizce dilince başvuru yapan makalelerde genişletilmiş özete ihtiyaç duyulmamaktadır.

Yazıların Hazırlanması ve Gönderimi

Aksi belirtilmedikçe gönderilen yazılarla ilgili tüm yazışmalar ilk yazarla yapılacaktır. Makale gönderimi online olarak ve <http://ppil.istanbul.edu.tr> üzerinden yapılmalıdır. Gönderilen yazılar, yazının yayınlanmak üzere gönderildiğini ifade eden, makale türünü belirten ve makaleyle ilgili bilgileri içeren (bkz: Son Kontrol Listesi) bir mektup; yazının elektronik formunu içeren Microsoft Word 2003 ve üzerindeki versiyonları ile yazılmış elektronik dosya ve tüm yazarların imzaladığı Telif Hakkı Anlaşması Formu eklenerek gönderilmelidir.

1. Çalışmalar, A4 boyutundaki kağıdın bir yüzüne, üst, alt, sağ ve sol taraftan 2,5 cm. boşluk bırakılarak, 12 punto Times New Roman harf karakterleriyle ve 1,5 satır aralık ölçüsü ile hazırlanmalıdır.
2. 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 oldukları 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 kelimedenden oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmelidir.

3. Anahtar Kelimeler / Keywords

- a) Öz bölümünün altında Türkçe en az 5 en çok 15 anahtar kelime kullanılmalıdır.
- b) Abstract bölümünün altında İngilizce en az 5 en çok 15 keywords kullanılmalıdır.

4. Extended Summary

Türkçe makalelerde, makaleye yabancı yazarlar tarafından atıf yapılmasını sağlayacak ölçüde, makalede yer verilen bilgi ve görüşlerin derlendiği en fazla 1000 kelimedenden oluşacak İngilizce bir extended summary yer almalıdır.

5. Mevzuata Yapılacak Atıf

a) Türk mevzuatına atıf, aşağıdaki örnekte gösterildiği şekilde yapılmalıdır:

Örnek ²Nüfus Hizmetleri Kanunu, Kanun Numarası: 5490, Kabul Tarihi: 25.4.2006, RG 29.4.2006/26153

b) Yabancı devlet mevzuatına ve AB mevzuatına yapılacak atıflar, OSCOLA'nın 2.4, 2.6.1 ve 2.8.2 numaralı bölümlerinde gösterildiği şekilde yapılmalıdır.

6. Kitaplar

Kitaplara yapılan atıflarda kitaba ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, *Kitap Adı* (Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi Yılı) Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek [Tek yazarlı kitaplar]:

³B Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (6th edn, Beta 2017) 165.

Örnek [Çok yazarlı kitaplar]

⁵Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2019) 86ff.

⁸Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Vedat 2018) 322.

7. Editörlü Kitaplar

Editörlü kitaplara yapılan atıflarda kitaba ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Eser (Bölüm) Adı' in Editör(ler) Adı (ed), *Kitap Adı* (Yayınevi Yılı) Atıf Yapılan Sayfa

Örnek ⁹Rumeysa Partalçı, 'Türkiye'nin Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Koyduğu Çekincelerin İncelenmesi' in Günseli Öztekin Gelgel and Faruk Kerem Giray (eds), *Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler* (Beta 2017) 5.

8. Makaleler

Makalelere yapılan atıflarda makaleye ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Makale Adı' (Yıl) Cilt (Sayı) Dergi Adı İlk Sayfa Numarası, Atıf Yapılan Sayfa

Örnek ¹¹Sevin Toluner, 'Kıbrıs'ın Avrupa Birliği'ne Üyelik Başvurusunun Hukuki Geçerliliği ve Sonuçları' (2002) 22(2) MHB (Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan) 857, 860.

¹⁴Ayşe Nur Tütüncü, 'Montreux Convention and Canal Istanbul' (2017) 37(1) MHB 113, 116.

9. Elektronik Kaynaklar

Elektronik kaynaklara yapılan atıflarda esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Eser Adı' (Yıl) Cilt(Sayı) Dergi Adı <Linki> Erişim Tarihi.

Örnek ¹⁷Graham Greenleaf, 'The Global Development of Free Access to Legal Information' (2010) 1(1) EJLT < <http://ejlt.org/article/view/17> > Erişim Tarihi 27 July 2010.

10. Web Siteleri ve Bloglar

Web sitelerine ve bloglara yapılan atıflarda esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Eser Adı' (*Web Sitesinin Adı*, Eserin Yayın Tarihi) <Linki> Erişim Tarihi.

Örnek ²¹Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (*Naked Law*, 1 May 2009) <www.nakedlaw.com/2009/05/index.html> Erişim Tarihi 19 November 2009

11. Aynı Esere Birden Fazla Atıf Yapılması

Aynı esere birden fazla atıf yapılması halinde aşağıdaki örneklerde görüldüğü şekilde atıf yapılmalıdır:

Örnek ⁵Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2019) 86.

...

²⁶Çelikel and Öztekin Gelgel (n 5) 112.

²⁷ibid 114-115.

12. Aynı Yazarın Birden Fazla Eserine Atıf

Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda eser adları uygun şekilde kısaltılmalıdır:

Örnek ²⁸Erdem, *Vatandaşlık Hukuku* (n 3) 142.

³¹Erdem, 'Cinsiyet Farkı' (n 9) 297.

13. Yargı Kararlarına veya Davalara Atıf

a) Türk mahkeme kararlarına aşağıda yer alan örneklerde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır:

Örnek Ankara 3 Sulh Mahkemesi, 4558/3543, 11.03.2017.

Ankara 1 İdare Mahkemesi, 4558/3543, 11.03.2017.

Ankara 3 BAM, 4558/3543, 11.03.2017.

Ankara 3 BİM, 4558/3543, 11.03.2017.

Danıştay 10 D, 2247/5111, 25.11.2011.

Yargıtay 2 HD, 4558/3543, 11.03.2017.

Anayasa Mahkemesi, 2014/13044, 11.11.2015.

b) Yabancı mahkeme kararlarına OSCOLA'nın 2.1 ilâ 2.3 numaralı bölümlerinde gösterildiği şekilde, ABAD kararlarına ise OSCOLA'nın 2.6.2 bölümünde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır.

c) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına aşağıda yer alan örneklerde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır:

Örnek *Omojudi v UK* (2009) 51 EHRR 10.

Osman v UK ECHR 1998-VIII 3124.

Balogh v Hungary App no 47940/99 (ECHR, 20 July 2004).

Simpson v UK (1989) 64 DR 188.

14. Kaynakça

Kaynakçada öncelikle yazarın soyadına daha sonra adının ilk harfine yer verilmelidir. Makalelerin sayfa aralığı gösterilmelidir:

Örnek Erdem BB, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (6th, Beta 2017) 165.

Çelikel A and Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2019).

Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Beta 2018).

Tütüncü AN, 'Montreux Convention and Canal Istanbul' (2017) 37(1) MHB 113-123.

Atıf kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OSCOLA 4th Edition: https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf

SON KONTROL LİSTESİ

Aşağıdaki listede eksik olmadığından emin olun:

- Editöre mektup
 - ✓ Makalenin türü
 - ✓ Başka bir dergiye gönderilmemiş olduğu bilgisi
 - ✓ Sponsor veya ticari bir firma ile ilişkisi (varsa belirtiniz)
 - ✓ İstatistik kontrolünün yapıldığı (araştırma makaleleri için)
 - ✓ İngilizce yönünden kontrolünün yapıldığı
 - ✓ Yazarlara Bilgide detaylı olarak anlatılan dergi politikalarının gözden geçirildiği
 - ✓ Kaynakların OSCOLA 4'e göre belirtildiği
- Telif Hakkı Anlaşması Formu
- Daha önce basılmış ve telifte bağlı materyal (yazı-resim-tablo) kullanılmış ise izin belgesi
- Kapak sayfası
 - ✓ Makalenin türü
 - ✓ Makalenin Türkçe ve İngilizce başlığı
 - ✓ Yazarların ismi soyadı, unvanları ve bağlı oldukları kurumlar (üniversite ve fakülte bilgisinden sonra şehir ve ülke bilgisi de yer almalıdır), e-posta adresleri
 - ✓ Sorumlu yazarın e-posta adresi, açık yazışma adresi, iş telefonu, GSM, faks nosu
 - ✓ Tüm yazarların ORCID'leri
- Makale ana metni
 - ✓ Makalenin Türkçe ve İngilizce başlığı
 - ✓ Özetler: 200-250 kelime Türkçe ve 200-250 kelime İngilizce
 - ✓ Anahtar Kelimeler: 3-5 adet Türkçe ve 3-5 adet İngilizce
 - ✓ Makale Türkçe ise, 800-1000 kelime İngilizce genişletilmiş özet (Extended Abstract)
 - ✓ Finansal destek (varsa belirtiniz)
 - ✓ Çıkar çatışması (varsa belirtiniz)
 - ✓ Teşekkür (varsa belirtiniz)
 - ✓ Kaynaklar
 - ✓ Tablolar-Resimler, Şekiller (başlık, tanım ve alt yazılarıyla)

AIM AND SCOPE

Public and Private International Law Bulletin (PPIL), which is regularly being published by Istanbul University Faculty of Law Research Center of International Law and International Relations since 1981, is an international academic journal. Articles submitted to Public and Private International Law (PPIL) are subject to a double-blind peer-review evaluation system. Public and Private International Law (PPIL) is published twice a year, in June and December. The academic papers requested to be published in Public and Private International Law (PPIL) have to be submitted by the latest April 30th for June issue and October 31st for December issue.

Disciplinary and interdisciplinary academic papers focused on the diverse faces of public and private international law in connection with the basis of justice are being published in *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL). Therefore, while following public and private international law and international relations issues and publishing related academic papers this journal aims to help academicians studying or making researches in the same field.

Besides academic articles on public international law and private international law, book reviews regarding the same subjects and evaluations of related court decisions are published in *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL).

Mainly preferred topics of (a) public international law and (b) private international law in *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL) are listed below.

(a) Public International Law

1. International Law (in general, i.e., History, Philosophy, Theory, Sources, Subjects of International Law; The Relations of International and National laws)
2. International Law Personality, Recognition of States and Governments
3. Territorial Sovereignty and State Jurisdiction
4. International Transactions: Unilateral Acts and The Law of Treaties
5. International Peace and Security Law and Use of Force
6. International Human Rights Law
7. International Environmental Law
8. International Humanitarian Law (Armed Conflicts Law)
9. International Organizations Law
10. International Law of the Sea
11. International Economic Law
12. State Responsibility
13. International Criminal Law
14. International Refugees Law
15. Peaceful Settlement of International Disputes (Diplomatic and Judicial Means)
16. International Air and Space law
17. Transboundary Waters and Aquifer (groundwaters) Law

(b) Private International Law:

1. General Principles of Private International Law
2. International Procedure Law
3. Conflict of Laws Rules
4. International Investment Law
5. Law on Aliens (i.e., Social Rights, Property Rights, Right to Education)
6. Citizenship Law
7. International Jurisdiction
8. Recognition and Enforcement of Foreign Court Judgements and Foreign Arbitration Awards
9. International Family and Child Law
10. International Contracts Law
11. Alternative Dispute Resolutions
12. International Commercial Arbitration
13. Migration Law

Intersecting topics of these two areas such as immigration and refugee law, investment law are also being subject to interdisciplinary legal reviews.

EDITORIAL POLICIES AND PEER REVIEW PROCESS

Publication Policy

The subjects covered in the manuscripts submitted to the Journal for publication must be in accordance with the aim and scope of the journal. The journal gives priority to original research papers submitted for publication.

General Principles

Only those manuscripts approved by its every individual author and that were not published before in or sent to another journal, are accepted for evaluation.

Submitted manuscripts that pass preliminary control are scanned for plagiarism using iThenticate software. After plagiarism check, the eligible ones are evaluated by editor-in-chief for their originality, methodology, the importance of the subject covered and compliance with the journal scope.

Short presentations that took place in scientific meetings can be referred if indicated in the article. The editor hands over the papers matching the formal rules to at least two national/international referees for evaluation and gives green light for publication upon modification by the authors in accordance with the referees' claims. Changing the name of an author (omission, addition or order) in papers submitted to the Journal requires written permission of all declared authors. Refused manuscripts and graphics are not returned to the author.

Copyright Notice

Authors publishing with Turkish Journal of Bioscience and Collections retain the copyright to their work, licensing it under the 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.

Open Access Statement

Public and Private International Law Bulletin is an open access journal which means that all content is freely available without charge to the user or his/her institution. Except for commercial purposes, users are allowed to read, download, copy, print, search, or link to the full texts of the articles in this journal without asking prior permission from the publisher or the author.

The articles in Public and Private International Law Bulletin are open access articles licensed under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.en/>)

Article Processing Charge

All expenses of the journal are covered by the Istanbul University. Processing and publication are free of charge with the journal. There is no article processing charges or submission fees for any submitted or accepted articles.

Peer Review Process

Only those manuscripts approved by its every individual author and that were not published before in or sent to another journal, are accepted for evaluation.

Submitted manuscripts that pass preliminary control are scanned for plagiarism using iThenticate software. After plagiarism check, the eligible ones are evaluated by Editor-in-Chief for their originality, methodology, the importance of the subject covered and compliance with the journal scope. Editor-in-Chief evaluates manuscripts for their scientific content without regard to ethnic origin, gender, sexual orientation, citizenship, religious belief or political philosophy of the authors and ensures a fair double-blind peer review of the selected manuscripts.

The selected manuscripts are sent to at least two national/international referees for evaluation and publication decision is given by Editor-in-Chief upon modification by the authors in accordance with the referees' claims.

Editor-in-Chief does not allow any conflicts of interest between the authors, editors and reviewers and is responsible for final decision for publication of the manuscripts in the Journal.

Reviewers' judgments must be objective. Reviewers' comments on the following aspects are expected while conducting the review.

- Does the manuscript contain new and significant information?
- Does the abstract clearly and accurately describe the content of the manuscript?
- Is the problem significant and concisely stated?
- Are the methods described comprehensively?
- Are the interpretations and conclusions justified by the results?
- Is adequate references made to other Works in the field?
- Is the language acceptable?

Reviewers must ensure that all the information related to submitted manuscripts is kept as confidential and must report to the editor if they are aware of copyright infringement and plagiarism on the author's side.

A reviewer who feels unqualified to review the topic of a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process.

The editor informs the reviewers that the manuscripts are confidential information and that this is a privileged interaction. The reviewers and editorial board cannot discuss the manuscripts with other persons. The anonymity of the referees is important.

PUBLICATION ETHICS AND PUBLICATION MALPRACTICE STATEMENT

Public and Private International Law Bulletin is committed to upholding the highest standards of publication ethics and pays regard to Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing published by the Committee on Publication Ethics (COPE), the Directory of Open Access Journals (DOAJ), the Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA), and the World Association of Medical Editors (WAME) on <https://publicationethics.org/resources/guidelines-new/principles-transparency-and-best-practice-scholarly-publishing>

All parties involved in the publishing process (Editors, Reviewers, Authors and Publishers) are expected to agree on the following ethical principles.

All submissions must be original, unpublished (including as full text in conference proceedings), and not under the review of any other publication synchronously. Each manuscript is reviewed by one of the editors and at least two referees under double-blind peer review process. Plagiarism, duplication, fraud authorship/denied authorship, research/data fabrication, salami slicing/salami publication, breaching of copyrights, prevailing conflict of interest are unethical behaviors.

All manuscripts not in accordance with the accepted ethical standards will be removed from the publication. This also contains any possible malpractice discovered after the publication. In accordance with the code of conduct we will report any cases of suspected plagiarism or duplicate publishing.

Research Ethics

The journal adheres to the highest standards in research ethics and follows the principles of international research ethics as defined below. The authors are responsible for the compliance of the manuscripts with the ethical rules.

- Principles of integrity, quality and transparency should be sustained in designing the research, reviewing the design and conducting the research.
- The research team and participants should be fully informed about the aim, methods, possible uses and requirements of the research and risks of participation in research.
- The confidentiality of the information provided by the research participants and the confidentiality of the respondents should be ensured. The research should be designed to protect the autonomy and dignity of the participants.
- Research participants should participate in the research voluntarily, not under any coercion.
- Any possible harm to participants must be avoided. The research should be planned in such a way that the participants are not at risk.

- The independence of research must be clear; and any conflict of interest or must be disclosed.
- In experimental studies with human subjects, written informed consent of the participants who decide to participate in the research must be obtained. In the case of children and those under wardship or with confirmed insanity, legal custodian's assent must be obtained.
- If the study is to be carried out in any institution or organization, approval must be obtained from this institution or organization.
- In studies with human subject, it must be noted in the method's section of the manuscript that the informed consent of the participants and ethics committee approval from the institution where the study has been conducted have been obtained.

Author Responsibilities

It is authors' responsibility to ensure that the article is in accordance with scientific and ethical standards and rules. And authors must ensure that submitted work is original. They must certify that the manuscript has not previously been published elsewhere or is not currently being considered for publication elsewhere, in any language. Applicable copyright laws and conventions must be followed. Copyright material (e.g. tables, figures or extensive quotations) must be reproduced only with appropriate permission and acknowledgement. Any work or words of other authors, contributors, or sources must be appropriately credited and referenced.

All the authors of a submitted manuscript must have direct scientific and academic contribution to the manuscript. The author(s) of the original research articles is defined as a person who is significantly involved in "conceptualization and design of the study", "collecting the data", "analyzing the data", "writing the manuscript", "reviewing the manuscript with a critical perspective" and "planning/ conducting the study of the manuscript and/or revising it". Fund raising, data collection or supervision of the research group are not sufficient roles to be accepted as an author. The author(s) must meet all these criteria described above. The order of names in the author list of an article must be a co-decision and it must be indicated in the Copyright Agreement Form. The individuals who do not meet the authorship criteria but contributed to the study must take place in the acknowledgement section. Individuals providing technical support, assisting writing, providing a general support, providing material or financial support are examples to be indicated in acknowledgement section.

All authors must disclose all issues concerning financial relationship, conflict of interest, and competing interest that may potentially influence the results of the research or scientific judgment.

When an author discovers a significant error or inaccuracy in his/her own published paper, it is the author's obligation to promptly cooperate with the Editor to provide retractions or corrections of mistakes.

Responsibility for the Editor and Reviewers

Editor-in-Chief evaluates manuscripts for their scientific content without regard to ethnic origin, gender, sexual orientation, citizenship, religious belief or political philosophy of the authors. He/ She provides a fair double-blind peer review of the submitted articles for publication and ensures that all the information related to submitted manuscripts is kept as confidential before publishing.

INFORMATION FOR AUTHORS

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. Manuscript is to be submitted online via <http://ppil.istanbul.edu.tr/en/> and it must be accompanied by a cover letter indicating that the manuscript is intended for publication, specifying the article category (i.e. research article, review etc.) and including information about the manuscript (see the Submission Checklist). Manuscripts should be prepared in Microsoft Word 2003 and upper versions. In addition, Copyright Transfer Form that has to be signed by all authors must be submitted.

1. The manuscripts should be in A4 paper standards: having 2.5 cm margins from right, left, bottom and top, Times New Roman font style in 12 font size, line spacing of 1.5 and “justify align” format. For indented paragraph, tab key should be used. One line spacing should be used for the tables and figures, which are included in the text.
2. The title of the text should be centered on the page, in lower-case letter, bold, Times New Roman font and 14 font size.
3. Information about the author is to be written on the left part of the page skipping one line space after the title, and it should be in Times New Roman font, 10 font size, with one line spacing. After indicating the name of the author in lower-case letter and surname in capital

letter, the title, affiliation, and e-mail address should be included.

4. Before the introduction part, there should be 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)



Istanbul University
İstanbul Üniversitesi

Journal name: Public and Private International Law Bulletin
Dergi Adı: Public and Private International Law Bulletin

Copyright Agreement Form
Telif Hakkı Anlaşması Formu

Responsible/Corresponding Author <i>Sorumlu Yazar</i>	
Title of Manuscript <i>Makalenin Başlığı</i>	
Acceptance date <i>Kabul Tarihi</i>	
List of authors <i>Yazarların Listesi</i>	

Sıra No	Name - Surname <i>Adı-Soyadı</i>	E-mail <i>E-Posta</i>	Signature <i>İmza</i>	Date <i>Tarih</i>
1				
2				
3				
4				
5				

Manuscript Type (Research Article, Review, Short communication, etc.) <i>Makalenin türü (Araştırma makalesi, Derleme, Kısa bildiri, v.b.)</i>	
---	--

Responsible/Corresponding Author: <i>Sorumlu Yazar:</i>	
---	--

University/company/institution	<i>Çalıştığı kurum</i>	
Address	<i>Posta adresi</i>	
E-mail	<i>E-posta</i>	
Phone; mobile phone	<i>Telefon no; GSM no</i>	

The author(s) agrees that:
The manuscript submitted is his/her/their own original work, and has not been plagiarized from any prior work, all authors participated in the work in a substantive way, and are prepared to take public responsibility for the work, all authors have seen and approved the manuscript as submitted, the manuscript has not been published and is not being submitted or considered for publication elsewhere, the text, illustrations, and any other materials included in the manuscript do not infringe upon any existing copyright or other rights of anyone. 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 asıl 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 aile olan Telif Haklarını ihlal etmediğini kabul ve taahhüt ederler. İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ'nin bu fikri eseri, Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı ile yayımlanmasına izin verirler. Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı, eserin ticari kullanım dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil adapte edilmesine izin verir.
Yazar(lar)ın veya varsa yazar(lar)ın işverenin telif dâhil patent hakları, yazar(lar)ın gelecekte kitaplarında veya diğer çalışmalarında makalenin tümünü ücret ödemedeksizin 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 şahıslara vuku bulacak hak talebi veya açılacak davalarda İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ'ni 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 kamitlanabilir şekilde onaylı olması gerekir.

Responsible/Corresponding Author; <i>Sorumlu Yazar;</i>	Signature / İmza	Date / Tarih
	/...../.....

