Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

2011/1

PROF. DR.
ATÂ SAKMAR'A
ARMAĞAN

Hakemli Dergi

Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 72
Galatasaray Hukuk Fakültesi Yayını No : 51

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hakemli Dergidir.

Bu esere ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Burada yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

Doç. Dr. Emre ÖKTEM (Başkan)

Araş. Gör. Dr. S. Anlam ALTAY

Araş. Gör. Burak ÇELİK

Araş. Gör. Bleda R. KURTDARCAN

Nisan 2012 yılında yayınlanmıştır.

ISSN : 1303-6556

Dizgi/Mizanpaj : Beta Basım A.Ş.

Baskı - Cilt : Yazın Basın Yayın Matbaacılık Trz. Tic. Ltd. Şti.
(Sertifika No: 12028) Çiftehavuzlar Cad. Maltepe Mah.
Prestij İş Merkezi No: 27/806 K:9, Zeytinburnu/İSTANBUL
(0212) 565 01 22 - 0212 565 02 55

Kapak Tasarımı : Gülgonca ÇARPIK

Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.
Narlıbahçe Sokak Damga Binası No: 11
Cağaloğlu - İSTANBUL
Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77
Fax: (0-212) 511 36 50
www.betayayincilik.com

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL

PROF. DR. ATÂ SAKMAR

Prof. Dr. Ziya AKINCI, Dr. Süheyla BALKAR BOZKURT,
Prof. Dr. Atâ SAKMAR, Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

Prof. Dr. Ziya AKINCI, Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL,
Prof. Dr. Atâ SAKMAR, Dr. Süheyla BALKAR BOZKURT,
Doç. Dr. İlhan YILMAZ

YAYIN KURULU'NDAN

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı'nın kurucu Başkanı olan ve emekliliğe ayrıldığı 2009 yılına kadar Anabilim Dalı Başkanlığı görevini sürdüren Prof. Dr. Atâ SAKMAR' ın Fakültemize yaptığı katkılarına duyulan şükran duygularımızın ifadesi olarak bu Armağan'ı yayımlamaya karar verdik.

Armağan'da yayımlanan eserlerin bir kısmı, 26 Mayıs 2009 tarihinde Fakültemizde düzenlenen "Prof. Dr. Atâ SAKMAR'a Saygı Günü"nde sunulan tebliğlerden oluşmaktadır. Diğer eserler ise Armağan çıkarılması kararı üzerine değerli öğretim üyelerimizin gönderdiği makalelerdir.

Yayın Kurulu olarak, eserleriyle Armağan'a katkıda bulunan tüm hocalarımıza ve meslektaşlarımıza şükranlarımızı sunuyoruz. Bunun yanında, Armağan metninin tashihi konusundaki ricamızı kırmayarak yardımcı olan sevgili meslektaşlarımız, Dr. Süheylâ Balkar Bozkurt, Arş. Gör. Candan Yasan, Arş. Gör. Ayşe İpek Sarıöz, Arş. Gör. Begüm Şermet ve Arş. Gör. Berk Kapancı'ya emekleri için çok teşekkür ediyoruz.

Son olarak, Armağan'ın yayımlanmasını üstlenen Beta Yayınevine, başta düzenlemesini ve dizgisini yapan Gülgonca Çarpık ve Gökhan Ayrancı olmak üzere tüm değerli çalışanlarına teşekkür ederiz.

Yayın Kurulu Adına
Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

Prof. Dr. Atâ SAKMAR'ın Özgeçmişi

Prof. Dr. Atâ Sakmar 26 Nisan 1941 tarihinde İstanbul'da doğmuştur. Ortaokul ve lise öğrenimini Galatasaray Lisesi'nde tamamladıktan sonra İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde hukuk eğitimi almış ve 1965 yılında mezun olmuştur. 1968 yılında burslu olarak gittiği Fransa'da, Paris Sorbonne Üniversitesi'nde Prof. Dr. Henri Batiffol'ün yönetiminde doktorasını tamamlayan Prof. Dr. Atâ Sakmar, Türkiye'ye dönüşünü müteakip 1969 yılında avukatlık ruhsatını almış ve aynı yıl İstanbul Üniversitesi Devletler Hususi Hukuku Anabilim Dalında doktor asistan olarak göreve başlamıştır. 1975 yılında Doçent, 1982 yılında ise Profesör ünvanını kazanmıştır.

Prof. Dr. Atâ Sakmar, 1986 yılında İstanbul Marmara Üniversitesi'ne geçmiş ve bu üniversitenin Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Başkanı olarak akademik hayatına devam etmiştir. 1993 yılında Galatasaray Üniversitesinin kuruluşu ile birlikte bu üniversitenin Milletlerarası Özel Hukuk kürsüsünü kurmuş olan Prof. Dr. Atâ Sakmar, emekli olduğu 2009 yılına kadar Galatasaray Üniversitesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanlığı görevini yürütmüştür.

Prof. Dr. Atâ Sakmar, kurucusu olduğu Sakmar Hukuk Bürosunda kızı Mine Sakmar ile birlikte mesleğine avukat ve hukuk danışmanı olarak devam etmektedir.

Prof. Dr. Atâ Sakmar, Ayşe Sakmar Hanımefendi ile evli ve bir kız babasıdır.

YAYINLARI

- **Les Conflits de Lois en Matière d'Abordages Maritimes** Paris, 1968.
- **La Haye Devletler Hususi Hukuku Konferansının On Birinci Oturumunda Hazırlanan Sözleşme Tasarıları**
  MHAD, S. 5, 1969, s. 363-371.
- **Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku- Devletler Hususi Hukuku Pratik Çalışmaları**
  1972, 56 Sayfa. (Vedat R. Seviğ ve Ergin Nomer ile birlikte)
- **Devletler Hususi Hukuku Konusunda Fransız Medeni Kanununu Tamamlayan Kanun Tasarısı**
  Kubalı Armağanı, MHAD, S. 11, 1974, s. 307-320.
- **Note, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**
  1974, No: 38, s. 267 vd.
- **Devletler Hususi Hukukunda Boşanma**
  İstanbul, 1976.
- **Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku- Devletler Hususi Hukuku Pratik Çalışmaları**
  1976, 98 Sayfa. (Vedat R. Seviğ, Ergin Nomer ve Gülören Tekinalp ile birlikte)
- **Avrupa Ekonomik Topluluğuna Üye Devletlerden Birinde Verilen Mahkeme Kararlarının Diğer Üye Devletlerde Tanınması ve Tenfizi**
  1. Avrupa Hukuku Haftası, İstanbul, 1979, s. 90 vd.
- **Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları**
  İstanbul, 1982.
- **Le Nouveau Droit International Privé Turc**
  Académie de Droit International, Recueil Des Cours, 1990, C. IV, No: 223, s. 303-416.

- **Hukuki ve Ticari Konularda Yabancı Ülkelere Tebligat**
  MHB, 2/1982.

- **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ve Mahkeme Kararları**
  İstanbul, 1. Bası, 1989, 2. Bası 1999, 3. Bası, 2001 (İlhan Yılmaz ve Nuray Ekşi ile beraber)

- **Yabancılık Unsuru Taşıyan Vasiyetnamelerin Tenfizi ve Yargıtay Uygulaması**
  Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul, 1979, s. 725 vd.

- **Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü**
  Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, MHB, Y. 22, S. 2, 2001, s. 721-743.

- **La Protection des Marques en Turquie (La Législation Turque en Matière de Protection des Marques)**
  GÜHFD, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, 1/2002, s. 273-290.

- **Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mülkiyeti İle İlgili Sorunlar**
  GÜHFD, 1/2005, s. 117-126.

- **Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz Edinmesi Sorunu**
  GÜHFD, 1/2006, s. 31-39.

İÇİNDEKİLER

Yayın Kurulu'ndan IX

Prof. Dr. Atâ SAKMAR'ın Özgeçmişi XI

Prof. Dr. Atâ SAKMAR'ın Yayınları XIII

Prof. Dr. Atâ SAKMAR için

Prof. Dr. Ziya AKINCI
Hocamız Prof. Dr. Atâ SAKMAR 3

Prof. Dr. Ergin NOMER
Dostum ve Meslektaşım Prof. Dr. Atâ SAKMAR 5

Prof. Dr. Cemal ŞANLI
Prof. Dr. Atâ SAKMAR 7

Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL
Hocam Prof. Dr. Atâ SAKMAR 9

Arş. Gör. Dr. Süheylâ BALKAR BOZKURT
Hocam Prof. Dr. Atâ SAKMAR ve Galatasaray 13

Av. Mine SAKMAR
Babam ve Hocam Prof. Dr. Atâ SAKMAR 17

Makaleler*

Av. Mehmet Can AÇIKALIN
Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi'nin (ICSID) Yargılama Yetkisine Dair Bir İnceleme: Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20) 23

** Soy isim esas alınarak alfabetik sıraya göre düzenlenmiştir.*

Prof. Dr. Ziya AKINCI
Milletlerarası Özel Hukukta Çocuk Kaçırma 63

Prof. Dr. Füsun ARSAVA
Lizbon Anlaşmasında Hakları Himaye Sistemi –
Öne Doğru Bir Adım Mı? 77

Av. Feyza Eker AYHAN
Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişi Lehdara Teşmili 95

Dr. Tolga AYOĞLU
Milletlerarası Kurumsal Tahkimde Ticari Adet ve
Teamüllerin Esasa Uygulanması 121

Dr. Süheylâ BALKAR BOZKURT
Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirleyen
Yöntemlere Eleştirel Bakış 141

Prof. Dr. Ersin ÇAMOĞLU
Anonim Ortaklıkta Tek Kişilik Yönetim Kurulu 197

Doç. Dr. Ayfer UYANIK ÇAVUŞOĞLU
Avrupa Birliği'nde Aile Hukukunu Birleştirme Çabaları 213

Prof. Dr. Vahit DOĞAN
Aile Hukukundan Kaynaklanan Vatandaşlık Hukuku Sorunları 241

Yrd. Doç. Dr. Hatice Selin PÜRSELİM DOĞAN
Türkiye'den ve Almanya'dan Yabancı Ülkeye Yapılan
Tebligat Düzenlemeleri ile Avrupa Birliği 13 Kasım 2007
Tarih ve 1393/2007 Sayılı Tüzüğü'nün Değerlendirilmesi 265

Prof. Dr. Nuray EKŞİ
İİK'nın 82(1). Maddesi Karşısında Türk Devleti ve
Devlet Kurumları Aleyhine Verilen ICSID Hakem Kararlarının
Türkiye'de İcrası 297

Doğa ELÇİN
Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Sözleşmeyle
İrtibatlı Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları 329

Yrd. Doç. Dr. Emre ESEN
Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve *Kompetenz–Kompetenz* Prensibi.....355

Yrd. Doç. Dr. Faruk Kerem GİRAY
5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Hakkında Değerlendirme 381

Yrd. Doç. Dr. Cemile DEMİR GÖKYAYLA
Milletlerarası Özel Hukukta Vesayet.....403

Doç. Dr. Pelin GÜVEN
"Rekabetin Engellenmesi" Halinde Uygulanacak Olan Hukukun Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi.....429

Yrd. Doç. Dr. Burak HUYSAL
Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflar ile Gerçek Bağlantısının Tanıma ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi 467

Dr. Pelin IŞINTAN
İsviçre Federal Mahkemesi'nin Bankacının Bilgi Verme Yükümlülüğü ile İlgili 16 Ağustos 2011 Tarihli Kararının İncelenmesi.....503

Arş. Gör. Berk KAPANCI
Tahkimde İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Meseleler 521

Doç. Dr. Esra DARDAĞAN KİBAR
Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar.....541

Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL
Uluslararası Kişi Halleri Komisyonu Tarafından Hazırlanan Türkiye Cumhuriyeti'nin Taraf Olduğu Aile Hukukuna İlişkin Anlaşmalar 561

Prof. Dr. Sibel ÖZEL
Ülkelerarası Evlat Edinme 609

Arş. Gör. İpek SARIÖZ
İnternet Alan Adlarının (Domain Names) Kullanımından Doğan Haksız Rekabet Halleri ve Uygulanacak Hukuk 619

Dr. Ebru ŞENSÖZ – Arş. Gör. Begüm ŞERMET
Fransız Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının
Tanınması ve Tenfizi.....653

Yrd. Doç. Dr. Zeynep Derya TARMAN
Tamamen veya Kısmen Deniz Yoluyla Uluslararası Eşya
Taşınması Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin
Yetki Bölümüne İlişkin Düzenlemesi 691

Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU
Türk Vatandaşı ile Evli Kişilerin Yabancılar Hukuku Problemleri 711

Av. Hakan TÜFEKÇİ
Milletlerarası Usul Hukukunda Dava Etmeme Emrine
(Anti-Suit Injunction) İngiliz Hukuku, Brüksel Konvansiyonu
Rejimi ve Türk Hukuku Çerçevesinde Genel Bir Bakış.....719

Arş. Gör. CANDAN YASAN
Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Evliliği ve
Evlilik Dışı Birliktelikleri 749

Arş. Gör. CANDAN YASAN
Milletlerarası Tahkimde Gizlilik 777

Prof. Dr. Atâ Sakmar
için...

Hocamız Prof. Dr. Atâ SAKMAR

*Ziya AKINCI**

Prof. Dr. Atâ Sakmar Hocamız, Galatasaray Üniversitesi'nin eğitime başlamasını takiben fakültemizin Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalını kurmuştur. Hocamızı unutulmaz kılan sadece kürsümüzün kurucu başkanı olması değildir. Emekliye ayrılmasından çok kısa sonra en başta kürsüde geriye kalanlar, Prof. Dr. Atâ Sakmar Hocamızın yerinin doldurulmasının çok zor olduğunu özlemle fark ettik.

Prof. Dr. Atâ Sakmar Hocamız'ın emekliye ayrılmasını takiben, Devletler Özel Hukuku öğretim üyelerinin katılımıyla Hocamız için bir veda dersi düzenledik. Hocamızın bu özel gününe kendi alanlarında en seçkin olan öğretim üyeleri ve uzmanlar katılarak bu Armağanda da yayınlanan tebliğiler sundular. Bu tebliğler ve diğer makaleler bir araya getirilerek Değerli Hocamızın adını taşıyan armağan oluşturuldu. Hocamıza ne yapsak az, ama en azından bu Armağan, bizlerin Hocamıza sevgi ve saygısını ifade etmesine yardımcı oldu.

Prof. Dr. Atâ Sakmar Hocamız İstanbul, Marmara ve Galatasaray Üniversitelerinde binlerce öğrenci yetirmiştir. Kendisinin insani ve bilimsel yönünü anlatan açıklamalardan özellikle kaçınmaya çalışıyorum, zira kuşkusuz muhterem Hocamızı değerlendirebilecek konumda değilim. Bununla beraber, böyle bir Hocamızın milletlerarası tahkim, milletlerarası ticaret, aile hukuku, yabancı vakıfların mülkiyet hakkı gibi birbirinden çok farklı konularda ama her biri kendi alanında kilometre taşı olmuş kıymetli çalışmalar verdiğini özellikle vurgulamak istiyorum.

Prof. Dr. Atâ Sakmar Hocamız sadece verdiği dersler ve yayınları ile değil, fakat renkli yaşamı ile de bize örnek oldu. Hocamız gerek üniversitede, gerek üniversite dışında bizleri daima güler yüzüyle karşıladı ve destekledi.

---

* Prof. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Atâ Sakmar Hocamız çözüme odaklanan bakış açısını daima kürsümüze yansıttı. Hocamızın akademik geleneklere verdiği önemin değerini her geçen daha da iyi anlıyoruz.

Devletler Özel Hukuku kürsüsü Hocaları ile her zaman farklı bir kürsü olmuştur. Bizleri yetiştiren Hocalarımıza saygı ve sevgimizi bir Armağan ile ifade etmek, en güzel akademik geleneklerimizden biri olarak yaşamaktadır. Bu vesile ile Prof. Dr. Atâ Sakmar Hocamıza sevdikleri ile birlikte sağlıklı ve mutlu çok uzun yıllar diliyorum.

Dostum ve Meslektaşım
Prof. Dr. Atâ SAKMAR

*Ergin NOMER**

Elli yılı aşkın bir süre önce İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde, Devletler Hususî Hukuku Kürsüsünde tanıştık. Fakülte'de kişilikli, kaliteli ve kendinden emin genç, istikbal vâdeden bir asistan olarak çalışmalara başladı. Akademik çalışmalarımız yıllar boyu tam bir ahenk ve arkadaşlık çerçevesinde devam etti. Doçentlik ve profesörlük çalışmalarını yakından takip eden ve bilen bir kişi olarak başarılarının şahitliğini yaptım. Bilim alanında kendisini ispatladı, alanında uzman bir hukukçu oldu; dostane ilişkileri ile de meslektaşlarının ve çevresinin takdir ve saygısını kazandı. Çalışmalarımız, Devletler Hususî Hukuku Kürsüsünde karşılıklı saygı, sevgi ve dostluk anlayışı içerisinde, masa başı bilimsel tartışmalar ve doyumsuz hukukî sohbetlerle geçti. Akademik hayatımızın tekmil kademelerinde bilimsel çalışmalarımızı çok huzurlu ve verimli bir ortamda paylaştık. Galatasaray Üniversite'sinden emekli olduktan sonra da, *Sakmar*, hukuk alanındaki faaliyetini başarılı şekilde yürütmeye devam etti.

Hukuk Fakültesindeki kürsü çalışmalarımız *Sakmar* ile, Üniversite dışında da yakın bir arkadaşlık bağının doğmasına sebep oldu. Bu bağ, ailelerimiz arasında oluşan samimî ve dostane ilişkilerimizin de temelini teşkil etti. Kendisi ve ailesi ile bu dostluk ilişkimiz elbet bugün de devam etmektedir.

Bir meslektaşı olarak bu arkadaşlık ve dostluk ilişkisinden duyduğum büyük hazzı burada tekrarlarken, *Sakmar*'a, sevgili eşi *Ayşe Sakmar* ve kızları *Mine* ile birlikte, daha nice yıllar mutlu ve huzur dolu bir yaşam dilerim.

---

* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Emekli Öğretim Üyesi.

Prof. Dr. Atâ SAKMAR'ın Anısına

*Cemal ŞANLI**

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 1976-1977 öğretim yılında Prof. Dr. Ata SAKMAR'ın öğrencisi oldum. Bizlere, Devletler Özel Hukukunun "Milletlerarası Usul" kısmını anlatmıştı. Devletler Özel Hukuku alanında sınav sorusu için bile bir dava örneğini bulmanın zor olduğu o yıllarda, Hoca son derece canlı ve ilginç dava örnekleri üzerinden derslerini yapıyordu. Bu, Onun tatbikatın içinde olduğunu gösteriyordu. Profesör SAKMAR'ın tatbikatın içinde olması, zaman içinde Türk Devletler Özel Hukukunun aktüel, canlı, dinamik ve yaşayan hukukun bir parçası olmasını sağladı.

1977-Kasım'ında Devletler Özel Hukuku kürsüsüne asistan olunca, Prof. SAKMAR ile meslekdaş olduk. Sayın SAKMAR'ın doçent olması üzerine iç kısımlardaki müstakil odaya geçmesiyle boşalttığı Devletler Hukuku Enstitüsündeki o hiçbir zaman ısınmayan oda benzeri büyük salondaki masası bana verildi. Türkiye'nin anarşi ile geçirdiği sıkıntılı yılların mühim bir kısmı bu masanın etrafında geçti…

Prof. SAKMAR'ın en karakteristik vasfı Devletler Özel Hukuku olaylarına, sonu gelmeyen teorik tartışmalara girmeden, pratik çözümler getirmesidir. Onun için çözümü son derece güç yabancı unsurlu olaylarla karşılaşan avukatlar, hakimler, bilirkişiler daima Ata Beğ'in kapısını çalarlardı. Onun; günümüzün sorunlarına fazla bir katkı sağlamayan Fransız menşe'li Devletler Özel Hukuku teorilerinden çok, yaşayan sorunlara çözüm üreten reel Devletler Özel Hukuku ile ilgilenmesi, bizleri fazlasıyla etkilemiştir. Asistanlık yıllarımdan itibaren Devletler Özel Hukuku teorisi kadar, aktüel Devletler Özel Hukuku olayları ile ilgilenmem, tamamen Sayın Sakmar'dan iktisap ettiğim bir hususiyet olmuştur. Prof. SAKMAR'ın diğer mühim bir vasfı da; olaylara son derece pozitif yaklaşması ve insanların moral-motivasyonlarını daima yükseltmesidir. Onun yanında yetişenler, hiçbir zaman mesleki ümitsizliğe kapılmamışlardır. 2000'li yıllarda Patrik Bartholomeos'a

* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı.

yaptığımız bir ziyarette Ata Beğ'in bu vasfını somutlaşmış olarak yeniden keşfettim… 1898-1899 yıllarında bir Fransız şirketince otel olarak yapılan ve fakat hiçbir zaman otel olmayan, sadece Rum Yetimhanesi olarak kullanılagelen Büyükada'daki ahşap binaya Devlet elkoymuş, tapusunun iptal edilerek Vakıflar İdaresine geçirilmesi için dava açmıştı. Patrik son derece üzgün ve ümitsizdi… Mahkemeye sunulmak üzere bizden mütalaa talep etti. Ata Beğ, Patrik'e: "Bu davayı vereceğimiz mütalaaya rağmen bizim mahkemelerde kazanma şansınız zayıf. Fakat, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde mutlaka kazanırsınız… Mahzun olmayın. Adalet sizin yanınızda…" dedi. Gerçekten de; Patrikhane mahkemelerimizde davayı kaybetti, fakat Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde kazandı. 2011 yılında Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının gereği olarak "Büyükada Rum Yetimhanesi"ni Patrikhaneye devretti…

Prof. SAKMAR, yıllarca görev yaptığı İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1983-1984 yıllarında ayrıldı ve yeni kurulan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesine geçti. Hoca, buradan mezun olan bazı başarılı öğrencilerini asistan olarak aldı. Onlar, bugün kendi fakültelerinde veya başka yerlerde birer başarılı profesör… Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinin kuruluş ve gelişme döneminde ben de geçici olarak burada görevlendirildim. Ata Beğ'le burada da üç yıl Devletler Özel Hukuku derslerini birlikte verdik.

Ata Beğ'in soy ağacı da ilginçtir. Bu vesile ile ona da temas etmek isterim. 1999 yılında, Ruslara karşı ayaklanan Rusya/Kazan bölgesindeki "Başkurtlar"ın lideri merhum Prof. Dr. Zeki Velidi TOGAN'ın hatıraları yayınlandı ***(Meraklısı için bkz: Prof. Dr. Zeki Velidi TOGAN, Hatıralar, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları-Ankara, 1999).*** Merhum Zeki Velidi, 1917 komünist ihtilalini, Türkistan'ın Kazan/Ufa/Orenburg bölgesinde esaret altında yaşayan bir Türk kavmi olan Başkurtların istiklali için iyi bir imkan oluşturduğunu düşünür ve Ruslara karşı ayaklanırlar. Ancak, başarılı olamazlar. Bu tarihlerde önemli miktarda Kazanlı ilim adamı ve aile Türkiye'ye göç eder. Atâ Beğ'in babası, dedesi ve büyük dedesi de bu bölgeden İstanbul'a göç ediyor… Merhum Zeki Velidi, hatıralarının pek çok yerinde memleketi olan Orenburg yakınlarındaki SAKMAR Nehrinden bahseder. Hatıraları okurken karşılaştığım bu tesadüfi bilgiyi Ata Beğ'e ilettim ve bu nehirle alakasını sordum. Bu vesile ile öğrendim ki; Ata Beğ'in büyükleri buradan Türkiye'ye göç etmişler ve ailesi Orenburg yakınlarından geçen "Sakmar Nehri"ni soyadı olarak almış…

Hocam, meslekdaşım, ağabeyim ve dostum Ata Beğ'e bu ARMAĞAN vesilesi ile uzun ve bereketli ömürler diliyorum.

26.02.2012

Hocam Prof. Dr. Atâ SAKMAR

*Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL**

Hocam Prof. Dr. Atâ Sakmar'ı Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi son sınıf öğrencisi iken (1989-1990) tanıdım. Ders anlatış tarzının farklılığı ve nazik tavırları dolayısıyla özellikle bayan arkadaşlarımızın yoğun ilgi duyduğu dersleri, teorik tartışmalardan çok uygulamaya dönük bilgiler içerirdi. Derslerde, o dönemde verilmiş şimdikine nazaran oldukça sınırlı olan mahkeme kararlarının incelenmesine büyük önem verdiğimizi hatırlıyorum. Hoca'nın sınav yöntemi de çok farklıydı. O seneye kadar yanlış hatırlamıyorsam Prof. Dr. Feridun Yenisey'in Ceza Usul Hukuku Dersleri dışında hiçbir dersin sınavında kanun kullanılmasına dahi izin verilmezken Hoca, sadece kanunu değil bütün ders notlarını ve kitaplarını da kullanmamıza izin verirdi. Dolayısıyla sınav soruları da, teorik bilgilerin ezberlenmesi ile cevaplandırılacak nitelikte olmaz; düşünerek, kanun maddelerinin ve temel hukuk bilgilerinin somut bir olay çerçevesinde değerlendirilmesini gerektirecek şekilde düzenlenmiş olurdu.

Kürsüye katıldıktan sonra zaman zaman yaptığımız kısa kürsü sohbetlerinde, Atâ Hoca'nın, sadece hukuki konularda değil, diğer güncel sorunlar ve tartışmalar hakkında da her zaman pratik yorumlarda bulunduğunu gözlemledim.

Galatasaray Üniversitesi'nin kuruluş aşamasında bir Liseli olarak kendisine görev edinerek Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalını kuran Hocam, kürsümüzde tek *francophone* ben olduğum için benim de kadromun buraya nakli konusunda önayak olmuştu. Daha sonra kürsüye Sevgili Süheyla' nın ve sonrasında da Ziya Hoca'nın dâhil olmasıyla, kürsümüz daha da zenginleşti.

Hocam, kürsü başkanı olarak, her zaman kürsü üyelerine karşı objektif davranmış, kürsü içi adaleti ve dengeyi sağlamıştı. Bir akademisyen olarak

* Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

kendisinden çok şey öğrendim. Bunlardan sadece bir iki tane örnek vermek istiyorum.

Hocam, zannediyorum Fransız ekolünden olmasının da etkisiyle "plan" kavramına çok önem verirdi. Anlattığınız veya yazdığınız şeyin içeriği ne kadar zengin olursa olsun iyi hazırlanmış bir plan dâhilinde sunulmadığı takdirde bunun çok da etkili olmayacağını hep vurgulardı. Hocam'ın plan konusundaki bu titizliğini, sadece hazırlamış olduğu tezlerde veya makalelerde değil, bilimsel mütalaalarda, bilirkişi raporlarında, öğrencilere vermek üzere hazırladığı ders notlarında dahi uyguladığını gözlemledim.

Ata Hoca, derslerinde öğrencilerin kanun kullanmayı öğrenmeleri konusunda çok titiz davranırdı. Ezber bilgilere güvenilmemesi gerektiğini, her defasında kanuna bakılması ve ilgili hükümlerin bulunarak ve yorumlanarak olaya uygulanması gerektiğini sürekli vurgulardı. "Kanunu olmayan hukukçu, kemanı olmayan kemancıya benzer" sözünü öğrencileri ondan çok işitmişlerdir.

Bizim alanımızla ilgili olarak da Hocam, iyi bir medeni hukuk ve borçlar hukuku bilgisi olmadan iyi bir Milletlerarası Özel Hukukçu olunmayacağını düşünürdü. Bu yüzden, ilk asistanlığa başladığımızda bize öncelikle bu konularda kendimizi yetiştirmemiz gerektiğini, daha sonra Milletlerarası Özel Hukuk konularına yönelmemiz gerektiğini söylerdi.

Ata Hoca'nın dersimizin adı konusundaki tutumunu da belirtmeden geçemeyeceğim. Hoca, benim asistanlığımın ilk yıllarından beri dersin adının Devletler Özel (Hususi) Hukuku olmasının yanlış olduğunu, onun yerine Milletlerarası veya Uluslararası Özel Hukuk olması gerektiğini söylerdi. Nitekim bir süre sonra dersin resmi programdaki adı bu şekilde değiştirildi. Buna rağmen bazen dil alışkanlığı ile Devletler Özel Hukuku dediğimizde Hoca'nın çok kızdığını hatırlıyorum.

Gerek bilimsel açıdan gelişmemiz, gerekse hayata bakış açımız konusunda farklı bir deneyim elde etmemiz için yurt dışında biraz zaman geçirmemiz gerektiğini düşünen Hocam'ın, hem Fransızcamı geliştirmek, hem de doktora tezim için gerekli kaynak araştırmamı yapmak üzere tarafıma burs sağlanması konusundaki yardımlarını ve katkılarını şimdi de minnetle hatırlıyorum. Herhalde o bursla Fransa'ya gidememiş olsaydım, doktora tezimi Türkiye'deki kaynaklarla yazmam mümkün olmazdı.

Hocam, kürsü başkanı olarak sadece akademik yönümüzle değil, zaman zaman yaşadığımız kişisel sorunlarımızla baş etme konusunda da bize destek olmuştu. Bundan onbir yıl önce kızım dünyaya geldiğinde, "dersleri ben hallederim, sen bebeğinle ilgilen" diyerek beni derslerden azad etmesi, o

sıkıntılı süreci daha kolay atlamamı sağlamış ve Hoca'nın desteğini yanımda hissetmenin mutluluğunu bir kez daha yaşamıştım.

Hocam'ın kişilik olarak gıpta ettiğim bir özelliği, hayatını sadece üniversite ve büro ortamı ile sınırlamayıp, aynı zamanda keyif alınacak bir uğraş olarak görmesi, hayatı "*ıskalamadan"* yaşamasıdır. Sağlığı konusunda yakınlarının baskıları üzerine bir süre bıraktığı sigaraya tekrar başlaması da zannediyorum kendisinin, sağlığı pahasına da olsa, keyif aldığı bir uğraştan vazgeçmek istememesinden kaynaklanıyor.

Bu Armağan, sadece Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı'nı kurarak ve bir kürsü oluşturarak Galatasaray Üniversitesi'ne yaptığı katkılara değil, onun da ötesinde kendisinin asistanı olarak akademik kariyerine başlamış ve bugün farklı üniversitelerde görev yapan öğretim üyelerinin yetişmesindeki emeklerine de duyulan saygı ve şükran duygularının bir ifadesidir.

Milletlerarası Özel Hukuk alanında, benim de mensubu olmaktan gurur duyduğum bir ekol oluşturan Hocam'a, sağlıklı, huzurlu ve *keyifli* bir emeklilik dönemi diliyorum.

Saygı ve şükranlarımla.

Hocam Prof. Dr. Atâ SAKMAR ve Galatasaray

*Süheylâ BALKAR BOZKURT**

Galatasaray Üniversitesi 1993 yılında kurulduğunda, Hukuk Fakültesi'nin kadrosu oluşturulurken pek sıkıntı çekilmediğini söylemek sanırım yanlış olmayacaktır. Fakültenin ilk öğrencilerinden olmanın ayrıcalığını yaşadığım o yıllarda, tamamı Galatasaray Lisesi mezunu olan hocalarımız, Galatasaray'a vefa borçlarını ödemek için büyük bir özveriyle yeni kurulmuş olan çiçeği burnunda Galatasaray Üniversitesi'nin çeşitli kürsülerini kurma görevini üstlenmişlerdi. Örneğin, Anayasa Hukuku Kürsüsü Prof. Dr. Erdoğan Teziç ve Prof. Dr. Süheyl Batum'a, İdare Hukuku Kürsüsü Prof. Dr. Yıldızhan Yayla'ya, Medeni Hukuk Kürsüsü Prof. Dr. Kemal Oğuzman ve Prof. Dr. Erden Kuntalp'e, Ceza Hukuku Kürsüsü Prof. Dr. Duygun Yarsuvat ve Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a, Ticaret Hukuku Kürsüsü Prof. Dr. Oğuz İmregün ve Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a, Devletler Umumi Hukuku Kürsüsü Prof. Dr. İzzettin Doğan'a, Deniz Ticaret Hukuku Kürsüsü Prof. Dr. Yalçın Çakalır ve Prof. Dr. Samim Ünan'a, Hukuk Sosyolojisi ve Felsefesi Kürsüsü Prof. Dr. Niyazi Öktem'e emanet edilmişti. Adeta "rüya takımı" olarak adlandırılabilecek bu kadronun Milletlerarası Özel Hukuk Kürsüsünü kurma görevini de yine bir Galatasaraylı olan sevgili Hocamız Prof. Dr. Atâ Sakmar üstlenmişti.

Fakültemizin, Hocamız Prof. Dr. Atâ Sakmar için bir Armağan çıkarılmasına karar vermesi ile birlikte, kendisine lâyık bir çalışma hazırlayabilme kaygısı ve telaşıyla elimizden geldiğince titiz bir çalışma sürdürdük. Bu armağan, Hocamıza duyduğumuz derin saygı ve sevginin küçük fakat anlamlı bir ifadesidir. Bu tür anı yazılarında genellikle hocaların akademik çalışmaları ve ait oldukları kurum için ne denli kıymetli bir yere sahip oldukları diğer hocalarca ifade edilir. Bense, Hocam Prof. Dr. Atâ Sakmar'ı, yetiştirdiği son asistanının gözüyle sizlere anlatmaya çalışacağım.

---

* Arş. Gör. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Hocamız için öncelikle söylenmesi gereken şey hiç şüphesiz bizlere mutlak özgür bir bilimsel çalışma ortamı sağlamış olmasıdır. Kendisi, gereksiz müdahalelerden ve yaratıcılığı körelten kalıplardan uzak bir tutumla bizlerin kendi bakış açımıza sahip olarak yetişmemize imkân tanımıştır- ki akademik hayatın belki de en önemli ihtiyacı bu demokratik ortamdır. Prof. Dr. Atâ Sakmar, akademik nezaket çerçevesinde sürdürdüğü idareciliği ile bizlere her zaman örnek olmuş, kürsü başkanı olduğu müddetçe varlığıyla bize daima güç ve güven vermiştir.

Prof. Dr. Atâ Sakmar'dan Milletlerarası Özel Hukuk dersi dinlemek zevkli ve renklidir. Hocamızın derin hukuk bilgisinin yanı sıra, güncel olaylardan verdiği örnekler ve sahip olduğu tarih kültürü ile aktardıkları, derslerini unutulmaz kılmaktadır. Hocamız gereksiz teorik tartışmaları sevmez, o yüzdendir ki Galatasaray Hukuk mezunları O'ndan *atıf* müessesesini Bay Forgo'nun başına gelenler tadında dinlemişlerdir. Atâ Hoca, soru soran olduğunda veya ders bittiğinde dersin özetini bir kere de Fransızca anlatır; anlamayanlar Fransızca dinlediklerinde anlarlar mı bilinmez ama Hocamız fransızca konuştuğunda, kendisine hayran bıraktırdığını herkes bilir.

Prof. Dr. Atâ Sakmar aynı zamanda mükemmeliyetçidir. Kendisi gibi, kürsüsünde asistan olmuş herkesin de fakülte birincisi olması kanımca tesadüfi değildir: Prof. Dr. Sibel Özel, Prof. Dr. Nuray Ekşi, Doç. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal ve ben. Bu yüzdendir ki, Sakmar Hoca'yı tanıyanlar, O'nun iki şey üzerinde hassas olduğunu bilirler: Birincisi, her Fransız ekolünden gelenler gibi yazılı olan her şeyin, Fransız usulü metodolojik bir "*plan*" dahilinde sunulması; ikincisi ise bunların hatasız bir Türkçe dilbilgisi ile aktarılmasıdır. Hocamız için nasıl düşüneceğimizin kaidesi olmasa da, nasıl aktaracağımızın kaidesi vardır.

Bana göre Atâ Hoca'mızın en önemli özelliği ise sevdiği hukuk mesleğini yaparken, kendini ve hayatı sevmeyi ihmâl etmemesidir. Kendisinin iki saatten fazla ders yapmaması, uzun süren sempozyumlardan sıkıldığında, her an cebinden çıkarabileceği *livre de poche*'lardaki hikayelere yelken açabilmesi, çok önemli bir yazı hazırlarken dahi arka planda *solitaire* gibi bilgisayar oyunlarının açık durması, toplantılarda yiyecek-içecek eksik olmaması, ne olursa olsun tatillerinden ve ailesinin önceliğinden asla vazgeçmemesi bana göre Hocamızın "*carpe diem*" felsefesini hayata geçirmesidir. "Başarılı insanların en büyük esareti yarattıkları başarılarıdır" sözünün aksine, sevgili Hocam'dan hayattaki en büyük başarının "mutlu olmak" olduğunu öğrendim. Benim gibi psikolojiye büyük ilgi duyan ve hukuk harici yaptığımız sohbetlerde bana hayata dair unutamayacağım ipuçları veren Hocam Sakmar, belki de bir kız babası olmasından ötürü, ihtiyacım olduğu anlarda benden şefkâtini ve desteğini esirgememiştir. Hocamın, bunun için her zaman kendisine minnettar olacağımı bilmesini isterim.

Öğrencisi ve asistanı olmaktan gurur ve mutluluk duyduğum Hocam Prof. Dr. Atâ Sakmar'a, eşi Ayşe Hanım ve biricik kızı Mine ile mutlu ve sağlıklı bir ömür diliyorum. Sevgi, saygı ve en derin şükranlarımla…

Babam ve Hocam Prof. Dr. Atâ SAKMAR

*Mine SAKMAR**

Kimileri çok genç yaşlardan itibaren hayatta ne olmak, ileride ne iş yapmak istediklerini bilir veya en azından bu konuda bazı düşünceleri olur. Ben hiçbir zaman bu kişilerden olmadım ve orta okul ve lise yıllarımda, üniversitede ne okumak istediğim konusunda pek bir fikrim yoktu. Ancak ne istediğimi bilmesem de en azından ne istemediğimi biliyordum ve kesin olan bir şey varsa o da hukuk okumak istemediğimdi. Babamın kütüphanesinde duran simsiyah ciltli hukuk kitaplarına baktıkça içim kararır, hiçbir zaman hukukçu olmak istemediğimi , bu kadar çok kanunu ezberlemek zorunda kalmanın son derece sıkıcı ve hiç bana göre olmadığını düşünürdüm. Babam ise içinden hep benim de kendisi gibi hukukçu olmamı arzulamış ve bana bu konuda herhangi bir baskı yapmasa da beni hukuk eğitimi almaya teşvik etmiş, hukuk tahsilinin bana hayatta açacağı kapıları elinden geldiği kadar anlatmaya gayret etmiştir. Ne var ki bu konudaki tüm nasihat ve çabalarına rağmen beni ikna edememiş ve sonuç olarak o yıllarda pek bir moda olan, ne tür bir eğitim olduğunu hiçbirimizin tam olarak bilmediği, fakülteyi bitirdiğimiz zaman bize nasıl bir meslek kazandıracağından emin olmadığımız ama yine de hepimizin okumaya can attığı işletme fakültesine kaydoldum ve hukuk tahsili defteri böylece kapanmış oldu.

Daha doğrusu, hepimiz bu defterin kapanmış olduğunu sandık, oysa defter esas o zaman açılıyordu... Ne hoş bir tesadüftür ki işletme okumak üzere gittiğim üniversite babamın 10 sene evvel bir seneliğine misafir profesör olarak ders vermiş olduğu Nice Üniversitesi oldu. Hukuk ile ilk defa, işletme ve hukuk bölümlerinin aynı fakülte bünyesinde yer aldığı Nice Üniversitesinde okuduğum dönemde tanıştım ve hukuk derslerinin sandığımın aksine hiç de sıkıcı olmadığını bilakis ilgimi çektiğini o zaman fark ettim. Hele bir de sınavlarda hukuk derslerinde diğer derslere göre daha başarılı olduğumu gördüğümde doğrusu kafam iyice karışmıştı. O anda babamın bana hukuk ile ilgili anlattıklarını hatırlamış ve ne demek istediğini nihayet idrak etmiş-

* Av., İstanbul Barosu.

tim. Zararın neresinden dönersem kârdır mantığıyla, dört senelik işletme tahsilimin üstüne soluğu İstanbul Hukuk Fakültesinde aldım ve o beğenmediğim kalın hukuk kitaplarının kapağını bu kez büyük bir merakla açtım.

Babam bana her zaman hukuk fakültesini bitirip mezun olduğumda sadece bir diploma değil aynı zamanda bir meslek sahibi olacağımı söylerdi, gerçekten de öyle oldu..... Bana bir gün, "sana ileride bırakabileceğim çok kıymetli arsalarım fabrikalarım yok, sana verebileceğim en değerli varlık mesleki birikimim ve tecrübemdir" demişti, bunda da haklıydı. Bugün bir avukatım ve 17 senedir babamla birlikte çalışıyorum. Babamla beraber çalıştığımı duyan çoğu insanın ilk sorusu genellikle "babayla çalışmak zor değil mi ?" oluyor. Bu soruyu soranlar mesleki hayatımda ondan ne kadar çok şey öğrendiğimi, üniversitede edindiğim teorik bilgileri pratikte nasıl uygulayacağımı, bir hukukçu gibi düşünmeyi ve yazmayı, olaylara bir hukukçu mantığıyla yaklaşmayı ondan öğrendiğimi, beni onun yetiştirdiğini bilseler herhalde bu soruyu sormazlar bilakis ne kadar ayrıcalıklı ve şanslı bir insan olduğumu düşünürlerdi.

Bana öğrettiği en önemli şeylerden biri şüphesiz hukukun ezber üzerine kurulu ansiklopedik bir bilgi dağarcığından ibaret olmadığı, doğru yerde ve doğru şekilde kullanılan hukuk bilgisinin sonuca ulaşmayı sağlayan bir araç olduğudur. Bana iyi bir hukukçunun içerik kadar şekil ve sunuma de önem vermesi gerektiğini, ifade şeklinin ve dili iyi kullanmanın önemini, yazılanların gelişi güzel bir şekilde değil her zaman önceden kurgulanmış bir sistematik ve plan dahilinde sunulması gerektiğini öğretti, detayların üzerinde durarak mükemmeliyetçi olmaya özendirdi.

En belirgin özelliklerinden biri ise - ki bunu her zaman yanında çalışan avukatlara da aşılamaya çalışmıştır - bir dilekçe veya mütalaa hazırlarken olabildiğince az ve öz, açık ve yalın ifadeler kullanması, işin esasına odaklanıp konunun özünden uzaklaşmaması ve yazılarında gereksiz bilgilere yer vermekten kaçınmasıdır. Gerçekten, bizlerin iki sayfada yazdığını o tek bir sayfada - ve de üstelik çok daha etkili bir şekilde ifade ettiğinde - yazılarımızı çoğu zaman ne kadar lüzumsuz açıklamalarla doldurduğumuzu fark ediyor bir sonraki sefer onun gibi yazmaya gayret ediyoruz.

Akademisyenlikten gelen her konuyu derinlemesine araştırma özelliği ve avukatlık mesleğini uzun yıllar icra etmiş olmanın verdiği tecrübe ve birikim sayesinde olaylara pratik çözümler üretebilme yeteneği sayesinde gerek bana gerek birlikte çalıştığı diğer avukatlara bu bakış açısını aktarmaya çalışmış, böylelikle sadece üniversitede öğrenci yetiştirmekle kalmamış, iş hayatında da çok sayıda avukatı yetiştirmiştir.

Bugün geriye dönüp baktığımda ona ne kadar çok şey borçlu olduğumu görüyor, iyi ki onun sözünü dinleyip hukuk okumuşum diyorum. Kendisiyle birlikte çalışma şansına sahip olmaktan dolayı gurur duyuyorum. Hem babam, hem hocam, hem meslektaşım hem iş ortağım olan Ata Sakmar'a beni yetiştirip bugünlere getirdiği için çok teşekkür ediyorum. Ben gerçekten çok şanslı bir insanım.

Makaleler

Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi'nin (ICSID) Yargılama Yetkisine Dair Bir İnceleme:

Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20)

*Mehmet Can AÇIKALIN**

Giriş

Bu çalışmada, Hollanda ve Ürdün vatandaşı Bay Saba Fakes'in Türkiye aleyhinde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID) tahkim makamı nezdinde yaptığı başvuru üzerine gerçekleştirilen tahkim yargılamasında ulaşılan nihai karar *(award)*örneğinde, ICSID'in yetkisi, özellikle rıza, kişi ve konu bakımından incelenecektir.

Kararda, Türkiye'nin itirazı üzerine, ICSID'in, söz konusu ihtilaf bakımından yetkili olup olmadığı sorunu öne çıkmıştır. Bu doğrultuda, özellikle mahkemenin kişi ve konu bakımından yetkisi tartışılmıştır.

Uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümünü hedefleyen ICSID Konvansiyonu'nda[1] (Konvansiyon), yatırım kavramı açıkça tanımlanmamıştır[2]. Bu bağlamda mahkeme, ICSID içtihadında ortaya konmuş kriterlere göre yatırım kavramını tanımlamış ve olaya uygulayarak kişi ve konu bakımından yetkiye ilişkin karar (*decision on jurisdiction*) vermiştir.

Aşağıda daha detaylı inceleneceği üzere, ICSID'in milletlerarası yetkisi, merkez nezdinde görülmekte olan hemen her dava özelinde incelenmekte, tarafların, gerçekte ICSID yetkisi dahiline girmeyen durumlarda ICSID

---

* Avukat, İstanbul Barosu.
İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi.

1 14 Ekim 1966 tarihli Washington Konvansiyonu.

2 TİRYAKİOĞLU, Bilgin, Yatırım ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki: ICSID Tahkimi, Uluslararası Ekonomi ve Dış Ticaret Politikaları Dergisi, Yıl 2007, Sayı 1, Cilt 2, 2007, s. 172 .

nezdinde taraf devlet aleyhine "abusive treaty shopping"[3] yoluyla dava açmalarının önü kesilmek istenmektedir. Dolayısıyla, ICSID kararlarının, karara konu olayın gelişimi ile sıkı bağlantısı bulunmaktadır.

Çalışmada öncelikle ICSID'in hukuki yapısı üzerinde kısaca durulacak ve çalışmanın ana konusu olan ICSID'in rıza, kişi ve konu bakımından yetkisi hakkında bilgi verilecektir. Daha sonra, karara konu olay hakkında bilgiler verilecek ve son olarak, verilen bilgiler çerçevesinde hakem heyeti'nin ulaştığı karar incelenecek ve değerlendirilecektir.

I. Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi'nin (ICSID) Hukuki Yapısı

İkinci Dünya Savaşı sonrasında girilen yeniden yapılanma sürecinde, gelişmiş ülkelerden, gelişme yolunda olan veya daha az gelişmiş ülkelere yönelik sermaye akışı, küresel ekonomik kalkınma sürecinde önem kazanmıştır. Her ne kadar, savaş sonrası milliyetçilik ve millileştirme hareketleri sebebiyle zaman zaman sekteye uğramış[4] [5] olsa da, devletlerin yabancı sermaye yatırımlarını kalkınma aracı olarak görmeleri ve bu doğrultuda yabancı sermaye girişini mümkün kılan ve özendiren yasalar çıkartmaları ile sermayenin uluslararası dolaşımı etkinlik kazanmıştır.

Bir devletin, yabancı sermaye bakımından cazip sayılabilmesi, o devletin öncelikle ekonomik, politik ve dolayısıyla hukuki istikrarı sağlayabilmiş olmasına bağlıdır[6]. Diğer yandan, yatırım yapılacak olan ülkenin ticari ve ekonomik özellikleri, siyasi istikrar, ekonomi politikası ve hukuki düzenlemeleri, yabancı sermaye için cazip olacak bir "yatırım iklimi" yaratılmasında etkilidir[7]. Yabancı sermaye yatırımlarının önemli bir kısmı, uzun vadeli ve kalıcı yatırımlar olmaları sebebiyle, ülkede orta – uzun vadede meydana gelebilecek sosyal, siyasal istikrarsızlıklar, rejim değişiklikleri, ekonomi politikasındaki değişiklikler, yabancı yatırımcının, yatırımın doğası gereği almış

---

3 Bkz. aşağıda bölüm; II/A.

4 TİRYAKİOĞLU, Bilgin, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2003, s. 16, (Doğrudan Yatırımlar).

5 Uluslararası bir ticaret örgütü kurma çabasında olan Havana Şartı (Havana Charter for an International Trade Organization – 1948) ve Bölgesel düzeyde bir ekonomik işbirliği ve örgütlenme hedefleyen Bogota Ekonomik Anlaşması (1948) hayata geçememiştir.

6 ŞANLI, Cemal, Uluslararası Ticari Âkitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Beta Yayınları, 3.Bası, İstanbul, 2005, s. 414,(Uyuşmazlık Çözüm Yolları).

7 TİRYAKİOĞLU, Makale, s. 172.

olduğu riskleri beklenmedik noktalara taşıyabilir[8]. Bu riskler karşısında, yatırımcının hakkını arayabileceği nesnel ve güvenilirliği sorgulanmayacak[9] imkanlar yaratmak da, bahsedilen "yatırım ikliminin" hukuki boyutunun önemli bir parçasıdır.

Bu anlamda yabancı yatırımları teşvik etmek ve güvence sağlayabilmek adına ortaya konulan girişimler sonucu, Uluslararası Yeniden Yapılanma ve Kalkınma Bankası (Dünya Bankası) İcra Kurulu Heyeti tarafından hazırlanan Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Washington (ICSID) Antlaşması 18 Mart 1965'te imzaya açılmasını müteakip 14 Ekim 1966'da yürürlüğe girmiştir[10]. Antlaşma, âkit bir devlet ile başka âkit bir devletin vatandaşı arasındaki yatırım ilişkisinden doğan ihtilafların çözümünü hedeflemektedir ve çözüm için uzlaştırma ve tahkim yolu öngörmektedir[11].

Konvansiyon'a göre, ICSID bünyesinde kurulan uyuşmazlık çözüm merkezinin iştigal ettiği ihtilafların bir tarafı, yatırıma ev sahipliği yapan egemen ve ICSID Konvansiyonu'na taraf bir devlet; diğer taraf ise, ICSID Konvansiyonu'na taraf olan başka bir devletin vatandaşı olmak kaydıyla, yatırımcı sıfatına sahip, gerçek veya tüzel bir özel hukuk kişisidir. Konvansiyonun asıl amacı taraflar arasında mevcut yatırım uyuşmazlığını milletlerarası ticaretin gereklerine uygun olarak çözümlemek ve verilen kararların icrasını sağlamaktır[12.] Tarafların bu özellikleri dikkate alındığında, Konvansiyon ve bünyesinde kurulan merkez, diğer kurumsal veya arızi tahkim müesseselerinden ayrılmaktadır. Zira ne tamamen devletler genel hukuku anlamında ne de tamamen özel hukuka tabi bir tahkim kurumu söz konusudur. Bu anlamda, ICSID tahkimi, semi-international (quasi-international) bir tahkim süreci olarak değerlendirilmektedir[13].

Antlaşma, bu yarı–kamusal özelliğine rağmen, tahkimin öncelikli kuralı olan "tarafların iradesine göre teşkil etme" prensibinden ayrılmamıştır[14].

---

8 ŞANLI, *Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, 414.

9 Örneğin, bir ülkede meydana gelen rejim değişikliği sonucu (darbe, ayaklanma v.s.) çok daha devletçi ve millileştirme temelli bir politika uygulanmaya başlanması halinde, o ülkede yatırım yapmış olan yabancı yatırımcının korunmasının o ülke mahkemelerinden beklenmesi makul olmayacaktır.

10 Türkiye 6.12.1988 tarih ve 20011 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan uygun bulma kanunu ile Anlaşmaya taraf olmuştur.

11 ICSID Konvansiyonu madde 1/2.

12 AKINCI, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Seçkin, Ankara, 2003, s.41.

13 ŞANLI, Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986, s.76, (Esasa Uygulanacak Hukuk).

14 NOMER Ergin/EKŞİ Nuray/ÖZTEKİN – GELGEL Günseli, Milletlerarası Tahkim, 2. Baskı, İstanbul, 2003, s.74, (Tahkim).

Zira Konvansiyon[15], tarafların, her somut ihtilaf için, ICSID tahkimi bakımından rızalarını yazılı olarak beyan etmelerini, merkezin yargılama yetkisini haiz olabilmesi açısından şart koşmuştur[16]. Bu husus üzerinde ileride durulacaktır.

ICSID tahkiminin diğer uluslararası tahkim yargılamalarından ayrılan diğer bir özelliği de, ICSID tahkim yargılaması sonucu verilen kararların, Konvansiyon'un 54. maddesi uyarınca, âkit devlet milli mahkemelerinden verilen kararlar gibi icra edilebilmesidir. Dolayısıyla, ICSID hakem heyeti kararları, kararın içeriğine ilişkin herhangi bir tanıma/tenfiz prosedürüne gerek kalmaksızın, doğrudan icra edilebilir niteliktedirler[17].

Dünya Bankası bünyesinde oluşturulmuş olan ICSID tahkim kararlarını icra etmek, devletin, tarafı olduğu uluslararası antlaşma gereği, uluslararası hukuktan doğan bir yükümlülüğü olduğu gibi, aynı zamanda uluslararası mecrada ve yabancı yatırımcılar nezdinde saygınlığının korunması açısından da, politik bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır[18].

ICSID tahkiminin, belirli koşullar dahilinde Devletlerin yargılanmasına imkan veren bu özel niteliği, aynı zamanda bu tahkim prosedürünün, kötüye kullanılması ihtimalini de ortaya çıkartmaktadır. Zira, yerel birey-idare hukuku ilişkisi düzleminde hak aramak isteyen yerel yatırımcı, o devletin milli mahkemeleri nezdinde istediği sonucu elde edemediği takdirde, ihtilafa ICSID nezdinde tekrar yargılama imkanı bulmak amacıyla, "abusive treaty shopping" olarak da adlandırılan ve aslında yatırım amaçlı olmayan bir yurtdışı bağlantı bularak, ihtilafı uluslararası yatırım adı altında ICSID tahkimine taşıma yoluna gitmektedir[19].

Kişinin, yetkisi kapsamında bulunduğu uluslararası antlaşma ve/veya farklı ülke milli mahkemelerinden birini seçerek, burada yargılama talep etmesi, uluslararası özel hukukta "treaty shopping" veya "forum shopping" olarak adlandırılmaktadır. "Treaty shopping" veya "forum shopping" kural olarak kanuni ve hukukidir[20]. Ancak kişinin, yetkisine tabi olmadığı bir milletlerarası antlaşma veya milli mahkeme nezdinde yargılama talep etmesi, yukarıda bahsedilen imkanın kötüye kullanılmasıdır ("Abusive treaty shopping").

---

15 Konvansiyon, 25. madde

16 NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN-GELGEL, *Tahkim*, s.76.

17 ŞANLI, *Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, s.426.

18 TİRYAKİOĞLU, *Doğrudan Yatırımlar*, s.154.

19 Phoenix Action, Ltd. v.The Czech Republic (ICSID Case No. ARB/06/5), *para.136.*

20 NOMER, Ergin/ŞANLI, Cemal; Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 17. Bası, Beta Yayın, İstanbul, 2009, s, 465.

Bu gibi durumların engellenmesi, diğer yandan ICSID Konvansiyonu ile hedeflenen *"ekonomik işbirliği ve gelişme"*nin[21] önünün kesilmemesi amacıyla, ICSID tahkiminde yetkinin belirlenmesi aşamasında, ICSID Tahkimi'ne kaynak oluşturan ICSID Konvansiyonu, Çok Taraflı ve Çift Taraflı Yatırım Anlaşmaları ve Hakem Heyeti İçtihatları ile belirlenmiş kriterlerin uygulanması önem taşımaktadır[22].

II. Uluslararası Yatırım Tahkimi'nde ICSID'in Yetkisi

A. Genel Olarak

ICSID, milletlerarası bir antlaşma ile kurulmuş ve bu bakımdan semi-international özellik taşıyan bir uluslararası tahkim merkezi olması itibarıyla, uluslararası yatırım uyuşmazlıkları bakımından devletleri yargılama yetkisi olan bir uluslararası tahkim merkezidir. Merkezin işlerliğinin sağlanması, bir tarafı özel hukuk kişisi, diğer tarafı da devlet olan yargılama süreçlerinde, taraflar arası dengenin korunmasına bağlıdır[23].

ICSID, tahkim yargılamasını doğrudan gerçekleştirmez, ancak tahkim prosedürünü yönetir[24]. Yargılama, taraflarca seçilecek hakemler tarafından gerçekleştirilir. Ancak Merkezin, kendisine yapılan başvurunun, ICSID Konvansiyonu kapsamında olduğunu belirleme yetkisi vardır.

Başvuru prosedürüne göre, taraflar, yazılı tahkim başvurusunu, ICSID Genel Sekreterliği'ne gönderir. Genel Sekreterlik, yapacağı inceleme sonucunda, başvurunun açıkça Merkez'in yetkisi dışında olduğuna karar vermesi halinde başvuruyu reddedecek, yetki kapsamında olduğuna karar vermesi halinde ise tescil edecektir[25]. Genel sekreterliğin bu yetkisi Konvansiyonun 36/3. Maddesinde belirtilmiştir. Buna göre başvurunun reddi kararları kesindir[26]. Başvurucu isterse, başvuru ücretini ödeyerek yeniden başvuruda bulunabilir.

---

21 Konvansiyon Dibacesi 2. Paragraf.

22 SCHREUER, Christoph/MALINTOPPI, Loretta/REINISCH, August/SINCLAIR, Anthony; The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge University Press, 2.basım, 2009, Cambridge, s. 128, (Commentary).

23 YILMAZ, İlhan, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, Beta Yayın, İstanbul, 2004, s.45.

24 ŞANLI, *Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, s.415.

25 AKYÜZ, Şule, The Jurisdiction Of ICSID: The Application of the Article 25 of Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 52, Sayı: 3, Ankara, 2003, s.337, (Jurisdiction).

26 NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN-GELGEL, *Tahkim*,s. 80.

İtiraz yolu mevcut olmayan böyle bir karar mekanizmasının bulunması, hak arama özgürlüğü kapsamında eleştirilebilir. Ancak, başvuru ve hakem tayini gibi süreçlerin belirli bir zaman ve masraf gerektirmesi, diğer yandan, devletlere karşı hak iddia ve talep etme imkanı veren ICSID mekanizmasının kötüye kullanılmasının önüne geçmek için böyle bir yolun izlenmesi makul karşılanmalıdır[27].

Başvurunun kabulü de, yetkinin kesin olarak varlığı anlamına gelmemektedir. Yargılamayı yürütecek hakem heyeti, yetkiye ilişkin hususları, re'sen veya talep üzerine inceleyerek karara bağlayabileceklerdir[28].

Merkez'in yetkisi, Konvansiyon'un 25. Maddesinde düzenlemiştir. Merkez nezdinde yürütülen uzlaştırma ve tahkim faaliyetleri, bu madde kapsamındadır[29]. 26. ve 27. Maddelerde ise merkezin münhasırlığı ve diplomatik koruma konuları düzenlenmiştir.

Konvansiyon kapsamında Merkez'in yetkisi, genel olarak üç başlık halinde incelenebilir. Bunlardan birincisi tarafların ICSID nezdinde tahkim yargılamasını kabul ettiklerine dair rıza *(Ratione Voluntatis),* diğeri, tarafların, Konvansiyon ve diğer ilgili belgelerde belirlenmiş kriterlere sahip olmaları yönünde kişi bakımından yetki *(Ratione Personae),* sonuncusu ise, ICSID Konvansiyonu'nun asıl amacı olan yatırım uyuşmazlıklarının çözümü kapsamında bir yatırımın söz konusu olup olmadığına dair konu bakımından yetkidir *(Ratione Materiae).*

ICSID içtihatlarında[30] bu başlıklara, konvansiyonun hangi anda doğmuş ihtilaflar üzerinde yargılama yetkisi olduğunun tartışıldığı, zaman bakımından yetki *(Ratione Temporis)* başlığı da eklenmiştir. Zaman bakımından yetki kuralı, bir devletin, ICSID nezdinde bir yatırımı koruyucu taahhüdünü içeren beyanından sonra yapılan başvuruların ICSID nezdinde değerlendirilebileceğini öngörmektedir. Çalışmada zaman bakımından yetkiye daha fazla değinilmeyecektir.

B. Rıza Bakımından *(Ratione Voluntatis)*

1. Genel Olarak

Tahkim yargılaması, özü itibariyle, salt taraf iradelerine dayanan ve devlet mahkemelerinde yürütülen yargılamaya alternatif bir yargılama usu-

---

27 YILMAZ, a.g.e., s.46.

28 NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN-GELGEL, *Tahkim*, 80, d.n. 46.

29 YILMAZ, a.g.e., s.45.

30 Örn. *Phoenix Action v. Czech Republic* (ICSID Case No. ARB/06/5).

lüdür[31]. Bu sebeple, yerel veya uluslararası; kurumsal veya arızì; hemen her tür tahkim yargılamasında, başlıca unsur, tarafların, aralarındaki ihtilafı tahkim nezdinde çözüme kavuşturmak yönünde ortaya çıkan iradeleridir. Dolayısıyla tahkim mahkemelerinin yetkisinin de temelde bu iradeye dayandığı söylenebilir. Bu bağlamda, tahkim mahkemesinin yetkili sayılabilmesi için, tarafların bu yöndeki iradelerinin tespiti gerekecektir.

ICSID için de bu söylenenler geçerlidir. Ancak ICSID'in bir uluslararası anlaşma ile kurulmuş olması ve yargılamanın taraflarından birinin her zaman bir devlet olması, bu irade açıklamalarını ve irade açıklamalarının tespitini nitelikli bir konuma yerleştirmektedir. Zira hukuki anlamda Devlet, özel hukuk süjesi olmamakla birlikte, yatırım anlaşmalarında, (örn. Yap-İşlet-Devret veya Kamu-Özel Ortaklıkları) özel hukuk kişisi gibi hareket etmektedir. Özellikle Devlet'in, dolayısıyla idarenin akdettiği özel hukuk sözleşmelerinde, sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi, o sözleşme ilişkisinden doğacak ihtilafların çözüm mekanizmasını da belirleyici rol oynayacaktır[32].

Merkezin yetkisinin taraflarca kabulü bakımından objektif ve subjektif olmak üzere iki yönlü bir şart söz konusudur. Buna göre ihtilaf konusu yatırıma ev sahipliği yapan (ev sahibi) devlet ile yatırımcının vatandaşı olduğu (kaynak) devlet, ICSID Konvansiyonu'na taraf olmalıdırlar. Bu yetki kabulünün objektif şartıdır. Ancak, bir Devletin ICSID Konvanisyonu'na taraf olması, o Devletin tarafı olduğu bir ihtilafın ICSID tahkimi nezdinde çözülmesi için yeterli değildir. Taraflar, ICSID'e taşınmak istenen somut ihtilaf bakımından ICSID yargılamasını kabul ettiklerine dair onayı yazılı olarak sunmuş olmalıdırlar. Somut ihtilafın ICSID nezdinde çözülmesine taraflarca icazet veren bu rıza beyanı, yetki kabulünün subjektif şartıdır[33].

ICSID yargılamasının tarafları, bir âkit devlet ile diğer bir âkit devlet vatandaşı gerçek veya tüzel kişidir. Konvansiyonun amacı göz önüne alındığında, tahkim yargılamasına başvuran tarafın hemen her zaman yatırımcı gerçek veya tüzel kişi olacağı söylenebilir. Zira, egemen bir devletin kendi ülkesinde vuku bulan bir yatırım ihtilafını kendi milli mahkemelerinde çözdürmek isteyeceği, varsayımsal olarak söylenebilir. Diğer yandan, ICSID yargılamasının, devletler bakımından kısmi bir yetki devri içerdiği görüşü de bu varsayımı desteklemektedir. Bu nedenle, ICSID'e başvuran yatırımcı,

---

[31] ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.17; NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN-GELGEL, *Tahkim*, s.13.

[32] ASLAN, Zehreddin /ARAT, Nilay, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 4, Sayı 8, Güz 2005/2, s.1-25.

[33] YILMAZ, a.g.e. s.49, SCHREUER/SINCLAIR/MALINTOPPI/REINISCH, *Commentary*, s. 82.

ihtilaf bakımından yazılı onayını başvuru ile birlikte sunmuş olmaktadır. Dolayısıyla bu noktada kritik olan, ev sahibi devletin onayının sunulma biçimidir. Konvansiyon, onay beyanı konusunda özel bir düzenleme getirmemiştir. Bununla birlikte, onayın verilme biçimine ilişkin farklı yollar söz konusu olabilir.

2. Rıza Şartı Olarak Onay Beyanı

a. Tarafların Anlaşması Yoluyla

Bunlardan birincisi, tarafların somut ihtilafa konu olay temelinde karşılıklı olarak anlaşmış olmalarıdır. Bu anlaşma, taraflar arasında mevcut yatırım anlaşmasına konulacak bir tahkim maddesi *(clause compromissoire)* ile olabileceği gibi, tarafların doğrudan bir tahkim anlaşması akdetmeleri ile de sağlanabilir *(compromis).* Bu ihtimallerin yanı sıra, taraflar arasında mevcut yatırım sözleşmesinde, ilgili devlet bakımından onay beyanı içeren bir resmi belgeye atıf yapılarak da onay beyanı sağlanabilir[34].

b. Ulusal Mevzuat Yoluyla

ICSID Konvansiyonu'na taraf olan bir devlet, ICSID tahkim yargılaması bakımından gerekli onaya ulusal mevzuatında yer verebilir. Günümüzde bir çok ülke, yabancı sermayeyi ülkesine çekebilmek için, ICSID Konvansiyonu'nun amacına paralel olarak, yabancı yatırımı özendirici ve koruyucu mevzuat ihdas etmektedir. Yabancı yatırımlarla ilgili kanunların çoğu, ihtilafların çözümü konusunda, doğrudan ya da kademeli olarak tahkim süreci öngörmektedir. ICSID tahkimi de, niteliği itibariyle, tercih edilen uyuşmazlık çözüm yöntemlerindendir.

Türkiye'de, yabancı yatırımlarla ilgili şartları düzenlemek üzere 2003 yılında 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu[35] çıkarılmıştır. Kanun'un "Uyuşmazlıkların Çözümü" başlıklı 3/e maddesine göre;

> "Özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve **tarafların anlaşması kaydıyla**, milli veya milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilinir." (Vurgu eklenmiştir)

---

[34] SCHREUER/SINCLAIR/MALINTOPPI/REINISCH, *Commentary*, s.192.

[35] R.G.17.06.2003 / 25141.

Kanun'da milletlerarası tahkim, milli mahkemelere ve yerel tahkim yoluna alternatif olarak bir çözüm yolu olarak getirilmiş olmakla birlikte, ICSID tahkimi bakımından özel bir atıf yoktur. Bu bağlamda, 4875 sayılı Kanun'da Türkiye'nin ICSID tahkimi açısından gerekli onayı sunduğu söylenemez.

c. Çok Taraflı Uluslararası Anlaşmalar Yoluyla

Onay, milletlerarası çok taraflı anlaşmalarda da yer alabilir. Örneğin, Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması[36] (NAFTA) 1115. v.d. maddelerinde, yatırımlardan kaynaklanan ihtilafların tahkim yoluyla çözümü düzenlenmiştir. Anlaşmanın "Tahkime Onay" başlıklı 1122. Maddesinde,

> "1. Her bir taraf bu Anlaşmada öngörülen usullere göre bir talebin tahkime götürülmesine onay verir.
>
> 2. 1. Paragrafta verilmiş olan onay ve uyuşmazlık tarafı yatırımcının bir talebini tahkime sunması:
>
> a. ICSID Konvansiyonu'nun II. Kısmı (Merkezin Yetkisi) ve Ek Mekanizma Kuralları için gerekli tarafların yazılı onayı olarak kabul edilecektir;…"

denilerek, ICSID' in yetkisine açıkça onay verilmiştir.

Diğer yandan, Türkiye'nin, 17 Aralık 1994'te imzalayarak taraf olduğu Avrupa Enerji Şartı Antlaşması'nın[37] 26/5/a maddesinde:

> "….maddesi kapsamında verilen muvafakat, paragraf (4) uyarınca verilen Yatırımcının yazılı muvafakati ile birlikte aşağıdaki hususlara ilişkin şartları sağlayacaktır.
>
> (i) İlave Hizmet Kuralları ve ICSID Konvansiyonu'nun II. Bölümünün amaçları doğrultusunda bir uyuşmazlık için tarafların yazılı izni"[38]

denilerek, açıkça onay sağlanmıştır[39].

---

[36] http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx?conID=590(Erişim 7.04.2011).

[37] R.G. 6.2.2000 / 23956.

[38] NOMER Ergin/EKŞİ Nuray/ÖZTEKİN-GELGEL Günseli, Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Antlaşmalar, Cilt II, Beta Yayın, İstanbul, 2008, s.140, (Mevzuat).

[39] AKINTÜRK, Esen/BAKLACI, Pınar, Enerji Şartı Anlaşması, D.E.Ü. İşletme Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, 2006,s. 115.

d. İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları Yoluyla

Ülkelerin yabancı sermayeyi çekme eğilimi, uluslararası alanda çift taraflı yatırım anlaşmalarını popüler kılmıştır. Bu antlaşmalarda da çeşitli şekillerde uluslararası tahkim yoluna ve özellikle ICSID tahkim yargılamasına atıf yapılmaktadır.

Bu atıf, her zaman âkit devletlerin onayını içermemektedir. Örneğin, Çift Taraflı Yatırım Anlaşması'nda, *"yatırımla ilgili doğacak herhangi bir uyuşmazlığı … uzlaşma veya tahkim için Merkeze götürme konusunda ilgili vatandaşın talebine sempatik bakacaktır"* gibi bir hüküm, ICSID'in yetkisi için aranan onay şartını gerçekleştirmeyecektir[40].

Çift Taraflı Yatırım Anlaşması'nda tahkim ve özellikle ICSID tahkimine başvurma imkanının alternatifli olarak sunulması da mümkündür. Örneğin, doğabilecek ihtilafların öncelikle sulh yoluyla çözümü, mümkün olmadığı takdirde uluslararası tahkime gidilebileceği hükmü çift taraflı yatırım antlaşması metninde yer alabilir. Ancak bu da, her ne kadar devletlere, antlaşmada yer alan diğer şartlar (örneğin, öncelikle sulh yoluna başvurulması veya öncelikle ev sahibi ülkenin milli mahkemelerine başvurulması gibi) gerçekleştiğinde, uluslararası tahkim yargılamasına onay verme yükümlülüğü getirse de, ICSID tahkim yargılaması için gerekli "doğrudan" onay vasfı taşımayacaktır. Dolayısıyla, somut olayda, ev sahibi devletin, ICSID tahkimi bakımından, ihtilafa özgü olmak üzere, onay vermesi beklenecektir.

Çift taraflı yatırım anlaşmalarında, Devletler, yatırım uyuşmazlıklarının giderilmesi için uluslararası tahkim yoluna başvurulduğunda "onay verme taahhüdünde" bulunabilirler[41].

Ancak, çift tarafı antlaşmalar, devletler arasında imzalanan ve devletler genel hukuku nitelikli antlaşmalardır. Dünyada bir çok ülkenin tarafı olduğu 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 26. maddesinde belirtilen ahde vefa (pacta sund servanda) kuralı, aynı zamanda temel bir hukuk kuralıdır[42]. Dolayısıyla devletler arasında imzalanan antlaşmalar, öncelikle devletlerin bu sözleşmelere riayet etmesi borcunu doğurur. Çift Taraflı Yatırım Anlaşmalarında belirtilen taahhütler de bu anlamda bir yükümlülük doğursa da, ICSID'in yetkisini kabul anlamına gelecek bir onay beyanı teşkil etmezler.

Devletlerin çift taraflı yatırım anlaşması yoluyla, uluslararası tahkim yargılaması için rıza beyanında bulunmalarının diğer bir yolu da, "açık onay"

---

40 SCHREUER/SINCLAIR/MALINTOPPI/REINISCH, *Commentary*, s.205.

41 AKYÜZ, *Jurisdiction*, s.348.

42 GÜNDÜZ, Aslan, Milletlerarası Hukuk, Beta Yayın, 5. Bası, İstanbul, 2003, s. 183.

beyanıdır. Buna göre devletler, akdettikleri çift taraflı yatırım antlaşmalarında açıkça ICSID nezdinde yürütülecek tahkim yargılaması için onay verdiklerini belirtirler ki, bu beyan ICSID nezdinde yetki için aranan subjektif şartı karşılar. Dolayısıyla, bu beyana dayanan diğer âkit devlet vatandaşı yatırımcı, yapacağı başvuru üzerine ICSID tahkim mekanizmasını harekete geçirebilecektir.

C. Kişi Bakımından *(Ratione Personae)*

ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesine göre Merkez, yatırıma ev sahipliği yapan âkit devlet ile diğer bir âkit devlet vatandaşı yatırımcı arasında ortaya çıkan ihtilafları çözmekle yetkilendirilmiştir. Bu bakımdan, yetkinin belirlenmesinde, ev sahibi devlet ile diğer devlet vatandaşı yatırımcının taşıması gereken özellikler incelenecektir.

1. Yatırıma Ev Sahipliği Yapan Devlet Bakımından

Konvansiyon dahilinde Merkezin yetkili kılınabilmesi için, somut ihtilafın taraflarından birinin Konvansiyon tarafı bir devlet olması gereklidir[43]. Ev sahibi devlet, davacı olabileceği gibi, uygulamada şimdiye kadar hep davalı konumda bulunmuştur[44].

Konvansiyon'un 68. maddesine göre bir devlet, Konvansiyonun kendi anayasal usullerine göre tasdik, kabul veya onayla iç hukukuna dahil edilmesini müteakip, bu onay belgesinin, Merkez'e depo edilmesinden itibaren 30 gün sonra, âkit devlet statüsü kazanır. Âkit devlet statüsünün kaybedilmesi de, âkit devlet tarafından merkeze Konvansiyon'dan çekilme yönünde yapılacak bildirimden altı ay sonra gerçekleşmektedir. Çekilmenin yürürlüğe girmesinden önce verilen rıza ve onay, geçerliliğini sürdürecek, bu rıza ve onaya dayanarak başlayan yargılama, devlet konvansiyondan çekilse dahi devam edecektir.

İhtilaf tarafı, âkit ev sahibi devleti temsilen, o devletin belirli bir kurumu, alt birimi veya ajanı olabilir. Bu tip alt-kurumlarla ilişkilerden doğan yatırım ihtilafları bakımından da, alt-kurumların bağlı bulundukları devletin Konvansiyon'a taraf olması, Merkezin kişi bakımından yetkisini doğurmak için yeterli olacaktır[45].

Ancak, bu alt-kurumların temsil yetenekleri, bağlı bulundukları devlet tarafından sınırlandırılabilir, Merkez'e yapılacak bir bildirime tabi

---

[43] Konvansiyon madde 25/1.

[44] YILMAZ, a.g.e. s. 84.

[45] SCHREUER/SINCLAIR/MALINTOPPI/REINISCH, *Commentary*, s.232.

kılınabilir; veya bu alt-kurumların devlet adına verecekleri onay, devletin kabulüne bağlı tutulabilir[46]. Bu tip durumlarda asıl olan, âkit devletin, alt-kurumlarının temsil veya onay verme yeteneklerine ilişkin politikasını daha önceden açıklamış olmasıdır. Bu tip bir politika beyanı mevcutsa, alt-kurumların temsil yetenekleri buna göre değerlendirilecektir. Mevcut olmaması durumunda, asıl olan, âkit devletin ICSID tahkimi yönünde öngördüğü rıza beyanıdır[47].

2. Diğer Devlet Vatandaşı Yatırımcı Bakımından

Konvansiyon'un 25/1 maddesinde, "diğer bir âkit devletin vatandaşı gerçek kişi" tanımlanmıştır. Buna göre,

> "tarafların uyuşmazlığı uzlaşmaya veya tahkime götürmeye onay verme ve istemin 28. maddenin 3. paragrafı veya 36. maddenin 3. paragrafına göre tescil edildiği tarihte, uyuşmazlığa taraf olan devletten başka bir diğer âkit devletin vatandaşlığına sahip, fakat her iki tarihte de uyuşmazlığa taraf âkit devletin vatandaşı olmayan gerçek kişi"dir.

Bu tanıma göre, yatırımcı tarafın taşıması gereken biri negatif, diğeri de pozitif vatandaşlık koşulu mevcuttur; pozitif koşula göre, yatırımcı, tahkime onay veya tahkim isteminin tescili tarihinde, âkit bir devletin vatandaşı olmalıdır. Diğer yanda, yatırımcı, diğer taraf devletinin vatandaşı olmamalıdır. Bu negatif koşulun var olmaması, yani yatırımcının, sadece veya başka bir devletin vatandaşlığı ile birlikte, ev sahibi devletin vatandaşı olması, ICSID'in yetkisini engelleyen mutlak nitelikli bir durum yaratır ve diğer devlet rıza gösterse dahi aşılamaz.

Ne var ki, bu kuralın yorumlanmasında da farklı görüşler mevcuttur. Negatif koşul, gerçek kişiler için mutlak anlamda yorumlanmakla birlikte, tüzel kişiler için, somut olayın niteliklerine bağlı olarak istisnalar tanınabilmektedir[48].

Yatırımcının vatandaşlığı konusunda tartışılagelmiş diğer bir unsur da, bu vatandaşlığın etkili (*etkin, effective)* ya da gerçek bir vatandaşlık olup olmadığıdır. Etkin vatandaşlık kavramı, ICSID Konvansiyonu kapsamında yer bulan bir kavram değildir. Kavram, uluslararası literatüre, Nottebohm[49]

---

[46] Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20), *para.237.*

[47] YILMAZ, a.g.e., s. 93.

[48] SCHREUER/SINCLAIR/MALINTOPPI/REINISCH, *Commentary*, s. 263-264, YILMAZ, s.111.

[49] 1881 yılında Hamburg'da doğan bay Friedrich Nottebohm, 1905 yılında Guatemala'ya giderek ikametgahını ve iş merkezini bu ülkede tesis etmiştir.

davası olarak bilinen ve Uluslararası Adalet Divanı'nda (ICJ) verilen Liechtenstein v. Guatemala kararı ile girmiştir. Kararda[50], mahkeme, Bay Nottebohm'un Liechtenstein vatandaşlığının etkin ve gerçek vatandaşlık olmadığına bu nedenle taleplerin reddine karar vermiştir.

Etkin vatandaşlık kavramı, daha çok devletler umumi hukuku kapsamında ele alınan bir kavramdır. Özellikle "devlet koruması" söz konusu olan ihtilaflarda, devletin müdahalesinin meşru olup olmadığının tespitinde kullanılan kriter, aynı zamanda uluslararası hukukta kabul edilmesi gereken genel bir prensip olarak ileri sürülmektedir[51].

Kavram, uluslararası yatırım uyuşmazlıkları bakımından özellikle, çift taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan ICSID tahkim atfına dayanarak açılan davalarda tartışılmaktadır.

Yatırımcı, aynı anda ev sahibi ülke vatandaşı ve diğer bir âkit devlet vatandaşı olabilmektedir. Örneğin, Champion Trading v. Egypt[52] davasında, Amerika'da Mısırlı bir babadan doğmuş üç kardeş, Mısır'da mevcut yatırımlarından doğan bir ihtilaf üzerine ICSID tahkim yoluna başvurmuştur. Davalı Mısır Devleti, davacıların Mısır vatandaşı olduklarını ve ICSID nezdinde kişi bakımından yetkinin doğmadığını ileri sürmüştür. Davacılar bu iddiaya karşılık, Amerika'da doğduklarını ve ikamet etmekte olduklarını, hayatlarının hemen hepsini bu ülkede geçirdiklerini, "etkin vatandaşlığın" Amerikan vatandaşlığı olduğunu, Mısır vatandaşlığının ise sadece babalarının vatan-

---

1943 yılına kadar ikametgahını Guatemala'da tutan Nottebohm, bu süre içinde Almanya'ya da çeşitli seyahatler yapmıştır. 1939'da Almanya'nın Polonya'ya saldırmasından bir ay sonra, Liechtenstein nezdinde ikamet yoluyla vatandaşlık talebinde bulunmuştur. 4 Ocak 1939 tarihi itibariyle Liechtenstein vatandaşlığını alan Nottebohm, Guatemaladaki işinin başına dönmüştür. 1941'de Guatemala, Almanya'ya karşı savaşa girince, Nottebohm'u alman vatandaşı olduğu gerekçesiyle Amerikan Kuvvetleri'ne teslim etmiştir. Nottebohm iki yıl boyunca tecrit kampında esir tutulduğu gibi, 1944 yılında Guatemala'daki tüm malvarlığına, bu ülke tarafından el konulmuştur. Tecrit kampından tahliye edilen Nottebohm, Guatemala'ya döndüğünde kendisinden vize talep edilir ve ülkeye alınmaz. Bunun üzerine Liechtenstein'a yerleşen Nottebohm adına Liechtenstein devleti, tebaasının maruz kaldığı haksız fiillerin tamir ve telafisi amacıyla ICJ'de Guatemala aleyhine dava ikame etmiştir. Mahkeme Bay Nottebohm'un Liechtenstein Devletinin diplomatik korumasından yararlanmasını, ancak o kişininin, diplomatik korunması altında olacağı devletle sıkı ilişki içinde olmasına, diğer bir deyişle, iddia edilen vatandaşlığın etkinliğine bağlı olduğuna hükmetmiştir. (UNAT, İlhan, Nottebohm Kararı ve Tabiiyetin Gerçekliği İlkesi, Sevinç Matbaası,Ankara, 1966, s. 3).

50 ICJ, 1955 I.C.J /. 4.

51 Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20), *para 54.v.d.*

52 Champion Trading v. Egypt ICSID Case No (ARB/02/9).

daşlığından kaynaklandığını belirterek, Amerikan vatandaşlığının dikkate alınmasını talep etmişlerdir.[53] Mahkeme, yetkiye ilişkin kararında[54] "ICSID Konvansiyonu 25/2,a maddesindeki **açık ve mutlak hüküm karşısında**, baskın ve etkin vatandaşlık testinin, aynı zamanda ev sahibi devletin vatandaşlığına sahip çifte vatandaşlar için geçerli olmadığını" belirterek talebi reddetmiştir. (Vurgu eklenmiştir.)

Siag v. Egypt[55] davasında ise, İtalyan vatandaşı oldukları taraflarca kabul edilen iki gerçek kişi, Akaba Körfezi'nde mevcut yatırımlarından doğan ihtilafın çözümü için, Mısır Devleti'ne karşı ICSID tahkimine başvurmuştur. Davalı Mısır Devleti, her ne kadar davacıların İtalyan vatandaşı olduklarını kabul etse dahi, hayatlarının ve yatırımlarının önemli bir kısmını Mısır'da geçirdiklerinden hareketle, davacıların etkin vatandaşlıklarının Mısır vatandaşlığı olduğunu ve bu sebeple başvurunun yetkisizlik nedeniyle reddini talep etmiştir[56]. Mahkeme, yetkiye ilişkin kararında[57], davacıların Mısır Devleti ile olan yakın ilişkilerini kabul etmekle beraber, etkin vatandaşlık testinin ICSID Konvansiyonu'nda yer bulmadığını ve Davacıların hiçbir zaman Mısır vatandaşı veya herhangi bir çifte vatandaşlık sahibi olmadıkları göz önüne alındığında, talebin kabul edilemeyeceğini belirterek, yetkinin tesis edildiğine hükmetmiştir.

Dolayısıyla, ICSID tahkiminde, yatırımcının vatandaşlığının tespiti, kişinin hayat akışı içinde hangi ülkeyle daha çok bağlantılı olduğundan çok, resmi belgelerle kanıtlanmaktadır.

Bu durumun tek istisnası, kontrolünü ev sahibi ve kaynak devletin müştereken yürüttükleri tüzel kişiler açısından geçerli olabilir[58]. Bu durumda, tüzel kişiliğin, gerçekte hangi devletin kontrolünde olduğu, kabul edilen diğer kriterlerle birlikte (şirketin genel merkezi, hangi ülke hukukuna göre kurulmuş olduğu, başlıca faaliyet yeri v.s.) değerlendirilebilmektedir[59].

D. Konu Bakımından *(Ratione Materiae)*

ICSID Konvansiyonu'nun amacı ve fonksiyonu göz önüne alındığında, çeşitli niteliklere sahip yatırım kavramının, Konvansiyon'un merkezinde yer

---

53 Champion Trading v. Egypt, *bölüm 3.3.*

54 Champion Trading v. Egypt, Decision on Jurisdiction, 21 Ekim 2003, *para.11.*

55 Siag v. Egypt ICSID Case No (ARB/05/15) .

56 Siag v. Egypt (ARB/05/15),*para.154 v.d.*

57 Siag v. Egypt, Decision on Jurisdiction, 11 Nisan 2007, *para. 142.*

58 SCHREUER/SINCLAIR/MALINTOPPI/REINISCH, *Commentary*, s. 267.

59 SCHREUER/SINCLAIR/MALINTOPPI/REINISCH, *Commentary*, s. 694.

aldığı kabul edilmektedir[60]. Buna rağmen, Konvansiyon, belirli bir yatırım kavramı barındırmamaktadır[61]. Yatırım tanımına Konvansiyon'da yer verilmemiş olması, Merkezin yetkisinin belirlenmesini görüşecek hakem heyetlerine geniş bir takdir alanı sunmaktadır. Buna karşın bu alanın, Sözleşme'nin amacı doğrultusunda sınırlı ele alınmasının gerekli olduğu belirtilmiştir[62].

Bunun yanı sıra, Konvansiyon, yatırım tanımını düzenlememekle birlikte, merkezin yetkisi dahilinde kalan uyuşmazlıkların taşıması gereken özellikleri belirtmiştir. Konvansiyon'un yetkiyi düzenleyen 25. maddesinde, "Merkezin yargılama yetkisi … **bir yatırımdan doğrudan kaynaklanan** herhangi bir **hukuki uyuşmazlığı** kapsayacaktır…" denmektedir. (Vurgu eklenmiştir.) Maddeye göre, merkezin yargı yetkisi kapsamında kalacak bir uyuşmazlığın, "yatırımdan, doğrudan kaynaklanan" ve "hukuki" bir uyuşmazlık olması gerekecektir. Aşağıda bu kavramlar üzerinde durulacaktır.

1. "Hukuki" Uyuşmazlık

Konvansiyonun ilgili maddesine göre, Merkez'in konu bakımından yetkisinin doğması için, taraflar arasındaki uyuşmazlığın hukuki bir uyuşmazlık olması gerekecektir. Bu kural, Konvansiyon'un esas amacıyla paralel bir düzenlemedir, zira taraflar arasındaki politik veya ticari ihtilaflar ICSID yargısına konu edilemeyecektir.

Ayrıca, Konvansiyon'un İcra Direktörleri Raporu'nda[63], hukuki uyuşmazlığın tanımı verilmiştir. Buna göre, ICSID'in konu bakımından yetkisi, menfaat uyuşmazlıklarını kapsamamakta, sadece hak uyuşmazlıklarından doğan ihtilaflarda ortaya çıkmaktadır[64]. Bir uyuşmazlık ancak eski hale iade veya tazminat gibi taleplerin, bu taleplere kaynak oluşturan uluslararası anlaşmalara veya mevzuata göre talep edilmesi halinde hak uyuşmazlığı olarak nitelenebilir[65]

Örneğin, milletlerarası satım ilişkisinde ortaya çıkan temerrüt ve bu temerrüt sebebiyle uğranılan zararın tazmini talebi, ICSID'in yetkisi kapsamında değerlendirilemez. Ancak bu noktada, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının, doğaları gereği politik bir yanlarının da olduğu gözden

---

60 SCHREUER/SINCLAIR/MALINTOPPI/REINISCH, *Commentary*, s. 114.

61 YILMAZ,a.g.e., s 133.

62 SCHREUER/SINCLAIR/MALINTOPPI/REINISCH, *Commentary*, s.117.

63 Executive Directors Report, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_en-archive/ICSID_English.pdf>31.10.2011.

64 Executive Directors Report,*para. 26.*

65 YILMAZ,a.g.e, s. 134.

kaçırılmamalıdır. Örneğin CSOB v. Slovakia[66] davasında, Çek ve Slovak Devletlerinin ayrılması sonucu tasfiye edilen devlet bankası CSOB'nin tasfiye sürecindeki belirli düzenlemelerden kaynaklanan uyuşmazlığın ICSID nezdinde görülmesi üzerine, Davalı Slovakya Devleti'nin, uyuşmazlığın, iki devletin ayrılması gibi salt siyasi bir temele dayandığı yönündeki itirazı, Hakem Mahkemesi'nce kabul görmemiştir. Mahkeme, "her ne kadar bir devletin taraf olduğu uyuşmazlıklar genellikle politik unsurlar ve hükümet tasarrufları içerse de, bu uyuşmazlıklar hukuki hakları ve borçları veya bunların ihlalini ilgilendirdiği sürece hukuki niteliğini kaybetmezler[67]" diyerek yetkinin varlığını kabul etmiştir.

2. "Doğrudan" (Bir Yatırımdan) Kaynaklanma

Uyuşmazlık, doğrudan bir yatırım uyuşmazlığından kaynaklanmalıdır[68]. Bu bağlamda, uyuşmazlığın kaynağının doğrudan bir yatırım ilişkisi veya alt-unsurları olması, merkezin yetkisinin tesisi açısından objektif bir unsur olup, tarafların iradeleri ile bertaraf edilemez.

Ancak, ICSID içtihadında[69] bu kural geniş yorumlanarak, çoğunlukla yetkinin tesisi yoluna gidilmiştir. Zira, Konvansiyon'un ilgili maddesinde geçen "doğrudan" kelimesi, yatırıma değil, yatırımdan doğan uyuşmazlığa ilişkindir[70]. Başka bir ICSID kararında[71] da, yatırım işlemlerinin birliğinden söz edilerek, aynı taraflar arasında birden çok yatırım ilişkisinden doğan uyuşmazlık, diğer kriterleri karşıladığı oranda, ICSID'in yetkisi dahilinde kabul edilmiştir.

3. Yatırım Kavramı

Yatırım kavramı, her ne kadar ICSID Konvansiyonunun merkezinde yer almakta ise de, kavramın tanımı, Konvansiyon'da yer almamaktadır. Bu durum doktrinde farklı yönlerde yorumlanmıştır.

Yatırım kavramının tespiti kriterleri konusunda Konvansiyon'un amacından yola çıkarak, farklı sonuçlara varılmaktadır. Bir görüş, ICSID

---

66 CSOB v. Slovakia (ICSID Case No ARB/97/4.).

67 CSOB v. Slovakia (ICSID Case No ARB/97/4.) *para. 36.*

68 SCHREUER/SINCLAIR/MALINTOPPI/REINISCH, *Commentary* s.119, YILMAZ, a.g.e., s. 137.

69 Holiday Inns v Morocco (ICSID Case No: ARB/72/1), Amco v Indonesia (ICSID Case No:ARB/81/1), Tradex v. Albania (ICSID Case No: ARB/94/2).

70 Fedax v. Venezuela (ICSID Case No: ARB /96/3).

71 Holiday Inns v Morocco (ICSID Case No: ARB/72/1).

Konvansiyonu'nun onay kaynaklarında (karşılıklı anlaşma metni, ulusal mevzuat, çift taraflı yatırım anlaşmaları) yer alan yatırım tanımını esas alarak, somut ihtilafın ICSID tahkiminde halline rıza gösteren tarafların tabi oldukları metinlerle "uyumlu" bir yorum tercih etmekte; diğer bir görüş ise, yatırım kavramının her somut olaya göre yeniden yorumlanmasının istikrar ve içtihat birliği açısından sakıncalı olduğunu söylerek, yatırım kavramının belirli kriterler temelinde "sınırlandırılmasını" önermektedir.

Bir görüşe göre, bu boşluk bilinçli bir tercihtir. Zira, yatırım kavramı, somut olaya göre belirlenmesi gereken bir kavramdır. Kavramın tanımına Konvansiyon'da yer vermek, Konvansiyon'un amacını ve fonksiyonunu daraltıcı etki yapacaktır[72]. Bu bağlamda, görüşe göre, yetki tespitini objektif kriterlere bağlamak için çeşitli tanımlar ve sınırlamalar getirmek ICSID Konvansiyonu'nu ana amacından saptırma tehlikesi doğuracaktır.

Diğer bir görüşe göre, yatırım, bir çok alanla ilintili ve farklı türlerde ortaya çıkabilen bir kavramdır. ICSID Konvansiyonu ise, belirli bir amaç doğrultusunda, uluslararası bir sözleşme ile kurulmuştur. Bu amacın merkezinde olan yatırım kavramı hakkında belirli bir tanım yapmamak ve objektif kriterler öngörmemek, ICSID tahkiminde kavramların yorumu açısından mevcut istikrarsızlığın temelindedir ve giderilmelidir[73].

a. Uyumlu Yorum *(Deferential Approach)*

Konvansiyon'da yatırım kavramının bilinçli olarak tanımlanmamış olduğunu savunan bu görüşe göre, yatırım kavramını Konvansiyon'da tanımlamak, Konvansiyon'un amacını daraltıcı etki gösterecektir[74]. Yapılması gereken, somut olay temelinde yatırım kavramını tanımlamak amacıyla, ortaya çıkan ihtilafın ICSID nezdinde görülmesini mümkün kılan rıza belgelerindeki kavramlara başvurmaktır. Bu bağlamda, yetki tespitini objektif kriterlere bağlamak için çeşitli tanımlar ve sınırlamalar getirmek ICSID Konvansiyonu'nu ana amacından saptırma tehlikesi doğuracaktır.

Kaldı ki, ICSID mahkemesinin esas fonksiyonu yatırımcıya, ev sahibi Devlete karşı, hak arama imkanı vermektir. Dolayısıyla, Konvansiyon'un amacının gerçekleştirilmesi, yatırımcının üst düzeyde korunması ile mümkün olacaktır. ICSID'in bu koruma fonksiyonunun kötüye kullanılması

---

72 MORTENSON, Julian Davis, The Meaning of Investment: ICSID's Travaux and The Domain of International Investment Law, Harvard International Law Journal, Cilt 51, Sayı 1, 2010, s.269, (Investment), dipnot 36'daki yazarlar ve kararlar.

73 SCHREUER/SINCLAIR/MALINTOPPI/REINISCH, *Commentary*, s.122, ayrıca MORTENSON, *Investment*, s.271, dipnot 50'deki yazarlar ve kararlar.

74 MORTENSON, *Investment*, s. 301.

ihtimali, ev sahibi devletin, ICSID tahkimine onay verdiği metinde yer alan yatırım tanımının, somut ihtilaf dahilinde referans alınması ile pekâla aşılabilecektir. Örneğin; incelememize konu Kararın dayandığı kaynaklardan olan Hollanda – Türkiye Çift Taraflı Yatırım Anlaşması 5. Maddesinde yatırım şu şekilde tanımlanmaktadır;

> "Yatırım", özvarlık, borç, alacak, hizmet ve yatırım sözleşmeleri gibi her türlü mal varlığını ifade eder ve aşağıdakileri kapsar :
>
> i) İpotek, ihtiyatî haciz ve rehin gibi haklar dahil olmak üzere maddî ve gayrimaddî her türlü memaliki;
>
> ii) Hisse senetleri veya bir şirketteki diğer menfaatleri veya mal varlığından doğan menfaatleri;
>
> iii) Bir para alacağını veya ekonomik değeri olan ve bir yatırımla ilişkili bulunan bir işlemin yapılma talebini;
>
> iv) Patentler, markalar, ticari unvanlar, endüstri tasarımları, "know-how" ve peştemaliye dahil, sınaî mülkiyet haklarını ve telif haklarını;
>
> v) Kanun veya sözleşme ile elde edilen her türlü hak ve kanuna uygun olarak sağlanan tüm lisans ve izinleri ifade eder."

Enerji Şartı Antlaşması madde 1/6'da, Antlaşma kapsamında yatırım tanımı yapılmaktadır:

> "Yatırım, bir yatırımcı tarafından doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan ya da kontrol edilen her türlü varlığı ifade etmektedir ve aşağıdaki hususları kapsamaktadır:
>
> a. ayni ve ayni olmayan, taşınır ve taşınmaz servetler ve ipotek, haciz ve teminatlar gibi her türlü mülkiyet hakkı;
>
> b. bir firma veya teşebbüs, ya da bir firma veya teşebbüsteki hisse senetleri, tahviller veya diğer iştirak şekilleri ve bonolar ve bir firma veya teşebbüsün borçları;
>
> c. bir ekonomik değere sahip olan ve bir yatırıma ilişkin olarak yapılan kontrat ile ilgili olan para ve hizmet performansı talepleri;
>
> d. Fikri mülkiyet;
>
> e. Kazanç
>
> f. Yasalarla, kontratlarla veya Enerji Sektöründeki herhangi bir Ekonomik Aktivite girişimine ilişkin kanunlara uygun olarak verilen ruhsat ve izin belgelerine binaen tevcih edilen haklar."

Yukarıda da bahsedildiği gibi, yatırım kavramının belirlenmesinde, somut ihtilafın ICSID nezdinde yargılanmasına olanak veren rıza beyanını barındıran belgede bulunan yatırım tanımının temel alınması, bu hususta bir çözüm olarak değerlendirilebilir. Ancak bu yöntemin sıkı sıkıya uygulanması ve önceden verilmiş beyanlarla bağlı kalınması da, güncel ekonomik hayatın devinimli gelişiminde, yeni yatırım türlerinin kapsam dışı kalmasını sonuçlama tehlikesi taşıyabilir.Örneğin Mitchell v. Congo[75]ihtilafında, Davacı Patrick Mitchell'in hukuk bürosu, Kongo polisi tarafından basılmış ve çalışanlar tecrit edilmiştir. Daha sonra, zararlarının tazmini için Kongo aleyhine ICSID mahkemesinde dava açan Davacı Mitchell'in başvurusu, ilk yargılamada kabul edilmiştir. Daha sora bu kararı iptali istemiyle yeniden ICSID'e taşıyan Kongo'nun yaptığı başvuru sonucu heyet, ICSID Konvansiyonunda yatırımın tanımlanmadığı ve talebe temel oluşturan Çift Taraflı Yatırım Anlaşması'nda hukuk bürosu işletmenin, sayılan yatırım başlıkları içinde bulunmadığı gerekçesiye, Bay Mitchell lehine verilmiş olan kararı iptal etmiştir. Halbuki, teamüli ve makul sınırlar içinde kalmak üzere, hemen her değer akışının yatırım kapsamı içinde değerlendirilmesi, Konvansiyonun amacıyla paralel bir uygulama olarak ortaya çıkacaktır.[76]

b. Daraltıcı Yorum *(Restrictive Approach)* ve bu yönde ICSID İçtihadı'nda belirlenmiş Yatırım Kriterleri

ICSID Konvansiyonu'nun yatırım tanımına yer vermemesini eleştiren görüş[77], Konvansiyon'un esas konusunu oluşturan kavramın, belirli objektif kriterlere tabi kılınması gerektiğini belirtmektedir. Devletler bakımından, onay ve icra edilebilirlik temelinde, bir kısım egemenlik devri içeren böyle bir Konvansiyon, temeline oturttuğu kavramı belirlemelidir. Zira ICSID tahkimi, tarafları, yargılamaya konu olacak ihtilafın konusunu belirlemek hususunda özgür bırakmamıştır; taraflar, aralarında kararlaştırsalar dahi, her tür ihtilafı ICSID nezdinde yargılamaya tabi kılamazlar[78].

Schreuer, bir işlemin yatırım olup olmadığının tespitinde dikkate alınabilecek beş vasıf ortaya koymuştur. Bunlar,

- Girişimin belirli bir sürekliliği olması *(a certain duration)*
- Belirli ve düzenli bir kârlılık *(a certain regularity of profit and return)*
- Risk üstlenilmesi *(an assumption of risk)*

---

75 Mitchell v. Democratic Republic of Congo (ICSID Case No ARB/99/7).

76 MORTENSON, *Investment*, s.257.

77 Örn: SCHREUER/SINCLAIR/MALINTOPPI/REINISCH, *Commentary*, s.152.

78 SCHREUER/SINCLAIR/MALINTOPPI/REINISCH, *Commentary*, s.116.

– Yatırımcının "önemli sayılabilecek" bir taahhütte bulunması *(a 'substantial' commitment)*

– Ev sahibi ülke ekonomisinin gelişmesine katkı *(contribution to the host State's development)*

Schreuer, "(b)u kriterlerin, yetki kriteri olarak anlamlandırılmaması, fakat Konvansiyon kapsamındaki yatırım kavramının tipik özellikleri …" olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir[79].Zira, nasıl çeşitli yatırım tanımlarının sıkı yorumlanması Konvansiyon'un amacına aykırı durumlar yaratabiliyorsa,belirli kriterlerin şablonlaştırılarak sıkı sıkıya uygulanması da problem doğurabilmektedir. Nitekim Schreuer'in yol gösterici olarak öne sürmüş olduğu kriterler, yazarın beklentisinden daha sıkı yorumlanmıştır. Hatta farklı hakem heyetleri, kararlarında, Schreuer'in öne sürdüklerine paralel kriterler ortaya koymuştur[80]. Mahkemelerin Schreuer'den ayrıldığı esas nokta ise, bu kriterlerin, bir yol gösterici olarak değil, ICSID mahkemesinin konu bakımından yetkisinin tespiti için denetlenmesi zorunlu kriterler olduğu sonucudur.

Bu yönde, sonraki mahkemelere de yol gösterici olarak nitelenen karar, 2001 yılında verilen Salini Costruttori v. Morocco[81] kararıdır. Kararda, Konvansiyon kapsamında, yatırım kavramının tanımlanmadığı, ancak doktrinde yatırım kavramının unsurlarına dair çeşitli kriterler sayıldığı belirtilmektedir[82]. Mahkeme, bu kriterlerin toplu olarak değerlendirilmesinin amaca uygun olacağını belirttikten sonra, bu unsurların teker teker varlığını araştırarak, nihai kararını vermiştir. Bu kriter denetimi, daha sonraki bir takım kararlarda da tekrarlanmış ve "salini test" olarak adlandırılmıştır. Bu kararda, yatırımın taşıması gereken başlıca dört özellik belirtilmiştir:*katkı, süre, risk ve ev sahibi ülke ekonomisine katkı.*

2009 tarihli Phoenix Action v. Czech Republic[83] kararında ise, "salini test" kriterlerine ekleme yapılmış, yatırımın, *ev sahibi ülke kanunlarına uygun olarak ve iyi niyetle yapılması* da, kriterler dahilinde sayılmıştır.

Başta Salini ve Phoenix kararları olmak üzere diğer bir çok kararda bu kriterlerin bir kısmı veya tamamı ele alınmıştır. Bu bahsedilen "yatırım değerlendirme kriterleri" genel olarak altı başlık altında toplanabilir.

---

79 SCHREUER/SINCLAIR/MALINTOPPI/REINISCH, *Commentary*, s. 117.

80 MORTENSON, *Investment*, s. 271.

81 Salini Costruttori v. Morocco (ICSID Case No. ARB/00/4).

82 Salini Costruttori v. Morocco (ICSID Case No. ARB/00/4).

83 Phoenix Action v. Czech Republic (ICSID Case No: (ARB/06/5).

i. Katkı *(Contribution)*

Bu kriter, bir işlemin yatırım olarak sayılabilmesi için, şekle bağlı olmaksızın belirli bir menkul değerin transferini şart koşmaktadır. Bahsedilen akış, para transferi şeklinde olabileceği gibi[84], hisse senedi satın alma ve diğer herhangi bir değer akışı şeklinde de olabilir. Hisse senedi sahibinin azınlık veya çoğunluk hissedar olması fark yaratmaz[85].

ii. Süre *(Duration)*

Bir girişimin ICSID Konvansiyonu nezdinde yatırım sayılabilmesi için, yatırım olarak yapılan değer transferinin belirli bir süre ev sahibi devlet nezdinde bulunması gerekmektedir. Bazı kararlarda bu süre en az iki yıl olarak belirlense de, süre koşulu genelde somut olaya göre belirlenmektedir[86].

iii. Risk *(Risk)*

Yatırımcının, sahip olduğu değeri belirli bir süre, yabancı bir devlette bulundurmayı göze alması, bu bağlamda meydana gelebilecek çeşitli riskleri üstlenmiş olması gerekmektedir. Örneğin, yatırımcı, ev sahibi ülkede ekonomik anlamda kötü durumda bulunan bir işletmeyi satın alarak, kârlılık sağlayacak noktaya getirmek amacı ile bir yatırım yapmış olabilir. Veya, ev sahibi ülkede fazla bilinmeyen bir ürünü, ev sahibi ülke pazarına sokmak isteyebilir.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta, risk faktörünün yatırımın kendisine ait bir unsur olarak ortaya çıkmasıdır. Yatırımın yapıldığı ülkenin, politik veya ekonomik anlamda riskli bir ülke olması gibi bir koşul söz konusu değildir.

iv. Gelişime Katkı *(Contribution to Development)*

Bu kriter, bazı mahkemelerde dikkate alınmış olmakla birlikte[87], bir kısım mahkemece[88] reddedilmiştir. Zira yabancı yatırımın, kural olarak ilgili devlet nezdinde ekonomik bir gelişme sağlaması beklenir. Bu amaç, ICSID

---

84 Phoenix Action v. Czech Republic (ICSID Case No: (ARB/06/5), *para.118 v.d.*

85 Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v Argentine Republic (ICSID Case No ARB/97/3), *para.50.*

86 SCHREUER/SINCLAIR/MALINTOPPI/REINISCH, *Commentary*, s. 119.

87 Salini Costruttori v. Morocco (ICSID Case No. ARB/00/4), Phoenix Action v. Czech Republic (ICSID Case No: (ARB/06/5).

88 Örn; Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20).

Konvansiyonu'nun dibacesinde yer alan *"ekonomik işbirliği ve gelişme"*[89] düsturunun doğal sonucudur.

Ancak diğer yandan, bu kriterin, ticari anlamda yatırım kavramı ile bağdaşmadığı düşünülmektedir. Zira yatırımcının esas amacı, kar etmektir. Yabancı yatırımın ev sahibi ülke ekonomisine katkısı, yatırımcının amacı değil, yatırımın sonucu olarak yorumlanmalıdır. Kaldı ki, bir kısım yatırım, bütün çabalara rağmen kârlılık elde edemeyebilir veya ev sahibi ülke ekonomisine katkı sağlayamayabilir; ancak yine de yatırım özelliğini koruyabilir[90].

v. Yerel Mevzuata Uyum *(Accordance)*

ICSID Konvansiyonu, herhangi bir yatırım tanımı içermediği gibi, o yatırımın ev sahibi ülke mevzuatı ile uyumlu olması gerektiğine dair herhangi bir hüküm de içermemektedir. Dolayısıyla, bir değer akışının, ICSID nezdinde yatırım sayılabilmesi için ev sahibi devletin mevzuatı ile uyumlu olması tartışmasının kaynağı esas olarak Çift Taraflı Yatırım Anlaşmalarında bulunan yasallık şartıdır (*legality condition*).

Kriterin yatırım değerlendirmesinde gerekli olduğunu savunan görüşe[91] göre, devletler, yazılı onaylarını verdikleri Çift Taraflı Yatırım Anlaşmalarında, koruma kapsamında tutmak istedikleri yatırımı tanımlayabilir ve bu yolla korumayı sınırlandırabilirler. Dolayısıyla, bu tip bir "yasallık şartı" içeren Çift Taraflı Yatırım Anlaşmalarından kaynaklanan onay ile oluşturulmuş bir hakem heyeti, konu bakımından yetki tespiti aşamasında yatırımı tanımlarken bu kriteri göz önünde bulundurmalıdır[92]. Zira "yasallık" denetimi, o yatırımın, koruma kapsamında olup olmadığının ortaya çıkmasını sağlayacaktır.

Plama v. Bulgaria[93] davasında mahkeme, bir adım daha ileri giderek, Çift Taraflı Yatırım Anlaşmalarında bulunan yasallık klozunun, davanın dayandığı Enerji Şartı Antlaşması'nda (EŞA) bulunmadığını, buna rağmen Enerji Şartı Anlaşması tarafından sağlanan koruma mekanizmasının, ev sahibi ülke hukukuna aykırı yatırımlar için söz konusu olamayacağını belirtmiştir[94].

---

89 Konvansiyon Dibacesi 2. paragraf .

90 Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20), *para. 111.*

91 SCHREUER/SINCLAIR/MALINTOPPI/REINISCH, *Commentary*, s. 125.

92 Phoenix Action v. Czech Republic (ICSID Case No: (ARB/06/5), *para.101-102.*

93 Plama Consortium Limited v. Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24).

94 Plama Consortium Limited v. Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), *para. 126-130*.

Kriteri yetki tespiti aşamasında değerlendirmeye almayan görüş ise, yetki tespitinde, işlemin, yerel hukukla uyum içinde olup olmadığının bir önem taşımadığını, yatırımın belirli bir mevzuata aykırı olması durumunun davanın esasında değerlendirilmesi gereken bir nokta olduğunu belirtmiştir[95]. Zira, ev sahibi ülke hukukuna göre yasal olsun-olmasın, diğer kriterleri karşıladığı oranda o işlem yatırım olarak kabul edilmelidir[96].

vi. İyi Niyet *(Bona Fidae)*

Değer akışının, yatırım olarak nitelendirilebilmesi için, iyi niyet çerçevesinde yapılmış olması, birtakım kararlarda[97] aranmış bir özelliktir.

İyi niyet kavramı, temelini devletler genel hukukundan alan ve bir kişi, kurum veya devletin hakkını kullanırken, diğer taraflarla adil ve dürüst biçimde ilişki yürütmeyi, o ilişkiden bekledikleri amaçları samimiyetle açıklamalarını ve haksız menfaat elde etmekten kaçınmasını salık veren ve günümüzde hukukun temel kavramları arasına girmiş bir kuraldır[98].

Phoenix v. Czech Republic kararında hakem heyeti, ICSID mekanizması kapsamında devletlerin verdiği rızanın uluslararası kamu hukuku özelliği gereği, devletlerin iyi niyet gözetilmeyerek yapılan yatırımları korumasının beklenemeyeceğini belirtmiştir[99]. Mahkeme aynı zamanda, iyi niyet kuralının sadece uluslararası alanda değil, yerel hukuk kapsamında da değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Zira, ICSID kapsamında sunulan koruma mekanizmasının kötüye kullanılmasının engellenmesi bakımından, ancak iyiniyet çerçevesinde gerçekleştirilmiş yatırımların kapsam içinde tutulması gerektiği belirtilmiştir[100].

İyi niyet kavramının, konu bakımından yetkinin tespitinde dikkate alınmasına karşı olan görüş ise, iyi niyet kavramının, genel ve temel bir hukuk kavramı olduğunu kabul etmekle birlikte, bu kavramın, yetki tespitine ilişkin bir kriter olarak ele alınmasının, kavramın geniş ve istikrarsız yorum-

---

95 World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya, (ICSID Case No. ARB/00/7), *para 105 v.d.*

96 Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20), para.112.

97 Amco Asia Corporation et aliud v. Indonesia(ICSID Case No ARB/81/1); Inceysa Vallisoletana v. Republic of El Salvador (ICSID Case No ARB/03/26), Plama Consortium Limited v. Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), bkz dipnot 89.

98 D'AMATO, Anthony, Good Faith, Encyclopedia of Public International Law, vol7, s..599.

99 Phoenix Action v. Czech Republic (ICSID Case No: (ARB/06/5), *para. 106.*

100 Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20), *para. 113.*

lanması yoluyla, ICSID Konvansiyonu'nun amaçladığı koruma fonksiyonunu azaltacağını savunmaktadır[101].

Çalışmamızın devam eden kısmında, yukarıda verilen bilgiler ışığında, Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20) kararı incelenecektir. Kararın hukuki değerlendirmesine geçmeden önce, karara temel oluşturan ihtilaf ve bu ihtilafın arka planında yer alan olaya ilişkin bilgiler verilecektir.

III. Karara Konu Olay ve Yargılamanın Gelişimi

13 Ağustos 2007 tarihinde, ICSID, 6 Haziran 2007 tarihli başvuruya istinaden, Bay Saba Fakes'in (Davacı), Türkiye (Davalı) aleyhine yapmış olduğu tahkim başvurusunu kayıt altına almıştır.

A. Taraflar ve Hukuki Dayanak

Tahkim başvurusunda bulunan Davacı, Ürdün ve Hollanda vatandaşlıklarına sahip Bay Saba Fakes; aleyhinde başvuruda bulunulan davalı taraf ise Türkiye Cumhuriyetidir. Davacı'nın Hollanda vatandaşlığının etkinliği (*effectiveness*) ve gerçek bir yatırım olmadığı iddiası, Davalı tarafça tartışma konusu yapılmıştır[102] .

Başvuru, ICSID Konvansiyonu ve Hollanda Krallığı ile Türkiye Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması'na (Çift Taraflı Yatırım Anlaşması) dayanılarak yapılmıştır[103].

B. İddialar ve İtirazlar

Davacı, başvurusunda, Davalı'nın, Çift Taraflı Yatırım Anlaşması'nda belirlenmiş bir takım kurallara aykırı davrandığını, özellikle "*eşit ve adil davranma yükümlülüğünü*" ihlal ettiğini, bununla beraber, Davacı'nın Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'de (Telsim) sahip olduğu hisselere "*haksız olarak el konduğunu / millileştirildiğini*" iddia etmektedir. Başvuruda, Davacı'nın maruz kaldığı zararın 19.000.000 $ (Amerikan Doları) olduğu belirtilerek, bu miktar, Davalı'dan talep edilmektedir[104].

Davalı, Davacı'nın, ICSID Konvansiyonu'nun 25/2,a maddesinde belirtilen (kişi bakımından) yetki kapsamında olmadığını, ayrıca, Davacı'nın ICSID

---

[101] Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20), *para.* 113.

[102] Bkz aşağıda bölüm II.

[103] Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20), *para. 1.*

[104] Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20), *para.2.*

Konvansiyonu 25/1. maddesinde belirtildiği anlamda bir "yatırım" yapmadığını, bunlarla beraber "varlığı iddia edilen" yatırımın Türk Hukukuna aykırı olarak yapılmış olduğunu, bu sebeple Türkiye-Hollanda Çift Taraflı Yatırım Anlaşması kapsamında korunamayacağını iddia etmektedir.

C. Usuli Gelişim

Davaya bakacak tahkim heyetinin, Konvansiyonun 37/2,b maddesinde öngörülen usule göre oluşturulması kabul edilmiştir[105]. Buna göre; Davacı, Belçika vatandaşı Prof. Hans van Houtte'yi; Davalı taraf ise, İsviçre ve Brezilya vatandaşı Dr. Laurent Lévy'i hakem olarak seçmiştir. Davalı ayrıca, baş hakem olarak Prof. Emmanuel Gaillard'ın seçilmesini önermiştir.

Davacı, Davalı'nın baş hakem önerisine itirazı olmadığını, ancak Dr. Laurent Lévy'nin hakemliğini reddettiğini belirtmiştir. Bu durum karşısında heyet, ICSID Konvansiyonuna göre, hakemlerin reddi talebinin ancak hakem heyetinin kendisine sunulabileceğini ve bu talebin ancak heyetçe değerlendirilebileceğini belirtmiştir[106].

4 Mart 2008'de, taraflarca atanmış hakemlerin ve baş hakemin görevi kabul ettiği belirtilerek, mahkemenin oluştuğu ve yargılamanın başladığı taraflara duyurulmuştur[107].

14 Mart 2008'de toplanan hakem heyeti, Davacı'nın hakemin reddi talebini gündeme almıştır. Tarafların konuyla ilgili görüşlerini sunmalarını müteakip, 28 Nisan 2008'de, hakem Prof. Van Houtte ve baş hakem Prof. Gaillard, Davalı tarafından atanan hakem Dr. Lévy'nin reddi talebini reddetmiştir. Bu karar üzerine yargılamaya devam etme kararı alınmıştır.

20 Haziran 2008 tarihinde, Davacı, mahkemeden, Davalı aleyhine talep edilen meblağı güvence altına almak amacıyla ihtiyati tedbir alınmasını talep etmiştir.

24 Haziran 2008'de Davalı, yetki itirazlarını mahkemeye sunmuştur. Davalı aynı zamanda, yargılamanın ikiye ayrılarak *(bifurcation[108])* yetkiye dair itirazların müstakilen değerlendirilmesini, belirli belgelerin teminini ve yargılama giderleri bakımından davacı aleyhine tedbir konulmasını talep etmiştir.

---

105 Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20), *para 5-27.*

106 ICSID Konvansiyonu madde 57, ICSID Tahkim Yargılaması Usul Kuralları (Usul Kuralları) madde 9.

107 ICSID Usul Kuralları madde 6/1.

108 Bifurcation: Yargılamanın bölünmesi, ilk itiraz, yetki itirazları gibi davanın devamını etkileyecek hususların, esasa girilmeksizin müstakilen değerlendirilmesi.

Tarafların bu konuda sundukları bildirimlerin teatisi ve ek bildirimlerin edinilmesini müteakip, Mahkeme, 1 Ekim 2008 tarihinde, tarafların bu ön-talepleri (*preliminary issues*) hakkında kararını açıklamıştır. Kararda, Davacının ihtiyati tedbir talebi ile; Davalının, çeşitli belgelerin temini istemi ve yargılama giderleri için tedbir istemi reddedilmiş, diğer yandan Davalının, yargılamanın ikiye ayrılarak yetki itirazlarının müstakilen değerlendirilme talebi kabul edilmiştir[109]. Mahkeme ayrıca, Davalı'nın yetki itirazlarını ön-mesele olarak (*preliminary matter*) ele almayı kararlaştırmıştır.

Mahkeme, ön mesele olarak incelenecek yetki itirazlarının değerlendirilmesi bakımından, Davacı'nın Telsim'in hissedarı olduğunu ispatlamasının elzem olduğundan hareketle, tarafları, bu husus ve Davalı'nın yetkiye dair diğer itirazları hakkında görüşlerini sunmaya davet etmiş ve bu hususta bir takvim belirlemiştir.

Bu takvim kapsamında taraflar görüşlerini sunmuş, ayrıca yetki itirazlarının görüşüleceği ve tarafların sözlü olarak görüşlerini sunacakları "duruşma" *(hearing)* tarihi belirlenmiştir.

Diğer yandan, duruşmaya tanık olarak çağırılması öngörülen Bay Hakan Uzan'ın, hakkında çıkarılmış bulunan Interpol ve Amerikan Mahkemeleri tarafından yayımlanmış yakalama kararları göz önünde bulundurularak ve kendisinin içinde bulunduğu *"istisnai hal"* dikkate alınarak, halihazırda mevcut yazılı ifadesi ile yetinilmesine karar verilmiştir[110].

Mahkeme, ilgili dinleme toplantısını müteakip, tarafların yazılı son savunmalarını da aldıktan sonra, olayın maddi gelişimini incelemiş, son olarak da yetki itirazları hakkında kararını vermiştir.

D. Maddi Gelişim

1. Genel olarak

Kararda belirtildiği üzere[111], taraflar arasında ortaya çıkan ihtilafın temelleri, Türkiye Cumhuriyeti ile Türkiye'de başta bankacılık, enerji ve telekomünikasyon olmak üzere, çeşitli sektörlerde faaliyet göstermiş ünlü ailelerden Uzan ailesi arasında mevcut anlaşmazlıklara ve Türkiye Cumhuriyeti'nin Uzanlar aleyhinde açmış olduğu çeşitli soruşturmalara dayanmaktadır. Türkiye'nin Uzanlar aleyhinde başlattığı hukuki süreçlerin bir kısmı, Uzanlar'ın doğrudan veya dolaylı olarak kontrol ettiği bir

---

[109] Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20), *para. 13.*

[110] Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20) *para. 17-27.*

[111] Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20), *para. 28.*

kısım malvarlığının Türkiye Cumhuriyeti makamlarınca dondurulması, el konulması ve üçüncü kişilere satışı ile sonuçlanmıştır. Bu bağlamda, Uzan ailesi mensupları Kemal Uzan, Cem Uzan ve Hakan Uzan'ın Türk vatandaşı oldukları ve bu doğrultuda, ICSID merkezi nezdinde Türkiye aleyhine herhangi bir dava açmalarının, ICSID Konvansiyonu'nun kişi bakımından yetki kuralları sebebiyle mümkün olmadığını hatırlatmak gerekir.

Karara konu somut olay ise, yaklaşık 10 milyon kullanıcıya hizmet veren ve Türkiye'nin en büyük cep telefonu operatörü firmalarından, 1993 yılında kurulmuş Telsim'in, Türkiye Cumhuriyeti makamlarınca el konulduktan sonra üçüncü kişilere satılmasından ibarettir. Bu bağlamda taraflar, Telsim'in %67 hissesinin 28 Mart 2003 tarihine kadar, Standart Telekomünikasyon Bilgisayar Hizmetleri A.Ş. (Standart Telekom) ve dolaylı olarak Uzanlar'a ait olduğunda mutabıktırlar.

Olayın kronolojik gelişimi kararda anlatıldığı üzere şöyledir:

– 10-27 Şubat 2003 tarihleri arasında Türk Makamları, Uzan Ailesi'ne ait bazı şirketlerin faaliyeti ile ilgili sorgu yazışmaları yürütmüştür. Ancak bu yazışmalarda Standart Telekom veya Telsim ismi geçmemiştir.

– 2003 Haziran ayında, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK), Uzan Ailesi'ne ait İmar Bank T.A.Ş. (İmar Bank) hakkında soruşturma başlatmıştır.

– Bu soruşturma sonucu, BDDK, 3 Temmuz 2003'te İmar Bank'ın bankacılık lisansını iptal etmiştir.

– Bu karar üzerine, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF), 4 Temmuz 2003 tarihinde İmar Bank'ın yönetimine el koymuş, ayrıca, Uzan Ailesi ve yönetim kurulu üyelerinin hisseleri de dahil olmak üzere, banka yönetiminde çoğunluğa sahip hisselerin dondurulmasına ilişkin Ankara 1. Ticaret Mahkemesi'nden tedbir kararı aldırmıştır. Bu kararlarda Standart Telekom veya Telsim adı geçmemektedir.

– 31 Temmuz 2003 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri Güney New York Bölge Mahkemesi, Uzan Ailesini ve Uzanlar'a ait bir grup şirketi yolsuzluk suçundan mahkum etmiştir.

– 14 ve 26 Ağustos 2006 tarihlerinde TMSF, Şişli 2. Sulh Ceza Mahkemesi'nden, İmar Bank'ın yöneticileri, hissedarları ve eski imza yetkililerinin hisseleri hakkında el koyma kararı çıkartmıştır. 26 Ağustos 2003 tarihli el koyma kararında, Standart Telekom ve Telsim adı anılmaktadır.

– 13 Şubat 2004 tarihinde, TMSF, Telsim'in yöneticilerini tayin etmiş, ayrıca, Telsim hisselerine bağlı haklara, temettü hakkı dışında el koymuştur.

– 13 Aralık 2005'te TMSF, Telsim'in çoğunluk hissesini Vodafone'a yaklaşık 4,5 Milyon $'a satmıştır. Satış süreci 25 Mayıs 2006'da tamamlanmıştır.

2. Davacı Beyanı

Davacı Saba Fakes, Mahkemeye sunmuş olduğu beyanlarda, 3 Temmuz 2003 tarihinde, Telsim'in %66.96'lık hissesinin sahibi haline geldiğini, yine 2003 yılının Temmuz ayından itibaren, Davalı'nın, sonu Telsim'in kamulaştırılması ve üçüncü kişilere satışı ile biten bir süreci başlattığını iddia etmektedir.

Ayrıca, Davacı, Davalı'nın, Telsim'e el koymasını müteakip ve özellikle Şubat 2004 ile Aralık 2005 tarihleri arasında olmak üzere, Telsim'i kötü idare ettiğini ve bu sebeple Telsim'in önemli ölçüde değer kaybettiğini öne sürmektedir. Diğer yandan, Telsim'in üçüncü kişilere satılması sürecinde izlenen ihale prosedürünün *"rekabetten yoksun"* ve *"Telsim'in değerinin çok altında satılmasına yol açacak"* bir ortamda gerçekleştirildiğini iddia etmiştir. Bununla beraber Davacı, Telsim'in satışından sonra, kendisine herhangi bir tazminat ödenmediğini de belirtmiştir[112].

Davacı, sunduğu beyanda, Telsim hisselerine sahip olma sürecini şu şekilde anlatmıştır:

– 2 Ocak 2003 tarihinde, Telsim Yönetim Kurulu, Standart Telekom'un talebi üzerine, Standart Telekom'un Telsim'deki hisselerini temsil eden bir "muvafakat belgesi" (consent certificate) çıkarılması kararı almıştır.

– Bu karara istinaden, Telsim, 10 Şubat 2003 tarihinde, Standart Telekom'a ait hisseleri temsil eden ve ileride basılacak hisse senetleri ile değiştirilmek üzere, "ilmuhaber" (temporary share certificate) basmıştır.

– 14 Şubat 2003 tarihinde, Standart Telekom Yönetim Kurulu, Hakan Uzan'a, Standart Telekom'un Telsim'deki hisselerinin satılması için müzakere ve imza yetkisi veren bir karar almıştır.

– 28 Mart – 2 Nisan 2003 tarihleri arasında, Standart Telekom, Telsim'deki 32 hissesini, Ürdün vatandaşı Bay Nasser Masoud tarafından Ürdün'de kurulmuş Masoud International Establishment (Masoud) firmasına devretmiştir.

– 2003 Nisan ayının sonlarına doğru, Bay Fakes, Amman'da mukim bir mali danışman olan Bay Sinan Ghosheh'ten *"Telsim'le ilgili bir yatırım imkanı"* hakkında bir teklif almıştır. Davacıya verilen bilgilere göre *"Bay Ghosheh, Bay Uzan'la birlikte, söz konusu Telsim hisseleri üzerinde Bay*

---

[112] Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20), *para. 31.*

Hakan Uzan'ın intifa hakkı sahibi, 3. kişilerin de yasal malik olacakları özel bir yapı oluşturmuştu." Davacı, bu aşamada, Masoud'un hisselerin asıl sahibi olduğunu ve teklifin Masoud'a ait olan hisselerin satışından ibaret olduğunu düşündüğünü belirtmiştir.

– 30 Haziran, 1 ve 2 Temmuz 2003 tarihlerinde, Davacı ve Masoud arasında, *"Satıcı'ya ait hisselerin devri"* hakkında, Hisse Senedi Alımı, Devri ve Hisse Senedinden Doğan Hakların Nakli'ne ilişkin 10 sözleşme imzalanmıştır. (Masoud – Fakes Sözleşmesi). Sözleşmeye göre, Masoud, Telsim'in %66.96'sına tekabül eden hisseyi Davacı'ya devredecek, Davacı da, sözleşmenin imzalanması ile muaccel olan 3800 $ meblağı derhal, geri kalan 17.688.000 $'lık meblağı da, sözleşmede belirlenmiş belirli olayların gerçekleşmesi üzerine ödeyecektir.

– 3 Temmuz 2003 tarihinde, sözleşmede öngörüldüğü üzere Telsim'in %66.96'lık payını temsil eden ilmuhaber senetleri, Masoud tarafından Davacı'ya devredilmiştir. Bu devir sonucunda, Davacı, Telsim'in %66.96 hissesinin yasal maliki olduğunu iddia etmektedir. Bununla birlikte, Davacı, Hakan Uzan'la yaptığı sözlü görüşme üzerine, Hakan Uzan'ın senetler üzerinde intifa hakkı sahibi olarak kaldığını belirtmektedir.

– 15 Temmuz 2003 tarihinde, Davacı, Telsim'den, biri İcra Kurulu Başkanı sıfatıyla Hakan Uzan imzalı, diğeri de "Hissedar Hizmetleri" adına gönderilmiş ve Davacı'nın "*Firma'nın yeni hissedarı olarak kayıt altına alındığını"* bildiren iki mektup aldığını belirtmektedir.

– Davacı, Telsim'in %66.96 hissesinin yasal maliki olduğunu iddia etmekle birlikte, karar tarihine kadar, yukarıda belirtilen iki mektup dışında, Telsim'den hiçbir mektup veya genel kurul davetiyesi almadığını belirtmiştir.

– Davacı, Uzan Ailesi ve şirketleriyle ilgili soruşturma ve benzeri gelişmelerin ortaya çıkması üzerine, bu gelişmeleri takip etmeye başladığını, ancak Bay Sinan Ghosheh'in kendisine *"herhangi bir girişimde bulunmamasını ve Türkiye ile Uzanlar arasındaki ihtilafın sonlanmasını beklemesini önerdiğini",* bu sebeple herhangi bir girişimde bulunmadığını belirtmiştir.

– Buna karşın, Telsim'in Vodafone'a satılmasından sonra yaptığı araştırmalar sonucu, Türkiye aleyhine, Türkiye Cumhuriyeti – Hollanda Krallığı arasında imzalanmış olan Çift Taraflı Yatırım Anlaşması'na dayanarak dava açabileceği bilgisi aldığını belirtmiştir.

– Nihayetinde 17 Mart 2007 tarihinde, iddia edilen haksız el koymanın ve diğer zararların tazmini amacıyla, Türkiye Cumhuriyeti'ne, 19.000.000 $'lık bedelin tarafına ödenmesi talebiyle bir mektup göndermiştir.

Davacı'ya göre, Davalı Türkiye Cumhuriyeti, Hollanda Krallığı ile akdetmiş olduğu Çift Taraflı Yatırım Anlaşması ile yüklendiği sorumlulukları da ihlal etmiştir. Davacı, Davalı'nın:

- uygun tazminat olmaksızın yatırımcıyı yatırımdan yoksun bırakmama (5. madde)
- yatırımcıyı, yatırımdan kaynaklanan her türlü kar, gelir ve temettü'den - yoksun bırakmama (Madde 4)
- adil ve eşit davranma (Madde 3)
- yatırıma tam koruma ve güvence sağlama (Madde 3/2)
- yatırımın Türkiye nezdinde korunması için yatırımcı ile işbirliğine gitme (Madde 2/1)
- yükümlülüklerini ihlal ettiğini ileri sürmektedir[113].

Bu sebeplerle, Davacı, Davalı Türkiye Cumhuriyeti'nin kendisine 19.000.000 $ ödemesi talebiyle ICSID'e başvurmuştur.

3. Davalı Beyanı

Davalı taraf Türkiye, yargılamaya konu ihtilafın, *"Uzan ailesi üyeleri ve onlara bağlı kişilerce, Türkiye Cumhuriyeti tarihinde görülmüş en büyük bankacılık yolsuzluğundan"* kaynaklandığını ileri sürmüştür. Davacı, Amerika Birleşik Devletleri Güney New York Bölge Mahkemesi tarafından Uzanlar aleyhine verilen kararı örnek göstererek, *"Uzanların dolandırıcı yüzünün ortaya çıktığını"* belirtmiştir[114].

Davalı, bahsedilen Amerikan Mahkemesi kararı üzerine başlatılan araştırmada, *"Uzan Grubu'nun finansal faaliyetlerinde kuralsızlıklar"* tespit ettiğini belirtmiştir. Davalı'ya göre "*Uzan ailesi, sahibi oldukları İmar Bank'ta, sofistike bir çifte kayıt sistemi yoluyla, tasarruf mevduatlarını farklı hesaplara aktarmışlardır. Bu kaçak (embezzled) aktarım, Uzan Grup'a ait olan ve İmar Bank'ta hissedar olan çeşitli şirketler aracılığıyla yapılmıştır."*[115]. İmar Bank'ın merkezinde olduğu kaçak mevduat aktarımı sürecinde, Telsim'in de yer aldığının ortaya çıkartılması üzerine, yetkili makamlar, *"mevcut yolsuzlukların muhtemel sonuçlarını azaltmak ve gerekli önlemleri almak"* adına Telsim'e el koyma kararı almışlardır. Daha sonra, yolsuzluklar sebe-

---

113 Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20), *para. 32.*

114 Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20), *para.33.*

115 Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20), *para. 34.*

biyle alacaklı duruma düşenlere borçların bir kısmını ödeyebilmek amacıyla, Telsim'in hisseleri üçüncü bir kişiye satılmıştır.

Davalı, diğer yandan, 2003 yılından karar tarihine kadar uzanan dönemde, Uzanlar hakkında, yolsuzluk, dolandırıcılık ve kara-para aklama dahil çeşitli suçlardan açılmış farklı soruşturmalar olduğunu belirtmiştir.

Davalı, Davacı'nın iddialarının kötü niyetli, boş ve temelsiz olduğunu ve Davacı'nın Türkiye Cumhuriyeti'nde gerçek bir yatırımda bulunmuş bir yatırımcı olmadığını iddia etmektedir . Davalı, "Bay Fakes, Türkiye'deki malvarlıkları mahkeme kararları ile kanıtlanmış suçlardan ötürü dondurulmuş ve kamulaştırılmış olan, ve vatandaşlıkları sebebiyle Davalı Devlete karşı ICSID nezdinde hak araması mümkün olmayan Uzan Ailesi adına, yetki bakımından avantaj sağlamak amacıyla, bir sözcü gibi hareket etmektedir." demektedir.

Davalı'ya göre, Davacı, Telsim hisselerine sahip olduğu hususunu ispat edecek yeterli delilleri ortaya sunamamıştır. Zira, Davacı'nın beyanında belirttiği ve Telsim'den kendisine gönderilen 15 Temmuz 2003 tarihli mektuplar tek imza ile gönderilmiştir. Fakat Türk Hukuku'na göre, bu mektupların geçerli olabilmesi için çift imzalı olmaları gerekmektedir.

Ayrıca Davalı, Davacı'nın Telsim hisselerinin mülkiyetini devralma işleminin zamanlamasına dikkat çekmek istemektedir. Zira Davacı'nın hisseleri iktisap ettiğini iddia ettiği gün (3 Temmuz 2003), BDDK İmar Bank'ın hisselerine el koymuş ve varlıklarını dondurmuştur.

4. Talepler

Davacı, Davalı'nın Çift Taraflı Yatırım Anlaşması kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal yoluyla verdiği zararın tazmini için 19.000.000 $ talep etmektedir.

Davalı ise, Davacı'nın, ICSID Konvansiyonu'na göre, kişi ve konu bakımından yetki kapsamında olmadığını ve talebin reddini dilemektedir.

Mahkeme, bifurcation[116] kararı ile, öncelikle yetki itirazlarının incelenmesine karar vermiştir. Çalışmanın devamında öncelikle ICSID Konvansiyonu ve bu Konvansiyonla kurulan Merkezin hukuki niteliği hakkında bilgi verilecek, devamında ICSID Konvansiyonu kapsamında Merkezin yetkisi üzerinde durulacaktır.

---

[116] Bkz. dipnot 10.

IV. Mahkemenin Yetkiye İlişkin Kararı

Yukarıda da belirtildiği gibi, mahkeme, yargılamanın ikiye ayrılarak *(bifurcation)* yetkiye ilişkin itirazların öncelikle ve müstakilen değerlendirilmesi kararına varmıştır.

Bu kapsamda, Türkiye'nin, mahkeme tarafından incelenmesine karar verilen yetki itirazları,

Davacı'nın kişi bakımından yetki kapsamında:

– Etkin Hollanda vatandaşlığına sahip olmadığı,

Konu bakımından yetki kapsamında;

– Davacı'nın Türkiye 'de Konvansiyon ve Çift Taraflı Yatırım Anlaşması kapsamında bir yatırım yapmadığı,

– Böyle bir yatırımın varlığı kabul edilse dahi, bu yatırımın Konvansiyon ve Çift Taraflı Yatırım Anlaşması kapsamında koruma göremeyeceği,

hususlarında toplanmaktadır. Bir önceki bölümde incelenen yetki unsurlarından rıza ve zaman bakımıdan yetki konuları hakkında Davalı herhangi bir itirazda bulunmamıştır. Dolayısıyla bu bölümde, mahkemenin kişi ve konu bakımından yetkiye ilişkin kararı incelenecektir.

A. Kişi Bakımından

Davalı, Davacı'nın Ürdün ve Hollanda vatandaşlığını kabul etmekle birlikte, Hollanda vatandaşlığının etkin olmadığı ve bu sebeple dikkate alınmaması gerektiğini iddia etmektedir. Davalı ayrıca, Mahkemenin bu vatandaşlığın etkin olup olmadığının tespitinde, Nottebohm kararında izlenen metodu kullanmasının gerekli olduğunu belirtmektedir.

Mahkeme, öncelikle, ICSID Konvansiyonu'nun 25. Maddesinde düzenlenmiş kişi bakımından yetki kriterlerini incelemiştir. Buna göre, Mahkemenin yetkisi, bir âkit devlet ile diğer âkit devletin vatandaşı yatırımcı arasında ortaya çıkan ihtilaflarda mevcuttur. Bu tanımda, âkit devlet olmayan tarafın vatandaşlığının etkin olması gerektiğine dair herhangi bir ibare olmadığı gibi, ICSID içtihadında ve doktrinde, bu yönde doldurulması gereken bir boşluk olduğu da öne sürülmemiştir[117]. Heyete göre Davalı'nın zikrettiği Nottebohm kararı ise, uluslararası varlıkların diplomatik yolla korunmasına ilişkin bir karardır. ICSID mekanizması ise, bunun aksine, özel hukuk

[117] Saba Fakes v. Turkey,(ICSID Case No ARB/07/20),*para. 76.*

kişilerine, Devletler karşısında hak arama yolu getiren alternatif bir sistem öngörür ve diplomatik korumayı yasaklar[118].

Nottebohm kararının bu noktada dikkate alınmaması fikrimizce doğru olmakla birlikte, etkin vatandaşlık kavramının salt diplomatik koruma ile bağlantılandırılması ve ICSID içtihadından tamamen dışlanması görüşüne ise katılmıyoruz. Zira, her ne kadar ICSID kapsamında, bir kişinin hangi ülke vatandaşı olduğu, olgulardan çok belgelerle kanıtlanmak gerekse de, birden çok vatandaşlığa sahip kimselerin vatandaşlıklarının değerlendirilmesinde, kişinin, söz konusu ihtilaf açısından hangi ülke vatandaşlığını ön plana çıkardığı, kişi bakımından yetki kapsamında, -tıpkı konu bakımından yetki kapsamında daraltıcı yorumla ihdas edilen kriterler gibi- bağlayıcı olmasa da yol gösterici olarak dikkate alınmak gerekir. Örneğin, kişinin vatandaşlığında meydana gelen değişikliklerin zaman bakımından değerlendirilmesi söz konusu olabilir.

Türkiye – Hollanda Çift Taraflı Yatırım Anlaşması bakımından yapılan incelemede ise, öncelikle Çift Taraflı Yatırım Anlaşması'ndaki tanım araştırılmıştır. Türkiye – Hollanda Çift Taraflı Yatırım Anlaşması'nda yatırımcı:

> "i) Yürürlükteki mevzuatına göre, bir Âkit Tarafın vatandaşı olan gerçek kişiyi;
>
> ii) Bir Âkit Tarafın yürürlükte olan kanun ve mevzuatına uygun olarak kurulmuş veya başka türlü teşkil edilmiş olan tüzel kişiliği ifade eder"[119].

Mahkemeye göre, Çift Taraflı Yatırım Anlaşması'nda yapılan yatırımcı tanımı ile Davacı'nın durumu örtüşmektedir. Ayrıca madde, yatırımcının vatandaşlığının etkin olmasını öngörmemektedir.

Dolayısıyla mahkeme, ICSID Konvansiyonu ve Türkiye – Hollanda Çift Taraflı Yatırım Anlaşması kapsamında etkin vatandaşlık kavramı bulunmadığını, dolayısıyla yürüyen davada da böyle bir denetime başvurmaya yer olmadığına karar vermiştir.

Bununla birlikte, her ne kadar, etkin vatandaşlık kavramı bu dava dahilinde bir anlam ifade etmese de, Mahkeme Davacı'nın Hollanda vatandaşlığının etkin olduğunu tespit etmiştir. Zira davacı Hollanda'da doğmuş, yetişmiş, öğrenim görmüştür. Ayrıca geçerli Hollanda pasaportu ve sürücü belgesi sahibidir. Dolayısıyla, davacı, zaten etkin Hollanda vatandaşlığına sahiptir.

---

[118] Konvansiyon madde 27/1.

[119] Türkiye – Hollanda Çift Taraflı Yatırım Anlaşması madde 1.

Mahkeme, yukarıda sayılan sebeplerle, Davacı hakkında kişi bakımından yetkinin tesis edilmiş olduğuna karar vererek, Davalı'nın bu hususstaki itirazını reddetmiştir[120].

B. Konu Bakımından

Davalı, Davacı'nın varlığını iddia ettiği yatırımın, ICSID Konvansiyonu kapsamında bir yatırım olmadığını, ayrıca varlığı iddia edilen yatırımın, Türk yabancı yatırım hukuku, telekomünikasyon hukuku ve rekabet hukukuna aykırı olarak yapıldığını, bu sebeple de Çift Taraflı Yatırım Anlaşması kapsamında korunamayacağını iddia etmektedir.

Mahkeme, öncelikle, yatırım kavramını değerlendirirken dikkate alacağı kriterleri belirlemiştir. Mahkemeye göre, bir değer akışının ICSID kapsamında "yatırım" olup olmadığının değerlendirilmesinde, *katkı, süre ve risk* faktörlerinin değerlendirilmesi gerekli ve yeterli olacaktır. Dolayısıyla mahkeme, yukarıda belirtilen yatırım kavramı yorumlarından daraltıcı yorum yoluyla değerlendirme kriterleri belirlemek yoluna gitmiştir.

Bu bağlamda, *ev sahibi ülke mevzuatına uyum* kriteri, değerlendirme dışı bırakılmıştır. Mahkeme, bu konuya ilişkin kararında, ev sahibi ülke mevzuatına uyum kriterinin ICSID Konvansiyonu'nda yer bulmadığını, buna rağmen kriter dikkate alınsa dahi, sadece yabancı yatırım mevzuatına uyumun değerlendirilmesi gerektiğini, telekomünikasyon ve rekabet hukukuna uyum değerlendirmesinin, Çift Taraflı Yatırım Anlaşması kapsamında bahsedilen yasallıkla ilgili bulunmadığını belirtmiştir[121].

Mahkeme, tarafların beyanları ve sunulan delillere dayanarak, Davacı'nın, iddia edildiği gibi, Telsim hisselerinin çoğunluğuna sahip olmadığına, bu bağlamda ICSID Konvansiyonu 25/1 maddesi ve Türkiye Hollanda Çift Taraflı Yatırım Anlaşması 1/b maddesi kapsamında bir **yatırımın söz konusu olmadığı** kararına varmıştır.

Mahkeme bu kararına aşağıda belirtilen tespitleri yoluyla varmıştır.

Birinci olarak kararda belirtilmiştir ki, Davacı'nın kendi beyanından da anlaşıldığı üzere, Telsim hisse senetlerinin Davacı'ya transferindeki asıl amaç, Davacı'nın veya aracı Bay Masoud'un, Telsim'in yasal sahibi olarak görünmelerini sağlamak, böylece, Uzan Ailesine karşı açılmış bulunan davaların Telsim markası üzerinde yaratabileceği menfi etkiyi ortadan kaldırmaktır. Dolayısıyla, Davacı ve/veya Bay Masoud, olayda, Telsim'in hisselerini

---

[120] Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20), *para. 81.*

[121] Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20), *para. 121.*

satımını kolaylaştırmak amacıyla bir "yem" konumundadırlar. Davacı, Telsim hisselerinin %66.96'sına sahip olduğunu iddia etmekle beraber, hisseler üzerinde intifa hakkının Hakan Uzan'a ait olacağını ve bu durumun, Telsim'in potansiyel alıcılarına söyleneceğini belirtmiştir. Bu durum da, Davacı'nın, Telsim hisseleri üzerinde bir mülkiyet iradesi ile hareket etmediğine işaret etmektedir[122].

İkinci olarak, iddia edilen hisse senedi devri transferine karşılık ödenen bedel, Mahkemeye göre olması gerekenden çok daha düşük seviyededir. Hisse senetlerinin bedeli, Davacı beyanında yaklaşık 18.000.000 $ olarak gösterilmiş, ancak bu bedelin sadece 3800 $'lık kısmının ödendiği belirtilmiştir. Geri kalan meblağın, sözleşmede belirlenen "belirli olayların" gerçekleşmesi üzerine yapılacağı beyan edilmiştir. Ancak geçen yaklaşık beş sene zarfında geri kalan meblağın devrine ilişkin bir delil sunulmamıştır. Davacı her ne kadar halen geri kalan meblağı ödeme borcu altında olduğunu iddia etse de, Mahkeme'ye göre, Davacı'dan, iddia edilen hisse devri işleminin başında yapılmış olan 3800 $'lık ödeme dışında hiçbir ödeme beklentisi olmamıştır. Dolayısıyla Uzan-Masoud-Fakes arasında imzalanan anlaşmanın tarafları, Telsim'in ilgili hisselerinin Davacı'ya devri konusunda bir irade yönelimine hiçbir zaman sahip olmamışlardır[123].

Üçüncü olarak, Davacı, hiçbir zaman devri iddia olunan Telsim Hisselerinin doğrudan zilyedi olmamıştır. Davacı beyanına göre, yapılan anlaşma sonucu, Davacı'ya Telsim'in ilgili ilmuhaberlerinin kopyaları fakslanmış, orijinalleri ise Bay Masoud'un ofisinde bulunan bir kasada muhafaza edilmiştir. Dolayısıyla, Davacı, Telsim hisselerinin doğrudan zilyedi olamadığı gibi, üçüncü kişiler nezdinde sahip olduğu hisselerin devri veya benzeri işlemleri yapması imkansız kılınmıştır. Bu durum, Davacı'nın, hisselerin yasal sahibi olmadığının bir göstergesidir[124].

Dördüncü olarak, Mahkeme, "hisselerin Davacı'ya geçtiği ve hisse devriyle ilgili kayıtların tamamlandığı" hususunda Davacı'ya Telsim'den gönderilen beyanların tatmin edici olmadığını belirtmektedir. Zira, Davacı, hisse devrinin yapıldığı iddiasını sadece Telsim'den gelen iki mektuba dayandırmaktadır. Ayrıca, Davacı'nın, bu mektupların orijinallerini hiçbir zaman edinmediği de Davacı beyanları ile sabittir. Ayrıca Davalı'nın, Telsim'le hiçbir zaman doğrudan iletişime geçmediği, herhangi bir yazışma yapmadığı, ancak bütün ilişkinin aracı Bay Masoud üzerinden yürütüldüğü anlaşılmaktadır[125].

---

[122] Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20), *para,137.*

[123] Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20), *para, 139.*

[124] Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20), *para.141.*

[125] Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20), *para. 143.*

Ayrıca, Telsim'in 14 ve 20 Ağustos 2003 tarihlerinde Türk Telekomünikasyon Kurumu'na sunmuş olduğu resmi bildirimler de, iddia edilen hisse devri ile çelişmektedir. Telsim bu bildirimlerde, "yerel veya uluslararası hiçbir yatırımcı ile gerçekleştirilmiş bir hisse devri söz konusu olmadığını" beyan etmiştir. Kaldı ki, 26 Ağustos 2003 tarihinde, Türk Makamları Telsim'e el koymuştur. Makul olan, Türk makamlarının el koymayı müteakip yaptıkları incelemede, Şirket'in hisse yapısına ve özellikle el konmanın hemen öncesinde gerçekleştiği iddia edilen hisse devrine ilişkin hususlara ilişkin belirli süreçleri başlatmasıdır. Böyle bir durum mevcut olmadığına göre, Davacı'nın Telsim'de hissedar olarak bulunduğu savını dayandırdığı iki mektup, inandırıcılığını yitirmektedir.

Bu tespitler ışığında, Uzan-Masoud-Fakes anlaşmasının gerçekte hiçbir zaman Davacı'ya herhangi bir hisse devrini öngörmediği, bu neticede, Davacı'nın, hiçbir zaman, iddia edildiği gibi Telsim hissedarı olmadığı tespit edilmiştir. Bu tespitler doğrultusunda, Davacı'nın Telsim hissedarı olmaması, aynı zamanda kendisinin var olduğunu iddia ettiği yatırımın herhangi bir sürerliği olmadığı, kendisi bakımından bir katkı sağlamasının söz konusu olmadığı ve dolayısıyla, bir değer akışı yoluyla alınmış herhangi bir risk bulunmadığı sonucuna varılmıştır

Buna göre, Mahkeme, Uzan-Masoud-Fakes anlaşmasının ve iddia edilen hisse devrinin, yatırım değerlendirmesi için bu mahkemece öngörülen *katkı*, *süre* ve *risk* kriterlerini karşılamadığını, diğer bir deyişle, Davacı'nın, Telsim'e ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesi kapsamında bir yatırım yapmadığını, dolayısıyla mahkemenin, önüne gelmiş olan davada ratione materiae (konu bakımından) yetkisinin olmadığını karara bağlamıştır.

Bu karara istinaden, yargılama masraflarının ve Davalı tarafın avukatlık masraflarının bütünüyle Davacı tarafından karşılanmasına karar verilmiştir.

Değerlendirme ve Sonuç

Yabancı yatırımların güncel ekonomik hayattaki önemi yadsınamaz. Ülkelerin yabancı yatırımları çekmelerinin bir koşulu yatırım öncesi ve sırasında gerekli "yatırım iklimini" yaratmak, bir diğeri de, yabancı yatırımcının hakkını arayabileceği tarafsız merciler temin etmektir. ICSID Konvansiyonu'nun dibacesinde yerini bulan "ekonomik işbirliği ve gelişme" bu sayede mümkün olacaktır.

Konvansiyon, yarı – kamusal özelliği ile, kendine has bir tahkim mekanizması ortaya koymaktadır. Merkezin yargılamakla yetkili olduğu ihtilafların bir tarafı âkit ve egemen devlet, diğer tarafı da diğer bir âkit devletin

vatandaşıdır. Devlet, imza attığı anlaşma ve rıza ile, kendisini, bir gerçek veya tüzel kişi karşısında "yargılanabilir" konuma yerleştirmektedir.

İhtilaf tarafları arasındaki bu farklılık, ICSID mekanizmasının "abusive treaty shopping" yoluyla kötüye kullanılması ihtimalini gündeme getirebilir. Diğer yandan, genellikle ihtilafın güçlü tarafı olan egemen Devlet karşısında, nisbeten daha güçsüz durumda olan yatırımcının menfaatlerinin korunması da, yabancı yatırımın devamlılığını sağlayabilmek açısından hayatidir. Bu gibi olumsuzlukların önlenmesi, Merkez'in faaliyetlerinde hassas bir denge ve tutarlılık göstermesine bağlıdır[126]. Dolayısıyla, Konvansiyonun uygulama alanlarını belirleyen kavramların istikrarlı biçimde tanımlanması önem taşımaktadır.

Ne var ki, Konvansiyon'un kalbinde olan yatırım kavramı, Konvansiyon'un kendisinde tanım bulamamıştır. Buna istinaden yatırım tanımı, doktrin ve içtihat vasıtasıyla verilmeye çalışılmıştır.

ICSID bünyesinde faaliyet gösteren hakem heyetleri, önceki kararlarda yer alan verilerle bağlı değillerdir[127]. Dolayısıyla, her mahkeme, önüne gelen somut ihtilafa göre, önceki kararlarda yer alan tespitleri benimseyerek veya yeni kriterler ihdas ederek, kararlarını temellendirmektedirler. Bu durum, verilen kararların istikrardan uzak bir seyir izlemesine sebep olmaktadır.

Tarafların ICSID tahkimi bakımından rızaları, tahkim usulünün olmazsa olmaz koşuludur. Bu temelde, yatırım kavramının tanımlanmasında, tarafların ICSID tahkimine rıza anlamında irade beyanında bulundukları metinde yer alan yatırım kavramının temel alınması önerilebilir.Ancak, belirli metinlerde yer alan kavramları temel alarak, yatırım kavramını belirli şablonlara sıkıştırmak da, tahkimin öncelikli tercih sebeplerinden, belirli bir hukuk düzeni ve kurallarla sıkı sıkıya bağlı olmama[128] ve somut olay adaletini gözetebilme yeteneğini kısıtlama tehlikesi taşımaktadır[129].

Bu durumda, teknolojik gelişmelerle evrilen milletlerarası ilişkilerin gerisinde kalınması sakıncası gündeme gelecektir. Dolayısıyla, hemen her ihtilaf temelinde farklı biçimlerde ortaya çıkabilecek yatırım kavramının, şekli değerlendirmeden çok, maddi değerlendirme yapılmasına imkan verecek belirli kriterlerin benimsenmesi daha uygun olacaktır. Zira bu tercih, ICSID'in, güncelliğini koruyabilmesini ve tahkim yargılamasının kendine özgü önemli özelliklerinden biri olan hızlı ve uzmanlar tarafından yürütülen bir yargılama olmasını sürdürülebilir kılacaktır.

---

126 AKYÜZ, *Jurisdiction*. s.336.

127 Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20), *para*.96.

128 ŞANLI, *Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, s.221.

129 MORTENSON, *Investment*, s. 227.

İncelenen kararda olduğu gibi, yatırım kavramının tanımlanmasında daraltıcı yorum (*restrictiveapproach*) yönteminin kullanılması, ihtilaf taraflarının, ihtilafın çıkmasından önce imzalanmış metinlerde[130] mevcut yatırım tanımları ile bağlı kalmasının önüne geçmektedir. Dolayısıyla ihtilaf konusu ilişkinin yatırım kapsamına girip girmediği, belirli metinlerde yer alan kavramlara uygunluk bakımından bir anlamda "şekli" denetimden çok, güncel gelişmeler ve içtihatlarla belirlenecek kriterlere göre "maddi" bir denetime tabi tutulmuş olacaktır. Somut olay temelinde bu kriterlerin tamamı veya bir kısmı dikkate alınabilecektir. Bu noktada hatırlatmakta fayda var ki, doktrinde ilk olarak Schreuer tarafından önerilen yatırım kavramı kriterlerinin, yazarın da belirtmiş olduğu gibi, katı bir uygulamadan çok, yol gösterici nitelikleriyle değerlendirilmesi gerekir. "Salini test" örneğinde olduğu gibi katı değerlendirmelerden çok, somut olay özelliklerinin değerlendirilmesine imkan veren esnek bir uygulama, Konvansiyonun amacına hizmet eder nitelikte olacaktır.

Bu tercihin, güncel milletlerarası ilişkiler ve yatırım ilişkilerinin de menfaatine olduğu söylenebilir. Çalışmada incelenen kararda da görüleceği üzere, uluslararası yatırım ilişkilerinde, gerçek bir yatırımın olup olmadığının tespiti, şekli değerlendirmelerden çok, olayın özüne inilerek irdelenmesi gereken bir maddi değerlendirmeyi gerektirmektedir.

Diğer yandan dikkat çekilmesi gereken bir başka nokta, küreselleşme ile birlikte sınır-ötesi ilişkilerin gün geçtikçe artması, teknolojik gelişmelerin bu devinimi destekler yönde ilerlemesidir. Bu bakımdan, yatırım kavramının tanımlanabilmesi için güncel gelişmelerin takip edilmesi gerekir. Öyledir ki, günümüzde artık yatırım kavramı, salt nakit akışı veya inşaat yapım işlerinin çok ötesindedir. Örneğin, çoğunlukla Amerika ve Avrupa coğrafyasında mukim dünyanın önemli üreticilerinin telefon yoluyla ulaşılan müşteri hizmetleri servisleri (call-center) günümüzde Asya ülkelerinden hizmet vermektedirler[131]. Diğer bir güncel örnek, uluslararası veri depolama hizmetleri bakımından verilebilir. Bu faaliyetlerin ICSID konvansiyonu kapsamında yatırım olarak değerlendirilmesi konusunda farklı görüşler ortaya çıkması muhtemeldir. Bu noktada, daraltıcı yorum yöntemiyle çeşitli kriterlerin belirlenmesi ve bu kriterlerin yatırım kavramının tespitinde kullanılması, daha önce yatırım olması düşünülmemiş kavramların da ICSID nezdinde değerlendirilebilmesine olanak sağlayacaktır.

Dolayısıyla, özellikle Merkez'in yetkisine ilişkin hususlarda, belirli yol gösterici kriterlerin, bu konuda tecrübeli ve uzman akademisyenlerce belirlenerek ilan edilmesi, diğer yandan mahkemelerin de, somut olay adaletini

---

[130] Bkz. Bölüm III/B/2

[131] <http://www.time.com/time/business/article/0,8599,1671982,00.html> 31.10.2011.

sağlama hedefinden şaşmadan bu kriterleri olaya uygulayarak karar vermeleri yerinde olacaktır.

Kaynakça

AKINCI, Ziya: Milletlerarası Tahkim, Seçkin, Ankara, 2003.

AKINTÜRK, Esen/**BAKLACI**, Pınar: Enerji Şartı Anlaşması, D.E.Ü. İşletme Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, 2006.

AKYÜZ, Şule: The Jurisdiction Of ICSID: The Application of the Article 25 of Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 52, Sayı: 3, Ankara, 2003, (Jurisdiction).

ASLAN, Zehreddin / **ARAT**, Nilay: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:4 Sayı:8 Güz 2005/2 s.1-25.

D'AMATO, Anthony: Good Faith, Encyclopedia of Public International Law, vol7, 1992 http:anthonydamato.law.northwestern.edu/encyclopedia/good-faith.pdf (07/04/2011).

GÜNDÜZ, Aslan: Milletlerarası Hukuk, Beta Yayın, 5. Bası, İstanbul, 2003.

MORTENSON, Julian Davis: The Meaning of Investment: ICSID's Travaux and The Domain of International Investment Law, Harvard International Law Journal, Cilt 51, Sayı 1, 2010, (Investment).

NOMER Ergin/**EKŞİ** Nuray/**ÖZTEKİN - GELGEL** Günseli: Milletlerarası Tahkim, 2. Baskı, İstanbul, 2003, (Tahkim).

NOMER Ergin/**EKŞİ** Nuray/**ÖZTEKİN- GELGEL** Günseli: Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Antlaşmalar, Cilt II, Beta Yayın, İstanbul, 2008.

NOMER Ergin/**ŞANLI** Cemal: Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 17. Bası, Beta Yayın, İstanbul, 2009.

ŞANLI, Cemal: Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986, (Esasa Uygulanacak Hukuk).

ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticari Âkitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Beta Yayınları, 3.Bası, İstanbul, 2005, (Uyuşmazlık Çözüm Yolları).

SCHREUER, Christoph/**MALINTOPPI**, Loretta/**REINISCH**, August/**SINCLAIR** Anthony: The ICSID Convention: A Commentary Cambridge University Press, 2.basım, 2009.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin: Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2003, s. 16, (Doğrudan Yatırımlar).

TİRYAKİOĞLU, Bilgin: Bilgin, Yatırım ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki: ICSID Tahkimi, Uluslararası Ekonomi ve Dış Ticaret Politikaları Dergisi, Yıl 2007, Sayı 1, Cilt 2, 2007, (Makale).

UNAT, İlhan: Nottebohm Kararı ve Tabiiyetin Gerçekliği İlkesi, Sevinç Matbaası, Ankara, 1966, s. 3.

YILMAZ, İlhan: Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, Beta Yayın, İstanbul, 2004.

ATIF YAPILAN KARARLAR

- Amco v Indonesia (ICSID Case No:ARB/81/1).
- Champion Trading v. Egypt (ICSID Case No ARB/02/9).
- Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v Argentine Republic (ICSID Case No ARB/97/3).
- CSOB v Slovakia (ICSID Case No ARB/97/4).
- Holiday Inns v Morocco (ICSID Case No: ARB/72/1).
- Phoenix Action, Ltd. v.The Czech Republic (ICSID Case No. ARB/06/5).
- Plama Consortium Limited v. Bulgaria, (ICSID Case No. ARB/03/24).
- Saba Fakes v. Turkey (ICSID Case No ARB/07/20).
- Salini Costruttori v. Morocco (ICSID Case No. ARB/00/4).
- Siag v. Egypt (ICSID Case No ARB/05/15).
- Tradex v. Albania (ICSID Case No: ARB/94/2).

Milletlerarası Özel Hukukta Çocuk Kaçırma

*Ziya AKINCI**

I. Milletlerarası Özel Hukukta Çocuk Kaçırma Sorunu ve La Haye Sözleşmesi

Farklı ülkelerde yerleşik veya farklı vatandaşlıktan olan kişilerin evlilikleri veya beraberlikleri ile ilgili iç hukuktan farklı bazı durumlar ile karşılaşılmaktadır. Çocuk kaçırmaların sebebi, anne veya babadan birinin çocuğun velayetini elde etme isteğinden veya bazı durumlarda karşı taraftaki kişiden öç alma duygusundan ya da karşı tarafa birlikte yaşama veya boşanma ile ilgili koşulları kabul ettirmekten kaynaklanmaktadır. Görüldüğü gibi kaçırmanın sebebi çocuğa olan sevgi olabileceği gibi, diğer eşe olan tek taraflı sevgi, nefret, korku veya kıskançlık gibi duygulardan da kaynaklanabilmektedir.

Bu durumlar arasında en ilginç sorunlardan biri çocukların uluslararası kaçırılması sorunudur. Bu sorun, sadece çocuğun kendisinde kalmasını isteyen taraflar açısından değil, zaman zaman ilgili devletlerin kamuoyunu ve basınını meşgul eden uluslararası bir sorun olarak da gündeme gelmektedir. Bu sorunun çözümü için "Uluslararası Çocuk Kacırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesi" düzenlenmiştir. Türkiye Cumhuriyeti, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşme'ye taraf olarak, çocukların kaçırılması ve haksız olarak alıkonulmasına karşı milletlerarası alanda verilen mücadeleye destek vermiştir[1]. Aynı zamanda bu Sözleşme'nin uygulanması ile ilgili usul ve esasları düzenleyen 5717 Sayılı "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yön Ve Kapsamına Dair Kanun" yürürlüğe girmiştir[2]. 5717 Sayılı Uygulama Kanunu yanında Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, 65/1

---

* Prof. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

1 RG. 15.2.2000-23965.

2 RG. 4.12.2007-26720.

Numaralı Genelge'yi[3] çıkararak, Sözleşmenin uygulamasına açıklık getirmiştir.

Uygulamada "çocuk kaçırma" kavramı yanlış anlaşılmalara sebep olmaktadır. La Haye Sözleşmesi'nde düzenlenen çocuk kaçırma kavramı, çocuğun bir yabancı tarafından kaçırılmasını kapsamamakta ve çocuk kaçırma suçu anlamında kullanılmamaktadır. Bu sebeple, La Haye Sözleşmesi uyarınca çocuğun iadesi sürecini, çocuğun yabancılar tarafından kaçırılması durumunda başvurulacak çocuk kaçırma suçu ile karıştırmamak gerekir.

Sözleşme ile ilgili hukuki kavramların anlaşılabilmesi için, Sözleşmenin amacının doğru anlaşılması gerekmektedir. Sözleşme'nin Önsözü'nde, "v*elayet konusunda en önemli husus çocuğun yüksek menfaati*" olduğu vurgulanmaktadır. Zaten çocuğun derhal iade edilmesindeki amaç, çocuğun en kısa zamanda mutad meskenin bulunduğu ülkeye iadesinin sağlanması ve kaçırmanın zararlı etkilerinden çocuğun korunmasıdır. Sözleşme esas itibariyle, çocuğun yüksek menfaatinin, derhal iade edilmesi ile en iyi şekilde sağlanacağı düşüncesine dayanılmaktadır.

Sözleşme öncesi dönemdeki milletlerarası uygulamada "çocuğun en yüksek menfaati" kavramına dayanılarak ve esasında kültürel, milliyetçi, medyatik yaklaşımlardan hareketle, haksız olarak çocuğun yerini değiştiren veya alıkoyan kişi lehine kendi mahkemeleri tarafından velayet hakkı verilerek ödüllendirildiği sıkça görülmüştür. Bu tür kararların sonucunda, erken davranarak çocuğu kendi ülkesine kaçıran taraf, velayet davasında pek çok kez kazanan taraf olmuştur. İşte Sözleşme'nin amacı, çocuğun yerini haksız olarak değiştirerek kendisine avantaj sağlamaya çalışan bu gibi taraflara engel olmaktır. Bu sebeple, Sözleşme velayet hakkına kimin sahip olması gerektiğiyle değil, çocuğun iadesiyle ilgilenmektedir.

Sözleşme'nin amaçları 1. maddede belirtilmiştir. Anılan maddenin (a) bendinde, haksız olarak yeri değiştirilen veya alıkoyulan çocuğun derhal herhangi bir âkit devlete iadesi hususu düzenlenirken, (b) bendinde âkit bir devletin hukukuna göre mevcut olan koruma hakkı ve şahsi ilişki kurma hakkına diğer âkit devlette saygı duyulması hususu düzenlenmiştir.

Sözleşme'nin çocuğun velayetinin kime ait olacağı konusuyla bir ilgisi bulunmamaktadır. Sözleşme, haksız götürme ve alıkoyma olaylarını, velayet işlemlerinden farklı düzenlemektedir. Sözleşme velayete ilişkin yabancı mahkeme kararların tanınması ve tenfizi konusunu da ele almamaktadır. Çocuk kaçırma nedeniyle başlatılan işlemlerin asıl hedefi, çocuğun en yüksek menfaatini detaylı olarak araştırmaktan ziyade, iade kararının verilmesi için koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemektir.

---

[3] B.03.0.UİG.0.00.00.06/010.06.02/3-1 sayı 1/3/2008 tarih.

Sözleşme, çocuğun iade kararına kesin bir öncelik verilmesini sağlamaktadır. Bu sebeple, açılmış veya açılacak velayet davaları iade kararını etkilemeyecek ve âkit devlet mahkemeleri, iade kararı verilinceye kadar velayetle ilgili konularda karar vermeyeceklerdir. Başka bir deyişle, Sözleşme, kaçıran kişi tarafından bozulan durumun yeniden tesisini garanti altına almaya öncelik vermektedir.

Sözleşme'nin amacı, haksız olarak yer değiştiren çocuğun, mutad meskenin bulunduğu devlete iadesidir. Sözleşme, kaçıran kişinin, kaçırma olayını velayet davasında usulî avantaj sağlamak için kullanmasını engellemeye çalışmaktadır. Bu nedenle, Sözleşme, mevcut durumu korumak ve çocuğu kaçıran anne veya babanın mutad meskenin bulunduğu ülke dışındaki mahkemelerde daha avantajlı bir durum yaratmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Böylece, Sözleşme, çocuğu kaçıran tarafın daha avantajlı olduğunu düşündüğü kendi ülke mahkemelerinden lehine hüküm tesis ederek çocuğu alıkoymasını engellemektedir. Âkit devlet mahkemeleri, Sözleşme uyarınca kaçırma olduğu tespit edilir edilmez çocuğun mutad meskenine dönmesini sağlayacaklardır. Böylece, çocuğu kaçıran tarafın kendi lehine haksız bir durum yaratması engelleneceği gibi, iade işlemi mümkün olduğu kadar çabuk tamamlanarak kaçırmanın zararlı etkileri azaltılmaya çalışılmaktadır.

Sözleşme uyarınca açılacak iade davasının, boşanma davası ile birleştirilmemesi gerekir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bir kararında[4] iade davası ile boşanma veya velayet davasının birleştirilmiş olması halinde, birleştirilen davaların HUMK'da öngürülen usule göre ayrılmasına karar verilmesi ve önecelikle iade talebi hakkında karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre Yargıtay, aynı sebepten doğan veya biri hakkında verilecek hüküm diğerini etkileyecek davaların HUMK' un 45. maddesi uyarınca birleştirilebileceği gibi, yargılamanın daha iyi bir şekilde yürütülmesini sağlamak için mahkemece birleştirilmiş davaların ayrılmasına karar verilebileceği (HUMK.m.46), birleştirilmiş davaların birlikte inceleneceği, ayırma kararı verilmedikçe aynı anda fakat ayrı ayrı karara bağlanması gerektiği, davalar ayrılmadan biri hakkında karar oluşturup diğeri hakkında tahkikata devam olunamayacağını ifade etmiştir. Söz konusu kararda, Sözleşme'nin 2. ve 11. maddeleri gereğince taraf devletlerin Sözleşme'nin amaçlarının gerçekleşmesini sağlamak üzere uygun bulunan bütün önlemleri almak ve bu amaçla en süratli usullere başvurmakla yükümlü oldukları belirtilerek, Sözleşme hükümleri uyarınca iade davasının boşanma davası ile ilgisi bulunmadığından, birleştirme kararının usule aykırı olduğu ve ayrıca birleştirilen dava henüz sonuçlandırılmadan iade davası ile ilgili esasa ilişkin hüküm

---

[4] Y. 2 HD., 7.6.2001 t., 7414/8902 (İlknur Altuntaş, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi, Ankara 2006, s.62 dn. 187).

kurulmasının da yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle, birleştirilen davaların ayrılarak iade talebi ile ilgili süratle ve esasa ilişkin Sözleşme hükümleri de dikkate alınarak karar verilmesi gerektiği ifadelerine yer verilerek, ivedilikle hareket etme yükümlülüğünün göz önüne alınması gerektiği kaydedilmiştir[5].

Kısaca Sözleşme, velayetin esasına ilişkin bir karar verilmesini amaçlamamaktadır. Nitekim Sözleşme'nin 1. maddesi ve Önsözü, Sözleşme'nin başlıca amacının, "*çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlete derhal iadesi olduğunu*" vurgulamaktadır. Sadece, çocuğun mutad meskenine dönmesini sağlayarak eski durumun korunmasını öngören ve velayet hakkının esasına ilişkin karar verme yetkisini, mutad mesken devletindeki adli makamlara veren hukuki bir çare sunmaktadır.

II. La Haye Sözleşmesi'nin Uygulama Koşulları

Bir iade talebine Sözleşme'nin uygulanabilmesi için, öncelikle iadenin talep edildiği devlet ile çocuğun iadesi istenen devletin her ikisinde de Sözleşme'nin yürürlükte olması gerekmektedir. Ayrıca, çocuğun haksız olarak yer değiştirmiş ve alıkonmuş olması gerekmektedir.

Sözleşme'nin uygulama alanı, onaltı yaşından küçük çocuklarla sınırlıdır. Haksız götürme veya alıkoyma çocuk onaltı yaşına ulaşmadan önce gerçekleşmiş olsa bile, Sözleşme'nin uygulanması çocuk onaltı yaşına geldiğinde sona erdiğinden, müracaat sırasında çocuğun onaltı yaşından gün almamış olması gerekmektedir.

Ayrıca, kaçırma veya alıkoyma ile yasal işlemlere başlama arasında bir yıldan daha fazla bir zamanın geçmesi hâlinde, çocuğun yeni ortamına uyum sağladığı tespit edilirse, mahkeme çocuğun mutad meskenine iadesi talebini reddedebilir.

Sözleşmeye dayanılarak iade talebinde bulunabilmek için, söz konusu talebin Sözleşme'nin uygulama alanına girmesi gerekmektedir. Bununla beraber, iade talebinde bulunmak isteyen kişi veya kurum iade talebini mutlaka Sözleşme'ye dayandırmak zorunda değildir. İade talep eden devletin milli hukuku daha etkili ve çabuk bir iade imkânı sağlıyorsa, Sözleşme bu kurallara göre başvuru yapılmasına engel oluşturmaz. Sözleşme'nin 29. maddesi uyarınca, "*Sözleşme, koruma hakkının veya ziyaret hakkının, 3. veya 21. maddelere göre ihlal edildiğini öne süren şahıs kurum veya örgütün, sözleşme hükümlerine bağlı olarak veya olmayarak, taraf Devletlerin adli veya idari makamlarına müracaat etme serbestisine engel teşkil etmez*".

---

[5] Y. 2 HD., 7.6.2001 t., 7414/8902 (Altuntaş, s.89 dn 261).

III. La Haye Sözleşmesi Uyarınca İade Koşulları

A. Bir Yıl İçerisinde Başvuruda Bulunma

Çocuğu haksız olarak götüren veya alıkoyan kişinin yeni yargı alanında velayet hakkının esasına ilişkin karar almasına ve çocuğun yeni ortamına uyum sağlayıp sağlamadığı tartışmasına engel olmak için, iade işlemlerine derhal başlanması gerekir. İade davasının çocuğun haksız götürülmesinden veya alıkoyulmasından itibaren bir yıl içinde açılmaması, hak düşürücü bir süre değildir. Ancak, söz konusu bir yıllık sürenin geçirilmesi, iade talebinin değerlendirilmesinde önemli bir rol oynayacaktır.

Çocuğun kaçırılmasından bir yıl geçtikten sonra iade talebinin söz konusu makamlara ulaşması durumunda, yetkili adli veya idari makamın, 13. ve 20. maddelerde belirtilmiş olan iadeden kaçınma nedenlerinden başka, çocuğun yeni çevresi ile uyum sağlamış olup olmadığını da göz önüne alması gerekecektir.

Haksız yer değiştirme durumlarında bir yıllık süre, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu âkit devletten başka bir âkit devlete götürüldüğü tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Çocuğun mutad meskeni dışındaki bir ülkede haksız olarak alıkonulduğu durumlarda bir yıllık süre, yaz tatili veya dini bayram gibi geçici olarak bir başka ülkeye götürülen çocuğun, normal olarak mutad meskenine dönmesinin beklendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

Başvurunun bir yıllık süre içinde yapılmış sayılması için, başvurunun bir yıllık süre içinde "çocuğun bulunduğu devlet merkez adli ve idari makamlarına" ulaşması gerekmektedir. Zira çocuğun iadesini hakkında karar verecek olan ve iade ile ilgili işlemler hakkında işlem yapacak olan, çocuğun bulunduğu devletin adli ve idari makamlardır. Bu sebeple, iade talebinin herhangi bir âkit devletin merkezi makamına ulaşması, başvurunun bir yıllık süre içerisinde yapıldığını kabul etmek için yeterli değildir. Başvuru çocuğun mutad meskenin bulunduğu ülkenin merkezi makamına zamanında ulaşmış olmakla birlikte, başvuru çocuğun bulunduğu devletin merkezi makamlarına bir yıl geçtikten sonra ulaşmışsa, başvurunun bir yıl içinde yapıldığı söylenemeyecektir.

Burada önemli bir husus, iade için bir yıl içerisinde müracaatta bulunulmasına rağmen, yargılamanın uzun sürmesi veya fiilen çocuğun bulunamaması gibi sebeplerden dolayı çocuk bir yıl ya da daha uzun bir süre haksız olarak götürüldüğü veya alıkonulduğu ülkede bulunmuş ise, artık hâkimin söz konusu bir yıllık süreyi dikkate alarak, çocuğun yeni çevresine uyum sağladığı gerekçesiyle iade talebini reddetmesi mümkün değildir.

Gerçekten, Sözleşme'nin 12. maddesinin ikinci fıkrası, geri dönüş yükümlülüğünü süresiz sağlayarak, çocuğu kaçıran veya haksız olarak alıkoyan tarafın, iade prosedürünü geciktirme çabalarını ödüllendirmeyi engellemektedir.

B. Yer Değiştirme veya Alıkoymanın Haksız Olması

Sözleşme'nin uygulama alanını belirten 4. maddesi, Sözleşme'nin "koruma ve ziyaret haklarının ihlalinden hemen önce, mutad ikametgâhı taraf devletlerden birinde bulunan çocuklara" uygulanacağını belirtmektedir.

Sözleşme'nin Türkçe tercümesinde her ne kadar "mutad ikametgâh" olarak ifade edilse de, söz konusu kavramı, Türk hukukunda kabul edilen ifadesi ile "mutad mesken" olarak anlamak gerekmektedir.

Mutad mesken kavramı, yerleşim yeri (ikametgâh) kavramından farklı bir kavramdır. Yerleşim yeri, Medeni Kanunumuz'un 19. maddesinde "bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer" olarak tanımlanmıştır. Farklı hukuk sistemleri, yerleşim yeri kavramını farklı anlamaktadır[6].

Milletlerarası doktrin ve mahkeme uygulamalarında, mutad meskenin tarifi olarak kabul edilen bir anlayış gelişmiş ve yerleşmiş bulunmaktadır. Buna göre, kişinin yaşamını sürdürdüğü, maddi ve şahsi ilişkileri ile en sıkı şekilde bağlılık kurduğu yaşam merkezi olan yer, onun mutad meskeni olarak kabul edilir.

Sözleşme'de kullanılan terim olan mutad mesken, çocuğun yaşamını sürdürdüğü, maddi ve şahsi bağlantılarının kurulmuş olduğu yer, onun mutaden oturduğu, yaşadığı yerdir. Belirli bir yerde yaşamaya karar vermek mutad meskenin belirlenmesi için tek başına yeterli değildir. Mutad mesken kavramı, fiilî durum ve vakıalardan hareket edilerek bulunulacacktır. Bu sebeple, mutad mesken, çocuğun ağırlıklı olarak hayat faaliyetlerini sürdürdüğü sosyal çevre esas alınarak belirlenir. Burada çocuğun mutad olarak yaşadığı yer belirlenecektir.

Sözleşme'nin 4. maddesi, "koruma ve ziyaret haklarının ihlalinden hemen önce"ki mutad meskeni esas almaktadır. Bu sebeple, kaçırılma veya alıkonulmadan önce, çocuğun farklı ülkelerde mutad meskeni bulunuyorsa, en son mutad meskeninin bulunduğu yer, mutad mesken olarak dikkate alınacaktır.

---

[6] Nomer/Şanlı, s. 124; Nuray Ekşi, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul 2000, s. 82 dn. 325; Burak Huysal, "Kanunlar İhtilafı Alanında İkametgâh ve Doğurduğu Sorunlar", MÜHFD, S. 2, 2003, s. 177-181.

Bundan başka, yine Sözleşme'nin 4. maddesi uyarınca, çocuğun mutad meskeni belirlenirken, kaçırılma veya alıkoymadan önceki durum dikkate alınacaktır. Zira iade prosedürünün zaman alması dolayısıyla çocuk, haksız olarak götürüldüğü veya alıkonduğu ülkede hayat faaliyetlerini ağırlıklı olarak sürdürüyor olabilir. Böyle bir durum, kaçırılma veya haksız alıkoymadan sonra meydana geldiği için, söz konusu ülke, çocuğun mutad meskenin bulunduğu ülke olarak kabul edilmeyecektir.

Bazı durumlarda çocuğun mutad meskenin neresi olduğunun belirlenmesinde, bu konuda verilmiş mahkeme kararlarının dikkate alınması gerekecektir. Çocuğun, ağırlıklı olarak bu ülkede yaşaması durumunda, Sözleşme uyarınca çocuğun mutad meskeni bu ülke olacaktır. Bu husus bir mahkeme kararında şu şekilde ifade edilmiştir:

> "*Anne A. A. hem Türk hem de Alman vatandaşıdır. Ancak dosyadaki belgelerden ikametgâhının Almanya olduğu görülmektedir. Türkiye'de mutat bir ikametgâhı olduğu konusunda bir bilgi olmadığı gibi, bir iddia da yoktur. Yukarıda ifade edildiği gibi boşanma neticesinde çocukların ikamet yerini belirleme yetkisi münhasıran anneye bırakılmış, annenin de gerek kendisi gerek çocuklar için Almanya'daki adresini mutad mesken olarak belirlediği açıktır*." [7].

Özellikle eşlerin farklı vatandaşlıkta olduğu evliliklerde, çocuklar birden çok kültüre ait dini ve milli bayramları yaşamakta ve bu sebeple uzun denilebilecek süreler için anne veya babanın ülkesine sık ve uzun ziyaretler yaptıkları görülmektedir. Hatta, bu ziyaretlerde diğer ülkelerde eğitim ve sağlık gibi hizmetlerden yararlanmakta ve çeşitli sosyal aktivitelere katılmaktadırlar. Bu gibi esasında geçici olan durumları dikkate alarak, çocuğun mutad meskenin, tatiller için gidilen yerde olduğu sonucuna varılmaması gerekir.

Burada karşılaşılabilecek önemli bir sorun, çocuğun bir başka ülkede yatılı okulda okuması durumudur. Böyle bir durumda çocuk, fiilen yaşamının büyük bir bölümünü okulunun bulunduğu ülkede geçirdiği için, mutad meskeninin de okulun bulunduğu ülkede olduğu mu kabul edilecektir? Böyle bir durumda, anne ve/veya babasının yanında yaşayan ancak başka bir ülkede yatılı olarak okuyan çocuğun mutad meskenin, birlikte yaşadığı anne ve/veya babasının mutad meskenin bulunduğu ülkede olduğunu kabul etmek gerekir. Dolayısıyla, çocuğun anne ve/veya babasının bulunduğu ülkeden haksız bir şekilde başka bir ülkeye götürülmesi veya alıkonulması durumunda, Sözleşme uyarınca iade talebinde bulunmak mümkün olacaktır.

---

[7] Adana 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, 6.11.2002 t., E. 2002/1036, K. 2002/855 K. (yayımlanmamıştır).

La Haye Sözleşmesi'nin en önemli maddelerinden birisi, çocuğun yer değiştirmesinin veya geri dönmemesinin ne zaman haksız olduğunu belirten 3. maddesidir. Bu sebeple, La Haye Sözleşmesi uyarınca çocuğun iadesinin istenebilmesi için, öncelikle çocuğun iadesini talep eden ile çocuk arasındaki ilişki üzerinde durmak gerekir. La Haye Sözleşmesi'nin 3. maddesi, kimlerin çocuğun iadesini isteyebileceğini belirtirken, aynı zamanda hangi durumlarda çocuğun yer değiştirmesinin ve geri dönmemesinin haksız sayılacağına da açıklık getirmektedir.

Sözleşmenin 3. maddesi uyarınca; bir çocuğun yer değiştirmesi veya alıkoyulması, çocuğun, yer değiştirmesinden veya alıkoyulmasından hemen önceki mutad meskeninin bulunduğu devlet kanunu tarafından, bir şahsa, müesseseye veya başka bir kuruma, tek başına veya müştereken verilen koruma hakkının ihlali şeklinde meydana geldiği takdirde ve bu hak, yer değiştirme veya alıkoyma anında tek başına veya müştereken fiili biçimde kullanılmakta veya bu olaylar meydana gelmese kullanılacak idiyse "haksız" olarak kabul edilmektedir.

Trabzon 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülen bir iade davasında, mahkeme çocukların mutad meskenlerinin Almanya olduğunu tespit ettikten sonra, çocukların ülkemizdeki alıkoyulmasının Alman mahkemesinin anneye verdiği velayet hakkını ihlal ettiği ve bu durumun Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında "haksız" olduğunu tespit edilerek, çocukların iade edilmelerine karar verilmiştir[8].

Çocuğun kaçırılmasının yanı sıra, haksız olarak alıkonulması da Sözleşme'nin kapsamına giren bir başka konudur. Çocukla şahsi ilişki kurma süresinin bitiminde çocuğun alıkoyulması durumunda, diğer tarafın koruma hakkı ihlal edildiği için, 3. madde anlamında "haksız alıkoyulma" söz konusu olacaktır.

Alıkoyma durumunda, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkeye gitmesi konusunda diğer eşin rızası olmasına rağmen, çocuğun geri dönmesinin beklendiği süre, diğer eşin rızası olmaksızın aşılmış ve diğer eşin çocuğun geri dönmesini istemesine rağmen, çocuk mutad meskenin bulunduğu ülkeye iade edilmemektedir. Böyle bir durum, Sözleşme'ye dayanarak iade talebinde bulunmak için haklı bir sebep teşkil edecektir.

> Örneğin çocuğun bayram veya tatil için, diğer eşin rızası ile bir başka ülkeye götürülmesine rağmen, çocuğun geri getirilmemesi, alıkoyma durumunu oluşturacaktır. Bir mahkeme kararına konu

---

[8] Trabzon 3. Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 2003/470,K. 2004/1276 (Altuntaş, s. 95 dn. 274).

olan bir olayda, yaz tatili için çocuğun mutad meskeninin bulunduğu Finlandiya'dan Türkiye'ye getirilmiş, ancak daha sonra çocuğun Finlandiya'ya iadesi reddedilerek, Türkiye'de alıkonulmuştur. Söz konusu uyuşmazlık ile ilgili olarak mahkeme şu kararı vermiştir[9].

Yine bir başka kararda, Hamursuz bayramını geçirmek için babasının rızası ile İsrail'den Türkiye'ye getirilen çocuğun geri gönderilmeyişi, Sözleşme kapsamında alıkoyma olarak nitelendirilmiştir[10].

IV. İade Talebinin Reddedilebileceği Durumlar

A. İadeye Engel Olan Durumlar

Çocuğun iadesine engel olan durumlar Sözleşme'de son derece sınırlı olarak belirtilmiştir. Sözleşme, mahkemelerin çocuğun yüksek menfaatini genel olarak araştırmalarını engelleyerek, iade mekanizmasını, çocuğun velayeti hakkında karar verilmesi ile karıştırılmasına engel olmak istemiştir.

İade talebinin reddedilebileceği durumlar, son derece sınırlı olarak Sözleşme'de sayılmıştır. İade talebi incelenirken, bu durumların var olup olmadığının araştırılmasıyla yetinmek gerekir. Bununla beraber, iadeye engel olan durumların varlığı hâlinde mahkeme iade talebini reddedebilecektir.

Sözleşme uyarınca iadeye engel olabilecek durumlar aşağıdaki gibi belirtilmiştir:

- koruma hakkının etkili şekilde kullanılmıyor olması,
- muvafakat veya icazet,
- fiziki veya psikolojik tehlike,
- yeterli olgunluğa erişen çocuğun geri dönmek istememesi.

1. Koruma Hakkının Etkili Şekilde Kullanılmıyor Olması

Sözleşme'de çocuğun iadesini isteyen kişi, çocuk mutad meskenin bulunduğu ülkedeyken koruma hakkını fiilen kullanmıyorsa talep edilen devletin adli ve idari makamlarının çocuğun iadesine karar verme zorunluluğunun

---

9 Mersin 2. Aile Mahkemesi, E. 2004/189, K. 2004/703 (Altuntaş, s.95 dn. 273).

10 Sarıyer Aile Mahkemesi, 25.10.2004 t., E. 2004/683, K. 2004/929 (Ekşi, s. 55-59). Söz konusu karar, Yargıtay tarafından da onanmıştır; bkz.: Y. 2. HD.,29.3.2005, E.2005/469, 2005/5045 (Ekşi, s. 60).

olmadığı belirtilmiştir. Bunun sonucu olarak Sözleşme, sadece çocuğun kaçırıldığı tarihte doğmuş ve kullanılmakta olan koruma hakkı ihlallerinde uygulanacaktır.

Eşler arasında uyuşmazlık çıktığı zaman, birbirlerini cezalandırmak isteyen eşler, sık sık diğer eşin çocuk ile olan ilişkisini bir koz olarak kullanmak istemektedirler. Bu sebeple, çocuk mutad meskeninin bulunduğu ülkedeyken koruma hakkını kullanmayan bir eş, sadece diğer eşe zarar vermek amacı ile çocuğun başka bir ülkeye götürülmesine engel olmak isteyebilir. İşte bu hüküm ile, velayet hakkını gerçekte kullanmayan kimsenin, Sözleşme hükümlerinden yararlanması önlenmek istenmektedir.

Sözleşme, "koruma hakkının etkili bir şekilde yerine getirmediği" durumlardan bahsetmektedir. Sözleşme'nin 5. maddesi uyarınca, koruma hakkı, çocuğun şahsının bakımı ve özellikle ikamet yerinin tespiti haklarını içermektedir. Bu sebeple Sözleşme'nin 13. maddesinde koruma hakkını etkili bir şekilde yerine getirmeme kavramını, çocuğun bakımı hakkının ve yükümlüğünün yerine getirilmemesi olarak anlamak gerekmektedir. Söz konusu kavram, çocuk başka ülkeye gitmeden önce, mutlaka çocukla birlikte yaşamak olarak anlaşılmamalıdır. Sağlık, eğitim ve genel olarak çocuğun bakımı ve gelişimi ile ilgilenen anne veya babanın, çocuk ile aynı evde yaşamasa dahi koruma hakkını etkin bir şekilde kullandığı kabul edilmelidir.

Bazı durumlarda, koruma hakkı kendisine verilen eş, kendi rızası ile çocuğun koruma hakkını diğer tarafa bırakmış olabilir. Böyle bir durumda, koruma hakkından kendi rızasıyla vazgeçen eşin, daha sonra çocuğu mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir yere götürmesi durumunda, yine Sözleşme'ye dayanarak iade talep edilebilecektir. Çünkü böyle bir durumda, artık kendisine koruma hakkı bırakılan eş, koruma hakkını etkili bir şekilde kullanmamış, başka bir deyişle, koruma hakkını kullanmaktan vazgeçmiştir. Bu sebeple, koruma hakkını kullanmayan, fakat daha sonra çocuğu mutad meskenin bulunduğu ülkeden ve fiilen koruma hakkını kullanan eşin rızası olmaksızın haksız bir şekilde başka bir ülkeye kaçıran tarafa karşı, Sözleşme'ye dayanarak iade davası açabilecektir.

Tatil veya bayram gibi sebeplerden dolayı çocuğun mutad meskenin bulunduğu ülkeden başka bir ülkeye götürülmesine izin veren tarafın bu davranışı, koruma hakkının etkin bir şekilde kullanılmaması anlamına gelmeyecektir. Zira burada koruma hakkından vazgeçilmemekte, çocuğun geçici olarak mutad meskenini terk etmesine izin verilmektedir.

Bundan başka, koruma hakkının etkin bir şekilde yerine getirilmemesinin sebebi, çocuğu kaçıran veya haksız alıkoyan taraf ise yine koruma hakkının etkin bir şekilde yerine getirilmemesi anlamına gelmeyecektir.

Özellikle, yabancı bir ülkede gerçekleşen boşanma sonucunda velayet hakkı bırakılan eşe, diğer eş müşterek çocuğu hiç teslim etmediği için koruma hakkına sahip olan eş koruma hakkını hiçbir zaman fiilen kullanamamışsa, çocuğun iadesini talep edebilir.

2. Yer Değiştirmeye Önceden veya Sonradan Razı Olmak

Bazı durumlarda geride kalan taraf, çocuğun götürülmesine veya alıkoyulmasına razı olabilir. Geride kalan taraf, çocuğun yer değiştirmesine onay verdiğine ilişkin irade beyanını, götürme veya alıkoymadan önce bildirerek bu duruma izin verebilir. Bazı durumlarda, yer değiştirmeye onay vermeye ilişkin irade beyanı, götürme veya alıkoymadan sonra bildirilebilir.

Çocuğu kaçıran veya alıkoyan eşin bu davranışına rıza, açıkça veya örtülü olarak verilebilir. Haksız olarak götürülmesine rağmen çocuğun mutad meskenin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede yaşamasına açıkça rıza gösterildiği durumlarda, geride kalan eş, çocuğun mutad meskenin değiştirilmesini kabul ettiğini açıkça ifade etmektedir.

Bazı durumlarda ise geride kalan, açık bir kabul beyanında bulunmamakla birlikte, bu duruma sessiz kalarak ve tepki vermeyerek, durumu kabul etmektedir. Nitekim Sözleşme'nin 12. maddesinin 1. paragrafında, iade talebi için bir yıllık süre söz konusudur. Bir yıllık süre geçtikten sonra iade talebinde bulunulması durumunda, çocuğun yeni çevresine uyum sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekecektir.

Koruma hakkına sahip olan kişinin çocuğun götürülmesine izin verdiği veya daha sonra bu duruma razı olduğu durumlarda, çocuğun başka bir ülkeye götürülmesi veya alıkonulması, haksız olarak nitelendirilemeyecektir. Bu sebeple, çocuğun mutad meskenin bulunduğu ülkeden götürülmesine veya alıkonulmasına razı olmuş olan tarafın, sonradan bu durumun haksız olduğunu iddia etmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumun aksinin kabulü, eşler arasındaki mücadele ve pazarlıklarda, çocuğun iadesini bir araç olarak kabul etmek ve bu pazarlıklara göre çocuğun yer değiştirmesine izin vermek olurdu. Bu durumun, Sözleşme'nin amacına tamamen ters olacağı açıktır.

Çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yerden başka bir yere götürülmesine ilişkin diğer eşin iradesi, taraflar arasındaki bir anlaşma ile açıkça ifade edilmiş olabileceği gibi, geride kalan eşin, çocuğun başka bir ülkede yaşaması ile ilgili hazırlıkları bizzat yapmış olması durumunda da yer değiştirmeye rıza gösterildiği kabul edilecektir.

Bundan başka, çocuğun kaçırılmasından veya alıkonulmasından sonra, koruma hakkına sahip olan kişinin bu durumu kabul eden davranışları,

"sonradan razı olma" anlamına gelecektir. Örneğin, geride kalan eşin çocuğun götürüldüğü ülkedeki okul, sağlık kurumu, müzik veya uzun süreli spor kursu ayarlamalarını yapması, çocuğun bir başka ülkede yaşamasına razı olduğu anlamına gelebilecektir.

Gerçekten, çocuğun mutad meskenin bulunduğu ülkeden başka bir ülkeye getirilmesine rıza verilmekle birlikte, bu rıza, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede yaşaması için değil, çocuğun başka bir ülkeye geçici olarak götürülmesi için verilmişse Sözleşme'nin 13/a maddesi anlamında bir rızadan bahsetmek mümkün değildir. Bu gibi durumlarda, çocuğun başka bir ülkeye geçici olarak götürülmesi için verilen rıza, Sözleşme'nin 13/a maddesi anlamında iadeye engel olacak nitelikte bir rıza anlamında değildir. Hatta bazı durumlarda çocuğu kaçıran eş, çocukları geri getireceğine dair söz vererek çocuğu mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkeye götürmek için onay almış olabilir. Böyle bir durum, Sözleşme'nin 13/a anlamında iade engeli oluşturmayacaktır. Nitekim bu durumun Sözleşme kapsamında iade için bir engel oluşturmadığı, bir mahkeme kararında da açıkça ifade edilmiştir[11].

3. Fiziksel-Psikolojik Zarar veya Müsamaha Edilemeyecek Durum Riski

Sözleşme, çocuğun mutad meskenin bulunduğu ülkeden başka bir ülkeye haksız olarak götürülmesinin veya alıkonulmasının çocuk üzerinde yaratacağı sakıncaları ortadan kaldırmak ve çocuğun derhal iadesini gerçekleştirmek için düzenlenmiştir. Bu sebeple, Sözleşme'nin 13/b maddesi uyarınca, iade talebi hakkında karar verecek olan mahkeme çocuğun "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".

Çocuğun mutad meskenin bulunduğu ülkeye derhal iade edilebilmesi için çocuğun ruhsal veya bedensel sağlığı konusunda ciddi bir tehlikenin söz konusu olmaması gerekmektedir[12].

Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarında fiziksel veya psikolojik zararı çok güzel tanımlamaktadır. Yargıtay'ın bir kararında iade talebinin reddine

---

[11] Trabzon 3. Asliye Hukuk Mahkemesi, 11.3.2004 t., E. 2003/470, K. 2004/3212 (yayımlanmamıştır).

[12] Trabzon 3. Asliye Hukuk Mahkemesi, 11.3.2004 t., E. 2003/470, K. 2004/3212 (yayımlanmamıştır).

sebep olan Sözleşme'nin 13/b maddesinin nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin prensip çok güzel bir şekilde açıklanmıştır:

> "*Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesi'nin 13/b maddesi son derece dar yorumlanmalıdır. Çocuğun geri verilmesi durumunda, şiddet veya tacize maruz kalacağı konusunda ciddi bir tehlikenin doğması ya da kıtlık, salgın hastalık yahut savaş hali gibi vahim hallerin bulunması halinde iadeden kaçınılması gerekir. Çocuğun çok küçük olması başlı başına isteğin reddine sebep teşkil etmez.*"[13].

Mahkemenin çocuğun iadesinde kabul edilemeyecek fiziki veya psikolojik tehlikenin bulunduğunu belirlemesi durumunda, Sözleşme'ye dayanılarak yapılan iade talebi reddedilebilecektir. Sözleşme'nin uygulanması ile ilgili bir mahkeme kararında, çocuğun mutad meskenin bulunduğu devletin makamları çocuğun götürülmesini haksız bulsa dahi Türk mahkemesi iadeyi engelleyen bir durumun söz konusu olduğu kanaatine vardıysa, iade talebinin reddedilebileceği ifade edilmiştir[14].

Çocuğun küçük olması veya özelikle anne şefkatine ve bakımına gereksinim duyan yaşta olması, Sözleşme'ye dayanan iade taleplerinin reddi için bir gerekçe değildir. Zira burada Sözleşme'nin amacı çocuğu annesinden alıp babasına vermek değil, çocuğun mutad meskenin bulunduğu ülkeye iade etmektir. Bu sebeple, prensip olarak annenin çocuğunun mutad meskenin bulunduğu yere dönmesi mümkündür. Yargıtay bir kararında iade talebini kabul ederken, gerekçeleri arasında çocukların anne bakım ve şefkatine muhtaç durumda olmasını da saymıştır. Böyle bir gerekçe Sözleşme'nin amacına uygun düşmemektedir. Zira Sözleşme her durumda anne bakım ve şefkatine muhtaç çocukların anneye iadesini değil, mutad meskenin bulunduğu yerden kaçırılan veya alıkonulan çocukların iadesini amaçlamaktadır[15].

Sözleşmenin 13. maddesinin metni, iadeye engel olan durumu tarif etmektedir. Buna göre, iade talebinin reddedilebilmesi için öncelikle somut ve gerçekleşmesi muhtemel olan "ciddi" bir tehlikenin mevcut olması gerekmektedir[16]. Çocuğun iadesi, çocuğa "fiziksel" veya "psikolojik" olarak zarar verme konusunda ciddi bir tehlike oluşturmalıdır[17]. Nihayet, çocuğun iade-

---

[13] Y. 2. HD., 14.10.2004 t., 10536/11797 (yayımlanmamıştır).

[14] Zonguldak Aile Mahkemesi, E. 2004/34, K. 2004/761 (yayımlanmamıştır).

[15] Y. 2. HD., 3.6.2004 t., 6259/7212 (yayımlanmamıştır).

[16] Sarıyer Aile Mahkemesi, 25.10.2004, E. 2004/683; K. 2004/929 (Ekşi, s. 55-59). Söz konusu karar, Yargıtay tarafından da onanmıştır; bkz.: Y. 2. HD.,29.3.2005, E.2005/469, 2005/5045 (Ekşi, s. 60).

[17] Re Zarette, 23.12.1996, United States Districit Court for the District of Illinois, Reinhart, District Judge, (Beaumont&McEleavy, s. 142).; Ankara 1. Aile Mahke-

sinin yaratacağı ciddi tehlikelerin "müsamaha edilmez" boyutlarda olması gerekmektedir[18]. Sözleşmenin 13/b maddesindeki kavramların açıklanmasında yarar vardır.

4. İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklere Aykırılık

Sözleşme'nin 20. maddesi uyarınca "çocuğun, 12. madde hükümleri uyarınca geri dönmesi, talepte bulunulan Devletin insan haklarının korunması ve temel hürriyetlerine ilişkin ilkeleri izin vermiyor ise, reddedilebilir".

Buna göre, çocuğun mutad meskenin bulunduğu ülkeden başka bir ülkeye götürülmesi veya alıkonulması haksız olsa dahi, mahkeme çocuğun iadesinin insan haklarının korunması veya temel özgürlüklere aykırı bir durum oluşturacağı kanaatine varırsa, iade talebini reddedecektir. Örneğin, Sözleşme'ye dayanan bir iade davasında, çocuğun iade edilmesi durumunda mülteci durumuna düşecek olması veya mutad meskenin bulunduğu ülkede çocuğun ırk, din veya etnik kimliği dolayısıyla insan haklarına aykırı muamelelere tutulacak olması halinde, iade talebi reddedilecektir. Çocuğun iade edileceği ülkede çocuklara eğitim olanağı verilmemesi veya çocukların kötü koşullar altında veya tehlikeli işlerde çalıştırılıyor olması, insan haklarına aykırı olması sebebiyle iadenin reddedilmesi sonucunu doğuracaktır.

---

mesi, E. 2008/267, K. 2008/709 (yayımlanmamıştır); Beyoğlu 1. Aile Mahkemesi, E. 2003/214, K. 2003/235 (yayımlanmamıştır).

[18] (1995) 1 FLR 1021 (Beaumont&McEleavy, s.142).

Lizbon Anlaşmasında Hakları Himaye Sistemi – Öne Doğru Bir Adım mı?

*A. Füsun ARSAVA**

Hakları himaye sisteminde yapılacak reform akamete uğrayan Avrupa anayasa sözleşmesinde ve onu takip eden reform sözleşmesinde tartışmaların ağırlık noktasını oluşturmuştur (U.Everling, Rechtsschutz in der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon, bknz.: Schwarze/Hatje, Der Reformvertrag von Lissabon (EuR Beiheft 1/2009), s.71; M.Schröder, Neuerungen im Rechtsschutz der Europäischen Union durch den Vertrag von Lissabon, DöV 2009, s.61). 01.12.2009'da yürürlüğe giren Lizbon sözleşmesinin hakları himaye sisteminin temel esaslarını değiştirmemekle (J.P.Terhechte, Der Vertag von Lissabon: Grundlegende Verfassungsurkunde der europäischen Rechtsgemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag, EuR 2008, s.143 vd.) beraber bu alanda çok sayıda değişiklikleri beraberinde getirdiğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

Kurumsal Değişiklikler

AT anlaşmasının 220.maddesine göre ATAD ve ilk derece mahkemesi Topluluk hukukunun yorum ve uygulanmasında hukuka saygıyı temin etmekle yetkili kılınmıştır. Buna ilave olarak AT anlaşmasının 225a maddesi (AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anl., md.257) ilk derece mahkemesi nezdinde tesis edilebilecek mahkeme dairelerini belli kategori davalara bakmakla yetkili kılmıştır. Böyle bir düzenleme öngörüldüğü nispette Topluluk hakları himaye sistemi üç aşamalı olarak tesis edilmiş olmaktadır (şimdiye dek kamu hizmetleri mahkemesi ile bu durum sadece memur davaları alanında gerçekleşmiştir (bknz.: W.Hakenberg, Das Gericht für den öffentlichen Dienst der EU-Eine neue Ära in der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit, EuZW 2006, s.391 vd.). Buna benzer düzenleme Lizbon anlaşmasında yer almaktadır (AB anl. md.19). AB anlaşmasında yapılan bu düzenleme Lizbon anlaşması ile şimdiye dek geçerli olan sütunlu yapının şeklen ortadan kaldırılma-

* Prof. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

sı ile açıklanmaktadır. Bundan böyle tüm organlar AB anlaşmasının III. Bölümünde düzenlenmektedir. Bunun sonucu olarak da ATAD'a ilişkin temel düzenlemeler (fonksiyonu, oluşumu) bundan böyle bu bölümde yer alacaktır. Bu düzenlemelerin detaylandırlması esas itibariyle şimdiye dek ki AT anlaşmasını ikâme eden AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmada yer almaktadır.

AB anlaşmasının 19.madde 1.fıkrasına göre AB Divanı mahkeme ve uzman mahkemeleri kapsamaktadır. Divan ana organ olarak (üst kavram olarak) şimdiye dek olduğu gibi anlaşmaların yorum ve uygulanmasında hukukun korunması yetkisini kullanacaktır. Şimdiye dek ki mahkeme daireleri gelecekte uzman mahkemeler olarak nitelendirilecektir. AB anlaşmasının 19.maddesi ile mahkemenin ve uzman mahkemelerin AB'nin organları olmadığı açık bir şekilde ortaya konulmuştur. Mahkeme ve uzman mahkemeler organ niteliğine sahip AB divanının parçaları olarak kabul edilecektir (M.Schröder, Neuerungen im Rechtsschutz der Europäischen Union durch den Vertrag von Lissabon, DöV 2009, s.61). Mahkeme ve uzman mahkemeler arasında şimdiye dek mevcut sistemde olduğu gibi organlar arası bir ilişki değil, bir iç ilişki söz konusudur (A.Thiele, Europäisches Prozessrecht, 2007, § Rn.1). Lizbon anlaşması ile mevcut kurumsal yapıda bir değişiklik ortaya çıkmamıştır.

Şimdiye dek bir mahkeme dairesinin oluşturulması için Bakanlar Konseyinin oybirliği ile bir karar alması, Parlamento ve ATAD'ın ise sadece dinlenmesi öngörülmüştür (krşt.: AT anl. md.225a ve AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anl. md257). Gelecekte bu çerçevede Avrupa Parlamentosunun da bir değerlendirme yapması gerekmektedir. Uzman mahkemelerin oluşumu AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 257.maddesi 1.fıkrasına göre AT anlaşmasının 251.maddesinde ortak karar prosedürü olarak öngörülen prosedüre esas itibariyle uygun olağan yasama prosedürü ile ihdas edilen bir tüzükle gerçekleşecektir (AB'nin çalışma usulleri hakkında anl., md.294). Parlamento bu şekilde bundan böyle oybirliği ile değil, nitelikli çoğunlukla da karar veren Konseyle aynı seviyede kabul edilmiştir. Divan re'sen bu oluşumu talep edebilecek; Komisyonun benzer bir talebi söz konusu olduğu durumda ise dinlenecektir. Bu alanda çoğunluk prensibinin kabul edilmesi ile uzman mahkemelerin oluşumunda artış beklenmektedir.

ATAD ve İlk Derece Mahkemesinin devamlı artan yükünün bu şekilde üstesinden gelinebileceği varsayılmaktadır. Bu çerçevede oluşturulan Kamu Hizmetleri Mahkemesi olumlu bir örnek oluşturmaktadır. Gelecekte AB hakları koruma sisteminin kural olarak üç aşamalı olarak şekillenmesi söz konusu olacaktır.

Yargının Oluşumunda Yapılan Değişiklik

AB anlaşmasının 19.madde 2.fıkrasına göre AB Divanı her bir üye devletten bir yargıç ile oluşturulacaktır. AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 252.madde, 1.fıkrasına göre (AT anl. md.222) Divan şimdiye dek olduğu gibi sekiz kanun sözcüsü tarafından desteklenecektir. Bu sayı Divanın yaptığı başvuru üzerine Konseyin oybirliği ile aldığı kararla yükseltilebilecektir (AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anl. md. 252, fıkra 1, cümle 2). Anlaşmaya ekli 38 nolu bildiride Divan talep ettiği takdirde Konseyin kanun sözcülerinin sayısına 3 ilaveyi daha karara bağlayabileceği öngörülmektedir (W.Hakenberg/C.Schilhan, Die Architektur der EU-Gerichtsbarkeit – Aktualität und Perspektiven im Lichte von Lissabon, ZfRV 2008, s.104). 38 no'lu bildiri böyle bir durumda Polonya'nın sürekli bir kanun sözcüsüne sahip olabileceğini öngörmektedir. Bunun dışındaki görevler mevcut rotasyon sistemine göre yapılacaktır.

İlk Derece Mahkemesinin oluşumu Nice anlaşmasında öngörülen hukuki düzenlemelerden farklı değildir. Üye devletlerden herbiri yine bir yargıç gönderecektir. İlk Derece Mahkemesinde eskiden olduğu gibi kanun sözcüleri görev yapmayacaktır. Yeni olan buna karşılık AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 255.maddesine göre Yargıçları Denetleme Komitesi'nin oluşturulmasıdır. Bu Komitenin görevi atama öncesi adayların (yargıç ve kanun sözcüleri için) görevi yapmaya uygun olup olmadıkları hakkında görüş bildirmektir. Bu Komite 7 kişiden oluşacaktır (T.Oppermann, Die Europäische Union von Lissabon, DVBl. 2008, s.473). Bu kişiler ATAD'ın eski üyeleri ve üye devletlerin yüksek mahkemelerinin üyeleri ve tanınmış yetenekli hukukçuları arasından seçilecektir. Adaylardan biri Avrupa Parlamentosu tarafından önerilecektir. Yargıçların ve kanun sözcülerinin nihai ataması ise şimdiye dek olduğu gibi üye devlet hükümetlerinin karşılıklı mutabakatı ile gerçekleşecektir. Üye devletlerin Komitenin görüşüne uyma mükellefiyeti bulunmamaktadır. Komite adaylar bakımından muayyen bir nitelik denetimi olanağı sağlayacaktır. Şüphesiz şimdiye dek önerilen adayların mesleki yeterliliği konusunda herhangi bir tereddüt doğmamıştır. Üye devletler kendi çıkarları nedeniyle mesleki olarak en seçkin hukukçularını Lüksemburg'a göndermektedir. Problem yargıçların niteliğinden çok ulusal seçim yöntemlerinin şeffaf olmamasından doğmaktadır. Ulusal seçim yönteminin zorunlu olarak Avrupa içtihatına büyük ölçüde etki gösterme olasılığı olmasına rağmen Lizbon anlaşması bu konuda bir düzenleme içermemektedir. Gerekli demokratik meşruiyet yasal düzenlemelerin olmaması nedeniyle bir çok üye devlette sağlanamamaktadır. Örneğin Almanya'da yargıçların seçimi büyük ölçüde kapalı kapılar arkasında cereyan etmektedir ve özellikle bu çerçevede parti politikaları etkili olmaktadır. Bunun sonucu olarak da seçkin yargıçlar bir görev dönemi ertesinde devre dışı kalabilmektedir.

Kamuoyu bu atamalardan atama kararı alındıktan sonra haberdar olmaktadır. Şeffaf ve demokratik meşruiyeti temin eden bir seçim prosedürünün oluşturulması ulusal tasarrufa bağlıdır (A.Thiele, Europäische Prozessrecht, 2007, §2 Rn.l). Ulusal seçim sistemlerindeki eksik olan şeffaflık AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 255.maddesinde öngörülen Komite çalışmaları ile telâfi edilemez. Bu nedenle sözkonusu Komitenin amaca uygunluğu kuşku yaratmaktadır.

Dava Türleri Bakımından Lizbon Anlaşmasının Getirdiği Değişiklikler

İhlâl davası (*AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anl. md.258*)

Lizbon anlaşması AT anlaşmasının 226.maddesinde (*AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anl. md.258*) ve AT anlaşmasının 227.maddesinde (*AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anl. md.259*) yer alan düzenlemeleri değiştirmeden üstlenmiştir. İhlâl davası ile ilgili prosedür bunun sonucu olarak prensip olarak devam etmektedir.

Lizbon anlaşması ile mahkum olan üye devlete uygulanacak yaptırım rejimi kısmen daha sertleştirilmiştir. Şimdiye dek Komisyon AT anlaşmasının 228.maddesine göre (*AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anl. md.260*) kararın gereğini yerine getirmeyen üye devlete karşı ikinci bir ihlâl prosedürü başlatma olanağına sahipti. Özel bir yaptırım olarak AT anlaşmasının 228.maddesi, yükümlülüğünü yerine getirmeyen devlete karşı bu ikinci prosedürde götürü bir meblağın veya bir para cezasının karara bağlanmasını kabul etmiştir (T.Oppermann/C.D.Classen/M.Nettesheim, Europarecht, 2009, §14 Rn.24). Bu temel düzenlemeler AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 260.maddesi tarafından tümüyle üstlenilmiştir. AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 260 madde, 3.fıkrası ancak iç hukukta direktifin düzenlenmemesi nedeniyle mahkum olan üye devlete ilk prosedür çerçevesinde mali yaptırım uygulanmasını kabul etmektedir. AB'nin 258. maddesinin düzenlemesine göre Komisyonun direktifin iç hukukta gereğinin yapılmaması nedeniyle bir üye devlete karşı başlattığı prosedür çerçevesinde götürü miktarı veya para cezasını rakam olarak zikretmesi mümkündür.

Divan Komisyon tarafından talep edilen söz konusu mali yaptırımın miktarı ile 258.maddeye göre hükmedilen diğer mali yaptırımlardan farklı olarak bağlıdır; bu miktarı aşan karar alamaz. Bu yeni düzenleme ile açık olarak üye devletler üzerinde direktifi iç hukukta zamanında düzenleme konusundaki baskı arttırılmak istenmiştir. Ödeme mükellefiyeti mahkeme tarafından tespit edilen tarihten itibaren geçerli olacaktır. Direktiflerin iç hukukta düzenlenmemesi nedeniyle mali yaptırımın karara bağlanmasını öngören AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 260.madde 3.fıkra-

sında yer alan formülasyonun başarılı olduğu kabul edilmemektedir (U. Everling, Rechtsschutz in der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon, bknz.: Schwarze/Hatje, Der Reformvertrag von Lissabon (EuR Beiheft 1/2009), s.71). Madde hükmünün iç hukukta mutlak olarak hiçbir adım atılmaması durumuyla sınırlı olduğu, buna mukabil eksik yahut zamanında yapılmayan düzenleme durumlarını kapsamadığı yanılgısı yarattığı ileri sürülmektedir.

Komisyonun eksik yahut zamanında yapılmayan iç hukuk düzenlemeleri nedeniyle de alınan ulusal önlemleri yetersiz ve hatalı görerek 260.madde 3.fıkra muvacehesinde talep yapması mümkündür. Eksiksiz ve tam iç hukuk düzenlemelerinin karmaşık hukuki soruların cevaplandırılmasına bağlı olması nedeniyle, iç hukukta düzenleme yapan üye devlete karşı mali yaptırımın ilk dava çerçevesinde karara bağlanması her zaman adil olmayabilir. 260.madde 3.fıkrada "hatalı düzenleme yapıldığı açık olan durumlar istisna olmak üzere" şeklinde yer alan düzenleme de bu durumlarda üye devletlere mali yaptırımın uygulanmaması gerektiğini teyit etmektedir.

Uygulamada bu tür ihlâllerin çok sık olmasına rağmen yaptırımların sertleştirilmesinin gerçekten gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. ATAD Nice anlaşmasına göre götürü bir miktarın hükme bağlanmasının birinci karar ile ikinci karar arasındaki zaman diliminde söz konusu olabileceğini teyit etmiştir (bknz.: EuGH, Rs.C-304/02, Slg.2005, I-6263 (Kommission/Frankreich)). Lizbon anlaşması muvacehesinde üye devletlerin ikinci karar çıkmadan ihlâli ortadan kaldırmaları halinde dahi mali yaptırımla karşılaşabileceklerini hesaba katmaları gerekmektedir. Bu yeni yaptırım prosedürünün yetki uyuşmazlığı nedeniyle iç hukuk düzenlemelerinin gecikmeli yapılmasına yol açan federal yapılı üye devletler bakımından sorun yaratacağı şüphesizdir. Federal yapılı devletlerde üniter yapılı devletlere nazaran eksik yahut hatalı iç hukuk düzenlemesi yapılması ihtimali yüksektir. Bununla beraber üye devletler arasında bu çerçevede iç yapılanma nedeniyle bir ayrım yapılması olanağı bulunmamaktadır ve yine bu durum anlaşma ihlâllerinde haklı bir savunma nedeni olarak kabul görmemektedir (P.Karpenstein/U.Karpenstein, bknz.: Grabitz/Hilf, Art.228 EGV, Rn.67).

İptal davası

AT anlaşmasının 230.madde 2.fıkrası (AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anl., md.263) muvacehesinde açılan davalarda yer alan davacıların hukuken bağlayıcı her türlü Topluluk tasarrufuna karşı özel bir dava yetkisi kanıtlama gerekliliği olmaksızın dava açma olanağına sahip olmaları nedeniyle (R.Streinz, Europarecht, 2008, Rn.63a).230.madde 4.fıkraya göre açılan davalardaki davacılara göre daha imtiyazlı konumda kabul edilmiştir. Bu tür bir iptal davası Alman hukukundaki soyut norm kontrolü davası ile muayyen

benzerlikler göstermektedir (M.Burgi, bknz.: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, §6, Rn.16). Bu durum Lizbon anlaşması ile çok sınırlı olarak değişikliğe uğramıştır. AT anlaşmasının 230.madde 2.fıkrası AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 263.maddesi ile herhangi bir değişikliğe uğratılmamıştır. AT anlaşmasının 230.madde 1.fıkrası sadece belli değişiklikler içermektedir. Bundan böyle Avrupa Konseyinin ve AB'nin 3.kişiler bakımından hukuki sonuçlar doğuran diğer birimlerinin tasarrufları da dava konusu olabilecektir.

İmtiyazlı davacılarda Lizbon anlaşması bir değişiklik yapmamıştır. Avrupa Konseyi AB'nin yönlendirici organı olarak kabul edilmekle beraber imtiyazlı davacılar arasına alınmamıştır. Davacılar bakımından bu tür bir genişletmenin AB'nin kurumsal yaklaşımına uygun düşmeyeceği kabul edilmiştir. Avrupa Konseyi AB'ne gerekli yönlendirmeleri yapan ve siyasi amaçlarını saptayan yüksek siyasi bir organ olmakla beraber yasama faaliyeti yapmamaktadır (AB anl. md.15, fıkra 1, cümle 2). AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 263.madde 3.fıkrasında öngörülen düzenleme AT anlaşmasının 230.madde, 3.fıkrasını esas itibariyle benimsemiştir. AT anlaşmasının 230.madde 3.fıkrasına göre sadece Sayıştay ve Avrupa Merkez Bankası dava açma yetkisine sahipti. Sayıştay ve Avrupa Merkez Bankası imtiyazlı davacılar gibi üçüncü kişiler bakımından hukuki sonuç doğuran tasarruflar aleyhine kendi haklarının korunmasına ilişkin olduğu nispette dava açabilirdi.

Lizbon anlaşması bu nispi imtiyazlı davacılara Bölgeler Komitesini de katmıştır. Bölgeler Komitesi yasama prosedürü çerçevesinde çok sayıda (kısmen zorunlu) dinlenme hakkı ile donatılmıştır. Bölgeler Komitesine paralel bir komite olan Ekonomik ve Sosyal Komite birçok hukuki tasarrufta dinlenme hakkı (hatta zorunlu) kabul edilmiş olmasına rağmen Bölgeler Komitesinden farklı olarak davacılar arasına alınmamıştır. Bölgeler Komitesinin davacılar arasına katılması konusunda spekülasyonlar yapılabilir. Bu çerçevede özellikle gerek anayasa sözleşmesinin, gerekse reform anlaşmasının görüşmelerinde subsidiarite prensibinin en önemli konular arasında yer aldığının gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Bu nedenle ulusal parlamentoların da AB yasama sürecindeki rolü güçlendirilmiştir Bölgeler Komitesinin dava hakkı AB'nin üye devletleri ve onların bölgelerini daha güçlü olarak dikkate alma iradesinin bir göstergesi olarak kabul edilmektedir. Ekonomik Sosyal Komite ise bu çerçevede göz ardı edilmiştir.

Ölçülülük ve subsidiarite prensibinin temel ilkelerinin uygulanmasına ilişkin 2 No'lu protokolün 8.madde 2.fıkrasına göre Bölgeler Komitesi dinlenme hakkının zorunlu olarak kabul edildiği Birlik yasama tasarrufları bakımından tasarrufun subsidiarite prensibine uygunluğunu denetletme amacıyla iptal davası açabilir. Bu ilave düzenlemenin AB'nin çalışma usulleri hak-

kındaki anlaşmanın 263.madde 3.fıkrası yanısıra yapılması fuzuli görülmektedir. Subsidiarite prensibinin ihlâl edilmesi her zaman Bölgeler Komitesinin haklarının ihlâl edilmesi ile aynı anlamı taşımak zorunda olmamasına rağmen Bölgeler Komitesine dava açma olanağı verilmesi, Bölgeler Komitesine imtiyazlı davacılar kategorisinde yer verildiği yorumuna yol açmaktadır (M.Pechstein, EU/EG Prozessrecht, 2007 Rn.120).

AB'nin Çalışma Usulleri Hakkında Anlaşmanın 263.madde 4.fıkrası Muvacehesinde İmtiyazlı Olmayan Davacılar

Roma anlaşmalarının aşağı yukarı atmış yıllık tarihinde şimdiye dek değişikliğe uğramamış AT anlaşmasının 230.madde 4.fıkrası Topluluğun sürekli olarak genişleyen yetkileri ve bu nedenle Birlik yurttaşlarının Topluluk tasarruflarıyla daha geniş kapsamda etkilenmesi nedeniyle hakların temini sisteminde en fazla tartışılan düzenlemesi olmuştur. Bu çerçevede özellikle caiz olan dava konuları ve imtiyazlı olmayan davacıların dava yetkisi tartışma konusunu oluşturmuştur (E.Schulte, Individualrechtsschutz gegen Normen im Gemeinschaftsrecht, 2005, s.36 vd.). Lizbon anlaşması ile bir çözüm getirilmese de her iki konuda değişikliğe gidildiği görülmektedir.

Caiz Olan Dava Konuları

Gerek literatürde, gerekse uygulamada özel kişilerin dava nedenleri tartışmaların odak noktasını oluşturmuştur (E.Schulte, Individualrechtsschutz gegen Normen im Gemeinschaftsrecht, 2005, s.36 vd.). AT anlaşmasının 230.madde 4.fıkrası muvacehesinde özel kişilerin kararlara ve "tüzük görünümlü" tasarruflara (bu kavram için bknz.: A.Thiele, Individualrechtsschutz vor dem Europäischen Gerichtshof durch die Nichtigkeitsklage, 2006) karşı dava açması açık olarak kabul edilmiştir. En çok tartışılan husus ise gerçek tüzük ve direktiflere karşı dava olanağının olup olmadığı, varsa hangi koşullarla bu davaların açılma olasılığının bulunduğudur. ATAD başlangıç yıllarında bu dava olasılığını mutlak olarak reddetmiş ise de, daha sonra doğrudan ve bireysel olarak etkilenme koşulu ile tüzüklere karşı dava açılmasını kabul etmiştir (bknz.: EuGH, Rs.C-309/89, Slg.1994, I-1853 (Codorniu/Rat). İlk Derece Mahkemesi de bir iki kararında özel kişilerin direktiflere karşı dava açmasını caiz Slg.1998, II-2335 Rn.68 vd.) olarak kabul etmiştir (EuG, Rs. T-135/96, Slg.1998, II-2335 Rn.68 vd.). Bütün bu gelişmelere rağmen 60 yıllık entegrasyon çalışmaları ertesinde bu alanda halâ hukuki güvensizlik aşılamamıştır.

Lizbon anlaşmasının düzenlemesine göre özel kişilerin kendilerini muhatap alan yahut doğrudan ve bireysel etkileyen tasarruflara karşı dava açması mümkündür. AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 263.

madde 4.fıkrası sadece özel bir tasarruf olan kararlara karşı değil, bunun yanısıra 1.fıkra muvacehesinde doğrudan etkili ve iç hukukta icra edilmesine gerek bulunmayan her türlü genel tasarrufa karşı dava açılmasını kabul etmektedir. Bu şekilde özel kişilerin AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 288.maddesinde (AT anl. 249.md.) yer alan Birliğin klâsik tasarruflarına, tüzüklere, direktiflere, kararlara karşı dava açması kabul edilmiş olmaktadır. Bağlayıcı olmayan tavsiyeler ve görüşler bundan istisnadır. Bunun ötesinde tasarruf kavramı genel olarak Birlik organlarının dışarı karşı hukuki etki gösteren, atipik tasarruflar da dahil olmak üzere tüm önlemlerini kapsamaktadır.

Bu yeni düzenleme ile soyut-genel tasarrufların özel kişiler tarafından iptal davası konusu yapılması tartışması sona ermektedir. Ancak bu durum özel kişilerin koşullu olarak dava olanağının genişletildiği olgusunun gözardı edilmesine yol açmamalıdır. Davacılar bundan sonra da tasarruf kendilerini muhatap almadığı nispette tasarrufla doğrudan ve bireysel etkilendiklerini ispatlamak zorundadır. Tüzük ve direktiflerin genel ve soyut karakteri özel kişilerin bu tasarrufların doğrudan muhatabı olmasını önlemektedir. Bu tartışmanın Lizbon anlaşması ile çözüme kavuşturulmamış olması nedeniyle dava yetkisi çerçevesinde doğrudan ve bireysel etkilenme tartışmaları devam edecektir. Şimdiye dek geçerli düzenleme temelinde ATAD içtihatında tüzükler istisnai olarak bireysel etkilenme söz konusu olduğu nispette dava konusu olarak kabul edilmiştir. Bu çerçevede ağırlıklı olarak tartışılan husus dava yetkisinin kabulü için soyut-genel tasarruflardan doğrudan ve bireysel etkilenmenin ne zaman kabul edilmesinin mümkün olabileceğidir. Dava konularının genişletilmesinin özel kişilerin dava olanağının genişletilmesi sonucunu doğurup doğurmayacağı, Lizbon anlaşmasının özel kişilerin normatif tasarruflara karşı dava yetkisinin ispatının ne derece kolaylaştırdığına bağlı olarak ortaya çıkacaktır.

Dava Yetkisi

Şimdiye dek söz konusu olan sistemde özel kişiler kendilerini muhatap almayan tasarruflara karşı hukuki tasarrufun kendilerini doğrudan ve bireysel olarak etkilemeleri koşulu ile iptal davası açma olanağına sahipti. Bu durum Lizbon anlaşması ile değişikliğe uğratılmamıştır. Özel kişiler bakımından özel problem teşkil eden husus kural olarak bireysel olarak etkilenme durumunun kanıtlanmasıdır. ATAD bireysel olarak etkilenme durumunun saptanmasında 1963'te kabul edilen Plaumann formülüne istinat etmektedir (E.Schulte, Individualschutz gegen Normen im Gemeinschaftsrecht, 2005, s.114 vd.). Bir davacının bireysel olarak etkilenmesi, kararın onu muayyen kişisel özellikleri veya onu diğer kişilerden ayıran özel koşulları nedeniyle etkilemesi ve bu nedenle kararın muhatabı gibi bireysel etki-

lenme durumunda kabul edilmektedir [EuGH, Rs.26/62, Slg. 1963, 211, 238 vd. (Plaumann&Co./Kommission)]. Bu formül o dönemin görüşü ışığında iptal konusu kararlar bakımından ortaya çıkmıştı (tüzüklerin sıkı koşullar altında iptaline ilişkin Coderniú kararı 1994 Mayıs'ta çıkmıştır. Bknz.: C.Last, Garantie wirksamen Rechtsschutzes gegen Massnahmen der Europäischen Union, 2008, s.150). ATAD bakımından gerekli olan davacının ilgili kişiler arasından özel durumu nedeniyle açık olarak ayırt edilebilir olmasıydı. Bunun dışında tüzüklerin de istisnai olarak bireysel etkilenme sözkonusu olduğu takdirde dava konusu olabileceği kabul edilmiştir. İlginç olan husus Plaumann formülünün henüz Avrupa temel haklar konusunun gündemde olmadığı ve Topluluk hukukunun ulusal hukuka nazaran önceliğinin yerleşmediği bir dönemde kabul edilmiş olmasıdır. Bireysel hakların korunmasını garanti eden bu formülün yorumunun hiçbir değişikliğe uğramaması beklenmeyen bir durum olarak nitelendirilmiştir. Literatürde davacının tasarruftan etkilenmesine nazaran dava konusu tasarrufun müdahale yoğunluğu (örneğin temel haklara) üzerinde durulmuştur (W.Hakenberg/C. Schilhan, Die Architektur der EU-Gerichtsbarkeit – Aktualität und Perspektiven im Lichte von Lissabon, ZfRV 2008, s.104 vd.). Kanun sözcüsü Jacobs ve İlk Derece Mahkemesi tarafından bu paralelde yapılan eleştiriyi ATAD 2002 yılında reddetmiştir. ATAD, mahkeme olarak sahip olduğu fonksiyon muvacehesinde hukuka uygunluk denetim sistemini re'sen değiştirme yetkisine sahip olmadığının, bu yetkinin anlaşmaların efendisi olarak anlaşmaları değiştirme prosedürü üzerinden üye devletlere ait olduğunun altını çizmiştir. ATAD'ın bu açıklamaları hernekadar ikna edici olmasa da bireysel etkilenmenin tanımı tartışmalarını uygulamada sona erdirmiştir Bireysel etkilenme kavramının primer hukukta yer alması nedeniyle ATAD Plaumann-formülünün içtihat üzerinden değiştirilmesinin mümkün olmadığından hareket etmiştir. Bununla beraber bu kavramın içeriğinin içtihat ile ortaya konması ve yeni koşullara uydurulmasının mümkün olabileceği gözardı edilmemelidir.

Lizbon anlaşması muvacehesinde de davacıların bundan böyle bireysel etkilenme durumlarını kanıtlaması gerekmektedir. Anlaşmaların şeklen değişikliğe uğraması ile özel kişilerin durumunda herhangi bir değişikliğin ortaya çıkmadığı açıktır. Bununla beraber dava konusu olarak kabul edilen tasarrufların genişletilmesi bireysel etkilenmenin yeniden yorumuna yol açan bir başlangıç oluşturabilir. Dava konusu tasarrufların şeklen genişletilmesi paralelinde bireysel etkilenme kriterlerinin yorumunda halâ kararlar için geçerli olan bireysel etkilenme kriterlerinin kabul edilmesinin açıklanması zordur (C.Last, Garantie wirksamen Rechtsschutzes gegen Massnahmen der Europäischen Union, s.150). O dönemde sadece kararların dava konusu olarak kabul edilmesi nedeniyle bireysel etkilenme kriterleri kararlar esas alınarak ortaya konulmuştur. Bundan böyle tüzük yahut direktif gibi

soyut-genel hukuki tasarrufların dava konusunu oluşturması bireysel etkilenme kriterlerinin Lizbon anlaşması ışığında yorumlanmasını gerektirmektedir. Bununla beraber Divanın eski içtihatında ısrar etmesi yanlış bir varsayım olarak kabul edilmemektedir. Zira bireysel etkilenme üye devletler tarafından kavrama açıkça yeni bir içerik verilmeksizin Lizbon anlaşmasında üstlenilmiştir. Divanın UPA-kararından sonra dava konularının şeklen genişletilmesi nedeniyle bireysel etkilenme kavramını yeniden tanımlaması ihtimal dışı gözükmemektedir. Teorik olarak tüzükler şimdiye dek geçerli olan düzenlemeye göre bireysel etkilenme kabul edildiği nispette AT anlaşması 230.madde 4.fıkraya göre istisnai şekilde dava konusu olarak kabul edilebiliyordu. Üye devletler diğer taraftan AB anlaşması 19.madde 2.fıkra muvacehesinde Birlik hukukunun düzenlediği alanlarda etkin hukuki himaye sağlamak için gerekli hukuki düzenlemeleri yapmakla mükellef kılınmıştır. Divan UPA kararında bu yükümlülüğün altını çizmiştir. Bu durumun Divanın bireysel etkilenmeyi dar yorumladığı şeklinde açıklanması mümkün değildir. AB anlaşmasının 19.madde, 2.fıkrası ile primer hukuk üye devletlerin yetkili hukuk mercilerinin bu durumlarda yetkili olduğunu tescil etmiştir. Ortaya çıkacak boşluklar üye devletler tarafından ortadan kaldırılacaktır. Bu şekilde Lizbon anlaşmasının yürürlüğe girmesinden sonra da ulusal düzenlemeye gereksinim göstermeyen doğrudan etkili Birlik tasarruflarına karşı etkin bir hukuki himayenin öngörülmediği ortaya çıkmaktadır. Üye devletleri açıkça mükellef kılan düzenleme ile hukuk devleti prensibi ışığında bireysel hakları korumakla mükellef olan Birliğin hakları koruma sistemi daha karmaşık bir hal almıştır. Üye devletlerdeki hakları koruma mekanizması her ne kadar eksiksiz değilse de, bu karmaşık durum nedeniyle AB hakları koruma sisteminin çağdaş ve gelecek vadeden bir nitelik taşımadığı açıktır.

Lizbon Anlaşmasında Öngörülen Özel Düzenleme

Bireysel hakların korunması çerçevesinde ortaya çıkan boşluğun Lizbon anlaşmasında tüzük karakterli tasarruflara karşı kolaylaştırılmış dava açma olanağı ile dengelendiği görülmektedir. Bu tür tasarruflara karşı özel davacılar kendilerini doğrudan etkileyen ve ulusal icra tasarrufu gerektirmeyen tüzük karakterli tasarruflara karşı bireysel etkilenme gerekliliği olmaksızın dava açmaları mümkündür. Bu düzenlemede başarısız formülasyon nedeniyle kimi sorular ortaya çıkmaktadır. Herşeyden önce tüzük karakterli tasarruf kavramının ne anlama geldiğinin ortaya konulması gerekmektedir. (B.W.Wegener, bknz.: Calliess/Ruffert, Die Verfassung der Europäischen Union, 2007, Art.1-29, Rn.7 vd.). Birlik anlaşmalarının hiçbirinde bu kavram ortaya çıkmamaktadır. Birlik tasarruflarını sayan AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 288.maddesinde bu tasarruf türüne yer verilmemektedir. Anayasa sözleşmesinde bu düzenleme, Avrupa Çerçeve kanunları ve tüzükleri arasında ayrım yapılması nedeniyle belki bir anlam taşıyabilirdi.

Bu ayrım Lizbon anlaşmasında ortadan kalkmıştır [R.Streinz, Die "Verfassung" der Europäischen Union nach dem Scheitern des Verfassungsvertrages und dem Vertrag von Lissabon, 2G 2008, s.105(112)]. Bununla beraber açıkça bir ayrım yapılmaması nedeniyle AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmasının 288.maddesi muvacehesinde bütün tüzüklerin anlaşmanın 263.madde, 4.fıkrasına göre dava edilebileceği sonucuna varılamaz. İptal davalarının kapsam kazanması anlayışı muvacehesinde tereddüt konusu kavramı özel kişilerin direktifler bakımından kanıtlamak durumunda olduğu bireysel etkilenmeyi Nice anlaşmasının terminolojisine geri dönerek yorumlamak mümkün değildir (M.Schröder, Neuerungen im Rechtsschutz der Europäischen Union durch den Vertrag von Lissabon, DöV, 2009, s.61). Bunun sonucu olarak Lizbon anlaşmasına göre tüzük karakterine sahip olmayan tüzüklerin mevcudiyeti gibi hiç de tatmin edici olmayan bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bunların hangi tüzükler olduğu açık değildir. Bu düzenlemenin ortaya çıkış tarihçesi anayasa sözleşmesi ile bağlantılı olarak değerlendirildiği takdirde, tüzük karakteri taşımayan tüzüklerin daha az önemli tüzükler olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu tür tüzükler AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 289.maddesinde öngörülen yasama prosedürü çerçevesinde ihdas edilmemektedir. AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 289.madde, 3.fıkrasına göre böyle bir durumda tüzük karakterinin söz konusu olmadığı bir yasama tasarrufu bulunmaktadır. AB anlaşmasının çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 290.madde 1.fıkrasına göre Komisyonun kanun karakterine sahip olmayan icrai tüzükleri Lizbon anlaşmasının özel düzenlemesi kapsamına girmektedir (J.Kokott/I.Dervisopoulos/T. Henze, Aktuelle Fragen des effektiven Rechtsschutzes durch Gemeinschaftsgerichte, EuGRZ 2008, s.10). Komisyonun buna karşılık anlaşmada doğrudan yer alan yetkileri muvacehesinde ihdas ettiği tüzüklerin bu karakteri taşıyıp taşımadığı tereddüt yaratmaktadır. Ancak bu tüzüklerin şekli yasama prosedürü çerçevesinde ihdas edilmediğinin gözardı edilmemesi gerekmektedir. Bireysel hakların korunması çerçevesinde geçiş döneminde şimdilik bir belirsizlik yaşandığı açıktır. Divanın anlaşmaların bekçisi fonksiyonu ile bu özel düzenlemenin kapsamına giren hukuki tasarrufları belirlemesi zaman içinde tereddütleri giderecektir.

Hukuki tasarrufun tüzük karakterinin bulunduğu durumlarda da bireysel etkilenme gerekliliği ortadan kalkmaktadır. Bunun kriterleri ise bireyin doğrudan etkilenmesi ve ilgili hukuki tasarrufun icrai tasarrufa gereksinim duymamasıdır. İptal olasılığı bu durumda şeklen doğrudan etkilenme ile sınırlı olarak kabul edilmektedir (şeklî ve maddi doğrudan etkilenme arasındaki fark için bknz.: A.Thiele, Individualrechtsschutz vor dem Europäischen Gerichtshof durch die Nichtigkeitsklage, 2006, s.225 vd.).

Söz konusu özel düzenleme sadece dil olarak değil, aynı zamanda sistematik olarak eleştiri konusu olmaktadır (U.Everling, Rechtsschutz in der

Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon, bknz.: Schwarze/Hatje, Der Reformvertrag von Lissabon (EuR Beiheft 2009), s.71).

Üye devletler Birlik hukuku tarafından düzenlenen alanlarda etkin hukuki teminat için gerekli hukuki araçlar sağlamakla mükelleftir (19.md.). Bu durumlarda neden yeniden AB seviyesinde yargının devreye girmesi gerektiği açıklanamamaktadır. Yeni düzenleme klâsik sistemi değişikliğe uğratmaktadır. Tüzük karakterli hukuki tasarrufların içerik olarak daha az önemli olduğundan hareket edilmektedir. AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 290.madde, 1.fıkrası açıkça Komisyona kanun karakteri olmayan genel geçerliliğe sahip tali düzenlemeleri değiştirici yahut tamamlayıcı hukuk tasarrufları ihdas etme yetkisinin devredilebileceğini öngörmektedir.

AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 263.madde, 4.fıkrasında yer alan özel düzenleme Avrupa yargı yetkisi ile ulusal yargı yetkisinin kesişmesine yol açan bir özellik göstermektedir. Avrupa yargısı önemsiz düzenlemeler söz konusu olduğunda tek başına yetkilidir; buna karşılık önemli düzenlemeler söz konusu olduğunda normların ihdasında ve denetlenen normların iptalinde münhasıran Avrupa yargısının yetkili olmasına rağmen ulusal yargının da yetkisi kabul edilmektedir.

Söz konusu özel düzenleme açıklanan nedenlerle Avrupa hukukunda bireysel hakların korunmasını iyileştirme yönünde yapılan başarısız bir girişim olarak kabul edilmektedir. Özel düzenleme ulusal ve Avrupa yargısının yetkilerini kesiştirmesi nedeniyle bireysel hakların korunmasını gereksiz şekilde karmaşık hale getirmiştir. Bu karmaşık durum şeklî ve maddi doğrudan etki arasında yapılan ayrım ile de teyit olmaktadır. Özellikle başlangıç yıllarında bu özel düzenlemenin sorunlar yaratması beklenmektedir. Şimdiye dek Divan iptal davası açılmasının açık olarak caiz olduğu durumlarda AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 207.maddesine (AT anlaşmasının 234.md.) göre geçerlilik denetimi yapılmaması gerektiğinden hareket etmiştir (bknz.: EuGH, Rs. C-178/95, Slg.1997, I-585, Slg.1977, I-585, Rn.18 vd. (Wiljo NV (Belgien). Bu içtihadın amacı AT anlaşmasının 230. madde, 5.fıkrasında öngörülen AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 263.madde, 6.fıkrasında da benimsenen 2 aylık zaman aşımı süresinin devre dışı bırakılması riskini önlemektir. AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 263.maddesi muvacehesinde dava olanağının genişletilmesi başvuru ehliyetinin sınırlanmasına yol açabilir. Divanın hangi tasarruflara tüzük karakteri vereceği başlangıç aşamasında henüz açıklığa kavuşmamıştır. Bunun için Divan nezdinde bir iptal davasının açılması faydalı olacaktır.

Subsidiarite Denetimi

Ölçülülük ve subsidiarite ilkelerinin uygulanmasına ilişkin protokolün 8.maddesi yeni bir dava olanağı öngörmektedir (A.Kees, Die Rechtsnatur der

Subsidiaritätsklage nach dem Europäischem Verfassungsvertrag, ZEuS 2006, s.423 vd.). Buna göre Divan subsidiarite prensibini ihlâl eden yasama tasarruflarına karşı üye devletler tarafından ulusal parlamentolar yahut ulusal parlamento komisyonları adına açılan davalarda yetkilidir. Bu dava olanağının kabul edilmesi subsidiarite prensibinin Lizbon anlaşması görüşmelerinde ne denli önemli bir rol oynadığını ortaya koymaktadır. Bu dava iptal davasının özel bir şeklini oluşturmaktadır. Bu davada özellik teşkil eden husus, ulusal parlamentoların doğrudan bir dava olanağına sahip olmayıp, ilgili üye devletin parlamentosu adına bu davayı açmasıdır. Bu dava çerçevesinde üye devlet subsidiarite prensibinin ihlâl edildiğini iddia etmek yetkisine sahiptir (ilgili üye devletin kapsamlı bir iptal davası açarak hukuki tasarrufun iptalini subsidiarite prensibinin ihlâlini diğer iptal nedenleri yanısıra iddia etmesi mümkündür). İptal davası 4 farklı nedenle açılabilmektedir. Bunlar yetkisizlik, esaslı şekil şartlarının ihlâli, yetki saptırması ve anlaşmaların yahut onların icrasına ilişkin hukuk normlarının ihlâlidir. Davacı davası çerçevesinde bu nedenlerden birini dava nedeni olarak iddia edebilir. Subsidiarite prensibinin ihlâli iptal davasının nedenleri arasında sayılmamıştır. Dogmatik olarak subsidiarite prensibinin ihlâli nedeniyle açılan davalarda şimdiye dek yetkisizlik sebebine istinat edilmiştir. Subsidiarite denetimi için öngörülen prosedürde başka yetkisizlik nedenlerini iddia edilmesinin mümkün olup olmadığının (örneğin yetkisizlik) açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Dar anlamda subsidiarite prensibinin ihlâli Birliğin yetkisinin bulunduğu durumlarda söz konusu olmaktadır. Subsidiarite düşüncesi, AB anlaşmasının 5.madde, 3.fıkrasında düzenlendiği üzere AB'nin münhasır olmayan mevcut yetkilerine sınırlama getirmekte ve muayyen bir alanda Birlik yetkilerinin tesis edilmesi ile gündeme gelmektedir. Subsidiarite prensibine verilen bu oldukça dar anlam nedeniyle AB'nin yetkisizliğinin iddia edilmesi ve ATAD tarafından bu yetkisizliğin denetlenmesi söz konusu değildir (R.Uerpmann-Wittzack, Frühwarnsystem und Subsidiaritätsklage im deutschen Verfassungssytem, EuGRZ 2009, s.460). Bu nedenle subsidiarite kavramına daha geniş bir anlam verilerek Birliğin yetkisiz olarak yaptığı tasarrufların subsidiarite prensibinin ihlâli olarak mütalaa edilmesi tartışma konusu yapılmıştır (M.Schröder, Neuerungen im Rechtsschutz der Europäischen Union durch den Vertrag von Lissabon, DöV 2009, s.65).

Subsidiarite prensibinin ihlâli uygulamada yetkisizlik durumlarından çok zor ayrılmaktadır. Bu durumların birbirlerinden ayrılması yapay olarak mütalaa edilmektedir. Bu tür uyuşmazlıklar Birliğin çoğu kez kendisine tahsis edilmeyen alanlarda tasarrufta bulunması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Ulusal parlamentoların yetki alanlarına müdahale durumlarında Divanın denetiminin kabul edilmemesi rasyonel gözükmemektedir. Sonuç olarak subsidiarite prensibinin ihlâlinin AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşma-

nın 263.madde 2.fıkrasında düzenlenen yetkisizlik durumları gibi anlaşılması sorunun çözümü bakımından daha uygun düşecektir. Bunun dışında subsidiarite ve ölçülülük protokolünün 8.maddesinin üye devletler bakımından uygun başvuru olanakları oluşturulmasına matuf mükellefiyet olarak kabul edilmesi gerekmektedir (Federal Almanya'da AB işlerinde Federal Meclis ve Eyalet Meclisinin haklarının genişletilmesi ve güçlendirilmesi ile ilgili kanun için bknz.: BT-Drs. 16/13923; BT-Drs. 16/13924; BT-Drs. 16/13978). Bu tür düzenlemelerin ulusal seviyede şimdiye dek mevcut olmadığı görülmektedir. Almanya Lizbon anlaşması paralelinde bu çerçevede 4 kanun ihdas edilmiştir. Alman anayasasının 23.madde, 1a fıkra, 2.cümlesinin yeni düzenlemesi muvacehesinde Federal meclis üyelerinin ¼'nün talebi ile subsidiarite davası açılabilecektir (R.Uerpmann-Wittzack/A.Edenharter, Subsidiaritätsklage als Parlamentarisches Minderheitenrecht?, EuR 2009, s.313 vd.). Benzer dava hakkı Eyalet meclisinin 2.dairesi için kabul edilmiştir (R.Uerpmann-Wittzack, Subsidiaritätsklage im deutschen Verfassungssystem, EuGRZ 2009, s.460). Söz konusu davalar Federal hükümet tarafından Parlamento adına Divana taşınacaktır. Bu çerçevede dava davayı uyaran organ tarafından yürütülecektir. Subsidiarite davasının AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 263.maddesinin esaslara göre açılması nedeniyle dava için anlaşmanın 263.madde, 6.fıkrasında öngörülen 2 aylık süre geçerlidir.

Subsidiarite ve ölçülülük prensiplerinin uygulanmasına ilişkin protokolün 4.maddesi, Komisyonun yasama tasarrufları tasarılarını ulusal parlamentolara ve Birlik yasama organına eşzamanlı iletmesini ve bu şekilde ulusal parlamentoların protokolün 7.maddesi muvacehesinde subsidiarite itirazlarını yapabilmesini öngörmektedir (R.Uerpmann-Wittzack, Frühwarnsystem und Subsidiaritätsklage im deutschen Verfassungssystem, EuGRZ 2009, s.460). Bu şekilde ulusal parlamentoların kritik hukuki tasarruflar zamanında öğrenmesi ve dava için gerekli adımlar atması mümkün olacaktır. Bu değişikliklerin uygulamada kendini kanıtlaması zaman içinde belli olacaktır. Önemli olan ulusal parlamentoların gerekli Avrupa bilincine sahip olarak kendilerine verilen yetkileri yeterli ve gerekli ciddiyetle kullanmalarıdır.

Divanın İkinci ve Üçüncü Sütunlarda Şimdiye Dek Kullandığı Yetkiler

Sütunlu yapının ortadan kalkması ile Divan bundan böyle AB'nin tüm alanlarında yetkilidir. Şimdiye dek olduğundan farklı olarak Divanın önceki ikinci ve üçüncü sütun için yetkili olmadığı yahut sınırlı yetkili olduğu durumlar için açık düzenlemelere gereksinim bulunmaktadır. Ortak dış ve güvenlik politikaları için böyle bir düzenleme AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 275.maddesinde yer almaktadır. Buna göre Divan ortak

dış ve güvenlik politikasıyla ilgili düzenlemeler ve bu düzenlemelere istinaden ihdas edilen hukuki tasarruflar bakımından yetkili değildir. Nispeten farklı bu durum sadece AB anlaşmasının 40.maddesi (eski metin md.47)] çerçevesinde yapılan denetim ve özel kişilerin Konseyin AB anlaşmasının V.Bölüm, 2.kısmına istinat ederek ihdas ettiği tasarruflar aleyhine açtığı davalar bakımından söz konusudur. Ortak dış ve güvenlik politikası bu şekilde Lizbon anlaşmasında da özel konumunu muhafaza etmektedir. 2.sütun maddi olarak mevcudiyetini korumaktadır. Bu özel durum AB anlaşmasındaki yegane siyasi alan olarak varlığını korumaktadır ve AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmadan sanki ayrı gibi bir yere sahiptir (R.Streinz, Europarecht, 2008, Rn.63a). Üye devletler dış ve güvenlik politikasının siyasi olarak şekillendiğinden ve bu nedenle de yargı denetiminin dışında kalmasından hareket etmektedir.

Pols ve yargıda ceza işlerinde işbirliği çerçevesinde, şimdiye dek geçerli 3.sütuna ilişkin yaklaşımdan sapılmıştır. Bu durum AB'in çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 82.maddesinde ve 276.maddesinde düzenlenmektedir. Divanın ulusal önlemleri denetleme yetkisi bulunmamaktadır. Europol'un faaliyetleri bundan böyle Divanın yargı yetkisine tâbidir. Europol bundan böyle şimdiye dek olandan farklı olarak kişisel verileri toplama yetkisine sahiptir. Lizbon anlaşmasına göre bireyler Europol'e karşı yargı yolu ile bilgilenme iddiası yapabilecektir (Europolun bilgi vermekten imtina etmesi durumunda iptal davası açabilecektir). Ancak bu durum geçiş hükümlerine ilişkin protokolün 10.madde 2.fıkrası muvacehesinde Lizbon anlaşmasının yürürlüğe girmesinden itibaren 5 yıl sonra söz konusu olabilecektir.

Önkarar davası bakımından 3.sütuna ilişkin sınırlamaların Lizbon anlaşması ile ortadan kalktığı görülmektedir (W.Weiss, bknz.: Streinz, EuV/EGV, Art.68 EGV, Rn.1 vd.). Bu çerçevede de AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 267.maddesinde yer alan genel düzenleme geçerli olacaktır (W.Hakenberg/C.Schilhan, Die Architektur der EU-Gerichtsbarkeit-Aktualität und Perspektiven im Lichte von Lissabon, ZfRV 2008, s.104). AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın yeni düzenlenen 267.madde, 4.fıkrası Divanın en kısa zamanda tutuklu bir kişi hakkında yapılan önkarar başvurusunu karara bağlamasını öngörmektedir. Bunun dışında 01.03.2008'de önkarar prosedürü çerçevesinde yeni bir hızlı prosedürün 3.sütun için yürürlüğe sokulduğunun göz ardı edilmemesi gerekmektedir (W.M.Kühn, Grundzüge des neuen Eilverfahrens vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im Rahmen von Vorabentscheidungsersuchen, EuZW 2008, s.263 vd.). Bu şekilde gelecekte Divanın acil durumlarda 3 ay içinde önkarar başvurusunu karara bağlaması söz konusu olacaktır.

Sonuç

Lizbon anlaşması ile hakları koruma sisteminde yapılan değişiklikler ikna edici bulunmamıştır. Yapılan değişiklikler sınırlı olmuş, değişikliklerin yararları konusunda tereddütler ortadan kaldırılamamıştır. Özel kişilerin açacakları iptal davalarının sisteme aykırı şekilde değişikliğe uğratılması ulusal ve AB yargısının kesişmesine yol açacak şekilde sistemi gereksiz şekilde karmaşık hale getirmiştir. Birlik hukuku seviyesinde birey haklarının korunması bakımından yapılan bu girişim yetersiz olarak nitelendirilmektedir. Üye devletler reform müzakereleri çerçevesinde birey haklarının korunmasına matuf olarak Birlik seviyesinde hukuk devleti prensiplerine uygun çözümler bulma olanaklarını kullanamamıştır. Bu nedenle Birlik birey haklarının korunması bakımından çağdaş ölçüleri yakalayamamıştır. Bununla beraber üçüncü sütun konularında AB yargısı üzerinden hukuki himayenin sağlanması ve subsidiarite davasının kabul edilmesi ilerleme olarak görülmek durumundadır.

Kısaltmalar

DöV	Die öffentliche Verwaltung
DVBL	Deutsches Verwaltungsblatt
EG	Europaeische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europaeischen Gemeinschaft
EU	Europaeische Union
EuGH	Europaeischen Gerichtshof
EuGRZ	Europaeische Grundrechtezeitschrift
EUR	Europarecht
EuV	Vertrag über die Europaeische Union
EuZW	Europaeische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Rn	Randnummer
Slg	Sammlung
ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZfRW	Zeitschrift für Rechtsvergleichung

Kaynakça

Ulrich. Everling, Rechtsschutz in der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon, bknz.: Jürgen Schwarze/Armin Hatje, Der Reformvertrag von Lissabon (EuR Beiheft 1/2009), s.71.

Meinhard.Schröder, Neuerungen im Rechtsschutz der Europäischen Union durch den Vertrag von Lissabon, DöV 2009, s.61.

Jörg Philippe.Terhechte, Der Vertag von Lissabon: Grundlegende Verfassungsurkunde der europäischen Rechtsgemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag, EuR 2008, s.143 vd.

Waltraud .Hakenberg, Das Gericht für den öffentlichen Dienst der EU-Eine neue Ära in der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit, EuZW 2006, s.391 vd.

M.Schröder, Neuerungen im Rechtsschutz der Europäischen Union durch den Vertrag von Lissabon, DöV 2009, s.61.

A.Thiele, Europäisches Prozessrecht, 2007, § Rn.1.

W.Hakenberg/C.Schilhan, Die Architektur der EU-Gerichtsbarkeit – Aktualität und Perspektiven im Lichte von Lissabon, ZfRV 2008, s.104.

T.Oppermann, Die Europäische Union von Lissabon, DVBl. 2008, s.473.

A.Thiele, Europäische Prozessrecht, 2007, §2 Rn.l.

T.Oppermann/C.D.Classen/M.Nettesheim, Europarecht, 2009, §14 Rn.24

U.Everling, Rechtsschutz in der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon, bknz.: Schwarze/Hatje, Der Reformvertrag von Lissabon (EuR Beiheft 1/2009), s.71).

P.Karpenstein/U.Karpenstein, bknz.: Grabitz/Hilf, Art.228 EGV, Rn.67.

M.Burgi, bknz.: **Rengeling/Middeke/Gellermann**, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, §6, Rn.16.

M.Pechstein, EU/EG Prozessrecht, 2007 Rn.120).

E.Schulte, Individualrechtsschutz gegen Normen im Gemeinschaftsrecht, 2005, s.36 vd.

E.Schulte, Individualrechtsschutz gegen Normen im Gemeinschaftsrecht, 2005, s.36 vd.

A.Thiele, Individualrechtsschutz vor dem Europäischen Gerichtshof durch die Nichtigkeitsklage, 2006).

E.Schulte, Individualschutz gegen Normen im Gemeinschaftsrecht, 2005, s.114 vd.

C.Last, Garantie wirksamen Rechtsschutzes gegen Massnahmen der Europäischen Union, 2008, s.150).

W.Hakenberg/C.Schilhan, Die Architektur der EU-Gerichtsbarkeit – Aktualität und Perspektiven im Lichte von Lissabon, ZfRV 2008, s.104 vd.

C.Last, Garantie wirksamen Rechtsschutzes gegen Massnahmen der Europäischen Union, s.150).

B.W. Wegener, bknz.: Calliess/Ruffert, Die Verfassung der Europäischen Union, 2007, Art.1-29, Rn.7 vd.

R.Streinz, Die "Verfassung" der Europäischen Union nach dem Scheitern des Verfassungsvertrages und dem Vertrag von Lissabon, 2G 2008, s.105(112).

M.Schröder, Neuerungen im Rechtsschutz der Europäischen Union durch den Vertrag von Lissabon, DöV, 2009, s.61).

J.Kokott/I.Dervisopoulos/T.Henze, Aktuelle Fragen des effektiven Rechtsschutzes durch Gemeinschaftsgerichte, EuGRZ 2008, s.10).

A.Thiele, Individualrechtsschutz vor dem Europäischen Gerichtshof durch die Nichtigkeitsklage, 2006, s.225 vd.).

U.Everling, Rechtsschutz in der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon, bknz.: Schwarze/Hatje, Der Reformvertrag von Lissabon (EuR Beiheft 2009), s.71).

A.Kees, Die Rechtsnatur der Subsidiaritätsklage nach dem Europäischem Verfassungsvertrag, ZEuS 2006, s.423 vd.).

R.Uerpmann-Wittzack, Frühwarnsystem und Subsidiaritätsklage im deutschen Verfassungssytem, EuGRZ 2009, s.460).

M.Schröder, Neuerungen im Rechtsschutz der Europäischen Union durch den Vertrag von Lissabon, DöV 2009, s.65).

R.Uerpmann-Wittzack/A.Edenharter, Subsidiaritätsklage als Parlamentarisches Minderheitenrecht?, EuR 2009, s.313 vd.

R.Uerpmann-Wittzack, Subsidiaritätsklage im deutschen Verfassungssystem, EuGRZ 2009, s.460.

R.Uerpmann-Wittzack, Frühwarnsystem und Subsidiaritätsklage im deutschen Verfassungssystem, EuGRZ 2009, s.460.

R.Streinz, Europarecht, 2008, Rn.63a).

W.Weiss, bknz.: **Streinz**, EuV/EGV, Art.68 EGV, Rn.1 vd.

W.Hakenberg/C.Schilhan, Die Architektur der EU-Gerichtsbarkeit-Aktualität und Perspektiven im Lichte von Lissabon, ZfRV 2008, s.104).

W.M.Kühn, Grundzüge des neuen Eilverfahrens vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im Rahmen von Vorabentscheidungsersuchen, EuZW 2008, s.263 vd.

Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişi Lehdara Teşmili

*Feyza Eker AYHAN**

I. Giriş

Uluslararası tahkim bakımından üçüncü kişilerin durumu, genel itibarıyla çok tartışılan bir konudur. Günümüzde ticari akitler girift ve ikiden çok tarafı ilgilendirir niteliktedir[1]. Ancak sözleşmeler, özelde de tahkim sözleşmeleri her zaman bu ekonomik ilişkinin parçası olan bütün taraflar arasında yapılmamakta, bu durum da sözleşmede imzası bulunmayan kişilerin bu sözleşme bakımından nasıl değerlendirileceğine ilişkin bazı soruları gündeme getirmektedir. Acaba bu kişilerin sözleşmeye imza atmadıkları halde bazı durumlarda sözleşmenin tarafı sayılmaları mümkün müdür? Esas sözleşme bakımından taraf sayılmaları halinde bu kişiler sözleşmedeki tahkim şartı ile de bağlı olacaklar mıdır? Bağlı olacaklarsa bu hangi şartlarda mümkün olacaktır? Eğer bağlı sayılırlarsa bu tahkim yargısının "özel bir yargılama türü" olma niteliği ile bağdaşır mı?

Bu çalışma, tahkim sözleşmesinin teşmili meselesini münhasıran "üçüncü kişi yararlanan (lehdar)" ın tahkim sözleşmesi ile bağlılığı bakımından ele alacaktır. İlk olarak tahkimin üzerine yükseldiği genel ilkeler olan nisbilik, rıza, mahremiyet ile pratik ihtiyaçlardan ortaya çıkan bağımsızlık doktrini, genel olarak tahkim şartının teşmilinde gözetilmesi gereken en temel ilkeler olduğundan kısaca incelenecektir. Daha sonra tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde dayanılan ve sözleşmenin nisbiliğine istisna oluşturmanın temeli olarak kabul edilip yabancı mahkeme içtihatlarında en sık atıf yapılan maddi hukuk kurumları kısaca anlatılacaktır. Sonrasında bu maddi hukuk kurumlarından tahkim şartının üçüncü kişiye teşmili bağlamında en sık başvurulanları olan "üçüncü kişi yararına sözleşme" ve "dürüstlük kuralı

---

* Av., İstanbul Barosu.

1 Carolyn LAMM/ Jocelyn AQUA, *Defining The Party: Who is a Proper Party in an International Arbitration Before the American Arbitration Association and Other International Institutions, 34* George Washington International Law Review, Vol. 34, 2003, s. 711.

ve hakkın kötüye kullanılması yasağı" (çelişkili davranış yasağı) nın, İngiliz, Amerikan, Fransız ve Türk hukuk sistemlerinde nasıl ele alındığı incelenecektir. Nihayet, bu hukuk sistemlerinin konuya yaklaşımları karşılaştırılarak bir genel değerlendirme yapılacaktır.

II. Tahkim Kurumunun Nitelikleri ve Üçüncü Kişilere Teşmil: Genel Olarak

A. Tahkimin rızai temeli, nisbiliği ve mahremiyeti

Tahkim, "kanunun tahkim yolu ile çözümlenmesine izin verdiği konular kapsamında olmak koşuluyla, taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların devlet yargısında çözümlenmeleri yerine, hakem adı verilen kimseler aracılığı ile çözümlenmesi konusunda tarafların anlaşmaları[2]" şeklinde tanımlanabilir. Bu bağlamda tahkim, tarafların uyuşmazlıklarını görmeye yetkili "doğal hâkim" in yargılama yetkisini dışlayarak hakem adı verilen kişilere uyuşmazlıklarını yargılama yetkisini "havale etmek[3]" üzerinde anlaşmaları esası üzerine kurulmaktadır. Yani hakemlerin yargılama yetkisi sadece tarafların anlaşmalarına, dolayısıyla rızaya dayanmaktadır[4]. Bu sebepledir ki hakemler tahkim yargılamasının her aşamasında taraflarca kendilerine çizilen yargısal yetki sınırları dâhilinde kalmaya özen göstermek zorundadır[5].

Tahkimin temelinin tarafların anlaşması olması, yani sözleşmeye dayanmasının bir sonucu da, kural olarak tahkimin sadece sözleşmenin tarafları üzerinde hüküm ve sonuç doğurabilmesidir. Genel olarak borçlar hukukunda sözleşmelerin ilke olarak sadece sözleşmeye katılan taraflar arasında hüküm ve sonuç doğuracağı ve tarafların yapmış oldukları sözleşmelerle kural olarak üçüncü kişileri etkileyemeyecekleri kabul edilir. Bu durum sözleşmelerin nisbiliği olarak adlandırılır[6].

Rızai ve sözleşmesel bir temele dayanan tahkimin bir uyuşmazlık çözüm

---

2 Ziya AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 29.

3 Ergin NOMER, Nuray EKŞİ, Günseli ÖZTEKİN GELGEL, *Milletlerarası Tahkim,* Cilt I, Beta Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2008, s. 1.

4 Alan REDFERN, Martin HUNTER, Nigel BLACKBY and Constantine PARTASIDES, *Law and Practice of International Commercial Arbitration,* Thomson Sweet &Maxwell, Fourth Edition, s. 295.

5 Ibid.

6 Fikret EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler,* Beta Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2008, s. 1095.

yolu olarak tercih edilmesinin en önemli sebeplerinden biri de, bu yargılamanın taraflara özel ve devlet yargısının aksine mahrem kabul edilmesidir. İngiliz mahkemelerine göre tahkim yargılaması taraflara zımni olarak bir gizlilik hakkı vermektedir[7]. Tahkim yargılaması, sadece tahkim gitme iradesini açıkça ortaya koyan taraflara açıktır[8]. Bu mahremiyet (gizlilik), tahkim anlaşmasının taraflarının ticari sırlarının kolayca saklanabilmesine hizmet etmektedir[9].

Bu açıdan bakıldığında, tarafların rızası sonucu geçerlilik kazanan ve ancak tarafları bağlayan ve yargılamaya sadece tarafların katılımı sonucunu doğuran tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere karşı yahut onlar tarafından ileri sürülmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılması mantıklı gözükebilir[10]. Ancak uluslararası ekonomik ilişkilerde, projeler genellikle birbirine bağlı sözleşmeler, alt sözleşmeler ve tedarik sözleşmeleri içermektedir. Her ne kadar tüm bu bağlı sözleşmelerin esas sözleşme ile aynı tahkim şartını içermelerinin gerektiği savunulabilir ise de, bu pratikte çok mümkün gözükmemektedir. Esas sözleşmenin tarafları arasındaki bir uyuşmazlıkta çoğunlukla bağlı sözleşme ve alt sözleşmelerin taraflarının (yani esas sözleşme bakımından üçüncü kişilerin) fiilleri iddia ve savunma konusu yapılmakta ve esas uyuşmazlığın hakkaniyetli ve ekonomik bir çözüme kavuşturulması tüm bu uyuşmazlıkların bir arada görülmesini gerektirmektedir[11]. Bu durumda sadece üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasına taraf olmadığı ve dolayısıyla tahkim yargılaması kapsamında yer alamayacağı argümanına dayanmak açıkça yanlış ve adaletsiz bir sonuca yol açabileceğinden uluslararası iş pratiğinde ortaya çıkan problemleri giderebilmek için daha "uygun" çözümler geliştirilmiştir[12].

Bu bağlamda Thomson davasında davaya bakan mahkemenin ifadesiyle, her ne kadar tahkim özü itibarıyla rızai olsa da, dolayısıyla taraflar başvurmadıkça tahkime gitmeye zorlanamasalar da, genel sözleşme hukuku ve

---

7 James J SENTNER Jr, *Who is Bound By Arbitration Agreements? Enforcement By and Against Non Signatories*, 6 Business Law International 55 2005, s. 57.

8 Emre ESEN, *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili,* Beta Yayınları, İstanbul 2008, s.12.

9 Cemal ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Çözüm Yolları*, Beta Yayınları,3. Baskı, İstanbul 2005, s. 222.

10 Richard BAMFORTH/ Irina TYMCZYSZYN OLSWANG/ Altan VAN FLEET/ Mark A CORRERO, *Joining Non- Signatories to Arbitration: Recent Developments*, 3 In-House Perspective 17 2007, s. 17.

11 SENTNER, s. 57.

12 Marc BLESSING, *The Arbitration Agreement- Its Multifold Critical Aspects,* A.S.A. Special Series No. 8, s. 19 (HOSKING'den naklen, s. 472).

temsil kurallarının gerektirdiği hallerde tahkim anlaşmaları üçüncü kişilere teşmil edilebilecektir[13].

B. Tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı

Uluslararası ticari tahkimde tahkim şartının esas sözleşmeden bağımsızlığı prensibi evrensel olarak kabul görmüştür[14]. Buna göre bir sözleşmedeki tahkim şartı, parçasını oluşturduğu bu sözleşmeden ayrı telakki edilir ve dolayısıyla, esas sözleşmenin geçersizliği halinde otomatik olarak geçersiz olmaz[15]. Bunun pratik sonucu da, esas sözleşme geçersiz olsa dahi yetkisinin dayanağı tahkim şartı olan hakem heyetinin uyuşmazlığı çözme yetkisinin sona ermemesidir. Böylece tahkim şartının geçersizliği itirazı mahkemelere yapılmak durumunda kalınmayacak ve zaman kaybedilmesi önlenmiş olacaktır.

Tahkim şartının esas sözleşmeden bağımsızlığı görüşünü desteklemek için dört gerekçeden bahsedilmektedir. Bunlar, bağımsızlığın tarafların iradelerine uygun olması, hakemlerin yetkilerine ilişkin mesnetsiz itirazları azaltması, "tahkim şartı" ile "tahkim sözleşmesi" arasındaki gereksiz ayrımı ortadan kaldırması ve sözleşmenin geri kalan kısmının geçerliliği hakkında tahkim şartının belirleyici olmasını sağlamasıdır[16].

Bu prensipten hareketle, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde üçüncü kişinin esas sözleşmeden kaynaklanan haklara sahip olması ile tahkim şartından kaynaklanan haklara sahip olması arasında bir ayrım bulunduğu aşikârdır. Üçüncü kişiyi esas sözleşmeden yararlandırma "niyetinin" bulunması kendiliğinden bu kişiyi tahkim şartından da yararlandırma niyetinin varlığı sonucunu doğurmaz. Bu noktada doktrinde kimi yazarlar tahkim anlaşmasının sözleşmeden doğan haklara eklenen, bu hakların

---

[13] THOMSON-CSF, S.A. v. American Arbitration Association, 64 F.3d 773, http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F3/64/64.F3d.773.94-9118.1565.html.

[14] Tae COURTNEY, *Binding Non Signatories to International Arbitration Agreements: Raising Fundamental Concerns In The United States And Abroad,* 8 Richmond Journal of Global Law & Business 581 2008-2009, s. 584.

[15] REDFERN&HUNTER, s. 193. Türk Hukuku bakımından da aynı prensip geçerlidir: Örneğin Milletlerarası Tahkim Kanununun 7/H maddesi aşağıdaki gibidir: "*Hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz."* Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 422/1 hükmü de aynı esası ifade etmektedir.

[16] ESEN, s. 45-46.

karakterini biçimlendiren ve sözleşme kaynaklı neticeler doğuran fer'i nitelikte bir hak olduğunu, dolayısıyla bağımsız bir anlaşma olmadığını savunmaktadırlar[17]. Bu görüş uyarınca tahkim anlaşmasının tek amacı esas sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüdür. Tahkim anlaşması esas sözleşmeyle iç içe geçmiştir ve esas sözleşmenin ekonomik bünyesinden ayrı düşünülemez[18]. Dolayısıyla örneğin alacağın temliki yoluyla tahkim şartının teşmilinde, tahkim şartının ayrıca teşmil edilmesi aranmayacak, alacağın fer'isi olarak geçtiği kabul edilecektir. Bu "fer'ilik" düşüncesi özellikle Fransız yargı içtihatında yer bulmaktadır[19]. Ayrıca tahkim anlaşmalarının klasik olarak bağımsızlığının kabul edildiği Amerikan hukukunda dahi, bağımsızlık doktrinin uygulanmasının sürdürülmesinin zor olduğu, zira tahkim sözleşmeleri ile esas sözleşmelerin olgusal ve kavramsal bağlarının dikkate alınmamasının mümkün olmadığı ileri sürülmektedir[20]. Nitekim tahkim sözleşmelerinin üçüncü kişilere teşmilinde mahkemelerin genel olarak sözleşmenin taraflarının üçüncü kişiye esas sözleşmeyi teşmil etme niyetleri ile tahkim şartını teşmil etme niyetleri arasında belirgin ayrımlar yapmadıkları gözlenmektedir. Ancak unutmamak gerekir ki bağımsızlık prensibi, dünya üzerinde belirli başlı bütün tahkim kanunları ve tahkim kurallarında kabul görmüş temel bir ilkedir[21].

III. TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİNDE KULLANILAN MADDİ HUKUK KURUMLARI

Yukarıda da belirtildiği gibi, tahkim özü itibarıyla rızaidir ve tarafların sözleşmeleri üzerinde yükselir, dolayısıyla nisbidir. Ancak belli durumlarda, tahkim anlaşmasına taraf olmayanlar dahi bu anlaşma uyarınca haklarını ileri sürebilmekte ve tahkim anlaşmasıyla bağlı kılınabilmektedirler. İşte uluslararası tahkimde rızailik ve nisbilik ilkelerinin istisnalarını oluşturan maddi hukuk kurumları farklı ülkelerin mahkeme içtihatları değerlendirildiğinde şunlar olarak belirlenebilir:

---

17 Adam SAMUEL, *Seperability in English Law- Should An Arbitration Clause Be Regarded as an Agreement Seperate and Colleteral to a Contract in Which It Is Contained?*, Journal of International Arbitration, Vol. 3, No. 3, 1986, s. 96.

18 Tek Sözleşme (One Contract) Teorisi, ESEN, s. 44-45.

19 James M. HOSKING, *The Third Party Non Signatory's Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent,* 4 Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 2003-2004, s. 525.

20 HOSKING, s.528.

21 Bağımsızlık doktrinin yer aldığı başlıca kurallar: UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 21, ICC Tahkim Kuralları m. 6.4, LCIA tahkim kuralları m. 23.1, AAA Tahkim Kuralları m. 15.2, İngiliz Tahkim Kanunu 1996 m. 7 ve UNCITRAL Model Kanun m. 16 (1).

A. Atıf yoluyla ithal: Bu ilke uyarınca, esas sözleşmedeki tahkim şartına taraf olmayan üçüncü kişi, eğer bu sözleşmedeki tahkim şartına atıf yapan başka bir sözleşmeye tarafsa, esas sözleşmedeki tahkim şartı ile bağlı olur[22].

B. Borcun üstlenilmesi: Tahkim anlaşmasına taraf olmayan üçüncü kişi eğer sonraki davranışıyla tahkime gitme borcu altına girme izlenimi verdiyse tahkim şartıyla bağlı olur[23].

C. Temsil: Tahkim anlaşması temsilci tarafından akdedildiği hallerde temsil olunanı bağlar[24].

D. Ortaklar ve ortaklıklar arasındaki ilişki (tüzel kişilik perdesinin kaldırılması/ grup şirketler doktrini/ alter ego): Kural olarak şirketler arasındaki ilişki tek başına tahkim anlaşmasına taraf olmayan bir üçüncü kişiyi taraf kılmak için yeterli olmasa da, şirketlerin birlikte "tek bir ekonomik birim" oluşturmaları ve üçüncü kişinin taraflardan birinin (ya da tam tersi) "sıkı kontrol"ü altında olması halinde üçüncü kişinin de tahkim anlaşmasına dâhil edilebileceği kabul edilmektedir[25].

E. Tecdit: Bir borcun veya borç ilişkisinin yeni bir borç veya borç ilişkisi meydana getirilerek sona erdirilmesidir[26]. Bu durumda bu yeni borcun yükümlüsü veya borç ilişkisinin tarafının önceki ilişkide mevcut tahkim şartıyla bağlı olup olmayacağı tartışma konusu olur[27].

F. Halefiyet: Hem külli halefiyet, hem de cüzi halefiyet tahkim şartının üçüncü kişilere teşmil edilmesinde kullanılan maddi hukuk enstrümanlarıdır. Külli halefiyet bağlamında özellikle iflas durumunda alacaklının iflas edenin taraf olduğu sözleşmelerdeki tahkim şartıyla bağlı olup olmayacağı gündeme gelmektedir. Cüzi halefiyette ise, özellikle sigortacıların sigorta-

---

[22] Michael P. DALY, *Come One, Come All: The New and Developing World of Non-signatory Arbitration and Class Arbitration,* 62 University of Miami Law Review, 2007, p. 95-96.

[23] Amerikan Thompson davası, bkz. yukarıda dipnot 13.

[24] Thompson davasında temsil de üçüncü kişiye teşmil hallerinden sayılmıştır. Bkz. yukarıda dipnot 13.

[25] Özellikle grup şirketler doktrininin ilk defa ortaya atıldığı dava 1984 tarihinde Paris Temyiz Mahkemesi tarafından karara bağlanan *Dow Chemical France v. ISOVER Saint Gobain* davasıdır. Davanın ayrıntılı incelemesi için bkz. John P. GAFFNEY*, The Group Of Companies Doctrine And The Law Applicable To The Arbitration Agreement,* Mealey's International Arbitration Report, Vol. 19, 2004, s.1 vd.

[26] Kemal OĞUZMAN/ Turgut ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler,* Vedat Kitapçılık, Sekizinci Baskı, İstanbul 2010, s. 435.

[27] HOSKING, s.484.

lıların akdettiği tahkim şartı içeren sözleşmelerle bağlı olup olmadığı ve alacağın temliki durumunda temlik alanın tahkim şartını da devralıp almayacağı[28] tartışma konusudur[29].

G. Üçüncü kişi yararına sözleşme: Taraflar aralarındaki sözleşmeyle bir üçüncü kişinin yararlanmasını açıkça kararlaştırmışlarsa veya bu niyetleri hal ve koşullardan anlaşılıyorsa sözleşme dâhilindeki tahkim şartı bağlamında üçüncü kişi lehdarın durumu yani tahkim sözleşmesiyle bağlı olup olmayacağı bu makalenin temel konusunu oluşturmaktadır. Aşağıda bu konuda ayrıntılı bir inceleme yapılacaktır.

H. Çelişkili davranış yasağı (Estoppel) : Bu kurum esasında hukukun genel ilkelerinden "dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı" tahtında değerlendirilmelidir. Kara Avrupası hukuku anlamında hakkın kötüye kullanılması yasağı olarak adlandırılan ilke, "*estoppel*" adıyla Anglo Sakson –özellikle de Amerikan- hukukunda oldukça geniş uygulama alanı bulmuştur. Buna göre bir sözleşmeden fayda sağlayan üçüncü kişi, bu sözleşmedeki tahkim şartıyla bağlı olmadığını iddia edemeyecektir[30]. Dolayısıyla Anglo Sakson hukukunda lehdar üçüncü kişiyi herhangi başka bir niyet testi yapmaksızın tahkim anlaşmasıyla bağlı kılmak mümkündür. Bu kurumu tahkim anlaşmasının üçüncü kişi lehdarlara teşmili konusuyla doğrudan bağlantılı olduğu için aşağıda daha ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

IV. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN LEHDAR OLAN ÜÇÜNCÜ KİŞİYE TEŞMİL EDİLMESİ

Esas sözleşme ile lehine hak tesis edilen üçüncü kişinin bu esas sözleşmedeki tahkim şartı karşısındaki durumu, esas itibarıyla maddi hukuktaki üçüncü kişi lehine sözleşme müessesesi ile ilgili olsa da, bu kişilerin kimi hallerde dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı (çelişkili davranma yasağı) bağlamında da tahkim şartına tabi kılındıkları bilinmektedir.

---

[28] Bir sözleşmeden doğan alacağı temellük eden üçüncü kişi, kural olarak bu sözleşmede bulunan tahkim şartını da devralır. Bu sonuç Anglo Sakson ve Kıta Avrupası hukuklarının günümüzdeki ortalama bakış açısını yansıtmaktadır. Temlik sırasında tahkim şartının devredilmediğinin veya tahkim şartının sözleşmenin taraflarına hasredildiğinin açıkça belirtilmesi hallerinde bu kural uygulanmaz.

[29] Külli ve cüzi halefiyet halinde tahkim sözleşmesinin teşmili hakkında ayrıntılı incelemeler için bkz. ESEN s. 137- 211. Sigortacının halefiyeti ve alacağın temliki halinde teşmil için bkz. HOSKING s. 491-509.

[30] William J. Mc SHERRY, Jr., *Arbitrating By and Against Parties Who Have Not Signed an Arbitration Agreement,* Metropolitan Corp. Counsel., 2005, s.4. http://www.metrocorpcounsel.com/current.php?artType=View&artMonth=August&artYear=2005&EntryNo=3387.

Dolayısıyla tahkim anlaşmasının lehdara teşmili önce üçüncü kişi yararına sözleşmeler bağlamında, daha sonra da dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı bağlamında ele alınacaktır.

A. Üçüncü kişinin yararına sözleşmeler bağlamında teşmil

Borç ilişkisinin nisbiliğinin istisnalarından biri de[31] sözleşmede ifanın taraflarca üçüncü kişiye yapılmasının kararlaştırıldığı üçüncü kişi yararına sözleşmedir[32]. Üçüncü kişi yararına sözleşmenin borç ilişkisinin nisbiliğinin diğer istisnalarından (alacağın temliki, külli halefiyet, vs) farkı, borç ilişkisinin doğduğu anda üçüncü kişiyi kapsama alması, ancak bu üçüncü kişinin sözleşmenin taraflarından birini taraf olmaktan çıkararak onun yerine geçmemesidir[33].

Üçüncü kişi yararına sözleşme bağlamında üçüncü kişiye bir alacak hakkı tanınması mümkün olmakla birlikte esas sözleşmenin tarafı olmadığı için üçüncü kişiye bir borç yükletilmesi söz konusu olmaz[34]. Buna "üçüncü kişi zararına sözleşme yasağı" denmektedir[35]. Üçüncü kişinin kendisi lehine hak tanıyan sözleşmeden haberdar olması gerekmediği gibi, üçüncü kişinin kendisine taahhüt edilen edimin ifa edileceği andan önce belirlenmiş olması da şart değildir[36].

Üçüncü kişi lehdarın tahkim şartını da içeren bir sözleşmede yer alan bir haktan yararlanması halinde teşmil meselesi, aşağıda değişik ülkelerin hukuk sistemleri bakımından ele alınacaktır.

1. İngiliz hukuku

İngiliz hukukunda geleneksel olarak nisbilik prensibi (*privity doctrine*) çok katı olarak uygulanmış, buna göre bir sözleşmenin sadece tarafları arasında hüküm ve sonuç doğurabileceği kabul edilmiştir[37]. Dolayısıyla üçüncü kişinin tahkim şartını ileri sürmesi ancak kendisine ifa yükümü altında bulunan tarafı kendisinin temsilcisi olarak atamış olması gibi sınırlı hallerde mümkün olabilecekti[38].

---

31 OĞUZMAN/ ÖZ, s. 818.

32 EREN, 1095.

33 OĞUZMAN/ ÖZ, s. 818.

34 EREN, s. 1097.

35 OĞUZMAN/ ÖZ, 827.

36 EREN, s. 1096.

37 BAMFORTH/ TYMCZYSZYN OLSWANG/ VAN FLEET/ CORRERO, s.21.

38 HOSKING, s. 511.

Ancak 1999 yılında kabul edilen Sözleşmeler (Üçüncü Kişilerin Hakları) Kanunu ile tarafların sözleşmelerinde üçüncü kişilere hak tanıyabilecekleri[39] açıkça düzenlenmiştir[40]. Ayrıca bu kanun kapsamında, lehine hak tanınan üçüncü kişinin tahkim şartı ile bağlılığı hususu da düzenlenmiştir. Buna göre, üçüncü kişi lehdar,

- Tahkime tabi kılınmış bir sözleşme hükmünü icra etme yetkisi kendisine açıkça verilmişse ya da,
- Bu yetki kendisine açıkça verilmiş olmasa da sözleşmede kendisine sağlanan menfaat tahkim şartına bağlıysa ve bu menfaati ileri sürmek istiyorsa,

tahkim şartının 1996 İngiliz Tahkim Kanunu bağlamında *tarafı* olur[41]. Burada vurgulamak gerekir ki, 1999 tarihli kanunun 7/4 maddesinde üçüncü kişinin sözleşmenin bir tarafı olmadığı ve lehine menfaat sağlanmakla taraf haline gelmeyeceği ifade edilmektedir. Böylece tahkim bakımından pratik bir çözüm bulma gayreti, üçüncü kişilere aslında taraf olmadıkları halde "taraf" sıfatı verilmesi sonucunu doğurmuştur.

Üçüncü kişi lehdarın "tahkim sözleşmesinin tarafı olma" sının sonucu, sözleşmenin esasından kaynaklanan hakkı icra ettirmek istediği takdirde tahkime gitme hakkını kullanabilmesinin yanı sıra, bu hakkı tahkim yoluyla ileri sürmekle bağlı olmasıdır. Dolayısıyla üçüncü kişi yararlanan üzerinde "tahkime gitme yükümlülüğü" doğmuş olmaktadır[42].

Ayrıca belirtmek gerekir ki, esas sözleşmenin taraflarının sözleşmenin maddi hükümlerinden üçüncü kişiyi yararlandırma niyeti ile münhasıran tahkim sözleşmesinden yararlandırma niyeti arasında bir ayrım yapılmamıştır. Bu durum, tahkimin rızai temeline ve tahkim şartının bağımsızlığı prensibine aykırı gözükmektedir[43]. Ancak tahkim şartı kapsamında sadece üçüncü kişi yararlananın münhasıran iddia ettiği hak yargılama konusu yapılabilir, örneğin taraflardan birinin lehdara yönelik haksız fiil temelli iddialarının tahkim şartı kapsamında düşünülmesi mümkün olmayacaktır[44].

---

[39] Ancak yükümlülük altına sokamayacakları Komisyon Raporu'nda ifade edilmiştir. Bkz. HOSKING, s. 512.

[40] BAMFORTH/ TYMCZYSZYN OLSWANG/ VAN FLEET/ CORRERO, s.21.

[41] ESEN, s. 213.

[42] HOSKING, s. 516.

[43] HOSKING, s. 517.

[44] 1999 tarihli kanunun Açıklayıcı Notları'nda belirtildiği üzere, bkz. Hosking dipnot 204. Ayrıca Fransız hukukundaki durumla karşılaştırma için bkz. aşağıda dipnot 59 ve referans yapılan paragraf.

2. Amerikan Hukuku

Amerikan Hukuku, 1859 tarihli *Lawrence v. Fox* davasından beri üçüncü kişi lehdarın sözleşmeden kaynaklanan alacaklarının ifası için dava açılabileceğini kabul etmektedir[45]. Bu bakımdan yargı içtihatları nisbilik ilkesinin katı olarak uygulandığı İngiliz hukukundan farklı bir yönde gelişmiştir. Üçüncü kişinin yararlandırıldığı sözleşmede bir tahkim şartının bulunması halinde lehdarın bu tahkim şartıyla bağlı olup olmadığı ise farklı davalarda konu edilmiştir.

Bazı mahkemeler üçüncü kişi lehdar statüsünün kendiliğinden tahkim anlaşmasının teşmil edilmesi sonucunu doğurmayacağını, bunun için tarafların tahkim anlaşmasını üçüncü kişiye teşmil etme niyetlerinin ispat edilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir[46]. 90'lı yılların başında verilen kararlarda niyetin olup olmadığına hükmetmek için sıkı kriterler belirlenmiş ve bu niyetin ispatı için tarafların sözleşme dışındaki yazışmaları ve belgeleri gibi "somut" veriler üzerinden gidilmiştir[47]. Sonradan tahkim şartının nasıl kaleme alındığı da mahkemeler tarafından niyetin belirlenmesinde önemli bir kriter olarak kabul edilmiştir. Örneğin *Collins v. International Dairy Queen*[48] davasında, franchise alan ve alt franchise alanların *American Dairy Queen* (ADQ) ve ana şirket *International Dairy Queen*'e (IDQ) mahkemede açtıkları davada, mahkeme iki tip franchise alan olduğunu tespit etmiştir: hakları doğrudan ADQ'dan devralanlar ve hakları "Bölgesel Operatör"lerden devralanlar[49]. Bu iki tip sözleşme de tahkim şartı içermektedir. ADQ ve IDQ bölgesel operatörler ile alt franchise alanlar arasındaki sözleşmenin tarafı değildir, ancak ADQ'nun bu sözleşmeleri onaylama hakkı bulunmaktadır. ADQ ve IDQ, davada ADQ ve alt franchise alanlar ile bölgesel operatörler ve alt franchise alanlar arasındaki sözleşmelerde tahkim şartı bulunduğu gerekçesiyle tahkim itirazında bulunmuşlardır[50].

---

45 ESEN, s. 213.

46 HOSKING, s. 518.

47 *Gilmer ve Prudential kararları, Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Company,* http://finduslaw.com/gilmer_v_interstate_johnson_lane_corporation_1991_500_us_20_111_s_ct_1647 ve *Prudential Insurance Company of America Sales Practice Litigation All Agents v. The Prudential Insurance Company of America,* http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F3/133/133.F3d.225.96-5329.html.

48 *Collins v. International Dairy Queen, Inc.* 2F. Supp. 2d 1465 (MD Ga. 1998), http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmldoc=199814672FSupp2d1465_11295.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006.

49 Dwayne WILLIAMS, *Binding Nonsignatories to Arbitration Agreements,* 25 Franchise L.J., 2006, s. 180.

50 Ibid. s. 180.

Mahkeme öncelikle IDQ'nun, ADQ'nun taraf olduğu franchise sözleşmelerindeki tahkim şartına dayanabileceğini, zira bu ikisine yöneltilen taleplerin özünün aynı olduğunu ve ayrılamayacağını ifade etmiştir[51]. İkinci olarak mahkeme, ADQ ve IDQ'nun bölgesel operatörler ile alt franchise alanlar arasındaki tahkim şartına dayanıp dayanamayacağını incelemiştir. Bu bağlamda alt franchise sözleşmesinin özü itibarıyla franchise verenin yararına yapıldığından hareketle bölgesel operatör ve alt franchise alanların aralarındaki sözleşmeden ADQ ve IDQ'yu yararlandırma niyetlerinin bulunduğuna hükmetmiştir[52]. Ancak tahkim şartının teşmili, üçüncü kişi yararlanan sıfatıyla birlikte otomatik olarak gerçekleşmeyeceğinden mahkeme, tahkim itirazlarını değerlendirirken tahkim şartlarının lafızlarını dikkate almıştır. Buna göre bazı alt franchise sözleşmelerinde tahkim şartı "bölgesel operatör ve alt franchise alan arasındaki uyuşmazlıklara" hasredildiği halde[53], diğer bazı sözleşmelerde "taraflar arasındaki" uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceği düzenlenmiştir[54]. Mahkeme, ilk gruptaki sözleşmeler bakımından tarafların tahkim şartını teşmil etme niyetlerinin bulunmadığına hükmederek ADQ ve IDQ'nun tahkim itirazını reddetmiştir. İkinci gruptaki sözleşmeler bakımından ise "tarafların tahkim anlaşmasının taraflarını kısıtlama iradelerinin açık olmadığı" gerekçesiyle tahkim itirazını kabul ederek franchise alan ve alt franchise alanların ADQ ve IDQ'ya olan taleplerini tahkim yoluyla ileri sürmelerinin gerektiğine hükmetmiştir[55]. Mahkemenin tarafların tahkim şartını teşmil etme niyetini belirlerken ispat kuralını tersine çevirerek herhangi bir kısıtlama yapmadıkları için üçüncü kişilere teşmil niyetinde olduklarını belirlemek, tahkimin rızai niteliği ile bağdaşmamaktadır.

Ancak Amerikan mahkemeleri, rıza testini sonraki kararlarında daha da esnetmiştir. *Spear, Leeds&Kellogg v. Central Life Assurance* davasında[56] *Goodman* isimli emtia taciri, ölümü halinde müşterilerinin alacaklarını kolayca tahsil edebilmesi için sigortacı *Central Life Assurance Co.*'dan müşterileri lehine hayat sigortası almıştır. Ancak *Goodman'ın* ölümünden sonra sigortacı *Goodman*'ın hayat sigortası alabilmek için yanlış bilgi verdiğini fark etmiş ve *Goodman* adına New York Menkul Kıymetler Borsası'nda (NYMKB) hesaplar açan *Spear, Leeds &Kellogg* (*SLK)* isimli komisyonculuk şirketinin de kusurlu olduğunu, hatta SLK'nın beyanları olmasa hayat sigortası poli-

---

51 *Collins* kararı*, s. 1465.*

52 *Ibid.*, s. 1468- 1469.

53 *Ibid.* s. 1470- 1471.

54 *Collins* kararı, s. 1471.

55 WILLIAMS, s. 181.

56 *Spear, Leeds& Kellogg v. Central Life Assurance Co.* 85 F.3d 21 (2nd Circuit 1996), http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F3/85/85.F3d.21.95-7372.331.html.

çelerini hiç düzenlemeyecek olduğunu iddia etmiştir. Bu iddiasını ispat edip zararını SLK'dan tazmin etmek amacıyla sigortacı, sigortalı ile SLK arasındaki sözleşmedeki NYMKB Tahkim Kuralları'na atıf yapan tahkim sözleşmesine dayanarak (üyesi olmadığı NYMKB nezdinde) SLK'ya tahkim davası açmıştır[57]. Uyuşmazlık tahkime gidilemeyeceği ilk itirazı üzerine mahkeme önüne gelmiş[58] ve ilk derece mahkemesi tahkime gidilemeyeceğine, zira SLK ile sigortacılar arasında herhangi bir sözleşmenin, dolayısıyla bir tahkim sözleşmesinin bulunmadığına hükmetmiştir[59]. Daha sonra uyuşmazlığa bakan Eyalet Mahkemesi, öncelikle sigortacının SLK ile sigortalı arasındaki sözleşmenin üçüncü kişi yararlananı olduğunu tespit etmiştir. Daha sonra, her ne kadar SLK ile sigortacılar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmasa da, bu durumun sigortacıların üçüncü kişi yararlanan olmaktan kaynaklanan haklarını ileri sürmelerini engellemeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme üçüncü kişi yararlanan olarak sigortacının tahkim şartından da istifade edebileceğini ortaya koyduktan sonra, İngiliz hukukundaki sınırlamanın aksine, bu kapsamda pekâlâ haksız fiil iddialarını da ileri sürebileceğini, zira NYMKB tahkiminin üçüncü kişilerin başvurusuna olanak sağladığı ve ayrıca istisnai de olsa haksız fiile dayanan uyuşmazlıkları da kapsamına aldığını ifade etmiştir[60]. Dolayısıyla Eyalet Mahkemesi sigortacıların SLK'ya karşı tahkime başvurabileceklerine hükmetmiştir.

Bu karar, başta karara muhalefet şerhi yazan hâkim Milton Pollack tarafından olmak üzere çokça eleştirilmiştir. Tarafların aralarındaki sözleşmenin ne esasa ilişkin hükümlerinden, ne de sözleşmedeki tahkim şartından sigortacıyı yararlandırma niyetleri olduğu tespit edilemediği gibi, SLK'nın müşterisi sigortalının sigorta poliçelerinden haberdar bile olmaması muhtemeldir[61]. Milton Pollack'ın muhalefet şerhinde haklı olarak belirttiği üzere, bir tahkim şartı ne kadar geniş kaleme alınmış olursa olsun, hiçbir ilişkisi olmayan kişileri tahkim yapmaya zorlamak için bir dayanak olamaz[62].

Bazı yargı içtihatlarında da üçüncü kişinin sözleşmeden değil de kanundan kaynaklanan bir hakkı ileri sürmesi halinde tahkim şartının kendisine teşmil edilemeyeceği kararlaştırılmıştır. *Recold SA de CV v. Monfort of*

---

57 Robert M. HALL, *Third Party Beneficiary: Binding Nonsignatories To Arbitration Clauses in Reinsurance Contracts,* Reinsurance Vol. 1 No. 1 , 2008, s. 2.

58 Amerikan Hukukunda bir uyuşmazlığın tahkimde görülüp görülemeyeceğine karar verme yetkisi karar verme yetkisi mahkemelere aittir. Bkz. *AT & T Technologies, Inc. v. Communications Workers*, 89 L.Ed.2d 648 (1986).

59 *Spear, Leeds& Kellogg* kararı, 21. paragraf.

60 Spear, Leeds& Kellogg kararı, 22-32. paragraflar.

61 HOSKING, s. 521.

62 Spear, Leeds& Kellogg kararı, 69. paragraf

Colorado Inc. davasında[63], müşteri *Monfort*, satıcı *Recold'a* karşı satıcının kanuni garanti sorumluluğu sebebiyle mahkeme önünde dava açmış, satıcı ise dağıtıcı *Central Ice* ile arasındaki sözleşmede bulunan tahkim şartına dayanarak tahkim itirazında bulunmuştur. Mahkeme, müşterinin tahkim sözleşmesinin tarafı sayılamayacağına, zira talebinin üretici ile dağıtıcı arasındaki sözleşmeye değil, direkt olarak kanuna dayandığına, dolayısıyla tahkim itirazının reddedilmesinin yerinde olduğuna hükmetmiştir[64] [65].

Amerikan hukukunda üçüncü kişi lehdarın tahkim şartıyla bağlı olup olmamasına ilişkin olarak genel kural üçüncü kişi lehdarın lehine hak tesis edilen sözleşmeden kaynaklanan haklarını ileri sürmesi halinde tahkim şartıyla bağlı olmasıdır. Yani kendisi sözleşmenin tarafları aleyhine tahkim başvurusu yapabilir yahut sözleşmenin taraflarına mahkemede dava açması halinde tahkim itirazıyla karşılaşarak taleplerini tahkimde ileri sürmeye zorlanabilir[66]. Tahkim şartıyla bağlılığın bir borç değil, üçüncü kişi lehdarın haklarını ileri sürebilmesi için bir *önşart* olduğu doktrinde ifade edilmiştir[67]. Ancak uygulamada mahkemeler *borç* ve *önşart* ayrımın sınırlarını net olarak belirlemek yerine *estoppel* doktrinini uygulamaktadır. Bu konu aşağıda ayrıca ele alınacaktır. Her halde belirtmek gerekir ki, üçüncü kişi lehdar haklarını icra ettirmek için başvurmadığı ya da bu haklardan faydalanmadığı sürece sözleşmenin taraflarının lehdara karşı taleplerini ileri sürmek için tahkim şartına dayanmaları mümkün değildir[68].

3. Fransız Hukuku

Fransız hukukunda genel sözleşme ilkeleri çerçevesinde üçüncü kişi yararına sözleşme yapılabileceği esası, nisbilik ilkesinin bir istisnası olarak kabul edilmiştir. Ancak Fransız mahkemeleri bu istisnayı oldukça geniş yorumlayarak, bir kişinin bir sözleşmenin üçüncü kişi yararlananı olması durumunda normalde haksız fiil kaynaklı sayılacak taleplerini bile sözleşme dâhilinde ileri sürebileceğine hükmetmiştir[69]. Dolayısıyla tahkim şartının üçüncü kişi lehdara teşmilinde de Fransız hukuku, sağlanan "yarar" ın hukuki içeriğinin neleri kapsayacağından (yalnızca bu sözleşmeden kaynak-

---

63 893 F.2d 195. http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F2/893/893.F2d.195.89-1146.html.

64 *Recold* kararı, 25- 25. paragraflar.

65 Aynı doğrultuda karar için bkz. *Ocean Eagle* davası, ESEN'den naklen, s. 218.

66 HOSKING, s. 521.

67 HOSKING, s. 522.

68 Kirk W. REILLY, *Franchisors as Third Party Beneficiaries of Master Franchise Agreements- A Matter of Intent,* 26 Franchise Law Journal, 2007, s. 204.

69 HOSKING, s. 524.

lanan talepleri ileri sürmede mi tahkime başvurabileceği, yoksa her türlü talebi için tahkime gidip gidemeyeceği gibi) ziyade, tarafların teşmil niyetine önem atfetmektedir. Bu bağlamda üçüncü kişi lehdar esas sözleşmeden kaynaklanan haklarını icra ettirmediği veya ifayı kabul etmediği takdirde "tahkim şartına dâhil olma niyeti" nin oluşmadığından bahisle tahkim şartıyla bağlı olmayacaktır[70].

Sözleşmenin taraflarının tahkim anlaşmasını üçüncü kişi lehdara teşmil niyetinin olup olmadığının belirlenmesinde uygulanacak kriterleri Fransız mahkeme içtihatları oldukça geniş yorumlamıştır. Bir kişinin sözleşmenin görüşmelerinde yer alması veya o sözleşmeye dayalı ifada bulunması ancak sözleşmede imzası bulunmaması halinde Fransız mahkemeleri, sözleşmenin taraflarının bu kişiyi tahkim şartına bağlı kılma niyetleri konusunda bir karine oluşacağını ileri sürmüşlerdir[71]. *V2000* davasında[72] mahkeme, hakem heyetinin uyuşmazlığı tüm ekonomik ve hukuki yönleriyle inceleyebilmesini teminen, tahkim şartının kapsamından ve varlığından haberdar oldukları anlaşıldığı takdirde *sözleşmenin ifasıyla doğrudan ilişkili olan* üçüncü kişilerin tahkim şartının kapsamına gireceğine karar vermiştir. Böylece mahkemeler veya hakemler, tahkim şartının üçüncü kişi lehdara teşmil edilip edilmeyeceğine karar verirken, uyuşmazlığın tüm ekonomik ve hukuki özelliklerini inceleyerek bu kişinin sözleşmenin ifası ile doğrudan ilgili olup olmadığını belirleyeceklerdir[73]. Dolayısıyla tahkim şartının esas sözleşmeden ayrı olarak teşmil edilme niyetine bakılmayacaktır.

4. Türk Hukuku

Türk hukukunda tahkim şartının üçüncü kişi lehdara teşmili meselesi, GSM şirketleri ile ilgili ve uyuşmazlığın esasına Türk hukukunun uygulandığı[74] iki hakem heyeti kararında incelenmiştir[75]. Bunlardan ilkinde, Türk Telekomünikasyon Kurumu ile bir GSM şirketi arasındaki tahkim şartı içe-

---

[70] HOSKING, s. 525.

[71] FOUCHARD/ GAILLARD/ GOLDMAN, *International Commercial Arbitration,* s. 281 (Hosking'den naklen).

[72] *V2000 (Eski Jaguar France) v. Renault, C.A. Paris*, 1997 Revue de l'Arbitrage, s. 537, (Gary Brian BORN, *International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, Vol. I, 2009, s. 297'den naklen).*

[73] HOSKING, s. 525.

[74] Ahmet Erdinç ÇAVUŞOĞLU, *Telekomünikasyon Hizmetlerine İlişkin İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim,* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Doktora Tezi, 2007, s. 213.

[75] ICC 11825 ve 12174 numaralı kararlar. Kararların geniş incelemesi için bkz. ESEN, s. 221- 224.

ren imtiyaz sözleşmesinde işletmecinin (GSM şirketinin) her ay brüt gelirinin belli bir miktarını Hazine'ye ödeyeceği ve Hazine'nin bu ödemeler üzerinde mali kontrol yetkisi olduğu öngörülmüş, GSM şirketi bu sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlık ile ilgili ICC nezdinde dava açmış ve Hazine'nin de yargılamaya katılması gerektiğini ileri sürmüştür. Hakem heyeti Hazine'nin bu sözleşmenin üçüncü kişi yararlananı olduğuna hükmetmiştir. Hazine'nin üçüncü kişi yararlanan sıfatıyla tahkim şartı ile bağlı olup olmadığı hususunda ise hakem heyeti, öncelikle tahkim yoluna başvurabilmek için taraflar arasında bir anlaşma bulunmasının şart olduğuna dikkat çekmiştir. Ancak Fransız mahkemelerinin üçüncü kişilerin sözleşmenin uygulanmasında rol almaları durumunda sözleşmedeki tahkim şartından haberdar oldukları ve tahkim şartını kabul etmiş sayıldıkları yönünde bir karine oluştuğuna, sözleşmeyi uygulamakla da tahkim şartını kabul etmiş olduklarına hükmettikleri kararları göz önünde bulundurarak hakem heyeti, Hazine'nin durumunun bu şartlara uygun olduğunu tespit etmiş ve Hazine'nin tahkim yargılamasında taraf olarak yer alması gerektiğine hükmetmiştir[76].

Dava konusunun aynı, davacının farklı olduğu ikinci davada ise diğer hakem heyeti farklı yönde bir karar vermiştir. Bu kez hakem heyeti, her ne kadar Hazine üçüncü kişi yararlanan olsa da, tahkim şartının esas sözleşmeden bağımsız olduğunu ve tahkim süreci boyunca yargılamaya muvafakat etmediği de göz önünde bulundurularak Hazine'nin lehdar konumunun onu tarafı olmadığı bir tahkim şartıyla bağlı hale getirmeyeceğine hükmetmiştir[77].

Birinci hakem heyeti kararı eleştirilirken GSM Şirketi ile Telekomünikasyon Kurumu arasındaki tahkim şartının esas sözleşmeden sonra akdedildiği ve buna rağmen Hazine'nin tahkim şartının tarafı haline getirilmediği vurgulanmaktadır[78]. Ayrıca tahkim şartının lafzında da "tarafların" bu şartla bağlı olduğu ve tarafların "Kurum" ve "GSM Şirketi" olduğunun açıkça yazıldığı belirtilmektedir. Bu itibarla kararı eleştirenlere göre tarafların tahkim anlaşmasını üçüncü kişi lehdar olarak Hazine'ye teşmil etme "niyet"lerinin bulunduğu söylenemez, dolayısıyla Hazine tahkim şartıyla bağlı olmamalıdır[79].

---

[76] ÇAVUŞOĞLU, s. 193.

[77] Ibid. s. 204.

[78] ESEN, s. 223.

[79] Ahmet OĞUL, *GSM İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Uygulamaları, Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri,* Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi, 2005 (ESEN' den naklen, s. 224).

B. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı (çelişkili davranış yasağı) bağlamında teşmil

Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı bir genel hukuk prensibi ve hatta *lex mercatoria'*nın temeli olarak[80] tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde bir maddi hukuk kurumu olarak Kara Avrupası hukuk sistemlerinde de kullanılmaktaysa da, esas itibarıyla Amerikan hukukunda "*estoppel*" adıyla çok geniş bir uygulama alanı bulmaktadır[81]. Aşağıda çeşitli hukuk sistemlerinde dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının tahkim anlaşmalarının üçüncü kişilere teşmilinde nasıl uygulanacağı ele alınacaktır. Belirtmek gerekir ki burada üçüncü kişi yararına sözleşme kurumundan farklı olarak üçüncü kişi lehdara tarafların tahkim şartını teşmil etmesi değil, lehdarın dürüstlük kuralı gereği tahkim şartıyla bağlı olmaya itiraz edememesi söz konusudur.

1. İngiliz hukuku

İngiliz hukukunda *estoppel* kavramsal olarak yer alsa da Amerikan hukukundaki gibi taraf olmayan bir üçüncü kişiyi tahkimle bağlı kılma gibi bir etkisi yoktur. *Estoppel'*in hukukun genel ilkelerinden dürüstlük kuralı kapsamında, örneğin bir kişinin bir sözleşme ve bunun yanında tahkim sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürmüşken bu sözleşme bağlamında hak talep etmekten men edilmesi gibi uygulamaları vardır[82].

2. Amerikan Hukuku

Estoppel genel itibarıyla bir kişinin, kendi tavır veya hareketi yahut konuşması gerektiği yerde sessiz kalması yüzünden bir hakkı kullanmaktan men edilmesidir[83]. Tahkim şartının teşmili bağlamında *estoppel*, üçüncü kişinin tahkim şartı içeren bir sözleşmeden doğrudan bir yarar elde etmesi halinde bu tahkim şartıyla bağlı olmadığını ileri sürmekten men edileceğini ifade eder[84]. Bunun sebebi, bir kişinin bir sözleşmeden yarar elde ederken o sözleşmenin yükümlülüklerinden kaçınmasının hakkaniyetle bağdaşmadığı düşüncesidir.

Geleneksel *estoppel* doktrininin uygulandığı *Deloitte* davasında[85] mah-

---

80 BLESSING, s. 22 (Hosking s. 585'ten alıntı).

81 SENTNER, s. 65.

82 HOSKING, S. 530.

83 Black's Law Dictionary, 538 (6th edition).

84 LAMM/ AQUA, s. 726.

85 *Deloitte Noraudit A/S v. Deloitte Haskins & Sells,* U.S., 9 F.3d 1060, http://open-

keme, üçüncü bir kişinin tahkim anlaşmasının yer aldığı bir sözleşmeyi imzalamasa dahi sözleşmenin yapıldığından haberdar olması ve sözleşmenin hükümlerinden "doğrudan" ve bilerek yarar sağladığının anlaşılması halinde tahkim itirazında bulunmaktan men edileceğini hükme bağlamıştır[86]. Aslında olayda sözleşme karşısındaki tutumundan üçüncü kişinin "tahkim şartıyla bağlanma niyeti" de anlaşılmaktadır. Ancak *Thomson* davasında verilen karar uyarınca üçüncü kişi sözleşmenin yapıldığından ve varlığından haberdar olsa da, üçüncü kişinin doğrudan değil de "dolaylı" bir yarar sağlaması halinde, yani bu yarar tahkim konusu uyuşmazlıkla doğrudan ilgili değilse, üçüncü kişi tahkime gitmeye zorlanamayacaktır[87]. Bununla birlikte aslında *Thomson* davasında vakalar incelendiğinde üçüncü kişinin tahkim şartıyla bağlı olmayacağını açıkça belirttiği de anlaşılmaktadır. Dolayısıyla üçüncü kişinin tahkim şartıyla bağlı olmaması aynı zamanda bu yöndeki "niyetinin" de sonucudur, ancak mahkeme bu niyet testini yapmak yerine *Deloitte* davasında olduğu gibi "*estoppel*" doktrinini uygulayarak sonuca gitmiştir[88]. Ayrıca belirtilmesi gereken bir başka husus da, *Thomson* davasında *Deloitte'*ın aksine, tahkim şartının uygulanmasını isteyen, üçüncü kişi değil, esas sözleşmenin tarafıdır. Dolayısıyla şu ya da bu şekilde bir tahkim şartını kabul etmiş bir tarafın *estoppel* doktrini uyarınca bu şartı reddetmekten men edilmesi ile tahkim şartına hiç taraf olmamış bir üçüncü kişi hakkında bu doktrinin uygulanması aynı şekilde değerlendirilemez.

Amerikan mahkemelerinin özellikle üçüncü kişinin kendisine karşı talepte bulunan esas sözleşme tarafına karşı tahkim itirazında bulunması halinde tahkim şartına taraf olan kişiye *estoppel* doktrinini uygulanıp uygulanmayacağına karar verirken kullandığı kriterler şunlardır: 1) Tahkim şartının tarafı olan kişinin talebi ile tahkim şartı içeren sözleşmenin ilişkisi, 2) Taraflar arasındaki bağlantı[89]. *Sunkist* davasında bu kriterler kullanılmıştır[90]. Bu davada *Sunkist* ile *Sunkist Soft Drinks* (SSD) arasında bir lisans sözleşmesi akdedilmiştir, *Del Monte* de SSD'nin ana şirketidir. *Sunkist*, hem SSD, hem de *Del Monte* aleyhine sözleşme ve haksız fiilden kaynaklı taleplerini ileri sürdüğü bir dava açmıştır. *Del Monte* de *Sunkist* ile SSD arasındaki sözleşmede

---

jurist.org/9/f3d/1060/deloitte-noraudit-as-v-deloitte-haskins-and-sells-us-j-and-and-j.

86 Deloitte davası, 20. paragraf.

87 *Thomson* davası, 28. paragraf.

88 HOSKING, s.532.

89 *Mc Bro Planning& Dev. Co. v. Triangle Electrical Construction Company, Inc.,* 741 F.2d 342, http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F2/741/741.F2d.342.83-7034.html.

90 *Sunkist Soft Drinks, Inc., Del Monte Corporation, Nabisco Brands, Inc. v. Sunkist Growers, Inc*, 10 F.3d 753, http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F3/10/10.F3d.753.91-9153.html.

bulunan tahkim şartını ileri sürerek tahkim itirazında bulunmuş ve mahkeme uyuşmazlığın tahkimde görülmesi gerektiğine karar vermiştir. Tahkim yargılaması sonucu *Del Monte* haklı bulunmuş, *Sunkist* de *Del Monte*'nin tahkim anlaşmasına taraf olmadığı iddiasıyla kararın iptali için başvurmuş, bu talebi reddedilmiştir. Bunun üzerine *Sunkist* temyize başvurmuştur. Mahkeme temyiz kararını değerlendirirken, *Sunkist*'in talepleri ile lisans sözleşmesi arasındaki bağlantı ve SSD ile *Del Monte* arasındaki "bütünlük" ilişkisinin Sunkist'in taleplerinin lisans sözleşmesiyle "iç içe geçtiği" sonucuna bağlandığına karar vererek Sunkist'i taleplerini tahkime tabi olmadığını iddia etmekten men etmiştir[91]. Ancak karar bu haliyle tahkimin "rızai" temelini görmezden gelmekte olduğu izlenimini vermektedir. Zira Sunkist'in SSD'yi sonradan edinen Del Monte'yi başlangıçta tahkim anlaşmasına taraf kılmaya "niyet"i bulunduğunu iddia etmek mümkün değildir. Eğer mahkeme burada *estoppel* doktrini yerine *üçüncü kişi yararına sözleşme* esasını benimseseydi, Sunkist'in Del Monte devraldıktan sonra dahi SSD ile sözleşmesine devam etmekle Del Monte'nin bu sözleşmeden yararlanacağını öngörebileceği sonucuna varabilirdi. Bu noktadan sonra da tarafların böyle bir yararlandırma yapmaya *niyetlerinin* olup olmadığı – veya önceki davalarda yapıldığı gibi böyle bir niyetin olmadığının açıkça anlaşılıp anlaşılmadığı -tahkim şartının lafzı da dikkate alınarak belirlenebilirdi[92]. Bu yol izlendiği takdirde en azından tahkimin rızai niteliği görece olarak daha az yara almış olurdu.

İster "doğrudan yarar sağlama" testi, ister *Sunkist* davası bağlamında açıklanan ikili kriter testi uygulansın, *estoppel* teorisinin gereğinden sık kullanımı tahkim anlaşmalarının rızai niteliğine zarar vermektedir[93]. Nitekim Amerikan mahkemeleri yarar sağlama testinin uygulandığı *Tencara*[94] davasında *estoppel* uygulamasını iyice genişleterek ayıplı çıkan yatlara denize uygunluk sertifikası sağlayan şirket (ABS) ile yat üreticisi (*Tencara*) arasındaki sözleşmeden denize uygunluk sertifikasının düşük bedelli sigorta yaptırabilmelerini sağlaması nedeniyle "doğrudan yararlanan" yatırımcıların bu sözleşmedeki tahkim şartına tabi olmadıklarını ileri sürmekten men edildiğine hükmetmiştir. Burada sağlanan "yarar", *Deloitte* veya *Thomson* davalarında bahsedilenlerden çok daha dolaylı bir yarardır. Yatırımcıların talebinin esasında *Tencara* ve ABS arasındaki ilişki ile bir bağlantısı da yoktur. Yatırımcılar ayıplı yatlar sebebiyle *Tencara*'ya dava açmış, *Tencara* da ABS'ye dava açmıştır. *Düşük bedelli sigorta yaptırabilmek,* ayıplı bir maldan kaynaklanan taleplerle ilgili bulunmayan bir yarardır.

---

91 Sunkist davası, 19. paragraf.

92 HOSKING,s. 534.

93 HOSKING, s. 534.

94 American Bureau Of Shipping, v. Tencara Shipyard S.P.A., 170 F.3d 349, http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/170/170.F3d.349.98-7893.98-7823.html.

Sunkist davasındaki "yarar" testinin uygulandığı ancak oradaki durumun aksine esas sözleşmenin tarafının kendisine karşı talepte bulunan üçüncü kişiye karşı tahkim itirazında bulunmasının söz konusu olduğu *International Paper Company v. Schwabedissen Maschinen & Anlagen Gmbh*[95] davasında da alıcı International Paper Company (IPC), testere aldığı Amerikalı distribütör (Wood) iflas edince ayıplı maldan kaynaklanan haklarını dava yoluyla üretici Alman şirketine (*Schwabedissen)* karşı ileri sürmüştür. Bu talebini de Wood ile *Schwabedissen* arasındaki distribütörlük sözleşmesinin üçüncü kişi yararlananı olmasına dayandırmıştır. Distribütörlük sözleşmesi de tahkim şartı içermektedir. *Schwabedissen*'in tahkim itirazı üzerine IPC bu şartla bağlı olamayacağını, zira böyle bir şarttan haberinin olmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme ise *Tencara ve Sunkist* davalarında uygulanan "doğrudan yarar" testini uygulayarak IPC'nin doğrudan yarar elde ettiği bir sözleşmedeki tahkim şartına itiraz edemeyeceğini hükme bağlamıştır[96]. Halbuki üçüncü kişi yararına sözleşme tahtında yapılacak bir değerlendirmede, IPC'nin kanuna dayalı haklarını ileri sürmesinden dolayı tahkime zorlanamayacağı ve talepleri sözleşmeye dayansa dahi haberinin olmadığını ispatlayabildiği bir sözleşmedeki tahkim şartına -talep sahibi kişi olarak- bağlı olmayacağı sonuçlarına varılabilirdi[97].

3. Fransız Hukuku

Fransız hukukunda dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı Amerika'da olduğu gibi üçüncü kişiyi tahkim şartıyla bağlı kılmaya yarayan bir enstrüman olarak kullanılmamaktadır. Bu ilkeler genel itibarıyla tarafların açıkladıkları niyetleri ile gerçek niyetleri arasında bir fark olması halinde gerçek niyetlerine öncelik verileceği bağlamında kullanılmaktadır. Aslında doktrinde Amerikan *estoppel* doktrini ile Fransız mahkemelerinin *V2000* kararı sonrasında uyguladığı *sözleşmenin ifasıyla doğrudan ilgili kişiler*in tahkim şartıyla bağlı kılınması yaklaşımı arasında büyük benzerlikler olduğu iddia edilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, *estoppel* doktrini kendi başına tahkim yargılamasının yargısal dayanağı değil, sadece bir tarafın bu yargılama yetkisini inkâr etmesini önleme yoludur. Fransız mahkemeleri ise tahkimin yargısal dayanağı olan rızayı "sözleşmenin ifasıyla doğrudan ilgili olan kişiler"in *varsayılan* iradesi üzerine kurmaktadır[98].

---

95 206 F. 3d 411, http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F3/206/206.F3d.411.-93-2727-9-8.98-2482.html.

96 SENTNER, s. 60-62.

97 HOSKING, s. 536.

98 HOSKING, s. 538.

4. Türk hukuku

Türk hukukunda dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı prensibinin uygulanması sonucunda üçüncü kişinin tahkim şartıyla bağlı kılınmasına ilişkin spesifik bir mahkeme kararı söz konusu değildir. Ancak yargı içtihatlarında genel itibarıyla tahkim sözleşmesinin esas sözleşmeden bağımsızlığı ilkesinin çok katı olarak uygulandığı görülmektedir. Nitekim Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin E.9108/K.9685 sayılı ve 1995 tarihli kararında geçersiz esas sözleşmenin ifa ile geçerli hale gelmesi durumunda tahkim şartının da geçerli hale gelmeyeceği, tahkim şartının esas sözleşmeden bağımsız olmasından dolayı geçerli hale gelmesi için bu şarta yönelik ayrı bir ifa hareketi yapılması gerektiği hükme bağlanmıştır[99].

Bu bağlamda yabancı hakem kararlarının tenfizinde tahkim şartına yönelik bir ifa hareketinde (hakem seçimi gibi) bulunulduğu ve tenfiz aşamasında bu şartın geçersizliği ileri sürüldüğü takdirde bu iddianın hakkın kötüye kullanılması yasağı bağlamında reddedilmesi mümkündür[100]. Aynı şekilde haberdar olduğu bir tahkim süreci dâhilinde hiçbir itiraz ileri sürmemiş, hiçbir tebligata cevap vermemiş bir tarafın tenfiz aşamasında ileri sürdüğü tahkim sözleşmesinin bulunmadığı itirazı dürüstlük kuralı çerçevesinde dinlenmez[101].

Bütün bu haller üçüncü kişi bakımından değerlendirildiğinde, tahkim anlaşmasına taraf olmadığı halde tahkim şartına yönelik bir ifa hareketinde bulunan, özellikle de görev belgesini imzalamış bulunan bir üçüncü kişi, dürüstlük kuralı ve çelişkili davranış yasağı gereği sonradan tahkim şartının tarafı olmadığını iddia edemeyecektir. Ancak görüldüğü gibi her halükarda üçüncü kişinin dürüstlük kuralı çerçevesinde tahkim şartıyla bağlı kılınabilmesi için esas sözleşmeden ayrı olarak tahkim şartına yönelik bir ifa hareketinde bulunması gerekmektedir[102].

V. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Yukarıda anlatılan ve tahkim anlaşmasının üçüncü kişi lehdara teşmili konusunda hatırı sayılır miktarda yargısal içtihat bulunan üç hukuk sisteminin tahkimin rızai ve nisbi niteliğini ne derece gözettiklerini farazi bir olay üzerinden açıklamaya çalışalım. Üretici A, dağıtıcı B' ye alıcı C' ye satış

---

99 ESEN'den naklen, s. 236.

100 ŞANLI, s. 315.

101 Yargıtay'ın *E.283/K.701/T. 12.6.2001* ve *E.6774/K.3751/T.9.4.2004* kararları, bkz. ESEN, s. 237.

102 ESEN, s. 238-239.

yapabilmesini teminen bir lisans vermiş olsun. A ile B arasındaki dağıtım sözleşmesinde "bu sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıklara" uygulanmak üzere bir tahkim anlaşması bulunsun, ancak B ile C arasındaki sözleşmede bu tahkim şartı yer almıyor olsun[103]. Amerikan hukuku uyarınca C, A ile B arasındaki sözleşmenin lehdarı olduğunu ispatlayabilirse[104] ve uyuşmazlık genel itibarıyla dağıtım anlaşmasından kaynaklanıyorsa[105] A' ya karşı tahkim şartını ileri sürebilir. C bu sözleşmeden yararlanmış ya da yararlanmak için başvurmuş ise *estoppel* teorisi gereği tahkime gitmeyi reddetmekten menedilir, dolayısıyla tahkime gitmekle yükümlü olur. Ancak C, bu sözleşmenin lehdarı olmasından kaynaklanan taleplerini ileri sürmedikçe A, C'ye karşı tahkim şartını ileri süremeyecektir. İngiliz hukukunda C'nin Sözleşmeler (Üçüncü Kişilerin Hakları) Kanunu uyarınca taraflarca üçüncü kişi lehdar olarak tayin edilme niyetinin ispatı çok daha zordur. Ancak bu niyet ispat edildiği takdirde C, hem tahkime gitme hakkına sahip, hem de tahkime gitmekle yükümlü olacaktır. Ayrıca Amerikan hukukundan farklı olarak C'nin münhasıran sözleşme temelli taleplerini ileri sürebilir, örneğin haksız fiil temelli taleplerini bu kapsamda ileri süremez. Fransız hukukunda C, esas sözleşmenin ifasıyla doğrudan bağlantılı olması halinde –başkaca bir niyet testine ihtiyaç duyulmaksızın- hem tahkim şartını ileri sürebilecek, hem de tahkim şartıyla bağlı olacaktır. Amerikan hukukunda olduğu gibi burada da C'nin lehdar olma sıfatıyla haksız fiil temelli iddialarını da ileri sürmesi mümkündür.

Tahkim şartının esas sözleşmeden bağımsızlığı bağlamında esas sözleşmeyi teşmil etme niyetinden ayrı olarak tahkim sözleşmesini teşmil etme niyetinin aranıp aranmadığı bakımından bu üç hukuk sisteminde bir karşılaştırma yapalım. İngiliz hukukunda esas sözleşmeyi teşmil niyeti varsa tahkim sözleşmesinin de o kapsamda teşmil edildiği kabul edilir, ayrıca bir niyetin varlığı aranmaz. Amerikan hukukunda genel olarak münhasıran tahkim anlaşmasının teşmil edilip edilmediğine bakılır. Bu kapsamda tahkim anlaşmasının lafzı incelenir[106]. Ancak *Spear, Leeds & Kellogg* davasında olduğu gibi tahkim şartının kapsamından niyetin varlığına ulaşıldığı durumlarda bağımsızlık prensibinin zayıflatıldığı görülmektedir[107]. Fransız hukukunda ise tahkim şartının bağımsızlığı "sözleşmenin ifasına dâhil olan

---

[103] Farazi örnek için bkz. HOSKING, s. 527.

[104] Örneğin franchise sözleşmesinin doğası gereği franchise veren lehine yapılması (bkz. *Collins* davası) ya da sigortacının sigortalı ile komisyoncu arasındaki ilişkinin yararlananı olması (bkz. *Spear, Leeds &Kellogg davası).*

[105] Ancak talebinin sözleşmeden kaynaklanması şart değildir, sözleşme bağlamında haksız fiil iddiasını da ileri sürebilir, bkz. *Spear, Leeds & Kellogg davası.*

[106] Bkz. *Gilmer, Prudential ve Collins kararları.*

[107] HOSKING, s. 528.

kişiler" in tahkim şartıyla da bağlı olduklarına ilişkin karineden sonra bu bağlamda önemli ölçüde dikkate alınmamaktadır.

Görüldüğü gibi genel itibarıyla üçüncü kişi lehdarın tahkimi belirlenen uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul etmesinin lehdar olmaktan kaynaklanan haklarını kullanabilmesi için bir *yan koşul* olması esası tüm bu hukuklarda benimsenmiştir[108]. Ancak "adaletsizliklerin üstesinden gelme" niyetiyle geliştirilen bu yaklaşım, bu haliyle adaletsiz sonuçlara yol açabilmektedir. Zira bazı hallerde tahkim sözleşmesine taraf olma niyeti bir tarafa, bir tahkim anlaşmasının mevcudiyetinden haberdar dahi olmayan kişiler tahkime gitmeye zorlanmaktadırlar[109]. Bu hem sözleşmenin tarafları açısından, hem de üçüncü kişi açısından böyledir. Sözleşmenin taraflarının tahkim anlaşmasını yaparken sadece sözleşmenin karşı tarafıyla tahkime gideceğini öngörmüş olması son derece normaldir. Onun bu iradesinin aksine sonradan da ortaya çıkabilecek bir "yararlanan" ile tahkim yapmaya zorlanmasının (yukarıdaki farazi örnekte C'nin A' ya taleplerini tahkim yoluyla ileri sürmesi) ne kadar "adaletli" sonuçlar doğuracağı şüphelidir. Aynı şekilde bir sözleşmenin üçüncü kişi lehdarının da tahkim yapmaya zorlanması (Farazi örnekte A' nın C'yi doğrudan tahkimde taraf göstermesi veya C'nin mahkemede dava açması üzerine A'nın tahkim itirazında bulunması), bu kişiyi hükümlerini müzakere etme imkânı bulamadığı, hatta çoğu zaman haberinin dahi olmadığı bir tahkim şartıyla bağlamak da adalet duygusuna zarar vermektedir. Ayrıca bu şekilde bir yaklaşım hukuki öngörülebilirliği de zedelemekte, bir uyuşmazlık çıktığı zaman kime karşı sorumlu olacakları veya kimden hak talep edebilecekleri konusunda tarafların ve üçüncü kişilerin bir belirsizliğe düşmelerine sebep olmaktadır.

"Adalet" argümanından belki de daha kritik olan ise, tahkimin tarafların rızasına dayandığı ve yargılama yetkisinin tahkim sözleşmesine dayandığı düşünüldüğünde, tarafların rızası hilafına yapılan bir teşmilin hukuki dayanağının olmamasıdır. Tarafların esas sözleşmede üçüncü bir kişiyi yararlandırma niyeti bulunsa ve bu üçüncü kişi de bu sözleşmeden doğan haklarını kullansa dahi, bağımsızlık doktrini uyarınca tahkim şartına yönelik ayrıca verilmiş açık bir rıza ya da tereddüde yer olmayacak şekilde verilmiş bir zımni rıza olmadığı sürece tahkim sözleşmesi kurulmuş sayılmaz, dolayısıyla tahkim yargılaması hukuki temelden yoksun kalır. *Zımni rıza* anlamına gelebilecek hareketler, özellikle üçüncü kişi bakımından münhasıran tahkim şartının ifasına yönelik sayılabilecek hareketler (örneğin kendisine tahkim talebi yöneltildiğinde herhangi bir itirazda bulunmadan hakemini seçmesi) olmalıdır. Özellikle tarafların tahkim anlaşması bakımından özel olarak

---

108 HOSKING, s. 529.

109 COURTENEY, s. 590.

"üçüncü kişiyi dışarıda bırakma" niyetlerinin olmadığından yola çıkarak niyetlerinin olduğu sonucuna varmak, yargılama yetkisini tesis açısından kabul edilebilir gözükmemektedir. Bu bağlamda "dürüstlük kuralı" çerçevesinde "tahkim şartıyla bağlı olunmadığı iddiasını ileri sürmekten men edilmek" için de, yine "zımni rıza" anlamına gelecek hareketlerde bulunulması aranmalı, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağından yola çıkarak olmayan bir hak ya da yetki yaratılmamalıdır.

Son olarak, esas sözleşmenin teşmili maddi hukuk kurumlarına istinaden yapılabilirse de, tahkim şartının teşmili için tek başına "üçüncü kişi yararına sözleşme" gibi maddi hukuk kurumları yeterli olmayabilir. Özelde üçüncü kişi lehdarların, genel olarak da üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına dâhil edilmeleri için maddi hukuk kurumlarını kullanmanın yanı sıra, tahkim anlaşmasının usuli niteliği de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda tahkime ilişkin mevzuata "tahkim yargılamasına üçüncü kişilerin dâhil edilmesi ve davaların birleştirilmesi" ne yönelik net hükümlerin konulması, hatta bu konuda UNCITRAL Model Kanunu gibi uluslararası örnek bir metin oluşturulması gerekmektedir. Bu hükümler konulurken hem maddi hukuk kurumlarının gerekleri (hakkın kötüye kullanılması yasağı gibi), hem tahkim yargılamasının hız, gizlilik gibi "özel" nitelikleri, hem de "adalete uygun sonuçlara varılması" amacı gözetilmelidir. Böylece somut olay adaletini sağlamak için hakem heyetlerinin ucu açık prensiplere dayanmaları gerekmeyecek, üçüncü bir kişiyi tahkim yargılamasına dâhil etmek için hangi şartların oluşması gerektiği herkesçe bilinecektir.

Kaynakça

Kitap ve Makaleler

AKINCI, Ziya *Milletlerarası Tahkim*, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2007

BAMFORTH, Richard, TYMCZYSZYN OLSWANG, Irina, VAN FLEET, Altan and CORRERO, A Mark, *Joining Non- Signatories to Arbitration: Recent Developments*, 3 In-House Persp. 17 2007

BORN, Gary Brian, *International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, Vol. I, 2009*

COURTNEY, Tae, *Binding Non- Signatories to International Arbitration Agreements: Raising Fundamental Concerns In The United States And Abroad,* 8 Richmond Journal of Global Law & Business 581, 2008-2009

ÇAVUŞOĞLU, Ahmet Erdinç, *Telekomünikasyon Hizmetlerine İlişkin İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim,* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Doktora Tezi, 2007

DALY, Michael P. *Come One, Come All: The New and Developing World of Nonsignatory Arbitration and Class Arbitration,* 62 University of Miami Law Review., 2007.

EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler,* Beta Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2008

ESEN, Emre, *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili,* Beta Yayınları, İstanbul 2008,

GAFFNEY, John P., *The Group Of Companies Doctrine And The Law Applicable To The Arbitration Agreement,* Mealey's International Arbitration Report, Vol. 19, 2004

HALL, Robert M., *Third Party Beneficiary: Binding Nonsignatories To Arbitration Clauses in Reinsurance Contracts,* Reinsurance Vol. 1 No. 1, 2008

HOSKING, James M. *The Third Party Non Signatory's Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent,* 4 Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, 2003-2004

LAMM, Carolyn and AQUA, Jocelyn, *Defining The Party: Who is a Proper Party in an International Arbitration Before the American Arbitration Association and Other International Institutions,,* 34 George Washington International Law Review, Vol. 34, 2003

Mc SHERRY, William Jr., *Arbitrating By and Against Parties Who Have Not Signed an Arbitration Agreement,* Metropolitan Corp. Counsel., at 4, 2005

OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler,* Vedat Kitapçılık, Sekizinci Baskı, İstanbul 2010

REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, BLACKBY Nigel and PARTASIDES, Constantine , *Law and Practice of International Commercial Arbitration,* Thomson Sweet &Maxwell, Fourth Edition

REILLY, Kirk W. *Franchisors as Third Party Beneficiaries of Master Franchise Agreements- A Matter of Intent,* 26 Franchise L.J. 2007

SENTNER, James J. Jr, *Who is Bound By Arbitration Agreements? Enforcement By and Against Non Signatories*, 6 Bus. L. Int'l 55 2005

ŞANLI, Cemal *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Çözüm Yolları*, Beta Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2005

WILLIAMS, Dwayne, *Binding Nonsignatories to Arbitration Agreements,* 25 Franchise L.J., 2006

Davalar

THOMSON-CSF, S.A. v. American Arbitration Association, 64 F.3d 773, (Çevrimiçi) http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F3/64/64.F3d.773.94-9118.1565.html 25.11.2011

Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Company, (Çevrimiçi) http://finduslaw.com/gilmer_v_interstate_johnson_lane_corporation_1991_500_us_20_111_s_ct_1647 25.11.2011

Prudential Insurance Company of America Sales Practice Litigation All Agents v. The Prudential Insurance Company of America (Çevrimiçi) http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F3/133/133.F3d.225.96-5329.html 25.11.2011

Spear, Leeds&Kellogg v. Central Life Assurance Co. 85 F.3d 21 (2nd Circuit 1996) (Çevrimiçi) http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F3/85/85.F3d.21.95-7372.331.html 25.11.2011

Collins v. International Dairy Queen, Inc. 2F. Supp. 2d 1465 (MD Ga. 1998) (Çevrimiçi) http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmldoc=199814672FSupp2d1465_11295.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006 25.11.2011

AT & T Technologies, Inc. v. Communications Workers, 89 L.Ed.2d 648 (1986)

(Çevrimiçi) http://ftp.resource.org/courts.gov/c/US/475/475.US.643.84-1913.html 25.11.2011

Recold SA de CV v. Monfort of Colorado Inc. 893 F.2d 195 *(Çevrimiçi)* http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F2/893/893.F2d.195.89-1146.html 25.11.2011

Deloitte Noraudit A/S v.Deloitte Hasıins & Sells, U.S., 9 F.3d 1060 (Çevrimiçi) http://openjurist.org/9/f3d/1060/deloitte-noraudit-as-v-deloitte-haskins-and-sells-us-j-and-and-j 25.11.2011

Mc Bro Planning&Dev. Co. v. Triangle Electrical Construction Company, Inc., 741 F.2d 342. (Çevrimiçi) http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F2/741/741.F2d.342.83-7034.html 25.11.2011

Sunkist Soft Drinks, Inc., Del Monte Corporation, Nabisco Brands, Inc. v. Sunkist Growers, Inc,, 10 F.3d 753 (Çevrimiçi) http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F3/10/10.F3d.753.91-9153.html 25.11.2011

American Bureau Of Shipping, v.Tencara Shipyard S.P.A., 170 F.3d 349, (Çevrimiçi) http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/170/170.F3d.349.98-7893.98-7823.html 25.11.2011

International Paper Company v. Schwabedissen Maschinen & Anlagen Gmbh 206 F. 3d 411 (Çevrimiçi) http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F3/206/206.F3d.411.-93-2727-9-8.98-2482.html 25.11.2011

Milletlerarası Kurumsal Tahkimde Ticari Adet ve Teamüllerin Esasa Uygulanması

*Tolga AYOĞLU**

Giriş

Türk- İsviçre hukukundan farklı olarak, uluslararası ticaret hukukunda, ticari adet ve teamüller tali hukuk kaynağı konumunda kabul edilmezler; milli hukuk sistemlerine nazaran daha etkin bir rol üstlenmişlerdir. Bu etkin ve önemli rolün iki farklı görünümü bulunduğu söylenebilir. Bunlardan ilki, ticari adet ve teamüllerin, *common law* ekolüne hâkim olan "örtülü hükümler" ("*implied terms*") teorisi çerçevesinde, *taraflar arasındaki sözleşmenin parçası olarak kabul edilmeleridir*. İkincisi ise, hakemlerin, uyuşmazlığa uygulanacak maddi hükümler ile birlikte, *ticari adet ve teamülleri de mutlaka göz önünde bulundurmaları* zorunluluğunu öngören uluslararası tahkim düzenlemeleridir.

Bu çalışmanın yanıtlamaya çalışacağı soru, kurumsal tahkim tüzüklerinde yer alan ve ticari adet- teamüllerin her halükarda hakemlerce göz önünde bulundurulmaları gerektiğini öngören hükümlerin; taraflar arasındaki tahkim sözleşmesinde (ya da klozunda) söz konusu kurumsal tahkim tüzüklerine atıfta bulunulduğu göz önüne alındığında, ticari adet ve teamüllerin sözleşme içeriğine dâhil kabul edilmesi konusunda taraflarca yapılmış bir anlaşma olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Başka bir anlatımla, tarafların, söz konusu kurumsal tahkim tüzüklerine atıfta bulunmak suretiyle, esasa uygulanacak milli hukuk sisteminin ticari adet ve teamüllere tanıdığı statüden bağımsız olarak, kendi iradeleri ile ilgili sektördeki ticari adet ve teamülleri sözleşmenin bir parçası haline getirmiş sayılıp sayılamayacakları tartışılacaktır. Üzerinde durduğumuz ihtimali bir örnekle açıklayacak olursak; tarafların, aralarında yaptıkları sözleşmede, esasa uygulanmak üzere Türk hukukunu seçtiklerini ve tahkim anlaşmasında ICC Tahkim Tüzüğü'ne atıfta bulundukları varsayalım. Türk hukukuna göre, ticari örf ve adetler

* Dr. iur., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

ikincil (tali) hukuk kaynağı konumundadır. Buna karşılık, ICC Tahkim Tüzüğü'nün md. 17 (2) hükmü, her halükarda taraflar arasındaki sözleşme hükümleri ile ticari adetlerin hakemler tarafından göz önünde bulundurulması gerektiğini öngörmektedir. Yanıt aradığımız soru şudur: Taraflar, ICC Tahkim Tüzüğü'ne atıfta bulunduklarına ve ICC Tahkim Tüzüğü'nün md. 17 (2) hükmü, *her halükarda* taraflar arasındaki sözleşme hükümleri ile ticari adetlerin hakemler tarafından *göz önünde bulundurulması* gerektiğini öngördüğüne göre; tarafların, bu tüzüğe atıfta bulunmak suretiyle, ilgili sektördeki ticari adet ve teamülleri sözleşmelerine "*incorporation*" yoluyla dâhil ettikleri, yani kendi aralarındaki sözleşmenin bir parçası haline getirdikleri söylenebilir mi?

Bu soruyu yanıtlamak amacıyla; öncelikle Türk- İsviçre hukukunda ticari örf ve adete tanınan ikincil hukuk kaynağı rolü incelenecek, ardından uluslararası ticaret hukukuna ve lex mercatoria teorisine göre ticari adet ve teamül kavramları ile bu kavramların milli hukuk sistemlerine nazaran farklılık arz eden işlevleri inceleme konusu yapılacak, daha sonra ise kurumsal tahkim tüzükleri de dâhil olmak üzere uluslararası tahkim mevzuatında yer alan ve ticari adet- teamüllerin hakemlerce her halükarda göz önünde bulundurulmasını öngören düzenlemeler ortaya konulacaktır. Son olarak ise, çalışmanın incelediği temel sorunsal olarak, tahkim sözleşmesinde kurumsal tahkim tüzüklerine atıfta bulunan tarafların, esasa uygulanacak milli hukuk sisteminin ticari adet ve teamüllere tanıdığı statüden bağımsız olarak, kendi iradeleri ile ilgili sektördeki ticari adet ve teamülleri sözleşmenin bir parçası haline getirmiş sayılıp sayılamayacakları konusundaki görüşümüz açıklanacaktır.

I- Türk Hukukunda Ticari Adet ve Teamüllerin Normatif Karakteri

Medeni Kanun'un md. 1/II hükmüne göre, hâkim, ancak kanunda hüküm bulunmadığı takdirde örf ve adet hukukuna göre, o dahi yoksa kendisi kanun koyucu olsa idi nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. TTK'nın md. 1/II hükmüne göre ise, mahkeme, hakkında ticari bir hüküm bulunmayan işlerde öncelikle *ticari örf ve âdete*, bu dahi yoksa umumi hükümlere göre karar verecektir. Buna göre, örf ve adet, ancak kanunda boşluk bulunduğu hallerde başvurulabilen ikincil (tali) hukuk kaynağı konumundadır[1].

---

[1] Türk hukukunda ticari örf, adet ve teamüllerin normatif değeri hakkında kapsamlı inceleme için bkz. Erol Ulusoy, Ticari Örf ve Adet Hukuku, İstanbul 2001, s. 77 vd. Ayrıca bkz. Hüseyin Ülgen, (Ömer Teoman/ Mehmet Helvacı/ Abuzer Kendigelen/ Arslan Kaya/ N. Füsun Nomer Ertan); Ticari İşletme Hukuku, Üçüncü (Tıpkı) Bası, İstanbul 2009, s. 97 no. 301 vd.; Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Onüçüncü Baskı, Ankara 2009, s. 90 vd.; Reha Poroy/ Hamdi Yasaman,

Ticari örf ve adetler, tacirler arasındaki ilişkilerde, ilişkinin tarafı olan tacirler tarafından bu örf ve adetlerin bilinip bilinmedikleri ayrıca araştırılmaksızın, mutlak uygulanırlar. Zira tacirlerden, kendi faaliyet alanları ile ilgili ticari örf ve adetleri bilmeleri beklenir. Buna karşılık, tacir olmayan kimseler hakkında uygulanabilmeleri, ancak onlar tarafından bilindikleri ya da bilinmelerinin gerektiği hallerde mümkündür (bkz. TTK md. 2/III)[2]. MK md. 6 hükmü gereğince, tacir olmayan tarafın ilgili ticari örf veya âdeti bildiğini ya da bilmesi gerektiğini ispat yükü davacıya düşer[3]. Teamüller ise, aksine bir kanun hükmü bulunmadığı takdirde, ticari örf ve adet mertebesine ulaşmadıkları sürece hükme esas alınamazlar; ancak taraf iradelerinin yorumlanmasında dikkate alınabilirler (TTK md. 2/I). 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Yeni TTK'nda da ticari örf, adet ve teamüller yönünden aynı hukuki rejimin muhafaza edildiği görülmektedir [bkz. md.1 (2) ve md. 2 (1)].

Mehaz İsviçre sistemi ile birlikte Fransız hukukunda da örf ve âdet ikincil (tali) hukuk kaynağı konumunda bulunmaktadır[4].

II- Uluslararası Ticaret Hukukunda Ticari Adet ve Teamüllerin Esasa Uygulanması

Uluslararası ticaret hukukunda, ticari adet ve teamüller ikincil (tali) hukuk kaynağı konumunda görülmezler[5]; çok daha önemli ve etkin bir işleve sahip kılınmışlardır. Gerçekten, ticari adet ve teamüller, uluslararası sözleşmeler hukukunun temel prensipleri ile birlikte, lex mercatoria'nın[6] sert

---

Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 13. Bası, İstanbul 2010, s. 104 no. 133 vd.; Sami Karahan, Ticari İşletme Hukuku, 18. Tıpkı Basım, 2009, s. 61 vd.; Rıza Ayhan/ Hayrettin Çağlar/ Mehmet Özdamar, Ticari İşletme Hukuku, Genel Esaslar, 2. Baskı, Ankara 2010, s. 28 vd.; Mehmet Bahtiyar, Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, İstanbul 2010, s. 56-57.

2 Ülgen, Ticari İşletme Hukuku, s. 98 no. 308.

3 Arkan, s. 92.

4 Jean-Pierre Sortais, Réflexions sur la Place de la Coutume en Droit Français et Suisse, in: Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit, Genève 2002, s. 311.

5 Türkay Özdemir/Ramazan Durgut, Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre Lex Mercatoria'nın Esasa Uygulanacak Hukuk Olması, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008, s. 471; Nagehan Kırkbeşoğlu, Milletlerarası Ticarette Hakemlerin Lex Mercatoria'yı Uygulamasından Kaynaklanan Sorunlar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIV, S. 1, 2006, s. 277.

6 "Lex mercatoria" kavramı, çalışmamızda, uluslararası ticaret hukukunun ticari sözleşmelere ilişkin bölümünü ifade etmek üzere kullanılmıştır. Lex mercatoria'nın kaynakları arasında; uluslararası sözleşmeler hukukunun genel prensiplerinin, ticari adet ve teamüllerin, model kanunlar ile CISG gibi konvansiyonlarda öngörülen anasyonel (milli hukuk sistemlerinden bağımsız) maddi hüküm ve düzenle-

çekirdeğini ("*noyau dur*") oluşturmaktadırlar. Hatta bu iki kategorinin lex mercatoria'nın temel yapı taşlarını oluşturduğunu söylemek yanlış olmaz[7]. Bu itibarla, ticari adet ve teamüller, uluslararası ticarette milli hukuk sistemlerine nazaran daha etkin bir rol üstlenmişlerdir. Bu etkin ve önemli rolün iki farklı görünümü bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ticari adet ve

melerin, Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri gibi sözleşmeler hukukunun genel prensiplerini bir araya toplayan derleme ("*restatement*") metinlerinin, "Incoterms" gibi uluslararası ticarette kullanılan yeknesak kuralların, standart sözleşme ve klozlar ile davranış kodları ve hakem kararlarının yer aldığı kabul edilmektedir. Uluslararası ticaret hukukunun temel tartışma konularından birini, belki de en değerlisini oluşturan lex mercatoria teorisinin temelinde yatan görüşler, uluslararası ticari ihtilaflarda lex mercatoria'nın esasa uygulanma modaliteleri, uluslararası tahkim mevzuatı ve uygulamasına lex mercatoria teorisinin etkisi ve lex mercatoria'nın kaynakları hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Tolga Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet- Teamüller Olarak Lex Mercatoria, İstanbul 2010, s. 7 vd. Kısaca özetlemek gerekirse, lex mercatoria teorisini açıklayan üç temel görüş mevcuttur. ***Goldman*** lex mercatoria'yı milli hukuk sistemlerinin dışında ve onlardan bağımsız, müstakil bir hukuk sistemi olarak görmektedir. ***Schmitthoff*** ise, lex mercatoria'yı uluslararası ticarete özgü maddi kurallar bütünü olarak tanımlamakta ve onu oluşturan kuralların, milli hukuk sistemlerinin desteğiyle, bu sistemlerin bir parçası sıfatıyla uyuşmazlığa uygulanmaları gerektiğini savunmaktadır. Daha yakın tarihlerde ortaya atılmış olan karma görüş ise, bağımsız bir hukuk sistemi teşkil etmeseler de, bağımsız bir hukuk düzeni gibi ihtilafın esasına uygulanabilen, milli hukuk sistemlerinin dışında kalan, bağlayıcı güçlerini milli hukuk sistemlerinden değil doğrudan doğruya uluslararası planda gördükleri genel kabulden alan, milletlerarası ticarete özgü maddi norm ve kurallar bütününden söz etmek suretiyle bir anlamda ***Goldman*** ve ***Schmitthoff***'un görüşlerini birleştirmektedir (***Goldman*** ve ***Schmitthoff***'un görüşleri ile karma görüş hakkında hakkında ayrıntılı inceleme ve değerlendirme için bkz. Ayoğlu, s. 29-56). Bu çalışmanın yazarı, lex mercatoria'nın hukuki niteliği yönünden karma görüşe iştirak etmektedir. İştirak ettiğimiz karma görüşün ***Schmitthoff***'un yaklaşımından farkı; lex mercatoria'yı oluşturan anasyonel maddi kuralları (lex mercatoria'nın kaynaklarını) milli hukuk sistemlerinin tamamen dışında görmesi, milli hukuk sistemlerinin desteğini aramaksızın, salt uluslararası planda gördükleri genel kabul nedeniyle bağlayıcı addetmesi ve uluslararası sözleşmelerden doğabilecek ihtilafların esasına, doğrudan doğruya (kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmaksızın) uygulanabileceklerini kabul etmesidir. Karma görüş esas alındığı takdirde, lex mercatoria'nın; uluslararası ticaret camiası tarafından uluslararası ticari işlemlere uygulanmak üzere geliştirilen, uygulamada yaygın olarak kabul gören maddi hükümler ile ticari adet ve teamüllerden oluşan bir kurallar bütünü ("kurallar topluluğu"- "*principia mercatoria*") olarak tanımlanması daha yerinde olacaktır (Ayoğlu, s. 76).

7 Aleksandar Goldstajn, Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention, Petar Sarcevic & Paul Volken eds., International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures, Oceana 1986, s. 96; Charalambos Pamboukis, The Concept and Function of Usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods, Journal of Law and Commerce, Vol. 25, 2005- 2006, s. 107.

teamüllerin, *common law* ekolüne hâkim olan "örtülü hükümler" ("*implied terms*") teorisi çerçevesinde, *taraflar arasındaki sözleşmenin parçası olarak kabul edilmeleridir*. İkincisi ise, hakemlerin, uyuşmazlığa uygulanacak maddi hükümler ile birlikte *ticari adet ve teamülleri mutlaka göz önünde bulundurmaları* zorunluluğunu öngören uluslararası tahkim düzenlemeleridir.

III- Uluslararası Ticaret Hukukunda "Ticari Adet" ve "Teamül" Kavramları

Uluslararası ticarette, "*ticari örf ve adet*" kavramlarını eksen alan milli hukuk sistemlerinden farklı olarak, *ticari adet ve teamüllerden* söz edildiği vurgulanmalıdır. Gerçekten, gerek CISG'nin[8] konuya ilişkin 9. maddesinde, gerek Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri'nin[9] md. 1.9 hükmünde, gerek Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri'nin md. 1:105 hükmünde "adet" ("*usage*") ve "teamül"lerden ("*practice*") bahsedilmekte, "örf" ("*custom*") kavramına ise yer verilmemektedir. Bilindiği üzere, örf ve adet kavramlarını birbirinden ayıran en önemli özellik, toplumda örf kuralına uymanın zorunlu bulunduğu yönündeki yaygın inançtır (manevi unsur- "*opinio juris sive necessitatis*" ya da kısaca "*opinio juris*")[10]. Ticari işlemlerde sözleşme serbestisi ilkesi temel ilke konumunda olduğundan, belirli bir davranış biçiminin, uyulmasının zorunlu addedilmesine yol açacak ölçüde yaygın bir inançla benimsenmesi ve dolayısıyla "örf" statüsüne ulaşabilmesi pek mümkün değildir. Bunun yerine, belirli bir ticaret dalında, belirli bir süredir yerleşik olarak uygulanan adet ya da itiyad haline gelmiş uygulama, alışkanlık ve davranış kurallarından bahsetmek daha doğrudur[11]. Bu itibarla, uluslararası ticaret

---

8 11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Menkul Mal Satımları Hakkında Viyana Konvansiyonu ("United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods").

9 2004 tarihli versiyon kastedilmektedir.

10 Goldstajn, s. 99.

11 "Örf" ve "adet" kavramlarının teknik hukuk açısından etkileri de birbirlerinden farklıdır. Örf kurallarının uygulanması için tarafların bu örfü bilmeleri ya da uygulanmasına rıza göstermeleri aranmaz. Buna karşılık, uluslararası ticarette adetler tali normlar olarak değil, "*incorporation*" yoluyla sözleşme hükmü olarak uygulandıklarından, uygulanabilmeleri için tarafların bu âdeti bilmeleri ya da bilebilecek durumda olmaları zorunludur. Bu nedenle, örfler tali bir hukuk kaynağı konumunda iken, ticari adetler sözleşme içeriğini ("*contract construction*") ilgilendiren davranış kalıplarıdır (Filip De Ly, International Business Law and Lex Mercatoria, North Holland 1992, s. 151). Ayrıca, milli hukuk sistemlerinde bir kuralın örf niteliğini kazanabilmesi için uzun süre boyunca tekrarlanmış bir davranış kalıbı oluşturması aranırken; uluslararası ticarette, ticari yaşamdaki hızlı gelişmeler ve değişiklikler nedeniyle bir uygulamanın adet haline gelmesi için geçmesi gereken süre çok daha kısa olmaktadır (De Ly, s. 148 no. 225 dpn. 94).

hukukunda "ticari örf ve adetlerden" değil, "ticari adet ve teamül" kavramlarından bahsetmek daha yerinde olacaktır[12].

Belirli bir ticaret dalında adet ya da alışkanlık haline gelmiş bu tür davranış biçimleri, ICC gibi genel ya da ilgili sektöre özel uluslararası organizasyonlar tarafından kodifiye edilerek yeknesak kurallar haline getirilmiş olabilirler ("*codified trade usages*")[13]. Ancak bu zorunlu değildir. Her sektörün, kendine özgü, yerleşik olarak uygulama alanı bulan kodifiye edilmemiş ticari adet ve teamülleri de mevcut olabilir ("*uncodified trade usages*")[14]. Kodifiye edilmiş ticari adetlerin varlığını ispat konusunda bir zorluk yaşanmazken, kodifiye edilmemiş adetler açısından aynı şey söylenemeyecektir. Zira ticari adetler bakımından "hâkim hukuku re'sen uygular" ("*iura novit curia*") kuralı geçerli değildir[15]. Dolayısıyla, bir ticari âdetin varlığını iddia eden taraf, bu iddiasını ispatla mükelleftir[16]. Tahkim uygulamasında, ticari âdetin mevcudiyetinin bir kod ile tespit edilmiş olmadığı hallerde, bu ispat genellikle uzman tanıklardan ("*expert witnesses*") yararlanılarak yapılmaktadır[17]. Ayrıca söz konusu ticari âdetin varlığını tespit

---

[12] Jan H. Dalhuisen, The Uniform International Sales Law, in: Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law, 2007, s. 416-417.

[13] Clive M. Schmitthoff, Interpretation and Application of International Trade Usages, ICC Pub. No. 374, Paris 1981, s. 25 ve 31-34. Örneğin, Incoterms uluslararası satımlara ilişkin kodifiye edilmiş ticari adetlere örnek olarak gösterilebilir. Incoterms ("*International Commercial Terms*"), uluslararası satım işlemlerinde yaygın olarak kullanılan ticari terimlerin anlamlarının belirlenmesi amacıyla ICC tarafından yayımlanan yeknesak kurallar olarak tanımlanabilir. Incoterms sayesinde, uluslararası ticarette sıklıkla kullanılan terimlere milli hukuk sistemleri tarafından farklı anlamlar verilmesi sonucunda ortaya çıkabilecek sorunların en aza indirilmesi amaçlanmaktadır. ICC, ilk olarak 1936 yılında Incoterms'i yayımlamıştır. Incoterms, giderek gelişen uluslararası ticaretin ihtiyaçları doğrultusunda 1953, 1967, 1976, 1980, 1990 ve 2000 yıllarında yeni versiyonlar ile güncellenmiş ve son olarak, 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe giren 2010 versiyonu yayımlanmıştır. Incoterms 2010, ICC'nin 715 sayılı yayınıdır.

[14] Maden ve kimyasal madde satımlarında yükün miktarına, malın kalitesine ve fire payına göre fiyatın revize edilmesi, donmuş gıda ürünlerinde ise muayene süresinin kısa olması gibi sektörel adetler bu tür kodifiye edilmemiş ticari adet ve teamüllere örnek olarak gösterilebilirler (Pamboukis, s. 123).

[15] Goldstajn, s. 99. Türk hukukunda ise uyuşmazlığa uygulanabilecek bir ticari örf ve adetin mevcut olup olmadığı mahkeme tarafından re'sen araştırılmak durumundadır (Ulusoy, s. 64; Ülgen, Ticari İşletme Hukuku, s. 97 no. 305; Arkan, s. 90). Hakim, belirli bir konudaki örf ve adet kuralını öğrenmek için, ilgili meselenin niteliğine göre ticaret ve sanayi odasına, ticaret odasına, sanayi odasına veya deniz ticaret odasına müracaat eder (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku, s. 97 no. 305) ve bunlardan gelen yanıt ile bağlı kabul edilir (Poroy/Yasaman, s. 105-106 no. 135).

[16] Pamboukis, s. 124-125.

[17] Goldstajn, s. 99.

eden önceki tarihli yayımlanmış hakem kararlarından faydalanılması da imkân dâhilindedir[18].

IV- Ticari Adet ve Teamüllerin Taraflar Arasındaki Sözleşmenin Parçası Olarak Kabul Edilmeleri

Ticari adet ve teamüllerin taraflar arasındaki sözleşmenin parçası olarak kabul edilmeleri, yukarıda da belirtildiği üzere Anglosakson ekolü kökenli "örtülü hükümler" ("*implied terms*") teorisine dayanmaktadır[19]. Bu teori çerçevesinde, ilgili sektörde geçerli olup taraflarca bilinen ya da bilinmesi gereken adet ve teamüller, sözleşme metninde özel olarak belirtilmelerine gerek bulunmaksızın sözleşmenin içeriğine dâhil kabul edilirler. Zira karine olarak, tarafların ilgili sektörde herkes açısından geçerli olan adet ve teamüllerin uygulanmasına rıza gösterecekleri varsayılır[20]. Bu yaklaşımın doğal sonucu, ticari adet ve teamüllerin, "*sözleşme hükmü statüsünde*", sözleşmenin tabi olduğu hukuk sisteminin yedek hükümlerine (emredici nitelikte olmayan kanun hükümlerine) nazaran öncelikli olarak uygulanmalarıdır. Uluslararası ticaret hukukuna ve lex mercatoria teorisine egemen olan bu yaklaşımın yansımaları uluslararası düzenlemelerde açıkça görülmektedir.

Gerçekten, CISG'nin 9. maddesi bu tablonun güzel bir örneğini oluşturmaktadır. Söz konusu hükmün ilk fıkrasına göre, taraflar, sözleşmeye uygulanmasını kararlaştırdıkları âdetler ve aralarında geliştirdikleri yerleşik uygulamalar ile bağlı kabul edilirler [md. 9 (1)]. Hükmün ikinci fıkrasına göre ise, taraflarca bilinen ya da bilinmesi gereken[21], ilgili sektörde yaygın

---

[18] Jan Paulsson, La Lex Mercatoria dans L'arbitrage C.C.I. , Revue de l'arbitrage, 1990, s. 76.

[19] De Ly, s. 136 no. 205; Yeşim Atamer, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005, s. 77.

[20] Antoine Kassis, Théorie générale des usages de commerce, Paris 1984, s. 125 ve 133. Uluslararası ticarete katılan aktörler, sözleşmede aksini belirtmedikleri sürece ticari adet ve teamüllerin uygulanmasını kabul etmiş sayılırlar (Musa Aygül, Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2004, C. 12, S. 3- 4, s. 67). Dolayısıyla, şayet taraflar ilgili sektörde herkes bakımından geçerli olan adet ve teamüllerin uygulanmasını istemiyorlarsa, aralarındaki sözleşmede bu adet ve teamüllerin aksini kararlaştırmaları ya da bunların uygulanmayacağını açıkça belirtmeleri gerekir. Söz konusu teoriye göre, örtülü bir hükmün ("*implied term*") sözleşmenin açık hükmüne ("*express term*") aykırı olabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, tarafların aralarındaki sözleşmede ilgili sektörde geçerli olan adet ve teamüllerin aksini kararlaştırmaları halinde, bu adet ve teamüller etkilerini yitireceklerdir.

[21] "Taraflarca bilinen ya da bilinmesi gereken" ifadesi, gelişmekte olan ülkelerden gelen tacirleri, gelişmiş ekonomilere özgü olup kendilerince bilinmesi mümkün

olarak tanınan[22] ve istikrarlı olarak gözlemlenen adetler, taraflar arasındaki sözleşmenin parçası olarak kabul edilirler [md. 9 (2)][23].

Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri'nin md. 1.9 hükmünün ilk fıkrası da aynı doğrultudadır. Hükmün ilk fıkrasında, tarafların sözleşmeye uygulanmasını kararlaştırdıkları âdetler ve aralarında geliştirdikleri yerleşik uygulamalar[24] ile bağlı bulundukları [md. 1.9 (1)] öngörülmektedir. İkinci fıkra ise, uluslararası ticarette ilgili sektörde yaygın olarak bilinen ve istikrarlı olarak gözlemlenen âdetlerin[25], bu âdetlerin uygulanması makul olmayan sonuçlara yol açmadığı sürece, taraflar açısından bağlayıcı olacaklarını

---

olmayan adet ve teamüllere karşı korumak için bilinçli olarak tercih edilmiştir (Pamboukis, s. 118; Arthur S. Hartkamp, The Unidroit Principles for International Commercial Contracts and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in: Comparability and evaluation: essays on comparative law, private international law and international commercial arbitration, The Hague 1994, s. 88). "Bilinmesi gereken" ifadesi ise, ilgili ticari âdetin, uluslararası ticarette, ilgili sektördeki yaygın kullanımı nedeniyle taraflarca bilinmesi gerektiği yönündeki faraziyeyi ifade etmektedir (Pamboukis, s. 118).

22 İlgili sektörde yaygın olarak bilinme ifadesi, çoğunluk tarafından bilinme ve kabul edilme şeklinde anlaşılmamalıdır. Zira böyle bir yaklaşımın kabulü yeni adetlerin gelişmesini engellerdi [Patrick X. Bout, Trade Usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, (http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html)].Uluslararası ticarette aktörlerinin çoğunluğu tarafından bilinmemelerine karşın, belirli bir coğrafi bölgeye özgü olan ve ancak bu bölge ile iş yapan tacirler tarafından bilinen adetler de bu kapsamda kabul edilebilirler (Goldstajn, s. 99). Belirli bir coğrafi bölgeye özgü bir adetin uluslararası bir adetle zıt çözümü benimsemesi halinde; her iki adetin de devre dışı kalacağını savunan görüşler olduğu gibi, yerel adete üstünlük tanınması gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur (bu tartışma için bkz. Bout, Trade Usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods).

23 Dolayısıyla, ticari adet ve teamüller CISG md. 9 (2) hükmü anlamında sözleşme içeriğine dâhil kabul edildiklerinden, Konvansiyon hükümlerine nazaran öncelikli olarak uygulanacaklardır (Goldstajn, s. 98). Uygulanması söz konusu olan ticari âdetin geçerliliği ise, sözleşmeye uygulanan milli hukuk sistemine tabidir [bkz. CISG md. 4 (a)].

24 Taraflar arasında daha önceden yapılmış bir uygulamanın yerleşik uygulama haline gelip gelmediğini tespit için somut olayın şartlarına bakılmalıdır. Ancak belirli bir uygulamanın daha önce yalnızca tek bir işlemde benimsenmiş olması, kural olarak bu uygulamanın yerleşik hale geldiği anlamına gelmez (Unidroit İlkeleri Art. 1.9 Comment 2).

25 Bu adetler, uluslararası ticaret işlemlerinde gözlemlenmeleri kaydıyla, dünya çapında geçerli olmayan, belirli bir bölgeye özgü yerel âdetler de olabilirler. Örneğin, aynı ülke ile sürekli olarak iş yapan bir yabancı işadamı açısından, anılan ülkede o tür işlemler için geçerli bulunan ticari âdetlerin bağlayıcı oldukları ileri sürülebilir.

ifade etmektedir [md. 1.9. (2)][26]. Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri'nin md. 1:105 hükmünün de aynı doğrultuda olduğu vurgulanmalıdır[27].

Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde şu tablo ortaya çıkmaktadır: Uluslararası sözleşmeler hukukunda, lex mercatoria teorisi çerçevesinde, tarafların aralarındaki sözleşmede açıkça atıfta bulundukları (uygulanacağını açıkça kararlaştırdıkları) ticari adetler ile birlikte; sözleşmede kendilerine özel olarak atıfta bulunulmuş olmasa dahi, ilgili sektörde yaygın olarak bilinen ve istikrarlı olarak gözlemlenen ticari adetler de sözleşmenin parçası olarak kabul edilirler. Tarafların aralarında geliştirdikleri yerleşik uygulamalar da aynı hukuki etkiye sahiptirler[28]. Şu halde, ticari adet ve teamüller ile taraflar arasındaki yerleşik uygulamaların, sözleşmenin doğal bir parçası, yazılı olmayan hükümleri olarak tanımlanabilmeleri mümkündür. Dolayısıyla, lex mercatoria teorisine göre uluslararası ticari sözleşmelerde ticari adet ve teamüller "sözleşme hükmü statüsünde", sözleşmenin tabi olduğu hukuk sisteminin emredici nitelikte olmayan kanun hükümlerine nazaran öncelikli olarak uygulama alanı bulacaklardır. Bu yaklaşımın, teknik açıdan, ticari örf ve âdetleri sadece hakkında ticari hüküm bulunmayan işlerde ikincil (tali) hukuk kaynağı olarak gören ve teamüllerin hükme esas alınamayacakları, ancak taraf iradelerinin yorumlanmasında göz önünde bulundurulabilecekleri esasını benimseyen Türk hukukundan ciddi biçimde farklı olduğu açıktır[29]. Başka bir anlatımla, milli hukuk sistemlerinin örf ve âdeti ikincil (tali) hukuk kaynağı olarak gören normatif yaklaşımları karşısında; lex mercatoria'nın ticari adet ve teamülleri sözleşmenin doğal yapı taşı ve

---

[26] Dikkat edilecek olursa, Unidroit İlkeleri, CISG'den farklı olarak, ilgili âdetin taraflarca bilinmesi ya da bilinmesinin gerekmesi kriterini aramamaktadır (Pamboukis, s. 130 dpn. 105). Çünkü sözleşmenin taraflarını esas alan sübjektif bakış açısı yerine, sözleşmenin parçası olarak kabul edilecek âdetin uygulanmasının somut olayda makul olmayan sonuçlara yol açmaması şeklindeki objektif kriteri esas almaktadır (Klaus Peter Berger, The Creeping Codification of the Lex Mercatoria, The Hague- London- Boston, 1999, s. 170).

[27] Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri'nin md. 1:105 hükmünün ilk fıkrası, tarafların, sözleşmeye uygulanmasını kararlaştırdıkları âdetler ve aralarında geliştirdikleri yerleşik uygulamalar ile bağlı olduklarını ifade etmektedir [md. 1:105 (1)]. Hükmün ikinci fıkrası ise, sözleşmenin tarafları ile aynı konumda bulunan üçüncü kişilerin uygulanmasını makul karşılayacakları adetlerin taraflar bakımından bağlayıcı sayılacağını öngörmektedir.

[28] Tarafların aralarında geliştirdikleri uygulamalar ile bağlı olmaları, çelişkili davranış yasağı ("*non concedit venire contra factum proprium*") ilkesinin doğal bir yansımasıdır (Atamer, s. 78).

[29] Zira Türk hukukunda ticari adet ve teamüller ile yedek hukuk kurallarının çatışması halinde yedek hukuk kuralı uygulanırken, uluslararası ticaret hukukunda, lex mercatoria teorisine göre, ticari adet ve teamüller sözleşmeyi yöneten milli hukuk sisteminin yedek hukuk kurallarının önüne geçerek uygulanacaklardır (Atamer, s. 77 dpn. 41).

parçası olarak gören modern bakış açısı son derece önemli bir yaklaşım farkı oluşturmaktadır.

Ticari adet ve teamülleri sözleşmenin doğal parçası olarak kabul eden bu yaklaşımın, ticari hakkaniyete ("*l'aequitas mercatoria*") ulaşmak bakımından avantaj sağladığı[30], milli hukuk sistemleri arasındaki farklılıkları araştırma masraflarından tasarruf sağlayarak ek maliyet getirmeden adil bir sözleşme içeriğine ulaşma imkânı yarattığı[31], dolayısıyla son derece doğru ve makul bir sistem oluşturduğu ifade edilebilir[32].

Bu noktada dikkate edilmesi gereken husus şudur; ticari adet ve teamüllerin lex mercatoria teorisi çerçevesinde taraflar arasındaki sözleşmenin parçası statüsünde kabul edilebilmeleri için, sözleşmeden doğan uyuşmazlığın esasına lex mercatoria'nın uygulanıyor olması gerekir. Bilindiği üzere, modern tahkim mevzuatı, tarafların, esasa, milli hukuk sistemleri yerine lex mercatoria'yı oluşturan *maddi hukuk kurallarının* uygulanacağını kararlaştırabilmelerine imkân sağlamakta ve bu yönde bir tercihi, "*incorporation*" olarak değil, doğrudan doğruya maddi hüküm seçimi ("*rules of law*" seçimi) olarak geçerli kabul etmektedir[33]. Şu halde, lex mercatoria'nın esasa uygulanması bakımından ilk ihtimal; lex mercatoria'yı oluşturan kuralların, uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkimin tercih edildiği hallerde, taraflarca seçilen maddi hukuk kuralı ("*rules of law*") sıfatıyla esasa uygulanmaları olmaktadır[34]. İkinci ihtimal ise, uluslararası tahkimde, taraflarca yapılmış bir hukuk seçiminin mevcut olmadığı hallerde, hakemlerin, tahkim prosedürüne uygulanan hukuka (*lex arbitri*) veya tahkim anlaşmasına göre *voie directe* yöntemini kullanma yetkisine sahip olmaları durumunda; lex mercatoria'yı oluşturan maddi kurallar ile ticari adet ve teamülleri, uyuşmazlığın niteliğine en uygun maddi hüküm ("*proper rule of law*") sıfatıyla, kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmaksızın doğrudan uygulamalarıdır[35].

Uyuşmazlığın esasına lex mercatoria'nın uygulandığı bu ihtimallerde, ticari adet ve teamüllerin hukuki statüsünün de lex mercatoria teorisine

---

30 Jean-Denis Bredin, A la recherche de l'aequitas mercatoria, in: L'internationalisation du droit- Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn, Dalloz, 1994, s. 115.

31 Stephen Bainbridge, Trade Usages in International Sales of Goods: An Analysis of the 1964 and 1980 Sales Conventions, Virginia Journal of International Law, Vol. 24, 1984, s. 662-663.

32 Gregory C. Walker, Trade Usages and the CISG: Defending the Appropriateness of Incorporating Custom into International Commercial Contracts, Journal of Law and Commerce, Vol. 24, 2005, s. 279-280.

33 Philippe Fouchard/ Emmanuel Gaillard/ Berthold Goldman; Traité de l'arbitrage commercial international, Paris 1996, no. 1431 ve 1444.

34 Ayoğlu, s. 86-88.

35 Ayoğlu, s. 88-90.

göre belirleneceği ve bunların, "*implied terms*" anlayışı çerçevesinde "sözleşme hükmü" kabul edilecekleri tabiidir. Buna karşılık, sözleşmenin esasına taraflarca yapılmış bir hukuk seçimi ya da hakemlerce tatbik edilen kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde milli bir hukuk sisteminin uygulandığı durumlarda; sözleşmenin tabi bulunduğu milli hukuk sisteminin ticari adet ve teamüllere tanıdığı statünün belirleyici olacağı kuşkusuzdur[36]. Dolayısıyla, esasa uygulanan milli hukuk sistemi, Anglosakson hukuk sistemlerinin aksine, Türk- İsviçre hukuku gibi ticari adet ve teamülleri ikincil hukuk kaynağı olarak gören bir hukuk sistemi ise, ticari adet ve teamüllerin esasa uygulanmaları ancak söz konusu milli hukuk sisteminde ilgili konuda pozitif bir normun mevcut olmadığı haller ile sınırlı olarak söz konusu olabilecektir.

V- Ticari Adet ve Teamüllerin Taraf İradelerinin Tespitinde Kullanılmaları

Ticari adet ve teamüllerin, "*incorporation*" yoluyla taraflar arasındaki sözleşmenin parçası olarak kabul edilmelerinin yanı sıra, CISG'nin md. 8 (3), Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri'nin md. 4.3 ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri'nin md. 5:102 hükümleri uyarınca, taraf iradelerinin yorumlanması aşamasında da göz önünde bulundurulmaları zorunludur. Ticari adet ve teamüllerin sözleşmenin parçası sıfatıyla uygulanabilmeleri için tarafların bu adet ve teamülleri bilmeleri ya da bilebilecek durumda olmaları aranırken; taraf iradelerinin tespiti amacıyla kullanılmaları bakımından böyle bir zorunluluk söz konusu değildir[37]. Zira her üç metinde de, bu yönde bir koşuldan bağımsız olarak, ticari adet ve teamüllerin sözleşmenin ve taraf iradelerinin yorumlanmasında göz önüne alınmaları zorunluluğu öngörülmüştür.

Şu halde, uluslararası ticaret hukukunda, ticari adet ve teamüllerin, teknik açıdan; ilki sözleşmenin boşluklarını doldurarak "*incorporation*" yoluyla sözleşmeyi tamamlamak, ikincisi ise taraf iradelerinin ve sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında kullanılmak olmak üzere iki önemli işlev üstlendikleri ifade edilebilir[38].

Bununla birlikte, ticari adet ve teamüllerin taraf iradelerinin tespiti amacıyla kullanılmalarının, uyuşmazlığın esasına milli bir hukuk sistemi-

---

[36] Ayoğlu, s. 171.

[37] Atamer, s. 77 dpn 40.

[38] Pamboukis, s. 107. Drahozal, ticari adet ve teamüllerin, tahkim uygulamasında ifanın iyi niyet kurallarına uygun biçimde yapılıp yapılmadığını belirlemek açısından da önemli rol üstlendiklerini ilave etmektedir (Christopher R. Drahozal, Commercial Norms, Commercial Codes, and International Commercial Arbitration, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 33, 2000, s. 133).

nin uygulandığı hallerde de mümkün olduğu vurgulanmalıdır. Gerçekten, Sözleşmeye uygulanan milli hukuk sisteminin ticari adet ve teamülleri ikincil hukuk kaynağı statüsünde kabul etmesi halinde dahi, uluslararası adet ve teamüllerin taraf hak ve yükümlülüklerinin yorumlanması aşamasında mutlaka göz önüne alınmaları gerekir. Zira uluslararası ticari adet ve teamüller, genellikle tarafların hak ve borçlarının kapsamı ve ifa aşaması (ifanın şekli, zamanı ve yöntemi) ile ilgili olduklarından, taraflar arasındaki sözleşmeden doğan hak ve borçlar ile bunların ifasına yönelik hükümlerin yorumlanmasında önemli rol üstlenebilirler. Böylelikle, ticari adet ve teamüller, uygulanan milli hukuk sistemi gereğince sözleşme içeriğine dâhil olarak kabul edilmeseler dahi, sözleşme içeriğinde belirsizlik bulunan hallerde sözleşme hükümlerinin uluslararası ticaretin ihtiyaçlarına uygun şekilde yorumlanmasını sağlamakta kullanılmış olacaklardır.

VI- Uluslararası Tahkim Mevzuatında Ticari Adet ve Teamüllerin Uyuşmazlığa Uygulanacak Maddi Hükümler ile Birlikte Göz Önüne Alınmaları Zorunluluğunu Getiren Düzenlemeler

Uluslararası ticaret hukukunda, ticari adet ve teamüllerin "örtülü hükümler" ("*implied terms*") teorisi çerçevesinde sözleşmenin parçası olarak kabul edildikleri yukarıda izah edilmişti. Bu noktada akla gelen soru, sözleşmenin milli bir hukuk sistemine tabi bulunduğu hallerde, ticari adet ve teamüllerin statüsünün ne olacağıdır.

Sözleşmeye milli bir hukuk sistemi uygulanmakta ise, ticari adet ve teamüllerin de bu hukuk sisteminin onlara tanıdığı statü çerçevesinde uygulanmaları gerekir[39]. Buna göre, ticari adet ve teamüller, sözleşmeye uygulanan milli hukuk sisteminin kendilerine tanıdığı etkiye göre, tarafların hak ve borçlarını tespitte yararlanılacak ikincil hukuk kaynağı konumunda ya da (-Anglasakson sistemlerinde olduğu gibi-) "*implied terms*" anlayışı çerçevesinde sözleşme hükmü statüsünde uygulama alanı bulacaklardır. Dolayısıyla, sözleşmenin tabi bulunduğu milli hukuk sisteminin ticari adet ve teamüllere tanıdığı statü bu açıdan belirleyici olmaktadır.

Ancak uluslararası tahkim mevzuatının bu yönden özellik taşıdığı ve milli yargı mercilerinden farklı olarak, hakemlere, *her halükarda* ticari adet ve teamülleri esasa uygulanan maddi hükümler ile birlikte *göz önünde bulundurma* zorunluluğu getirdiği vurgulanmalıdır. Bu tablo, bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkimin, uzmanlığı ve ticari hayata egemen uygulamaları ön planda tutan yapısının doğal bir sonucudur. Bu tür düzenlemelere örnek olarak aşağıdaki hükümler verilebilir:

---

[39] Ayoğlu, s. 171.

1961 tarihli Uluslararası Ticari Tahkim Hakkında Avrupa Konvansiyonu'nun (Cenevre Konvansiyonu'nun) VII. maddesinin (1). fıkrası, taraflarca hukuk seçimi yapılmamış ise, hakemlerin uygun gördükleri kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak sözleşmenin tabi bulunduğu hukuk sistemini belirleyeceklerini, her halükarda sözleşme hükümlerini ve ticari adetleri göz önünde bulunduracaklarını öngörmektedir[40]. Uncitral Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu'nun md. 28 hükmü ise sözleşmenin taraflarca seçilen hukuk kurallarına tabi bulunduğunu [f. (1)], taraflarca böyle bir seçim yapılmamış ise hakemlerin uygun gördükleri kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak esasa uygulanacak hukuk sistemini tespit edeceklerini, her halükarda sözleşme hükümleri ile ticari adetlerin hakemler tarafından göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmektedir.

Kurumsal tahkim tüzüklerinin de ticari adetler konusunda genelde aynı yönde düzenleme içerdikleri görülmektedir. Taraflar arasındaki sözleşmenin hükümleri ile ticari adetlerin her halükarda göz önünde bulundurulacağını öngören ICC Tahkim Tüzüğü'nün md. 17 (2)[41], Dubai International Arbitration Center tahkim kurallarının md. 33 (3)[42], Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Tahkim Mahkemesi kurallarının md. 26 (1)[43], Milano Ticaret Odası tahkim kurallarının md. 3 (4)[44], Hong Kong Uluslararası Tahkim Merkezi kurallarının md. 31 (3)[45] hükümleri hep bu doğrultudadır[46].

---

[40] Böylelikle, Konvansiyon'da, ticari adetlerin, sözleşmeye uygulanan milli hukuk sisteminin emredici hükümlerinin denetimi altında, fakat bu sistemin yedek hükümlerine nazaran öncelikli olarak uygulanacakları öngörülmüş olmaktadır (Fabrizio Marrella, Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 36, 2003, s. 1179).

[41] Halen yürürlükte bulunan 1998 tarihli versiyon kastedilmektedir. 1 Ocak 2012 tarihinden itibaren yürürlüğe girecek yeni ICC Tahkim Tüzüğü'nün md. 21 (2) hükmünde de aynı düzenleme korunmaktadır.

[42] 2007 tarihli versiyon kastedilmektedir.

[43] 2005 tarihli versiyon kastedilmektedir.

[44] 2010 tarihli versiyon kastedilmektedir.

[45] 2008 tarihli versiyon kastedilmektedir.

[46] Bu aşamada, 4686 sayılı Milletlerarası Ticaret Kanunu'nun 12C hükmündeki düzenlemeye de değinmek gerekir. Söz konusu hükme göre, hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşmenin hükümlerine ve onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir. Sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticari örf ve adetler ile ticari teamüller de göz önüne alınır. Söz konusu hükmün, uluslararası tahkim mevzuatında egemen olan yaklaşıma uygun olmadığı açıktır. Gerçekten, uygulanacak ticari adet ve teamüllerin sözleşmeye uygulanacak hukuk sistemine ait adet ve teamüller ile sınırlandırılması doğru değildir. Ayrıca, sözleşmenin

Bu tür hükümler, uyuşmazlığın esasına ister lex mercatoria'nın kaynakları arasında yer alan uluslararası karakterli ("*a-national*"- "anasyonel") maddi normlar, ister milli bir hukuk sistemi uygulanıyor olsun, ticari adet ve teamülleri mutlaka göz önünde bulundurma yükümlülüğü getirmektedir. Bu yükümlülük, hakemlere *amiable compositeur* olarak veya *ex aequo et bono* [47] karar verme yetkisinin tanındığı haller için de aynen geçerli bulunmaktadır. Şu halde, ticari adet ve teamüller, uyuşmazlığın esasına lex mercatoria'nın kaynakları arasında kabul edilen uluslararası karakterli maddi normların uygulandığı hallerde, sözleşme hükmü olarak; milli bir hukuk sisteminin

---

belirli bir milli hukuk sistemine tabi olduğu hallerde, ticari ve adet teamüllerin sözleşmeyi yorumlamak ya da tamamlamak üzere kullanılıp kullanılamayacaklarını ya da hangi amaçla kullanılabileceklerini bu hukuk sistemi belirler. Zira bu mesele esasa ilişkin bir sorun olduğundan, esasa uygulanacak hukuka tabidir. Milletlerarası Tahkim Kanunu esasa uygulanacak hukuk sistemi adına karar veremez. İşte bu nedenle, uluslararası mevzuatta, ticari adet ve teamüllerin esasa hangi hukuk kuralları ya da hukuk sistemi uygulanırsa uygulansın "göz önüne alınmaları gerektiği" belirtilerek, bu ifade ile yetinilmektedir. Bu itibarla, ticari adet ve teamüllerin münhasıran "sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanmasında" göz önüne alınacaklarını öngörmek, kanımızca lüzumsuz ve teknik açıdan hatalı bir düzenleme olmuştur.

[47] Fransız hukukuna ait bir kavram olup, bu hukuk sisteminde ilk olarak Napolyon dönemi kanunlarında kullanılan *amiable compositeur* kavramı ile Roma hukuku kökenli *ex aequo et bono* kavramlarının eş anlamlı olup olmadıkları konusunda farklı görüşler mevcuttur. ***Weinberg***, bu iki kavramın çok sayıda yazar ve birçok hukuk sistemi tarafından eş anlamlı olarak kabul edildiklerini, ancak bazı sistemlerde farklı yorumlanabildiklerini; örneğin İsviçre hukukunda, *ex aequo et bono* karar vermeye yetkili hakemin emredici hükümler dâhil tüm hukuk kurallarından ayrılabileceğinin, *amiable compositeur* sıfatıyla davayı gören hakemin ise sözleşmenin tabi bulunduğu milli hukuk sisteminin emredici kurallarını uygulamak zorunda olduğunun kabul edildiğini vurgulamaktadır (Karyn S. Weinberg, Note Equity in International Arbitration: How Fair is Fair- A Study of Lex Mercatoria and Amiable Composition, Boston University International Law Journal, Vol. 12, 1994, s. 231 dpn. 26). ***Fouchard/ Gaillard/Goldman*** ise, Fransız hukukunda *ex aequo et bono* ("*l'arbitrage en equité*") karar verme yetkisinin emredici hükümler dâhil tüm teknik hukuk kurallarından ayrılma yetkisi tanıdığını; *amiable compositeur*'ün ise öncelikli olarak hukuk kurallarını uygulamasının asıl olduğunu, fakat hakkaniyetin gerektirdiği hallerde bu kuralların öngördüğü sonuçları değiştirebileceğini ya da bu kuralları uygulamaktan vazgeçerek kendi hakkaniyet anlayışına göre karar verebileceğini ifade etmektedirler (Fouchard/ Gaillard/ Goldman, no. 1502). Görüldüğü üzere, İsviçre ve Fransız hukuk sistemlerinin bu kavramların anlamlarına ilişkin algılamaları farklılık göstermektedir. Türk hukukunda ise, iki kavram arasında anlam farkı bulunup bulunmadığı tartışmasına girilmemekte ve *amiable compositeur* olarak ya da *ex aequo et bono* karar verme yetkisi arasında işlev ve nitelik açısından bir fark bulunmadığı ifade edilmektedir (Ziya Akıncı, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, Batider, Aralık 1996, C. XVIII, S. 4, s. 105 dpn 36; Milletlerarası Tahkim, 2. Baskı, 2007, s. 173 no. 616 dpn. 327; Sibel Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2008, s. 163).

uygulandığı hallerde ise, o hukuk sisteminin adet ve teamüllere tanıdığı statü dikkate alınarak uygulanacaklardır. Ancak her halükarda hakemler esasa uygulanacak maddi hükümleri tespit etmekle yetinemeyecekler, somut olaya uygulanabilecek ticari adet ve teamüllerin mevcut olup olmadığını da araştırmakla yükümlü olacaklardır.

Buna karşılık, hakemlere yüklenen görev ticari adet ve teamülleri göz önünde bulundurmaktan ibarettir. Bunları mutlaka uygulamaları yönünde bir zorunluluk öngörülmemektedir[48]. Bu düzenlemenin iki nedeni bulunmaktadır. İlki, ticari adet ve teamüllerin, esasa uygulanan milli hukuk sisteminin ticari adet ve teamüllere tanıdığı ikincil hukuk kaynağı statüsü nedeniyle uygulanamamaları (söz konusu milli hukuk sisteminin bunlara nazaran öncelikle uygulanması gereken pozitif düzenlemeler içermesi) ihtimalinin mevcut olmasıdır. İkincisi ise, esasa milli bir hukuk sistemi uygulanıyor olmasa dahi, somut olayın şartları çerçevesinde ticari adet ve teamüllerin uygulanmasının hakkaniyete aykırı düşeceği haller gözetilerek hakemlere takdir yetkisi tanınmak istenmesidir. Bu iki olasılık göz önüne alınarak, hakemlere, ticari adet ve teamülleri mutlaka uygulama zorunluluğu getirmek yerine, bunları göz önünde bulundurma yükümlülüğü getirilmesi tercih edilmiştir.

VII- Kurumsal Tahkimde Ticari Adet ve Teamüllerin Esasa Uygulanması

Son olarak, tahkim sözleşmesinde kurumsal tahkim tüzüklerine atıfta bulunan tarafların, esasa uygulanacak milli hukuk sisteminin ticari adet ve teamüllere tanıdığı statüden bağımsız olarak, kendi iradeleri ile ilgili sektördeki ticari adet ve teamülleri sözleşmenin bir parçası haline getirmiş sayılıp sayılamayacakları konusunda değerlendirme yapılmalıdır.

Başlangıç kısmında verdiğimiz örneğe geri dönecek olursak; tarafların, aralarında yaptıkları sözleşmede, esasa uygulanmak üzere Türk hukukunu seçtiklerini ve tahkim anlaşmasında ICC Tahkim Tüzüğü'ne atıfta bulundukları varsayalım. Türk hukukuna göre, ticari örf ve adet ikincil (tali) hukuk kaynağı konumundadır. Ancak ICC Tahkim Tüzüğü'nün md. 17 (2)[49] hükmü, her halükarda taraflar arasındaki sözleşme hükümleri ile ticari adetlerin hakemler tarafından göz önünde bulundurulmaları gerektiğini öngörmektedir. Bu noktada akla gelen soru şudur: Taraflar, ICC Tahkim Tüzüğü'ne atıfta bulunduklarına ve ICC Tahkim Tüzüğü'nün md. 17 (2)

---

[48] Bredin, s. 110.

[49] Halen yürürlükte bulunan 1998 tarihli versiyon kastedilmektedir. 1 Ocak 2012 tarihinden itibaren yürürlüğe girecek yeni ICC Tahkim Tüzüğü'nün md. 21 (2) hükmünde de aynı düzenleme korunmaktadır.

hükmü, *her halükarda* taraflar arasındaki sözleşme hükümleri ile ticari adetlerin hakemler tarafından *göz önünde bulundurulması* gerektiğini[50] öngördüğüne göre; tarafların, bu tüzüğe atıfta bulunmak suretiyle, ilgili sektördeki ticari adet ve teamülleri sözleşmelerine "*incorporation*" yoluyla dâhil ettikleri, yani kendi aralarındaki sözleşmenin bir parçası haline getirdikleri söylenebilir mi?

Kanımızca bu soruya olumlu cevap verebilmek mümkün değildir. Zira taraflar, tahkim anlaşması ya da klozunda ICC Tahkim Tüzüğü'ne atıfta bulundukları esnada, münhasıran sözleşmeden doğabilecek ihtilafların çözümlenme yöntemini belirleme amacını gütmekte, yani yargılama hukukuna (yargılama usulüne) ilişkin bir tercihte bulunmakta; kesinlikle kaleme almış oldukları sözleşme metninin içeriğine yeni maddi hükümler dâhil etme niyet ve iradesini taşımamaktadırlar. Bu itibarla, tarafların ICC tahkiminin (ICC Tahkim Tüzüğü'nün) tercih edilmesi yönündeki yargılama (usul) hukukunu ilgilendiren iradelerine, aralarındaki sözleşmenin içeriğini değiştirecek maddi hukuk sonuçları bağlamak; salt söz konusu kurumsal tahkim tüzüğünün seçimi nedeniyle ilgili sektördeki ticari adet ve teamülleri sözleşmenin içeriğine dâhil kabul etmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Böyle bir yorum tarzı, taraflarca milli bir hukuk sisteminin seçilmiş olduğu hallerde, o milli hukuk sisteminin seçimine ilişkin olarak somutlaşan taraf iradelerinin de dolaylı şekilde devre dışı bırakılması ve taraflar açısından öngörülebilirliğin ortadan kalkması gibi uluslararası ticarette kabul edilemeyecek sonuçlar doğuracaktır.

Buna ilaveten, yukarıda da belirtildiği üzere, kurumsal tahkim tüzüklerinin ilgili hükümlerinde (bu arada ICC Tahkim Tüzüğü'nde) kullanılan ifadeler, bu hükümlerin sözleşme içeriğinin belirlenmesi ("contract construction" ya da "contract engineering"- "sözleşme mühendisliği") ile ilgili bulunmadıklarını açıkça teyit etmektedir. Gerçekten, söz konusu kurumsal tahkim tüzüklerinde *hakemlere yüklenen görev ticari adet ve teamülleri göz önünde bulundurmaktan ibarettir; bunları mutlaka uygulamaları yönünde bir zorunluluk öngörülmemektedir*[51]. Bu terminoloji tercihinin iki nedeni bulunduğunu belirtmiştik. İlki, ticari adet ve teamüllerin, esasa uygulanan milli hukuk sisteminin ticari adet ve teamüllere tanıdığı ikincil (tali) hukuk kaynağı statüsü nedeniyle uygulanamamaları (söz konusu milli hukuk sisteminin bunlara nazaran öncelikle uygulanması gereken pozitif düzenlemeler

---

[50] "*In all cases the Arbitral Tribunal shall take account of the provisions of the contract and the relevant trade usages*". 1 Ocak 2012 tarihinden itibaren yürürlüğe girecek yeni ICC Tahkim Tüzüğü'nün md. 21 (2) hükmündeki düzenleme ise şöyledir: "*The arbitral tribunal shall take account of the provisions of the contract, if any, between the parties and of any relevant trade usages*".

[51] Bredin, s. 110.

içermesi) ihtimalinin mevcut olmasıdır. Hatırlanacağı üzere, yukarıda verdiğimiz örnekte de durum böyledir. Taraflarca esasa uygulanmak üzere Türk hukuk sistemi seçildiğinden, ticari adet ve teamüllerin hukuki etkisinin bu hukuk sistemine göre belirlenmesi ve bunların, ikincil (tali hukuk kaynağı) statüsünde kabul edilmeleri gerekir. İkinci gerekçenin ise, esasa milli bir hukuk sistemi uygulanıyor olmasa dahi, somut olayın şartları çerçevesinde ticari adet ve teamüllerin uygulanmasının hakkaniyete aykırı düşeceği haller gözetilerek hakemlere takdir yetkisi tanınmak istenmesi olduğu hatırlanacaktır. Bu iki olasılık göz önüne alınarak, hakemlere, ticari adet ve teamülleri mutlaka uygulama zorunluluğu getirmek yerine, bunları *göz önünde bulundurma yükümlülüğü* getirilmesi tercih edilmiştir.

Bu açıklamalarımız çerçevesinde, kurumsal tahkimin tercih edilmesi halinde, taraf iradelerinin, salt kurumsal tahkim tüzüklerinde yer alan ve ticari adet- teamüllerin her halükarda *göz önünde bulundurulmaları* gerektiğini öngören hükümlerden hareketle, ticari adet ve teamüllerin "*implied terms*" teorisi çerçevesinde sözleşme içeriğine dâhil edilmeleri yönünde olduğunun varsayılamayacağı sonucuna ulaşmış bulunmaktayız.

Sonuç

Ulaştığımız sonucu tekrarlamak gerekirse; kurumsal tahkimin tercih edilmesi halinde, taraf iradelerinin, salt kurumsal tahkim tüzüklerinde yer alan ve ticari adet- teamüllerin her halükarda göz önünde bulundurulmaları gerektiğini öngören hükümlerden hareketle, ticari adet ve teamüllerin "*implied terms*" teorisi çerçevesinde sözleşme içeriğine dâhil kabul edilmeleri yönünde olduğunun varsayılamayacağı düşüncesindeyiz.

Bu sonuca ulaşmamızı sağlayan gerekçelerinden ilki, tarafların, kurumsal tahkim tüzüğüne atıfta bulundukları sırada, münhasıran sözleşmeden doğabilecek ihtilafların çözümlenme yöntemini belirleme amacını gütmekte, yani yargılama hukukuna (usule) ilişkin bir tercihte bulunmakta olmaları; kesinlikle kaleme almış oldukları sözleşme metninin içeriğine yeni maddi hükümler dâhil etme niyet ve iradesini taşımamalarıdır. İkinci gerekçemiz ise, kurumsal tahkim tüzüklerinin ilgili hükümlerinde kullanılan ifadelerin, bu hükümlerin sözleşme içeriğinin belirlenmesi ("*contract construction*"- "*contract engineering*"- "*sözleşme mühendisliği*") ile ilgili bulunmadıklarını teyit etmesi, başka bir anlatımla ticari adet-teamüllerin her halükarda uygulanmalarını değil, yalnızca *göz önünde bulundurulmalarını* öngörmelidir. Bu terminoloji tercihinin gerekçelerinden en önemlisi, kuşkusuz, ticari adet ve teamüllerin, esasa uygulanan milli hukuk sisteminin ticari adet ve teamüllere tanıdığı ikincil hukuk kaynağı statüsü nedeniyle uygulanamamaları (söz konusu milli hukuk sisteminin bunlara nazaran öncelikle uygulanması gereken pozitif düzenlemeler içermesi) ihtimalinin mevcut olmasıdır.

Kaynakça

Akıncı, Ziya; Milletlerarası Tahkim, 2. Baskı, Ankara 2007.

Akıncı, Ziya; Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, Batider, Aralık 1996, C. XVIII, S. 4, s. 93 vd.

Arkan, Sabih; Ticari İşletme Hukuku, Onüçüncü Baskı, Ankara 2009.

Atamer, Yeşim; Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005.

Aygül, Musa; Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2004, C. 12, S. 3- 4, s. 45 vd.

Ayhan, Rıza/ Çağlar, Hayrettin/ Özdamar, Mehmet; Ticari İşletme Hukuku, Genel Esaslar, 2. Baskı, Ankara 2010.

Ayoğlu, Tolga; Uluslararası Ticari Sözleşmelere uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet- Teamüller Olarak Lex Mercatoria, İstanbul 2010.

Bahtiyar, Mehmet; Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, İstanbul 2010.

Bainbridge, Stephen; Trade Usages in International Sales of Goods: An Analysis of the 1964 and 1980 Sales Conventions, Virginia Journal of International Law, Vol. 24, 1984, s. 619 vd.

Berger, Klaus Peter; The Creeping Codification of the Lex Mercatoria, The Hague- London- Boston, 1999.

Bredin, **Jean-Denis;** A la recherche de l'aequitas mercatoria, in: L'internationalisation du droit- Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn, Dalloz, 1994, s. 109 vd.

Bout, Patrick X.; Trade Usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html.

Dalhuisen, **Jan H.;** The Uniform International Sales Law, in: Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law, 2007, s. 330 vd.

De Ly, Filip; International Business Law and Lex Mercatoria, North Holland 1992.

Drahozal, **Christopher R.;** Commercial Norms, Commercial Codes, and International Commercial Arbitration, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 33, 2000, s. 79 vd.

Fouchard, Philippe/Gaillard, Emmanuel/Goldman, Berthold; Traité de l'arbitrage commercial international, Paris 1996.

Goldstajn, **Aleksandar;** Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention, Petar Sarcevic & Paul Volken eds., International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures, Oceana 1986, s. 55 vd.

Hartkamp, Arthur S.; The Unidroit Principles for International Commercial Contracts and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in: Comparability and evaluation: essays on comparative law, private

international law and international commercial arbitration, The Hague 1994, s. 85 vd.

Karahan, Sami; Ticari İşletme Hukuku, 18. Tıpkı Basım, 2009**.**

Kassis, Antoine; Théorie générale des usages de commerce, Paris 1984.

Kırkbeşoğlu, Nagehan; Milletlerarası Ticarette Hakemlerin Lex Mercatoria'yı Uygulamasından Kaynaklanan Sorunlar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIV, S. 1, 2006, s. 259 vd.

Marrella, Fabrizio; Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 36, 2003, s. 1137 vd.

Özdemir, Türkay/ Durgut, Ramazan; Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre Lex Mercatoria'nın Esasa Uygulanacak Hukuk Olması, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008, s. 467 vd.

Özel, Sibel; Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2008.

Pamboukis, Chalarambos; The Concept and Function of Usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods, Journal of Law and Commerce, Vol. 25, 2005- 2006, s. 107 vd.

Paulsson, Jan; La Lex Mercatoria dans L'arbitrage C.C.I., Revue de l'arbitrage, 1990, s. 55 vd.

Poroy, Reha/ Yasaman, Hamdi; Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 13. Bası, İstanbul 2010.

Schmitthoff, **Clive M.;** Interpretation and Application of International Trade Usages, ICC Pub. No. 374, Paris 1981.

Sortais, **Jean-Pierre;** Réflexions sur la Place de la Coutume en Droit Français et Suisse, in: Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit, Genève 2002, s. 311 vd.

Ulusoy, Erol; Ticari Örf ve Adet Hukuku, İstanbul 2001.

Ülgen, Hüseyin/ Teoman, Ömer/ Helvacı, Mehmet/ Kendigelen, Abuzer/ Kaya, Arslan/ Nomer Ertan, N. Füsun; Ticari İşletme Hukuku, Üçüncü (Tıpkı) Bası, İstanbul 2009.

Walker, **Gregory C.;** Trade Usages and the CISG: Defending the Appropriateness of Incorporating Custom into International Commercial Contracts, Journal of Law and Commerce, Vol. 24, 2005, s. 263 vd.

Weinberg, **Karyn S.;** Equity in International Arbitration: How Fair is Fair- A Study of Lex Mercatoria and Amiable Composition, Boston University International Law Journal, Vol. 12, 1994, s. 227 vd.

Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirlemede Kullanılan Yöntemlere Eleştirel Bakış

*Süheylâ BALKAR BOZKURT**

I- Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralların Belirlenmesi

Bu makalede genel olarak uluslararası sözleşmelere uygulanacak kuralları belirlemede kullanılan yöntemler konusu ele alınacaktır[1]. Bu bağlamda ilk olarak, uluslararası sözleşme kavramından ne anlaşılması gerektiğini ve bir sözleşmenin ne zaman uluslararası nitelik kazandığını incelemek gerekmektedir.

A) Uluslararası Sözleşme Kavramı

Sözleşme, iki veya daha çok kişinin bir hukuki ilişkiyi kurmak, değiştirmek veya sona erdirmek amacına yönelik olarak, karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanında bulunmalarıdır[2]. Hukukun birçok alanında sözleşme-

---

* Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

1 Bu makale, "Uluslararası Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları" başlıklı yayınlanmamış yüksek lisans tezinde satım sözleşmeleri açısından maddi uluslararası özel hukuk kurallarının değerlendirilmesi neticesinde varılan sonuçlardan yararlanılarak yazılmıştır. Uluslararası Satım Sözleşmeleri açısından tüm bu yöntemlerin somut uygulama ve değerlendirmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BALKAR S.: Uluslararası Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002 (yayınlanmamış yüksek lisans tezi).

2 Sözleşme kavramının çeşitli tanımları için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N.: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N./ HATEMİ, H./ SEROZAN, R./ ARPACI, A.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm), Dördüncü Bası, İstanbul, 2010, s. 165; OĞUZMAN, K./ BARLAS N.: Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 16. Bası, İstanbul, 2010, s. 166; OĞUZMAN, K./ÖZ,

lere rastlamak mümkündür[3].

Hukuki sonuç doğuran olay ve uyuşmazlıklar belirli bir ülkede o ülkenin vatandaşları arasında doğduğu ve sonuçlarını o ülkede gerçekleştirdiği takdirde, bu tür uyuşmazlıkların çözümünde o ülke iç hukukunun uygulanacağında şüphe yoktur[4]. Konumuz açısından düşünülürse, şayet bir sözleşme bütün unsurları itibariyle iç hukuka ait bir sözleşme ise, artık bu sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağı sorunu ortaya çıkmaz. Örneğin, iki Türk arasında Türkiye'de yapılan ve ifa edilen bir satım sözleşmesinden doğan uyuşmazlık Türk mahkemeleri önüne geldiği takdirde, Türk hakimi kendi maddi hukuk kurallarını uygulayacaktır.

Buna karşılık, sözleşme unsurları itibariyle birden fazla hukuk düzenini ilgilendiriyorsa artık mahkeme doğrudan kendi iç hukukunun maddi kurallarını uygulayamaz. Zira ortada birden fazla hukuk düzeninden hangisinin tercih edileceği ve uygulanacağı meselesi vardır. İşte bu gibi durumlarda sözleşmenin uluslararası sözleşme olarak nitelendirilmesi ihtimali ortaya çıkar.

1) Uluslararası Sözleşmenin Tanımındaki Zorluk

Uluslararası sözleşme kavramı doktrinde üzerinde en çok tartışılan konuların başında gelmekte ve bu kavramın tam bir tanımının yapılamayacağı ileri sürülmektedir[5]. Esası, iç hukuk ile uluslararası hukuku birbirinden ayıran kavram olan yabancılık unsuruna dayanan[6] bu mesele, günümüzde

---

T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2010, s. 38; VON TUHR, A. (Çev. Edege, C): Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1, Ankara,1983, s. 175; TEKİNAY S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, İstanbul, 1993, s. 43; HATEMİ, H./ GÖKYAYLA, E.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2011, s. 28.

3 AKYOL, Ş.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul, 1995, s. 11.

4 ÇELİKEL, A / ERDEM, B. : Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul, 2010, s. 5.

5 DELAUME, G.R.: *What Is An International Contract? An American and A Gallic Dilemma*, ICLQ, Vol.28, Y.1979, s. 262; STOFFEL, W.: *Le Droit Applicable Aux Contrats de Vente Internationales de Marchandises*, Les Contrats de Vente Internationale de Marchandises, Edité par François Dessemontet, Lausanne, CEDIDAC, 1991, s. 22; HEUZE, V.: Traité des Contrats, La Vente Internationale de Marchandises, Droit Uniforme, Paris, 2000, s. 5; KASSIS, A.: Le Nouveau Droit Européen des Contrats Internationaux, Paris, 1993, s. 15; HEUZE, V.: La Réglementation Française des Contrats Internationaux, Etude Critique des Méthodes, Paris, 1990, s. 132.

6 Çıkış noktası yabancılık unsuru olmasına rağmen, günümüzde bu kavram oldukça aşılmış ve yabancılık unsuru esası uluslararası sözleşmenin tanımında tek ve öncelikli ölçüt olma özelliğini yitirmiştir. Genellikle aynı anlamda

de eskiden olduğu gibi güncelliğini korumakta ve hatta önemi daha da artmaktadır.

Her ülkenin hukuk sisteminde farklı bir tanımla[7] ifade edilmesinin yanı sıra, uluslararası ticaretin gün geçtikçe gelişmesinin sonucunda konunun birçok uluslararası sözleşmeyle düzenlenmesi de bu tanımlara yenilerinin eklenmesine sebep olmuştur[8]. Böylelikle uluslararası nitelik taşıyan sözleşme kavramının tek bir kriter çerçevesinde tanımını yapmak daha da güçleşmektedir[9].

---

kullanıldığını gördüğümüz uluslararası sözleşme ile yabancılık unsuru taşıyan sözleşme arasında bir ayrıma gidilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu konuya ileride ayrıntılı bir biçimde değinilecektir.

7 Gerçekten de uluslararası sözleşme kavramı, uluslararası özel hukukun en önemli araçlarından biri olarak tüm ülke hukuk sistemlerinde sıkça kullanılmasına rağmen, bu hukuk sistemlerinin her birinde söz konusu kavrama birbirinden farklı anlamlar yüklenmektedir: bkz. KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s. 16.Örneğin, İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Federal Kanunu, kanunun uygulanması için uyuşmazlığın uluslararası alana ait olmasını aramış ancak uluslararası alanın tanımını yapmamıştır (md. 1). Fransız Hukukunda ise konu içtihat bazında gelişmiş ve farklı esaslara dayanan tanımlara yer verilmiştir.

8 Maddi Taşınır Malların Uluslararası Satımına Uygulanacak Hukuk Hakkında 15 Haziran 1955 Tarihli La Haye Konvansiyonu, kendisinin uluslararası satımlara uygulanacağını belirtmiş (md. 1/1), ancak uluslararası satımın tanımını yapmak yerine, olumsuz bir şekilde, hangi hallerin satıma uluslararası nitelik vermeyeceğini düzenlemiştir (md. 1/4). Bu maddeye göre, uygulanacak hukukun veya yetkili mahkemenin seçimi veya tahkim şartı sözleşmeyi uluslararası sözleşme haline getirmez. Bu Konvansiyonun yenilenmiş şekli sayılan Taşınır Malların Uluslararası Satımına Uygulanacak Hukuk Hakkında 22 Aralık 1986 Tarihli La Haye Konvansiyonu'nda da uluslararası satım sözleşmesinin tanımı yapılmamıştır. Fakat Konvansiyon, uluslararası satımları belirlemek için iki sistem öngörmüştür: Bir yandan, işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki satım sözleşmeleri uluslararası nitelikte kabul edilirken (md. 1/a), diğer taraftan, kanunlar ihtilafını içeren her durumda uluslararası satımın mevcut olduğu belirtilmiştir (md. 1/b). Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkındaki 19 Haziran 1980 Tarihli Roma Konvansiyonu ise, sözleşmenin uluslararası nitelik taşımasını, kanunlar ihtilafının varlığına dayandırmaktadır (md. 1). Son olarak 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (Viyana Konvansiyonu)'na göre ise, uluslararası satım, farklı devletlerde işyerine sahip bulunan taraflar arasında akdedilen satım olarak nitelendirilmiştir (md. 1/1-a). Tüm bu Konvansiyonların fransızca metni için bkz. HEUZE, *Traité des Contrats*, s. 457 vd. Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. TİRYAKİOĞLU, B.: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1996, s. 6; HEUZE, *Réglementation Française*, s. 136; STOFFEL, s. 22-23; EKŞİ, N.: *Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na göre Anlamı*, MHB, Yıl 12, Sa. 1-2, 1992, s. 5.

9 KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s. 17.

Türk hukukuna göre, yabancılık unsuru taşıması halinde sözleşmeler uluslararası sözleşme niteliği kazanır[10]. Bir sözleşmenin yabancılık unsuru taşıması için, tarafların farklı vatandaşlıkta olmaları[11]; birinin ikametgâh, mutad mesken veya işyerinin yabancı ülkede olması; malların yabancı bir ülkede bulunması; sözleşmenin yapıldığı yerin veya ifa yerinin yabancı ülkede olması[12]; taraflarca yabancı bir hukukun seçilmesi[13] gibi durumlardan birinin varlığı yeterlidir[14].

Fransız hukukunda ise uluslararası sözleşme kavramı kanun bazında tanımlanmamıştır[15]. Ancak fransız doktrininde sözleşmeye "uluslararası" nitelik veren kriter veya kriterler çokca tartışılmıştır. Bunlara paralel olarak, Fransız Yargıtayının bazı içtihatlarında bu kavramı tanımladığı önemli kararları[16] da mevcuttur. Bu kararlar, son zamanlardaki sözleşmenin ekonomik karakterine ağırlık veren yeni eğilimleri[17] yansıtması bakımından önem taşımaktadır.

---

[10] TEKİNALP, G.: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 10. Bası, İstanbul, 2009, s. 336; TİRYAKİOĞLU, s. 6; AKINCI, Z.: Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, İzmir, 1992, s. 3-4.

[11] Yargıtay 1986 yılında verdiği bir kararda, sadece davalının yabancı bir ülke vatandaşı olmasının sözleşmeye yabancılık unsuru vereceğini hüküm altına almıştır: Yar. 11. HD, 18.4.1986, YKD 1981, s. 992-995.

[12] TEKİNALP, s. 20; ULUOCAK, N.: Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul, 1989, s. 2-3; ÇELİKEL / ERDEM, s. 8-9; ŞANLI, C: Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk , Doktora Tezi, Ankara, 1986, s. 6 ve 30.

[13] NOMER, E. / ŞANLI, C.: Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, 2010, s. 308; ÇELİKEL, A. /NOMER, E.: Devletler Hususi Hukuku (Örnek Olaylar-Mahkeme Kararları), 10. Baskı, İstanbul, 2010, s. 318.

[14] Bir sözleşmenin MÖHUK'un uygulama alanına girebilmesi için herhangi bir yabancılık unsurunun yeterli olup olmadığı hususuna dair bkz. ÖZDEMİR, H.: *MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında "Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşmeler" ve "Uluslararası Sözleşme" Kavramları*, İBD, C.73, Sa.10-11-12, 1999, s. 926.

[15] Bununla beraber yeni Fransız Medeni Usul Kanununun 1492. maddesindeki uluslararası tahkimin tanımında kullanılan "uluslararası ticaretin menfaatlerini ilgilendirmesi" kıstasının kıyas yoluyla uluslararası sözleşme için de geçerli olduğu ileri sürülebilir: bkz. KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s. 53.

[16] Civ. 17 mai 1927, Pelissier du Besset, D.P.1928.1.25, concl. Matter, note Capitant; Civ. 14 fev 1934, D.P.1934.1.79; Civ. 19 fev 1930, Mardelé, Rev. Cr., 1931; Civ. 27 janv 1931, Dambricourt, Rev. Cr.,1931, s. 516-517; Civ. 2 mai 1966, Rev. Cr., 1967, s. 553; Civ. 7 mai 1963, Bull.civ.p.208, no.246; Civ. 18 mai 1971, Bull.civ.p.134, no 161; Civ. 13 dec 1975, Rev. Cr., 1976, s. 507 (Söz konusu kararların özetleri ve eleştirileri için bkz. KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s. 54 ila 60).

[17] Bu konuya sonraki bölümde değinilecektir.

2) Uluslararası Sözleşmenin Tanımında Kullanılan Kriterler

Her ne kadar uluslararası sözleşme kavramının tüm hukuk sistemleri bakımından geçerli olabilecek tam bir tanımını yapmak mümkün olmasa da, tanım yaparken kullanılan tüm kriterlerin iki esasa dayandırılmış olduğunu söylemek mümkündür. Bunlar sözleşmenin bağlama noktaları itibariyle birden fazla ülke ile bağlantılı olmasını esas alan hukuki kriterin kullanıldığı klasik tanım ile sözleşmenin uluslararası ticaretin menfaatlerini ilgilendirmesi esasına dayanan ekonomik kriteri temel alan tanımdır[18].

a) Hukuki Kriter

Hukuki kriterin esas alındığı klasik tanıma göre, "*birden fazla ülkenin hukuk sistemini ilgilendiren sözleşmeler*" uluslararası nitelik taşırlar. Çoğu zaman birden fazla ülkenin hukuk sistemiyle bağlantı, sözleşmede yabancılık unsurunun varlığıyla bir tutulmuştur. Buna göre, sözleşmeye uluslararası nitelik verebilecek yabancılık unsurları, sözleşmenin tarafları, konusu ve ifasına göre belirlenebilir. Diğer bir ifadeyle, tarafların farklı vatandaşlıkta olmaları; birinin ikametgâh, mutad mesken veya işyerinin yabancı ülkede olması; malların yabancı bir ülkede bulunması; sözleşmenin yapıldığı yerin veya ifa yerinin yabancı ülkede olması gibi hususlar sözleşmeye uluslararası nitelik vermek için yeterlidir. Bunun yanı sıra, taraflarca seçilen yabancı hukukun varlığı da, tartışmalı olmakla birlikte yabancılık unsurlarından sayılabilir[19]. Son olarak, uyuşmazlığa bakacak mahkeme açısından da yabancılık unsurunun gerçekleşebileceği ileri sürülmektedir[20]. Gerçekten de, bir sözleşme tüm unsurları ile belirli bir ülke hukukuna bağlı olsa bile, şayet o sözleşmeden doğan uyuşmazlık söz konusu ülkede değil de başka bir ülkede dava konusu edilirse, davanın açıldığı ülke açısından sözleşme tüm

---

[18] Bunlar için bkz KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s.16; STOFFEL, s.22; HEUZE, *Réglementation Française*, s.135; HEUZE, *Traité des Contrats*, s.5; ÖZDEMİR, *Uluslararası Sözleşme*, s.931.

[19] Doktrinde NOMER tarafından ileri sürülen bu fikre göre, yabancı bir hukukun seçimi için, akdin bir yabancılık unsuru taşıması şart değildir. Zira "yabancı bir hukuk seçimi" ile, o hukuki ilişki yabancı unsurlu bir hukuki ilişki haline gelir: bkz. NOMER / ŞANLI, s.308. SAKMAR ise, tamamen iç hukuka ait bir sözleşmeye sırf tarafların yabancı bir hukuku seçmiş olmalarından dolayı "uluslararası" nitelik vermenin, taraflara, iç hukukta yer alan ve hükümlerini beğenmedikleri kanunlardan kaçma imkanı vereceğini ve böylece emredici nitelikteki bazı kuralların etkisiz kalacağını belirtmektedir: SAKMAR, A.: *Le Nouveau Droit International Privé Turc*, Rec. des Cours, 1990-IV, Tome 223, s.356-357. Aynı yönde görüş için bkz. HOLLEAUX, D./ FOYER, J./ DE LA PRADELLE, G.: Droit International Privé, Paris, 1987, s.1368.

[20] ÇELİKEL / ERDEM, s.5; ULUOCAK, s.2; EKŞİ, *Yabancılık Unsuru*, s.3-5, ÖZDEMİR, *Uluslararası Sözleşme*, s.927-928.

unsurları bakımından yabancılık unsuru taşıyan sözleşmedir[21]. Görüldüğü gibi yabancılık unsuru uyuşmazlığa bakan mahkeme açısından göreceli bir kavramdır[22].

Hal böyle iken, uluslararası sözleşme kavramını salt yabancılık unsurunun bulunmasına indirgeyen tanımlara dikkat etmek gerekmektedir. Nitekim doktrinde bu ikisinin aslında farklı kavramlar olduğunu ileri süren düşünceler mevcuttur.

Bir görüşe göre, objektif açıdan iki veya daha çok ülke ile bağlantılı sözleşme uluslararası sözleşmedir. Bu sözleşmeden doğan uyuşmazlık hangi ülkenin mahkemesinde görülürse görülsün uygulanacak hukuk kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir. Yabancılık unsuru taşıyan sözleşme ise daha geniş bir içeriğe sahiptir[23]. Çünkü bu unsur sübjektif olarak belirlendiği için, bir ülkeye göre yabancılık unsuru taşırken diğerine göre taşımayabilir[24].

Diğer bir görüş[25] ise sözleşmeleri milli, yabancı ve uluslararası olarak ayırmaktadır. Buna göre, yabancı sözleşme, hükümleri bakımından yabancı bir ülkenin hukukuna tabi olan sözleşme, uluslararası sözleşme ise "*ifa işlemleri tek bir ülkede meydana gelmeyen sözleşmeler*" olarak tanımlanmıştır. Böylelikle, edimleri aynı ülkede yerine getirilen sözleşme, o ülkenin iç ekonomisine ilişkin bir sözleşme olarak nitelenmiştir. Doktrinde ise bu görüş, gerek yabancılık unsuru taşıyan sözleşmenin, gerekse uluslararası sözleşmenin kapsamını daralttığı için eleştirilmiştir[26].

Tüm bu tartışmalara yol açan "*birden fazla ülkenin hukuk sistemleriyle bağlantılı olma*" kavramından ne kastedildiği ve ne tür bağlama noktala-

---

21 LAGARDE, P.: *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, Rev. Cr. 1991, s.294. Turgut TURHAN'a göre bu tür sözleşmeler "sübjektif bakımdan milletlerarası sözleşme" olarak nitelendirilmektedir (TURHAN, T.: Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları, Ankara, 1996, s.6-7).

22 ULUOCAK, s.3.

23 Doktrinde, yabancılık unsuru taşıyan sözleşme ile uluslararası sözleşme kavramları arasındaki ilişkiyi, birincisinin ikincisine nazaran daha geniş bir içeriğe sahip olduğu yönünde açıklayan görüşler mevcuttur. Her uluslararası sözleşmenin aynı zamanda yabancılık unsuru taşıyan sözleşme de olmasına rağmen, her yabancılık unsuru taşıyan sözleşmenin, aynı zamanda uluslararası sözleşme olmadığını ileri süren görüşler için bkz. ÖZDEMİR, *Uluslararası Sözleşme*, s.930; EKŞİ, *Yabancılık Unsuru*, s.5.

24 ULUOCAK, s.3-4.

25 SEVİĞ, R.V.: *Borçlanma Ehliyetini Yöneten Kanun (Türkiye ile Almanya, Çekoslavakya, Fransa, İngiltere ve İsviçre'de)*, MHAD, 1976, Sa. 13, s.97-98.

26 EKŞİ, *Yabancılık Unsuru*, s.4.

rının bu bağlantının varlığından bahsedebilmek için yeterli sayılabileceği gerçekten de açıklığa kavuşturulması gereken muğlak kavramlardır.

Doktrinde yer alan tanımlardan yola çıkarsak, "*birden fazla ülkenin hukuk sistemleriyle bağlantılı olma*" halinin genel olarak tarafların vatandaşlığı, ikametgâhı, mutad meskeni, işyeri, sözleşmenin yapıldığı veya ifa edildiği yer, sözleşmenin konusunun bulunduğu yer gibi bağlama noktalarının bazen ayrı ayrı bazen de birlikte değerlendirmek suretiyle belirlendiğini görmekteyiz. Ancak, daha önce de belirttiğimiz gibi, değişik bağlantı noktalarına ağırlık verilerek yapılan böyle bir tanım uygulamada ortaya çıkabilecek bütün halleri kavrayacak nitelik ve yeterlilikte bulunmayabilir[27].

Bağlama noktalarından biri olan tarafların vatandaşlığını ele alırsak; belirli bir ülkede uzun zamandan beri ikâmet eden bir yabancı, günlük yaşantısının gereği olarak alelâde bir sözleşme yaptığı takdirde acaba bu sözleşme uluslararası bir niteliğe mi bürünecektir? Ya da taraflar kendi çıkarları doğrultusunda sözleşmelerini, bilerek ve isteyerek, tamamiyle suni bir biçimde yabancı bir ülkede yaptıkları takdirde, bu husus tek başına sözleşmeye "uluslararası" nitelik vermeye yeterli olacak mıdır? Ya da yersel veya kişisel anlamda hiçbir yabancılık unsuru taşımasa bile, bir sözleşmenin "uluslararası" nitelik taşıması mümkün değil midir? İşte bu ve bunun benzeri durumlar[28], yabancılık unsuruna dayanan ve "birden fazla ülkenin hukuk sistemleriyle bağlantılı olma" şeklinde açıklanan klasik tanımı yetersiz veya bazı durumlarda da aşırı kılmaktadır.

Nitekim bu mesele son yıllarda oldukça tartışılmış ve hatta uygulamada ortaya çıkan bazı sorunlar, uluslararası sözleşme kavramının tanımında farklı bir kriterden yola çıkılması gerekliliği hususunda yeni eğilimlere sebep olmuştur. İşte ekonomik kriter adı verilen kriterin ortaya çıkışı bu eğilimlerin bir sonucudur.

b) Ekonomik Kriter

Bir süredir doktrinde uluslararası sözleşme kavramının farklı esaslardan hareket edilerek yeniden tanımlanması eğilimleri oluşmuştur. Bu konudaki yeni eğilimlerin kaynağında Fransız mahkeme kararları bulunmaktadır. Fransız Yargıtayı, 17 Mayıs 1927 tarihinde verdiği ve *Matter Kararı*

---

[27] TİRYAKİOĞLU, s.6.

[28] Sözleşmeye uluslararası nitelik verebilecek unsurların değerlendirilmesi ve eleştirisi için bkz. KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s.27 vd. Yazar, uygulamada ortaya çıkabilecek sorunlar sebebiyle, uluslararası sözleşme kavramını maddi unsurlardan hareketle açıklayan klasik tanım için, doktrinin içinde bulunduğu "kriz" ifadesini kullanmıştır.

olarak bilinen kararında[29] uluslararası sözleşme kavramını, yapıldığı andan itibaren hükümleri itibariyle ülke sınırlarından öteye mal naklini ve karşılığında para transferini öngören sözleşme olarak tanımlamıştır. Daha sonraki yıllarda Fransız mahkeme içtihatlarının, sözleşmenin ekonomik karakterini esas alan bu karar doğrultusunda geliştiği görülmüştür. 1934 yılında verdiği bir başka kararda[30] Fransız Yargıtayı Matter kararında kullandığı kriteri daha genişletmiş ve "*milli ekonominin sınırlarını aşan*" işlemleri de kapsar bir biçimde yorumlamıştır. Tahkim şartının geçerliliğine ilişkin kararlarında[31], "*uluslararası ticaretin menfaatlerini ilgilendirmesi*" kriterini temel alan Fransız Yargıtayı, tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsızlığı konusunda verdiği kararlarında da bu görüşünü tekrarlamış[32] ve böylece uluslararası sözleşme kavramının, klasik tanımdan farklı olarak ekonomik kriterlere dayalı yeni bir tanımı ortaya çıkmıştır.

Sözleşmenin ekonomik karakterine ağırlık veren bu tanımın benimsendiği kararların farklı konulardaki uyuşmazlıklara ilişkin olduğunu söylemek mümkündür[33]. KASSIS, bu kararların, farklı konulara ilişkin olmakla birlikte, çok önemli bir ortak noktaya sahip olduğunu ileri sürmektedir[34]. Gerçekten de, bu üç tür kararda da, taraflar arasındaki sözleşmeye, Fransız maddi hukukunun emredici hükümlerinin uygulanmasını önlemek veya sözleşmenin uluslararası sözleşmelere tanınan farklı statüden yararlanmasını sağlamak amacı mevcuttur. Zira, Fransız Yargıtayının uluslararası sözleşmeyi, "*uluslararası ticaretin menfaatlerini ilgilendiren sözleşme*" olarak tanımladığı bu kararların özünde, taraflar arasında klasik tanıma uymamakla birlikte, niteliği itibariyle iç hukuk sözleşmesinden farklı, uluslararası niteliği ağır basan sözleşmelerin varlığı ve bu sözleşmelere, iç hukuk sözleşmelerinin tabi olduğu rejimin uygulanmasının yaratacağı uygunsuzlukları bertaraf etme düşüncesi yatmaktadır[35].

---

[29] Civ. 17 mai 1927, Pelissier du Besset, D.P.1928.1.25, concl. Matter: KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s.54.

[30] Civ. 14 fev 1934, D.P.1934.1.79: KASSIS, *Le Nouveau* Droit, s.56.

[31] Civ. 19 fev 1930, Mardelé, Rev. Cr., 1931; Civ. 27 janv 1931, Dambricourt, Rev. Cr.,1931, s.516-517 (KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s.57).

[32] Civ. 7 mai 1963, Bull.civ.p.208,no 246; Civ. 13 dec 1975, Rev. Cr., 1976, s.507 (KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s.59).

[33] Nitekim ilk grupta yer alan kararlar ödeme şekillerine dair bir hususu, ikinci grupta yer alan kararlar tahkim şartı veya sözleşmesinin geçerliliğini, üçüncü grupta yer alan kararlar ise tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsızlığı konusuna ilişkindir. Ayrıntılı bilgi için, bkz. KASSIS,*Le Nouveau Droit*, s.60.

[34] KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s.60.

[35] KASSIS, uluslararası sözleşmenin iki farklı tanımında kullanılan kriterlerin aslında birbirlerini tamamlayıcı nitelikte olduğunu zira her iki tanımın da işlevleri ve kullanıldığı alanların farklı olduğunu ileri sürmektedir. Söz konusu yazara

Ancak, sözleşmenin ekonomik karakterini öne çıkaran bu tür kararların yanı sıra, bazı kararlarında, Fransız içtihatının klasik tanıma geri dönüş yaptığı görülmektedir[36]. Hal böyle iken, Fransız Hukukunda iki farklı uluslararası sözleşme tanımının olduğunu söylemek mümkündür. Doktrinde yer alan bir görüş klasik tanımdan vazgeçilemeyeceğini savunurken[37], diğer bir görüş ise ekonomik kritere ağırlık veren tanımın yetkinliğini ileri sürmektedir[38]. Bunların yanı sıra, her iki kriterin de birarada varlıklarını sürdürebileceğini ve böylelikle karma bir tanımın yapılabileceğini savunan görüşler de mevcuttur[39].

Kanaatimizce, bir sözleşmenin "uluslararası" niteliğe sahip olup olmadığı, sözleşmeyi oluşturan unsurların bir bütün halinde değerlendirilmesi sonucunda tespit edilebilir[40]. Zira sadece hukuki kritere dayanılarak yapılan tanımda, evvelce incelediğimiz eksiklikler veya aşırılıkların bulunması kaçınılmaz olacaktır. Aynı şekilde, salt ekonomik kriterin esas alınması ise, bu kriterin başlı başına soyut ve her türlü yoruma açık ifadesinden[41] dolayı uygulamada sorunlara sebep olabilecek nitelikte belirsizlikler taşımakta-

---

göre, klasik tanımda kullanılan yabancılık unsurunun varlığı kriteri, sadece kanunlar ihtilafı kurallarının devreye girmesi ve bu sayede taraflara, sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçme imkanı tanıyan irade serbestisi ilkesinden yararlanmak bakımından etkilidir. Sözleşmenin ekonomik karakterini esas alan ikinci tanım ise, iç hukukun emredici kurallarının uygulama alanını daraltmak veya sözleşmenin, uluslararası nitelik taşıyan sözleşmelerin tabi olduğu farklı rejimden yararlanmasını sağlamak amacı taşımaktadır. KASSIS, adeta "güçlendirilmiş yabancılık unsuru" da denilebilecek, uluslararası ticaretin menfaatlerini ilgilendiren sözleşme kriterinin ortaya atılmasını bu sebebe bağlamaktadır (KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s. 63 vd).

36 Paris, 19 Juin 1971, J.C.L.P. 1971, 16926-16927 ile Civ. 7 Oct 1980, Rev. Cr., 1981, s.313. Her iki kararda da, "sözleşmenin uluslararası ticaretin menfaatlerini ilgilendirmesi" kriterine hiç değinilmediği dikkati çekmektedir.

37 LOUSSOUARN et BREDIN, Droit du Commerce International, Sirey, 1969, no.511 ve FONTAINE, M.: Le Contrat Economique International, VII. Journées Jean Dabin, Bruylant et Pédone, 1975, s.32.

38 MAYER, P.; Droit International Privé, Montchrestien, 1987, no.696 (naklen KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s.79).

39 KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s.88. Söz konusu yazar, uluslararası sözleşmeyi, her iki kritere de atıf yapmak suretiyle, "unsurları" veya "şartları" bakımından birden fazla ülke ile bağlantılı olan ve bu sebeple birden çok devletin hukuk sistemini ilgilendiren sözleşme olarak tanımlamıştır.

40 Bu yöndeki görüşler için bkz. ÖZDEMİR, *Uluslararası Sözleşme*, s.940; KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s.89.

41 Gerçekten de, uluslararası sözleşmenin tanımında kullanılan "uluslararası ticaretin menfaatlerini ilgilendirmesi" kriterinden ne anlaşılması gerektiği oldukça belirsizdir. "Uluslararası" ticaretin hangi "menfaatlerini" ne şekilde "ilgilendiren" sözleşmelerin söz konusu olduğunu tespit oldukça zordur.

dır[42]. Bu sebeplerden dolayı, uluslararası sözleşmeyi, her iki kriter bakımından da birden fazla ülkeyle bağlantılı olan sözleşme şeklinde tanımlayan bir *karma kriterin* kabulünün uygun olacağını düşünmekteyiz. Zira böylelikle hem hukuki hem de ekonomik olarak gerçek anlamda uluslararası niteliğe sahip bir sözleşmeden bahsedebiliriz.

B) Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralların Belirlenmesinde Kullanılan Yöntemler

Özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerin tek bir devletin hukuk düzeniyle ilgili olması halinde, konu sadece iç hukuku ilgilendirir. Her devletin iç hukukunun konusuna giren bu tür ilişkiler için uyguladığı bir iç hukuk sistemi vardır. Bu sistem, tarafların bir hukuki ilişkiye girerken nazara alacakları veya uyuşmazlık halinde mahkemece uygulanacak maddi hukuk kurallarından oluşmaktadır[43]. Medeni Hukuk, Ticaret Hukuku, Borçlar Hukuku ve diğer hukuk kuralları gibi.

Özel Hukuka ait ilişki veya uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması veya uluslararası niteliğe sahip olması halinde ise, konu Uluslararası Özel Hukukun ilgi alanına girecek ve bu tür ilişkilere, iç maddi hukuk kurallarından farklı bir takım kuralların uygulanması gerekecektir. Bu tür kurallara farklı yöntemler[44] aracılığıyla ulaşmak mümkündür.

Önceki bölümde, hangi sözleşmelerin "uluslararası sözleşme" olarak değerlendirileceğini incelemiştik. Bu bölümde ise, Uluslararası Özel Hukukun en önemli araçlarından biri olan uluslararası sözleşmelere uygulanacak kuralları belirleyen yöntemler ana hatlarıyla incelenecektir.

1) Kanunlar İhtilafı Yöntemi

Uluslararası sözleşmelere uygulanacak hukukun belirlenmesinde kullanılan en basit ve ilkel yöntem, sözleşmenin birden fazla ülke ile bağlantılı

---

[42] Bu yönde eleştiriler için bkz. HEUZE, *Traité des Contrats*, s.5; KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s.82; HEUZE, *Réglementation Française*, s.137.

[43] Yargılama usulüne ait kurallar da iç hukukun bir parçası olmakla beraber maddi hukuk kuralı sayılmazlar. Zira "maddi" hukuk kuralından anlaşılması gereken şekle ve usule ilişkin hükümlerin dışındaki hükümlerdir.

[44] MAYER, Droit International Privé, Paris, Montchrestien, 2001, s. 57 vd.; HOLLEAUX/FOYER/DE LA PRADELLE, s.162 vd.; SAYMAN, Y. : *Le dédoublement fonctionnel et la solution des conflits de lois en matière de sociétés commerciales*, Annales, Y.18, Tome 19, 1969, s.91; KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s.166-167-168. Bu yöntemlerin "kanunlar ihtilafı yöntemi", "doğrudan uygulanan kurallar yöntemi" ve "maddi uluslararası özel hukuk kuralları yöntemi" oldukları ileri sürülmektedir (ÇELİKEL/ ERDEM, s. 14-15; TEKİNALP, s. 54-58; HOLLEAUX/FOYER/DE LA PRADELLE, s.316 vd.).

olma özelliğinin göz ardı edilip, sözleşmeyi, doğrudan hakimin hukukunda yer alan ve böyle bir özellik taşımayan iç hukuk sözleşmelerine ilişkin kurallara tabi tutmaktır[45]. Belirtmek gerekir ki, uluslararası ilişkilerin ve ticaretin boyutlarının her geçen gün daha da geliştiği günümüzde böyle bir yöntemin geçerliliğini savunmak mümkün değildir[46]. Nitekim, bu yöntem artık hiçbir ülke hukuk sisteminde de yer almamaktadır. Zira böyle bir uygulama, uluslararası nitelik taşıyan ilişkilerin gelişmesinin önünde çok ciddi bir engel oluşturacağı gibi, kendine özgü ihtiyaçları olan uluslararası ticaret hayatını da felce uğratacaktır[47].

Uluslararası niteliğe sahip işlem ve ilişkilerin, bu niteliği taşımayanlara nazaran daha farklı özelliklere sahip olması ve bilhassa uluslararası ticaret hayatının kendine özgü ihtiyaçları ve iç hukuk sisteminden farklı menfaatlerin[48] söz konusu olması, bu tür ilişkileri düzenlerken yabancılık unsurunu dikkate alan yöntemlerin kullanılmasını gerekli kılar. Zira doğrudan haki-

---

[45] KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s.166.

[46] Fransız hukukçu BATIFFOL, farklı işlem ve ilişkilerin farklı hukuki normlarla düzenlenmesi gerektiğini, nasıl ki bir ticari satımla adi satım aynı kurallara tabi tutulamazsa, uluslararası satımın da bu ikisinden de farklı bir düzenlemeye ihtiyaç duyacağını belirtmiştir (BATIFFOL, H./ LAGARDE P., Traité de Droit International Privé, Paris, C.II,1971, s.221). Aynı görüş için bkz. SAKMAR, s.356.

[47] AGO, R.: *Règles Générales des Conflits de Lois*, Rec. des Cours, 1936, Tome 58 (naklen KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s.167). Bu yöntemin bir başka sakıncası da hukuki güvensizlik yaratacak olmasıdır. Gerçekten de, sözleşmeye uygulanacak hukuk, ihtilafın önüne getirildiği ülke mahkemesine göre değişebilecek; her ülke hukuk sisteminin kendi sosyal, kültürel ve ekonomik durumunun ürünü olmasından dolayı da bu hukuklar birbirlerinden çok farklı düzenlemelere sahip olabileceklerdir. Nitekim bazı yazarlar bu hususu Uluslararası Özel Hukukun varoluş nedenlerinden biri olarak göstermektedir. Zira yazara göre, yeryüzünde çeşitli hukuk sistemleri vardır ve bunlardan herbiri diğerinden farklı özelliklere sahiptir. Mahkemelerin her çeşit olaya kendi hukuklarını uygulamaları ise bu durumda adaleti sağlamak ve ilgililer veya hukuki ilişkinin bağlı bulunduğu diğer hukuk sistemleri açısından uygun bir çözüm biçimi olmayacaktır (ÇELİKEL/ ERDEM, s. 9-10). Böylesi bir durum ise, doktrinde "*forum shopping*" olarak adlandırılan tehlikeli eğilimi cesaretlendirmek olacaktır. Hal böyle iken, gerek taraflar (ya da en azından davalı taraf), gerekse sözleşmeyle ilgisi olan üçüncü kişiler hiç beklemedikleri bir hukuk düzeniyle karşı karşıya kalacak ve böylelikle genel anlamda uluslararası toplum menfaati de zarar görmüş olacaktır. Forum shopping kavramı için bkz. NOMER / ŞANLI, s.12; MAYER, *DIP*, s.177 vd.; AUDIT, B.: Droit International Privé, Paris, 2000, s.229.

[48] Uluslararası Özel Hukuk alanına giren işlem ve ilişkileri düzenleyen kurallar oluşturulurken dikkate alınması gereken bu menfaatler arasında taraf menfaati, işlem menfaati, düzen menfaati, devlet menfaati ve uluslararası toplumun menfaati bulunmaktadır (TEKİNALP, s.28-32). MAYER'e göre, uluslararası özel hukukun esas amacı, adaletten ziyade hukuki güvenliği sağlamaktır. Bunun için de, olayı en doğru ve adil sonuca ulaştıran hukukun değil, tarafların önceden tahmin edebilecekleri hukukun uygulanması gerekmektedir (MAYER, *DIP*, s.21).

min hukukunun uygulanması bu tür ilişkiler bakımından her zaman doğru ve adil sonuçlara ulaşmayı sağlayamamaktadır.

Yabancılık unsurunu dikkate alan bu yöntemler arasında halen dahi geçerliliğini koruyan ve en yaygın biçimde kabul görmesinden dolayı "klasik yöntem" olarak da adlandırılan yöntem "kanunlar ihtilafı yöntemi" dir[49].

a) Kanunlar İhtilafı Kurallarının Tanımı, İşleyişi ve Özellikleri

i) Tanımı

Herhangi bir özel hukuk ilişkisinin, konumuz açısından düşünüldüğünde ise sözleşmelerin, uluslararası nitelik taşıması halinde, bu hukuki ilişkinin birden fazla ülkenin hukuk sistemini ilgilendireceği şüphesizdir. Bu durumda söz konusu hukuki ilişkiye hangi hukukun uygulanacağı meselesi ortaya çıkmaktadır. Zira hukuki ilişkiyi düzenleme bakımından, ilgili ülke hukukları arasında bir rekabet durumunun varlığı söz konusudur. İşte bu noktada kanunların ihtilaf halinde olması, diğer bir deyişle "kanunlar ihtilafı" kavramı[50] doğmaktadır.

Kısaca tanımlayacak olursak, Uluslararası Özel Hukukun konusuna giren ilişkilere, belirli kıstaslardan hareketle hangi hukukun tatbik edileceğini gösteren kurallara kanunlar ihtilafı kuralları denmektedir[51].

Bazı Amerikalı hukukçular, meselenin kanunların ihtilaf halinde olmasından ziyade, ihtilaf halinde olan birden çok kanundan birinin seçimi meselesi olduğunu belirterek "*choice of law*" yani "*kanun seçimi*" terimini kullanmayı teklif etmişlerdir[52]. Ancak gerek Türk Hukukunda, gerekse Kara Avrupası Hukukunda "kanunlar ihtilafı" deyiminin benimsendiği söylenebilir.

Kanunlar ihtilafı kuralları, hemen hemen her ülkenin hukuk sisteminde olan ve o ülkenin iç hukukunun birer parçasını teşkil eden kurallardır[53].

---

[49] Kanunlar ihtilafı kurallarının tarihsel gelişimi için bkz. LOUSSOUARN/ BOUREL, Droit International Privé, Paris, 1996, s.65; MAYER, *DIP*, s.41 vd.; AUDIT, *DIP*, s.56 vd.

[50] Kanunlar İhtilafı kavramı, fransızcada "*conflit de lois*", ingilizcede "*conflict of laws*", almancada ise "*kollisionsrecht*" terimleriyle ifade edilmektedir.

[51] Farklı tanımlar için bkz. LOUSSOUARN/ BOUREL, s.3; KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s.199; TEKİNALP, s.21.

[52] ÇELİKEL / ERDEM, s.18; NOMER / ŞANLI, s.21; LOUSSOUARN/ BOUREL, s.45.

[53] Kanunlar ihtilafı kurallarını, "*uyuşmazlığın mahkemesi önüne getirildiği ülkenin, objektif olarak uluslararası nitelik taşıyan ilişkilere hangi ülkenin maddi hukukunun uygulanacağını belirleyen kuralları*" olarak ifade eden tanımlar için bkz. KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s.199.

Dolayısıyla, birden fazla ülkenin hukuk düzenini ilgilendiren bir meseleyle karşılaşan hakim, olaya uygulanacak hukuku tespit ederken, kendi kanun koyucusu tarafından belirlenen[54] kanunlar ihtilafı kurallarına göre hareket edecektir.

ii) İşleyişi

Kanunlar ihtilafı yönteminin işlevi, kendine özgü bir mekanizma içinde işlettiği kurallar aracılığıyla meseleye uygulanması en uygun, uyuşmazlıkla en yakın irtibat halinde olan hukuku belirlemek ve uygulamaktır. Diğer bir deyişle, kanunlar ihtilafı kuralları, hukuki ilişkinin objektif kıstaslara göre belirli bir ülke hukukuna bağlanmasını ve böylece uluslararası özel hukuk ilişkilerinin olabildiğince yeknesak biçimde düzenlenmesini amaçlamaktadır.

Kanunlar ihtilafı yöntemi, belirli aşamalardan oluşan bir sistem dahilinde işler[55]. Öncelikle yapılması gereken işlem, birden fazla hukuk düzenini ilgilendiren ilişkinin ait olduğu kategoriyi belirlemek yani ilişkiyi "nitelemek"tir[56]. Daha sonraki aşama ise, nitelenen bu ilişkiyi, kanun koyucunun en yakın irtibata sahip olduğunu varsaydığı ülke hukukuna bağlamaktır. Böyle bir ilişkilendirme için, "bağlama noktası" adı verilen[57] objektif kıstaslardan hareket edilir. Bunlar tarafların vatandaşlığı, ikametgâhı, mutad meskeni, sözleşmenin yapıldığı veya ifa edileceği yer, vb. olabilir[58]. Son aşama ise, bağlama noktaları neticesinde belirlenen ülke hukukunun hakim tarafından olaya uygulanması olacaktır.

Örneğin, bir Alman satıcı ile bir Türk alıcı arasında Almanya'da yapılan ve Türkiye'de ifası kararlaştırılan bir satım sözleşmesine uygulanacak hukuku tespit etmek durumundaki Türk hakimi, meseleyi sözleşmeden doğan bir borç ilişkisi olarak niteledikten sonra, kendi kanun koyucusunun oluşturdu-

---

54 Her ülkenin kanun koyucusu, kanunlar ihtilafı kurallarını oluştururken ulusal çıkarlar ile uluslararası ilişkilerin ihtiyaçları arasında denge sağlamayı amaçlamaktadır.

55 KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s.5; LOUSSOUARN/ BOUREL, s.45.

56 Dolayısıyla, kanunlar ihtilafı yönteminin uygulanmasının ön şartı olarak, meselenin iç hukuka mı yoksa uluslararası özel hukuka mı ait olduğunun hakim tarafından belirlenmesini gösterebiliriz. Bu konuya ilişkin bkz. KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s.15; HEUZE, *Réglementation Française*, s.105; HEUZE, *Traité des Contrats*, s.9.

57 Bağlama noktasının tanımı için bkz. ÇELİKEL / ERDEM, s.63; NOMER/ ŞANLI, s.89: Yazar, "bağlanması gereken olayı Devletler Özel Hukuku bakımından karakterize eden ve belirli bir hukuk nizamına gönderilmesinde istikamet veren vakıaları bağlanma noktası" olarak tanımlamıştır.

58 Değişik bağlama noktaları için bkz. NOMER/ ŞANLI, s.103 vd.; ÇELİKEL / ERDEM, s.68 vd.

ğu kanunlar ihtilafı kuralları içerisinde ilgili olanı bulup, bu kuralın kabul ettiği bağlama noktasının gösterdiği hukuku uygulayacaktır. Somut olayda bu kural Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunumuzun[59] 24'üncü maddesinde yer alan ve bağlama noktası olarak sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuku esas alan kuraldır. Çeşitli karinelerin kabul edildiği MÖHUK md. 24/f. 4'te yer alan bu karineler uyarınca en sıkı ilişki, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilmiştir. Ancak, kanun koyucu, halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmenin bu hukuka tabi olacağını hükme bağlamıştır. Dolayısıyla somut olayda Türk hakiminin uygulaması gerekli hukuk, MÖHUK. md. 24 gereği Alman Hukuku olacaktır.

iii) Özellikleri

Kanunlar ihtilafı kurallarının en belirgin özelliği, işlevinden de anlaşılabileceği gibi, uyuşmazlık konusu haline gelen olay veya ilişkiler hakkında bizzat karar vermemesi ve olaya doğrudan çözüm getirmemesidir[60]. Kanunlar ihtilafı kuralları sadece verilecek kararda uygulanması gerekli olan yetkili hukuku işaret eder. Bu bakımdan maddi hukuk kurallarından tamamen farklı bir nitelik taşırlar[61]. Bazı hukukçular kanunlar ihtilafı kurallarının bu niteliği için "lokalizasyon" amacı taşıyan[62] kurallar veya dolaylı niteliğe[63] sahip (*indirecte*) hukuk kuralları ifadesini kullanmaktadırlar.

Kanunlar ihtilafı kuralları aynı zamanda soyut[64] bir nitelik taşırlar. Bunun anlamı, kuralların tek başına olay hakkında maddi bir takım sonuçlara varmak için yeterli olmayacağı ve ancak uygulanması halinde somut bir takım sonuçlar doğuracağıdır.

---

[59] 27.11.2007-5718; RG. 12.12.2007. Bununla birlikte, 2007 yılına dek yürürlükte kalan 20.05.1982 tarihli ve 2675 sayılı eski MÖHUK'un 24'üncü maddesinde yer alan ve bağlama noktası olarak borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yerini esas alan kural uyarınca Türk hakiminin uygulaması gerekli hukuk, Türk Hukuku olacaktı (Bkz. 20.5.1982-2675; RG. 22.5.1982-17701).

[60] POMMIER, J.: Principe d'Autonomie et Loi du Contrat en Droit International Privé Conventionnel, Paris,1992, s.1; LOUSSOUARN/ BOUREL, s.5; Kanunlar ihtilafı kurallarını "gösterici" nitelikli kurallar olarak da nitelendirilir (TEKİNALP, s.21).

[61] KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s.205.

[62] HEUZE, *Réglementation Française*, s.107.

[63] HOLLEAUX/FOYER/DE LA PRADELLE, s.182.

[64] KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s.205; MAYER, *DIP*, s.84.

Kanunlar ihtilafı kurallarının, meselelere doğrudan çözüm getirmemesinin bir sonucu olarak, bu kuralların "*neutre*"[65] yani "taraf tutmayan"[66] kurallar olduğunu söyleyebiliriz. Gerçekten de, kanunlar ihtilafı kuralları, uygulanması muhtemel ülke hukuklarının getirdiği çözümler bakımından hiçbir fark gözetmemekte ve uygulanacak hukuku belirlemede, bu hukukların uygulanması sonucu ortaya çıkacak somut olay adaletini sağlamak kaygısı gütmemektedir[67]. Kanun koyucunun, kanunlar ihtilafı kurallarını oluştururken amaçladığı yegâne şey, hukuki ilişkiyi en sıkı irtibat halinde olduğu hukuk düzenine bağlamaktır[68].

Kanunlar ihtilafı kuralları kural olarak "*bilateral*" yani iki yönlü kurallardır. Bunun anlamı kuralların, ilişki veya uyuşmazlığa uygulanacak hukuk olarak, kabul edilen bağlama noktasına göre, bazen hakimin hukukunu (*lex fori*) bazen de yabancı bir hukuku yetkili göstermesidir[69].

---

[65] MAYER, DIP, s.84. Fransız doktrininde bazı hukukçularca ileri sürülen bir fikre göre, kanunlar ihtilafı kurallarının "*neutre*" olduğunu söylemek gerçeği tam olarak yansıtmamaktadır. Bu fikre göre, kanun koyucu belirli bir kanunlar ihtilafı kuralını oluştururken kullandığı bağlama noktası da, diğer bağlama noktalarını tercih etmeme yönünde yaptığı bir seçimdir. Dolayısıyla baştan itibaren yapılan bir seçimin varlığı söz konusudur. Diğer taraftan gerek ölüme bağlı tasarrufların gerekse sözleşmelerin şekli hususunda hemen hemen her ülke hukukunda benimsenen "*favor testamenti*" ve "*favor validitatis*" ilkeleri, kanunlar ihtilafı kurallarının belli bir sonucu gözettiği, dolayısıyla tam anlamıyla neutre olmadığını gösterir. Bu fikre göre, iki tür kanunlar ihtilafı kuralı vardır. İlki bu özelliklere sahip olan "salt lokalizasyon amaçlı" kanunlar ihtilafı kuralları, ikincisi ise somut olayı çözerken belli bir amaca hizmet eden kanunlar ihtilafı kurallarıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. LOUSSOUARN, Y. : *La règle de conflit est-elle une règle neutre?*, Travaux du Comité Français de Droit International Privé, 1981, s. 43-68; LOUSSOUARN/ BOUREL, s.151.

[66] Taraf tutmayan kurallar deyiminden kastedilen, kanunlar ihtilafı kurallarının ait olduğu ülkenin iç hukukunun diğer bir ifadeyle hakimin hukukunun hiçbir şekilde yabancı hukuklara nazaran bir ayrıcalığının bulunmaması ve uygulanması olası olan bu iki hukukun da eş değere sahip olmasıdır. Fransız doktrininde kanunlar ihtilafı kurallarının bu özelliği, "*dénuée de nationalisme*" yani "*milliyetçilikten yoksun*" deyimiyle ifade edilmektedir. Bkz. KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s.205; MAYER, *DIP*, s.85.

[67] KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s.205; MAYER, *DIP*, s.85.

[68] TEKİNALP, s. 28. Aksi fikir için bkz. VON OVERBECK, A.: *Cours Général de Droit International Privé*, Rec. des Cours, 1982/III, Tome 176, s.73 vd.; GRAULICH, P.: La Signification Actuelle de la Règle de Conflit, Mélanges Alex Weil, Paris, 1983, s.301.

[69] Örneğin, MÖHUK. md. 9/I'e göre, "hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabidir". Bu kural, ilgili Türk vatandaşı ise Türk hukukunun, yabancı ülke vatandaşı ise, bağlı bulunduğu ülke hukukunun ehliyet konusunda uygulanması sonucunu doğurmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, kanunlar ihtilafı kurallarının iki yönlü olma özelliği mutlak değildir[70]. Zira öyle bazı kanunlar ihtilafi kuralları vardır ki, düzenlediği konular itibariyle yalnız iç hukukun veya yalnız yabancı hukukun uygulanması amacıyla konulmuştur. Tek taraflı (*unilatéral*) kanunlar ihtilafı kuralları denilen bu tür kurallar, yalnız vatandaşlar, yalnız yabancılar veya o ülkede bulunan mallar için, hakimin hukukunun veya yabancı hukukun uygulanması amacını taşırlar[71]. Örneğin, MÖHUK. md. 20/f. 1' de yer alan "*Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar hakkında Türk hukuku uygulanır*" şeklindeki kural, sadece Türk hukukunun yetkisini gösterdiği için tek taraflı bir kanunlar ihtilafı kuralıdır[72]. Bununla beraber doktrindeki hakim düşünce, iki yönlü kanunlar ihtilafı kurallarının uluslararası özel hukukun amacına ve bünyesine daha uygun olduğu yönündedir[73]. Zaten bu sebepledir ki bu amaç yeni kodifikasyonlarda büyük ölçüde gerçekleştirilmiş ve tek taraflı kuralların azaltılması yönündeki eğilim, bu kuralların kıyas yoluyla iki yönlü kurallar olarak kullanılması sonucunu doğurmuştur[74].

b) Sözleşmeler Alanındaki Kanunlar İhtilafı Kurallarının Yapısı

Sözleşme, tarafların belirli bir hukuki sonuca ulaşmak amacıyla karşılıklı olarak irade beyanında bulunmalarıdır. Bundan hareketle sözleşme kavramının temelinde tarafların iradesinin bulunduğu söylenebilir. İç maddi hukukta belli sınırlar[75] içinde taraflara sözleşme yapma özgürlüğünün tanınması da ticari hayatın özelliği[76] ile bağlantılı olduğu kadar, sözleşme-

---

[70] Bu sebepten dolayı, kanunlar ihtilafi kurallarının genel özellikleri arasında iki yönlü olmasının da sayılması doktrinde son zamanlarda eleştirilmeye başlanmıştır. Bu konuda bkz. MAYER, *DIP*, s.85; LOUSSOUARN/ BOUREL, s.93; HOLLEAUX/ FOYER/ DE LA PRADELLE, s.184.

[71] ÇELİKEL/ ERDEM, s.73-74.

[72] Dikkat edilecek olursa, bu tür tek taraflı kurallar, kanunlar ihtilafının genel özellikleri arasında saydığımız "belli bir amaç gütmeme" ya da "sonuçla ilgilenmeme" veyahut "taraf tutmama" gibi özellikler bakımından da farklılık göstermektedir. Nitekim, bu örnekte, kanun koyucunun Türkiye'de bulunan taşınmazlar bakımından kendi hukukunun uygulanmasını tercih etmesi gibi hem belli bir amaç gözetilmesi hem de belli bir safta yer alınması durumu söz konusudur.

[73] ÇELİKEL/ ERDEM, s.74.

[74] ÇELİKEL/ ERDEM, s.74. Aynı yönde düşünce için bkz. NOMER/ ŞANLI, s.93.

[75] Türk hukuku bakımından bu sınırlar Borçlar Kanununun 19 ve 20'nci maddelerinde yer almaktadır. Buna göre, bir sözleşmenin konusu, kanunun gösterdiği sınırlar içinde serbestçe kararlaştırılabilir. Ancak sözleşmeler, emredici hükümlere, kanuna, kamu düzenine, ahlâka ve şahsiyet haklarına aykırı olamaz (ÇELİKEL/ ERDEM, s.315).

[76] ÇELİKEL/ ERDEM, s.315.

den doğan borç ilişkilerinin tarafların iradesiyle oluşması özelliğinden de kaynaklanmaktadır.

Sözleşmeler alanında taraflara tanınmış olan bu özgürlük, doğal olarak uluslararası özel hukukun kapsamına giren sözleşmelere de yansımıştır. Nitekim Ortaçağ'da bu tür sözleşmeler, gerek esas gerekse şekil bakımından yapıldıkları yer hukukuna (*lex loci actus*) tabi iken, günümüzde, sözleşmelerin tabi olacakları hukuk esas ve şekil olmak üzere farklı biçimde düzenlenmiş, esasa uygulanacak hukuk bakımından ise, sözleşmelerin oluşması esnasında ana unsur teşkil eden taraf iradelerinin bu hususta da söz sahibi olması gerekliliği kabul edilmiştir. Uluslararası sözleşmeler konusunda taraf iradeleri, sözleşmenin tabi olacağı hukukun seçiminde kendini göstermektedir. Uluslararası özel hukukta "irade serbestisi" ilkesi bu anlama gelmektedir[77].

Hal böyle iken, sözleşmeler alanındaki kanunlar ihtilafı kurallarının ikili bir yapıya (*la dualité des règles de conflit de lois*) sahip olduğunu söylemek mümkündür. Bunun anlamı, sözleşmeye uygulanacak hukukun öncelikle tarafların seçtikleri hukuk olması (irade serbestisi ilkesi/ *Principe de la loi d'autonomie*), tarafların bu yönde bir hukuk seçimi yapmadıkları halde ise uygulanacak hukukun, sözleşmenin objektif açıdan belirli bir hukuk düzenine bağlanması yani lokalize edilmesi amacı taşıyan bağlama noktaları yoluyla bulunmasıdır[78].

i) İrade Serbestisi İlkesi

Uluslararası Özel Hukukta kabul edilen irade serbestisi ilkesi ile iç hukuk alanında kabul edilen irade serbestisi ilkesi birbirinden farklıdır[79]. İç

---

[77] GOUNOT, irade serbestisi ilkesini çok özlü bir biçimde tanımlamıştır: "Sözleşmeler alanında irade herşey demektir. Sözleşmenin kuruluşunda olduğu kadar yorumunda da tek esas tarafların iradeleri aracılığıyla murad ettikleridir. Zira taraflar, istedikleri için, istedikleri zaman ve ancak istedikleri ölçüde sözleşmeyle kendilerini yükümlülük altına sokarlar" (GOUNOT, Le Principe de l'Autonomie de la Volonté en Droit International Privé. Contribution à l' Etude Critique de l' Individualisme Juridique, th. Dijon, 1912, naklen HEUZE, *Réglementation Française*, s.65).

[78] Belirtmek gerekir ki, irade serbestisi ilkesi her ülke hukuk sistemince birincil bağlama kuralı olarak benimsenmemiştir. Bazı ülkelerde öncelikli olarak objektif bir bağlama noktası kabul edilmiş, bununla beraber tarafların başka bir hukuku seçebilecekleri belirtilmiştir. 8 Aralık 1961 tarihli Sovyetler Birliği Medeni Hukuk Mevzuatının Esasları Hakkında Kanun, 1975 tarihli Kanunlar İhtilafı Hakkında Cezayir Kanunu ve İtalyan Medeni Kanunu bunlara örnektir: PELICHET, M.: *La Vente Internationale de Marchandises et Le Conflit de Lois*, Rec. Des Cours, 1987/I, Tome 201, s.110.

[79] Bu konuda ayrıntılı bilgi ve bu iki kavramın tarihçesi için bkz. DELAUME, G.: *L'Autonomie de La Volonté en Droit International Privé*, Rev. Cr. 1950, s.321-322 ;

hukukta tarafların emredici hükümler saklı kalmak kaydıyla sözleşmelerini tamamlayıcı kurallar bazında diledikleri gibi düzenleyebilecekleri anlamına gelen irade serbestisi, uluslararası niteliğe sahip sözleşmeler alanında ise, tarafların sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçebilmelerini ifade etmektedir[80]. Üstelik taraflarca seçilen bu hukuk, gerek emredici gerekse tamamlayıcı hükümleri ile tüm sözleşmeyi idare etmesi bakımından iç hukuktan farklılık gösterir.

İrade serbestisi ilkesi, diğer bir deyişle, tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilmeleri esası günümüz hukuk sistemlerinde büyük ölçüde benimsenmiştir[81]. Büyük çapta kabul görmesinin yanı sıra, irade serbestisi ilkesinin asıl önemi, sözleşmeler alanında öncelikli olarak uygulanan kural olmasından ileri gelmektedir. Gerçekten de, hakimin ülkesi hukukunda sözleşmeler alanında yer alan ve objektif bağlama noktaları

SCHNITZER, F. Adolf: *Dahili Hususi Hukukta ve Devletler Hususi Hukukunda Âkitlerin Muhtariyeti*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt VI, Sayı 1, İstanbul, 1940, s.182 vd (Çev. Davran, B). "Âkitlerin muhtariyeti" almancada "Parteiautonomie" olarak ifade edilmektedir. "Tarafların muhtariyeti" de denilen bu tabir fransızcada "*Autonomie de la volonté*" yani "iradenin istiklâli" tabiriyle karşılanmaktadır: SEVİĞ, M.R. Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, 1937, s.328).

80 Bununla beraber Fransız doktrininde bazı hukukçular, taraflarca yapılan hukuk seçimi için (*electio juris*) "irade serbestisi" deyiminin kullanılmasının son derece sakıncalı olduğunu ileri sürmektedirler (KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s.196; HEUZE, *Réglementation Française*, s.14). Bu hukukçulara göre, irade serbestisi ilkesi, 19.yy'da kanun koyucu ve hukukçuların, sözleşme kavramını modern bir biçimde yorumlamaları amacıyla ortaya atılmış bir "hukuki dogma" dan başka bir şey değildir. İrade serbestisi ilkesine bundan başka anlamlar yüklemek, özellikle de Uluslararası Özel Hukuk alanında anlaşılan haliyle "hukuk seçimi" ile bir tutmak, bu dogmayı adeta kanunlar ihtilafı alanına taşımak olacaktır ki bu da hukuki karışıklığa neden olacaktır. Dolayısıyla bu hukukçular "iradenin" serbestliğinden değil, tarafların hukuk seçimi yönündeki "özgürlüğünden" bahsetmenin doğru olacağını savunmaktadırlar. Zira bu fikre göre, iç hukuktaki irade serbestisi ilkesi, tarafların iradelerinin kanun önüne geçmesi anlamına gelirken, Uluslararası Özel Hukuk'ta ise, iradenin kanunun üzerine çıkması değil, tarafların hukuk seçimi yapma özgürlüklerini kullanarak, bir kanunu diğerine tercih etme durumu söz konusudur. (Fransızca'da irade serbestisi ilkesi "*principe d'autonomie*", "*loi d'autonomie*", "*autonomie de la volonté*", "*principe de la loi d'autonomie*" deyimleriyle her iki anlamı da kapsayacak biçimde kullanılmaktadır).

81 Hukuk mevzuatında bu hususda bazı belirsizlikleri bulunan Çin, irade serbestisi ilkesini hukuk düzenlerine katmakta son derece başarısız olan Arjantin, Brezilya, Şili, Honduras, Paraguay gibi bazı Latin Amerika ülkeleri (Peru ve Meksika hariç) ve "*Restatement Second*"a rağmen eyalet bazında halen bazı istisnalara sahip A.B.D hukuk mevzuatı dışında tüm dünya hukuk sistemlerinde irade serbestisi ilkesi benimsenmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. HEUZE, *Réglementation Française*, s.110-111.

öngören diğer kurallar, irade serbestisi ilkesince taraflarca seçilmiş bir hukukun bulunmaması durumunda uygulama alanı bulacak *ikincil* bir role sahiptirler[82].

Sözleşmenin, tarafların seçtikleri hukukla düzenlenmesi olarak tanımlanan irade serbestisi ilkesinin kanunlar ihtilafı kuralı teşkil edip etmediği doktrinde bir kısım hukukçularca tartışma konusu yapılmıştır[83]. Hakim fikre göre, irade serbestisi, diğer kanunlar ihtilafı kurallarının aksine, ifa yeri, ikametgâh veya vatandaşlık gibi objektif değil, tarafların hukuk seçimine ilişkin iradelerine dayanması bakımından *sübjektif* bir bağlama noktası öngören kanunlar ihtilafı kuralıdır. Zira kanunlar ihtilafı kurallarının genel görünümünden farklılık gösterse dahi, kuralların temel işlevi olan "uygulanacak hukuku belirleme" işlevi burada da mevcuttur.

İrade serbestisi ilkesi, gerek taraflar gerekse sözleşmenin niteliği açısından birçok yarara sahiptir. Taraflara aralarındaki sözleşmeye uygulayacakları hukuku seçme imkânı tanıyan bu ilke, herşeyden önce taraf menfaati bakımından büyük önem taşır. Zira, taraflar sözleşmelerine uygulanacak hukuku önceden bilebilecekler ve böylece kendilerini güvencede hissedebileceklerdir. Bunun sonucunda da taraflar, iyi bildikleri bir kanunun uygulama

---

[82] Bu sebepledir ki, sözleşmeler alanındaki kanunlar ihtilafı kuralları ikili bir yapıya sahiptir. Söz gelimi Türk hukukunda sözleşmeden doğan borç ilişkilerini düzenleyen MÖHUK. md. 24 ilk fıkrasında "*Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir*" hükmüyle öncelikle irade serbestisi ilkesine etki tanımış, dördüncü fıkrasında ise tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları ihtimalini çeşitli karineler çerçevesinde düzenlemiştir. Buna göre, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları ihtimalinde sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanacak hukuk, sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk olarak kabul edilmiştir. MÖHUK md. 24/f. 4'te yer alan çeşitli karineler uyarınca en sıkı ilişki, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilmiştir. Ancak, kanun koyucu, halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmenin son tahlilde bu hukuka tabi olacağını hükme bağlamıştır. (Önceden yürürlükte olan 2675 sayılı MÖHUK uyarınca "*Tarafların açık olarak bir kanun seçmemiş olmaları halinde borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerin de tespit edilemediği hallarde ise sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku uygulanır*" demek suretiyle farklı bir objektif bağlama kuralı kabul edilmişti).

[83] DEBY-GERARD: Le rôle de la règle de conflit dans le réglement des rapports internationaux, Dalloz, 1973 (naklen KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s.199). KASSIS, *Le Nouveau Droit*, s.199 vd.

alanı içinde hızlı hareket etme imkânına sahip olabileceklerdir. Eğer yabancı bir kanun taraflara empoze edilseydi, içinde bulundukları bu belirsizlik, günümüzdeki zorlu rekabetin gerekleri ile pek bağdaşmayan ve ilgilileri zarara uğratacak olan birtakım gecikmelere neden olabilirdi[84]. Bu sebeple irade serbestisi ilkesinin uluslararası ticaretin ihtiyaç ve gereklerinden doğduğunu söyleyebiliriz[85].

Özellikle uluslararası satım sözleşmeleri alanında irade serbestisi ilkesinin daha derin bir önemi vardır. Zira taraflara öngörülebilirlik ve güvence sağlamasının yanı sıra[86], satım sözleşmelerinin konusunu oluşturan belli bir malın pazarına egemen olan ülkenin hukukunu seçme, böylelikle o mal bakımından daha gelişmiş bir hukuk sistemine sahip ülkenin hukukunu kendi satım sözleşmelerine uygulama imkânı da tanımaktadır.

Görüldüğü gibi irade serbestisi ilkesi, sayılan yararları dolayısıyla hemen hemen tüm ülke hukuk sistemlerince benimsenmiş, farklılıklar ise sadece bu serbestinin sınırları[87] bakımından söz konusu olmuştur. Gerçekten de, sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesinde taraflara tanınacak irade serbestisi mutlak bir serbesti olmamakla birlikte, bu serbestinin sınırlarının ne olacağı konusu tartışmalıdır[88]. Ancak bu hususa ilişkin hiç tereddütsüz söylenebilecek tek şey, irade serbestisinin sadece "uluslararası" nitelikteki sözleşmeler bakımından geçerli olacağıdır.

Bunun dışında, taraflarca yapılacak hukuk seçiminin sınırlarının, seçilen hukukun sözleşmeyle ilgisinin olup olmaması, bu hukukun niteliği, seçimin şekli, zamanı ve kapsamı konularıyla ilişkili olduğunu söyleyebiliriz.

Acaba sözleşmenin tarafları, sözleşmeleri ile hiçbir objektif irtibata sahip olmayan bir hukuku seçebilirler mi yoksa seçilen hukukun sözleşme ile objektif bir illiyet bağının bulunması mı gerekir?[89] Ya da tarafların seçtikleri hukuk mutlaka belli bir ülkenin hukuku mu olmalıdır yoksa *lex mercatoria* adı verilen ticari örf ve âdet hukukunun bu anlamda bir hukuk seçimi sayıl-

---

84 TİRYAKİOĞLU, s.20.

85 Uluslararası Özel Hukuk açısından irade serbestisi ilkesinin doğuşu ve tarihsel gelişimi için bkz. MAYER, *DIP*, s.453; HOLLEAUX/FOYER/DE LA PRADELLE, s.593; AUDIT, *DIP*, s.144 vd.; LOUSSOUARN/ BOUREL, s.181 vd.

86 WENGLER, W.: *L'Evolution Moderne du Droit International Privé et La Prévisibilité du Droit Applicable*, Rev. Cr. 1990, s.669.

87 Tarafların hukuk seçiminde bulunabilmeleri anlamına gelen irade serbestisi ilkesinin de bazı sınırları vardır.

88 AKINCI, *Uygulanacak Hukuk*, s.11.

89 TİRYAKİOĞLU, s.21; SAKMAR, s.358; AKINCI, *Uygulanacak Hukuk*, s.12; HOLLEAUX/FOYER/DE LA PRADELLE, s.596.

ması mümkün müdür?[90] Hukuk seçimi ne zaman yapılabilir?[91] Kısmi seçim (*depeçage*) veya birden fazla hukuk seçimi yapılabilir mi?[92] Hukuk seçiminin yapılış şekli ne olmalıdır?[93] Acaba bir defa seçildikten sonra sözleşmeye mutlak ve kesin olarak bu hukuk mu uygulanır yoksa başka hukukların uygulanmasını gerektirecek haller söz konusu olabilir mi?[94] İşte bu gibi sorulara verilecek yanıtlar irade serbestisi ilkesinin sınırlarını oluşturmaktadır. Bu sınırlar oluşturulurken, ilkenin varlık sebebinin taraf menfaatlerine hizmet etmek olduğunu, bu amacı ortadan kaldıracak derecedeki kısıtlamaların, ilkenin varlık sebebini ortadan kaldıracağını her zaman göz önünde bulundurmak gerekmektedir.

ii) Objektif Bağlama Noktaları

Tarafların uygulanacak hukuka dair bir seçim yapmamaları durumunda sözleşmeye uygulanacak hukukun nasıl belirleneceği sorunu ortaya çıkar. Sözleşmeyi belirli bir ülke hukukuyla irtibatlandırma, diğer bir deyişle sözleşmeyi *lokalize etme* ihtiyacına her ülke hukuk sistemi farklı bir biçimde çözüm getirmiştir[95].

Doktrinde, tarafların hukuk seçimine dair irade beyanlarının yokluğu halinde, farazi veya muhtemel iradelerinin aranmasını teklif edenler vardır[96]. Buna göre sözleşmeye uygulanacak hukuk, *taraflarca seçildiği*

---

90 TİRYAKİOĞLU, s.24; SAKMAR, s.360; HOLLEAUX/FOYER/DE LA PRADELLE, s.597.

91 TİRYAKİOĞLU, s.24; SAKMAR, s.361; AKINCI, *Uygulanacak Hukuk*, s.14; HOLLEAUX/FOYER/DE LA PRADELLE, s.595.

92 TİRYAKİOĞLU, s.25; SAKMAR, s.359; AKINCI, *Uygulanacak Hukuk*, s.15; HOLLEAUX/FOYER/DE LA PRADELLE, s.597.

93 TİRYAKİOĞLU, s.27; SAKMAR, s.360; AKINCI, *Uygulanacak Hukuk*, s.13; HOLLEAUX/FOYER/DE LA PRADELLE, s.595.

94 HEUZE, *Réglementation Française*, s.157; TİRYAKİOĞLU, s.26; SAKMAR, s.357; AKINCI, *Uygulanacak Hukuk*, s.11.

95 Olası çözüm biçimleri için bkz. AKINCI, *Uygulanacak Hukuk*, s.23 vd; TİRYAKİOĞLU, s.32 vd.

96 Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. AKINCI, *Uygulanacak Hukuk*, s.17; TİRYAKİOĞLU, *Uygulanacak Hukuk*, s.30. Bu noktada açık irade, zımni yani örtülü irade ve farazi irade kavramlarının birbirleriyle karıştırılmaması gerekir. Şöyle ki, hukuk seçiminin "açık" olmasıyla kastedilen, tarafların belirli bir hukuku seçme konusundaki iradelerinin, yorum gerektirmeyecek şekilde net ve anlaşılır olmasıdır (NOMER/ ŞANLI, s.310). Taraflar hukuk seçimi hakkındaki iradelerini açık olarak beyan etmemiş olsalar dahi, şayet bir hukuk seçimi yapmış olduklarına ilişkin iradelerinin varlığı bir şekilde anlaşılabiliyorsa, bu takdirde zımni (örtülü) hukuk seçiminden bahsedilir (NOMER/ ŞANLI, s.310). 5718 sayılı MÖHUK md. 24/ f. 1, c. 2'deki "*akdin hükümlerinden veya halin şartlarından*

varsayılan hukuktur. Hakim, tarafların varsayılan iradesini belirlerken, kendisini onların yerine koyup, taraflar eğer hukuk seçimi yapacak olsalardı hangi hukukun uygulanmasını isterlerdi varsayımından hareket etmektedir. Ancak hukuk seçimine dair böyle bir yetkinin hakime verilmesi, çoğu zaman hakimin varsayılan hukuk seçimini bahane ederek kendi hukukunu uygulamasına sebep olmuştur. Bu durum ise, farazi iradenin tarafların gerçek iradesi olmamasından dolayı benimsenmemesine yol açmış[97] ve sözleşmeye uygulanacak hukukun objektif esaslar çerçevesinde belirlenmesi gereği ortaya çıkmıştır.

Sözleşmeye uygulanacak hukukun objektif esaslara dayanılarak belirlenmesi için iki yöntem savunulmuştur. Bunlardan ilki, sözleşmenin yapıldığı yer hukuku, ifa yeri hukuku, hakimin hukuku ve taraflara ilişkin irtibatları esas alan hukuk gibi bağlama noktaları öneren katı ve esnek olmayan yöntemdir. İkinci yöntem ise, daha amaçsal bir özellik taşıyan ve sözleşmenin en sıkı irtibatlı olduğu hukuk sistemine ulaşmayı hedefleyen esnek yöntemdir[98].

Esnek olmayan yöntemlere göre sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesinde önerilen ilk bağlama noktası "*sözleşmenin yapıldığı yer hukuku*" dur. Ancak bu hukuk, çoğu zaman tesadüfi[99] ve özellikle gaipler arasındaki sözleşmeler açısından tespiti zor olduğundan günümüzde pek az ülke hukuk sistemince benimsenmektedir[100].

Bazı ülke hukuk sistemlerince sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesinde *hakimin hukukunun* (*lex fori*) bağlama noktası olarak

---

tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir" şeklindeki ifade kanunun zımni hukuk seçimini benimsediğini göstermektedir. Burada önemle vurgulanması gerekli olan husus, kanunun açık veya örtülü hukuk seçimi şeklinde de olsa, tarafların iradelerinin mutlaka onların "gerçek iradeleri" olmasıdır. Diğer bir ifadeyle tarafların "farazi iradeleri" ile hukuk seçiminde bulunabileceklerinin kabulü MÖHUK sisteminde benimsenmemiştir. Bunun anlamı, akdin yapıldığı esnada akıllarına gelseydi hangi hukuku seçerlerdi veya objektif olarak hangi hukuk onların menfaatine daha çok hizmet ederdi düşüncesinden hareket edilerek tarafların varsayımsal iradeleri ile bir hukuk seçiminin varlığı sonucunun çıkarılamayacağıdır (NOMER/ ŞANLI, s. 310).

97 Özellikle satım sözleşmelerinde farazi iradenin benimsenmesi, uluslararası ticaretin gerektirdiği hukuki güvenlik ve öngörülebilirliği zayıflatmaktadır. Tarafların davanışları ile desteklenmediği takdirde, bir satım sözleşmesinde tarafların normal menfaatlerinin, onları satıcının hukuku veya alıcının hukuku veyahut da ifa yeri hukukunu seçmeye teşvik edip etmediğini bilmek imkânsızdır (TİRYAKİOĞLU, s.32).

98 TİRYAKİOĞLU, s.33 vd.

99 BATIFFOL/ LAGARDE, *Traité*, s.214-230.

100 Bu ülkeler arasında İtalya, Portekiz, İspanya ve bazı Latin Amerika ülkeleri bulunmaktadır (PELICHET, *Vente*, s.130).

uygulanması kabul edilmiştir. Ancak *lex fori*'nin uygulanması, uluslararası ticaretteki hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ihtiyacına cevap veremediği ve *forum shopping*'e yol açma tehlikesini barındırdığı için uygun bir çözüm biçimi olmaktan uzaktır.

Bağlama noktaları arasında en yaygın olarak kabul edilen hiç şüphesiz "*ifa yeri hukukudur*". Gerçekten de ifa yeri bağlama noktası, sözleşme ile tesadüfi olmayan bir irtibata sahiptir. Fransız hukukçu *Batiffol*, tarafların sözleşmelerini ifa yerinde lokalize ettiklerini ve sözleşmenin bu yerde etkilerini doğuracağını ileri sürmektedir. Çünkü, taraflar belli bir amaç uğruna sözleşme yaparlar ve bu beklentileri ifa yerinde gerçekleşir. Ancak tam iki tarafa borç yükleyen yani sinallagmatik sözleşmelerde ifa yeri hukuku soruna çözüm olamamaktadır. Zira bu tür sözleşmelerde iki tane ifa yeri bulunmaktadır. Doktrinde, bu durumda ifa yerlerinden birinin tercihi yoluna gidilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. *Batiffol'e* göre bu yer, sözleşmenin ağırlık noktasını teşkil eden, onu diğer sözleşmelerden ayıran yani onu *karakterize eden edimin ifa yeri* olmalıdır[101].

Taraflara ilişkin irtibatları esas alan bağlama noktaları ise, ya onların milli hukukları ya da ikametgâh, mutad mesken ve işyerleri olabilmektedir. Ancak sinallagmatik sözleşmelerde bunlar yetersiz kalmakta zira bu durumda ortada iki borçlu ve iki alacaklı bulunmaktadır. Bunun sonucunda, karakteristik edim borçlusunun milli hukuku, ikametgâhı, mutad mesken veya işyeri hukukunun bağlama noktası olarak kabulü gerekmiştir. Bu bağlama noktalarının, birçok uluslararası sözleşme ve ulusal mevzuatta benimsendiği görülmektedir[102]. Nitekim, borçlunun işyeri, ikametgâhı veya mutad meskeni hukukunun uygulanmasının, ifa yeri hukukunun uygulanmasına nazaran daha gerçekçi ve ilişkide edimi ağırlık taşıyan kişinin menfaatine daha yakın olduğu ileri sürülmüştür[103]. Özellikle karakteristik edim borçlusunun işyeri, borcun gerçek anlamda ifa yeri olmasından ötürü son zamanlarda yaygın olarak kabul gören bağlama noktasıdır. Gerçekten de satıcı, genellikle sözleşmenin ifasına yönelik hazırlıkları burada yapar; risk ve maliyeti kendi iş yerinin bulunduğu ülke hukukuna göre hesaplar ve hatta FOB veya benzeri

---

[101] BATIFFOL/ LAGARDE, *Traité*, s.231-232. Ayrıca bkz. TEKİNALP, G.: *Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdi Borç Statüsü ve Türk Kanunu*, MHB, Y.8, Sa. 1, 1988, s.60 vd.

[102] 1955 tarihli La Haye Konvansiyonu (md.3/I) ve 1986 tarihli La Haye Konvansiyonu (md.8/I) satıcının hukukunu kabul etmiştir. 1980 tarihli Roma Konvansiyonu ise, karakteristik edim borçlusunun işyerinin bulunduğu devlet hukukunun uygulanacağına dair genel bir kural getirmiştir (md.4/II). Bunların yanı sıra, Polonya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (md.27) ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (md.117/I ve II) da bu bağlama noktalarını kabul etmiştir.

[103] TİRYAKİOĞLU, s.38.

klozlar, teknik anlamda ifayı işyeri dışına taşısa bile, işyeri, onun gerçek borçlarının merkezi olarak kalmaya devam eder[104].

Bu açıdan bakıldığında, 5718 sayılı yeni Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'un 24. maddesinin 4. fıkrasında benimsenen yeni bağlama noktaları yukarıdaki düşüncenin bir yansımasıdır ve bu bağlamda olumlu bir değişik sayılabilir.

Esnek olmayan yöntemin öngördüğü bu bağlama noktaları, her ne kadar uluslararası ticaret hayatının ihtiyacı olan hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik unsurları açısından yararlar sağlasa da, somut olayın kendine özgü şartlarını ve özelliklerini nazara almaması bakımından olumsuzluklar içermektedir. Bu nedenle doktrinde, taraf menfaatlerini ve somut olay adaletini daha etkin bir biçimde gerçekleştiren farklı yöntemler ileri sürülmüştür.

Esnek yöntemler olarak adlandırılan bu yöntemlerin amaçsal bir yaklaşıma sahip olduğunu söylemek mümkündür. Bu yöntemde amaç, *sözleşmenin en sıkı irtibatlı olduğu hukuk sisteminin* uygulanmasını sağlamaktır. Bu hukuk iki şekilde tespit edilebilir. İlk yol, sözleşmenin irtibat halinde olduğu ülkelerin tek tek sayılması ve sayısal olarak en çok irtibatın bulunduğu ülke hukukunun uygulanmasıdır. Buna "*lokalizasyon yöntemi*"[105] veya "*ağırlık merkezi yöntemi*"[106] adı verilmektedir. Diğer yol ise, taraf menfaati ve uluslararası ticaretin amaçları gözetilmek suretiyle, irtibatları nitelikleri açısından bir değerlendirmeye tabi tutarak, içlerinden birini tercih etmektir.

2) Doğrudan Uygulanan Kurallar Yöntemi

Yabancılık unsuru taşıyan ya da uluslararası niteliğe sahip ilişkilere uygulanacak hukuku belirleyen yöntemlerden biri de "*doğrudan uygulanan kurallar*" yöntemidir[107]. Türk Hukukunda "doğrudan uygulanan kurallar", "müdahaleci kurallar"; Fransız Hukukunda "*lois d'application immédiate*" veya "*lois internationalement impérative*"; İngiliz Hukukunda "*mandatory rules*" olarak adlandırılan bu kurallar uzun bir tarihi gelişim sonucunda yöntem haline gelmiştir[108].

---

104 TİRYAKİOĞLU, s.38.

105 HEUZE, *Réglementation Française*, s.143 vd.

106 TİRYAKİOĞLU, s.40.

107 Doğrudan uygulanan kurallar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, H.: Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Doktora Tezi, İstanbul, 2001; FRANCESCAKIS, P.: *Lois D'Application Immédiate Et Règles de Conflit*, Riv. Di dir. Int. pr. e proc., 1967, s.691-698; HOLLEAUX/ FOYER/ DE LA PRADELLE, s.317 vd.; MAYER, *DIP*, s.89 vd.

108 Kavramın tarihsel gelişimi için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s.1 vd.

Doğrudan uygulanan kuralların tanımını yapmak oldukça güçtür. Kavramı Uluslararası Özel Hukuk doktrinine kazandıran *Francescakis'e* göre doğrudan uygulanan kurallar, "*Bir ülkenin sosyal, politik veya ekonomik yapılanmasının korunması için uyulması zorunlu kurallar*" olarak ifade edilmiştir[109]. *Francescakis* tarafından yapılan bu tanım doktrinde yeterince ayırdedici olmadığı veya fazlaca geniş ya da dar bir kapsama sahip olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir[110]. Kavramı tanımlama çabasına giren hemen hemen her hukukçunun üzerinde fikir birliğine vardığı nokta, kurallara uyulmasının zorunlu olması ve bu kuralların belli bir amaca hizmet etmeye yönelmiş olmalarıdır. Çok farklı alanlarda ve farklı amaçlar doğrultusunda özel hukuk ilişkilerine müdahale eden bu kuralların tamamı için geçerli olabilecek bir tanımın yapılması mümkün olmasa da, kavramın ortaya çıkmasına yol açan ihtiyaçlar göz önüne alındığında, bu kuralların içeriğine ilişkin bazı unsurların tespiti mümkün olabilmektedir[111]. Bu unsurlar doğrultusunda, doğrudan uygulanan kuralların, "*Devletin, ekonomik, sosyal veya siyasal alanda izlediği belirli politikaları, Özel Hukuk ilişkileri üzerinde etkili olacak şekilde yansıtan ve uygulama alanlarına giren tüm uyuşmazlıklara uygulanmaları, bu politikaların yerine getirilmesi için zorunlu olan kurallar*" şeklinde toparlayıcı bir tanımla açıklanabileceği ileri sürülmüştür[112].

Devletin bazı alanlarda izlediği politikalarının yansıması olarak ortaya çıkan doğrudan uygulanan kuralların, ilke olarak belirli bir amaca yönelmiş olduklarını belirtmiştik[113]. Bu sebeple doğrudan uygulanan kurallar, ait oldukları devletin izlerini taşır ve amaçlarını gerçekleştirirler. Her devletin ekonomik, sosyal veya siyasal alanda izlediği politikaları farklı olduğu için, doğrudan uygulanan kuralların da zaman içerisinde değişen ve ülkeden ülkeye farklılaşan "göreceli" bir niteliğe sahip olduğu ileri sürülebilir.

Doğrudan uygulanan kuralları, yöntem bakımından diğer kurallardan ayırdetmeye yarayan unsurların başında, kuralların kendi uygulama alanlarını, herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralına gerek kalmaksızın, bizzat ve tek

---

[109] FRANCESCAKIS, s.697.

[110] Bu eleştiriler ve değerlendirmesi için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s.8 vd.

[111] ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s.11.

[112] ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s.13.

[113] Doğrudan uygulanan kurallardan bazıları sözleşmede zayıf durumda olanı korumak (İş ve Tüketici Sözleşmeleri alanındaki kimi düzenlemeler), bazıları ise devletin ekonomik (ithalat-ihracat mevzuatı ve kambiyo mevzuatı) veya sosyal (işçi sağlığını ve iş güvenliğini koruyucu düzenlemeler ile sosyal güvenlik mevzuatı gibi) çıkarını gözetmek amacı taşırlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s.101 vd.

taraflı olarak belirlemeleri gelmektedir[114]. Bu kuralların uygulama alanı iki şekilde belirlenebilir. Birinci ihtimal, kanun koyucunun belirli bir konuda bu kuralların uygulanmasını açıkça veya zımnen öngörmesidir. İkinci ihtimal ise, böyle bir durumun yokluğu halinde, mahkemenin kuralın amacını dikkate almak suretiyle bu kurallara uygulama alanı tanımasıdır.

Doğrudan uygulanan kurallar, içerik ve amaçlarından dolayı uluslararası niteliğe sahip işlem ve ilişkilere de uygulanabilse de, esas itibariyle iç hukuk ilişkilerini düzenlemek için konulmuş ve ait oldukları hukuk sisteminin iç hukuk kuralları arasında yer alan kurallardandır[115]. Dolayısıyla, uyuşmazlıkların esası hakkında doğrudan çözüm getirmesi bakımından kanunlar ihtilafı kurallarından ayrılsa da, belirli bir ülkenin iç hukuk kuralları olmaları açısından bu kurallarla benzeşmektedirler[116]. Bununla beraber, doğrudan uygulanan kurallar ile kanunlar ihtilafı kuralları arasındaki temel farklılık, bu iki tip kuralın da aynı uyuşmazlık hakkında uygulanmaları söz konusu olduğunda ortaya çıkar. Zira doğrudan uygulanan kurallar uygulama sırası bakımından kanunlar ihtilafı kurallarına nazaran öncelik sahibidir[117]. Bunun anlamı, doğrudan uygulanan kuralların, bu kurallarca düzenlenmiş bir konuya ilişkin olup da yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda, kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmaksızın uygulanmasıdır. Diğer bir deyişle, doğrudan uygulanan kurallar, kanunlar ihtilafı kurallarına rağmen uygulanırlar[118].

Doğrudan uygulanan kurallar, hareket noktası bakımından da kanunlar ihtilafı kurallarından farklılık gösterirler. Gerçekten de, kanunlar ihtilafı kuralları, birden fazla ülkenin hukuk sistemiyle bağlantısı olan bir özel hukuk ilişkisine uygulanacak hukuku tespit ederken hareket noktası o hukuki ilişkidir. Hukuki ilişkiyi nitelendirir, en yakın irtibat halinde olduğu ülkeye bağlar ve bu ülkenin maddi kurallarını uygular. Oysa doğrudan uygulanan kuralların hareket noktası belirli bir kanun maddesidir[119].

---

[114] ÖZDEMiR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 25.

[115] RIGAUX, F.: *La Méthode des Conflits de Lois Dans Les Codifications et Projets de Codification De La Dernière Décennie*, Rev. Cr. 1985, s.11.

[116] Ancak, kanunlar ihtilafı kuralları salt yabancı unsurlu veya uluslararası nitelikli ilişkilere uygulanabilirken, doğrudan uygulanan kurallar aynı zamanda hem iç hukuk ilişkilerine hem de uluslararası nitelikteki ilişkilere uygulanabilmektedir.

[117] SAYMAN, s.92, dn.3.

[118] ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s.27. Nitekim FRANCESCAKIS tarafından bu kuralları ifade etmek üzere tercih edilen "*lois d'application immediate*" terimindeki "*immédiate*" kelimesi, onların kanunlar ihtilafı yöntemine başvurulmadan doğrudan uygulandığını vurgulamak amacını taşımaktadır (FRANCESCAKIS, s. 695).

[119] SAYMAN, s.94; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s.29.

Yöntem bakımından kanunlar ihtilafı kuralları ile doğrudan uygulanan kuralları ayıran bir farklılık da bu iki tür kuralın değişik kapsamlarının bulunmasıdır. Buna göre, doğrudan uygulanan kurallar, bir hukuki ilişkinin bütününü düzenlemez, sadece bazı yönlerden ve kuralların öngördüğü amaçla sınırlı müdahalede bulunurlar[120]. Buna karşılık kanunlar ihtilafı kuralları, söz konusu hukuki ilişkinin tamamı hakkında düzenleme getirmektedir. Bu açıdan bakıldığında, kanunlar ihtilafı kurallarının doğrudan uygulanan kurallara göre daha genel bir içeriğe sahip olduğunu söylemek mümkündür[121].

Belirtmek gerekir ki, doğrudan uygulanan kuralların uygulama alanının dışında kalan konularda başvurulacak yöntem yine kanunlar ihtilafı yöntemi olacak ve uygulanacak hukuk kanunlar ihtilafı kurallarınca belirlenecektir. Bunun anlamı doğrudan uygulanan kural yönteminin, Uluslararası Özel Hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde başvurulan genel yöntemi oluşturan kanunlar ihtilafı yöntemine göre istisnai bir nitelik taşıdığıdır[122]. Bu istisnai niteliğin yanı sıra, kurallar hakkında genel ve ortak bir tanımının yapılamaması, bir kurala doğrudan uygulanan niteliğinin verilmesinde mümkün olduğu kadar dar bir yorumun yapılmasını zorunlu kılmaktadır[123].

Daha evvel sadece doktrinde yer alan ve uygulamada çoğu kez kamu düzeni kavramı ile karıştırılan doğrudan uygulanan kurallar ilk kez 5718 sayılı MÖHUK'ta yer alan iki açık hüküm ile yasa haline getirilmiştir. "*Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları*" başlığını taşıyan 6. madde uyarınca "*Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde o kural uygulanır*". Görüldüğü gibi yasa koyucu doğrudan uygulanan kuralların tanımını yapmamış ve bu hususu doktrine ve hakimin söz konusu kanunun düzenlenme amacı ve uygulama alanı bakımından yorumuna bırakmıştır.

Türk Hukukunda doğrudan uygulanan kuralların düzenlendiği tek hüküm MÖHUK md. 6 değildir. Gerçekten de, MÖHUK md. 31, üçüncü devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabileceği-

---

120 MALAURIE, P.: *Lois De Police Et Méthodes de Conflits de Lois en Matière de Commerce Extérieur*, Rev. int. de dr. comp., Journée de la Société de législation compare, 10. Journées Franco-Latino-Américaines, Bogota, 1986, s.548; HEUZE, *Réglementation Française*, s. 172.

121 Bununla beraber, bazen kanun koyucu hukuki ilişkinin tamamını doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyan hükümlerle de düzenleyebilir (ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 31).

122 ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 32.

123 ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s.32.

ni kabul etmiştir. Madde, söz konusu kurallara yetki tanımak, uygulayıp uygulamamak konusunda kuralların amacının, niteliğinin, muhtevasının ve sonuçlarının dikkate alınacağını belirtmiş ve böylelikle üçüncü devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının mutlak suretle uygulanması gerekmeyeceğini, lüzumlu hallerde bu kurallara "etki tanınabileceğini" kabul etmiştir. Nitekim, "*Sözleşmeden doğan ilişkinin tabi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır*" şeklindeki yasa hükmü bu hususu vurgulamaktadır.

Gerek *lex fori*'nin gerekse üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabileceği veya etki tanınabileceği İsviçre ve Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında olduğu gibi bazı milletlerarası özel hukuk kanunlarında ve Roma I ve II Tüzüğü'nde de yer almaktadır[124].

3) Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları Yöntemi

a) Tanımı ve Diğer Yöntemlerden Farkı

Maddi uluslararası özel hukuk kuralları olarak ifade edilen kurallar, yabancılık unsuru taşıyan veya uluslararası niteliğe sahip işlem veya uyuşmazlıklarda, kanunlar ihtilafı kurallarından farklı olarak, esasa ilişkin "doğrudan" çözüm getiren kurallardır[125].

İsmindeki "uluslararası" sıfatından da anlaşılabileceği gibi, maddi uluslararası özel hukuk kuralları, sadece yabancılık unsuru taşıyan yani uluslararası niteliğe sahip işlem ve ilişkilere uygulanmaktadır. Bu kuralların amacı, iç hukuk ilişkileri için öngörülmüş olan iç hukukun maddi hükümlerinin, ilişkinin uluslararası nitelik taşıması halinde uygun çözüm sağlayamayacağı düşüncesinden hareketle bu tür ilişkilere uygulanacak özel hükümlerin tespit edilmesidir[126].

---

[124] EGBGB Art. 34; LDIP md. 19; Roma Konvansiyonu md. 7/ I (JO L 266, 9.10.1980); Roma I Tüzüğü md. 9 (JO L 177, 4.7.2008) ve Roma II Tüzüğü md. 4 (JO L 199/40, 31.7.2007).

[125] ÇELİKEL/ ERDEM, s. 14 ; SIMON-DEPITRE, M.: *Les Règles Matérielles Dans Le Conflit De Lois*, Rev. Cr. 1974, s.594 ; RIGAUX, s.4; BAUER, H.: *Les Traités Et Les Règles De Droit International Privé Matériel*, Rev. Cr. 1966, s.538; BATIFFOL H. : *Pluralisme des méthodes en droit international privé*, Rec. des Cours, 1973/2, s.107; TEKİNALP, s.57; LOUSSOUARN/ BOUREL, s.49; HOLLEAUX/ FOYER/ DE LA PRADELLE, s.337.

[126] ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s.25.

Gerçekten de, uluslararası nitelik taşıyan ilişkilerin, bu niteliğinden kaynaklanan ihtiyaçlarına en iyi cevap verebilecek yöntem, bu ilişkilere özgü bir takım düzenlemeler içeren ve doğrudan çözüm getirebilecek maddi kurallardan oluşan "Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları" yöntemidir[127].

Bu yöntemin varlığı doktrinde farklı şekillerde açıklanmıştır. Bir düşünceye göre, maddi uluslararası özel hukuk kuralları, sadece klasik yöntem denilen kanunlar ihtilafı yönteminin uygulama alanını bazı konular bakımından daraltan ancak hiç bir zaman kanunlar ihtilafı yöntemiyle rekabet edebilecek geçerliliğe sahip olamayacak bir yöntemdir[128]. Diğer bir düşünce ise, uyuşmazlığın esasına doğrudan çözüm getiren bu tür kuralların yararının tartışılmazlığını ve özellikle uluslararası ticaretin kendine özgü ihtiyaçları düşünüldüğünde bu kuralların öneminin yadsınamaz ve uygulanmasının kaçınılmaz olduğunu ileri sürmektedir[129]. Bazı yazarlar ise, bu kuralların yakın bir gelecekte kanunlar ihtilafı sistemini tamamiyle ortadan kaldırabileceği gerekçesiyle bu yönteme karşı mesafeli bir tavır sergilemektedirler[130].

Maddi uluslararası özel hukuk kuralları, yabancılık unsuru taşıyan veya uluslararası niteliğe sahip ilişkilere uygulanacak hukuku belirleyen diğer yöntemlerden bazı açılardan farklılık gösterirken, bazı açılardan da benzerlikler taşımaktadır.

Örneğin, maddi uluslararası özel hukuk kuralları, doğrudan uygulanan kurallar gibi, uyuşmazlığın esasına ilişkin maddi hukuk çözümünü gösterirler. Ancak, maddi uluslararası özel hukuk kuralları salt yabancı unsurlu ilişkilere uygulanırken, doğrudan uygulanan kurallar asıl olarak iç hukuk ilişkilerine yönelik çözümler getirmekle birlikte, ilişkinin yabancılık unsuru taşıması halinde bu tür ilişkilere de uygulanması zorunlu hale gelmektedir. Örneğin, MÖHUK md. 20/ f. 3'te yer alan "Türkiye'de bulunan mirasçısız tereke devlete kalır" kuralı bu ayırımı ortaya koyan bir maddi uluslararası özel hukuk kuralıdır[131]. Dolayısıyla, "maddi hukuk kuralları"nın yabancı unsurlu ilişkide *özel maddi hukuk* yarattıkları, fakat doğrudan uygulanan kurallar gibi ilişkiyi iç hukuk ilişkisi haline sokmadıkları ileri sürülmüştür[132].

---

127 LOUSSOUARN/ BOUREL, s. 49.

128 BATIFFOL/ LAGARDE, *Traité*, C.I, s.252.

129 GOLDMAN, Trav. Com. dr.int. pr., 1966-1969, s. 119 (Naklen HOLLEAUX/ FOYER/ DE LA PRADELLE, s. 337).

130 VON OVERBECK, A.: Les Règles de Droit International Privé Matériel, Mélanges Kollewijn et Offerhaus, Leyde, 1962, s.362 (Naklen HOLLEAUX/ FOYER/ DE LA PRADELLE, s.337).

131 ÇELİKEL/ ERDEM, s. 15.

132 TEKİNALP, s.57. Kanaatimizce, doğrudan uygulanan kuralların, yabancılık unsuru taşıyan ilişkilere uygulanmasıyla, "o ilişkiyi iç hukuk ilişkisi haline sokması"

Bunun yanı sıra maddi uluslararası özel hukuk kuralı yöntemi ile doğrudan uygulanan kural yöntemi arasında amaç bakımından da farklılıklar bulunmaktadır. Gerçekten de, maddi uluslararası özel hukuk kuralı, uluslararası nitelik taşıyan ilişkilerin bu niteliklerini dikkate alır bir biçimde en uygun ve adil çözümü sağlayabilecek maddi kuralların tespitini amaçlamaktadır. Doğrudan uygulanan kurallar ise, devlete özgü temel çıkarların korunmasını amaçlamakta ve bu sebeple ilişkinin yabancılık unsuru taşıyıp taşımaması arasında fark gözetmemektedir[133].

Klasik yöntem olarak adlandırılan kanunlar ihtilafı yöntemiyle, maddi uluslararası özel hukuk kuralı yöntemi uluslararası niteliğe sahip ilişkilere uygulanacak hukuku belirlemede kullanılan yöntem olmaları bakımından aynı uygulama alanına sahiptirler. Ancak iki yöntem arasında çok belirgin bir fark bulunmaktadır. Buna göre, ilk grupta yer alan kurallar gösterici ve dolaylı çözüm bulan bir özelliğe sahipken, ikinci grupta yer alanlar gösterici olmamaları ve ilişkiye uygulanacak hükmü bizzat kendilerinin içermeleri bakımından bunlardan ayrılmaktadırlar.

b) Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kurallarının Çeşitleri

Maddi uluslararası özel hukuk kurallarının çıkış noktası, yabancılık unsuru taşıyan veya uluslararası niteliğe sahip ilişkilere, bu niteliklerini dikkate alan ve kaynağında bir devletin iç hukuku değil, bizzat uluslararası düzenlemeler olan maddi bir takım kuralların yaratılması ve böylece bu nitelikteki ilişkilere özel bir hukukun oluşturulması ihtiyacıdır.

Maddi uluslararası özel hukuk kuralları olarak adlandırılan söz konusu kuralların çeşitlerini açıklamak için en iyi yöntem, bu kuralları belirli ortak kriterler çerçevesinde sınıflandırmaktır. Doktrinde en çok benimsenen yöntem, kuralları "*kaynakları*" bakımından sınıflandırmaya tabi tutan yöntemdir[134]. Zira bu şekilde yapılan bir sınıflandırma, kuralların belirli bir ihtiyaçtan ortaya çıkması olgusuyla da örtüşmektedir. Çünkü, ilişkilerin veya uyuşmazlıkların "uluslararası" niteliğini daha fazla gözeten ve esasa ilişkin düzenleme getiren bu tür kurallara duyulan ihtiyaç her kesimde kendini göstermiş ve dolayısıyla bu tür kuralların oluşumunda değişik platformda yapılan çalışmalar rol oynamıştır.

---

ifadesinden kastedilen, yabancılık unsuru taşıyan ilişkilerin bu niteliklerinin göz önüne alınmaksızın doğrudan uygulanan kuralların uygulanması gerekliliğidir. Yoksa ilişkinin yabancı unsurlu olma niteliği ortadan kalkmamaktadır.

133 ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s.27.

134 BATIFFOL, *Pluralisme des Méthodes*, s.107; BAUER, s.537; HOLLEAUX/FOYER/DE LA PRADELLE, s.338; LOUSSOUARN/BOUREL, s.50.

Bu ihtiyaç ilk önceleri uluslararası ticaret alanında kendini göstermiştir. Zira bu alan, hiç şüphesiz, hukukun en canlı olan ve çabuk değişip, gelişen alanıdır. Ticaret hayatının hızı ve kendine özgü ihtiyaçları karşısında mevcut hukuki düzenlemelerin yetersizliği sonucunda uygulamacılar tarafından yaratılan maddi kurallar giderek kanunların yerini almaya başlamış, böylece gerek ülkelerin iç hukuk sistemlerinde, gerekse uluslararası kurum ve kuruluşlar bazında maddi uluslararası özel hukuk kurallarının oluşturulması çalışmaları başlamıştır.

Tüm bunlar dikkate alınacak olursa, maddi uluslararası özel hukuk kurallarının üç ana kaynaktan ileri geldiğini söyleyebiliriz[135]. Bunlar, belirli bir ülkenin kanun veya içtihat bazında oluşturduğu kurallar (*règles nationales*); birden fazla devletin katıldığı konvansiyonlar (*règles conventionnelles*) ve özellikle sözleşmeler alanında geçerli olan ve uygulamadan doğup, kendiliğinden gelişen ve *lex mercatoria* teorisi temelinde varlık bulan kurallardır (*droit spontané / spontan hukuk*)[136]. Bu kurallar herhangi bir milli hukuk sistemine ait olmadığı için anasyonel kurallar (*règles anationales*) olarak da sınıflandırılabilmektedir[137].

i) Bir Devletin İç Hukukunda Yer Alan Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları

Belirli bir devletin iç hukukunda da maddi uluslararası özel hukuk kurallarının bulunması mümkündür. Kimi zaman kanun hükmüyle, kimi zaman da içtihatlarla yapılan bu düzenlemeler çok sınırlı alanlarda mevcuttur. Özellikle uluslararası ticaret alanında yaygın olan bu tür kurallar, kanunlar ihtilafı kurallarıyla yakın ilişkiye sahiptir. Zira bu kurallardan bazıları kanunlar ihtilafı kuralları aracılığıyla uygulama alanı bulurken, bazıları ise kanunlar ihtilafı kurallarından bağımsız olarak uygulanmaktadır[138].

Şayet belirli bir ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları for hukukunu veya yabancı bir hukuku yetkili kılmışsa ve bu hukukun o konuda iç hukuktan

---

[135] Maddi milletlerarası özel hukuk kurallarının, iç maddi hukuk, milletlerarası özel hukuk (yani kanunlar ihtilaf kuralları) ve milletlerarası sözleşmeler (yani konvansiyonlar) içerisinde yer alabileceğini söyleyen aynı yönde yapılan bir sınıflandırma için bkz. ÇELİKEL/ ERDEM, s. 15.

[136] DEUMIER P.: Le Droit Spontané, Paris, 2002.

[137] Bu kuralların temelinde karşılaştırmalı hukuk ile milli hukuk sistemlerinin ortak prensiplerinin bulunmasından ötürü kimi yazarlar bu kuralları nitelemek için "règles transnationales" ifadesini kullanmaktadırlar (FOUCHARD P./ GAILLARD E./ GOLDMAN B.: Traité De L'Arbitrage Commercial International, Paris, 1996, s. 818).

[138] BAUER, s. 539.

farklı, uluslararası nitelikte özel düzenlemeleri varsa maddi uluslararası özel hukuk kurallarının kanunlar ihtilafı kuralları aracılığıyla uygulanması söz konusudur.

Doktrinde maddi uluslararası özel hukuk kurallarının, MÖHUK md. 20/ f. 3'te yer alan "*Türkiye'de bulunan mirasçısız tereke devlete kalır*" hükmünde olduğu gibi, bizzat kanunlar ihtilafı kuralları içerisinde de yer alabileceği ileri sürülmüştür[139].

Ancak bazı alanlarda, kanunlar ihtilafı kurallarından, maddi uluslararası özel hukuk kuralları lehine vazgeçilmiştir. Bu halde, kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmaksızın, onlardan bağımsız olarak uygulanan maddi uluslararası özel hukuk kuralları söz konusudur.

Belirtmek gerekir ki, iç hukukta yer alan maddi uluslararası özel hukuk kurallarının, for hukukuna yetki veren herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralının aracılığından geçmeden uygulandığı bazı durumlarda, söz konusu kuralları, doğrudan uygulanan kurallardan ayırdetmek son derece güç olabilmektedir. Doktrinde bu sorunun, her iki tip kuralın amaçları arasındaki farktan hareket edilmesi ile çözülebileceği savunulmuştur[140]. Buna göre, doğrudan uygulanan kurallar, ait oldukları devletin ekonomik, sosyal veya siyasal politikalarını yansıtırlar ve devletin bu alanlardaki ihtiyacına cevap verme amacına sahiptirler. Maddi uluslararası özel hukuk kuralları ise çoğu zaman salt "uluslararası menfaatleri gözetme" veya "uluslararası ticaret hayatını geliştirme ve kolaylaştırma" amacı gütmektedirler.

Meseleyi bazı örneklerden yola çıkarak açıklayabiliriz. Söz gelimi yabancıların ülkeye giriş-çıkışını, ikâmet ve seyahatini, çalışmasını, taşınmaz edinmesini veya yabancı sermayenin ülkeye giriş şartlarını düzenleyen kuralların, her ne kadar yabancılık unsuru taşıyan ilişkileri ele alsa ve bu ilişkilerin esasına uygulanacak maddi kurallar içerse bile, maddi uluslararası özel hukuk kuralları olarak değil, doğrudan uygulanan kurallar olarak kabul edilmeleri gerekmektedir[141]. Zira her devlet yabancıların hukuki durumunu düzenlerken kendi çıkarları doğrultusunda hareket eder ve bu amacı yansıtan düzenlemeler getirir. Aynı şekilde düzenledikleri uyuşmazlık itibariyle zorunlu olarak yabancılık unsuru barındıran ve bu uyuşmazlıklara özgü maddi bir takım düzenlemeler getiren kambiyo düzenlemeleri de, ilk

---

139 ÇELİKEL/ ERDEM, s. 15.

140 ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 26.

141 ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 26. Belirtmek gerekir ki, kuralların "kamu hukuku" karakteri taşımasının bu noktada herhangi bir etkisi yoktur. Zira doğrudan uygulanan kurallarda önemli olan söz konusu kuralın "özel hukuk ilişkisine etki edip etmediği"dir.

bakışta maddi uluslararası özel hukuk kuralları olarak düşünülseler bile, ait oldukları devletin dış ticaret alanında benimsediği ekonomik politikaları yansıtması ve uluslararası ticaretin gelişmesindense, devletin ekonomik çıkarlarını gözetmesi bakımından doğrudan uygulanan kural olduklarının kabulü gerekmektedir[142].

Fransız Hukukundan verebileceğimiz bir diğer örnekte de tam tersi bir durum söz konusudur. Fransız Hukukunda ilk olarak içtihat[143] bazında, daha sonra kanun hükmüyle kabul edilen ve "*devletin uluslararası nitelik taşıyan sözleşmelerde tahkime başvurabileceği ve tahkim yasağının salt iç hukuk sözleşmeleri ile sınırlı olduğuna*" ilişkin kural, tipik bir maddi uluslararası özel hukuk kuralı olarak kabul edilmektedir[144]. Zira bu kural iç hukuk sözleşmelerinde uygulanmayan, sadece uluslararası ilişkilere özgü bir kural olmakla birlikte amaç bakımından da uluslararası ticari işlemleri kolaylaştırmayı hedeflemektedir. Her ne kadar, uluslararası ticari işlemlerin kolaylaştırılmasına imkân tanıması bakımından, devletin de, böyle bir kuralın kabulünde çıkarı olduğu düşünülebilirse de, asıl çıkar, uluslararası ticaretin ihtiyaçları ile ortaya konulmaktadır[145].

Fransız Hukukundakine benzer bir düzenleme Türk Hukuku'nda da mevcuttur. Gerçekten de, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin 4446 Sayılı Kanunun[146] ikinci maddesinde, *kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülebileceği ve milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebileceği* hüküm altına alınmıştır. Yakın bir tarihte hukukumuzda yapılmış olan bu değişikliği öngören 4446 sayılı kanunda yer alan bu hüküm, her ne kadar kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda da tahkime gidilebilmesine olanak tanımakta ise de, anılan kanun hükmünün Fransız hukukundaki gibi bir maddi uluslararası özel hukuk kuralı olarak yorumlanması pek mümkün gözükmemektedir. Zira bu hüküm her şeyden evvel salt uluslararası özel hukuka ilişkin bir hüküm değildir. Gerçekten de hüküm, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz

---

142 ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 26.

143 Fransız Yargıtayı'nın 2 Mayıs 1966 tarihli Galakis Kararı.

144 LOUSSOUARN/ BOUREL, s. 51.

145 ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s.27. Yazar, devletin taraf olduğu uyuşmazlıkların tahkim yerine kendi mahkemeleri önünde karara bağlanmasının kendi çıkarlarına çok daha uygun olacağını belirterek, devletin bu yöndeki çıkarı ile uluslararası ticaretin gereklerinin çelişmesi şeklinde ortaya çıkan bu sorunun , Fransız Hukukunda kabul edilen bu kuralla aşıldığını ileri sürmektedir.

146 14 Ağustos 1999 tarihli Resmi Gazete'de (Sayı: 23786) ilan edilmiştir.

şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda genel olarak tahkime gidilebileceğini düzenlemekte, ancak bu imkânı salt milletlerarası tahkime hasretmemektedir. Dolayısıyla bu kanun hükmü bütün olarak değerlendirildiğinde, hükmün amacının uluslararası ticareti geliştirmek ve hedef aldığı uyuşmazlıkların da salt uluslararası özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklar olduğunu söylemek isabetli bir yorum olmayacaktır.

Buna mukabil İsviçre Hukukunda yakın zamanda yapılan bir kanun değişikliği, maddi uluslararası özel hukuk kuralı tanımına benzer unsurlar taşımaktadır. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkındaki Kanun'un 186. maddesine 1 Mart 2007 tarihinde eklenen 186/ 1-bis fıkrası doktrin ve hukuk çevrelerinde çok tartışılan bir kanun değişikliğidir. Bu değişikliğin ardında, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 14 Mayıs 2001 tarihinde vermiş olduğu ve *Fomento Kararı* olarak anılan kararın uluslararası tahkim alanında İsviçre Hukuku'nda yarattığı güvensizliğin giderilmesi ve İsviçre'nin tahkim yeri olarak seçildiği uyuşmazlıklarda tahkim yargılamasının etkinliğini gölgeleyecek durumlara karşı önlem alınması amacı bulunmaktadır[147]. Gerçekten de, söz konusu kanun değişikliği uyarınca, "*Önemli sebepler yargılamayı askıya almayı gerektirmedikçe, daha önceden başka bir devlet veya hakem mahkemesi nezdinde açılmış ve tarafları ile konusu aynı olan bir davanın bulunması halinde dahi, hakem mahkemesi kendi yetkisi hakkında karar verebilir*" denilmek suretiyle, İsviçre'deki tahkim yargılamasının, diğer ülkelerdeki her türlü yargılamaya nazaran öncelik sahibi olduğu vurgulanmıştır[148]. Bu kararın ardında yatan İsviçre Kanun Koyucusunun pragmatik hedefleri, söz konusu düzenlemenin amacının salt İsviçre'deki uluslararası tahkimi öncelikli bir duruma taşımak olduğunu ortaya koymaktadır. Bu açıdan değerlendirildiğinde, anılan kanun maddesinin, salt uluslararası özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı bulduğundan, uluslararası tahkimin ve dolayısıyla uluslararası ticaretin menfaatlerini ön planda tuttuğundan ve düzenlediği alanda doğrudan çözüm getirdiğinden maddi uluslararası özel hukuk kuralı olarak nitelendirilmesi mümkündür.

Nitekim doktrinde, özellikle uluslararası tahkim uygulamasında yerleşik içtihat haline gelen bazı kuralların veya kanunların maddi uluslararası özel hukuk kuralları statüsünde olduğu belirtilmiştir[149]. Bu duruma örnek

---

147 BALKAR Süheyla: "*İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Kanunu'nun 186. Maddesinde Yapılan Son Değişiklik Üzerine İnceleme*", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2006/1, s. 316.

148 Konu hakkında ayrıntı değerlendirme için bkz. BALKAR, s. 330-338; BESSON Sébastien: "*The Relationships between Court and Arbitral Jurisdiction: The Impact of the New Article 186 (1bis) PILS*", New Developments in International Commercial Arbitration 2007, Christoph Müller Ed., Schulthess, 2007, s. 57-79.

149 DE LY F.: International Business Law and Lex Mercatoria, North Holland, 1992,

olarak, tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsızlığına (*autonomie de la clause compromissoire / separability of arbitration clause*), hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmelerine (*compétence-compétence*) ve devletlerin, imzalamış oldukları tahkim anlaşmasının geçersizliğini, usulî eksikliklere dayanarak sonradan ileri sürmelerinin engellenmesine yönelik yerleşik tahkim uygulamalarına ilişkin içtihat ve kanunlar sayılabilir[150].

Görüldüğü gibi, bir ülkenin iç hukukunda yer alan maddi uluslararası özel hukuk kurallarından bir kısmı kanun hükmü şeklinde karşımıza çıkarken[151], diğer bazıları da mahkeme içtihatları[152] bazında kalmaktadır. Çoğu uluslararası ticaret alanına ilişkin olan bu tür "milli" nitelikteki maddi uluslararası özel hukuk kurallarının temel amacının ait oldukları alanın hukuki gelişimine katkıda bulunmak olduğunu söylemek mümkündür.

ii) Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları İçeren Konvansiyonlar

Maddi uluslararası özel hukuk kurallarının ikinci kaynağı da, değişik alanlarda düzenleme getiren ve birçok devletin katıldığı uluslararası sözleşmeler, diğer adıyla konvansiyonlardır[153].

Ancak, bir devletin kendi yasama organı eliyle kanun yaratabilme yetkisinden feragat etmesinin ne kadar güç olduğu düşünülürse, konvansiyonlarla getirilen düzenlemelerin ne kadar dar bir alana sahip olduğu ve Konvansiyonlara katılan devletlerin sayısının da bir o kadar sınırlı olduğu anlaşılabilir[154].

---

s. 292-294; AYOĞLU Tolga: Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria, İstanbul, 2010, s. 57.

150 DE LY, s. 293-294; AYOĞLU, s. 57. Maddi uluslararası özel hukuk kuralları arasında sayılan bu tür kanun hükümleri ve mahkeme içtihatları, söz konusu kuralların isminde yer alan "maddi" sıfatının, kanunlar ihtilafı kurallarının aksine gösterici nitelikteki değil, bizzat sonucu içeren türdeki kuralları işaret ettiğini kanıtlamaktadır. Dolayısıyla, usul kanunları içerisinde de maddi uluslararası özel hukuk kurallarına rastlanması pekala mümkündür. Zira, "maddi" kelimesi ile kastedilen, usul kurallarının karşıtı olan kurallar değil, kanunlar ihtilafı kurallarının aksine gösterici nitelikte olmayan ve kapsamına girdiği konular açısından uyuşmazlığa doğrudan uygulanabilecek türde düzenlemeler içeren kurallardır.

151 Örneğin, 1 Nisan 1964 tarihinde yürürlüğe giren ve 766 maddeden oluşan Çekoslavak Uluslararası Ticaret Kanunu, kanun bazında ender rastlanan maddi uluslararası özel hukuk kurallarındandır (LOUSSOUARN/BOUREL, s.51).

152 Bkz. LOUSSOUARN/ BOUREL, s. 51; HOLLEAUX/ FOYER/ DE LA PRADELLE, s. 339; BATIFFOL, *Pluralisme des Méthodes*, s. 110; BAUER, s. 539 vd.

153 ÇELİKEL/ ERDEM, s. 15; TEKİNALP, s. 58.

154 BATIFFOL, *Pluralisme des Méthodes*, s. 113.

Gerçekten de, devletler ancak çıkarlarının bulunduğu alanlarda ve sadece çıkarları ölçüsünde kendi yasama iktidarlarından feragat edebilir. Genel olarak bakıldığında, devletin taviz verebildiği alanların çoğunlukla onun ekonomik çıkarının söz konusu olduğu uluslararası ticareti ilgilendiren konular olduğu görülmektedir. Uluslararası satım başta olmak üzere, uluslararası deniz, hava ve kara taşımacılığı ile fikri mülkiyet gibi alanlarda[155] devletleri maddi düzenlemeler içeren konvansiyonlar yapmaya teşvik eden sebep, bu alanlarda ilişkinin uluslararası niteliğinden dolayı ortaya çıkan farklı ihtiyaçlara cevap verebilecek düzenlemeler yaratılarak, her ülkenin farklı iç hukuk sistemlerinden ve kanunlar ihtilafı kurallarının sebep olabileceği bazı olumsuzluklardan kaçınma isteğidir[156].

Devletlerin, konvansiyonlar aracılığıyla maddi uluslararası özel hukuk alanında ortak bir düzenleme oluşturmalarında farklı yöntemler izlenebilmektedir.

Bazı konvansiyonlar, düzenledikleri "uluslararası" niteliğe sahip ilişkilerin bu özelliğini dikkate alır bir biçimde bunlara özel ve iç hukukun maddi hükümlerinden farklı düzenlemeler getirmektedir. Bu yöntemin temelinde var olan düşünce, iç hukuk ilişkileri ile uluslararası hukuk ilişkileri arasındaki nitelik farkı ve iç hukuk için öngörülmüş olan maddi kuralların, ilişkinin uluslararası nitelik taşıması halinde uygun çözümü sağlayamayacağı düşüncesidir. Bu tür konvansiyonlarla getirilen kurallar münhasıran "uluslararası" niteliğe sahip uyuşmazlıklara uygulanacağından, konvansiyonlara üye olan devletlerin iç hukuktaki düzenlemeleri varlığını korumakta ancak sadece iç hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulmaktadır.

Maddi uluslararası özel hukuk kuralları içeren konvansiyonlarda izlenebilecek bir diğer yöntem ise, konvansiyonun getirdiği düzenlemenin üye devletlerin iç hukukunun bir parçası haline gelmesi ve böylelikle iç hukuka ilişkin uyuşmazlıklarla uluslararası nitelik taşıyan uyuşmazlıklar arasında herhangi bir fark gözetmeksizin bu kuralların uygulanması yöntemidir. Örneğin, 1930 ve 1931 Tarihli Kambiyo Senetleri ile ilgili Cenevre Konvansiyonu, üye devletler açısından, ilişkinin uluslararası nitelik taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın uygulanması gereken yeknesak hukuk haline gelmiştir[157]. Bu tür konvansiyonlarla getirilen kurallara "*règles matérielles uniformes*" yani "*yeknesak maddi kurallar*" denmektedir[158].

---

[155] BAUER, s. 547.

[156] HOLLEAUX/ FOYER/ DE LA PRADELLE, s. 341. GANDOLFI, G.: *Pour Un Code Européen Des Contrats*, Rev. trim. de dr. Civ. 1992, no.4, s. 713.

[157] BATIFFOL, *Pluralisme des Méthodes*, s. 113; BAUER, s. 549.

[158] Belirtmek gerekir ki, bu yöntemin benimsendiği konvansiyonları takiben genellikle "kanunlar ihtilafı kurallarına ilişkin" tamamlayıcı konvansiyonlar imzalan-

Maddi kurallar içeren konvansiyonların, üye devletlerin iç hukuklarını da değiştirip değiştirmediğine göre yapılan bu ayrım doktrinde farklı terimlerle ifade edilmektedir. Buna göre, sadece uluslararası niteliğe sahip ilişkilere uygulanacak maddi düzenlemeler getiren konvansiyonlar "*birleştirici konvansiyonlar*" (*conventions unifiantes*) olarak adlandırılırken, üye devletlerin iç hukuklarını da birleştiren ve ilişkinin uluslararası niteliği olup olmadığına bakılmaksızın uyuşmazlığa aynı kuralların uygulandığı konvansiyonlar ise, "*yeknesak hukuk oluşturan konvansiyonlar*" (*conventions portant loi uniforme*) olarak isimlendirilmektedirler[159].

Birleştirici konvansiyonlar olarak adlandırılan konvansiyonlar, üye devletler bakımından, düzenledikleri alana ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklarda doğrudan uygulanmaktadırlar[160]. Diğer bir deyişle, konvansiyon, uygulama alanına giren uyuşmazlıklara herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralının aracılığından geçmeden uygulanmaktadır. Zira konvansiyonla getirilen düzenleme, üye devletlerin iç hukukunun yerini almayıp sadece uluslararası uyuşmazlıklara uygulanmakta ve bu uygulama alanı da konvansiyonun bizzat kendisi tarafından belirlenmektedir. Buna karşılık, yeknesak hukuk oluşturan konvansiyonlarda, konvansiyonun uygulama alanı belirtilmediği için bu işlevi kanunlar ihtilafı kuralları[161] yerine getirmektedir. Böylelikle, üye bir devletin mahkemesi önüne gelen bir olayda yeknesak hukukun mu yoksa üçüncü bir devletin hukukunun mu uygulanması gerekeceği sorusuna cevap verilmiş olmaktadır.

---

maktadır (BAUER, s.549). Bunun sebebi konvansiyonun, üye devletler tarafından farklı şekillerde yorumlanmasını engellemektir. Nitekim Fransız Yargıtay'ının 4 Mart 1973 tarihli bir kararına konu olan olayda (Hocke Kararı, Clunet 1964, 806), Cenevre Konvansiyonu'nun aynı maddesinin Fransız ve Alman mahkemelerince farklı yorumlanması meselesiyle karşılaşılmış ve hangi çözümün benimseneceğini bulmak için kanunlar ihtilafı kurallarına başvurma ihtiyacı doğmuştur. İşte bu sebeple, üye devletler açısından kanunlar ihtilafı kurallarının da aynı olması, özellikle uyuşmazlığın niteliği ayırdedilmeksizin uygulanacak olan bu tür konvansiyonlar bakımından zorunluluk arzetmektedir (BATIFFOL, *Pluralisme des Méthodes*, s. 114).

[159] HOLLEAUX/ FOYER/ DE LA PRADELLE, s. 341. Örneğin, Milletlerarası Poliçe ve Çek Hukuku Hakkındaki 1930 ve 1931 tarihli Cenevre Sözleşmeleri bu tür sözleşmelerdendir (NOMER/ ŞANLI, s. 11).

[160] HOLLEAUX/ FOYER/ DE LA PRADELLE, s. 342.

[161] Bu kurallar, bizzat uyuşmazlığın mahkemesi önüne geldiği ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları olabileceği gibi, üye devletler arasında bu kuralların birleştirilmesi amacıyla yapılmış konvansiyonlar içerisinde yer alan kurallardan da oluşabilmektedir (HOLLEAUX/FOYER/DE LA PRADELLE, s. 273).

iii) Uluslararası Ticari Uygulamadan Doğan Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları

Maddi uluslararası özel hukuk kurallarının üçüncü kaynağı da, uluslararası ticaret alanında kendiliğinden oluşan ve diğer ulusal veya uluslararası düzenlemelerden bağımsız olarak gelişen bir takım kendine özgü kurallardır[162]. Fransızca "*droit spontané*" yani "kendiliğinden ortaya çıkan hukuk" olarak ifade edilen bu tür kurallar özellikle sözleşmesel ilişkiler ve bankacılık alanlarında yaygın olarak uygulanmaktadır.

Bu kurallar arasında tip sözleşmeler[163], ticari örf, âdet ve teamüller, standart şartlar, davranış kuralları[164] gibi uluslararası ticari uygulama içinde doğmuş veya uzman kurum ve kuruluşlarca oluşturulmuş ve yabancı unsurlu ilişkiye doğrudan çözüm getiren maddi hukuk kuralları bulunmaktadır[165]. Bunlar arasında en çok bilinenler, merkezi Paris'te bulunan Uluslararası Ticaret Odasının hazırladığı *akreditif* konulu kurallar, ticari terimlerin açıklanması için oluşturulan *incoterms*[166] ile FOSFA[167] ve GAFTA[168] gibi mesleki birlikler tarafından hazırlanan tip sözleşmelerdir.

Bu kuralları diğer maddi uluslararası özel hukuk kurallarından ayıran özellik, kuralların bir devletin yasama organınca değil, belirli bir konuda uzmanlaşmış profesyonel kurum ve kuruluşlarca oluşturulmuş olmasıdır. Devlet kaynaklı tüm hukuklardan bağımsız bir varlığa sahip olduklarından "*anasyonel*" yani "*milliyetsiz*" olarak adlandırılan bu kurallar[169], deniz, hava

---

[162] TEKİNALP, s. 58. Kurallara ilişkin detaylı bilgi için bkz. OSMAN, F.: Les Principes Généraux De La Lex Mercatoria, Paris, 1992, s.257 vd.; KASSIS, A.: Théorie Générale Des Usages Du Commerce, Paris, 1984; DE LY, s. 133 vd.; BATIFFOL, *Pluralisme des Méthodes*, s. 121 vd.; HOLLEAUX/FOYER/DE LA PRADELLE, s. 342 vd.; LOUSSOUARN/BOUREL, s. 55 vd.; DERAINS Y.: Case note ICC case no. 2475 ve 2762, Chronique des Sentences Arbitrales, Clunet, 1978, s. 989. *Droit Spontané* denilen bu tür kuralların maddi uluslararası özel hukuk kurallarına dahil olmayacağına ilişkin görüş için bkz. AYOĞLU, s. 60.

[163] AYOĞLU, s. 339.

[164] AYOĞLU, s. 345.

[165] Bu kuralların listesi için bkz. OSMAN, s.485-486.

[166] Incoterms hakkında detaylı bilgi için bkz. ERDEM, B.B.: Incoterm'in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak ukuka Etkisi ve Hukuki Niteliği, MHB, S. 1-2, 1990, s. 65-79; AYOĞLU, s. 317.

[167] Conditions of Federation of Oils, Seeds and fats Associations.

[168] The Grain and Feed Trade Association tarafından hazırlanan tip sözleşmenin adı "Contract for Shipment of Feeding Stuffs in Bulk C.I.F. Terms"dir.

[169] AYOĞLU, s. 64. Kurallar, bu özelliklerinden dolayı "*règles anationales*" veya "*règles d'origine privée*" olarak da ifade edilmektedir (OSMAN, s.260; HOLLEAUX/FOYER/DE LA PRADELLE, s. 342).

ve kara taşımacılığı, akreditif işlemleri ile satım başta olmak üzere diğer tüm sözleşmesel ilişkileri kapsayan bir biçimde uluslararası ticaretin birçok alanında özel bir takım düzenlemeler getirmektedir.

Kaynağında bazı özel kuruluşların bulunmasından dolayı bu kuralların hukuki niteliği doktrinde uzun zaman tartışılmıştır. Acaba hiçbir hukuk sisteminin içinde yer almayan bu tür maddi kurallar gerçek bir hukuk mudur yoksa sadece uluslararası ticarette uygulanagelen basit örfi kurallar mıdır? Diğer bir deyişle, uygulamadaki varlığı ve önemi yadsınamaz olan bu kurallara, sırf bu sebepten dolayı ve tarafların sözleşmelerinde bu kuralların uygulanması yönündeki iradeleri göz önüne alınarak, hukuk olma niteliği atfedilebilir mi?

Doktrinde yer alan bir görüşe göre, bu tür kurallar hukukun genel yöntemleri içerisinde yer alan ve varlığı çok eski tarihlere uzanan *Volkgeist* yani halk bilinciyle oluşmuş kurallardır[170]. Aynı görüşe göre, "*devletin yasama organının ürünü olan hukuk kuralları, devletler dışı ve devletler üstü ilişkiler içerisinde kendiliğinden gelişen kurallar denizindeki ufak bir göldür*". Hukuku sadece bu tür kurallarla özdeşleştirmek, hukukun diğer tüm kaynaklarını inkâr etmek demektir. Böyle bir çıkarım ise, hangi tür kuralların hukuk kuralı sayılıp hangilerinin sayılamayacağına kimin, hangi yetkiye dayanarak karar verebileceğini sorgulamayı gerektirir. Bu tartışma ise konumuzun kapsamının dışında yer almaktadır.

Bir diğer görüş ise[171], bu kuralların hukuk niteliğine sahip olmasının ancak bir devletin yasa koyucusunun, yani milli bir otoritenin bu kurallara kendi sistemi içerisinde yetki tanıması halinde mümkün olabileceğini ileri sürmektedir. Söz konusu fikre göre, bu kuralları, kendisine böyle bir yetki tanındığı andan itibaren artık "*özerk hukuk*" (*droit autonome*) veya "*kendiliğinden gelişen hukuk*" (*droit spontané*) olarak nitelemek mümkün olmayacaktır. Zira kurallar bu halleriyle, kendisine yetki tanıyan ülkenin hukuk sisteminin bir parçası haline gelmiş olmakta ve bu sebeple o ülkenin iç hukuku haline gelmektedir.

Genel olarak kabul edilen fikre göre ise, uluslararası ticari uygulamadan ortaya çıkan bu tür kurallar "*lex mercatoria*" olarak ifade edilen ve uluslararası ticaretin kendine özgü ve milli hukuk düzenlerinden farklı bazı kuralların oluşturduğu özerk hukuk sistemi içinde yer almaktadır[172]. Buna

---

[170] EHRLİCH'in sosyolojik teorisi (naklen BATIFFOL, *Pluralisme des Méthodes*, s. 122).

[171] BAUER, s. 546.

[172] HOLLEAUX/ FOYER/ DE LA PRADELLE, s. 342; DE LY, s. 133; OSMAN, s.257; AKINCI, Z.: Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir, 1996, s.13;

göre, uluslararası ticaret hukukunun yalnızca milli hukuk sistemlerinde yer alan kurallar tarafından düzenlenmediği, farklı milliyetlere ve hukuk sistemlerine ait olan kişilerin uluslararası ticaret alanındaki faaliyetlerinin ortak prensipler oluşturduğu gerçeği zamanla uluslararası ticaret uygulamasının çeşitli alanlarda kendi kurallarını oluşturmasına sebep olmuştur[173]. Aynı şekilde, uluslararası ticaretteki gelişmelerden kaynaklanan ihtiyaçlar, *Uluslararası Ticaret Odası* (*ICC*)*, Avrupa Ekonomik Komisyonu, UNCITRAL*[174] gibi kurumların oluşmasına ve bu kurumlar nezdinde yapılan çalışmalar neticesinde milli hukuklardan bağımsız UNIDROIT İlkeleri[175] veya Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri[176] gibi özerk bir takım kuralların doğmasına yol açmıştır[177]. Belirtmek gerekir ki, bugün dahi *lex mercatoria* teorisinin herkes tarafından kabul edilebilecek bir tanımı yapılamamıştır[178]. Dolayısıyla, tanımında bile tartışmaların var olduğu *lex mercatoria'nın*

MANIRUZZAMAN A.: *The Lex Mercatoria and International Contracts, A Challenge for International Commercial Arbitration*, Am.U. Int. L. Rev. Vol. 14, no. 3, 1999, s. 672. STRENGER, I.: La Notion de Lex Mercatoria en Droit du Commerce International, Rec. Des Cours 1991/II, Tome 227, s. 279.

173 AKINCI, *Milletlerarası İnşaat*, s.13.

174 United Nations Commission on International Trade Law.

175 UNIDROIT (International Institute fort he Unification of Private Law- Institut International Pour l'Unification du Droit Privé), merkezi Roma'da bulunan ve özel hukuk alanında milli hukuk sistemlerinin yeknesaklaştırılmasını hedef alan, 1926 yılında Milletler Cemiyeti bünyesinde kurulmuş olan bir enstitüdür (Ayrıntılı bilgi için bkz. AYOĞLU, s. 192 vd.).

176 Avrupa Birliği Komisyonu'nun finansal destek sağladığı ve başkanlığını yapan Prof. Ole Lando'ya atfen "*Ole Lando İlkeleri*" olarak da anılan bu prensiplerin son hali 2003 yılında şeklini alan metindir ve Avrupa Borçlar Kanunu'nun adeta habercisi niteliğindedir. Akademik çevrelerde "*European Lex Mercatoria*" yani "*Avrupa'nın Lex Mercatoria'sı*" olarak da isimlendirilmiştir (AYOĞLU, s. 300-301).

177 AKINCI, *Milletlerarası İnşaat*, s.13; OSMAN, s.257.

178 STRENGER, s. 273. Bu tartışmaların kaynağında lex mercatoria'nın milli hukuk sistemleri dışında yer alan, başlı başına bir hukuk sistemi olup olmadığı meselesi bulunmaktadır. Bu konudaki farklı görüşler, SCHMITTHOFF ve GOLDMAN'ın temsil ettiği iki ana grupta toplanabilir. SCHMITTHOFF, lex mercatoria'nın kendine özgü ve milli hukuk düzenlerinden farklı bazı kurallarının olduğunu vurgulamakla birlikte, bunun lex mercatoria'nın milli hukuklar dışında mevcut olduğu anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Buna göre, lex mercatoria milli hukuk sistemleri tarafından benimsenip, milli hukuk sistemlerinin bir parçası olarak yer almakla birlikte, söz konusu kurallar, milletlerarası ticaretin uygulamasının içinde oluşmakta ve milletlerarası ticaret hukukunun yeknesaklaştırılması amacını taşımaktadır (SCHMITTHOFF, C.M.: The Unification of The Law Of International Trade, Journal of Business Law, 1968, Naklen AKINCI, *Milletlerarası İnşaat*, s.14). GOLDMAN ise, lex mercatoria'nın başlı başına bir hukuk sistemi olduğunu ileri sürmekle birlikte, bu sistemin gelişme içerisinde olduğunu ve henüz tamamlanmadığını ileri sürmektedir (GOLDMAN, B.: The Applicable Law: General Principles of Law-Lex Mercatoria, Contemporary Problems in International Arbit-

kaynaklarının belirlenmesi hususunda da farklı görüşler ileri sürülmektedir. Ancak doktrinde genel olarak benimsenen fikre göre, *lex mercatoria'nın* en önemli kaynakları arasında, hukukun genel ilkeleri, uluslararası ticari örf ve teamül, uluslararası ticaret alanındaki özel kurumlar ve üyeleri tarafından yaratılan ve uyulması şart koşulan kurallar, tip sözleşmeler, genel şartnameler ile içerisinde talimatnameler (*recommendations*) ve davranış kurallarının da (*codes de conduite*) yer aldığı ve ingilizce "*soft-law*" terimiyle ifade edilen kurallar bulunmaktadır[179].

BATIFFOL'ün de içinde bulunduğu bir grup hukukçu ise, uluslararası ticari uygulamada son derece yaygın olan bu kuralların hukuk teşkil edip etmemesi sorusunun aslında gereksiz bir soru olduğunu, zira bu kuralların uygulama alanı bulduğu konulara ilişkin uyuşmazlıkların çoğunlukla tahkim yoluyla çözümlendiği ve tahkim yargılamasında da hakemlerin, yetkilerini aldıkları taraf iradeleri ile bağlı bulundukları ve bu sebeple tarafların bu kuralların uygulanmasına yönelik iradelerinin mevcut olması durumunda hakemlerin bu kuralları, hukuki nitelikleri ne olursa olsun, uygulamaları gerekeceğini ileri sürmektedirler[180].

Gerçekten de, bu kurallar gücünü kendilerini kabul eden tarafların iradesinden almaktadırlar. Devlet yargısında bu kurallar ancak tarafların bu yöndeki iradeleri açıksa ve kurallar iç hukukun emredici hükümlerine aykırı değilse uygulama olanağı bulurken, tahkim yargılamasında hakemler, hakimlere nazaran daha serbest olduklarından ve sadece yargılama yetkisini aldıkları taraf iradeleriyle bağlı bulunduklarından, bu kuralların uygulanması ile ilgili hiçbir sorunla karşılaşılmayacaktır. Herhangi bir uyuşmazlığın ortaya çıkmadığı ve doktrinde "*contrats heureux*" olarak[181] ifade edilen sözleşmesel ilişkilerde ise, tarafların bu tip *sui generis* kuralları uygulamak

---

ration, London, 1986, Naklen AKINCI, *Milletlerarası İnşaat*, s.15). Bu iki teoriyi birbirinden ayıran nokta, lex mercatoria'yı oluşturan kuralların bağlayıcı gücü ve milli hukuk sistemleri ile ilişkisi bakımından ortaya çıkmaktadır. İlk teoriye göre lex mercatoria bağlayıcılığını bağlı bulunduğu belirli bir milli hukuk sisteminden alırken, ikinci teoriye göre ise, bu kurallar bağlayıcı gücünü hiçbir milli hukuktan değil, bizzat kendi sisteminden yani lex mercatoria'dan almaktadır (AKINCI, *Milletlerarası İnşaat*, s.15). Bu görüşlerin eleştirisi için bkz. KASSİS, *Théorie Générale*, s. 279 vd. Ayrıca bkz. MANIRUZZAMAN, s. 59 vd. ve AYOĞLU, s. 1 vd.

179 IBM, CILIA-GAYGY, CATERPILLAR ve ROCHE bu tür talimatname ve davranış kodlarını hazırlamış olan özel firmalara arasında yer almaktadırlar (OSMAN, s.485-486). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. OSMAN, s.263; AYOĞLU, s. 345-346.

180 BATIFFOL, *Pluralisme des Méthodes*, s. 122; LOUSSOUARN/ BOUREL, s. 55; HOLLEAUX/ FOYER/ DE LA PRADELLE, s. 343; BAUER, s.546. Lex Mercatoria'nın tahkim çerçevesinde uygulanması konusunda bkz. AYOĞLU, s. 85 vd.

181 "Mutlu sözleşmeler" (LOUSSOUARN/BOUREL, s. 55).

istemeleri halinde, buna engel olabilecek herhangi bir neden zaten bulunmamaktadır.

Bu tür maddi uluslararası özel hukuk kuralları birçok açıdan önem taşımaktadır. Bu kurallar her şeyden evvel belirli bir gerçeği yansıtmaktadır. Şöyle ki; farklı ülkelerin hukuk sistemlerinin veya mahkemelerinin bu kurallara bakış açısı ne olursa olsun kurallar, uluslararası ticaret alanında etkin olarak uygulanmaktadır[182]. Diğer taraftan, bu kurallar bizzat kuralları uygulayacak olanlar tarafından oluşturulduğundan, uluslararası ticari ilişkilerin ihtiyaçlarını en iyi tanıyanlarca ve kaçınılması gereken tehlikeleri, alınması gereken tedbirleri en iyi bilenlerce düzenlenmiştir. Bu kişilerin aynı zamanda uluslararası ticari uygulamada da yer almaları, oluşturulan kuralların kolay anlaşılır olmasını ve gereksiz usuli teferruatlardan arınmış pratik kurallar olmasını sağlamıştır. Tüm bu sebeplerden dolayı bu kurallar günümüzde uygulamacıların büyük oranda benimsediği kurallar haline gelmiş[183] ve yadsınamaz bir önem kazanmıştır.

II) Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirleyen Yöntemlerin Değerlendirilmesi

A) Kanunlar İhtilafı Yönteminin Yeterliliği Sorunu ve Yeknesaklık İhtiyacı

Her ülkenin iç hukukunun bir parçası olan kanunlar ihtilafı kurallarının kabul ettiği esaslar ve uygulanma biçimi ülkeden ülkeye farklılık göstermekte[184] ve bu hal uluslararası ticari uygulamada sorunlara yol açmaktadır. Bu durum özellikle kanunlar ihtilafı kurallarının ikili yapısında kendini göstermektedir. Söz gelimi, tarafların sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçebilmeleri anlamına gelen irade serbestisi ilkesi, istisnai olmakla birlikte bazı ülkelerde kabul görmemekte, benimsendiği ülke hukuklarında da hukuk seçiminin sınırları, şekli ve kapsamı bakımından büyük farklılıklar bulunmaktadır[185]. Hukuk seçiminin bulunmadığı durumlarda ise durum daha karmaşıktır. Zira bu durumda, azınlıkta olmakla birlikte, bazı ülke hukuk sistemleri hakime tarafların varsayımsal iradelerini tespit etme göre-

---

[182] BATIFFOL, *Pluralisme des Méthodes* , s.121.

[183] HOLLEAUX/ FOYER/ DE LA PRADELLE, s. 343; BATIFFOL, *Pluralisme des Méthodes* , s. 121.

[184] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. TETLEY, W.: International Conflict of Laws (Common, Civil and Maritime), Québec, Blais, 1994.

[185] HEUZE, *Traité des Contrats*, s.12. Örneğin, hukuk seçimi bazı ülkelerde zımni de olabilirken, bazı ülkelerde, eskiden Türk Hukukunda olduğu gibi (2675 sayılı MÖHUK. md. 24/I) , ancak "açıkça" yapıldığı takdirde geçerli sayılmaktadır.

vi yüklerken[186], diğer birçok ülke hukuk sistemi ise, uygulanacak hukukun (*lex contractus*) objektif kriterlere itibar edilerek belirlenmesini kabul etmektedir. Bu noktada da farklılıklar başgöstermekte ve *Common Law* ülkeleri ile Kara Avrupası ülkeleri değişik yöntemlerden hareket etmektedir. *Common Law* ülkeleri, "ihtilaf" halindeki kanunlardan hukuki ilişkiyle en çok irtibata sahip olanı belirlemek için, bağlama noktalarını nitelikleri bakımından tek tek değerlendirerek esnek bir yöntem benimserken[187], Kara Avrupası ülkeleri ise objektif bağlama noktalarından birini tercih etmek suretiyle esnek olmayan bir yöntemi yeğlemiştir. Bu defa da hangi bağlama noktasının tercih edileceği hususunda farklılıklar ortaya çıkmıştır.

Nitekim bazı ülkeler objektif irtibatlandırma aracı olarak ifa yerini[188], bazıları sözleşmenin yapıldığı yeri[189] ve bazıları ise, satıcının ikametgâhı[190] gibi farklı bağlama noktalarını kabul etmişlerdir.

Kanunlar ihtilafı kurallarının ülkeden ülkeye değişmesi bununla da kalmamakta, sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesinden başka, yetkili hukukun (*lex contractus*) uygulama alanı hakkında da farklı düzenlemeler göze çarpmaktadır[191].

Kanunlar ihtilafı kurallarının ülkeden ülkeye farklılık gösteren bu yapısından dolayı, sözleşmeye uygulanacak hukuk, yargısına başvurulan ülkeye göre değişecek, böylelikle sözleşmenin kaderinin de bu ülke hukukunca belirlenmesi gibi öngörülebilir olmaktan uzak ve hukuki güven telkin etmeyen bir sonuçla karşı karşıya kalınacaktır. İşte bu sebepten dolayı, kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesak bir biçimde düzenlenmesi gereği ortaya çıkmıştır. Çünkü kanunlar ihtilafı kuralları bakımından yeknesaklık sağlanabilirse,

---

[186] Bu ülkeler arasında Romanya, Madagaskar ve bazı Orta Afrika ülkeleri bulunmaktadır: HEUZE, *Traité des Contrats*, s.14, dn.16.

[187] Kanada, A.B.D ve 19 Haziran 1980 tarihli Roma Konvansiyonu'nu kabul etmeden önceki dönem için İngiltere bu ülkeler arasında yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. HEUZE, *Traité des Contrats*, s.14, dn. 17.

[188] Örneğin, Peru Medeni Kanunu md. 2095.

[189] Cezayir Medeni Kanunu md. 18, Güney Kore 15 Ocak 1962 tarihli Kanun md. 9, Japonya 15 Haziran 1988 tarihli Kanun md. 7.

[190] Satıcının ikametgâhı hukuku, hemen hemen tüm Kara Avrupası ülkelerince kabul edilen bağlama noktası olmuştur. Gerçekten de, gerek Roma Konvansiyonu'na taraf olan ülkeler gerekse Avusturya, Macaristan, Polonya, Çekoslavakya, Slovakya, Ukrayna gibi ülkelerde satıcının ikametgâhı hukuku kabul edilen bağlama noktasıdır: HEUZE, *Traité des Contrats*, s.14-15.

[191] Söz gelimi, sözleşme yapma ehliyeti bazı hukuk sistemlerinde *lex contractus'a* tabi iken, diğerlerinde şahsi statü denilen ayrı bir kuralın alanı içerisinde düzenlenmektedir. Türk Hukukunda ehliyet meselesi MÖHUK md. 9 uyarınca milli hukuka tabi tutularak *lex contractus*'ten bağımsız olarak düzenlenmiştir.

hem hukuki güvenliğe ulaşılacaktır; hem de davayı açan kişinin aynı zamanda mahkemeyi de belirleme imkânına sahip olması nedeniyle, onun daha iyi bir sonuç elde edeceği mahkemede dava açması ve davalı için hiç de adil olmayan bir durumun ortaya çıkması engellenmiş olacaktır[192].

Ülkelerin kendi kanunlar ihtilafı kurallarının uyumlaştırılması amacıyla yapılacak olan bu yeknesaklık çalışmaları uluslararası sözleşmeler, diğer bir deyişle konvansiyonlar aracılığıyla gerçekleşecektir[193].

Söz gelimi, satım sözleşmesi, uluslararası ticaretin kendisine en çok başvurulan aracı olmasından dolayı, büyük bir öneme ve geniş bir uygulanma alanına sahiptir. Bu niteliğinden dolayı satım sözleşmesi, kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılması çalışmalarında hukukçuların en çok ilgisini çeken konuların başında gelmiştir. Uluslararası satıma ilişkin yeknesak düzenlemeler yapma girişimleri, değişik kuruluşların öncülüğünde 1920–1931 yıllarında başlamış[194] ve böylelikle bir dizi uluslararası belge ortaya çıkmıştır[195]. İsimlerinden de anlaşılacağı gibi, bu konvansiyonlardan bazıları doğrudan satım sözleşmelerini düzenlerken, bazıları ise genel anlamda sözleşmelerle ilgili düzenlemeler getirmektedir.

Uluslararası nitelik taşıyan diğer tüm özel hukuk ilişkilerinde olduğu gibi, sözleşmeler alanında da klasik yöntem olarak geçerliliğini halen dahi koruyan yöntem olan kanunlar ihtilafı yöntemi, zaman içerisinde gerçek-

---

192 TİRYAKİOĞLU, s.95.

193 NADELMANN, K.: *Méthodes D'Unification Du Droit International Privé, La Législation Uniforme et Les Conventions Internationales*, Rev. Cr. 1958, s. 50.

194 PELICHET, *Vente*, s.25 vd.; VON OVERBECK, A.: *La Contribution de la Conférence de La Haye Au Développement du Droit International Privé*, RCDIP, Tome 233, s.21 vd.

195 Satım sözleşmesini doğrudan veya dolaylı olarak ilgilendiren ve kanunlar ihtilafı kurallarını yeknesaklaştıran bu konvansiyonları kronolojik bir biçimde şu şekilde sıralamak mümkündür:
Maddi Taşınır Malların Uluslararası Satımına Uygulanacak Hukuk Hakkında 15 Nisan 1955 Tarihli La Haye Konvansiyonu;
Maddi Taşınır Malların Satımında Mülkiyetin Devrine Uygulanacak Hukuk Hakkında 15 Nisan 1958 Tarihli La Haye Konvansiyonu;
Ürün Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuka İlişkin 2 Ekim 1973 Tarihli La Haye Konvansiyonu;
Aracılık Sözleşmeleri ve Temsile Uygulanacak Hukuk Hakkında 14 Mart 1978 Tarihli La Haye Konvansiyonu;
Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında 19 Haziran 1980 Tarihli AET Konvansiyonu (Roma Konvansiyonu);
Taşınır Malların Uluslararası Satımına Uygulanacak Hukuk Hakkında 22 Aralık 1986 Tarihli La Haye Konvansiyonu;
Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında 17 Haziran 2008 Tarihli Roma I Tüzüğü

leştirilen yeknesaklık faaliyetlerine rağmen uluslararası özel hukukçularca uzun bir süredir sorgulanmaktadır[196].

Kanunlar ihtilafı yöntemine getirilen eleştiriler, genel anlamda bu yöntemin sözleşmelerin "uluslararası" niteliğini yeterince göz önüne almadığı noktasında toplanmaktadır. Böylelikle, bu zamana kadar âdeta öncelikli ve ayrıcalıklı bir yere sahip olan kanunlar ihtilafı yöntemi bu üstünlüğünü kaybetmiş ve uluslararası niteliğe sahip ilişkileri düzenlemeye yarayan diğer yöntemlerden sadece biri haline gelmiştir[197].

Gerçekten, kanunlar ihtilafı yöntemi birçok açıdan eleştirilmiştir. Bazı hukukçular tarafından bu yöntemin meşruluğu bile tartışma konusu yapılmıştır[198]. Bu fikre göre, "*devletler, uluslararası nitelikteki ticari ilişkileri düzenleyebilecek güce sahip değildirler; zira bu onların egemenlik sınırlarını aşmaktadır*"[199]. Dolayısıyla "uluslararası" niteliğe sahip bu tür ilişkilerin, kendisi gibi yine "uluslararası" kaynaklı bir düzenlemeyle karşılanması gerekmektedir[200].

Kanunlar ihtilafı yöntemine getirilen bir eleştiri de, onun hukuki güvenlik ve öngörülebilirliği yeterince gerçekleştiremediği[201] ve böylelikle uluslararası ticaretin gelişmesini sağlayamadığı konusundadır. Gerçekten de, özellikle kanunlar ihtilafı kurallarının yazılı olmayıp ta içtihat halinde geliştiği ülkeler açısından bu yöntem öngörülebilir olmaktan oldukça uzaktır.

Kanunlar ihtilafı yöntemi fazlaca karmaşık bir yapıya sahip olmasından dolayı da eleştirilmektedir[202]. Kuralların dolaylı bir yoldan sonuca ulaştıran (*indirecte*) özelliği sebebiyle âdeta satranç oyununa benzeyen[203] bir yapıya sahip olması, uzman olmayan kişiler tarafından anlaşılmasını zorlaştırmaktadır.

---

196 BATIFFOL H.: *Pluralisme des méthodes en droit international privé*, Rec. des Cours, 1973/2, s. 84; LOUSSOUARN/ BOUREL, s. 44; HEUZE, *Traité des Contrats*, s. 9. Bazı hukukçular bu durumu "kanunlar ihtilafı kurallarının içinde bulunduğu kriz" ifadesi ile tanımlamaktadır (MAYER, P.: *Le Mouvement des Idées dans le Droit des Conflits de Lois*, Revue Droits, 1985, no.2, s.142; AUDIT, *DIP*, s.111; LOUSSOUARN/BOUREL, s.46).

197 FRANCESCAKIS, Rev. Cr. 1966,1 (Naklen LOUSSOUARN/BOUREL, s. 46).

198 DAVID, R.: Le Droit du Commerce International. Réflections d'un comparatiste sur le droit international privé, Economica, 1987, s.2.

199 DAVID, s.2.

200 Bunun aksine bir durumu bir çeşit "hakkın kötüye kullanılması" olarak tanımlayan görüş için bkz. AUDIT, B: La Fraude à La Loi, 1974, s.77 (Naklen HEUZE, *Traité des Contrats*, s.9).

201 LOUSSOUARN/ BOUREL, s. 47; BAUER, s. 563.

202 LOUSSOUARN/ BOUREL, s. 47.

203 LOUSSOUARN/ BOUREL, s. 47.

Diğer bir eleştiri, kanunlar ihtilafı kurallarının sadece bir uyuşmazlığın varlığı halinde uygulanmasından kaynaklanmaktadır. Oysa her uluslararası özel hukuk ilişkisi, özellikle uluslararası ticaret alanındaki sözleşmeler, kazai bir nitelik taşımayabilir. Şahsın hukuku ve aile hukukuna dair özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda uygun bir çözüm olmasına rağmen, sözleşmeler alanında her zaman uyuşmazlık içeren bir durumun mevcut olmaması, yöntemin bu bakımdan eksikliğini ortaya koymaktadır[204].

Ancak, kanunlar ihtilafı yönteminin son zamanlarda eski önemini kaybetmesinin ve bazı yeni akımların[205] eleştirisine uğramasının altında yatan asıl neden, kuralların, ilişkilerdeki "uluslararası" niteliği yeterince yansıtmaması ve bu nitelikteki işlem ve ilişkilerin kendine özgü ihtiyaç ve özelliklerine cevap verememesidir.

Gerçekten de, kanunlar ihtilafı kuralları, yabancı unsurlu veya uluslararası nitelikteki işlem ve ilişkilere uygulanacak maddi hukuku işaret eden "gösterici" nitelikteki kurallardır[206]. Fakat neticede uygulanacak hukuk, mahkemesine başvurulan ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği ülkenin iç maddi hukuk kuralları olacaktır. Diğer bir deyişle bu kurallar, iç hukuk boyutundaki uyuşmazlıkları çözmeye yönelik kurallar olmakla birlikte, kanunlar ihtilafı kurallarının bu hukuku olayla en yakın irtibata sahip olarak görmesinden dolayı "uluslararası" boyuttaki uyuşmazlıklarda da uygulama alanı bulacak olan iç hukuk kurallarıdır[207].

---

[204] Zira, uluslararası sözleşmeler alanında getirilecek düzenlemeler salt uyuşmazlığı çözme değil, uluslararası ticari işlemleri kolaylaştırma amacına da hizmet etmelidir (LOUSSOUARN/ BOUREL, s. 47; BAUER, s. 564).

[205] Uluslararası Ticaret Hukuku alanındaki "*New Law Merchant*" doktrini bunların başında gelmektedir. 1958'de Roma'da, 1960'da Helsinki'de, 1962'de Londra'da ve 1964'de New York'da yapılan hukuk kollokyumları, satım başta olmak üzere, bankacılık işlemleri ve taşımacılık gibi uluslararası ticaretin en önemli araçlarını kapsayacak yeni bir hukuki oluşumun işaretleri olarak kabul edilmişlerdir. (LOUSSOUARN/BOUREL, s. 46; BAUER, s. 545-546).

[206] TEKİNALP, s.21.

[207] Söz gelimi bir Alman tüccar ile bir Türk alıcı arasında Almanya'da yapılan ve Türkiye'de ifası kararlaştırılan bir satım sözleşmesine uygulanacak hukuku tespit etmek durumundaki Türk hakimi, meseleyi sözleşmeden doğan bir borç ilişkisi olarak niteledikten sonra, kendi kanun koyucusunun oluşturduğu kanunlar ihtilafı kuralları içerisinde ilgili olanı bulup, bu kuralın kabul ettiği bağlama noktasının gösterdiği hukuku uygulayacaktır. Somut olayda bu kural Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunumuzun 24'üncü maddesinde yer alan ve bağlama noktası olarak karakteristik edim borçlusunun işyerini esas alan kuraldır. Dolayısıyla Türk hakiminin uygulaması gerekli hukuk, MÖHUK.md.24/IV gereği Alman Borçlar Hukukunun olayla ilgili maddi hükümleri olacaktır.

Dolayısıyla, kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılmasına ilişkin yapılan tüm konvansiyonlar sadece ihtilaf halinde uyuşmazlığa uygulanacak hukukun ülkeden ülkeye değişmesini önleyecek, buna karşılık uygulanacak hukukun uyuşmazlığın, konumuz açısından düşünüldüğünde sözleşmelerin uluslararası niteliğini yeterince gözetemeyecektir. Oysa uluslararası ticaretin kendine özgü ihtiyaçlarının, devletlerin iç hukuk sisteminde yer alan kurallarca karşılanması mümkün değildir[208]. Nitekim, iç hukuktaki satım sözleşmesinden tamamiyle farklı bir biçimde kurulan, ifa edilen ve farklı çevrelerde etki doğuran uluslararası satım sözleşmelerinin, öncekilerle aynı düzenlemeye tabi tutulması bu sözleşmelerin bünyesine aykırı düşmektedir.

Tüm bu eleştiriler uluslararası hukuk camiasında da yankı uyandırmış ve uluslararası nitelik taşıyan hukuki ilişkileri, bu nitelikleri göz önüne alarak düzenleyecek, kendine özgü kuralların oluşturulmasına yönelik alternatif bir yöntem gündeme gelmiştir. Bu yöntem, uluslararası niteliğe sahip işlem ve ilişkileri doğrudan düzenleyen ve "Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları" adı verilen yöntemdir.

B) Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları Yönteminin Uluslararası Sözleşmelerin Düzenlenmesinde Kanunlar İhtilafı Yöntemi Karşısındaki Konumu

İsmini oluşturan unsurlardan da anlaşılacağı gibi, maddi uluslararası özel hukuk kuralları yöntemi, uluslararası niteliğe sahip özel hukuk ilişkilerinin esasına yönelik doğrudan çözüm getiren ve bu açıdan kanunlar ihtilafı kurallarından farklılık gösteren kurallardan oluşmaktadır.

Son zamanlarda, Uluslararası Özel Hukuk doktrininde bu iki yöntemin birbirleriyle rekabet halinde oldukları belirtilmektedir[209]. Gerçekten de, klasik yöntem olarak adlandırılan kanunlar ihtilafı yönteminin, özellikle uluslararası ticaret alanında eski önemini ve işlerliğini yitirmesi ve buna karşılık maddi uluslararası özel hukuk kurallarının bu alanda gün geçtikçe daha fazla tanınır ve uygulanır hale gelmesi söz konusu yöntemler arasındaki rekabeti işaret etmektedir. Böylelikle, tarihi geçmişi daha eski olan ve dünya çapında daha yaygın olarak uygulanan yöntem olan kanunlar ihtilafı yönteminin geçerliliği, maddi uluslararası özel hukuk kurallarınca yapılan düzenlemeler sonucunda bazı alanlarda büyük sarsıntıya uğramıştır. Bu değişimden en çok nasibini alan ve maddi uluslararası özel hukuk kurallarıyla yapılan düzenlemelere en çok rastlanılan alan uluslararası sözleşmeler ve bilhassa uluslararası satım sözleşmeleridir.

---

[208] BATIFFOL, *Pluralisme des Méthodes*, s. 107; BAUER, s. 565.

[209] SIMON-DEPITRE, s.591 vd.; RIGAUX, s.1 vd.; BAUER, s. 538 vd.; BATIFFOL, *Pluralisme des Méthodes*, s. 82 vd.

Gerçekten, maddi uluslararası özel hukuk kuralları bilhassa uluslararası sözleşmeler bakımından yaygın bir uygulamaya sahiptir. Gerek hukuki düzenleme açısından zenginliği gerekse uygulamadaki tartışılmaz yeri söz konusu yöntemin önemini her geçen gün daha da arttırmakta ve birçok ülke hukuk sisteminde bu tür kurallara daha sık yer verildiği görülmektedir.

Belirtmek gerekir ki, maddi uluslararası özel hukuk kuralları yönteminin uluslararası sözleşmeler bakımından geleceği, bu kuralların niteliğine ve uygulamada ne ölçüde kullanıldığına bağlı olduğu kadar, aynı zamanda kanunlar ihtilafı yönteminin yerini alıp alamamasına yani klasik yöntemin karşısındaki konumuna göre de değişecektir. Acaba bu kurallar ilerki bir tarihte kanunlar ihtilafı yöntemini ortadan kaldırma yetkinliğine sahip midir? Şayet böyle bir yetkinliğe sahip değillerse bu kurallar gelecekte ne gibi bir rol yükleneceklerdir? Kanaatimizce, bu soruya verilecek cevap, maddi içerikli bu kuralların Uluslararası Özel Hukukun hangi alanını ilgilendirdiğine göre değişecektir.

Sözleşmelere dair maddi uluslararası özel hukuk kuralları yöntemine ilişkin yukarıdaki sorulara cevap ararken, yöntemi oluşturan kuralları *anasyonal kurallar* ve *uluslararası konvansiyonlar* olmak üzere iki ayrı biçimde incelemek gerekeceği düşüncesindeyiz. Zira yöntemin geleceğine yönelik sağlıklı bir değerlendirme yapılabilmesi için, kuralların farklı kaynaklardan doğduğu ve farklı etki mekanizmaları aracılığıyla uygulama alanı bulduğu gerçeğini göz önünde bulundurmak zorunludur. Bu bağlamda ilk olarak uluslararası ticari uygulama içerisinde ortaya çıkan ve gelişen kuralların; ikinci olarak da uluslararası sözleşmelere uygulanacak kurallar bakımından ihtiyaç duyulan yeknesaklığı gerçekleştirmek amacı taşıyan maddi içerikli konvansiyonların değerlendirmesini yapacağız.

1) Uluslararası Ticari Uygulamadan Doğan Kurallar

Uluslararası ticari uygulama içerisinde kendiliğinden ortaya çıkan ve gelişen kurallar arasında yer alan *lex mercatoria* niteliğindeki tip sözleşmeler, genel işlem şartları, UNIDROIT gibi prensipler ve incoterms gibi uluslararası örf, âdet ve teamül kurallarının asıl değerinin ortaya çıkarılması için, kanunlar ihtilafı kurallarına ne ölçüde alternatif teşkil edebileceklerini sorgulamak gerekmektedir.

Bu kurallar, uluslararası ticaret hayatında farklı yorum ve uygulamaları önlemek amacıyla ulusal veya uluslararası kuruluşlarla[210] çeşitli meslek birlikleri[211] tarafından yapılan çalışmalar neticesinde oluşmuştur[212]. Devletin

---

[210] Örneğin UNCITRAL, UNIDROIT ve ICC.

[211] GAFTA, FOSFA, The Refined Sugar Association veya The London Rubber Trade Association bunlara örnektir.

[212] SCHMITTHOFF, s. 63.

yasama organı tarafından yapılan yasal düzenlemeler niteliğinde olmadığından doktrinde bu kurallar "*anasyonal*" yani milliyetsiz olarak isimlendirilirler[213]. Bu kurallar aynı zamanda devletlerin iç hukuk düzenlemelerinin uluslararası sözleşmelerin bünyesine uygun düşmediği gerekçesiyle ortaya çıkan tepki oluşumlarının ilk örneklerini teşkil ederler. Zira kanunlar ihtilafı kurallarının yetersizliği karşısında ilk önce mesleki birlikler bir takım hukuki düzenlemeler oluşturmaya başlamış, bunları takiben uluslararası kuruluşlar da mevcut olan ve ticari hayatta uygulanagelen kuralları yazılı hale getirerek bu oluşumda yerlerini almışlardır[214].

Bu tür kuralların kanunlar ihtilafı kurallarını bertaraf edebilecek ölçüde işlerlik kazanabilmeleri ancak ve ancak tarafların sözleşmelerinde bu kurallara uluslararası bir kaynak olarak yer vermeleri ile mümkün olacaktır. Bu noktada hukuki ilişkinin ihtilaf teşkil edip etmemesi önem kazanmaktadır. Zira taraflar arasında herhangi bir ihtilafın bulunmadığı, sadece sözleşmelerine uygulanacak kuralların seçiminin söz konusu olduğu hallerde bu kuralların uygulanmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır[215]. Nitekim uluslararası ticaret uygulamasında da, farklı uluslararası ticari kuruluşların ve uzman kurumların hazırlamış olduğu kurallara sıkça rastlanmaktadır. Dolayısıyla, uyuşmazlığın söz konusu olmadığı hallerde "*droit spontané*" denilen bu tür kuralların kanunlar ihtilafı kurallarının geleceği için ciddi bir tehlike oluşturduğunu söylemek mümkündür.

Buna karşılık, taraflar arasındaki sözleşmenin uyuşmazlık noktasına ulaşması halinde bu kuralların kanunlar ihtilafı kurallarına alternatif teşkil edebileceğini söylemek pek kolay olmayacaktır. Zira bu durumda meseleyi iki farklı açıdan değerlendirmek gerekecektir. Çünkü bu kuralların, kanunlar ihtilafı kurallarından bağımsız bir biçimde uygulanıp uygulanamayacağı, uyuşmazlığın devlet yargısında mı yoksa tahkimde mi çözüleceğine bağlı olarak değişecektir.

Şayet uyuşmazlık tahkim usulü ile çözüme ulaştırılıyorsa, hakemlerin bağlı bulundukları bir *lex fori*'lerinin olmayışı ve yargılama yetkilerini doğrudan taraf iradelerinden almaları sebebiyle, taraflarca seçilen bu kuralları, hakimlere nazaran daha geniş bir serbesti içinde uygulayabileceklerdir. Buna karşılık, mahkemelerin riayet etmekle yükümlü oldukları bir milli hukukları yani *lex fori*'lerinin olması, bu kuralların taraflar isteseler dahi, kanunlar ihtilafı kurallarınca belirlenen uyuşmazlığı çözmeye yetkili olan

---

213 MARCHAND, S.: Les Limites de L'Uniformisation Matérielle du Droit de la Vente, Genève, 1994, s.40; MOUSSERON/ FABRE/ RAYNARD/ PIERRE,s. 72 vd.

214 MOUSSERON/ FABRE/ RAYNARD/ PIERRE, s. 199.

215 LOUSSOUARN/ BOUREL, s. 55.

hukuka aykırı olmamak kaydıyla sözleşme hükmü olarak uygulanmasını zorunlu kılmaktadır[216].

Tüm bunların yanı sıra, bizatihi bu tür kuralların kendisine özgü niteliğinden kaynaklanan bazı olumsuz tarafları da vardır ki bunlar kuralların her konuyu düzenleyememesi ihtimali sonucunda ortaya çıkacak olan boşluklardır. Örneğin, tahıl ve hububat satımına ilişkin GAFTA'nın hazırlamış olduğu tip sözleşme veya benzer tip sözleşmelerde yahut genel işlem şartları veya *incoterms*'de bulunabilecek bir hukuki boşluğun (*vacuum juris*) doldurulması zorunlu olarak hakem veya hakimleri, hukuk yaratmaya veya belirli bir ülke hukukunu uygulamaya itmektedir[217]. Bu aşamada gerek hakemlerin gerekse hakimlerin doğal olarak ilk başvurdukları yöntem kanunlar ihtilafı kuralının gösterdiği hukuku uygulamaktır. Bu sebepten dolayı, tarafların ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş sözleşmelerine rağmen her ihtimale karşı hukuk seçimine ilişkin bir klozu da sözleşmelerine koymaları tavsiye edilmektedir. Bu durumda, anasyonal hukuk kurallarının uygulanmasını kararlaştıran taraflar arasındaki uyuşmazlık, bu kurallarda boşluk olması durumunda, taraflarca seçilen hukuka göre, şayet böyle bir hukuk seçimi yoksa, uyuşmazlığın önüne geldiği mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecek hukuka göre doldurulacaktır.

Sonuç olarak, uluslararası ticaretin uygulaması içerisinde kendiliğinden ortaya çıkan ve çeşitli uluslararası kuruluş ve mesleki birlikler tarafından yazılı hale getirilen bu kuralların, pratik açıdan işlerliği ve teorik açıdan yararları dikkate alındığında, uluslararası sözleşmeleri düzenleyen maddi kurallar arasında çok önemli bir yere ve yaygın bir uygulama alanına sahip olduğu kuşkusuzdur. Ancak kuralların bir hukuk kaynağı teşkil etmesine rağmen gerçek bir hukuk düzeninde var olan bütünlüğe sahip olamaması, bu kuralların uygulamadaki önceliği[218] tartışmasız olmakla birlikte kanun-

---

[216] LOUSSOUARN/ BOUREL, s. 56. Aynı yönde görüş için bkz. EKŞİ, *Incorporation*, s. 276 ; ERDEM, B.., s. 70. Zira bu kurallar bir hukuk seçimi sayılmadıklarından, mahkemelerce "sözleşme hükmü" olarak uygulanmaktadırlar ve her sözleşme hükmü gibi, sözleşmeyi idare edecek hukuka göre geçerli olmaları gerekmektedir.

[217] LOUSSOUARN/BOUREL, s. 56. Bununla birlikte, incoterms'in tahkim yargılamalarında uygulanma biçimi, devlet yargısına tabi uyuşmazlıklardan farklıdır. Incoterms'in tahkim yargılamasında doğrudan uygulanabilmesinin ardında, tahkim müessesesinin devlet yargısına oranla daha esnek olması ve taraf iradelerine tanıdığı mutlak önceliktir (ERDEM, B.B., s. 73).

[218] Nitekim, bu kuralların uygulanmasını kararlaştıran taraflar arasındaki uyuşmazlıklar bunlara göre çözümlenmekte ve çoğu zaman devletlere ait hukuk normlarının uygulanmasına gerek kalmamaktadır. Çünkü ticari hayattaki ihtiyaçları daha iyi şekilde karşılayan yeknesak kurallar uyuşmazlığın çözümü için gerekli hükümleri içerdiğinden bu alandaki kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmaya

lar ihtilafı kuralları ile tamamlanmasını[219] ve böylelikle her iki yöntemin bir nevi işbirliği ve beraberlik içinde varlığını sürdürmesini gerekli kılmaktadır.

2) Maddi İçerikli Uluslararası Konvansiyonlar

Kanunlar ihtilafı kurallarının, uluslararası ticarete ilişkin diğer alanlarda olduğu gibi, uluslararası sözleşmeler konusunda da yetersiz kalması ve bu tür ilişkilerin kendine özgü nitelik ve ihtiyaçlarına cevap verememesi, devletlerin de bu hususta harekete geçmelerine sebep olmuştur.

Bir yandan milli hukukların çeşitliliği ve değişkenliğinin hukuki güvenlik için oluşturacağı engelleri kaldırarak işlerin güvenli ve yaygın yürümesini sağlamak[220], diğer yandan yeknesak maddi düzenlemeler oluşturarak uluslararası ticaretin ilerlemesine katkıda bulunmak amacıyla bir çok konvansiyon hazırlanmıştır. Maddi kurallar içeren bu konvansiyonların en başarılı olanı hiç şüphe yok ki 1980 tarihli Viyana Konvansiyonu'dur[221].

Maddi kurallar alanında yeknesak düzenlemeler oluşturmayı amaçlayan bu Konvansiyonların, bu amacı ne ölçüde gerçekleştirdikleri farklı açılardan değerlendirilmelidir.

Her şeyden evvel amaçlanan yeknesaklığın niteliği önem taşımaktadır.

---

genellikle ihtiyaç duyulmamaktadır. Bu sebepledir ki, kanunlar ihtilafı kuralları, ticari ilişkiler alanında ikinci planda yer alırlar (EKŞİ, *Incorporation*, s. 275).

[219] BATIFFOL ise, kanunlar ihtilafı yönteminin bu tür kuralları tamamlayıcı olma özelliğini, bu yöntemin üstünlüğü ve zaferi olarak görmektedir. Söz konusu yazara göre, hukuki uyuşmazlıklar, birbiri içine girmiş sayısız hukuki ilişkilerden kaynaklanmaktadır ve hiçbir spontane kural bu ilişkilerin tümüne cevap verebilecek kapsam ve niteliğe sahip değildir. Oysa kanunlar ihtilafı yönteminin gösterdiği ülke hukuku, uyuşmazlığın kaynağındaki tüm ilişkilerin çözümünü veya çözümünde kullanılacak unsurları barındıran tek yöntem olma iddiasına sahiptir. Yazar, kanunlar ihtilafı yönteminin zamanın ticari ilişkilerine yeterince cevap veremediğini yadsımamakla birlikte, taraflarca seçilen veya kanunlar ihtilafı kurallarınca belirlenen belirli bir ülke hukukunun, taraflar açısından tam bir tatmin sağlasın veya sağlamasın, en azından hukuki problemeleri çözümsüz bırakmadığını belirtmektedir (BATIFFOL, *Pluralisme Des Méthodes*, s. 127-132).

[220] ERDEM, E.: Milletlerarası Mal Satım Sçzleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi), BATİDER, C. XVI, Y. 1992, S.3'ten ayrı bası, s. 37 *(Viyana Satım)*.

[221] 2 Nisan 2009 tarihli ve 5870 sayılı kanunla Türkiye tarafından da Kabul edilen ve 1 Ağustos 2011 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Viyana Konvansiyonu hakkında detaylı bilgi için bkz. ATAMER Y.: Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, İstanbul, 2008; ATAMER Y.: Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005.

Şöyle ki; yeknesaklaştırma çalışmasının sınırlarını çizmek, kanunlar ihtilafı kurallarının birleştirilmesi bağlamında değil de doğrudan maddi kurallar yoluyla gerçekleştirilmesi yönünde tercih yapmakla bitmemekte, aynı zamanda maddi yeknesaklığın hangi yöntemler yoluyla yapılacağı da belirleyici olmaktadır. Bu noktada, amaçlanan yeknesaklığın sınırlı veya tam, mutlak veya göreceli olması da yeknesaklığın kapsamında rol oynamaktadır[222].

Örneğin Viyana Konvansiyonu, kanunlar ihtilafı kurallarını tamamen dışlamadığı ve bu kuralların gösterdiği devletin Konvansiyona taraf olmasını aradığı için "göreceli" ve sadece uluslararası satım sözleşmelerine uygulanacağını belirttiği için "sınırlı" bir yeknesaklık öngörmektedir. Oysa bu Konvansiyondan önce yürürlükte olan 1964 tarihli La Haye Konvansiyonu, uygulanması bakımından karşılıklılık aramadığı için "mutlak" bir yeknesaklık öngörmüştür. Kambiyo senetlerine ilişkin 1930 ve 1931 tarihli Cenevre Konvansiyonları ise, gerek iç hukuk sözleşmelerine gerekse uluslararası sözleşmelere uygulanması bakımından "tam" bir yeknesaklık oluşturmaktadır.

Diğer taraftan, belli bir konuda amaçlanan yeknesaklık çoğu zaman o konuya ilişkin diğer meselelerin tamamı bakımından geçerli olamamaktadır. Zira her ne kadar konvansiyonlar temas ettikleri alanda mümkün olduğunca kapsamlı düzenlemeler öngörmüş olsalar da, içiçe geçmiş ilişkiler yumağından oluşan uluslararası sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların temas ettiği her konuda düzenleme getirmenin mümkün olamayacağı da bir gerçektir. İşte bu noktada, uyuşmazlığın önüne getirildiği mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarının göstereceği ülkenin hukukunun devreye girmesi söz konusu olmaktadır.

Örneğin, konvansiyonların uygulama alanına girmeyen konularla karşılaşıldığı takdirde bunlar for ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarınca belirlenecek milli hukuka göre çözümlenecektir. Söz gelimi, Viyana Konvansiyonu'nun 4'üncü ve 5'inci maddelerinde yer alan konuların Konvansiyon tarafından düzenlenmemiş olduğu açıkça belirtilmiş olduğundan, bu konulardaki boşluk yine kanunlar ihtilafı yöntemiyle doldurulacaktır. Buna kanunlar ihtilafı kurallarının boşluk dolduran fonksiyonu denmektedir (*rôle supplétif des règles de conflit*)[223].

---

[222] Konuyu satım sözleşmesi bağlamında değerlendiren MARCHAND, "*le développement du droit uniforme de la vente internationale est chaotique de par la diversité des méthodes d'harmonisation choisies: unification matérielle ou conflictuelle, unification globale ou limitée aux situations internationales, unification absolue ou relative*" demek suretiyle amaçlanan yeknesaklığa ulaşmakta kullanılacak yöntemlerin çok çeşitli olmasının, satım hukuku açısından bir kaos yarattığını belirtmektedir (MARCHAND, s. 23).

[223] MARCHAND, s. 27.

Kanunlar ihtilafı kurallarının devreye girdiği bir başka mesele de, sözleşme serbestisi nedeniyle taraflara konvansiyonların belirli bölümlerini uygulamamaları yönünde tanınan yetkidir. Örneğin Viyana Konvansiyonu'nun 6'ncı maddesinde yer alan ve tarafların bu Konvansiyonun uygulamasından vazgeçebileceklerini ifade eden hükmü sonuç olarak sübjektif bağlamanın (tarafların seçtikleri hukuk) veya objektif bağlamanın (ihtilaf kurallarınca tespit edilecek ülke hukuku) uygulanmasını gerektirecektir. Buna kanunlar ihtilafı kurallarının ikame edici fonksiyonu denmektedir (*rôle substitutif des règles de conflit*)[224].

Kimi zaman da kanunlar ihtilafı kurallarının tamamlayıcı rolü bizzat konvansiyonlarda yer alan hükümlerden kaynaklanmaktadır. 1964 tarihli La Haye Konvansiyonlarının aksine Viyana Konvansiyonu'nun kanunlar ihtilafı kurallarına yetki tanıması örneğinde olduğu gibi. Gerçekten de Viyana Konvansiyonu, 7'nci maddesinin ikinci fıkrasında "*Bu Konvansiyonun hükme bağladığı konularla ilgili sorunlar için açık çözümler getirilmediği hallerde bunlar, dayandığı genel ilkeler çerçevesinde, bu tür ilkelerin mevcut olmaması durumunda ise, Uluslararası Özel Hukuka göre uygulanabilecek yasalar uyarınca*" hükme bağlanacağı belirtilmek suretiyle kanunlar ihtilafı kurallarının tamamlayıcı rolü açıkça vurgulanmıştır (*rôle complétif des règles de conflit*)[225].

LOUSSOUARN-BOUREL'e göre kanunlar ihtilafı kurallarının konvansiyonlar bakımından taşıdığı önem, bu konvansiyonların ne ölçüde yeknesaklık öngördüğüne bağlı olarak değişmektedir. Şöyle ki; üye devletlerin iç hukuklarını da birleştiren ve ilişkinin uluslararası niteliği olup olmadığına bakılmaksızın uyuşmazlığa aynı kuralların uygulandığı maddi içerikli konvansiyonlarda (*conventions portant loi uniforme*) *üye devletler arasındaki uyuşmazlıklar bakımından* ihtilaf kurallarının herhangi bir anlamı yoktur. Zira bu devletlerde iç hukuk da uluslararası hukuk da aynı olduğundan, kanunlar ihtilafı kurallarının göstereceği hukuk her hâlükârda aynı olacaktır. Ancak söz konusu uyuşmazlık, *konvansiyona üye olan ve olmayan taraflar arasında meydana gelmişse*, bu defa kanunlar ihtilafı kuralları uyuşmazlığa uygulanacak hukuku belirlemede etkili olacak ve şayet üye olmayan devletin hukukunu yetkili görürse bu hukuk uygulama alanı kazanacaktır. Sadece uluslararası niteliğe sahip ilişkilere uygulanacak maddi düzenlemeler getiren konvansiyonlarda ise (*conventions unifiantes*), bu konvansiyonların çoğu uygulama alanlarını kendileri belirlediğinden, kanunlar ihtilafı kurallarının devreye girmesi sadece konvansiyon içerisinde uygulama alanının (*domaine spatiale*) tanımlanmadığı durumlarda söz konusu olacaktır[226].

---

[224] MARCHAND, s. 28.

[225] MARCHAND, s. 29.

[226] LOUSSOUARN/BOUREL, s. 53. Belirtmek gerekir ki, kanunlar ihtilafı kuralla-

HEUZE ise, bilhassa satıma ilişkin maddi yeknesak kurallar içeren konvansiyonların uluslararası ticaretin gelişmesine sağladığı katkıyı yadsımamakla birlikte iki yönden tehlike arzettiğini belirtmektedir[227]. Bunlardan ilki uluslararası satım sözleşmeleri ile iç hukuk satım sözleşmelerini farklı rejimlere tabi tutmanın, yerel ticaret içerisindeki kişiler nezdinde yaratacağı rahatsızlıktır. Nasıl ki, uluslararası satımı düzenleyen kurallar iç hukuktaki satım ilişkilerini düzenleyen kurallardan daha katı olduğunda o ülkenin dış ticareti olumsuz etkileniyorsa; uluslararası satıma ilişkin düzenlemeler de, iç hukuktaki satıma ilişkin düzenlemelerden daha esnek ve liberal olduğu takdirde bu defa yerel ticaretle uğraşan kişiler de kendi ülkelerinde daha zor koşullarda ticaret yapmanın rahatsızlığını yaşarlar. Böyle bir durumun yerel tüccarları âdeta cezalandırmak anlamına geldiğini belirten HEUZE, konvansiyonları kabul etmiş olan devletlerin iç hukuk ilişkilerine de bu kuralları uygulamalarıyla bu sorunun çözümlenebileceğini ileri sürmektedir[228].

Yazar ikinci bir tehlikeyi de konvansiyonlarda yer alan bazı belirsiz ifadelerin, taraf ülkelerde farklı şekillerde yorumlanması ve böylelikle yeknesaklık amacının dışına çıkılması konusunda görmektedir. Öyle ki, konvansiyonlarda yer alan belirli bir hükmün iki âkit ülkede farklı şekilde yorumlanması, mahkemeleri hangi yorumun esas alınacağı hususunda kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmaya itmektedir[229]. HEUZE bu durumun, konvansiyonların her ülkede aynı biçimde yorumlanmasını sağlayabilecek bir mekanizmanın oluşturulmasıyla önlenebileceğini belirtmektedir. Yazara göre bu noktada ideal çözüm, konvansiyonun uygulama alanına giren uyuşmazlıkları çözmeye yönelik âkit ülkelerce kurulacak uluslararası ihtisas mahkemelerinin oluşturulmasıdır. Ancak böyle bir oluşumun oldukça imkânsız olmasından dolayı HEUZE, daha gerçekleştirilebilir bir yöntem olan ve âkit ülkelerin temsilcilerinin belirli aralıklarla (örneğin on ya da onbeş senede bir) toplanması ve söz konusu konvansiyonun uygulanması sırasında ortaya çıkan meselelerin yeknesak bir biçimde çözüme kavuşturulması amacıyla ortak bir çalışmanın yapılmasının da yeterli olacağını söylemektedir[230].

---

rının konvansiyonlar bakımından ne zaman devreye girebileceğine ilişkin bu tespitler sadece uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk veya belirli bir konvansiyonun ne zaman uygulanacağı meseleleriyle sınırlı olup, konvansiyonun uygulanması halinde bile kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmayı gerektirecek sebepleri kapsar nitelikte değildir.

227 HEUZE, *Traité des Contrats*, s. 452.

228 Yazar, bu noktada konvansiyonlarda yer alan kuralların "ulusal ticarete uyum sağlayamayacağına" yönelik eleştirileri de, bu kuralların aslında üye devletlerin iç hukuklarının uyumlu bir karması olduğunu belirterek yanıtlamaktadır (HEUZE, *Traité des Contrats*, s. 452-454).

229 HEUZE, *Traité des Contrats*, s. 453; LOUSSOUARN/BOUREL, s. 53; BATIFFOL, *Pluralisme des Méthodes*, s. 114.

230 HEUZE, *Traité des Contrats*, s. 454.

Kısacası, uluslararası sözleşmelere uygulanacak kurallar açısından uluslararası ticaret hayatında hissedilen yeknesaklaştırma ihtiyaçlarını tatmin etmek amacıyla oluşturulan ve bu alanda somut bir başarıya ulaşan maddi içerikli konvansiyonların da, tıpkı anasyonal kurallar gibi, belirli alanlarda kanunlar ihtilafı yöntemiyle işbirliği yaparak beraberce varlıklarını sürdürmek durumunda olduğunu söyleyebiliriz.

Sonuç

Uluslararası sözleşmeler, uluslararası ticaretin gerçekleşmesindeki en büyük aracı olmasından dolayı büyük bir öneme sahiptir. Bu sebeple, bu konuda hukuki düzenlemeler yapmak gerek uygulamacıların, gerekse de ulusal veya uluslararası kuruluşların her zaman ilgisini çekmiştir.

Her devletin hukuk mevzuatında farklı sözleşme tiplerini düzenlemeye yönelik iç hukuk kuralları bulunsa bile, bu kurallar taraflar arasındaki sözleşmenin "uluslararası" niteliğini yeteri kadar dikkate almadığı için ve bu tür işlemleri idare etmek amacıyla konulmamaları gibi sebeplerden ötürü alternatif bir takım hukuk kurallarının oluşturulması yönünde yeni eğilimler ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu bağlamda uluslararası sözleşmeler de dahil olmak üzere tüm yabancılık unsuru taşıyan ilişki ve uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku gösteren ve bunu bir devletin iç hukukuna gönderme yaparak gerçekleştiren kanunlar ihtilafı yönteminin yeterliliği de sorgulanmaya başlanmıştır.

Gerçekten, özellikle uluslararası sözleşmeler açısından kanunlar ihtilafı yönteminin değeri ve bu alandaki işlevi son zamanlarda eski önemini yitirmiştir. Buna karşılık, uluslararası alanda oluşturulan maddi içerikli kurallara ilişkin konvansiyonlar ile uluslararası ticari uygulamada kendiliğinden ortaya çıkan *lex mercatoria* niteliğindeki *anasyonel kurallar* gittikçe daha sık uygulanır olmuş ve böylelikle bu iki tür kuralı barındıran "maddi uluslararası özel hukuk kuralları yöntemi" sözleşmeler alanında kanunlar ihtilafı yöntemiyle ciddi bir rekabet içine girmiştir.

Uluslararası niteliğe sahip sözleşmelerin özellikle maddi içerikli konvansiyonlarca düzenlenmesinin bu alanda duyulan yeknesaklık ihtiyacının bir sonucu olduğunda şüphe yoktur. Uluslararası sözleşmelerin kendine özgü ihtiyaçlarına daha uygun çözümler getiren ve bu tür sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklara doğrudan uygulanan maddi içerikli konvansiyonlar, gerek öngörülebilir olmalarıyla taraf menfaatine, gerekse kapsadıkları alanda yeknesak hukuk oluşturmaları bakımından Uluslararası Özel Hukuk menfaatine hizmet etmektedirler. Düzenledikleri alanda, klasik yöntem olarak adlandırılan kanunlar ihtilafı kurallarının uygulama alanını ciddi bir şekilde daraltan bu düzenlemeler, yine de ihtilaf kurallarını tam olarak

etkisiz kılmaktan uzaktırlar. Zira gerek bu konvansiyonların uygulama alanının belirlenmesi, gerekse uygulama alanı bulan konvansiyonlarda yer alan hükümlerin yorumlanması ve boşlukların doldurulması konularında yine kanunlar ihtilafı kurallarına başvurma zorunluluğu doğmaktadır. Hal böyle iken BATIFFOL'ün yeknesak hukukun oluşturulması hakkında söylediği güzel bir benzetme akla gelmektedir: "*kanunlar ihtilafı kuralları olmadan yeknesak hukuk yapmayı istemek, matematik olmadan fizik yapmak istemek gibidir*" ("*vouloir faire du droit uniforme sans conflit de lois, c'est un peu vouloir faire de la physique sans mathématiques!*")[231].

Diğer taraftan, uluslararası ticari uygulama içerisinde kendiliğinden doğan ve *lex mercatoria* niteliğindeki *anasyonel* ve *spontan* kurallar ise, uyuşmazlık söz konusu olmadığı veya uyuşmazlık tahkim yoluyla çözüleceği zaman bağımsız ve etkili bir biçimde uygulanıyor olmasına rağmen, devlet yargısı karşısında kanunlar ihtilafı kurallarından bağımsız olarak varlık gösteremediğinden yine kanunlar ihtilafı yöntemine mecbur kalmaktadır.

Sonuç olarak, uluslararası ticari uygulama içerisinde önemi ve uygulamadaki önceliği tartışılmaz olmakla birlikte, gerek uluslararası ticaretin uygulamasında kendiliğinden oluşan *lex mercatoria* kavramına dahil edebileceğimiz *anasyonel hukuk* kuralları veya *spontan kurallar* adı verilen kuralların; gerekse maddi hukukun yeknesaklığını amaçlayan uluslararası konvansiyonların her zaman tek başlarına meseleleri çözümlemeye yeterli olmadıkları görülmektedir. Bu noktada, bu iki tür kuralın meydana getirdiği maddi uluslararası özel hukuk kuralları yöntemi ile diğer yöntemlerin aslında bir rekabet içinde değil, işbirliği içinde oldukları ve varlıklarını beraberce sürdürmeleri gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Netice olarak, özellikle uluslararası sözleşmeler açısından bir "kurallar labirenti"[232]nin varlığından söz etmek yanlış olmayacaktır.

---

[231] BATIFFOL, H.: Travaux, (1964-1966), s. 101-102 (naklen PELICHET, *Vente*, s. 24).

[232] Bu tabir ilk kez Mc LACHLAN tarafından ortaya atılmıştır (naklen MARCHAND, s. 44).

Anonim Ortaklıkta Tek Kişilik Yönetim Kurulu

*Ersin ÇAMOĞLU**

6102 sayılı yeni TK, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu'nun tek kişiden oluşmasına olanak vermektedir. Yeni TK'nun 359. maddesinin 1. fıkrası *"Anonim şirketin,… bir veya birden çok kişiden oluşan bir yönetim kurulu bulunur"* hükmü ile 1956 tarihli eski TK'nun 312. maddesinde öngördüğü üç kişilik asgarî üye tabanını değiştirmiş ve reformcu niteliğini bu konuda da hayata geçirmiştir.

I. Terminoloji

Bu bağlamda ilk olarak, Türk sisteminde tek kişiden oluşan yönetim kuruluna "kurul" demek caiz midir, sorusu akla gelmektedir. Türkçe'de kurul, çok üyeli bir oluşumu ifade eder.

Tek üyeli yönetim kuruluna olanak tanıyan Alman Paylı Şirketler Kanunu'nun (AlmPŞK) 76. paragrafının 2. fıkrası bu konuda yönetim kurulu olarak çevirebileceğimiz *Vorstand* terimini kullanmaktadır. Bu açıdan Yeni Ticaret Kanunumuza kaynaklık eden İsviçre Borçlar Kanunu (İsvBK)'nun 707. maddesinin 1. fıkrasının Almanca metnindeki *"Verwaltunsgrat"* ve Fransızca metninde kullanılan *"Conseil d'administration"* terimlerinin her ikisi de kurul kavramını içermektedir [1].

Kanun koyucu, yeni TK'nun Gerekçesinde belirginleşen iradesinde[2] tek üyeli de olsa anonim şirketin yönetim organı için *"kurul"* terimini tercih etmiş ve kurul'u gramer anlamında değil, bir kavram olarak öne çıkarmıştır; ister tek kişi ister çok üye ile doldurulsun yönetim kurulu bir makamdır.

---

* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Emekli Öğretim Üyesi.

1 Fransız Ticaret Kanununda ise tek üyeli yönetim kurulu kabûl edilmemiştir. FrTK m.225-17 yönetim kurulunun en az üç üyeden oluşmasını öngörmektedir.

2 Bkz.: TK'nun Genel Gerekçesi ve 359. maddenin gerekçesi.

II. Tek Üyeli Yönetim Kurulunun Yararları

Avrupa hukuklarında uzun bir geçmişe sahip olan tek üyeli yönetim kurulu kolay karar almayı ve uygulamayı sağlayan bir kurumdur. Yapısının doğal sonucu olarak kurulda görüş ayrılıklarına ve kilitlenmelere yer vermemesi, sorunlara hızlı müdahale edebilme olanağını sağlaması da pratik yararları arasındadır.

Türk hukukuna yeni TK ile giren *tek pay sahipli anonim ortaklıkların*[3] yapısına en uygun yönetim biçimi tek üyeli yönetim kuruludur. Yine bunun gibi, tek üyeli yönetim kurulu yabancı sermaye yatırımcısının da tercih ettiği bir kurumdur[4].

Bir anonim ortaklığın tek paydaşı olan kamu veya özel hukuk tüzel kişilerinin yönetimi tek kişilik bir profesyonel yönetim kuruluna bırakma olanağına sahip olmaları da bu kurumun pratik yararlarından biridir.

III. Yönetim Kurulu Üyesi Sıfatının Kazanılması ve Kaybedilmesi

1. Anonim şirkette yönetim kurulu üyesi seçilebilmek ya da bu sıfatın kaybedilmesi için aranan yasal ve ana sözleşmesel[5] koşullar kural olarak tek üyeli yönetim kurulları için de geçerlidir.

a. Gerçek Kişilerin Yönetim Kuruluna Seçilmesi İçin Gerekli Nitelikler ve Seçilme Engelleri

aa. Üyeliğe Seçilmek İçin Aranan Yasal Nitelikler

Anonim ortaklık yönetim kurulu üyeliğine seçilebilmek için 56 TK'nun aradığı en az bir paya sahip olma koşulu yeni kanunda kaldırılmıştır. Yasa koyucu böylece, *kurumsal yönetim* ilkelerinin hayata geçirebilmesi için "önemli bir kapı açmış" anonim ortaklara bağımsız profesyonel yöneticileri istihdam etme olanağını tanımıştır[6].

---

[3] *Ünal Tekinalp,* Tek Kişilik Ortaklıklar I, Tek Paysahipli Anonim Ortaklık, İstanbul 2011, N. 2-01 vd.

[4] *Tekinalp*, Tek Paysahipli Anonim Ortaklık N. 12-42

[5] Anonim ortaklık ana sözleşmesi yönetim kurulu üyeliğine seçilebilmek için yasal koşullara *ek nitelikler* arayabilir. Örneğin bir ilaç şirketinde üyelerin çoğunluğunun kimya mühendisi veya üyelerin tamamının yüksek tahsil diplomasına sahip olması şartını öngörebilir. Ana sözleşmenin seçilebilmek için aradığı bu niteliklerin kaybedilmesi halinde yönetim kurulu üyeliği de kendiliğinden düşer.

[6] Ayrıntılı bilgi için bkz: *Ersin Çamoğlu*, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu, 3. bası, İstanbul 2010, s. 5,6 ve dpn. 12'de anılan yazarlar; *Ali Paslı,* Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, İstanbul 2004; *Korkut Özkorkut*, Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, Ankara 2007.

Bir gerçek kişinin anonim ortaklık yönetim kurulu üyeliğine seçilebilmesi için (56 TK'da olduğu gibi)[7] ilke olarak tam ehliyetli (reşit ve mümeyyiz) olmak yeterlidir.

TK'nun 359. maddesinin 3. fıkrası, yönetim kurulu üyelerinin en az ¼'ünün yüksek öğrenim görmüş olmasını aramaktadır. Bu kural kurumsal yönetim ilkelerini anonim ortaklıklar alanında hayata geçirmek bağlamında atılmış bir adım olarak değerlendirilebilir[8]. Tek kişilik yönetim kurullarında ise bu zorunluluk aranmaz.

ab. Seçilme Engelleri

aba. TK 363. maddenin 2. fıkrasında sayılan üyelik sıfatının yitirilmesi sonucunu doğuran yasal ya da ana sözleşmesel nedenler, seçim sırasında mevcut olduğu takdirde, üyelik sıfatının kazanılmasına engel oluştururlar. TK 363. maddenin 2. fıkrasına göre "yönetim kurulu üyelerinden birisinin *iflasına* karar verilir veya *ehliyeti kısıtlanır* ya da bir üye üyelik için *gerekli kanunî şartları* yahut *esas sözleşmede öngörülen nitelikleri* kaybederse, bu kişinin üyeliği her hangi bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer[9]".

abb. TCK'nun 53.maddesinin (1d) bendi, *"Güvenlik Tedbirleri"* başlığı altında, kasıtlı bir suçtan dolayı "hapis" cezasıyla cezalandırılmış bir kişinin, hükmün infazı bitinceye kadar şirket yöneticisi olma hakkından mahrum

---

[7] *Ersin Çamoğlu, (Reha Poroy-Ünal Tekinalp),* Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2010 s. 28 N. 548 c.

[8] TK Tasarı'sının ilk şeklinde bu koşul yönetim kurulu üyelerinin *yarısı* için öngörülmüştü. Ayrıca tek kişiden oluşan yönetim kurulunda tek üyenin yüksel tahsilli olması aranmakta idi. Adalet Komisyonu 359.maddenin 3. fıkrasını yasalaştığı şekilde değiştirmiş ve tek kişilik yönetim kurullarında yüksek tahsil şartını kaldırmıştır.

[9] Eski 56TK'nun 315. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesinde "Ağır hapis cezasıyla veya sahtekârlık, emniyeti suistimal, hırsızlık, dolandırıcılık suçlarından dolayı mahkûmiyet halinde dahi" üyenin bu sıfatı kaybedeceği hükmü yer almakta idi. TK Tasarı'sının TBMM'e sevk edilen metninde buna çok yakın bir hüküm yer alıyordu. "İki yıldan fazla hapis cezasıyla veya sahtekârlık, güveni kötüye kullanma, hırsızlık, dolandırıcılık, nitelikli dolandırıcılık suçlarından mahkûmiyet halinde de hüküm aynıdır". İki metin arasındaki tek fark, Hükümet Tasarı'sında ağır hapis yerine, *"iki yıldan fazla hapis"* hükmünün yer alması idi. Tasarı'daki bu son cümle Yasada yer almamıştır. Adliye Encümeni Mazbatasında bu konuda bir açıklama yoktur. Bu değişikliğin muhtemelen, TCK'nun *"Güvenlik Tedbirleri"* başlığını taşıyan ve *kasıtlı* bir suçtan dolayı alınacak *hapis* cezasının yasal sonucu olarak hükümlüyü "şirket yöneticisi olma" hakkından yoksun bırakan TCK 53. maddenin (1d) hükmünün bu ihtiyacı karşıladığı düşüncesiyle yapıldığını sanıyorum.

kalacağını hükme bağlamıştır. Hak mahrumiyeti hapis cezasıyla hüküm giymenin yasal sonucu olduğu için, yargıcın hükmünde bu sonucu ayrıca zikretmesine gerek yoktur[10].

Yukarda belirtmiş olduğum gibi, burada anonim ortaklık yönetim kurulu üyesi olma yeteneğinin *"geçici" olarak* kaybedilmesi söz konusudur; hükmün infazını tamamlayan kişi, tekrar yönetim kurulu üyesi seçilebilir. TCK 53 (1d) hükmü kasıtlı bir suçtan dolayı mahkûmiyetin yasal sonucu olarak *şirket yöneticisi* ve denetçisi olma ehliyetini kaldırdığı için, bu hükmün anonim ortaklardaki başta genel müdür olmak üzere diğer yöneticileri de kapsadığını belirtmek isterim. Cezanın ertelenmesi halinde hak kaybı söz konusu olmaz.

56TK 315. maddenin 2. fıkrasının son cümlesinde getirilen yasakla, TCK'nun 53 (1e) hükmü arasında başlıca 2 fark vardır: (1) *Birincisi* 56TK 315 (2)'deki yasağın sayılan belli suçlara ilişkin olması, buna karşılık TCK 53 (1e) hükmünün ise hapis cezası ile sonuçlanmış, kasıtlı tüm suçları kapsamasıdır. Bu anlamda TCK 53 (1e) hükmü kapsamı yönünden daha geniştir. (2) *İkinci fark* ise, 56TK 315 (2) deki hükmün yönetim kurulu üyesi adaylarına mutlak (değiştirilemez) bir hak yoksunluğu getirmesidir. Buna karşılık TCK 53 (1e) hükmünde geçici bir hak yoksunluğu söz konusudur; hükmün infazının tamamlanması ile yoksunluk da ortadan kalkmaktadır.

b. Tüzel Kişiler

TK'nun üyeliğe seçilebilme yeteneği açısından getirdiği reform nitelikli bir yenilik, tüzel kişilerin de yönetim kurulu üyeliğine seçilebilmeleridir. 56TK döneminde yasa, tüzel kişilerin yönetim kuruluna üye seçilmelerine olanak vermiyordu. Nitekim 312.maddenin 2. fıkrasının son cümlesine göre:

> *"Hükmî bir şahıs idare meclisi azası olamaz. Fakat hükmî şahsın temsilcisi olan hakiki şahıslar idare meclisine aza seçilebilirler*".

Görüldüğü gibi tüzel kişiler paydaş olsalar dahi kendileri yönetim kurulu üyesi seçilemiyor, ancak bir gerçek kişi temsilcileri üye seçtirebiliyorlardı. Bu yapı, öğretide tüzel kişinin yönetim kurulundaki temsilcisinin eylemlerden sorumlu tutulup tutulmayacağı tartışmasına yol açıyordu[11].

TK'nun 359. maddesinin 2. fıkrası tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeliğine seçilmesine açıkça izin vererek bu tartışmaları da sona erdirmiştir. Bir

---

[10] Bkz.:*Süheyl Donay*, Türk Ceza Kanun Şerhi, İstanbul 2007, m.53 s.88.

[11] Bkz.: *Ünal Tekinalp,* Anonim Ortakların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Ankara 1965, s.125 vd; *Ersin Çamoğlu*, Sorumluluk, s. 210 vd; *Halûk Tandoğan*, Hükmî Şahısların Anonim Şirket İdare Meclisinde Temsili, Batider, I/1, s.3 vd.

tüzel kişi yönetim kurulu üyeliğine seçildiği takdirde kendi adına kendisi ile birlikte tescil ve ilan edilmek üzere bir gerçek kişi temsilci belirler. Tüzel kişiyi yönetim kurulu toplantılarında bu gerçek kişi temsil eder.

İşletme konusu kamu hizmeti olan bir anonim şirkette TK 334. madde uyarınca kamu tüzel kişilerinden birisine (devlet, il özel idaresi, belediye ve köy) ana sözleşme ile yönetim kurulunda üye bulundurma hakkı tanıması (ve ilgili tüzel kişinin bu hakkını kullanması yani ana sözleşme ile kendisine yapılan icabı kabul etmesi) halinde yönetim kurulu üye sıfatını kamu tüzel kişisi kazanır. Tüzel kişi adına onunla birlikte ticaret siciline tescil ve ilan edilen kişi ise temsilcidir[12].

TK 359. maddenin 2. fıkrasında özel hukuk, 334. maddenin ise kamu tüzel kişilerine tanıdığı bu imkân tek kişilik yönetim kurulunda da geçerli midir? Bu soruya verilecek cevap olumludur. Diğer bir anlatımla anonim şirket ana sözleşmesinde ister özel hukuk ister kamu olsun tüm tüzel kişilere yönetim kurulunun tek üyesini gönderme hakkı tanınabilir. Ancak burada hemen vurgulamak isterim ki ana sözleşmedeki hüküm hak sahibi tüzel kişi açısından bir yüküm oluşturmaz. Ana sözleşmedeki hüküm tüzel kişiye yapılmış bir icaptır; muhatap tarafından açıkça ya da zımmen kabûl edilmekle yürürlüğe girer. Tüzel kişinin bu hakkı her hangi bir nedenle kullanmaması halinde tek üye genel kurul tarafından seçilir.

c. "Belirli Grupların" Yönetim Kuruluna Tek Temsilci Göndermesi

"Pay Gruplarının Yönetim Kurulunda Temsil Hakkı" başlığını taşıyan TK'nun 360. maddesi belirli gruplara (ve azınlığa) yönetim kurullarında temsil edilme imkânı tanımaktadır. Belirli grup kavramı *"Ana sözleşmede somutlaştırılan ve kural olarak aralarında ortak bağlar bulunan paydaşların oluşturduğu grup"* olarak tanımlanabilir. Örneğin İÜHF Hukuk Fakültesi 1959 mezunları, bir şirketin bayileri, yeminli malî müşavirler, bir derneğin ya da bir vakfın üyeleri gibi.

Acaba TK 360.madde tek üyeli yönetim kurulunda da uygulama alanı bulabilir mi? Bu soruya olumlu yanıt verilmelidir. TK 360. madde uyarınca belirli gruplara tek üyeli yönetim kurullarında temsil hakkı tanınabileceği gibi, özellikle yarı kapalı (ancak belirli nitelikteki kişilerin ortak olabileceği) anonim şirketlerde tek yönetim kurulu üyesinin de belli bir grup tarafından gönderilmesi (önerilmesi) ihtiyacı duyulabilir. Örneğin ortaklarının ağırlıklı

---

[12] Bkz.: *Ünal Tekinalp /Ersin Çamoğlu*, Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuatı 13. Bası, İstanbul 2011, m. 334 ile ilgili açıklama.

bir grubu maden mühendislerinden oluşan bir madencilik şirketinde, tek yönetim kurulu üyesinin de ana sözleşmede tanımlanan bir grup tarafından önerilmesi veya genel kurulun tek yöneticiyi belirli bir grup içinden seçmesi öngörülebilir.

2. Tek Kişilik Yönetim Kurulu Üyeliğinin Sona Ermesi

a. Görevden Alma (Azil)

Ana sözleşme ile atanmış olsa bile yönetim kurulu üyeleri genel kurul tarafından her zaman görevden alınabilir. Genel kurulun azil kararı ilke olarak gündeme bağlılık ilkesinin kapsamındadır. Ancak TK 364 f. 1 uyarınca *"önemli (haklı) sebepler varsa,* gündemde olmasa da üye hakkında azil kararı alınabilir.

Acaba genel kurul TK 359 (2) veya 334. madde uyarınca kendilerine (tek kişilik) yönetim kurulunda temsil hakkı verilen özel hukuk ya da kamu tüzel kişisini bu haktan mahrum kılabilir mi?

Kanımca ana sözleşmeye koyduğu bir hükümle kamu ya da özel hukuk tüzel kişilerine yönetim kurulunda temsil edilme hakkı veren anonim şirket, ana sözleşmeyi değiştirerek bu hakka son verme olanağına da sahip olmalıdır. Kuşkusuz şirket, haklı nedenler bulunması halinde tüzel kişiden yönetim kurulunda bulunan temsilcisini değiştirmesini de talep edebilir[13].

Yönetim kuruluna üye seçilmiş olan özel hukuk ya da kamu tüzel kişisi yönetim kurulundaki temsilcisini her zaman değiştirebilir.

Aynı soruyu TK 360. maddenin 2. fıkrası uyarınca yönetim kurulunda temsil edilen belirli grup temsilcileri hakkında da sormamız gerekiyor: Acaba genel kurul yönetim kurulundaki belirli grup temsilcilerini görevden alabilir mi?

Bilindiği gibi TK 360. madde belirli grup paydaşlara (veya azınlığa) ya yönetim kuruluna aday önerme ya da üyenin grup paydaşları (veya azınlık) arasından seçilmesi hakkını tanımaktadır. Her iki yöntemde de seçim iradesi genel kurulundur. Diğer bir anlatımla, üye bu iki yöntemden hangisi ile seçilmiş olursa olsun, ona yönetim kurulu üyesi sıfatını kazandıran güç genel kurulun iradesidir. TK 360.madde uyarınca seçilen üye kendisini aday gösteren ya da aralarından seçildiği grubun (veya azınlığın) menfaat temsilcisi değildir; yönetim kurulu üyesi olarak şirketin ve tüm ortakların menfaatle-

---

[13] Bkz: *Ersin Çamoğlu*, Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyesi Sıfatının Kazanılması ve Kaybedilmesi, Yargı Dünyası sa: 190 (Ekim 2011), s. 17.

rini korumakla yükümlüdür. Temsilci üye ile kendisini aday gösteren veya aralarından seçildiği grup (veya azınlık) arasında bir temsil veya vekalet ilişkisi mevcut değildir. Bu nedenle bu üyeler ancak genel kurul tarafından görevden alınabilir; TK 360. maddeye göre kendilerini aday gösteren ya da aralarından seçildiği grup (veya azınlık) tarafından değiştirilemez.

b. İstifa

İstifa yönetim kurulu üyesinin tek yanlı bozucu bir yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla anonim ortaklıkla aralarındaki sözleşmeye son vermesini ifade eder. İstifa beyanı iç ilişkide hukukî sonuçlarını şirkete ulaşmakla doğurur; şirketin (yönetim kurulunun) kabulûne bağlı değildir.

Dış ilişkide istifanın etkisi işlemin tescil ve ilanına bağlıdır. TK 36(4) uyarınca istifanın tescili ve ilanına kadar üçüncü kişilerin iyi niyeti korunur. Ancak burada tescil ve ilânın etkisinin yalnız hukukî (iradî) işlemlerinden kaynaklanan borçlar açısından geçerli olduğunu vurgulamak isterim. Diğer bir anlatımla ticaret sicilindeki kaydın borcun oluşumunda yönlendirici rol oynamadığı haksız fiil, haksız iktisap ve kanundan doğan borçlarda istifa hükümlerini, iç ilişkide olduğu gibi alacaklılara karşı da ortaklığa ulaştığı tarihten itibaren doğurur. Bu nedenle ayrılan yönetim kurulu üyesinin VUK 10 ve AATUK'nun (108 sa.Kanunla değişik) 35. maddesi uyarınca kamu borçlarından dolayı sorumluluğu da istifa beyanının şirkete ulaştığı tarihte sona ermiş olur[14].

Bu olgu yönetim kurulu üyelerinin her ne suretle olursa olsun görevden ayrıldıklarının tescil ve ilan edilmesini talep etmekte korunmaya değer menfaatleri olduğunu göstermektedir. Görevi sona eren yönetim kurulu üyesi, TK 28. madde kapsamında tescile ve talebe yetkili*" ilgililer"* arasındadır.

Acaba tek kişilik yönetim kurulu üyesi tüzel kişi bu görevden çekilebilir mi?

Kanımca buna bir engel yoktur. TK 359 (2) ve 334. maddeleri özel hukuk ve kamu tüzel kişilerine bir hak tanımaktadır. Bu hakkı baştan kullanıp kullanmamakta serbest olan tüzel kişi, ondan feragat ederek görevden çekilme hakkına da sahiptir. Görevi kabul edip önce yönetim kuruluna temsilci göndermek, tüzel kişiye devamlı bir yüküm yüklemez. Hatırlatmak isterim ki yönetim kurulu üyeliği zorunlu bir görev değildir.

---

[14] Ayrıntılı bilgi için bkz: *Çamoğlu (Poroy-Tekinalp),* s. 284, No. 550*; Ersin Çamoğlu*, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığın Kamu Borçlarından Dolayı Sorumluluğu, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, MHMÖH Bülteni, 23/1-2 İstanbul 2003, s.139 vd.

c. Seçilme Yeteneğini Kaybetme

Seçildiği sırada seçilme yeteneğine sahip olmayan yönetim kurulu üyelerinin bu sıfatı iktisap edemeyeceğini yukarda belirtmiştim. Görev dönemi içinde oluşan seçilme engelleri ise üyeliğin düşmesi sonucunu doğurur. Aşağıda açıklanan seçilme engelleri tek kişilik yönetim kurulu üyeleri için de aynen geçerlidir.

ca. Ticaret Kanununda Sayılan Düşme Nedenleri

TK 363 (2) maddesi, yönetim kurulu üyelerinin *iflâs* etmesini, *ehliyetinin kısıtlanmasını* veya *esas sözleşmede öngörülen nitelikleri* kaybetmesini; başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın üyeliğin sona ermesi *(düşmesi)* nedeni saymıştır. Kanımca üyelik sıfatının düşmesi sonucunun doğması için iflâs ve kısıtlanma kararlarının kesinleşmesi gerekir. Esas sözleşmede öngörülen niteliklerin kaybedilmesine örnek olarak da sadece yeminli malî müşavirlerin ortak ve yönetim kurulu üyesi olabileceği bir anonim şirkette YMM lisansının iptal edilmesi gösterilebilir.

Yönetim kurulunun tek üyesinin bir tüzel kişi olması halinde, tüzel kişinin kendisini temsilen kurula gönderdiği gerçek kişinin kısıtlanması ya da iflâs etmesi veya aşağıda (cb) altında göreceğimiz hak mahrumiyetine duçar olması tüzel kişinin üyelik sıfatını etkilemez; temsilcinin tüzel kişi tarafından değiştirilmesi gereğini doğurur. Buna karşılık tüzel kişinin iflâsı ya da başka bir nedenle sona ermesi (fesih veya infisahı) üyelik sıfatını düşürür. Her ne kadar sona eren tüzel kişi tasfiye sürecine girer ve unvanı ticaret sicilinden silininceye kadar tüzel kişiliği sürerse de, tasfiyeye giren tüzel kişinin aktif etkinlik amacı edilgen tasfiye amacına dönüştüğü için kanımca artık bir anonim şirketin yönetim kurulu üyeliğini sürdürme yeteneğini de yitirmiştir.

cb. TCK'da Düzenlenen Hak Mahrumiyeti Halleri

Yukarda (I 1 b) altında seçilme engelleri arasında TCK'nun 53.maddesinin (1 d) bendinin *"Güvenlik Tedbirleri"* başlığı altında getirdiği hükümle, *kasıtlı* bir suçtan dolayı *"hapis"* cezasıyla cezalandırılmış bir kişinin hükmün infazı bitinceye kadar şirket yöneticisi olma hakkından mahrum kalacağını hükme bağladığını belirtmiştim. Bu mahkumiyet hükmü yönetim kurulu üyesinin görev dönemi içinde verilir ve kesinleşirse, üye sıfatı yasa gereği düşer. Ancak TCK 53 (1d) maddesinde öngörülen hak mahrumiyeti *"geçici"* niteliktedir; hükmün infazı tamamlanınca (ya da suçu tüm sonuçları ile ortadan kaldırılan genel af söz konusu olursa) sona erer [15].

---

[15] Yeni TK'a alınmamış olan 56TK 315. maddenin son cümlesiyle ilgili olarak dipnot 9'daki açıklamalara bkz.

IV. Tek Kişilik Yönetim Kurulu'nda Yetki ve Görev

1. Genel Olarak

Yasanın yönetim kuruluna tanıdığı tüm görev ve yetkiler tek kişilik yönetim kurulunda tek üyeye aittir (TK 374). Yasal yetkilerin tümü tek üye tarafından kullanılır; görevler de tek üye tarafından yerine getirilir[16].

2. Yetkilerin Kullanılması (Yönetim ve Temsil)

Yönetim kurulunun *karar alma* yetkisi tek üye tarafından kullanılır.

Karar alma yetkisinin tek üyede olmasının anlamı, karar iradesinin yazılı ve imzalı olarak düzenlenip karar defterine yapıştırılması demektir (TK 390 (5)).

Bunun gibi dış ilişkide şirketi *temsil yetkisi* de tek üyenindir. Tek üyeli YK, şirketin çift imza ile temsili ilkesinin yasal istisnasıdır (TK 370 (1)).

Tek yönetim kurulu üyesi, yasal yetkisi kapsamında TK 366 f.1 uyarınca *komite* ve *komisyonlar* kurabilir. Yine bunun gibi TK 368. maddeye göre şirkete *ticari mümessil* ve *ticari vekiller,* kısaca şirketin tüm personelini atama yetkisine sahiptir. Tek üye temsil yetkisinin kısmen paylaşılması anlamına gelen bütün bu hallerde imza ve temsil yetkisini tümüyle devredemez[17]. Yasanın yönetim kuruluna özgü kıldığı devredilemez yetkiler ise saklıdır.

V. Tek Üyeli Yönetim Kuruluna Yapısı Gereği Uygulanması Mümkün Olmayan Hükümler

TK'nun yönetim kuruluna ilişkin hükümleri kural olarak çok üyeli yönetim kurulları için düzenlenmiştir. Bu nedenle yeni TK'nun yönetim kurulunu düzenleyen hükümlerinin, tek üyeli yönetim kuruluna ne oranda uygulanabileceğini, diğer bir anlatımla bu hükümlerin uygulanmasına gerek olup olmadığını incelememiz gerekiyor.

---

[16] Yönetim kurulu üyesinin *başlıca* görevleri ile ilgili olarak bkz: Özen ve bağlılık yükümü (TK 369); temsile ilişkin imza sirkülerinin tescil ve ilân ettirilmesi (TK 373); sermaye kaybı ve şirketlerin borca batık olması halindeki görevi (TK 376; genel kurulun toplantıya çağırılması, (TK 414) ve toplantının yapılması ile ilgili görevleri (TK 417); genel kurulun çalışma kurallarını içeren iç yönerge hazırlanması (TK 419); pay senetlerinin basılıp ortaklara dağıtılması (TK 486 vd; pay defterinin tutulması (TK 64 (4), 499 (3)), faaliyet raporu (TK 516,518).

[17] Murahhas atanması halinde, yönetim kurulu üyelerinden en az birisinin temsil yetkisine sahip olmasını zorunlu kılar.TK 360 (2)'ye bkz.

Bu açıdan baktığımızda aşağıdaki hükümlerin tek üyeli yönetim kuruluna uygulamalarının mümkün olmadığını ya da uygulamalarına gerek bulunmadığını söyleyebiliriz:

1. Tek üyeli yönetim kurulunda görev dağılımı (TK 366(1)) söz konusu değildir; tek üye tüm sıfatları şahsında toplar.

2. Yönetim kurulu toplantılarına ilişkin TK 390. madde tek üyeli yönetim kurulunda uygulanmaz. Tek üye karar alma yetkisini dilediği yerde ve dilediği zaman kullanabilir.

3. Yönetim kurulundaki bir üyeliğin her hangi bir nedenle boşalması halinde bu yerin diğer yönetim kurulu üyelerinin alacakları bir kararla geçici olarak (ilk genel kurul toplantısında onaya sunulmak üzere) doldurulmasını düzenleyen TK 363. maddenin 1. fıkrası, tek üyeli yönetim kurulunda uygulama alanı bulamaz[18].Yasa koyucu bu durumda mahkemece atama öngörmediği için, boşalan yönetim kurulu üyeliği onu seçmeye yetkili olan genel kurul tarafından doldurulur.

4. Yönetim kurulu üyelerinin müzakerelere ve oylamaya katılma yasağını düzenleyen 393. maddenin de, tek üyeli yönetim kurulunda uygulanması mümkün değildir.

5. Bilgi almaya ve inceleme yetkisine ilişkin TK 392. maddenin uygulama alanı yoktur.

6. Şirketle işlem yapmayı (ve şirkete borçlanmayı) düzenleyen 395. madde hükmü ilke olarak tek üye hakkında da uygulama alanı bulur. Diğer bir anlatımla yönetim kurulu üyesi genel kuruldan izin almak koşulu ile şirketle işlem yapabilir. Burada belirtmek isterim ki, kendisi şirketin tek temsilcisi olduğu için bu konuda ayrıca BK'nun temsilcinin kendisi ile sözleşme yapabilmesine ilişkin koşullarının da varlığı aranmalıdır[19].

7. Rekabet yasağına ilişkin 396. maddenin uygulanmasında ise Yasada boşluk vardır. TK'nun 396. maddesine göre:

> *"(1) Yönetim kurulu üyelerinden biri, genel kurulun iznini almadan, şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla da giremez. Bu hükme aykırı harekette bulunan yönetim kurulu üyele-*

---

[18] Bkz.: *Tekinalp / Çamoğlu*, Yeni TK ve İlgili Mevzuat, m. 359 ile ilgili yorum.

[19] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: *Erol Ulusoy*, Anonim Şirketlerde Şirketle İşlem Yapma Yasağı ve Çifte Temsil, Ankara 2005, s.105 vd.

rinden şirket tazminat istemekte veya tazminat yerine yapılan işlemi şirket adına yapılmış saymakta ve üçüncü kişiler hesabına yapılan sözleşmelerden doğan menfaatlerin şirkete ait olduğunu dava etmekte serbesttir.

(2) Bu haklardan birinin seçilmesi birinci fıkra hükmüne aykırı harekette bulunan üyenin dışındaki üyelere aittir.

(3) Bu haklar, söz konusu ticari işlemlerin yapıldığını veya yönetim kurulu üyesinin diğer bir şirkete girdiğini, diğer üyelerin öğrendikleri tarihten itibaren üç ay ve her halde bunların gerçekleşmesinden itibaren bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

(4) Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarıyla ilgili hükümler saklıdır."

Gerekçe'de bu hükmün 56TK 335. maddeden[20] aynen alındığı belirtilmektedir.

Görüldüğü gibi bu hükmün tek kişilik yönetim kuruluna uygulanmasında çözümü gereken bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bunlardan *birincisi* tek üyenin rekabet yasağını ihlâl etmesi halinde 396. maddenin 1. fıkrasının verdiği seçimlik hakların ona karşı kimin tarafından kullanılacağıdır. Tek üyeli yönetim kurulunda bu hakkı kullanacak *"diğer üyeler"* mevcut olmadığı için bu boşluğun nasıl doldurulacağı sorulabilir. Kuşkusuz konunun genel kurul gündemine getirilmesi ve orada değerlendirilmesi mümkündür. Ayrıca sorunun genel kurul gündemine taşınmasında, bu konuda şirketi kimin temsil edeceğinin belirlenmesi açısından da yarar vardır. İkinci çözüm ise MK'nun 426. maddesinin 3.bendi uyarınca bir *temsil kayyımı* tayin ettirmektir. Tüm ortaklar ve şirketin alacaklıları *"ilgili"* sıfatıyla Mahkemeden kayyım atanmasını talep edebilirler.

TK 396. maddenin uygulanmasında *ikinci sorun* ise *zamanaşımı* süresinin ne zaman başlayacağıdır. Maddeye göre, zamanaşımı yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağına aykırı davrandığını *"diğer üyelerin"* öğrenmesinden üç ay, her halde ihlâl eyleminin vukuundan itibaren bir yıldır. Üç aylık süre kanımca konu genel kurula götürülmüşse genel kurulun toplantı tarihinden, şirkete temsil kayyımı tayin ettirilmişse kayyımın görevi almasından itibaren başlar.

TK 396. maddenin 4. fıkrası yönetim kurulu üyesinin sorumluluğuna ilişkin hükümleri saklı tutmaktadır. Kuşkusuz genel kurul rekabet yasağına aykırı davranan üye hakkında 553 vd. maddeler uyarınca sorumluluk davası

---

[20] Ayrıntılı bilgi için bkz : *Çamoğlu (Poroy-Tekinalp),* s.291, N. 569.

açılmasına da karar verebilir. Yeni Yasa 56TK 341. maddede olduğu gibi bu davanın denetçiler tarafından açılacağına ilişkin bir hüküm içermemektedir. Kanımca bu görevi ifa için de Mahkemeden MK 426 N.3 uyarınca bir temsil kayyımı atanması istenebileceği gibi konunun genel kurul gündemine taşındığı hallerde, genel kurul rekabet yasağını ihlâl eden tek üyeyi görevden alarak yerine yeni bir yönetim kurulu üyesi atayabilir; bu takdirde dava yeni atanan üye tarafından açılır.

VI. Sorumluluk

1. Genel Olarak

Tek kişilik yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ile çok üyeli yönetim kurulunda görev alan üyelerin sorumluluğu arasında ilkesel açıdan farklılık yoktur. Nitekim yeni TK'muz da, sorumluluk konusunda tek üyeli yönetim kurullarına ilişkin özel bir düzenleme getirmemiştir.

Ancak çok üyeli kurul üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin tümünün, doğası gereği tek kişilik yönetim kuruluna uygulanması da mümkün değildir. Bu nedenle burada sorumluluk hükümlerine ayrıntısına girmeden değinmek, buna karşılık tek üyeli yönetim kurulunun doğasından kaynaklanan farklılıklara daha fazla yer ayırmak istiyorum.

2. Sorumluluğun Temel İlkeleri

a. Kusur Sorumluluğu

56TK'da olduğu gibi[21] yeni TK'da anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bir *kusur sorumluluğudur*. Yeni Yasada da yönetim kurulu üyesinin kusurlu olduğu *karine* olarak kabul edilmiş; sorumlu tutulmak istenen üyeye kusursuzluğunu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulma olanağı tanınmıştır. Yönetim kurulu üyesi işlem veya eylemde gerekli özeni gösterdiğini diğer bir anlatımla kusursuzluğunu kanıtlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilir. Yeni Yasa bu konuda yönetim kurulu üyelerinin görevlerini*"tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmelerini"* aramıştır (TK 369/1). Bu ölçü yönetim kurulu üyelerinin *"iş adamı kararı"* (business judgement rule) ölçüsü uyarınca davranmaları gereğini de içerir[22].

Yeni TK yönetim kurulu üyelerinden beklenen özen konusunda, sorumluluk hukukunun evrensel ilkelerinden birisini 553. maddenin 3. fıkrasında yasalaştırmıştır. "Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas

---

[21] Ayrıntılı bilgi için bkz.*: Çamoğlu*, Sorumluluk s.172 vd.

[22] *Tekinalp*, Tek Paysahipli Anonim Ortaklık, N. 12-118.

sözleşmeye aykırılıklar veya yoksuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamaz". Bu hüküm bir yandan özen yükümünün sınırlarını çizmekte, diğer yandan ise yönetim kurulu üyesinin kendisine yüklenen kusur karinesinden kurtulabilmesi için yerine getirmesi gereken ispat yükünün somut içeriğini belirlemektedir.

b. Zarar

Yönetim kurulu üyeleri şirkete, ortaklara ve alacaklılara *doğrudan doğruya* verdikleri zararlardan olduğu gibi *dolayısıyla zararlardan* da sorumlu tutulmuşlardır[23]. Bilindiği gibi davacı gördüğü doğrudan zararın kendisine tazmin edilmesini talep edebilir; buna karşılık şirketin gördüğü zarar nedeniyle dolaylı olarak zarara uğrayan *ortaklar* ve *alacaklılar*[24]. tazminatın şirkete ödenmesini isteyebilirler (TK 555 (1). Bu bağlamda Yeni TK'nun getirdiği bir yenilik de 555. maddenin 2. fıkrasındaki, pay sahibince açılan davada hukukî ve maddi sebepler haklı gösteriyorsa, dava masrafları ve avukatlık ücretinin davalıya yüklenemediği hallerde, Mahkemenin bunları davacı ortak ile şirket arasında hakkaniyete göre paylaştırma yetkisine sahip olmasıdır.

c. Sorumluluk Davası Açmaya Yetkili Olanlar

TK 553. maddeye göre, yönetim kurulu üyelerinin Yasaya ve ana sözleşmeye aykırı işlem ve eylemleriyle verdikleri zararlar nedeniyle *şirket, ortaklar ve şirket alacaklıları* dava açabilirler.

ca. Şirketin Dava Hakkı

Yeni TK, dava hakları ile ilgili olarak 56TK'da açıkça düzenlenmiş olan bazı konularda suskundur. Bunların başında sorumluluk davası açılması için 56TK tarafından aranan genel kurul kararı konusunda hüküm içermemesi gelmektedir. Gerekçe'de bu konuda açıklama yoktur. Buna rağmen yasa koyucunun bu değişikliği bilinçli olarak yaptığı kanısındayım. Gerçekten 56TK 341. maddede aranan genel kurul kararı koşulunun gerekli olup olmadığı sorgulanabilir. Uygulamada bu karar yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davalarında çoğunlukla bir engel oluşturmuştur. Yargıtay eski kararlarında genel kurul kararını dava şartı sayıyordu[25]. 1980

---

[23] Bkz.: TK 553. madde gerekçesi.

[24] Alacaklıların dolaylı zarar talep edebilmelerinin bir diğer koşulu da şirketin iflâs etmiş olmasıdır (TK 557). Ayrıntılı bilgi için bkz.; Aşağıda cb.

[25] Bkz.: Yargıtay Tic. D. 30.09.1960 N.1738/2460 (*Hayri Domaniç/Ersin Çamoğlu*, İçtihatlı Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 3. Bası, İstanbul 1977,

sonrası kararlarında ise genel kurul kararını tamamlanabilir bir eksiklik kabul etmektedir[26]. Uygulamada genel kurul çoğunluğuna hâkim olan yönetim kurulu üyeleri bu kararın çıkmasını çoğu kere önlemişlerdir.

Diğer taraftan şirket adına dava açılmasına karar verilen hallerde 56TK 341. maddesine göre davanın şirket denetçileri tarafından açılması gereği de davanın etkisini önemli ölçüde azaltıyordu. Yeni Yasa, denetçilerin yasal organ sıfatını, dolayısıyla da şirketi her hangi bir konuda temsil etme yetkisini kaldırmıştır. Yeni TK, dava açma yetkisini anonim şirketin yasal temsilcilerine bırakmıştır. Sorumluluk davası şirketi idare ve temsile yetkili yönetim kurulu tarafından açılır.

Davanın açılıp açılmamasına karar verme ve davayı takip edecek temsilciyi (ya da avukatı) belirleme yetkisi, sorumlu tutulan üye dışındaki yönetim kurulu üyelerine aittir. Görevi sona eren yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davasını, görevdeki yönetim kurulu açar.

Sorumlu tutulmak istenen tek kişilik yönetim kurulu üyesi ise, ona karşı şirket adına sorumluluk davası ya bu göreve seçilecek yeni üye veya MK'nun 426 N.3 uyarınca Mahkemece atanacak temsil kayyımı tarafından açılır. Şirket ortaklarının ve alacaklılarının dava hakları saklıdır.

cb. Ortakların ve Alacaklıların Dava Hakkı

Ortakların dava hakları konusunda 56TK'nun düzenlemesi ile yeni TK'nun düzenlemesi arasında bir fark yoktur. Tek fark, dava masrafları ve avukatlık ücretinin, davalıdan alınamadığı hallerde, hakkaniyet gerektiriyorsa Mahkemece şirketle davacı ortak arasında paylaştırılabilmesidir (TK 555 (2)).

Alacaklıların dava hakkı ise kaynak İsviçre BK'da olduğu gibi, şirketin iflâs etmiş olması koşuluna bağlanmıştır (TK 556). Ortakların ve alacaklıların istemleri önce iflâs idaresi tarafından ileri sürülür. İflâs idaresi bu davayı açmadığı takdirde dava hakkı ortaklara ve şirket alacaklılarına geçer. Dava sonucunda elde edilen hasıla önce davacının alacağına tahsis olunur; bakiyesi sermaye paylarına göre davacı pay sahiplerine ödenir; artanı iflâs masasına verilir.

---

s.269, N.477); Yargıtay Tic.D. 19.03.1963 N. 4616/1510 (*Domaniç/Çamoğlu*. s. 268 N.475); Yargıtay, Tic.D. 12.01.1970 N. 3679/97 sayılı kararı *Sıtkı Akyazan*, Son İçtihatlarla Gerekçeli notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuatı, Ankara 1971.

[26] Yargıtay 11 HD. 17.06.1980 t. E.3268 K.3234 (*Gönen Eriş,* Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995, m.341 N.1023); Yarg. 11 HD. 14.01.2002 t. E. 7746 K. 2 (*Gönen Eriş,* Açıklamalı İçtihatlı En Son Değişikliklere Göre Türk Ticaret Kanunu, Ticarî İşletme ve Şirketler C.II, 3. Bası, Ankara 2004, s. 2018 N. 29).

d. Farklılaştırılmış Teselsül

Yeni TK'nun 557.maddesi yürürlükteki Yasa'daki alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesini alacaklı lehine bozan *mutlak teselsül* kuralını terk etmiş, bunun yerine sorumluluk hukukunun temel ilkelerine, dolayısıyla da adalet düşüncesine daha uygun olan *farklaştırılmış teselsül* ilkesini getirmiştir[27], [28].

Hükmün ilham kaynağı, farklılaştırılmış teselsülü 1991 reformunda sisteme getiren İsviçre Borçlar Kanunu'nun 759.maddesidir[29].

Farklılaştırılmış teselsül ilkesi her üyenin kusurlu davranışı ile birlikte verdikleri zararın oluşumdaki katkısı oranında sorumlu tutulmasını ifade eder. Diğer bir anlatımla, bu sistemde müteselsil sorumlular zararın kendilerine isnat edilebilen kısmından sorumlu olurlar. Farklılaştırılmış teselsül sorumlular arasındaki rücu ilişkilerini düzenleyen bir hüküm değildir; dış ilişkideki sorumluluk miktarını belirler. Alacaklılar müteselsil sorumlulara ancak kendi sorumluluk tavanına kadar başvurabilirler[30].

Tek kişilik yönetim kurulunda farklılaştırılmış teselsül, yönetim kurulu üyesi ile birlikte şirketin diğer yöneticilerinden bazılarının da sorumlu olması halinde uygulanabilir. Diğer bir anlatımla zarar doğurucu eylemi yönetim kurulu üyesi ile birlikte genel müdürün, muhasebe müdürünün ya da bir başka şirket çalışanının birlikte gerçekleştirmiş olmaları halinde, TK 557. madde uyarınca sorumlulardan her biri zararın oluşumundaki katkıları oranında sorumlu olurlar.

---

[27] Yasa koyucu bu konudaki ilk adımı BankK'nun 110.maddesinde, banka yönetim kurulu üyelerinin hukuka aykırı (kusurlu) eylem ve kararlarıyla bankaya verdikleri zararların tazmini konusunda kusurları ölçüsünde sorumluğu öngörerek atmıştır Bkz: *Çamoğlu (Poroy-Tekinalp)* N.621 u, s.335.

[28] Ayrıntılı bilgi için bkz: *Mehmet Helvacı*, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İşviçre Borçlar Kanunu'nun 759. Maddesi ile Getirilen Müteselsil Sorumluluğun Anlamının Tanıtılması, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80.Yaş günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 219 vd.; *Yaşar Karayalçın*, İsviçre Hukukunda Müteselsil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar ve Yasal Gelişmeler, Ank Bar Der.65/4 (Güz 2007) s. 107 vd; *Necla Akdağ- Güney,* Bankalar Kanunu'na Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Verdikleri Zararla Sınırlı Şahsî Sorumluluklarının İsviçre Borçlar Kanunu Art.759'da Yer Alan Farklılaştırılmış Teselsül (Diferenzierte Solidaritaet) ile Karşılaştırılması, Hüseyin Ülgen'e Armağan İstanbul 2007, s.1207 vd.

[29] *Böckli*, § 18 N.181 vd.

[30] *Ünal Tekinalp*, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, Uğur Alacakaptan'a Armağan, Ankara 2008, s.642.

e. Zamanaşımı

Yeni TK'nun zamanaşımını düzenleyen 560. maddesi 56TK'nun 309. maddesinin 5. fıkrasının bir tekrarıdır. Buna göre dava hakkı yetkililerin sorumluları ve zararı öğrenmesinden itibaren *iki yıl*, her halde zarar doğurucu eylemin vukuundan itibaren *beş yıl* geçmekle zamanaşımına uğrar. Eylem daha uzun zamanaşımına tâbi bir suç oluşturuyorsa[31], davaya bu zamanaşımı süresi uygulanır.

Tek kişilik yönetim kurulu üyesine karşı açılacak sorumluluk davalarında iki yıllık süre, kural olarak, dava açmaya yetkili organın bu görevi üstlendiği tarihten başlar. Belirtmek isterim ki şirket adına dava açılmasını genel kurulun yetkisine veren 56 TK'daki 341. maddenin yeni Yasa'ya alınmamış olması zamanaşımının başlangıç konusundaki bazı tereddütleri de ortadan kaldırmıştır. 56TK döneminde dava genel kurul kararı ile açıldığı için, iki yıllık zamanaşımın, konunun genel kurul gündemine gelip görüşüldüğü tarihten itibaren başladığı kabûl ediliyordu[32]. Ayrıca olayın daha önce mevcut yönetim kurulu üyelerince öğrenilmesinin ve genel kurulun toplantıya çağırılmamasının zamanaşımını ne suretle etkileyeceği tartışılıyordu. Yeni Yasa'da yetkinin, şirketin yasal temsilcilerde olması bu sorunun cevabını basitleştirmiştir, İki yıllık süre yönetim kuruluna seçilen yeni üyenin göreve başladığı ve sorumlu ile zararı öğrendiği tarihten itibaren yürür. Şirketi sorumluluk davasında, temsil etmek üzere bir kayyım atanması halinde ise zamanaşımı (kayyıma verilen görev gereği) atama tarihinden başlar.

f. Yetkili Mahkeme ve Uygulanacak Usûl

TK 561. madde uyarınca *"sorumlular hakkında şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde de dava açılabilir"*. Görüldüğü gibi bu hüküm davacıya Usûl Kanunu'na göre yetkili mahkeme yanında ek bir olanak tanımaktadır.

TK 1521. madde (56TK 1460) yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davalarından *basit usûlün* uygulanmasını öngörmektedir.

---

[31] Hukuk davalarında ceza zamanaşımının uygulanmasının koşulları konusunda çoğunluk görüşünden farklı bir yorum için bkz: *Çamoğlu,* Sorumluluk, s. 264.

[32] Bkz.: *Çamoğlu,* Sorumluluk s. 259 vd.

Avrupa Birliği'nde Aile Hukukunu Birleştirme Çalışmaları

*Ayfer UYANIK ÇAVUŞOĞLU**

I. Giriş

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde[1] yer alan evliliğin ve ailenin korunmasına ilişkin esaslar, modern hukuk sistemlerine sahip olan bütün ulusal devletlerin yasalarında dikkate alınmış olmasına rağmen, maddi aile hukuk kurallarının ülkeden ülkeye farklılık arz etmesi engellenememiştir. Bu farklılıkların kaynağı sadece tarihsel temele dayandırılamaz. Toplumsal değişiklikler her ülkede farklı alan ve zamanda gerçekleşmekte olup, hukukun gelişimini de etkilemektedir[2]. Hukuktaki bu gelişim özellikle boşanmanın giderek liberalleşmesi; gerek evliliğin hükümlerinde gerekse ana-baba-çocuk ilişkilerinde, kadın-erkek arasında eşitliğin sağlanması; evlilik dışı-içi çocuk ayırımın kaldırılması[3] gibi çocuğun menfaatinin giderek daha fazla önem kazanması sonucunda oluşmuştur. Günümüzde ise boşanmadan sonra ana babanın çocuk üzerinde müşterek velayet hakkı konusu tartışılmaktadır[4]. Artık giderek eşler arasında olduğu gibi ebeveynler ile çocuk arasındaki fiili ilişkiye de hukuki değer

---

* Doç. Dr., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: auyanik@koc.edu.tr.

1 Bu Konvansiyonlar ayırımcılık yasağı, ana-babanın müşterek sorumluluğu gibi bazı değerlerin dikkate alınmasını teşvik etmektedir.

2 Bkz. ANTOKOLSKAIA, M., The Process of Modernisation of Family Law in Eastern and Western Europe: Difference in Timing, Resemblance in Substance, EJCL 2000.

3 JAYME, Erik, Die Entwicklung des europäischen Familienrechts – Eine rechtsvergleichende Betrachtung, FamRZ 1981, 221, 223; BOELE-WOELKI, K., The Road Towards a European Family Law, EJCL 1997, 8 vd.

4 HENRICH, Entwicklungslinien des deutschen Kindschaftsrechts im europäischen Kontext: SCHWAB/HENRICH, 187, 194 vd.

biçilmektedir[5]. Yine eşcinseller arasındaki yaşam birlikteliğinin tanınması[6], birçok ülkenin tescil edilmiş birlikteliği yasal bir düzenlemeye bağlamasına yol açmıştır. Hatta Hollanda ve Belçika'da eşcinsel evliliklerin kurulması kanunen mümkün hale gelmiştir.

Ancak ulusal hukuklar arasında halen önemli farklılıklar mevcuttur. Bu farklılıklar sadece serbest evlilikler ve eşcinsel ilişkilerin tanınması veya yardımcı üreme tıbbına ilişkin konularda mevcut değildir[7]. Evlilik ve çocuk hukukunun diğer alanlarında da, prensipte uzlaşılsa da, bazı detaylarda ayrık düzenlemeler mevcuttur. Fakat Avrupa'da boşanma hukuku zaman farklılığı ile de olsa, paralel bir gelişme göstermektedir. Bir çok hukuk düzeninde boşanma sebeplerinde çokluk (Pluralismus der Scheidungsgründe) hakim olduğu halde, diğerlerinde tek boşanma sebebi olarak "evlilik birliğinin sarsılması" yer almaktadır. Boşanma sebeplerinde güncel akım, evliliğin bir tarafın veya her iki tarafın iradesi hilafına devam etmemesi yönündedir. Ancak ulusal hukuklardaki ayrı yaşama süresi bakımından halen ciddi farklılıklar mevcuttur. Buna karşılık, kusur prensibinden sadece boşanma sebepleri bakımından değil, boşanmanın hukuki sonuçları bakımından da geriye adım atılmaya başlandığı söylenebilir.

Ulusal aile hukukundaki bu yasal farklılıklar, kişiler arasındaki hukuki ilişkilerin belirli bir devletle sınırlandırılması mümkün olsaydı, problem arz etmeyecekti. Ancak, Avrupa Birliği'nin (AB)[8] kurulma amacı olarak gösterilen dört temel özgürlük olan malların, sermayenin, kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı, farklı dile, dine veya kültüre sahip olan kişiler arasındaki evliliklerin sayısının artmasına neden olmuştur. Çoğu zaman kültürel ve dini farklılıklar sebebiyle boşanma ile son bulan, tarafları farklı devlet vatandaşlığında olan bu evlilikler, yabancı bir veya birden çok hukuk düzeni ile temas halinde bulunmaktadır. Milletlerarası özel hukuk, böyle bir ilişkide en adil ve en uygun sonuçların hangi ülkenin maddi hukuk kuralları tarafından temin edileceğini tayin etmeye çalışmaktadır. Devletlerin maddi hukuklarındaki farklılıklar, milletlerarası özel hukuk kurallarında da mevcuttur. Diğer bir ifadeyle, devletlerin milletlerarası özel hukuk kuralları birbirlerine uygun düşmeyebilir. Bu farklılık, aynı konu için aynı bağlanma noktasının tercih edilmemiş olmasından kaynaklanabilmektedir. Devletlerin aile huku-

---

5 SCHWENZER, Ingeborg, Vom Status zur Realbeziehung (1987), 171 vd, 253.

6 Ayrıca Avrupa Parlamentosu'nun homoseksüellerin Avrupa Birliği'nde eşit haklara sahip olduklarına ilişkin karar için bkz. 8.2.1994, ABl. EG Nr. C 61 (1994), 40.

7 Bu konular dini, ahlaki ve etik düşüncelerin etkisiyle her ülkede farklı düzenlenmiştir.

8 Lizbon Antlaşması ile birlikte "Avrupa Topluluğu" ibaresi "Avrupa Birliği" olarak değiştirilmiştir. Makalemizde kural olarak Avrupa Birliği ibaresi kullanılacaktır.

kuna ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları karşılaştırıldığında, bazı ülkelerin milli hukuk kriterini, bazılarının ise ikametgâh kriterini benimsediğini görmekteyiz. Ancak son yıllarda mutad mesken kriterinin yükselen trend olarak, milli hukuk kriterinin yerini almaya başladığını söyleyebiliriz. Bu devletlerin karşısında, milletlerarası yetki ile uygulanacak hukukun birliği prensibinden hareket eden devletler vardır. Ayrıca, ulusal kanunlar ihtilafı kurallarında yer alan bağlanma noktalarının yorumundaki farklılıklar (örneğin ikametgâh veya son zamanlarda mutad mesken) sebebiyle uygulanacak hukuk ülkeden ülkeye değişebilmektedir. Sonuç itibariyle, aile hukukuna ilişin ulusal kanunlar ihtilafı kuralları arasındaki bu farklılıklar, statü değişikliğine veya hakların ve sorumlulukların her ülkede farklı hükme bağlanmasına, diğer bir ifadeyle milletlerarası karar ahenginin bozulmasına neden olmaktadır.

Kanunlar ihtilafı hukukundaki bu sistem farklılığı, tarafları, davalarını açacakları mahkemeyi seçmeye zorlamaktadır. Boşanmak isteyen eş/eşler, boşanma davasını, menfaatlerine en uygun gördükleri devlet mahkemesinde açma çabası içinde olacaktır. Uygulanacak hukuk, mahkemenin seçimi ile öngörülebilmektedir. Farklı devlet vatandaşlığına sahip olan eşler, evliliklerini bitirmek istediklerinde, davalarına bakacak milletlerarası yetkili mahkeme bulmakta zorluk çekmeyeceklerdir. İleride ayrıntılı olarak bahsedilecek olan, "*Evlilik ve Müşterek Çocukların Velayetine İlişkin Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Bunlara İlişkin Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 29 Mayıs 2000 tarih ve (AT) 1347/2000 sayılı Konsey Tüzüğü*" (Brüksel II Tüzüğü) ve "*2201/2003 sayılı Evlilik ve Velayete İlişkin Hususlarda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Tüzükte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Konsey Tüzüğü"* (Brüksel II a Tüzüğü) hükümleri uyarınca, birbirleri ile "yarışan" birden fazla mahkeme, milletlerarası yetkili kabul edilmektedir[9]. İlgili Tüzüğün yetki sistemine göre, boşanma davası için milletlerarası yetkiyi haiz birden fazla mahkeme mevcuttur[10].

AB'nde, hukukun uyumlaştırılmasına, son zamanlarda da hukukun birleştirilmesine çalışılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, aile hukukunda Brüksel Konvansiyonu ile başlayan uyumlaştırma çalışmaları zaman içerisinde, Brüksel II ve Brüksel II a Tüzüğünün yürürlüğe girmesi ile bu alanda

---

[9] Yarışan yetki kavramı için bkz. KROPHOLLER, Jan, Europäisches Zivilprozessrecht (2002), vor Art. 5, Kn. 2 vd.

[10] Brüksel II a Tüzüğü, md. 2'ye göre milletlerarası yetki için bkz. SCHACK, Haimo, Das neue internationale Eheverfahrensrecht in Europa, RabelsZ 65 (2001) 615-633; İngilizce versiyonu için bkz.: European Journal of Law Reform 2002, S. 37-56; KOHLER, Christian, Internationales Verfahrensrecht für Ehesachen in der Europäischen Union – Die Verordnung Brüssel II, NJW 2001, 10–15.

hukukun birleştirilmesine doğru ilerlemiştir. Ancak, ilgili Tüzükler, evlilik konusunda mahkemelerin milletlerarası yetkisi ve bu alanlarda verilmiş mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkindir. Fakat yabancılık unsuru taşıyan aile hukuku ilişkilerinin giderek artması sebebiyle, yetkili mahkemelerden hangisinde dava açılırsa açılsın, davada aynı bağlama kuralının dikkate alınması gerekli görülmeye başlanmıştır. Bunun üzerine yeknesak kanunlar ihtilafı kurallarının oluşturulması için harekete geçilmiştir. Bu süreçte, aile hukuku alanında hukukun birleştirilmesinin gerekli olup olmadığına ilişkin tartışmalar devam etmiştir: Yeknesak aile hukuku, heyecan mı uyandırıyor yoksa başarısızlıkla sonuçlanacak bir girişimi mi tınlatıyor? Avrupa aile hukukundan veya diğer bir ifadeyle aile hukukunun birleştirilmesinden, gelecekte, mesela İtalyanların, Danimarkalıların ve İrlandalıların aynı kurallara göre evlilik akdedebilecekleri ve boşanabilecekleri mi anlaşılmalıdır?[11] Aile hukukunun birleştirilmesi neden gereklidir? Aile hukukunun birleştirilmesi, hangi yöntemler ile gerçekleştirilebilir?

Makalede, aile hukukunun birleştirilmesi bakımından bugüne kadar yapılan çalışmalar, ileri sürülen görüşler, izlenen yollar ana hatları ile incelenecek ve aile hukukunun AB hukuk düzeni içerisindeki gelişimi hakkında bilgi verilmeye çalışılacaktır. Ayrıca henüz yeni yürürlüğe giren ve doktrinde Roma III olarak ifade edilen, "*Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Konusunda Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanması Hakkında Konsey Tüzüğü*", AB'ye üye olan bazı ülkeler bakımından getirdiği bağlayıcı hükümler açısından sunulacaktır.

II. Uyumlaştırma ve Yeknesaklaştırma

1. Kavram

Özellikle AB organlarının konuya ilişkin tüzük taslağı/önerilerinde ve yararlanılan eserlerde bahsi geçen "uyumlaştırma" (Harmonisation, Angleichung) ile "ortak hukuk/yeknesak kurallar" (Vereinheitlichung der Normen) veya "yeknesaklaştırma/hukukun birleştirilmesi" terimlerinin hangi anlamda kullanılmakta olduğu açıklanmalıdır[12]. Hukukun birleştirilmesi ile uyumlaştırılması arasında ayırım, genel olarak, yeknesaklık seviyesine göre yapılmaktadır. *Hukukun birleştirilmesi*, mümkünse sözü itibariyle de yeknesak olan kuralların oluşturulması ile mümkündür[13]. Bunun sadece

---

[11] KÖTZ, Hein, Rechtsvergleichung und gemeineuropäisches Privatrecht, Gemeinsames Privatrecht, 95-108 (95).

[12] Makalemizde her iki terim de kullanılacaktır.

[13] KRAMER, Ernst A., "Europäische Privatrechtsvereinheitlichung", Juristische Blätter (1988), 482 vd.

içerik açısından değil, kullanılan yöntem bakımından da sonuçları vardır. Bu bakımdan, milletlerarası sözleşmeler, tüzükler (AB çerçevesinde) ve aynı içeriğe sahip olan ulusal hükümler (paralel kanun koyma), hukukun birleştirilmesine yardımcı olmaktadır[14]. Buna karşılık, *uyumlaştırma* (yakınlaştırılma, harmonizasyon), hukuk normlarının, sözü itibariyle uygunluğunu değil, içerik bakımından yakınlaşmasını gerektirmektedir[15]. Uyumlaştırma konu itibariyle, AB direktiflerindeki şekliyle dar olabileceği gibi, daha geniş de olabilecektir. Bağlayıcı olmayan tavsiyelerin (Empfehlung) de bu kapsamda görülmesi gerekir.

Nitekim AB'nde, ulusal hukukların uyumlaştırılması *direktiflerle* yapılmaktadır. Ancak direktifler doğrudan uygulanabilirlik özelliğine sahip olmadıkları için, diğer bir ifadeyle, üye ülkeler tarafından, ya iç hukuka aynen yansıtılması veya iç hukukun direktifte öngörülen ilke ve kurallara göre değiştirilmesi gerektiği için, üye ülkeler arasındaki farklılıkları tamamen ortadan kaldıramamaktadır. Bu sebeple, milletlerarası aile hukuku alanında yeknesaklaştırma, her üye devlette doğrudan doğruya geçerli olan *tüzükler* yoluyla gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Yabancı kaynaklarda ifade edilen "aile hukukunun Avrupalaştırılması"ndan kasıt, bu alandaki yeknesaklaştırma çalışmalarıdır.

2. Yöntemler

Bugüne kadar, kanunlar ihtilafı kurallarının uyumlaştırılmasında en etkili yöntem milletlerarası sözleşmeler olmuştur. Bu sözleşmelerin çoğu, La Haye'de tertip edilen konferansların sonucu olarak meydana çıkan La Haye Sözleşmeleri, Avrupa Konseyi ve Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu (Commission Internationale de l'Etat Civil) tarafından hazırlanan milletlerarası sözleşmelerdir. Ancak bu sözleşmelere katılmak mecburiyetinden bahsedilemez. Kaldı ki, bu sözleşmelere katılan devletlerin mahkeme uygulamalarında, milletlerarası sözleşmelerin gözden kaçırıldığı görülmektedir. Bunun gibi bazı olumsuzluklar bir tarafa bırakıldığında, hukukun birleştirilmesi amacıyla yapılan milletlerarası sözleşmelerin, en azından belirli alanlarda başarıya ulaşmış olduğunu söyleyebiliriz. Bu amacı gerçekleştiren milletlerarası sözleşmelere örnek olarak, "Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme (Roma I)" ile "Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme (Roma II)" gösterilebilir. Bu milletlerarası

---

[14] MARTINY, Dieter, Europäisches Familienrecht –Utopie oder Notwendigkeit?, RabelsZ 59 (1995), 422.

[15] WILL, Will, M.: Autonome Rechtsangleichung in Europa: Österreichs Weg in die EG, 88.

sözleşmeler bazı akit tipleri ve akit dışı borç ilişkileri için yeknesak kanunlar ihtilafı normları getirmiştir[16].

Bazı yöntemler, hukukun birleştirilmesi için önemli ama yeterli değildir. Örneğin, aile hukukunun gelişiminde önemli bir katkısı bulunan, 1950 tarihli *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)*, birçok temel hak ve hürriyeti tanımakta ve bunların korunması için güvenli bir sistem getirmektedir. AİHS ile getirilen ve geliştirilen koruma ve güvence mekanizması tali nitelikte olmakla, sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlüklerin korunması hususundaki asli görev ulusal organlara ve yetkililere bırakılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarının icrası; (a) ihlale son verilmesini, (b) zararın tazmin edilmesini, (c) benzer ihlallerin önlenmesini kapsamaktadır. Bunlardan *"tazminatın ödenmesi"* dışında kalan "*ihlale son verilmesi*" ve "*benzer ihlallerin önlenmesi*" hususlarında yapılacak düzenlemelerin seçiminde ve uygulanmasında taraf devletler kural olarak özgürdür. Bununla birlikte, taraf devletin yapacağı seçim ve uygulama konusunda AİHM'nin emsal kararlarında ortaya koyduğu yol gösterici ilkeleri göz önüne alması gerekmektedir. *"Eski Hale Getirme"* ilkesinin uygulanması bağlamında işaret etmek gerekir ki, karara taraf olan devlet, AİHM kararı ile tespit ve ifade edilen ihlalin davacı yönünden ortadan kaldırılmasının yanı sıra, ihlalin mevzuattan kaynaklanması durumunda, benzer ihlallerin yinelenmemesi için gerekli yasal ve idari değişiklikleri yapmak durumundadır. İhlalin ulusal mahkemelerin kararlarından kaynaklanması halinde, ulusal mahkemelerce içtihat değişikliğine gidilmesi gerekmektedir. Zira sözleşmeye ve davaya taraf olan devletin, AİHM kararı ile belirlenen ihlale son verme yükümlülüğünün yanı sıra, ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırma ve olası ihlalleri önleme yükümlüğü de vardır. Ancak AİHM kararları, iç hukukta, yani ulusal düzeyde, kendiliğinden ve doğrudan sonuç doğurucu bir etki yaratmazlar. Bu anlamda, AİHM kararlarının, ulusal düzeyde uygulanmakta olan bir yasayı yürürlükten kaldırma işlevi olmadığı gibi, herhangi bir idari işlemi iptal etmek veya bir yargı organı tarafından verilmiş bir kararı bozmak gibi bir işlevi de yoktur. Yine bu karara taraf olan devleti, kararı uygulaması hususunda zorlayacak bir mekanizma veya mahkemenin o devlete emir verme yetkisi de mevcut değildir. Görüldüğü üzere, AİHM kararları, hukukun birleştirilmesi bakımından sınırlı bir etkiye sahiptir.

Diğer bir uyumlaştırma yöntemi ise milletlerarası komiteler tarafından geliştirilen *model kanunlardır*. Bugüne kadar, pek çok devlet, çek ve poliçe hukuku veya sınaî hakların korunması veya satım hukukunu bu kanunlara göre hazırlamıştır; bu alanlarda ortak bir özel hukukun oluştuğundan bahsedilebilir. Ancak, bugün için Kara Avrupası hukuk sisteminde, milletlerarası

---

[16] Günümüzde bu sözleşmeler AB'ye üye devletlerin mevcut milli hukuklarını yürürlükten kaldıran bir düzenleme olarak (Tüzük olarak) uygulanmaktadır.

aile hukuku için böyle bir model kanun bulunmamaktadır. Buna karşılık, Amerika Birleşik Devletlerinde, aile hukuku alanında bir dizi model kanunlar hazırlanmıştır[17]. Çok detaylı hazırlanan bu model kanunların bir kısmı, yabancılık unsuru içeren nafaka[18] ve velayet[19] meselelerine ilişkindir. Birçok devlet, kanunlarını hazırlarken model kanunları dikkate almaz. Bu nedenle model kanunların "hukukun birleştirilmesi" bakımından, en azından her alanda, etkin bir yöntem olmadığını söylemek gerekir.

II. Avrupa Birliği'nde Ortak Hukuk Yaratma

1. Tarihsel Gelişim

Amacı gümrük birliğinin gerçekleştirilmesi ile ekonomik bütünleşmenin sağlanması olan **Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması,** özel hukukun uyumlaştırılması veya birleştirilmesi hakkında herhangi bir hüküm içermemekteydi. Kanunlar ihtilafı kurallarının uyumlaştırılmasına ilişkin çabaların, Şubat 1992'de Maastricht'te imzalanan AB Antlaşması öncesi dönemde, AT Antlaşması md. 220 gereğince üye devletlerin girişimleri ile çözümlenmesi uygun görülmüştür. Milletlerarası özel hukuk, üye devletlerin çoğu tarafından konvansiyonlar yoluyla birleştirilmeye çalışılmıştır. Bu çalışmalara örnek olarak, yukarıda da bahsettiğimiz "*Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tefizine İlişkin Brüksel Konvansiyonu*" ile İsviçre, Norveç ve İzlanda'nın katılımı ile kabul edilen "*Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lugano Konvansiyonu*"nu gösterebiliriz. Hukukun uyumlaştırılması amacıyla çıkarılan konvansiyonlar içerisinde, 19 Haziran 1980 tarihli "Akdi İlişkilerden Doğan Yükümlülüklere Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Konvansiyonu" da sayılabilir.

7 Şubat 1992'de Maastricht'te imzalanarak, 1993 Kasımında yürürlüğe giren **AB Hakkında Antlaşma'nın (Maastricht Antlaşması)**[20] kabulü ile birlikte VI. Başlık altında "Adalet ve İçişlerinde İşbirliği" kapsamında milletlerarası özel hukuk kurallarının uyumlaştırılması ve yürütülmesi mümkün hale gelmiştir. Maastricht Antlaşmasının K.1(6) maddesinde, "özel hukukta

---

17 Bu "*Uniform Acts*", "*National Conference of Commissioners on Uniform State Law*" tarafından hazırlanmaktadır.

18 Interstate Family Support Act 2001; bütün eyaletler tarafından kabul görmüştür.

19 Uniform Child Custody Jurisdiction Act 1968; bütün eyaletler tarafından kabul görmüştür.

20 AB Antlaşması ile Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması'nın adı "AT Antlaşması" veya "Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma" olarak değiştirilmiştir.

adli işbirliği" hususuna, üye devletlerin ortak çıkarını ilgilendiren bir konu olarak üçüncü sütunda[21] yer verilmiştir[22]. Ancak, söz konusu bu maddenin, AT Antlaşmasının 220. maddesi kapsamında üye devletlerin başka konvansiyonları imzalamasına engel olmayacağı açıkça ifade edilmiştir [Maastricht Antlaşması K.3(2)(c)]. Konsey tarafından bu çerçevede hazırlanan konvansiyonların üye devletlere tavsiye edilerek üye devletlerin anayasal kuralları çerçevesinde kabul edilmesi mümkündür. Örneğin 28 Mayıs 1998 tarihli "*Aile Hukuku Konularında Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Karşılıklı Tanınması ve Tenfizine İlişkin Konvansiyon*" (Brüksel II Konvansiyonu) madde K.3(2)(c) çerçevesinde imzalanmıştır.

2 Ekim 1997'de imzalanan ve 1999 yılında yürürlüğe giren **Amsterdam Antlaşmasıyla**, "adalet ve içişlerinde işbirliği" konuları üçüncü sütundan birinci sütuna[23] alınmıştır ve böylece bu konular Avrupa Parlamentosu ve Adalet Divanının yetki sahasına dâhil olmuştur. Özel hukuk konularında adli işbirliği ve özellikle kanunlar ihtilafı kurallarının uyumlaştırılması konusu AB Antlaşmasının VI. Başlığından çıkarılarak AT Antlaşmasının yeni IV. Başlığı altına yerleştirilmiştir. Antlaşmanın IV. Başlığı "Vizeler, Sığınma, Göç ve Kişilerin Serbest Dolaşımına İlişkin Diğer Politika Alanları" şeklinde adlandırılmıştır[24].

---

[21] Maastricht'te imzalanan AB Antlaşmasıyla üç sütundan oluşan bir AB yapısı oluşturulmuştur. Bu sütunlardan *birincisi* var olan Avrupa Toplulukları olarak bilinen üç topluluktan yani Avrupa Kömür-Çelik Topluluğu, Euratom ve Avrupa Ekonomik Topluluğundan oluşmaktadır. *İkinci sütun* Ortak Dış ve Güvenlik Politikasından, *Üçüncü Sütun* ise ilk olarak Adalet ve İçişlerinde İşbirliği olarak adlandırılan (ve adı sonradan Amsterdam Antlaşmasıyla değiştirilen) Polis ve Cezai Konularda Adli İşbirliği'nden oluşmaktadır.

[22] Bu alanda karar alınması, hükümetlerarası işbirliğine bağlı bulunmaktadır. Buna karşılık birinci sütunda yer alan konular, AT kurumlarının karar ve yetki alanı içinde bulunmaktadır.

[23] Birinci sütunda yer alan konular sırasıyla şöyledir: Gümrük Birliği ve Ortak Pazar, Ortak Tarım Politikası, Ortak Balıkçılık Politikası, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ekonomik ve Parasal Birlik, AB Vatandaşlığı, Eğitim ve Kültür, Trans-Avrupa Ağları, Tüketici Hakları, Sağlık Hizmetleri, Araştırma, Çevre Yasası, Toplumsal Politika, Sığınma Talebi, Schengen Antlaşması, Göç Yasası.

[24] Avrupa Birliği Antlaşmasının III. Bölümünün IV. Başlığı altında yer alan 61 ile 69. maddeleri teşkil etmektedir. Antlaşma md. 61 (c)'ye göre: "*Özgürlük, güvenlik ve adalet alanının yaratılabilmesi için Konsey, 65. maddede yer aldığı şekilde özel hukuk alanında adli işbirliğine ilişkin önlemleri alır*". Alınacak olan önlemlerin kapsam ve şartlarını düzenleyen 65. maddeye göre, özel hukuk alanında adli işbirliğine ilişkin ve sınır aşıcı etkilere sahip önlemler, 67. maddeye göre, iç pazarın düzgün işleyişinde gerekli olduğu ölçüde: a) mahkeme ya da mahkeme dışı organlarca verilen belgelerin sınır ötesi tebliğine ilişkin sistemin, delillerin alınmasına ilişkin işbirliğinin, mahkeme dışı davalarda verilen kararlar da dahil olmak üzere, medeni hukuk ve ticaret hukuku davalarına ilişkin kararların tanınması ve tenfizinin geliştirilmesi ve sadeleştirilmesi; b) üye devletlerde uygulanan

13 Aralık 2007'de imzalanan ve 1 Aralık 2009 yılında yürürlüğe giren **Lizbon Antlaşması**, mevcut antlaşmaları yürürlükten kaldırmamış, sadece önemli değişiklikler yapmıştır. Lizbon Antlaşması ile üç sütunlu yapı "Avrupa Birliği" tüzel kişiliği altında birleştirilmiştir. Diğer bir ifadeyle, Lizbon Antlaşması ile AB'ye Avrupa Birliği adı altında tek bir tüzel kişilik kazandırılmış, üç sütunlu yapı da bu tek tüzel kişilik altında birleştirilmiştir (md. 47). AB'nin "Adalet ve İşişleri Alanında İşbirliği"[25] konusu, AB'nin İşleyişine Dair Antlaşma (ABİDA)'nın Birinci Kısmının Beşinci Başlığı altında "özgürlük, güvenlik ve adalet alanı" adı altında yeniden düzenlenmiştir.

2. İlgili Hukuki Tasarruflar

AB'de, maddi aile hukukunun "Avrupalaştırılması" (Europäisierung des Familienrechts) veya kanunlar ihtilafı hukukunun birleştirilmesi (Vereinheitlichung) uzun bir süre gerçekleştirilemeyeceği veya arzu edilmeyeceği düşünülmekteydi[26]. *Martiny*, bundan onbeş yıl önce kaleme aldığı bir makalede, böyle bir düzenlemenin milletlerarası aile hukuku için ütopya olduğunu ifade etmişti[27]. Ancak bu durum geçtiğimiz yıllarda önemli ölçüde değişikliklere uğramış; milletlerarası aile hukuku kurumları, AB'de uyumlaştırma prosedürüne dahil olmuştur[28].

AB'de, üye devletlerin aile hukukuna ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları arasındaki farklılıklardan kaynaklanan hukuki güvensizlik ve istikrarsızlığın önüne geçmek için ortak hukuk yaratmak amacıyla çalışmalar başlatılmıştır[29]. Fakat AB'nin aile hukukunu birleştirme çabasının ağırlığı maddi

---

kanunlar ihtilafı ve mahkemelerin yargı yetkisine ilişkin kuralların uyumunun geliştirilmesi; c) medeni yargılamanın iyi işleyişi önündeki engellerin, gerektiğinde üye devletlerde uygulanan medeni usul kurallarının uyumunun geliştirilmesi suretiyle, kaldırılmasını kapsamaktadır.

25 Lizbon Antlaşması ile Avrupa Topluluğu Kurucu Antlaşması'nın adı "Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma" olarak değiştirilmiştir.

26 LIPP, Volker, Die Europäisierung des Scheidungsverfahrensrecht, Europäisierung des Rechts, Deutsch-Ungarisches Kollequium, Budapest 2007, Göttingen Juristische Schriften, Band 5, 145.

27 MARTINY, RabelsZ 59 (1995), s. 453.

28 Bkz. PRINTENS, Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien und Erbrechts, FamRZ (2003) 329 vd. , 417 vd., 499 vd.

29 Aile hukukunun "Avrupalaştırılması"na ilişkin yayınlar için bkz. KÖTZ, Hein, Rechtsvergleichung und gemeineuropäisches Privatrecht; TASCHNER, Hans Claudius, Privatrechtsentwicklung durch die Europäisches Gemeinschaft-Rechtsgrundlagen, Ziele, Sachgebiete, Verfahren; TILMANN, Winfried, Eine Privatrechtskodifikation für die Europäische Gemeinschaft, bkz. P.-C.Müller-Graff, Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 1993, 95 vd., 496 vd; MARTINY, RabelsZ 59 (1995), 419; Aile hukukuna ilişkin La Haye Konvansiyonu için bkz. v. BAR, Christian, Die eherechtlichen Konventionen der Haager Konferenz(en), RabelsZ 57 (1993), 63.

hukuk alanında değil, milletlerarası usul ve özellikle kanunlar ihtilafı hukuku alanındadır. *Baskın görüşe göre*, AB'de maddi aile ve miras hukukunun birleştirilmesine gidilemez, çünkü milletlerarası usul ve özel hukukunda işbirliğinin oluşturulmasının dayanağını oluşturan ABİDA'nın 81. maddesi[30], maddi hukukun birleştirilmesi bakımından dikkate alınamaz[31]. Buna karşılık, "Commission on European Family Law" (CEFL)'de[32] görev alan uzmanlar, maddi aile hukukunun kısmen de olsa uyumlaştırılmasının gerekli olduğunu savunmaktadırlar[33]. Söz konusu komisyon, üye devletlerin aile hukuklarının eski zamanlarda olduğu gibi ulusal gelenek ve kültürün etkisi altında olmadığını, tam aksine son yıllarda yapılan esaslı reformlarla ortak bir gayenin konusunu oluşturmakta olduğunu ifade etmektedir.

AB'nin ilk uyumlaştırma çalışması milletlerarası usul hukuku alanında "*Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1968 Brüksel Konvansiyonu*" ve "*Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lugano Konvansiyonu"* ile gerçekleştirilmiştir. Ancak ulusal hukuklarda çok farklı düzenlenmiş olan evlilik ve evlilik mal rejimine ilişkin hususlar, Brüksel Konvansiyonu'nun uygulama alanının dışında tutulmuştur. Buna karşılık nafaka hukuku Konvansiyonun uygulama alanına alınmıştır[34].

---

[30] Bu hüküm Lizbon Antlaşmasından önce, Avrupa Topluluğu Kurucu Antlaşması'nın 65. maddesinde düzenlenmişti.

[31] Bkz. Leible-STREINZ, EUV/EGV (2003) Kn. 20 (md. 65); REMIEN, Europäisches Privatrecht als Verfassungsfragen, EuR 2005, 699 (706); RAUSCHER, Heimatlos in Europa? –Gedanken gegen eine Aufgabe des Staatsangehörigkeitsprinzips im IPR, FS Eric Jayme (2004) 719 (722 vd.); buna karşılık *Dethloff*, md. 65'e (ABİDA md. 81) dayanarak Avrupa maddi hukukunun oluşturulabileceğini savunmaktadır, DETHLOFF, Europäische Vereinheitlichung des Familienrechts, AcP 204 (2004) 544 (565).

[32] Avrupa Aile Hukuku Komisyonu 1 Eylül 2001'de kurulmuştur. Komisyonda, aile hukuku ve karşılaştırmalı hukukta uzman 25 akademisyen görev almaktadır. CEFL kısaltma adı ile anılan bu komisyonun ana hedefi, aile hukukunun uyumlaştırılması için teorik ve pratik fikirler geliştirmektir. Bu amaç şu adımlarla gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır: 1. Her bir Avrupa ülkesinin uyumlaştırma çalışmaları karşılaştırılacaktır. Bu süreçteki tecrübeler paylaşılacak ve bu konuda ileride yapılacak olan çalışmalar koordine edilecek. 2. Hukuki problemlerin çözümünde ortak ilkelerden hareket edilecek; 3. AB'ye aday ülkeler de bu çalışmalara dâhil edilecek. Netice itibariyle CEFL, aile hukukunun uyumlaştırılmasında önem arz eden prensipleri tespit etmeye çalışmaktadır, BOELE-WOELKI, Katharina, Zwischen Konvergenz und Divergenz: Die CEFL-Prinzipien zum europäischen Familienrecht, RabelsZ 73 (2009), 241 vd.

[33] PRINTENS, FS Jayme (2004), 1339 (1345).

[34] Bkz. P.JENARD, Bericht zum EuGVÜ v. 27.9.1968. Ayrıca bkz. ABl. EG 1979 Nr. C 59/1, 11.

Boşanma, 1968 Brüksel Konvansiyonu'nun hazırlık çalışmalarının başlatıldığı dönemde bazı ülkelerde kabul edilmediği halde, bugün en son Malta'da[35] olmak üzere tüm AB ülkelerinde mümkündür[36]. Maddi hukuklardaki bu gelişme, "*Evlilik Konularında Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Karşılıklı Tanınması ve Tenfizine İlişkin Konvansiyon*" (Brüksel II Konvansiyonu)[37]'nun temelini oluşturmaktadır[38]. Diğer taraftan, Brüksel II Tüzüğü de Brüksel Konvansiyonu model alınarak hazırlanmıştır[39]. Ancak 1347/2000 sayılı Konsey Tüzüğü de çok kısa süren uygulama döneminden[40] sonra yerini *2201/2003 sayılı Evlilik ve Velayete İlişkin Hususlarda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin (AB) Tüzüğünde Değişiklik yapılmasına İlişkin Konsey Tüzüğü"* (Brüksel II a Tüzüğü)'ne bırakmıştır.

Aile hukuku alanındaki yeknesaklaştırma çalışmalarının, çocuk hukuku ve nafaka hukuku alanında tamamlanmış olduğunu söyleyebiliriz. Örneğin bir adli yardım sözleşmesi olan 2007 tarihli La Haye Nafaka Sözleşmesi'ni-[41]tamamlayan 2007 tarihli Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuk Hakkında Protokol[42], AB'ye üye olan devletlerde 1973 ve 1956 tarihli Nafaka Sözleşmelerinin yerine geçmiştir (Nafaka Protokolü m. 19). La Haye Konferansının nafaka konusundaki reform çalışmaları devam ederken, bugün AB hukuku olarak uygulanan "*4/2009 sayılı Nafaka Meselelerinde Mahkemele-*

---

35 Bkz. http://www.doi.gov.mt/EN/parliamentacts/2011/ACT%20XIV%20Civil%20Code,%202011%20-%20(Divorce).pdf.

36 Bkz. STAUDINGER, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Art. 17 EGBGB Kn. 17, 20 vd. Ancak boşanma sebepleri ve hükümleri bakımından ülkelerin maddi hükümleri arasında ciddi farklılıklar mevcuttur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, İstanbul 2006.

37 28.5.1998 tarihli Brüksel II Konvansiyonu, Brüksel II Tüzüğünün yürürlüğe girmesi sebebiyle üye ülkeler tarafından onaylanmamıştır.

38 Bkz. ABl. EG 1998 Nr. C 221/2. Ayrıca bakınız HAU, Wolfgang, Internationales Eheverfahrensrecht in der Europäischen Union, FamRZ 1999, 484 vd.; PIRRUNG, Jörg, Europäische justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen –insbesondere das neue Scheidungsübereinkommen, ZEuP 1999, 834 vd.

39 Brüksel II Konvansiyonu ile Brüksel II Tüzüğü içerik bakımından önemli farklılıklar içermemektedir, bkz.: GRUBER /Anwaltskommentar, Vor Art. 1 EheVO 2003 Kn. 2.

40 Tüzük, Şubat 2005'de Brüksel II a Tüzüğü tarafından kaldırılmıştır (Brüksel II a, md. 71).

41 Sözleşme metni için bkz. www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=133.

42 Bkz. www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=133. Protokol, AB bakımından yürürlüktedir; bkz. 16 Aralık 2009 tarihli ABl. L 331/17.

rin Milletlerarası Yetkisi, Uygulanacak Hukuk, Kararların Tanınması ve Tenfizi ve İşbirliğine İlişkin Tüzük"[43] metni hazırlıklarına başlanmıştı. Konuya ilişkin iki farklı düzenleme hazırlıkları sebebiyle ortaya çıkan sorun, nafaka ihtilaflarında yetki, tanıma ve tenfiz konusunun Tüzükle, uygulanacak hukukun, 2007 tarihli Nafaka Sözleşmesi ile düzenlenmesi kabul edilmiştir. Kaldı ki, uygulanacak hukukun bir milletlerarası sözleşme yoluyla düzenlenmesi, AB'ye taraf olmayan ülkelerin katılımını mümkün kılması bakımından yerinde olmuştur. AB Tüzüğünde, AB'ye üye olan devletlerde, nafaka sorumluluğuna uygulanacak hukukun, Protokol'deki kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edileceği açıklanmıştır (Tüzük m. 15). Loi uniform olarak uygulanan Protokolde, nafaka sorumluluğu, kural olarak, nafaka alacaklısının mutad mesken hukukuna tabi tutulmuştur. Usule ilişkin hükümler ile uygulanacak hukuka ilişkin hükümler bir bütün kabul edildiği için, ilgili Tüzüğün 18 Haziran 2011 tarihi itibariyle uygulanacağı öngörülmüştür (Tüzük m. 76). Bu tarih, 2007 tarihli La Haye Nafaka Protokolü'nün AB'de de uygulanmaya başladığı tarihtir[44].

3. 2201/2003 sayılı Evlilik ve Velayete İlişkin Hususlarda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Tüzük

a) Genel Olarak

AB Konseyi[45], özellikle AB Antlaşması md. 61 c ve md. 67/I'e dayanarak, Komisyonun teklifi, Avrupa Parlamentosu ile Avrupa Ticaret ve Sosyal Komitesinin görüşünü alarak Brüksel II Tüzüğünü hazırlamıştır. Bu Tüzük, AB'nin aile hukukuna ilişkin ilk tasarrufudur[46]. 1.3.2001'de yürürlüğe giren Tüzük, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, 27.11.2003 tarihinde Brüksel II a Tüzüğü tarafından yürürlükten kaldırılmıştır. Milletlerarası yetki ve mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin Brüksel II a Tüzüğü, uygulanacak hukuka dair hüküm içermemektedir. Ancak Komisyon aile hukuku

---

[43] ABl EU 2009, L 7/1. 4/2009 nolu Tüzük 30.1.2009 tarihi itibariyle yürürlüktedir. Tüzük metni için bkz. www.eur.lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do&uri=OJ:L:2009:007:0001:0079:DE:PDF.

[44] Bu konuda bkz. TEKİNALP, Gülören/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, 11. Bası, İstanbul 2011, 288 vd.

[45] Topluluk tüzükleri, Konsey tarafından veya ortak karar alma usulü çerçevesinde Konsey ile Avrupa Parlamentosu tarafından birlikte, ya da Komisyon yahut Avrupa Merkez Bankası tarafından çıkarılır, bkz. TEKİNALP, Gülören/TEKİNALP, Ünal, Avrupa Birliği Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2000, § 4 Kn. 17..

[46] SÜSS, Rembert/RING, Gerhard, Eherecht in Europa, s. 91, Kn. 13.

alanındaki yeknesaklaştırma çalışmalarına, evlilik konusuna uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarını da dahil etmiştir. Bu yöndeki çalışmalar kısa bir duraksama döneminden sonra, AB Konseyinin bu yöndeki iradesini Stockholm programında yinelemesi sonrasında tekrar hız kazanmıştır. Çalışmalar, özellikle, 2201/2003 sayılı Evlilik ve Velayete İlişkin Hususlarda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin (AB) Tüzüğünde Değişiklik yapılmasına İlişkin Konsey Tüzüğü hakkında 17.7.2006 tarihli Komisyon Teklifi (Roma III) ile milletlerarası evlilik mallarına uygulanacak hukuka ilişkin Roma IV[47] konularında hareket kazanmıştır.

Görüldüğü üzere, AB çerçevesinde, aile hukukunun çok önemli kurumları hakkında birleştirme ve uyumlaştırma çalışmaları başlamış, bu yöndeki çalışmalar bazı alanlarda tamamlanmış, diğer bazıları Tüzük teklifi aşamasına ulaşmıştır.

Aşağıda AB tarafından tamamlanmış olan tasarruflardan Brüksel II a Tüzüğü hakkında genel bilgi verildikten sonra, boşanmaya uygulanacak hukuk konusunda yenilik getiren Roma III hakkında açıklamalarda bulunulacaktır.

b) Tüzük Hükümleri

AB'nde aile hukukuna ilişkin ilk tasarruf, 1347/2000 sayılı *Evlilik ve Müşterek Çocukların Velayeti ile İlgili Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Konsey Tüzüğü*'dür (Brüksel II Tüzüğü)[48]. Tüzüğün kapsamına uygulanacak hukuk dahil edilmemişti. Aynı şekilde, 1 Mart 2005 tarih itibariyle 1347/2000 sayılı Tüzüğün yerini alan 2201/2003 sayılı *Evlilik ve Velayete İlişkin Hususlarda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Konsey Tüzüğü*[49] (Brüksel II a Tüzüğü) de bu konuda bir değişiklik getirmemiştir. Bu Tüzüğün müzakere edilmesi aşamasında uygulanacak hukuka ilişkin sorunlar görüşülmemiştir. Evliliğe ilişkin hükümler değiştirilmeksizin alınmıştır.

---

47 17.7.2006 tarihli mal rejimine uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralları ve milletlerarası yetki ve tanımaya ilişkin yeşil kitap, Dok.KOM (2006) 400 nihai.

48 29 Mayıs 2000 tarih ve (AT) 1347/2000 sayılı Konsey Tüzüğü (OJ 200 L160, 19-29).

49 27 Kasım 2003 tarih ve (AT) 2001/2003 sayılı Konsey Tüzüğü (OJ 2003 L333, 1). Tüzük, Danimarka hariç AB'ye taraf devletlerin tümü bakımından AB içerisinde milletlerarası yetki meselesini düzenlemektedir.

(1) Tüzüğün Uygulanma Alanı

Brüksel II a, madde 72'e göre 1.3.2005 tarihinden itibaren Danimarka hariç, AB'ye üye olan tüm ülkelere karşı uygulanacaktır. Danimarka, Brüksel II a bakımından 3. devlet statüsündedir[50].

Tüzüğün uygulama alanına (ilgili mahkemenin türüne bakılmaksızın) aşağıda belirtilen hukuki konular girmektedir (md. 1):

– Boşanma, ayrılık (evlilik ilişkisini sonlandırmayan) ve evliliğin hükümsüzlüğü (md. 1/I, a)

– Velayetin kurulması, icrası, devri, kısıtlanması veya kaldırılması (ana baba sorumluluğuna ilişkin davalar (md. 1/I, b).

Ana baba sorumluluğunun kapsamında şu hususlar da yer almaktadır (md. 1/II):

(a) velayet ve kişisel görüşme hakkı,

(b) vesayet, kayyımlık ve ilgili hukuki kurumlar,

(c) çocuğun şahsını veya malvarlığını temsil edecek veya ona yardımcı olacak olan her kişi veya kurumun ve bunların yükümlülüklerinin belirlenmesi,

(d) çocuğun bir aile veya kuruma yerleştirilmesi,

(e) çocuğun mallarının idare edilmesi ve himayesine veya bunlar üzerindeki tasarruflar ile ilgili korunmaya dair tedbirler.

Buna karşılık, Tüzük a) ebeveyn-çocuk ilişkisinin kurulması veya çekişmeli olması; b) evlat edinme kararları, evlat edinme hazırlıkları veya evlat edinmenin geri alınması ya da hükümsüzlüğü; c) çocuğun adı ve soyadı; reşit olma; e) nafaka yükümlülüğü; f) miras ve fonlar; g) çocuk tarafından işlenen suç ve kabahatlerin sonucu olarak alınan önlemlere, uygulanmaz (md. 1/III).

Nafaka konularında, öncelikli olarak, Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Konsey Tüzüğü (44/2001 sayılı AB Tüzüğü), 1973 Tarihli Nafaka Mükellefiyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkında

---

[50] HESS, Burkhard, Die "Europäisierung" des internationalen Zivilprozessrechts durch den Amsterdamer Vertrag – Chancen und Gefahren, NJW 2000, 23, 28.

Konvansiyon ve 1958 Tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyeti Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkında Konvansiyon, uygulanır.

Brüksel II a, maddi uygulama alanı bakımından aşağıda belirtilen Konvansiyonların uygulanmasını da engeller (md. 60):

- Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk Hakkında 1961 Tarihili La Haye Konvansiyonu,
- Milletlerarası Çocuk Kaçırmaların Hukuki Veçheleri Hakkında 25.10.1980 Tarihli La Haye Konvansiyonu,
- 8.9.1967 Tarihli Evlilik Konularında Mahkeme Kararlarının Tanınmasına Dair Lüksemburg Konvansiyonu,
- 1.6.1970 Tarihli (Hukuki) Ayrılık Kararlarının Tanınmasına Dair La Haye Konvansiyonu,
- 20.5.1980 Tarihli Velayete ve Velayet Hakkının Yeniden Tesisine Dair Kararların Tanınması ve Tenfizine Dair Avrupa Konvansiyonu.

Tüzük, Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanan Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Konvansiyon'un uygulanmasını da engellemektedir (md. 61). Bu son Konvansiyon, çocuğun mutad meskeninin üçüncü bir devlette bulunması hallerinde uygulanacaktır. Ancak, üçüncü devlet mahkemelerinden alınan kararların tanınması ve tenfizi, çocuğun mutad meskenin üçüncü bir devlette bulunduğu durumlarda dahi, Brüksel II a'ya göre yapılacaktır.

Sonuç itibariyle, Brüksel II a Tüzük hükümlerinin öncelikli uygulanması (md. 60 f) sadece Tüzük tarafından düzenlenmiş olan, milletlerarası yetki ve mahkeme kararların tanınması ve tenfizi bakımından söz konusu olmaktadır. Tüzük, kanunlar ihtilafı normu içermemektedir. Bu bakımdan, velayete ilişkin konularda "Küçüklerin Korunması Alanında Makamların Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk Hakkında 1961 Tarihli La Haye Konvansiyonu" ve "Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanacak Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Konvansiyon" hükümleri uygulanacaktır.

(2) Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

Brüksel II a Tüzüğü, milletlerarası yetki, yarışan yetki ve yabancı derdestlik ve diğer üye devlet mahkemelerinden alınan mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin konuları düzenlemektedir. Tüzük hükümleri,

AB'ye üye olmayan devletler (Tüzüğün uygulanması bakımından Danimarka da 3. devlet statüsünde kabul edilmektedir) bakımından uygulanmaz. Evlilik konusuna ilişkin sadece "pozitif" kararlar[51] (örneğin boşanma, ayrılık, evliliğin iptaline ilişkin davalar) tanınmaktadır.

Brüksel II a Tüzüğünün milletlerarası yetkiye dair hükümleri, kişisel-coğrafi uygulamayı şart koşmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, ihtilaf konusunun birden fazla üye devletle irtibatta olması gerekmemektedir[52]. Yine Tüzük hükümlerine göre, hukuki uyuşmazlık içerisinde olan tarafların AB'ye üye devlet vatandaşı olmaları da gerekmemektedir[53]. Hatta baskın görüşe göre, Tüzük hükümlerinin uygulanması, yabancılık unsurunun mevcudiyetine dahi bağlı değildir[54].

Ayrıca, Tüzük boşanma ihtilafına ve velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuk hakkında bir hüküm içermediğinden, bu konuda ilgili konvansiyon veya ulusal kanunlar ihtilafi kuralları dikkate alınmaktadır.

Tüzük, aynı ihtilaf için birden fazla AB devlet mahkemesinde dava açılması durumunda milletlerarası yetki meselesini de düzenlemektedir. Boşanma, ayrılık ve evliliğin iptali davalarında milletlerarası yetkiye dair hükümler,

- Md. 3 (genel yetki)
- Md. 4 (karşı davada yetki)
- Md. 5 (ayrılık davasının boşanma davasına dönüşmesinde yetki)
- Md. 6 (md. 3-6'ya göre münhasır yetkinin tespiti)
- Md. 7 (destekleyici yetki-Restzuständigkeit[55])

Eşler alternatif olarak sunulan yetkili mahkemelerden birinde boşanma davasını açabilir (md. 3). Bu yetkili mahkemelerin altısı, güncel veya en son

---

51 SÜSS/RING, 7, Kn. 16.

52 RAUSCHER, Thomas, Europäisches Zivilprozessrecht, 2004, Önaçıklama Kn. 12.

53 RAUSCHER, Önaçıklama Kn. 13; GRUBER, Urs, Die neue „europäische Rechtshängigkeit" bei Scheidungsverfahren, in: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 2000, 1129.

54 RAUSCHER, , Önaçıklama Kn. 13.

55 "Destekleyici Yetki" olarak tercüme ettiğimiz "Restzuständigkeit" terimi şu manaya gelmektedir: Tüzük hükümlerine göre (md. 8-13) yetkili bir mahkeme bulunamıyor ise milletlerarası yetkili mahkeme ülke içi yetki kaidelerine göre tayin edilmektedir. Bu mahkemenin vermiş olduğu kararlar diğer üye devletlerce tanınmalıdır (Brüksel II a Tüzüğü, md. 14).

müşterek mutad mesken veya eşlerden birinin mutad mesken bağlanma noktasına göre tesis edilmektedir. Diğer bir yetki kaidesi ise, konuyu müşterek milli hukuka bağlamaktadır.

Ana baba sorumluluğuna dair yetki kaideleri,

- Md. 8 (genel yetki)
- Md. 9 (çocuğun önceki mutad mesken mahkemesinin yetkisinin devam etmesi)
- Md. 10 (çocuk kaçırma olayında yetki)
- Md. 11 (çocuğun iade edilmesinde yetki)
- Md. 12 (yetki sözleşmesi)
- Md. 13 (çocuğun hazır bulunmamasında yetki)
- Md. 14 (destekleyici yetki-Restzuständigkeit)

Aynı taraflar arasında boşanma, ayrılık, evliliğin hükümsüzlüğüne veya bir çocuk hakkında ana baba sorumluluğuna dair dava aynı anda birden fazla AB'ye üye devlet mahkemesinde açılmışsa, tarih bakımından ikinci (ve sonraları) davanın açıldığı mahkeme, görevinden ötürü davadan el çeker (md. 19/III). Diğer bir ifadeyle, başvurulan ilk mahkeme kendisini yetkili görürse, diğeri (-leri) bu mahkeme lehine kendilerini yetkisiz görür. Bu durumda, davasını daha sonra açan davalı, dava dilekçesini ilk başvurulan mahkemeye sunabilir (md. 19/IV).

AB'ye üye devlette alınan bir mahkeme kararı, kural olarak diğer üye devletlerde tanınacaktır (md. 21/I)[56]. Tüzük md. 24'e göre, kararı veren mahkemenin yetkisi incelenemez. Tüzük md. 22 a ve md. 23 a uyarınca, kararların tenfiz devletinin kamu düzeninin müdahalesini gerektirip gerekmediğine ilişkin inceleme, yetki hükümlerini (md. 3-14) kapsayamaz (md. 24 cümle 2).

Boşanma, ayrılık veya evliliğin hükümsüzlüğüne dair kararın tanınması talebi, söz konusu dava tanımayı yapacak ülkede görülmesi halinde (örneğin başka bir hukukun uygulanması sebebiyle) farklı sonuçlanacak olması sebebiyle reddedilemeyecektir (md. 25). Tüzük md. 26, kararın hukuka uygunluğunun tetkikini (révision au fond) yasaklamaktadır.

---

[56] Boşanma, ayrılık ve evliliğin hükümsüzlüğü ile ana baba sorumluluğuna dair kararların tanınmasına engel olan sebepler için bkz. md. 22 ve 23.

c) Brüksel II a Tüzüğün Değiştirilme Sebepleri:

(1) Hukuki Güvenliğin Eksikliği ve Eşlerin Uygulanacak Hukuku Öngörememeleri

Yukarıda da incelendiği üzere, Brüksel II a Tüzüğüne göre, boşanmak isteyen eşlere, yetkili görülen mahkemeler arasında bir seçim yapma imkânı tanınmıştır. Dava, milletlerarası yetkili görülen mahkemelerden birinde açılmış ise, uygulanacak hukuk bu üye devletlerin kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir. Ancak, AB'ye üye olan devletlerin evliliğe ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları bağlanma noktaları bakımından farklılık içermektedir. Devletlerin evliliğe ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarındaki bu farklılıklar, yabancılık unsuru içeren evlilik ihtilaflarında zorluklar doğurabilir[57]. Ulusal hukuk düzenlerinin gerek maddi normları bakımından gerekse kanunlar ihtilafı normları bakımından birbirinden farklı olması gerçeği, hukuka karşı güvensizlik yaratmaktadır. Üye devletlerin kanunlar ihtilafı kuralları arasında var olan önemli farklılıklar ve bunların karmaşıklığı düşünüldüğünde eşlerin, evlilik konusunda hangi hukuka tabi olacağını öngörmesi oldukça güçleşmiştir[58]. Böyle bir durum özellikle eşler, müşterek bir mutad meskene sahip olmadığında veya farklı milli hukuka sahip olduklarında daha da önemli problemlere yol açacaktır. Ayrıca, böyle bir problem, müşterek bir milli hukuka sahip olan eşlerin ayrılması ve farklı üye devletlere taşınması halinde de mevcuttur[59].

Oysa boşanmaya ve ayrılığa ilişkin kanunlar ihtilafı normlarının uyumlaştırılması, tarafların boşanma davalarına uygulanacak hukuku öngörmelerini sağlayacaktır. Boşanmaya uygulanacak olan hukukun uyumlaştırılması, taraflar üzerindeki önce dava açma baskısını da kaldıracaktır, çünkü dava hangi üye devlette açılırsa açılsın, boşanma benzer hükümlere tabi olacaktır. Komisyon'un Tüzük Teklifinde, ana bağlanma noktası olarak eşlerin anlaşmasına bağlı olarak mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tayinine ilişkin bir hüküm önerilmektedir. Ancak eşlerin yetkili kabul ettikleri bu mahkeme ile evliliğin yakın bir bağlantısı bulunmalıdır. Böylece eşlerin hiçbir bağlantısı bulunmayan veya çok gevşek bir bağa sahip oldukları hukuk düzenlerinin uygulanmasının önüne geçilmektedir. Eşler yetki anlaşması ile kabul ettikleri bir mahkeme yoksa uygulanacak hukuk bir dizi bağlanma noktalarının dikkate alınması ile tespit edilecektir. Amaç daima, en sıkı ilişkili hukukun tespitidir. Eşler gibi, hukuk uygulayıcıları için de bunun anlamı, daha fazla hukuk güvenliği ve öngörülebilirliktir.

---

57 Bkz. Komisyon'un Roma III Teklifi, KOM (2006) 399 nihai.

58 Bkz. Komisyon'un Roma III Teklifi, KOM (2006)399 nihai.

59 Bkz. Komisyon, Yeşil Kitap, KOM (2005) 82 nihai.

Hukuk güvenliğinin ve öngörülebilirliğin sağlanması için bağlama noktalarının ihtiyatla seçilmesi gerekmektedir. Burada amaç, boşanmayı en sıkı ilişki içerisinde olduğu hukuk düzenine bağlamaktır. Yeşil kitapta (Green Paper: Entrepreneurship in Europe)[60], milletlerarası sözleşme hükümleri ile devletlerin kanunlar ihtilafı hükümlerinde kullanılan bağlama noktalarının dikkate alınabileceğine işaret edilmiştir. Bu bağlanma kurallarına örnek olarak eşlerin müşterek mutad mesken, milli hukuk veya eğer halen muhafaza ediliyorsa, en son müşterek milli hukuku ya da lex fori gösterilebilir.

(2) Sınırlı İrade Muhtariyetinin Kabulü ile Daha Çok Esneklik

Ülkelerin kanunlar ihtilafı kuralları belirli olaylarda prensip olarak tek bir çözüm öngörmektedir [örneğin eşlerin milli hukukunun veya hâkimin hukukunun (lex fori) uygulanması]. Ancak bazı durumlarda bu çözüm yeterince esnek olmayabilir. Örneğin, kişilerin, vatandaşlığında bulunmadıkları bir ülke ile yakın bağlılık içerisinde oldukları dikkat alınmamaktadır. Üye devletlerin çoğunda boşanmak üzere olan eşlere hukuk seçimi imkânı tanınmamaktadır[61]. Oysa belirli ölçüde uygulanacak hukuku seçme hakkının tanınması, hükümleri daha esnek yapabileceği gibi hukuk güvenliğini ve eşler bakımından uygulanacak hukukun öngörülebilirliğini de arttıracaktır. Bu durum ayrıca, eşleri gevşek bağlandıkları bir hukuk düzenine tabi olmaktan da kurtaracaktır[62]. Ancak boşanmaya uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesine bir sınırlama getirilmesi gerektiği de savunulmaktadır. Aksi takdirde eşler taraflarla hiç veya az bağlantısı olan "egzotik" hukuk kurallarının uygulanmasına sebebiyet verebilir. İrade muhtariyeti, tarafların sıkı ilişki içerisinde oldukları hukuk düzenlerini (örneğin müşterek milli hukuk, eşlerden birinin milli hukuku veya müşterek mutad mesken hukuku veya lex fori) seçme özgürlüğüne sahip olabilecek şekilde sınırlandırılmalıdır[63].

---

60 Yeşil kitap AB Komisyonu tarafından belli bir konuyu AB devletleri düzeyinde tartışmaya açmak ve bütün tarafların fikir üretmelerini sağlayarak konuyu olgunlaştırmak amacıyla hazırlanan temel yazılardır. Bu danışma süreci sonucunda Birliğin faaliyetlerini yönlendirmek amaçlı Beyaz Kitap meydana çıkabilmektedir. Bu açıdan bakıldığında Yeşil Kitap, AB Komisyonu'nun bir "niyet göstergesi" olup mevcut politikalar açısından uyulması zorunlu bir belge değildir, ancak "Beyaz Kitap" haline dönüşmesi durumunda bağlayıcı olabilmektedir. Yine de gelecekteki politikaların oluşumuna basamak teşkil eden en önemli belge olarak Yeşil Kitap süreci önemli bir süreç sayılmaktadır.

61 Yeni Belçika Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, eşlere milli hukuklardan biri ile lex fori olarak Belçika Hukuku arasında seçim yapma imkânı tanımaktadır, bkz. 27.7.2004'de yürürlüğe giren 17 Temmuz 2004 tarihli Kanun (Loi portant le Code de droit international privé) md. 55/II.

62 Bkz. Komisyon, Yeşil Kitap, KOM (2005) 82 nihai.

63 Bkz. Komisyon, Yeşil Kitap, KOM (2005) 82 nihai.

Komisyonun Tüzük teklifinde[64] yer alan öneri bu bakımdan daha çok esneklik getirmektedir. Öneri eşlere, belirli ölçüde boşanma veya ayrılık (evlilik ilişkisini ortadan kaldırmadan) davalarına uygulanacak hukuku ve yetkili mahkemeyi belirleme yetkisi tanıyarak daha fazla esneklik sağlamaktadır. Hukuk seçimi özellikle anlaşmalı boşanmalarda hukuk güvenliğini ve öngörülebilirliği arttıracaktır. Ayrıca boşanmada hukuk seçimine yer vermek, uygulanacak hukukun tespiti ve uygulanmasını da hızlandıracaktır.

(3) Mahkemeler Arasında Yetki Yarışması

Davasını daha önce açan eş, kendi menfaatine olan hukuk düzenine tabi olmayı garantilemektedir. Ancak, bu durum, davalının gevşek bir bağlantısı olan veya onun menfaatini yeterince korumayan bir hukuk düzeninin uygulanmasına yol açmaktadır. Uyumlaştırılmış kanunlar ihtilafı kuralları ile mahkemeler arasında yetki yarışmasının kısmen önüne geçilebilir, çünkü taraf devletteki her mahkeme, ortak hükümleri dikkate alacaktır.

4. Roma III'ün Hazırlık Çalışmaları

a) Evlilik İlişkilerinde Mahkemelerin Yetkisi ve Bu Alanda Uygulanacak Hukuka İlişkin Hükümleri De Kapsaması Bakımdan 2201/2003 sayılı Tüzüğün Değiştirilmesi Hakkında 17.7.2006 Tarihli Tüzük Teklifi

Konsey[65], iki kez aile hukuku meselelerinde uygulanacak hukuka ilişkin problemlere dikkati çekmiştir. Konsey, 1998 yılında, Amsterdam Antlaşmasının yürürlüğe girmesinden beş yıl içerisinde, aile meselelerinde uygulanacak hukuka ilişkin tasarrufun yürürlüğe girmesi için çalışmaları harekete geçirmiştir[66]. Nitekim Kasım 2004'de Konsey, Komisyonu 2005 yılı için evliliğe ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarını içeren yeşil kitabı hazırlamaya davet etmiştir[67]. Bunun üzerine Komisyon, 14 Mart 2005'de hazırladığı yeşil kitap ile evlilik ilişkilerine uygulanacak hukuk ve mahkemelerin milletlerarası yetkisini tartışmaya açmıştır[68]. Yeşil kitapta mevcut yasal düzenlemelerin

---

64 Bkz. Komisyon'un Roma III Teklifi, (2006) 399 nihai.

65 Konsey, yabancı unsurlu aile hukuku konularına ilişkin tedbirleri –özel kanun koyma usulüne göre- alır (Avrupa Birliği Antlaşması md. 81/III). Konsey, Avrupa Parlamentosunu dinledikten sonra karar verir. Konsey, Komisyonun teklifi üzerine karar verebilir.

66 Avrupa Konseyinin 3 Aralık 1998 de kabul edilen Viyana Eylem Planı, 23.1.1999 tarihli Abl. C 19, s. 1.

67 AB'de özgürlüğün, güvenliğin ve adaletin sağlanmasına ilişkin Lahey Programı, Avrupa Konseyi tarafından 4/5 Kasım'da kabul edilmiştir.

68 KOM (2005) 82 nihai.

yetersizliği hakkında bilgi verilmiş ve takip edilebilir prosedürler betimlenmiştir: yani status quo'nun muhafazası, kanunlar ihtilafı kurallarının uyumu, eşlere tanınan sınırlı irade muhtariyeti, Brüksel II a Tüzüğünün 3. maddesindeki mahkemelerin yetkisinin tespitinde dikkate alınan bağlanma noktalarının değiştirilmesi, sınırlı yetki sözleşmesi, destekleyici yetki (Restzuständigkeit) gibi konularda Konsey Tüzüğünün 7. maddesinin değiştirilmesi.

Komisyon, yeşil kitaba ilişkin tahminen 65 görüş almıştır[69]. Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi, 28 Eylül 2005 tarihli görüşünde Komisyonun bu atılımının memnuniyetle karşılandığını ifade etmiştir. İstişare grubu toplantısı 14 Mart 2006'da Brüksel'de yapılmıştır. Tartışmada Komisyon tarafından yetkilendirilen birimin hazırladığı çalışma belgesi esas alınmıştır. Görüş bildirgelerinde, çoğunlukla daha fazla hukuk güvenliğinin ve uygulanacak hukukun öngörülebilirliğinin sağlanması gerektiği ve belirli dereceye kadar irade muhtariyetinin tanınması ve yetki yarışının önüne geçilmesinin gerekliliği üzerinde durulmuştur.

Bu süreçlerden sonra Komisyon, evlilik ilişkilerinde mahkemelerin yetkisi ve bu alanda uygulanacak hukuka ilişkin hükümleri de kapsaması bakımdan 2201/2003 sayılı Tüzüğün değiştirilmesi hakkında 17.7.2006 tarihli Tüzük teklifi hazırlamıştır[70]. Teklifin amacı, kanunlar ihtilafı kurallarının uyumlaştırılması ile adli kararların tanınmasını kolaylaştırmaktır. Böylece üye devletler tarafından uygulanacak hukukun tayininde aynı kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınması sonucunda, diğer üye devlet mahkemelerinden alınan kararlara olan güvenin güçlendirileceğine inanılmaktadır.

b) Güçlendirilmiş İşbirliği

Komisyonun teklifi, bazı üye devletler tarafından kabul görmemiştir. Konsey, bu durumu, 5/6 Haziran 2008 tarihli oturumunda, "Roma III-Tüzük için birlik içinde devam eden bir çalışmanın" mevcut olmadığını açıklamıştır. Bunun üzerine üye devletlerden Bulgaristan, Fransa, Yunanistan[71], İspanya, İtalya, Lüksemburg, Macaristan, Avusturya, Romanya ve Slovenya'nın girişimi ile Komisyon, Konsey'e "*Boşanma ve Evlilik İlişkisini Sonlandırmayan Ayrılık Hususunda Uygulanacak Hukuka İlişkin Güçlendirilmiş İşbirliğinin Oluşturulmasına Dair Tüzük Önerisi*"ni sunmuştur. Lizbon Antlaşması'nda "güçlendirilmiş işbirliği" mekanizmasının altı sıklıkla çizilmektedir. Ant-

---

69 Görüşler için bkz.. http://europa.eu7.int/comm/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_public_en.html

70 17.7.2007 tarihli Tüzük teklifi KOM (2006) 399.

71 Yunanistan daha sonra başvurusunu geri çekmiştir.

laşmada; AB kurumsal yapılanması çerçevesinde gerçekleşecek her türlü işbirliğinin destekleneceği ve bu kapsamda; en az 9 üye ülkenin bir araya gelmesiyle, ortak çıkarlar dâhilinde farklı politika kümelenmelerinin önünün açılacağı düşünülmektedir. Böylece güçlendirilmiş işbirliği yöntemi ile tüm üye ülkelerin ortak politika oluşturmada bir araya gelemediği bu alanda, daha az sayıdaki ülkenin ortak politika oluşturabilmesi imkânından faydalanılmıştır. Konsey, boşanma ve hukuki ayrılığa uygulanacak hukuk hususunda "güçlendirilmiş işbirliği için yetkilendirme" kararını[72] vermeden önce, bu girişime Belçika, Letonya, Malta ve Portekiz ve Federal Almanyada katılmıştır. Böylece söz konusu girişim, 27 üye devletin 14'ü tarafından desteklenmektedir. Adalet ve İçişleri Konseyi, 4 Haziran 2010 tarihli oturumunda talepte bulunan üye devletlere güçlendirilmiş işbirliğini devam ettirmek için yetki tanımıştır. Roma III, politik uzlaşma sağlandıktan sonra Avrupa Parlamentosu[73] tarafından onaylanmıştır. Parlamento, güçlendirilmiş işbirliğine ilişkin onayı 16 Haziran 2010 tarihinde vermiştir. Güçlendirilmiş İşbirliği için yetki kararı 12 Temmuz 2010 tarihinde Konsey tarafından kabul edilmiştir. Aşağıda üzerinde ayrıntılı olarak durulacak "Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Konusunda Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanması Hakkında Tüzük", Konsey tarafından 20 Aralık 2010 tarihinde kabul edilmiştir.

5. Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Konusunda Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanması Hakkında Konsey Tüzüğü (EU Nr. 1259/2010)

a) Genel Olarak

AB Konseyinin, 20 Aralık 2010 tarihinde "Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Konusunda Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanması Hakkında Tüzüğü", 29.12.2010 tarihli AB Resmi Gazetesinde yayınlanmıştır[74].

Konsey, ABİDA md. 3/III ve 12 Haziran 2010 tarihli "Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Hakkında Güçlendirilmiş İşbirliğine İlişkin

---

[72] KOM (2010) 104 nihai.

[73] Avrupa Parlamentosu'nun danışma organı rolü, Avrupa Komisyonu tarafından önerilen direktif ve tüzük taslakları hakkında görüş bildirmesiyle ilgilidir. Komisyon'dan kendi görüşlerini dikkate alarak önerilerinde değişiklik yapmasını isteyebilmektedir.

[74] Council Regulation EU No 1259/2010 of 20 December 2010 on implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation: OJ L 343 (29.12.2010), s. 10-16.

2010/404/AB Konsey Kararına[75] dayanarak, Avrupa Komisyonun teklifi (Vorschlag), Tüzük taslağının ulusal parlamentolara götürülmesi ve Avrupa Parlamentosunun ve Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi'nin görüşlerinin dikkate alınmasından sonra özel yasama usulü uyarınca Tüzüğü çıkarmıştır.

Tüzük, 29.12.2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir (Tüzük md. 21). Yürürlüğe girmesi ile beraber Tüzük güçlendirilmiş işbirliği çerçevesinde kümelenerek bir araya gelen üye ülkeler bakımından bağlayıcı hale gelmiştir. Geçiş hükmü olan 18. maddeye göre, Tüzük hükümleri 21 Temmuz 2012 tarihinden sonra madde 5'e göre görülen davalar veya yapılan hukuk seçimleri bakımından uygulanmaya başlanacaktır. Bu tarihten önce yapılan hukuk seçimi ise madde 6 ve 7'nin şartlarını yerine getiriyor olması şartı ile geçerli olabilecektir (md. 18/I). Bu Tüzük, 21 Haziran 2012 tarihinden önce açılan davalarda, üye devlet hukukuna göre yapılan hukuk seçimi sözleşmelerini saklı tutmaktadır (md. 18/II).

Tüzük, mülahaza edilen 30 sebebe yer verdikten sonra 21 maddeden oluşmaktadır.

b) Tüzük Hükümlerinin İncelenmesi

(1) Tüzüğün Kapsamı

Tüzüğün uygulama alanına farklı devlet hukukları ile bağlantı gösteren boşanma ve hukuki ayrılık konuları girmektedir (md. 1/I). Tüzüğün kanunlar ihtilafı hükümlerine göre tespit edilen hukuk, boşanma ve hukuki ayrılık sebepleri bakımından uygulanmaktadır. Tüzüğün maddi uygulama alanı ve hükümleri, 2201/2003 Tüzüğü ile uyumlu olmalıdır[76]. Tüzük evliliğin hükümsüzlüğü konusundaysa uygulanmayacaktır. Ayrıca, hak ve fiil ehliyetine ve evliliğin veya hukuki ayrılığın geçerliliğine ilişkin önsorunlara, boşanmanın veya hukuki ayrılığın malvarlığına ilişkin sonuçlarına, eşlerin adına, velayete, nafaka sorumluluğuna, trusts ve mirasa veya muhtemel boşanmanın diğer fer'ilerine ilişkin meseleler de, Tüzüğün uygulama alını dışında bırakılmıştır (md. 2). Bu konularda, ilgili üye devletin kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilen hukuk uygulanacaktır.

Tüzüğün coğrafi uygulama alanının tayin edilebilmesi için, hangi üye devletlerin güçlendirilmiş işbirliğine katılmış olduğunun bilinmesi gerekmektedir.

---

[75] 22.7.2010, s. 12, ABl. L 189.

[76] 1259/2010 sayılı Tüzüğün 2. maddesinde "2201/2003 tarihli Tüzük"ün saklı tutulduğu ifade edilmiştir.

Tüzük hükümleri evrenseldir. Yani, Tüzüğün yeknesak kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edilen hukuk, katılan[77] üye devletin hukuku olabileceği gibi, katılmayan veya 3. bir devletin hukuku da olabilir (md. 4).

(2) Hukuk Seçimi

Tüzük, eşlere istedikleri takdirde boşanma ve hukuki ayrılığı seçtikleri bir hukuka tabi tutmaları imkânı tanımıştır. Ancak bu seçim sınırsız değildir. Eşler boşanma ve hukuki ayrılık hakkında aşağıdaki hukuklardan birini seçebilirler:

a) Hukuk seçimi sırasındaki mutad mesken hukuklarından biri veya

b) Hukuk seçimi sırasında eşlerden birinin mutad meskeni halen orada ise, en son müşterek mutad mesken hukuku veya

c) Hukuk seçimi sırasındaki eşlerden birinin milli hukuku veya

d) Hâkimin hukuku (lex fori)

Tüzük, hukuk seçiminin yapılma zamanını da düzenlemiştir. Madde 5/II'ye göre, hukuk seçiminin yapılma zamanı konusunda bir sınırlama yoktur. Taraflar, hukuk seçimini en geç davanın ikamesi anına kadar yapabilirler veya değiştirilebilir. Eğer hâkimin hukuku müsaade ediyor ise taraflar dava esnasında da hukuk seçimi yapabilirler. Ancak bu durumda mahkeme, davanın görüldüğü mahkeme hukuku ile uyumlu olan hukuk seçimini protokole alacaktır (Tüzük md. 5/III).

Tüzükte, hukuk seçimi anlaşması yazılı şekle tabi tutulmuştur (md. 7). Diğer bir ifadeyle, hukuk seçimi anlaşması tarih ve eşlerin imzasını içermelidir. Elektronik iletiler de kabul edilmektedir. Ancak, hukuk seçimi sırasındaki (eşlerin) müşterek mutad meskenin bulunduğu katılan devlet hukuku, bu tür anlaşmalar için ek şekil şartları arıyor ise, bu şekil şartları uygulanmalıdır (md. 7/II). Eğer hukuk seçimi sırasında eşlerin mutad meskenleri farklı (katılan) şekil şartlarını arayan devletlerde ise anlaşmanın şeklen geçerli olabilmesi için, hukuk seçimi anlaşmasının bu iki hukuktan birinin şekil şartını yerine getiriyor olması yeterlidir (md. 7/III). Ayrıca, hukuk seçimi sırasında eşlerden sadece birinin mutad meskeni (katılan) devlette bulunuyor ise ve bu devlette söz konusu anlaşmalar için ek şekil şartları öngörülmüş ise, bu devlet hukukun aradığı şekil şartları yerine getirilmelidir (md. 7/IV).

---

[77] "Katılan üye devleti" terimi, Tüzükte açıklanmıştır. Tüzük md. 3'e göre, "katılan üye devlet", 12 Temmuz 2010 tarihli 2010/405/AB Konsey kararı veya Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma md. 331/I/2, 3 'e dayanarak, boşanma ve hukuki ayrılık hususunda güçlendirilmiş işbirliğine ilişkin karara katılan devletlerdir.

(3) Hukuk Seçiminin Yokluğunda Boşanmaya veya Hukuki Ayrılığa Uygulanacak Hukuk

Taraflar boşanmaya veya hukuki ayrılığa uygulanacak hukuku seçmemişler ise aşağıdaki bağlanma noktalarına göre uygulanacak hukuk tespit edilmelidir:

aa) davanın ikame edildiği tarihteki eşlerin müşterek mutad meskeni hukuku veya

bb) eşlerin en son müşterek mutad meskenin bulunduğu devlet hukuku. Ancak bu hukukun uygulanabilmesi, davanın ikame edildiği tarihten geriye doğru 1 yıldan daha uzun bir süre önce kaldırılmamış (değiştirilmemiş) ve dava ikamesi sırasında eşlerden birinin mutad meskenini halen orada muhafaza ediyor olması şartına bağlanmıştır (md. 8/I, b) veya

cc) dava ikamesi sırasında eşlerin müşterek milli hukuku veya

dd) davanın ikame edildiği devlet hukuku

(4) Diğer Konulara Uygulanacak Hukuk

aa) Ayrılık davasından boşanma davasına geçişte, boşanma davasına uygulanacak hukuk, tarafların boşanmaya uygulanacak hukuku seçmemiş (md. 5) olmaları halinde, ayrılığa uygulanan hukuktur (md. 9/I). Ayrılığa uygulanacak hukuk, (ayrılığın boşanma davasına dönüştürülmesinin öngörülmediği durumlarda) hukuk seçiminin yapılmadığı hallerde uygulanacak hukuku düzenleyen madde 8'e göre tespit edilecek olan hukuktur (md. 9/II).

bb) Eşlerin seçtiği hukuk (md. 5) veya objektif boşanma statüsüne göre tespit edilen hukuk (md. 8), boşanmayı öngörmüyor veya eşlerden birinin cinsiyeti sebebiyle boşanma veya ayrılığa ilişkin talebini dermeyan etmesine müsaade etmiyor ise, boşanma veya ayrılık davasına, hâkimin hukuku uygulanacaktır (md. 10).

ee) Ulusal Hukuklardaki Farklılıklar

Davaya bakan mahkeme hukukuna göre boşanma öngörülmemiş veya boşanma davası bakımından ilgili tarafların evliliği geçerli kabul edilmemiş ise; boşanma davasına bakan (katılan) devlet mahkemesi, uygulanacak hukuku Tüzük hükümlerine göre tespit etmek mecburiyetinde değildir (md. 13).

(5) Atıf

Tüzüğün kanunlar ihtilafı normlarının yabancı hukuka yaptığı atıf, yabancı hukuk düzeninin sadece maddi hukuk kaidelerinin uygulanması anlamında yorumlanacaktır. Diğer bir ifadeyle, Tüzük maddi norm atfını kabul etmiştir (md. 11).

(6) Kamu Düzeni

Tüzük hükümlerine göre uygulanması gerekli olan yabancı hukuk, davanın görüldüğü ülkenin kamu düzenine (ordre public) açıkça (offensichtlich) aykırılık teşkil etmemesi şartıyla uygulanma imkânına sahiptir (md. 12).

(7) Bölgelerarası Özel Hukuk

Çok hukuklu devletlerde kısmi hukuk düzenlerinin yan yana ve bir arada bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, böyle bir hukuk sistemine sahip olan devletlerde, Tüzük tarafından düzenlenen konular iki veya daha fazla hukuk sistemi veya kaynağı ile düzenlenmiştir. Kısmi hukuklardan hangisinin dikkate alınacağına ilişkin problemin önüne geçmek için Tüzükte özel bir hüküm bulunmaktadır (md. 14). Tüzük hükümlerinde tespit edilen uygulanacak hukuk, ilgili çok hukuklu devlet kanunları olarak kabul edilecektir. Uygulanacak hukuk, mutad mesken bağlanma kriterine göre tespit ediliyor ise bu yer, çok hukuklu devletin belirli bir yeri olarak anlaşılacaktır. Vatandaşlık kriterine göre tespit edilen uygulanacak hukuk, tarafların seçimine veya seçimin yapılmaması halinde eşlerin veya eşlerden birinin sıkı ilişki içerisinde olduğu yer olarak kabul edilecektir.

(8) Şahıslararası Özel Hukuk

Bazı devletlerde çeşitli şahıs grupları için farklı hukuk düzenleri yürürlüktedir. Tüzük hükümlerine göre böyle bir hukuk sistemi olan ülke hukukunun uygulanması gerekmekte ise, o hukuk düzeni içerisinde uygulanacak maddi hukuk kurallarını göstermek şahıslar arası özel hukukun görevi olmaktadır. Ancak bu devletin şahıslar arası özel hukuk düzeninde, hangi hukukun uygulanması gerektiğini belirten bir hüküm mevcut değil ise, ihtilafa eşlerin veya eşlerden birinin "en sıkı ilişki" içerisinde olduğu hukuk uygulanacaktır (md. 15).

(9) Tüzük ile Düzenlediği Konulara İlişkin Milletlerarası Sözleşmeleri Arasındaki İlişki

Tüzüğün kabul edilmesi tarihinden önce akdedilmiş olan milletlerarası sözleşmelerin uygulanması Tüzük ile engellenmiş değildir (md. 19). Ancak

Tüzük hükümleri, katılan üye devletler arasındaki ilişkilerde öncelikli uygulanmalıdır. Tüzüğün düzenlemediği konular bakımından, taraf olunan milletlerarası sözleşme hükümleri dikkate alınabilir.

IV. Sonuç

"2201/2003 sayılı Evlilik ve Velayete İlişkin Hususlarda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Tüzükte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Konsey Tüzüğü" (Brüksel II a Tüzüğü), evlilik ilişkisine dair kanunlar ihtilafı kuralları içermemektedir. Evlilik ilişkisine dair kanunlar ihtilafı kuralları içeren bir milletlerarası sözleşme de bulunmamaktadır. Boşanmaya uygulanacak hukuka ilişkin ne bir milletlerarası sözleşme, ne de Tüzük mevcut olduğu için bu alanda yeknesak kurallara rastlanılmamaktadır; AB'de mahkemeler boşanmaya uygulanacak hukuku ulusal kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlemektedir. Kanunlar ihtilafı kuralları her devlette birbirinden farklı düzenlenmiştir. Örneğin Alman kanunlar ihtilafı kuralı (EGBGB md. 17/I, 1, md. 14/I) prensipte müşterek milli hukuka bağlanırken, diğer üye devletler öncelikle müşterek mutad mesken hukukunu dikkate almaktadırlar (Estonya ve Letonya). Bir dizi üye devlet prensipte kendi hukukunu (lex fori) uygulamaktadır (örneğin Danimarka, Finlandiya, İzlanda, İsveç, Birleşik Krallık ve Kıbrıs). Yedi alternatif milletlerarası yetki (Brüksel II a Tüzüğü md. 3) ve uyumlaştırılmamış kanunlar ihtilafı hukuku karşısında, farklı devlet vatandaşlıklarına sahip olan eşler, hangi ülkede ve hangi hukuka göre boşanabileceklerini çok kolay öngörememektedirler. Hatta boşanmada "forum shopping" tehlikesi söz konusu olabilecek; hukuken daha iyi bilgilendirilen ve de dava açmada hızlı davranan eş, menfaatine en uygun olan maddi hukukun uygulanmasını sağlayabilecektir.

Bu duruma engel olmak için AB'de Brüksel II a Tüzüğünün değiştirilmesi için harekete geçilmiştir. Konuya ilişkin çalışmalar neticesinde, Brüksel II a Tüzüğün değiştirilmesi için gerekli birlik oluşturulamadığı için güçlendirilmiş işbirliği çerçevesinde "Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Konusunda Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanması Hakkında Konsey Tüzüğü" çıkartılmıştır. Roma III olarak da adlandırılan bu Tüzük ile Avrupa' da boşanma ve ayrılık davalarında "uygulanacak hukukta ve kararda birlik" oluşturulacağı düşüncesi hakimdir. AB'ne üye 27 devletin tamamı, Roma III için mutabık olamadı. Ancak boşanmada yeknesak bir kanunlar ihtilafı kuralını isteyen 14 üye devlet, bu amaca Lizbon Antlaşmasına göre mümkün olan güçlendirilmiş işbirliği oluşturarak ulaşmıştır.

Roma III-Tüzüğü eşlere boşanmaya uygulanacak hukuku seçme imkânı vermektedir. Seçilen hukuk düzeni (eşlerin mutad meskeni, milli hukuku

veya lex fori) ile eşler yakın bağlılık içerisinde olmalıdır. Zayıf eşin korunması amacıyla, hukuk seçimi anlaşması için bir şekil kuralı öngörülmüştür. Üye devletler daha ağır şekil şartı (örneğin eşlerin daha önce avukat tarafından bilgilendirilmeleri şeklinde) öngörebilirler. Eşler bir hukuk seçiminde bulunmamışlarsa, uygulanacak hukuk objektif bağlama kuralına göre tespit edilmektedir. Burada da özellikle en son mutad mesken veya milli hukukları gibi eşlerin yaşam merkezine ilişkin kriterler esas alınmaktadır. Seçilen hukuk veya objektif bağlama kuralına göre dikkate alınan hukuk, 3. bir devletin hukuku da olabilir. Roma III'e göre, AB'ye üye olmayan bir devletin hukuku, davaya bakan devletin temel hukuk prensiplerini ihlal ediyorsa, uygulanmaz. Böylece, diğer kültürlerin hukuklarının uygulanabilirliği, kamu düzenine ilişkin hükümlerle (md. 5 ve 7) kontrol edilmektedir.

Roma III-Tüzüğü, Brüksel II a Tüzüğü ile birlikte uygulanmaktadır. Bu Tüzükler; milletlerarası yetki, yabancı mahkeme kararların tanınması ve tenfizinin kolaylaştırılması ve milletlerarası aile hukukun uyumlaştırılması bakımından en önemli gelişme olarak değerlendirilmelidir.

Hukukun birleştirilmesi konusunda AB'nin çalışmaları stratejik bir ilerleme izlemektedir. AB Konseyinin çıkardığı tüzükler (Brüksel II a ve Roma III), ortak bir milletlerarası özel/usul hukuku için ilk adımdır. Ancak tüzükler, aile hukukunun belirli kurumlarına ilişkindir. Oysa aile hukuku konuları birbiri ile yakın bağlantı içerisindedir. Bunların yasal dayanağının farklı zamanlarda değişikliğe uğraması hukuki işleyişi etkileyecek yeni problemler doğuracaktır. Uygulamada karşılaşılan bu sorunların nasıl çözüme kavuşturulacağı meselesi ise, Avrupalı hukukçuları uzun süre meşgul edeceğini göstermektedir.

Aile Hukukundan Kaynaklanan Vatandaşlık Hukuku Sorunları

*Vahit DOĞAN**

Aile hukukundan kaynaklanan vatandaşlık hukuku sorunlarını, evlenme ve soy bağının vatandaşlığa etkisi olmak üzere iki ana başlık altında ele almak mümkündür.

I- Evlenmenin Vatandaşlığa Etkisi

A) Genel Olarak

Klasik bakış açısına göre evlenme, "tam ve sürekli bir hayat ortaklığı yaratmak üzere, cinsiyetleri ayrı iki kişinin hukuken makbul ve geçerli bir şekilde birleşmeleri" olarak tanımlanıyordu[1]. Ancak, son yıllarda bir kısım hukuk sistemlerinde tanımda yer alan farklı cinsiyet şartının aranmadığı görülmektedir. Başka bir anlatımla, hemcinsler arasındaki evliliklere de müsaade edilmektedir. Bunun yanında, bir kısım hukuk sistemlerinde, fiili birlikteliklere vatandaşlık hakkının da içinde yer aldığı bir kısım hukukî sonuçlar bağlanmaya başlanmıştır. Evlenmenin vatandaşlığa etkisi bütün bu kapsamda ele alınmalıdır.

Tarihi süreçte ilk dönemlerde evlenmenin yalnızca yabancı kadın eşin vatandaşlığına etki edeceği, erkek eşin vatandaşlığına etki etmeyeceği kabul edilmekteydi. Klasik anlayışa göre, kadın eş, ailenin reisi olan erkeğin tâbiiyetini de almalıydı. Bu anlayışa göre, kadın eş, rızasına gerek olmadan evlenme ile birlikte kocanın vatandaşlığını kazanmaktaydı. Başka bir

---

* Prof. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

1 VELİDEDEOĞLU, H. V., Türk Medenî Hukuku, C.II Aile Hukuku, b.5, İstanbul 1965, s.45.

anlatımla, evlenmenin hukukî sonuçlarından birisi, kadın eşin kocasının vatandaşlığına geçmesiydi. Ailede tâbiiyet birliğinin sağlanmasıyla, aile tek bir hukuk sistemine tâbi olacak, farklı hukuk sistemlerine tâbi olmanın getirebileceği sıkıntılar bertaraf edilmiş olacaktı. Ancak, zaman içinde kadın erkek eşitliğinin yaygın olarak kabul edilmeye başlanmasıyla, yabancı erkekle evlenen kadının vatandaşlığının evlenme ile otomatik olarak değişmesi eleştirilmiştir. Aynı şekilde, vatandaşlık hukuku alanında cinsiyetten kaynaklanan ayrımcılığın da bertaraf edilmesi gerektiği fikri ağırlık kazanmıştır. Bu düşünceler, pozitif düzenlemeleri de etkilemiş, yabancı kadın eşin vatandaşlığının evlenmeye bağlı otomatik değişimi yerine, cinsiyet ayrımının bertaraf edilerek, yabancı eşin iradesine üstünlük tanıyan pozitif düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır.

Tüm bunlara ilave olarak, yabancı eşin salt vatandaşlık kazanma amacına hizmet etmek düşüncesi ile cali, muvazaalı evlenmeler yapıldığı da görülmektedir. Salt vatandaşlık kazanma amacına hizmet etmek için yapılan evliliklerin sayısının artması, probleme çözüm bulmayı zorunlu hale getirmiştir. Bu sebeple bir kısım ülke hukuklarında, sırf vatandaşlık kazanmak amacı ile yapılan evlenmelere engel olmak için çeşitli tedbirler alınmıştır. Bu bağlamda akla gelen ilk tedbir sırf vatandaşlık kazanmak amacı ile yapılan evlenmelerin batıl olduğunu kabul eden İsviçre hukukundaki eski düzenlemedir[2]. Farklı ülkelerde değişik çözüm önerileri kabul edilse de, evlenme kurumu ile uyumlu olmadığından, çözüm önerilerinden bir kısmı uzun süre uygulamada kalamamıştır.

Günümüz pozitif düzenlemelerine bakıldığında, yabancı eşin vatandaş ile evlenmesi tek başına vatandaşlığın kazanılabilmesi bakımından yeterli görülmemekte, ek bir kısım şartların gerçekleşmesi de aranmaktadır. Ek şartlar aranmasının temel amacı, yabancı eşe salt vatandaşlık kazandırmak amacı ile yapılan cali, muvazaalı evlenmeler ile vatandaşlık kazanılmasına engel olmaktır. Bilindiği gibi, Türk hukukunun da içinde yer aldığı bir kısım hukuk sistemlerinde evlenmede muvazaa kabul edilmemektedir. Ancak, tarafların gerçekte evlenme iradeleri olmadan salt vatandaşlık kazanmak amacı ile evlilik yapmaları ve bu tür evliliklerin zaman içinde sürekli artış göstermesi, probleme çözüm bulmayı zorunlu hale getirmiştir. Bu nedenle bir kısım ülke hukuklarında, sırf vatandaşlık kazanmak amacı ile yapılan evlenmelere engel olmak için çeşitli tedbirler alınmıştır[3]. Farklı ülkelerde değişik

---

[2] Bkz. AKINTÜRK, T., Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, b.6, c.II, İstanbul 2002, s.203.

[3] Bu bağlamda akla gelen ilk tedbir sırf vatandaşlık kazanmak amacı ile yapılan evlenmelerin batıl olduğunu kabul eden İsviçre Medeni Kanunu hükmüdür (İMK

çözüm önerileri kabul edilse de, evlenme kurumu ile uyumlu olmadığından, çözüm önerileri uzun süre uygulamada kalamamıştır.

Türk hukukunda da karşılaştırmalı hukuka benzer gelişim görülmektedir. 1312 sayılı TVK'da "Türklerle evlenen ecnebi kadınlar Türk vatandaşı olurlar" (m.13) hükmü yer almakta iken, 1964 tarihli 403 sayılı TVK, prensip olarak modern tezi kabul etmiş, ancak bazı özel durumları nazara alarak istisnaî hükümlere de yer vermişti. "Bir Türkle evlenen yabancı kadın Türk vatandaşlığına geçmek istediğini 42 nci maddede gösterilen şekilde bildirdiği veya vatansız bulunduğu veyahut evlenmekle eski vatandaşlığını kaybettiği takdirde Türk vatandaşlığını kendiliğinden kazanır." Görüldüğü gibi, 403 sayılı Kanunun ilk hâlinde yabancı kadın eş, Türk vatandaşı erkekle evlenmekle talepte bulunması hâlinde kanun hükmü gereği kendiliğinden Türk vatandaşlığını kazanıyordu. Yabancı kadın eşin salt talebe bağlı vatandaşlık kazanması ve yabancı erkek eşler bakımından Türk vatandaşlığının kazanılmaması bir kısım eleştirilere neden olduğu gibi, özellikle yabancı kadın eşler bakımından ciddi problemlerle de karşılaşılıyordu. Başka bir ifade ile evlenme yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılması, özellikle doğu bloğunun yıkılmasından sonra, vatandaşlık kanununun en fazla ihlâl edilen, kötüye kullanılan hükmü haline gelmişti. Kanun koyucu da doktrindeki eleştirilere ve karşılaştırmalı hukukta kabul edilen esaslara uygun olarak, evlenme yolu ile vatandaşlık kazanmayı düzenleyen hükümde değişiklik yapma gereğini duymuştur.

Halen yürürlükte olan hükümlere göre, salt talebe bağlı vatandaşlık kazanmaya son verilmiş, eşler arasında cinsiyetten kaynaklanan ayrımcılık bertaraf edilmiş, evlenmeye bağlı vatandaşlık kazanmada kadın erkek eşitliği kabul edilmiştir.

B) Evlenme İle Türk Vatandaşlığının Kazanılması

403 sayılı TVK'da 4.6.2003 tarih ve 4866 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, evlenme ile Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin hüküm önemli

---

m.120/4). Ancak, İsviçre kanun koyucusu çok kısa bir süre içinde bu hükmün uygulanmasının zorluklarını görerek hükmü yürürlükten kaldırmıştır. Bkz. AKINTÜRK,T., Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, b.6, C.II, İstanbul 2002, s.203.

ölçüde değiştirilmiştir[4]. Her ne kadar kanun sistematiği içindeki yerinde değişiklik olmamış, kanun yolu ile vatandaşlığın kazanılması başlığı altında kalmış ise de, içerik olarak kanun yolu ile vatandaşlık kazanma olarak kabul etmek kolay değildir. Çünkü yeni düzenleme ile birlikte, önceki düzenlemenin aksine, evlenme anında salt talebe bağlı vatandaşlık kazanma esası terk edilmiştir.

403 Sayılı Kanunun 5'inci maddesinde yer alan düzenlemeye göre; "Bir Türk vatandaşı ile evlenme, kendiliğinden Türk vatandaşlığını bahşetmez. Ancak, bir Türk vatandaşı ile evlenme nedeniyle Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılar, en az üç yıldan beri evli olmaları, fiilen birlikte yaşamaları ve evliliğin devamı kaydıyla, yurt içinde en büyük mülkî idare amirliklerine, yurt dışında ise Türk konsolosluklarına yazılı olarak başvuruda bulunabilirler. Başvuru üzerine İçişleri Bakanlığınca yapılacak inceleme ve soruşturma sonucunda, aranan şartları taşıdıkları anlaşılan kişiler, bu durumun tespitine ilişkin karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanırlar".

4

403 Sayılı TVK 3 – Evlenme ile Madde 5 — Bir Türkle evlenen yabancı kadın Türk vatandaşlığına geçmek istediğini 42 nci maddede gösterilen şekilde bildirdiği veya vatansız bulunduğu veyahut evlenmekle eski vatandaşlığını kaybettiği takdirde Türk vatandaşlığını kendiliğinden kazanır. Evlenmenin butlanına karar verilmesi halinde akitte hüsnüniyetli olan kadın. Türk vatandaşlığını muhafaza eder. Butlanına karar verilmiş evlenmeden olan çocuklar, ana veya babaları hüsnüniyetli olmasalar dahi Türk vatandaşlığını muhafaza ederler.	3 – Evlenme ile Madde 5 – (Değişik: 4/6/2003-4866 S.lı K.) Bir Türk vatandaşı ile evlenme, kendiliğinden Türk vatandaşlığını bahşetmez. Ancak, bir Türk vatandaşı ile evlenme nedeniyle Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılar, en az üç yıldan beri evli olmaları, fiilen birlikte yaşamaları ve evliliğin devamı kaydıyla, yurt içinde en büyük mülkî idare amirliklerine, yurt dışında ise Türk konsolosluklarına yazılı olarak başvuruda bulunabilirler. Başvuru üzerine İçişleri Bakanlığınca yapılacak inceleme ve soruşturma sonucunda, aranan şartları taşıdıkları anlaşılan kişiler, bu durumun tespitine ilişkin karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanırlar. Ancak, bir Türk vatandaşı ile evlenen yabancı, evlenmekle eski vatandaşlığını kaybediyorsa Türk vatandaşlığını kendiliğinden kazanır. Evlilik yoluyla Türk vatandaşlığını kazananlar, evlenmenin butlanına karar verilmesi halinde, akitte hüsnüniyetli iseler Türk vatandaşlığını muhafaza ederler. Butlanına karar verilmiş evlenmeden olan çocuklar ana veya babaları hüsnüniyetli olmasalar dahi Türk vatandaşlığını muhafaza ederler. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlar Kurulunca çıkartılacak yönetmelikle belirlenir.	TASARI Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılması MADDE 16- (1) Bir Türk vatandaşı ile evlenme doğrudan Türk vatandaşlığını kazandırmaz. Ancak bir Türk vatandaşı ile en az üç yıldan beri evli olan ve evliliği devam eden yabancılar Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvuruda bulunabilir. Başvuru sahiplerinde; a) Aile birliği içinde yaşama, b) Evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmama, c)Milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama, şartları aranır. (2) Başvurudan sonra Türk vatandaşı eşin ölümü nedeniyle evliliğin sona ermesi halinde birinci fıkranın (a) bendindeki şart aranmaz. (3) Evlenme ile Türk vatandaşlığını kazanan yabancılar evlenmenin butlanına karar verilmesi halinde akitte hüsnüniyetli iseler Türk vatandaşlığını muhafaza ederler.

Kanundaki düzenlemeden hareketle evlenme yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılmasını önceki düzenlemeye paralel olarak; yabancı eşin talepte bulunması ve evlenmekle eski vatandaşlığını kaybetmesi olmak üzere iki başlık halinde incelemekte fayda vardır.

1. Yabancı Eşin Talebe Bağlı Vatandaşlık Kazanması

a) 403 Sayılı Kanun

Kanundaki mevcut düzenlemeye göre, Türk vatandaşıyla evlenen yabancı eş, kanunda öngörülen şartları gerçekleştirmesi ve talepte bulunmasıyla Türk vatandaşlığını kazanacaktır. Yabancı eşin Türk vatandaşlığını talep yoluyla kazanabilmesi için, taraflar arasında kanunen geçerli bir evliliğin varlığı[5] ve usulüne uygun talepte bulunulmasının yanında bir kısım ek şartların gerçekleşmesi de aranmaktadır. Buna göre, "Türk vatandaşı ile evlenme nedeniyle Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılar, en az üç yıldan beri evli olmaları, fiilen birlikte yaşamaları ve evliliğin devamı kaydıyla" Türk vatandaşlığını kazanmak amacı ile yetkili makamlara başvurabileceklerdir.

Görüldüğü gibi, halen yürürlükte olan düzenleme ile kadın erkek eşitliği kabul edilmiş, yabancı erkek eşlerin de evlenmeye bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanabilmeleri mümkün hale gelmiştir. Dolayısıyla, önceki düzenlemeye yapılan kadın-erkek eşitliğini zedelediği, vatandaşlık kazanmada cinsiyetten kaynaklanan ayrımcılık yapıldığı eleştirisi bertaraf edilmiştir. Bu düzenleme ile, yabancı kadın eşin evlenme anında "salt talebe dayalı" vatandaşlık kazanma imkânı da bertaraf edilmiştir.

Yürürlükteki 403 Sayılı Kanuna göre, yabancı eşin evlenme yolu ile Türk vatandaşlığını kazanması, kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi şartına bağlanmıştır. Başka bir ifade ile yabancı eşin evlenme yolu ile Türk vatandaşlığını kazanmak için başvuru yapabilmesi için;

---

[5] Yabancı ile yapılan evliliğin onun vatandaşlığına etki edebilmesi için ön şart; evlilik hukuken geçerli olmalıdır. Bir erkek ve bir kadının hukuken geçerli bir evlenme yapabilmeleri için, bir kısım maddî ve şekli şartların yerine getirilmiş olması gereklidir. Türk Medenî Kanunu bakımından geçerli bir evlenmenin yapabilmesi için, evlenme ehliyetine sahip olunması ve evlenme engellerinin bulunmaması gerekir. Ayrıca, kanunun aradığı şeklî şartların yerine getirilmiş olması da gereklidir (MK. m.124 vd.). Kanunun aradığı şartları taşımayan birliktelikler evlenme olarak kabul edilmediğinden, vatandaşlık hukuku bakımından herhangi bir etkisinin olması da mümkün değildir.

- Üç yıldan beri evli olmaları,
- Fiilen birlikte yaşamaları,
- Evliliğin devam ediyor olması

şartlarının varlığı gereklidir. Ancak, kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi ve yabancı eşin talepte bulunması, onun Türk vatandaşlığını kazanması için yeterli görülmemiş, evliliğin muvazaalı olup olmadığının da "incelenme"si gerektiği kabul edilmiştir.

Evlenme yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılmasını düzenleyen TVK m.5'in uygulamasını göstermek üzere TVKUY'den ayrı 24 Mayıs 2004 tarih ve 2004/7275 karar sayılı "Türk Vatandaşları İle Evlenme Nedeniyle Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Yönetmelik" çıkartılmıştır. Yönetmeliğin 2-5 maddeleri evlenme yolu ile vatandaşlığın kazanılmasını düzenlemektedir. Bu hükümlere bakıldığında, Anayasa'da kabul edilen kanunilik ilkesinin zedelendiği görülmektedir. Bilindiği gibi yönetmelikler, kanunun uygulamasını göstermek üzere ilgili makamlar tarafından çıkarılmaktadır. Dolayısıyla, kanunda olmayan bir şart yönetmelikle getirilemez. Oysa bu yönetmelikte, kanunda olmayan bir kısım ek şartlar daha getirilmiştir. Ancak, yönetmelikte getirilen bu ek şartlar, esas itibarıyla, yapılacak incelemenin kapsamını tespit eden şartlar olarak kabul edilmelidir. Yönetmelik evlenme yolu ile Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılarda kanundaki şartlarla birlikte bir kısım ek şartlar aranacağını hükme bağlamıştır. Bu şartlar;

a. Mücbir sebep dışında fiilen bir arada yaşamak,
b. Fuhuş yapmak, fuhşa aracılık etmek veya fuhşa zorlamak, kadın ticareti yapmak gibi herhangi bir faaliyet içinde bulunmamak,
c. Kamu düzeni, milli güvenlik ve genel ahlak açısından sakıncalı olmamak.

Yönetmelikte tespit edilen bu şartları, taraflar arasında gerçek bir evliliğin var olup olmadığını araştıracak olan İçişleri Bakanlığınca yapılacak inceleme kapsamında değerlendirmek isabetli olacaktır. Aksinin kabulü mümkün değildir. Çünkü yönetmelikte öngörülen şartların kişinin şahsında gerçekleşip gerçekleşmediğini gösterir belge temin etmesi mümkün olmadığı gibi, vatandaşlık hukuku alanında kabul edilen anayasal ilkelerden birisi olan kanunilik ilkesi ile de uyumsuz olacaktır. Dolayısıyla, kendisine inceleme görevi verilmiş olan İçişleri Bakanlığı, taraflar arasında gerçek bir evliliğin var olup olmadığını araştıracaktır. Bu şekilde, yapılan değişikliğin gerekçesinde ifade edilen, "Türk Vatandaşlığı"nın hak ettiği saygın statüye kavuşturulmuş ve evlilik

kurumunun kötüye kullanılmasının önüne geçilmiş olacaktır. Dolayısıyla, evlenme yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılabilmesi için, Bakanlığın yapacağı incelemede, taraflar arasında gerçek bir hayat ortaklığının kurulmuş olup olmadığı araştırılacaktır.

b) Tasarıda Yer Alan Düzenleme

TVKT'da, 403 Sayılı TVK'da 4.6.2003 tarih ve 4866 Sayılı Kanunla yapılan değişikliği esas alan bir düzenleme öngörülmektedir (TVKT. m.16). Yürürlükteki kanundan farklı olarak evlenme yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılmasında ön şartlar ve asli şartlar ayrımı yapılmıştır. Yürürlükteki kanunda yer alan

- Üç yıldan beri evli olmaları,
- Fiilen birlikte yaşamaları,
- Evliliğin devam ediyor olması

şartların varlığı halinde evlenme yolu ile Türk vatandaşlığına alınmak için müracaat edilebilecektir. Bu ön şartların varlığı halinde

- Aile birliği içinde yaşama,
- Evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmak,
- Milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak

şartların varlığının tespit edilmesi üzerine yabancı eş Türk vatandaşlığına alınabilecektir. İlk grup şartların varlığı halinde, ikinci grup şartlar, oluşturulacak vatandaşlık başvuru inceleme komisyonu tarafından incelenecektir.

Asli şartlardan, "*aile birliği içinde yaşamak*" şartı vatandaşlık başvuru inceleme komisyonu tarafından objektif olarak tespit edilebilecektir. Çünkü burada taraflar arasında gerçek bir müşterek yaşamın var olup olmadığı araştırılacaktır. Vatandaşlık kazanmak amacı ile yapılan evlenmelerden muzdarip olan bir kısım ülkelerde uzun zamandan beri, benzer araştırmalar yapılmaktadır. Aile birliği içinde yaşamanın tespitinde, diğer ülkelerin tecrübelerinden yararlanılması mümkündür.

Diğer iki şart için aynı şeyleri söylemek mümkün değil. Tasarıda millî güvenlik ve kamu düzeni gerekçesi, yetkili makam kararı ile vatandaşlığa alınma hâllerinin tamamında öngörülen bir şarttır. Ancak, milli güvenlik ve kamu düzeni kavramlarının içeriği belli olmadığından, idareye çok geniş bir takdir yetkisi vermektedir. "*Evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette*

bulunmamak" şartından ne anlaşılması gerektiği, bir kısım belirsizlikleri beraberinde getirecektir. Bu şart, 2004/7275 karar Sayılı Yönetmelik"te var olan "*Fuhuş yapmak, fuhşa aracılık etmek veya fuhşa zorlamak, kadın ticareti yapmak gibi herhangi bir faaliyet içinde bulunmamak*" şartından başka bir şey değildir. Tasarının gerekçesinde evlilik birliği ile bağdaşmayacak davranışlardan ne anlaşılması gerektiği açıklanmamıştır. 2003 yılında TVK'da yapılan değişikliğin gerekçesinde ise, "Türk Vatandaşlığı"nın hak ettiği saygın statüye kavuşturulacağı ve evlilik kurumunun kötüye kullanılmasının önüne geçilebileceği ifade edilmişti. Anlaşıldığı kadarıyla bu ifade, Anayasa'da "Türk toplumunun temeli olarak" kabul edilen ailenin (Madde 41) korunmasına hizmet etme gayesi ile kabul edilmiştir. Başka bir ifade ile Türk vatandaşı ile evlenmek suretiyle Türk vatandaşlığını kazanan yabancı kadınlardan bir kısmının, ülkemizdeki gayrı ahlaki yaşantılarına engel olunmak istenmektedir. Ancak, amaç makul olmasına rağmen, tasarıda yer verilen ifadenin isabetli olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Çünkü Türk hukukunda hangi faaliyetlerin (davranışların) evlilik birliği ile bağdaşmadığı tespit edilmiş değildir. Burada olsa olsa Medeni Kanun'da kabul edilmiş olan boşanma sebepleri akla gelebilir ki, bunun da yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Kaldı ki, yürürlükteki TVK m.5'de 4.6.2003 tarih ve 4866 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile "… İçişleri Bakanlığınca yapılacak inceleme ve soruşturma sonucunda, aranan şartları taşıdıkları anlaşılan kişiler … (5/1)" vatandaşlığa alınabilecektir. Tasarıda da benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. "Vatandaşlık Başvuru İnceleme Komisyonu" başlığını taşıyan 17. maddede, "…16'ncı maddeler uyarınca Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancıların başvuru için gerekli şartları taşıyıp taşımadıklarının tespit…" edilmesinden sonra Türk vatandaşlığına alınmaları uygun görülen kişilerin dosyaları Bakanlığa gönderilecektir. Görüldüğü gibi hem mevcut kanunda hem de tasarıda, Türk vatandaşı ile yapılan evliliğin cali evlilik olup olmadığı yetkili makamlarca araştırılacaktır. Cali evlilik olduğu tespit edilen kişilerin talepleri kabul edilmeyecek, vatandaşlığa alınmayacaktır. Yetkili makamın incelemesi sonucunda taraflar arasında gerçek bir evliliğin olup olmadığını tespit imkânı varken, içeriği belirsiz ve evlilik gibi kutsal bir kurumla bağdaşmayan yeni bir kavram kabul etmenin anlamı yoktur.

Tasarıda yer alan hükme bakıldığında bazı hususların ele alınmasında fayda vardır. Bir defa, il inceleme komisyonlarının oluşturulması Bakanlığın iş yoğunluğunun hafiflemesine önemli katkı sağlayacaktır. Ancak, oluşturulacak komisyonun yetkilerinin sınırlarının iyi tespit edilmesi gerekir. Aksi halde, komisyon esasa ilişkin karar verme yetkisini kendinde görebilir.

İnceleme komisyonları il düzeyinde örgütleneceğinden, doğal olarak yetki alanında ikamet eden yabancı eşlerin durumunu inceleme yetkisini haiz olacaktır. Acaba, yurt dışında bir Türkle evlenen ve orada ikamet eden

yabancı eş hakkında hangi inceleme komisyonu gerekli incelemeyi yapacaktır? Komisyon incelemeyi nasıl yapacaktır? Öngörülen bu şart mevcut kanunda da yer almaktadır. Buna göre, başvuru sahiplerinin öngörülen şartları taşıyıp taşımadıklarını tespit edecek bir komisyon öngörülmektedir. Oluşturulacak komisyon illerde görev yapacaktır. Bu komisyon evlenme yolu ile Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen kişilerin öngörülen şartları taşıyıp taşımadıklarına karar verecektir. Bu şartlardan evlilik birliği içinde yaşamak ve evlilik birliği ile bağdaşmayacak faaliyetlerde bulunmamak şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini yalnızca ülke içinde ikamet eden yabancı eşler bakımından tespit edebilmek mümkün, yurt dışında ikamet eden yabancı eşler bakımından ise oldukça zordur. Her ne kadar mevcut Yönetmelik, yurt dışında inceleme yapma yetkisini Türk konsolosluklarına vermiş ise de, tasarıda bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, özellikle Almanya, Avusturya gibi Türk vatandaşlarının yoğun olarak yaşadığı ülkeler nazara alındığında konsoloslukların iş yoğunluğu ile incelemenin sağlıklı yapılabileceği tereddüt yaratmaktadır.

2. Vatansızlığın Önlenmesi

a) 403 Sayılı Kanun

403 Sayılı TVK'nun ilk hâlinde, Türk erkeği ile evlenen yabancı kadının vatansız ise veya evlenmekle eski vatandaşlığını kaybediyor ise, kadının vatansız kalmasını önlemek için, kanun hükmü gereği, Türk vatandaşlığını evlenmeye bağlı olarak kanun hükmü gereği kendiliğinden kazanıyordu. Başka bir ifade ile vatansız olan veya evlenmekle vatansız kalan kadın, Türk erkeği ile evlendiğinde, kendi iradesi olmasa dahi, Türk vatandaşlığını kazanmaktaydı. 4.6.2003 tarih ve 4866 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra evlenme anında vatansız olan yabancı eş için vatansız kalmaya yönelik özel düzenlemeye yer verilmemiş, genel kurala tâbi tutulmuştur. Ancak, Türk vatandaşı ile evlenmekle önceki vatandaşlığını kaybeden ve vatansız kalan eş, Türk vatandaşı ile evlenmesinin kanunî sonucu olarak kendiliğinden Türk vatandaşlığını kazanacaktır. 2003 değişikliğinde, cinsiyetten kaynaklanan farklılık bertaraf edilmiştir. Evlenmekle eski[6] vatandaşlığını kaybeden yabancı eş, durumu ispatlayan kendi ülkesi yetkili makamlarından alınmış belgenin usulüne uygun olarak noter tasdikli Türkçe tercümesi ile yetkili makamlara müracaat edecektir. Bu gibiler, herhangi bir şarta bağlı olmaksızın kanun hükmü gereği evlenme anında kendiliğinden Türk vatan-

---

[6] 2004/7275 Karar Sayılı Yönetmelikte "asli" vatandaşlığın kaybından bahsedilmesine rağmen, bunun sehven yapılan bir yanlışlık olduğunu kabul etmek gereklidir. Çünkü Kanunda "asli" vatandaşlığın kaybından değil "eski" vatandaşlığın kaybından bahsediliyor.

daşlığını kazanacaktır. Yapılan evlilik muvazaalı olsa da, Türk vatandaşlığının kazanılması için yeterli olacaktır. Benzer düzenleme Alman Vatandaşlık kanunu'nda yer almaktadır. Buna göre, Alman vatandaşı ile evlenmesiyle eski vatandaşlığını kaybediyor veya terk ediyor ise (art. 9 StAG.)[7] vatansız eş Alman vatandaşlığını kazanacaktır.

b) Tasarıda Yer Alan Düzenleme

TVKT'da vatansızlığın önlenmesi amacına yönelik bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla, yabancı eş vatansız olsa da yabancı ülke vatandaşı eş gibi muamele görecek, Türk vatandaşı ile evlenmekle kanun hükmü gereği Türk vatandaşlığını evlenme anında kazanamayacaktır.

3- Vatandaşlığın Kazanılma Usulü

a) 403 Sayılı Kanun

Evlenme yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılmasında usul, vatansızlığı önlemek gayesi ve irade beyanı esasına dayanan kazanma bakımından farklı şekilde düzenlenmiştir.

Türk vatandaşlığının kazanılma sebebi, yabancının evlenmekle vatansız kalması ise, yabancı, Türk vatandaşlığını kanun hükmü gereği kendiliğinden kazanacaktır. Dolayısıyla, evlenmenin Türkiye'de veya yabancı bir ülkede yapılmış olmasının önemi yoktur. Ancak bu halde, yabancı eşin Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için, Türk vatandaşı ile evlenme sebebi ile eski vatandaşlığını kaybetmiş ya da kaybediyor olduğunu ispatlayan kendi ülkesi yetkili makamlarından alınacak belgelerin noter onaylı Türkçe tercümesini yetkili makamlara ibraz etmesi gereklidir. Kanunda ve Yönetmelikte, belgelerin hangi sürede hangi makama ibraz edileceğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Bize göre eski düzenlemede olduğu gibi, evlenme, evlendirmeye yetkili Türk makamları önünde yapılıyor ise, evlenme anında o makama, evlenme evlendirmeye yetkili yabancı makamlar önünde yapılıyor ise, evlenmeyi tescille görevli makamlara durum bildirilmekle yabancı eş Türk vatandaşlığını kendiliğinden kazanacaktır. Burada yapılacak bildirimin yabancının Türk vatandaşlığını kazanması bakımından icraî etkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, yabancı makamlar önünde yapılan evlenmelerde, durum evlenmeyi tescille görevli Türk makamlarına makul süre içinde bildirilmelidir. Evlendirmeye yetkili Türk makamları önünde yapılan evlenmelerde evlenmeyi yapan makam, yabancı makamlar önünde yapılan evlenmelerde ise, evlenmeyi tescille görevli Türk makamları kendilerine

---

[7] http://www.info4alien.de/einbuergerung/gesetze/stag.htm (Erişim 20.05.2009)

ulaşan belgeleri gecikmeksizin İçişleri Bakanlığına intikal ettirmelidirler. Ancak, 2004/7275 Karar Sayılı Yönetmelikte, "Bakanlıkça verilecek karara göre, kişi hakkında gerekli işlem yapılır" şeklinde yanıltıcı bir ifade kullanılmıştır. Burada Bakanlık, kişinin vatandaşlığa alınması yönünde bir karar vermeyecek, kişinin evlenmekle eski vatandaşlığını kaybedip kaybetmediğini inceleyecektir. Başka bir deyişle, kişinin ibraz ettiği belgelerin doğruluğunu inceleyecektir. Kişinin Türk vatandaşlığını kazanmasıyla ilgili herhangi bir karar verilmeyecektir.

Evlenme yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılması, yabancı eşin vatandaşlık kazanma yolundaki talebine bağlı ise, başka bir ifade ile yabancı eş evlenmekle eski vatandaşlığını kaybetmiyor ise, üç yıllık sürenin sonunda, Türkiye içinde ikamet ettikleri yerin en büyük mülki amirine yurt dışında ise, Türk konsolosluğuna yazılı olarak müracaat edeceklerdir. Müracaatı alan makam, dosyayı İçişleri Bakanlığına ulaştıracaktır. Kanunda, kişinin Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için, önceki düzenlemede olmayan önemli bir şart daha öngörülmüştür. Kişi hakkında yapılacak soruşturma sonunda, vatandaşlığa alınmasında bir engelin bulunmaması gereklidir. Kanunda soruşturmanın kapsamı hususunda bir açıklık bulunmamasına rağmen, gerekçede "güvenlik açısından yapılan inceleme ve soruşturma"dan bahsedilmektedir. Yapılacak soruşturmanın kapsamı, 2004/7275 Karar Sayılı Yönetmelikte tespit edilmiştir. Yapılacak soruşturmada, eşlerin fiilen birlikte yaşayıp yaşamadıkları, fuhuş yapmak, fuhşa aracılık etmek, kadın ticareti yapmak gibi gayrı ahlaki davranışlar içinde bulunup bulunmadıkları araştırılacaktır. Ayrıca, kişinin ülke güvenliği bakımından tehlike teşkil edip etmemesi noktasında da araştırma ve soruşturma yapılacaktır. Evlenme yolu ile Türk vatandaşlığını kazanacak kişinin yapılan soruşturma sonunda, evlilik birliği içinde yaşamadığına, gayrı ahlaki bir hayat sürdüğüne ya da ülke güvenliği bakımından tehlike teşkil eden faaliyetlerde bulunduğuna kanaat getirilir ise, öngörülen şartlar gerçekleşmiş olsa da, evlenme yolu ile Türk vatandaşlığı kazanılamayacaktır[8].

İçişleri Bakanlığı evliliğin muvazaalı olmadığına ve evlenme yolu ile Türk vatandaşlığını kazanacak kişinin ülke güvenliği bakımından sakıncalı kişilerden olmadığına karar verir ise, karar ile birlikte ilgili Türk vatandaşlığını kazanacaktır.

b) Tasarıda Yer Alan Düzenleme

Tasarıda yer alan düzenlemeye göre, illerde oluşturulacak inceleme komisyonlarının raporlarını Bakanlığa göndermelerinden sonra, İçişleri

---

[8] Aynı esas Alman (art. 9 StAG) ve İsviçre (art 26 BüG) hukukunda da kabul edilmektedir.

Bakanlığı da gerekli inceleme ve araştırma yapıldıktan sonra, durumları uygun görülenler Bakanlık kararı ile Türk vatandaşlığına alınabilirler.

4- Sonuçları

Evlenme yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılması müktesep vatandaşlık kazanma yollarından birisidir[9]. Bu yolla kazanılan Türk vatandaşlığı devamlıdır.

Evlenme yoluyla kazanılan Türk vatandaşlığı hangi andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır? Vatansızlığın önlenmesi amacıyla evlenmeye bağlı vatandaşlık kazanmada, Türk vatandaşlığının kazanılma anı, evlenmenin yapılma andır. Başka bir anlatımla, evlenme ister Türkiye'de ister yabancı bir ülkede yapılmış olsun, önceki vatandaşlığını kaybeden yabancı eş evlenme anında kanun hükmü gereği kendiliğinden Türk vatandaşlığını kazanacaktır. 2004/7275 Karar Sayılı Yönetmelikte, "Bakanlıkça verilecek karara göre kişi hakkında işlem yapılır" gibi yanıltıcı bir ifade kullanılmıştır. Ancak, Bakanlığın vereceği karar kişinin Türk vatandaşlığını kazanmasına etken bir karar değildir. Bakanlık, kişinin önceki vatandaşlığını kaybettiğine dair ibraz edilen belge üzerinde inceleme yapacaktır.

Ancak, Türk vatandaşı ile evlenen yabancı, önceki vatandaşlığını belli şartların gerçekleşmesi ile kaybedecek ise, Türk vatandaşlığı da bu şartların gerçekleştiği anda kazanılmış olacaktır.

Yabancı eşin talebine bağlı vatandaşlık kazanma halinde ise, kanunda da açık olarak ifade edildiği gibi, öngörülen şartların gerçekleştiği ve yabancı eşin ülke güvenliği bakımından tehlike teşkil etmediğinin İçişleri Bakanlığınca tespit edildiği anda kişi Türk vatandaşlığını kazanacaktır.

TVKT'da evlenme yolu ile Türk vatandaşlığını kazanma yetkili makam kararı ile vatandaşlık kazanma hallerinden birisi olarak düzenlendiği için, yabancı eş, yetkili makamın kararı tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanacaktır.

a) Çocuklara Etkisi

aa) Mevcut Düzenleme

Evlenme yolu ile Türk vatandaşlığını kazanan kişinin bu evlenmeden doğan çocukları, evlilik birliği içinde doğdukları ve ana ve babaları Türk

---

[9] Evlenmenin vatandaşlığa etkisini düzenleyen hükmün kanunun sistematiği içindeki yeri, yabancı kadının kazandığı Türk vatandaşlığının müktesep olma vasfını ortadan kaldırmayacaktır. (Bu manada, 1.D., 11.6.1940 ve GK., 1940; KD 14/1940-4; NOMER, s.61 dpn.29 naklen)

vatandaşı olduğu için Türk vatandaşlığını kan esasına göre aslen kazanacaklardır (TVK. m.1).

Evlenme yolu ile Türk vatandaşlığını kazanan kişinin, kendisine Türk vatandaşlığını kazandıran evlenmeden önceki çocuklarının vatandaşlığına etkisini, Türk vatandaşlığını kazanan yabancının ana veya baba olmasına göre bir ayrıma tabi tutarak incelemek gerekir.

- Türk vatandaşlığını kazanan ana ise,

Evlenme yolu ile Türk vatandaşlığını kazanan kadının bu evlenmeden önceki küçük çocukları analarının Türk vatandaşı olmasından etkilenecek midir? TVK, evlenme ile Türk vatandaşlığını kazanan kadının bu evlenmeden önceki küçük çocuklarının vatandaşlık durumlarında esas itibarıyla bir değişiklik olmasını arzu etmemiştir. Ancak, bazı istisnaî durumlarda evlenme ile Türk vatandaşlığını kazanan kadının, bu evlenmeden önceki çocuklarının analarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanabilmeleri de kabul edilmiştir.

Kadına Türk vatandaşlığını kazandıran evlenmeden önceki çocukların, analarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanabilmeleri için ön şart, çocukların küçük olmasıdır. Çocukların küçük olup olmadıkları kendi millî hukukuna, şayet vatansız ise ikametgâhı hukukuna, ikametgâhının da bulunmaması hâlinde işlem tarihinde bulunduğu yer hukukuna göre tespit edilecektir (MÖHUK. m.4). Şayet çocuk millî hukukuna göre küçük değilse, kanunda aranan diğer şartlar yerine gelmiş olsa dahi, Türk vatandaşlığı kazanılamayacaktır. Çocuğun küçük olması hâlinde, kanun bir kısım alternatif şartlar öngörmüştür. Bunlar;

(a) Babanın ölmüş olması,

(b) Babanın belli olmaması,

(c) Babanın vatansız olması,

(d) Çocuğun vatansız olması,

(e) Velâyetin anada bulunması,

Kanunda sayılan bu hâllerden birinin varlığı hâlinde, küçük olan çocuklar Türk vatandaşlığını kazanan analarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanacaktır. Babanın ölmüş olması ve velâyetin anada bulunması hâllerinde çocukların Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için, çocuğun millî kanununun buna engel olmaması gereklidir (TVK m.14). Buradaki millî kanunun engel olmamasından maksat, çocuğun millî hukukunun Türk vatandaşlığını kazanmasına imkân tanıması manasındadır. Bu hükmün amacı, çocuğun çifte vatandaşlığına engel olunmasıdır (TVKUY m.22).

- Türk vatandaşlığını kazanan baba ise,

TVK'da 4866 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte, evlenme yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılmasının evlenmeden önceki çocuklara etkisi bakımından bir değişiklik yapılmamıştır. Dolayısıyla, mevcut düzenlemeye göre, evlenme yolu ile Türk vatandaşlığını kazanan yabancı erkek eşin bu evlilikten önceki küçük çocukları, babalarının Türk vatandaşı olmasından etkilenmeyeceklerdir. Başka bir anlatımla, evlenme ile Türk vatandaşlığını kazanan babanın küçük çocukları, babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanamayacaklardır[10].

bb) Tasarıda Yer Alan Düzenleme

TVKT'na göre, ana veya babanın Türk vatandaşlığını kazandığı tarihte velayeti kendisinde bulunan çocukları, diğer eşin muvafakat etmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanır. Muvafakat verilmemesi halinde ana veya babanın mutad meskeninin bulunduğu ülkedeki hâkim kararına göre işlem yapılır. Türk vatandaşlığını kazanan ana veya baba ile birlikte işlem görmeyen çocuklar ise, genel kurallara göre Türk vatandaşlığını kazanabilirler (TVKT m.19).

Evlenme yolu ile Türk vatandaşlığını kazanan eşin, önceki evliliğinden olan çocuklarından velayeti kendinde olanların, ona bağlı olarak Türk vatandaşlığına geçmesi diğer eşin muvafakatine bağlanmıştır. Çocukların ana veya babaya bağlı olarak vatandaşlık değiştirmelerinde diğer eşin muvafakatinin aranması, uluslararası alanda çıkması muhtemel problemleri bertaraf edebilecek bir çözümdür. Ancak, tasarıda ana veya babanın muvafakat vermemesi halinde ana veya babanın mutad meskeninin bulunduğu ülkedeki hâkim kararına göre işlem yapılacağı hükme bağlanmıştır. Burada ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması hâlinde hâkime, re'sen veya ana ve babadan birinin istemi üzerine velayet hakkının kullanımı hususunda gerekli önlemleri alma yetkisini veren MK hükmü ile paralel bir durum söz konusudur (TMK m.183). Hal böyle olunca, mutad mesken mahkemesine yetki tanımak yerine genel olarak velayete ilişkin milletlerarası özel hukuk ve usul hukuku kurallarının nazara alınması isabetli olacaktır.

---

[10] Evlenme yolu ile Türk vatandaşlığını kazanan yabancı erkeğin, bu evlilikten önceki çocuklarının vatandaşlık kazanmalarına ilişkin düzenleme yapılma gereğini kanun koyucunun unutmuş olduğu izlenimi doğmaktadır. Çünkü evlenme ile vatandaşlık kazanmada kadın-erkek eşitliğini nazara alan kanun koyucunun, küçük çocuklar bakımından eşitliği nazara almaması düşünülemez.

b) Evlenmenin Geçerliliği

Yabancıya Türk vatandaşlığını kazandıran evlenme batıl ise, butlan kararının yabancının kazanmış olduğu Türk vatandaşlığına etkisi ne olacaktır? 403 Sayılı Kanunda yer alan düzenlemeye göre, "Evlilik yoluyla Türk vatandaşlığını kazananlar, evlenmenin butlanına karar verilmesi halinde, akitte hüsnüniyetli iseler Türk vatandaşlığını muhafaza ederler" (TVK m.5/3). Bu hükme göre, butlan sebeplerini bilen, başka bir ifade ile akitte hüsnüniyetli olmayan yabancı eş, evliğin butlanına karar verilmesiyle birlikte, Türk vatandaşlığını herhangi bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden kaybedecektir. Ancak, kaybın söz konusu olabilmesi için, evlenmenin batıl olduğunun hâkim kararı ile hüküm altına alınması gereklidir. TVK'da Türk vatandaşlığının hangi anda kaybedilmiş olacağı hususunda herhangi bir hüküm yoktur. Ancak bu bir boşluk yaratmaz. Zira MK'da, batıl evlenmelerin, butlanına karar verilinceye kadar geçerli bir evlenmenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracağına ilişkin hüküm ve evliliğin butlanının ancak hâkim kararı ile hüküm ifade edeceğine dair hüküm birlikte değerlendirildiğinde, batıl evlenme yolu ile Türk vatandaşlığını kazanan yabancı eş hüsnüniyetli değil ise, kazanmış olduğu Türk vatandaşlığı, hâkimin butlan kararı vermesi ile kendiliğinden ve hüküm anından itibaren sona erecektir. Batıl evlenmelerde, yabancı eş iyi niyetli ise, yani, evlenmenin batıl olduğunu bilmiyor ise, butlan kararı verilmesi evlenmeyle kazanılmış olan Türk vatandaşlığına etki etmeyecektir.

Batıl evlenmelerden olan çocukların durumu ise, kanunda açık olarak düzenlenmiştir. Kanunda, "Butlanına karar verilmiş evlenmeden olan çocuklar, ana veya babaları hüsnüniyetli olmasalar dahi Türk vatandaşlığını muhafaza ederler" (m.5/4) hükmüne yer vermiştir. Bu hükümden hareket edildiğinde, ana veya babalarının iyi niyetli olup olmadıklarına bakılmaksızın batıl evlenmelerden doğan çocuklar, Türk vatandaşı olarak kalmaya devam edeceklerdir. Bu sonuç, Medenî Kanun'da batıl evlenmelerin, butlan kararı verilinceye kadar geçerli bir evlenmenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracağına dair hükmü ile uyumludur.

Tasarıda, mevcut kanunda yer alan düzenlemeye paralel bir düzenleme kabul edilmiştir.

C) Karşılaştırmalı Hukukta Yer Alan Düzenlemeler

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde, evliliğin diğer eşin vatandaşlığını doğrudan etkilememesi esası kabul edilmiştir. Dolayısıyla, evlenmeye bağlı kanun hükmü gereği yabancı eşin vatandaşlığa kabulü benimsenmemiş, yabancı eşin iradesine bağlı bir değişimin olması gerektiği hükme bağlanmıştır. Sözleşmeye göre, "ne akit devletlerden birinin vatandaşı ile bir yaban-

cı arasındaki evlilik ne bu evliliğin sona ermesi ne de eşlerden birinin evlilik sırasında vatandaşlığının değişmesi diğer eşin vatandaşlığına kendiliğinden etki etmez" (m.4-d). Bu esas, son dönemlerde yapılan pozitif düzenlemelerin hemen hepsinde kabul görmektedir.

Günümüz pozitif düzenlemelerine bakıldığında, yabancı eşin vatandaş ile evlenmesi tek başına vatandaşlığın kazanılabilmesi bakımından yeterli görülmemekte, ek bir kısım şartların gerçekleşmesi de aranmaktadır. Ek şartlar aranmasının temel amacı, yabancı eşe salt vatandaşlık kazandırmak amacı ile yapılan cali, muvazaalı evlenmeler ile vatandaşlık kazanılmasına engel olmaktır. Karşılaştırmalı hukukta evlenmenin vatandaşlığa etkisini düzenleyen hükümlere bakıldığında ortak noktaları şu şekilde tespit etmek mümkün.

- Evlenmeye bağlı otomatik vatandaşlık kazanma kabul edilmemektedir,
- Evlenmeden belli bir süre sonra vatandaşlık kazanmaya imkân tanınmaktadır,
- Ülke güvenliğini tehlikeye atacak davranışın olmaması gerektiği kabul edilmektedir,
- Ülke ile uyumun sağlamış olması gerektiği kabul edilmektedir.

Alman Vatandaşlık Kanunu'nda, eşin vatandaşlığa alınmasını düzenleyen 9'uncu maddenin 1'inci fıkrasının ilk cümlesinde genel prensip tespit edilmiştir. Buna göre, yabancı eşin ve hayat arkadaşının Alman vatandaşlığını kazanabilmesi için, yabancıların vatandaşlığa alınmasını (ikamet şartlı vatandaşlığa alınma) düzenleyen 8'inci maddede aranan şartları gerçekleştirmesi gerektiği kabul edilmiştir. Yabancı kadın eş bakımından ise, 1) Alman vatandaşı ile evlenmesiyle eski vatandaşlığını kaybediyor ise veya terk ediyor ise ya da bu Kanunun 12'inci maddesi gereğince çok vatandaşlılığın kabulü için bir sebep var ise, 2) Almanya ile uyum sağladığını tekeffül ediyor ise, meğer ki Almanca'yı yeteri derecede bilmiyor ve sağlık bakımından gerekli şartları taşımıyor olsun (art. 9 StAG.)[11].

İsviçre Vatandaşlık Kanunu'nda ise[12], evlenme yolu ile vatandaşlık kazanma kolaylaştırılmış, istisnaî vatandaşlık kazanma yollarından birisi olarak kabul edilmiştir. Yabancı eşin kolay yoldan vatandaşlığa alınabilmesi için, İsviçre ile uyum sağlamış olması, İsviçre hukuk düzenini ihlâl etmemesi ve İsviçre'nin iç ve dış güvenliğini tehlikeye koymaması şartları aranmak-

---

[11] http://www.info4alien.de/einbuergerung/gesetze/stag.htm (Erişim 20.05.2009)

[12] http://www.admin.ch/ch/d/sr/141_0/index.html#fn1 (Erişim 19 Mayıs 2009)

tadır (art. 26 BüG). İsviçre'de oturan yabancı eş ile yabancı ülkede oturan yabancı eşin İsviçre vatandaşlığına geçmesi arasında bir ayrım yapmıştır.

İsviçre'de oturan yabancı eş,

- Toplam olarak beş yıl İsviçre'de oturmuş
- Son bir yıldan beri İsviçre'de oturuyor ise
- Üç yıldan beri İsviçre vatandaşı ile evlilik birliği içinde yaşayan bir yabancı kolaylaştırılmış yoldan vatandaşlığa alınma talebinde bulunabilir (art. 27 BüG).

Yabancı ülkede yaşayan İsviçrelinin eşinin İsviçre vatandaşlığını kazanabilmesi için,

- Altı yıldan beri İsviçre vatandaşı ile evlilik birliği içinde yaşıyor olması
- İsviçre ile sıkı bağlantısının bulunması şartıyla kolaylaştırılmış yoldan İsviçre vatandaşlığına alınabilecektir (art. 28 BüG).

Son dönemlerde yapılan pozitif düzenlemelerin genelinde[13], evlenme yolu ile vatandaşlık kazanma kural olarak kabul görmemektedir. Ancak, vatandaş ile evli olan kişilerin diğer yabancılara göre daha kolay yoldan vatandaşlık kazanmaları kabul edilmektedir. Özellikle ülke ile uyum sağlanması bağlamından aranan en önemli şart, kişinin ülkedeki ikamet süresidir. Vatandaş ile evli olan kişiler bakımından kanun koyucular ikamet sürelerini diğer yabancılara göre daha kısa tutmaktadırlar.

D) Değerlendirme ve Görüşümüz

Evlenme yolu ile vatandaşlık kazanma, son yıllarda hem ülkemizde hem de diğer ülkelerde üzerinde ciddi tartışmaların yaşandığı bir müessesedir. Önceleri batı ülkelerinde yaşanan muvazaalı evlenmeler yolu ile vatandaşlık kazanma problemi, doğu bloğunun yıkılmasından sonra ülkemiz açısından da gündeme gelmiştir. Kanun koyucu, daha önce benzer problemler yaşamış ülkelerin tecrübelerinden yararlanarak bir düzenleme yapmıştı. Yapılan düzenlemenin uygulamasını göstermek üzere çıkartılan yönetmelikte ve hâlihazırdaki kanun tasarısında ise, evlilik kurumu ile bağdaşmayacak bir kısım ifadelerin yer aldığı görülmektedir.

---

[13] Diğer ülkelerin vatandaşlık kanunlarında yer alan düzenlemeler hakkında bkz. http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/foreigners_and_citizens/nationality/documents/national_legislation/0_table_legislation.asp#P8_258 (Erişim. 19 Mayıs 2009)

Aranan şartlara bakıldığında da yurtdışında yaşayan Türk vatandaşları ile evlenen yabancı eşlerin, inceleme komisyonlarının yetkisine bırakılan hususların tespitinin imkânsız olması dolayısıyla, Türk vatandaşlığına geçmeleri mümkün değil gibi bir garabet ortaya çıkmaktadır.

Evlenme yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılmasında, Türkiye'nin gerçekleri nazara alınmalı ve o doğrultuda bir düzenleme yapılmalıdır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, yaklaşık 5 milyon insanımızın yurtdışında yaşadığını göz ardı etmeyen bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Tabii ki, muvazaalı evlenmeler yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılmasına da engel olunması gereklidir. Bize göre evlenmenin vatandaşlığa etkisi hususunda iki farklı ihtimalin değerlendirilmesi isabetli olacaktır.

Şayet evlenme yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılması düzenlenmek isteniyor ise, Türkiye'de ikamet eden eşlerde aranan şartlar ile yurt dışında ikamet eden eşlerde aranan şartlar arasında farklılık yaratılmalıdır. Yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşı ile evlenen yabancı eş bakımından evliliğin devam süresi İsviçre hukukunda olduğu gibi daha uzun tutulmalıdır. Çünkü yetkili makam kararı ile vatandaşlık kazanmanın temel felsefesi, kişinin vatandaşlığına girmek istediği toplumla uyum sağlamasıdır. Türk vatandaşı ile evlendikten sonra Türkiye'de yaşayan yabancı eşin Türk toplumuna uyum süreci ile yabancı ülkede yaşayan eşin Türk toplumuna uyum süreci aynı olmasa gerek. Ancak, hem yürürlükteki kanunda hem de tasarıda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Ayrıca, 2004/7275 karar sayılı Yönetmelikte yer alan "Fuhuş yapmak, fuhşa aracılık etmek veya fuhşa zorlamak, kadın ticareti yapmak gibi herhangi bir faaliyet içinde bulunmamak" veya tasarıda yer alan "Evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmak" kavramlarının evlilik kurumu ile bağdaştığını söylemek mümkün değil. Bu sebeple, evlilik kurumu ile bağdaşmayan bu tür ifadeler yerine, genel olarak vatandaşlığa alınmada olduğu gibi, idareye takdir yetkisi veren "iyi ahlak sahibi olmak" kavramına yer verilmesi daha isabetli olacaktır.

Bize göre, evlenme yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılması, tasarıda, yetkili makam kararı ile vatandaşlık kazanma yollarından birisi olarak öngörüldüğüne göre, yetkili makam kararı ile vatandaşlığın kazanılmasını düzenleyen genel kuraldan ayrılmaya gerek yoktur. Genel kuralda aranan şartlar, önemli ölçüde evlenme yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılmasında da aranmaktadır. Şayet, yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin şartlar aranır ise, evlenme kurumu ile bağdaşmayan şartları da aramaya gerek kalmayacaktır.

II- Soybağının Vatandaşlığa Etkisi

A) Genel Olarak

Soybağının vatandaşlığa etkisi iki başlık altında ele alınabilir. Tabii soybağı ve akdi soybağı. Vatandaşlık hukuku alanında tabii soybağı ile vatandaşlığın kazanılmasında kabul edilen esaslar günümüzde hemen her ülkede aynı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, vatandaşlığın kazanılmasında ana veya baba arasında bir ayrım yapılmamakta ve çocuğun soybağı bağı ile bağlı olduğu ana veya babasından vatandaşlık kazanacağı kabul edilmektedir. Ana ile baba arasında soybağının kurulması bakımından kabul edilen farklar, dolaylı olarak vatandaşlık hukukunu da etkilemektedir. Ancak, ana veya baba ile çocuk arasında soybağının kurulması ile çocuğun ana veya babanın vatandaşlığını kazanabileceği kabul edilmektedir (örn. art.4 StAG(alm); art.1 BüG(İsv); art. 7 StBG(Aus). Tabii soybağı esas alınarak vatandaşlık kazanmada, yürürlükteki kanun ile tasarı arasında bir farklılık yoktur.

B) Evlât Edinmenin Vatandaşlığa Etkisi

Evlât edinme[14], evlâtlık ile evlât edinen arasında sunî soybağı kurulmasına sebep olan bir medenî hukuk akdidir. Bu şekilde kurulan soybağının kural olarak vatandaşlık üzerinde bir etkisinin olmayacağı kabul edilmektedir. Başka bir ifade ile evlât edinme yolu ile vatandaşlığın kazanılması, kanunda kabul edilmiş olan şartların gerçekleşmesi halinde söz konusudur.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, evlât edinmenin vatandaşlığa etkisi, yalnızca vatandaşlığın kazanılması bakımından nazara alınmış, vatandaşlığın kaybı bakımından kural olarak nazara alınmamıştır[15]. Bu esas

---

14

C) Evlât edinme Madde 3 – Evlât edinme evlâtlığın vatandaşlığına tesir etmez. Ancak, küçük olan evlâtlık, vatansız olur veya anası babası bulunmaz veyahut nerede olduğu bilinmezse, bir Türk tarafından evlâtlığa alınmakla Türk vatandaşı olur.	Türk vatandaşlığının evlat edinilme ile kazanılması MADDE 20- (1) Bir Türk vatandaşı tarafından evlat edinilen yedi yaşından küçük çocuk, evlat edinildiği tarihten itibaren Türk vatandaşlığını kazanır.	Türk vatandaşlığının evlat edinilme ile kazanılması MADDE 17- (1) Bir Türk vatandaşı tarafından evlat edinilen ergin olmayan kişi, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla, karar tarihten itibaren Türk vatandaşlığını kazanabilir.

15 Bir kısım ülkelerin hukuklarında, evlât edinme yolu ile vatandaşlığın kaybı kabul edilmiştir. Örn. Vatandaşlığın kaybını düzenleyen hükme göre, Alman hukukuna göre geçerli bir evlât edinmenin varlığı halinde, evlât edinenin vatandaşlığı kazanılıyor ise, çocuk evlât edinme işlemi ile birlikte Alman vatandaşlığını kaybedecektir. Ancak, Alman vatandaşı ana babadan birisi ile hısımlık ilişkisi devam ediyor ise,

TVK'da da kabul edilmiştir. Kanuna göre, "Evlât edinme evlâtlığın vatandaşlığına etki etmez (m.3-c.1). Ancak, Kanun koyucu bazı istisnaî hallerde evlât edinme yolu ile yabancı evlâtlığın Türk vatandaşlığını kazanabileceğini kabul etmiştir. Evlât edinme yolu ile kazanılan vatandaşlık soybağı esasında olduğu gibi aslî vatandaşlık olmayıp müktesep vatandaşlıktır. Evlât edinme yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılabilmesi için, evlât edinme işleminin geçerli olarak kurulması gereklidir[16].

Türk Vatandaşlığı Kanununda evlât edinmenin vatandaşlığa etki etmeyeceği prensibi kabul edilmiştir[17]. Ancak, kanun koyucu bazı özel durumlarda, yabancının bir Türk vatandaşı tarafından evlât edinilmesi ile Türk vatandaşlığını kazanabileceğini de kabul etmiştir. Kanunda yer alan hükme göre, "Ancak, küçük olan evlâtlık vatansız olur veya anası babası bulunmaz veyahut nerede olduğu bilinmezse, bir Türk tarafından evlâtlığa alınmakla Türk vatandaşı olur." (TVK m.3). Kanunda yer alan bu hükme göre evlât edinme yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılabilmesi için gerekli şartları şu şekilde tespit edebiliriz:

1- Ön Şart: Evlâtlığın Küçük Olması

Evlât edinme yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılabilmesi için gerekli olan ön şart, evlâtlığın küçük olmasıdır. Başka bir ifade ile bir Türk tarafından evlât edinilen yabancının, Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için ön şart, onun küçük olmasıdır. Şayet, evlâtlık küçüklük ön şartını gerçekleştir-

---

çocuk Alman vatandaşı olarak kalmaya devam edecektir (art. 27 StAG). İsviçre hukukunda da, evlât edinme ile vatandaşlığın kaybı düzenlenmiştir. Buna göre, küçük olan, İsviçreli, bir yabancı tarafından evlât edinilmiş ise, çocuk evlât edinenin vatandaşlığını kazanmış veya kazanacak ise, evlât edinmeyle İsviçre vatandaşlığını kaybeder (art. 8a BüG.). Aynı hükümde, evlât edinmenin iptali halinde, çocuğun İsviçre vatandaşlığının devam edeceği kabul edilmiştir.

[16] Bir Türk vatandaşının yabancı bir kişiyi evlât edinmesi veya yabancı bir kişinin Türk vatandaşını evlât edinmesi durumunda, yapılan evlât edinmenin geçerli olabilmesi için, işlemin yetkili hukuka uygun olarak yapılmış olması gereklidir. MÖHUK. m.18'e göre, "Evlât edinme ehliyeti ve şartları hakkında, taraflardan her birinin evlât edinme anındaki millî hukuku uygulanır". Kanunda yer alan bu hükme rağmen, Yargıtay'ın muhtelif kararlarında, evlât edinme ehliyeti hususunda bu kuraldan ayrıldığı görülmektedir. Evlât edinenin yabancı ülke vatandaşı, evlâtlığın Türk vatandaşı olduğu durumlarda, evlât edinen açısından da TMK.'da yer alan şartları aramaktadır. Bkz. 2. HD. 6.5.1982 tarihli kararı (YKD. c.8, S.12, Aralık 1982, s.1641-1642)

[17] Karşılaştırmalı hukukta evlât edinme ile vatandaşlığın kazanılması esas itibarıyla Türk hukukunda yer alan düzenlemeye paraleldir. İsviçre hukukunda vatandaşlığın kazanılması, evlâtlığın küçüklük şartına bağlanmıştır (art.7 BüG.). Alman hukukunda ise, evlât edinme yolu ile vatandaşlığın kazanılabilmesi için evlâtlığın 18 yaşını ikmal etmemiş olması gerekli görülmüştür (art. 6 StAG.).

miyor ise, kanunda sayılan diğer şartlar şahsında gerçekleşmiş olsa dahi, Türk vatandaşlığını evlât edinme yolu ile kazanamaz.

Kanunda yer alan bu hükümlerden hareketle evlâtlığın küçüklük durumu, ilgili ülke kanunlarına göre tespit edilecektir. İlgili ülke kanunlarına göre evlâtlık küçüklük ön şartını gerçekleştiremiyor ise, kanunda yer alan ve aşağıda incelenecek olan diğer şartları şahsında taşısa dahi, Türk vatandaşlığını kazanamayacaktır. Evlâtlığın küçüklük ön şartını gerçekleştirdiğinin tespitinden sonra kanunda yer alan alternatif şartlardan birisinin varlığı hâlinde, evlât edinme işleminin tamamlanmasıyla birlikte, herhangi bir işleme gerek kalmaksızın Türk vatandaşlığını kanun hükmü gereği kendiliğinden kazanacaktır.

2- Alternatif Şartlar

Türk vatandaşı tarafından evlât edinilen yabancının, Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için, küçüklük ön şartına ilave olarak kanunda bir kısım alternatif şartlar aranmıştır. Evlâtlık, kanunda aranan bu alternatif şartlardan birisini şahsında taşıyorsa, evlât edinme yolu ile Türk vatandaşlığını kazanacaktır. Bu şartlar:

(1) *Evlâtlık vatansız ise*; evlâtlık, ana babasının vatansız olması sebebi ile veya ana babası ile hukuken geçerli bir soy bağının kurulamaması sebebi ile ana babadan vatandaşlık kazanamamış olabilir.

(2) *Evlâtlığın ana babası bulunmuyor ise*; ana ve babasından birisinin bulunması hâlinde, evlâtlık Türk vatandaşlığını kazanamaz. Burada, ana baba fiilen bulunmuyor olabileceği gibi, örn. ölmüş olmaları, hukuken de bulunmuyor olabilir. Örn. çocuk ile ana baba arasında hukuken geçerli bir soy bağı kurulamamış olması gibi.

(3) *Evlâtlığın ana babasının nerede olduğu bilinmiyor ise*; bu ihtimalde ana veya baba hukuken vardır. Ancak bunların fiilen nerede olduğu bilinmemektedir, kayıp kişiler gibi.

Yukarıda ifade edilen küçüklük ön şartına ilave olarak, kanunda öngörülen alternatif şartlardan birisinin varlığı halinde, evlâtlık Türk vatandaşlığını kazanacaktır. Evlât edinme yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılabilmesi için, geçerli bir evlât edinme işleminin yanında Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda aranan ön şart ve alternatif şartların varlığı halinde, yabancı evlâtlık, herhangi bir işlem yapmaya gerek kalmadan, Türk vatandaşlığını kazanacaktır. Kanun, evlât edinme işlemine vatandaşlık kazanma sonucunu bağlamıştır.

3- Tasarıda Yer Alan Düzenleme

TVKT, "Türk Vatandaşlığının Evlat Edinilme İle Kazanılması" başlığını taşıyan hükümet tasarısı mevcut düzenlemeden ayrılmıştır. Buna göre, "Bir Türk vatandaşı tarafından evlat edinilen yedi yaşından küçük çocuk, evlat edinildiği tarihten itibaren Türk vatandaşlığını kazanır."(m.20). Görüldüğü gibi, hükümet tasarısında, Türk vatandaşı tarafından evlat edinilen yedi yaşından küçük yabancı, herhangi bir işlem yapmaya gerek olmadan kanun hükmü gereği Türk vatandaşlığını kazanacaktır. Ancak, TBMM İçişleri Komisyonunda yapılan görüşmelerde, evlat edinme yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılması, yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılması başlığı altına alınmıştır. Buna göre, "Bir Türk vatandaşı tarafından evlat edinilen ergin olmayan kişi, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla, karar tarihten itibaren Türk vatandaşlığını kazanabilir" (TVKT m.17).

Tasarıya göre evlat edinme yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılabilmesi için,

- Evlatlığın ergin olmaması
- Milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından sakıncalı olmaması,
- Türk vatandaşlığının karar tarihinden itibaren kazanılacak olması.

a) Ergin Olmak

Tasarıda, evlat edinme yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılabilmesi için, evlatlığın ergin olmaması şartı aranmaktadır. Ergin olmama, küçüklük kavramından daha geniştir. Medeni Kanunda, onsekiz yaşın doldurulması, evlenme (MK m.11) ve mahkemece ergin kılınma (MK m.12) olmak üzere üç hâlde kişinin ergin olabileceği kabul edilmiştir. TVKT'da ergin olmadan bahsedilmiş, herhangi bir ayrım yapılmamıştır. Dolayısıyla, kanunda sayılan hâllerden birisine dayalı olarak kişinin ergin olması hâlinde, evlatlık evlat edinmeye bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanmayacaktır.

b) Millî Güvenlik ve Kamu Düzeni Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hâli Bulunmamak

Tasarıda, milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel olacak bir hâlin bulunmaması, yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılması için, genel bir şart olarak kabul edilmiştir. Bu şartın içeriği, tasarının gerekçesinden anlaşılamamaktadır. Dolayısıyla, tasarı bu şekilde kanunlaşır ise, şartın içeriğini uygulama ortaya koyacaktır. Ancak, her halükârda bu şart idareye çok geniş takdir yetkisi vermektedir.

c) Evlat Edinmede Türk Vatandaşlığının Kazanılma Anının Tespiti

Hükümet tasarısında, evlat edinme yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılması, kanun yolu ile vatandaşlık kazanma hâli olarak düzenlenmişti. Ancak, İçişleri Komisyonunda, yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılması başlığı altına alınmıştır. TBMM'de hükümet tasarısı kabul edilir ve kanunlaşır ise, yedi yaşından küçük evlatlığın, evlat edinildiği tarihten, başka bir deyişle evlat edinme işleminin tamamlandığı andan itibaren Türk vatandaşlığını kazanacağında kuşku yoktur. Ancak İçişleri Komisyonunda yapılan değişiklik kanunlaşır ise, ergin olmayan evlatlığın vatandaşlık kazanma anı hususunda bir kısım problemler çıkacaktır. Çünkü Komisyonun nihaî metninde, evlatlığın "karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını" kazanabileceği hükme bağlanmıştır. Maddede ifade edilen "karar"ın hangi karar olduğu anlaşılmamaktadır. Şöyle ki, evlat edinme ile Türk vatandaşlığının kazanılmasında, Türk makamları önünde yapılan evlat edinmelerde evlat edinme işlemine yönelik hâkim kararı, yabancı ülkelerde yapılan evlat edinmelerde evlat edinme işlemini yapan makamın karar anı, bu kararın tanınması veya tenfizi ve nihayet İçişleri Bakanlığının kararı olmak üzere birden fazla karar anı söz konusudur. Evlatlık bu kararlardan hangisi ile Türk vatandaşlığını kazanmış olacaktır? Burada, evlat edinme işlemini yapan makamın karar anı kabul edilebilir mi? Türkiye'de yapılacak evlat edinmeler bakımından, bu andan itibaren evlatlığın Türk vatandaşlığını kazandığı savunulabilir. Ancak yabancı makamlar önünde yapılan evlat edinmeler bakımından, evlat edinme anının esas alınması doğru olmayacaktır. Tasarıda yer alan hükmün gelişim süreci ve milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel olmama şartının İçişleri Bakanlığınca yapılacak inceleme sonucunda tespit edilecek olması sebebi ile evlat edinme yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılma anı, Bakanlığın karar anı olarak kabul edilmesi isabetli olacaktır.

III. Sonuç

Vatandaşlık kanunlarında düzenlemeler yapılırken, ülkenin göç politikalarının nazara alınması bir zorunluluktur. Tasarıya bir bütün olarak bakıldığında, Türkiye'nin göç politikalarının nazara alındığını söyleyebilmek mümkün değil. Bu bağlamda, evlenme ve evlat edinme yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılmasında yapılması planlanan değişikliklerin, uygun olduğu söylenemez. Yukarıda kapsamlı olarak ele alındığı gibi, tasarıda idareye içeriği belli olmayan geniş takdir yetkisi verilmiştir. Bu sonuç, Türk vatandaşlık hukukunun Anayasal ilkelerinden kanunilik ilkesini zedeleyici niteliktedir. Tasarının kanunlaşması aşamasında, yukarıda tespit etmeye çalıştığımız sakıncaların giderilmesini ümit ederim.

Türkiye'den ve Almanya'dan Yabancı Ülkeye Yapılan Tebligat Düzenlemeleri ile Avrupa Birliği 13 Kasım 2007 Tarih ve 1393/2007 Sayılı Tüzüğü'nün Değerlendirilmesi

*Hatice Selin PÜRSELİM DOĞAN**

I. Genel Olarak

Yabancı ülkelerdeki kişilere yapılacak tebligat hususu, adli yardıma dâhil olup; milletlerarası istinabe kavramı içerisinde değerlendirilmektedir[1]. Milletlerarası istinabenin kaynakları, ikili anlaşma veya çok taraflı sözleşmeler ile uluslararası adli yardımlaşma kurallarıdır[2].

Türk mahkemelerinde açılan davalarda veya Türkiye'de yapılan icra takiplerinde, davalı veya borçlu yabancı ülkede bulunmakta ise, tebligatın yabancı ülkede yapılması zorunluluğu ortaya çıkacaktır. Yabancı ülkede yapılması zorunlu olan bir tebligatın, nasıl ve hangi yollarla yapılması gerektiği, yabancı ülkeye gönderilen tebligatın konusunu teşkil etmektedir[3].

---

* Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

1 Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 3. Basım, İstanbul 2005, s. 172, 173; Nomer, Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2009, s. 224; Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Basım, İstanbul 2009, s. 456; Erdem, Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Tebligat, İstanbul 1992, s. 39; Deliduman, Tebligat Hukuku Bilgisi, Ankara 2002, s. 20; Kaplan, Avrupa Tebligat Hukukundaki Gelişmeler, Düzenleme Çalışmaları Açısından Almanya Örneği ve Türk Hukuku, AÜHFD, Cilt 52, Sayı 3, s. 218.

2 Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, 1.3.2008 tarihli ve 63/I numaralı Genelge, Paragraf (2), s. 1; Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 2007, s. 335.

3 Nomer, s. 225; Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Auflage, Tübingen 2006, s. 592.

Adli yardıma, bir belgenin tebligatı, bilhassa celp (tebligat doğrudan/konsolosluk yoluyla yapılmıyorsa), hâkim tarafından delillerin tespiti, delillerin ikamesi ve sözlü taraf beyanlarının kabul edilmesi/dinlenmesi ve kayda geçirilmesi gibi muamelelerin yapılması dâhildir[4]. Müracaat eden mahkemenin uluslararası yetkisinin incelenmesi, yabancı usul gözle görülür şekilde yerel menfaatlere dayanıyor olsa dahi, genel itibariyle gerçekleştirilmez. Burada, usul ekonomisinin yanı sıra adli yardımın reddedilmesinin, yabancı usulün yürütülmesini engellemeyeceği, bilakis daha çok yurt içindeki ilgililerin mağdur olmasına yol açacağı düşüncesi de rol oynayabilmektedir[5]. Örneğin, Avrupa Birliği'ne Üye Devletlerin Mahkemeleri Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Delil İkamesi Alanında İşbirliğine Dair Tüzük[6]'e göre, titiz bir şekilde gerçekleştirilen Avrupa adli işbirliğinin yanı sıra, adli yardımın iç hukuktaki (yerel) kamu düzenine uygun olmamasından dolayı reddedilmesine karşı çekince koyma hakkı saklı tutulmaktadır[7].

---

4 Tebligat, Alman Medeni Usul Kanunu § 172 uyarınca yurt içinde bir dava vekili bulunmadığı için yurt dışındaki bir icra borçlusuna yapılacaksa, burada - üçüncü borçluya tebligatta söz konusu olduğu gibi– yabancı adli yardımın devreye sokulmasına gerek yoktur. Tebligat bilakis posta yolu ile (§ 829 II ZPO) gönderilip sonuçlanacaktır. Yaşanmış bir vakıa şu şekildedir: Bad eyaletinde bulunan bir yerel mahkeme bir haciz ve aktarım kararı çıkarmıştır. Üçüncü kişi borçlu, Zürih'te bulunan bir bankadır. Yetkili Alman adli memuru doğrudan işlemle tebligat talebinde bulunmuştur. Zürih'teki mahkeme memuru sehven tebligatı gerçekleştirmiştir. Tebligat yapılması olasılığının bulunmamasına rağmen bir haciz kararı, üçüncü borçlunun ikametgâh yerini yurt içine taşıyabilecek olması veya geçici olarak (örn. bir seyahat vesilesiyle) yurt içinde bulunabiliyor olmuş olması halinde, çıkartılabilir. Bu durumda tebligat gerçekleştirilebilir ve icra alacaklısı için, icra borçlusunun üçüncü borçludan olan alacağı için bir icra emri çıkarttırma ve bunu üçüncü borçlunun yurt içindeki varlıkları üzerinde icra etme olanağı mevcut olur; Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 5. Auflage, Köln 2005, s. 1020, 1024; Kropholler, s. 656; Nagel/Gottwald, s. 333 vd.; Heß, Zu neuen Formen der Rechtshilfe im Europaeischen Justizraum, in: Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa: Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer, Berlin 2004, s. 617-629, (kısaltma: Festschrift für Blomeyer).

5 Kropholler, s. 656.

6 Die Verordnung (EG) Nr. 1206/2001 des Rates vom 28. Mai 2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen (EuBVO).

7 Kropholler, s. 656. Bkz. 1965 tarihli Lahey Tebligat Sözleşmesi md. 13 I: "Tebligat teklifinin yerine getirilmesi, bu sözleşmeye göre sadece talepte bulunulan devletin egemenlik hakları veya güvenliği tehdit ediliyorsa reddedilir"; http://www.admin.ch/ch/d/sr/i2/0.274.131.de.pdf, 15.05.2010.

Yabancı ülkeye gönderilen tebligat ile ilgili hukuki düzenlemelerin yapılmasına rağmen, bu alandaki aksaklıklar devam etmektedir ve birçok sorun güncelliğini korumaktadır[8]. Tebligatın resmî şekli, dili, gönderilme şekli ülkeler arasında ortaya çıkan başlıca sorunlardır[9].

Çalışmamızda, Türk Hukuku'nda ve Alman Hukuku'nda yabancı ülkeye gönderilen tebligatın nasıl ve hangi yollarla yapılması gerektiği üzerinde durulacak; her iki ülkenin akdettiği milletlerarası anlaşmalara yer verilecektir. Ayrıca Avrupa Birliği düzenlemelerinin hukuki önemi, Almanya'nın

---

[8] Şanlı, s. 172; Campbell, Die Zustellung von gerichtlichen Schriftstücken in Deutschland aus der Sicht eines kalifornischen Anwalts, deutsch Amerikanische Juristen Vereininung Newsletter, 32. Jahrgang, Maerz 2007, s. 84-87. Bazı Alman Eyalet Mahkemesi kararları ile aksaklıkların neden hala devam ettiği ile ortaya çıkış nedenleri sunulmaktadır: Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin 14.11.2003 tarihli ve I-3 VA 8/03 dava dosya numaralı kararı şu şekildedir: Davacı, davacıya karşı Danimarka ilk derece mahkemesinde dava açar. Dava konusu, alacağın tahsilidir. Karar, davalının gıyabında verilir ve Danimarka Hukuku'na göre bu tür davalar re'sen tebliğ edilmemektedir. Davacı, bu kararın tebliğini Almanya'da Alman bir avukat aracılığı ile tebliğ etmek ister. Bu şekildeki bir tebligat talebi ise, Alman ilk derece mahkemesi (Amtsgericht) tarafından reddedilir. Çünkü Alman avukat aracılığı ile tebligat yapılamamaktadır; Fogt/Schack, Keine Urteilzustellung im deutsch-dänischen Rechtsverkehr?, IPRax März 2005 2/2005, s. 118-124. Köln Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin 3.1.2003 tarihli 16 W 42/02 dava dosya numaralı 16. Zivilsenat kararında ise Lizbon'daki bir hukuk mahkemesi 10.7.2000 tarihinde bir karar vermiş ve bu karara göre borçlunun alacaklıya 5 Milyon Escudos ödemesi gerekmektedir. Karar, borçluya basit usulle, yani normal taahhütlü posta mektubu şeklinde ve Portekizce gönderilmiştir. Alacaklı, bu şekilde iletilmiş olan bir tebligatla icraya gitmek istemektedir. Bu karar, ilk derece mahkemesi olarak Bonn Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1 O 430/02 sayılı kararı üzerine verilmiştir. Bu vakıada, basit usulle ve tek dilde tebligat gönderilmesi hukuki problemi oluşturmaktadır; Oberlandesgericht Köln Rechtsprechung, Köln 2003, s. 111. Alman Federal Mahkemesinin bir kararında, Alman şarap evinin, İtalyan davalıdan kötü şarap teslimatı nedeniyle tazminat talep ettiği belirtilmektedir. Bunun üzerine, İtalya'daki davalıya ilamsız takip emri gönderilmiştir. Davalının apartman görevlisine teslim suretiyle tebliğ edilen ödeme emri, bir tebliğ ve tesellüm vekili tayin edilmesi talebini içermektedir. Ancak davalı bu talebi yerine getirmemiştir. İcra emri, 07.08.1984 tarihinde postaya verilerek tebliğ edilmiştir. Davalı bu tebliği 24.08.1984 tarihinde almış ve aynı gün telgraf vasıtasıyla itirazda bulunmuştur. Bu vakıada, itirazın gecikmiş olup olmadığı hususu problem yaratmaktadır, bkz. Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 4. neu bearbeitete Auflage, München 2006, s. 211, (kısaltma: Zivilverfahrensrecht); Wieczorek/Schütze/Olzem, Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Berlin 1997, s. 897; NJW 1987, s. 592, 593; Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen: 98, s. 263-274. Ayrıca bkz., Ruhi, Tebligatlar, "Zustellungen", www.e-akademi.org e-Akademi, Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Eylül 2003, Sayı 19; 10.05.2010, (kısaltma: Zustellungen).

[9] Ayrıntılı bilgi için bkz. Tsikrikas, Probleme der Zustellung durch die Post im europäischen Rechtsverkehr, ZZPInt 2003, s. 309 vd.

Avrupa Birliği'ne üye bir ülke olması ve ülkemizin de aday ülke statüsünü koruması sebebiyle, Avrupa Birliği'nin tebligat ile ilgili son düzenlemesi olan Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Tebliğine İlişkin 13 Kasım 2007 tarih ve 1348/2000 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü'nün Kaldırılmasına dair 1393/2007 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü incelenecektir.

II. Tanım

1. Tebligatın Amacı

Tebligat, kural olarak, belgelenmiş bir yazılı evrakın duyurulmasını ifade etmektedir[10]. Belgeli teslimat anlamına gelen tebligatla, dava ile ilgili olan kişilerin davaya ilişkin bir işlemi öğrenebilmesi için usulüne uygun olarak, yazı veya ilan yolu ile belgeleme yapılmaktadır[11]. Dava, ancak usulüne

---

[10] Schack, s. 206; Dahlhoff, Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche gegen exterritoriale Schuldner in Deutschland, Zeitschrift für Recht und Wirtschaft: Betriebsberater, 52. Jahrgang Heft 7, 13.2.1997, s. 321; Herrmann/Basedow/Kropholler/Martiny/Waehler/Wolff/Wenckstern, Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrechts, Band 3. Teil 1, Tübingen 1984, s. 380.

[11] Şanlı, s. 172; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Basım, İstanbul 2009, s. 177; Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, V. Cilt, İstanbul 2000; s. 5510 vd.; Bilge/Önen, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Basım, Ankara 1978, s. 319; Deliduman, s. 13; Erdem, s. 5; Schack, s. 206; Stadler, Die Reform des deutschen Zustellungsrechts und ihre Auswirkungen auf die internationale Zustellung, IPRax 2002, s. 446, 456; Ruhi, Türkiye'den Yurt Dışına Yapılan Tebligat, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 1-2, Haziran 2003, s. 523; Ruhi, Tebligat Hukuku, Ankara 2005, s. 25, (kısaltma: Tebligat); Moroğlu/Muşul, Tebligat Hukuku, 2. Basım, İstanbul 1990, s. 19; Nagel/Gottwald, s. 349; Ayrıca bkz.: "… yargılamanın sağlıklı bir biçime sürdürülebilmesi, iddia ve savunma ile ilgili delillerin eksiksiz toplanıp tartışılabilmesi, davanın süratle sonuçlandırılabilmesi, öncelikle tarafların yargılama gününden haberdar edilmesi ile mümkündür. Kişinin hangi yargı merciinde duruşmasının bulunduğu, hakkındaki iddia ve isnatların nelerden ibaret olduğunu bilebilmesi, usulüne uygun olarak tebligat yapılması ile sağlanabilir. HUMK'un 73. maddesi hükmünde çok açık bir şekilde vurgulanan temel kurala göre, mahkeme, tarafları dinlemeden, onları iddia ve savunmalarını bildirmeleri için usulüne uygun olarak davet etmeden hükmünü veremez. Bu bakımdan davetin ve bunun yazılı şeklinin (davetiyenin) davadaki önemi büyüktür. Asıl olan tarafların huzurunda yargılamanın yürütülmesi olmakla birlikte, hukuk mahkemelerinde, taraflar yargılamaya katılmasalar bile mutlaka duruşmadan haberdar edilmelidirler. Duruşmaya gelinmese dahi ilgilinin yokluğunda davaya devam edilip karar verilmesine usulüne olanak tanıdığı hallerde, açıklanan biçimdeki uyarıyı taşıyan davetiyenin tebliğ edilmesinden ve yasaya uygun biçimde taraf teşkilinin tamamlanmasından sonra işin esasına girilmesi, deliller toplanarak bir sonuca ulaşılması gereklidir. Değinilen işlemleri nedeniyle tebligat, bilgilendirme yanında belgelendirme özelliği de bulunan bir usul işlemidir. Bu nedenle tebliğ ile ilgili 7201 sayılı Tebligat Kanunu ve Tüzüğü hükümleri tamamen şeklidir. Kanun ve Tüzüğün amacı, tebliğin muhatabına ulaşması, konusu ile ilgili olarak kişilerin bilgilendirilmesi ve bu hususun

uygun bir tebligat ile görülebilecek[12]; iddia ve savunma ile delillerin eksiksiz olarak değerlendirilmesi bu yolla mümkün olabilecektir. Şayet tebligat usulüne aykırı olarak yapılmış ve muhataba tebliğ edilmiş ise, muhatabın tebligatı öğrenme tarihi, tebliğ tarihi olarak kabul edilmektedir[13]. Tebligat, başlatılan yargı sürecinde, sürelerin hesaplanmasında belirleyici olacaktır. Muhataba tebliğ edilen tebligatta, tebliğ memurunun ve tebellüğ edenin imzası bulunmalıdır. Tebligatın muhataba tebliği esastır; ancak vekil marifeti ile takip edilen işlerde, tebligatın vekile yapılması kabul edilmiştir[14].

2. Tebligatın Egemenlik İşlemi Özelliği

Tebligat hukuku, egemenlik ihtirazi kayıtlarının özellikle dikkate alınmasını gerektiren bir alandır[15]. Yurt dışına tebligat için gerekli olan resmi işlemler, yabancı devletin katlanabileceği, ancak bu işlemlerin yapılmasında her halükarda daha önceden vermiş olduğu onayda veya devlet makamlarının adli yardım işlemlerinde iştirak etmesinde direttiği devletsel hâkimiyet muameleleri olarak nitelendirilmektedir[16]. Tebligat, Kıta Avrupası'nda geleneksel anlamıyla, hâkim olan egemenlik işlemi şeklinde nitelendirilebilmektedir[17]. Yabancı ülkede ikamet etmekte olan tebligat muhatabına, iç hukukta belirlenmiş olan "yabancı ülkeye tebligat" konusundaki düzenlemeye göre tebligat yapılabilecektir. İç hukukta yer alan düzenleme, bu hali ile yabancı

---

belgeye bağlanmasıdır. Hal böyle olunca, kanun ve tüzük hükümlerinin en ufak ayrıntılarına kadar uygulanması zorunludur"; 1. Hukuk Dairesi 7.6.2000 7264/7421 Yargıtay Kararları Dergisi 2001/2, s. 174.

12 Nomer, s. 225; Schack, s. 206 vd.; Rauscher, Internationales Privatrecht mit internationalem und europäischem Verfahrensrecht, Heidelberg 2002, s. 331; Rahlf/Gottschalk, Das Europäische Zustellungsrecht, EWS 2004, 303 (303-310); Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 181; Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, V. Cilt, İstanbul 2000; s. 5510 vd.; Bilge/Önen, s. 319; Deliduman, s. 13; Erdem, s. 5; Schack, s. 206; Stadler, s. 446-456; Jastrow, Europäische Zustellung und Beweisaufnahme 2004 - Neuregelungen im deutschen Recht und konsularische Beweisaufnahme, IPRax 2004, 11 (11-13); Ruhi, s. 524.

13 Schack, s. 583; Wieczorek/Schütze/Olzem, s. 1062. Yargıtay, faks çekmek yolu ile tebligat yapılmasını mümkün görmemektedir; bkz. HGK 11.4.2001 359/361, İstanbul Barosu Dergisi 2003/Haziran/2, s. 340; İBK 10.7.194 7/75; 12. HD 2.4.2002 6020/6884, YKD 2003/1, s. 56. 2. HD 8.7.1980 4290/5792 Yasa Hukuk Dergisi 1980/12, s. 1773. HGK 2.10.1981, 6-715-670 YKD 1982/12, s. 16; 12. HD 1.12.2000 18136/18872, YKD 2001/5, s. 701; Özekes, Karar İncelemesi, Usulsüz Tebligat ve Dürüstlük Kuralı, Manisa Barosu Dergisi, 1998/66, s. 56-61; Ruhi, s. 524.

14 Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 178.

15 Jaeckel, Die Reichweite der Lex Fori im Internationalen Zivilprozessrecht, Berlin 1995, s. 27; Aden, Internationales Privates Wirtschaftrecht, München 2006, s. 130.

16 Jaeckel, s. 34; Aden, s. 130.

17 Schack, s. 207; aynı yönde bkz., Aden, s. 130, Nagel/Gottwald, s. 350.

ülkenin egemenlik alanına yönelmiş olarak görülebilmektedir[18]. Bu çerçevede postanın, tebligatı gönderen devletin elinin uzandığı noktayı sembolize ettiği belirtilmektedir[19].

Bizim de katıldığımız görüşe göre, iç hukuk davası dâhilinde yabancı ülkeye yapılan tebligat, yabancı ülkede cebren bir ifa olmadığı sürece hukuka uygun olarak kalacaktır ve tebligatın yapıldığı ülkenin egemenlik ilkesine zarar vermeyecektir[20]. Ayrıca, (T.C. Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü) ve Deutsche Post AG (Alman Postanesi Anonim Şirketi) özelleştirilmiş makamlardır ve postanelerin özelleştirilmesi ile tebligatın katı egemenlik anlayışı içerisinde değerlendirilmesi, tartışılacak bir noktaya gelmiştir[21]. Aynı yönde, Avrupa Birliği içerisinde yapılan uyum çalışmaları neticesinde, misal olarak mülga 1348/2000 sayılı Tebligat Tüzüğü, Avrupa Birliği içerisinde daha öncesinde bulunan egemenlik bariyerlerini ortadan kaldırmıştır. Böylece resmi makam yollarıyla yapılan tebligatlar için artık bir kamu düzeni ihtiyati kaydı öngörülmemektedir[22].

III. Milletlerarası Tebligat Hakkında Uygulanacak Hukuk Meselesi

Yabancı ülkeye gönderilen tebligat hususu, Milletlerarası Usul Hukuku'nun çalışma alanına dâhil olmaktadır. Milletlerarası Usul Hukuku, dava konusunun veya tarafların yurt dışına bağlılıklarından oluşan, usuli hususların bir araya geldiği toplu bir kavram olarak anlaşılmaktadır[23]; ancak Milletlerarası Usul Hukuku, Milletlerarası Özel Hukuk'un aksine, bir ihtilaf hukuku değildir. Milletlerarası Usul Hukuku'nda uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı meselesine uzun süre sorun gözüyle bakılmamıştır; daha ziyade her mahkemenin esas olarak sadece kendi usul hukukunu uygulayacağı prensibinden hareket edilmiştir[24]. Milletlerarası Usul Hukuku incelemesinde, belirli bir dava için hangi ulusal medeni usul hukukun uygu-

---

18 Jaeckel, s. 34.

19 Lindacher, Internationale Unterlassungsvollstreckung, Festschrift für Gaul zum 70. Geburtstag, 1997 Bielefeld, s. 399, 400, 409, (kısaltma: Festschrift); Götz/Hök, Die grenzüberschreitende Forderungs- und Kontopfändung, MDR 2005, s. 307. Karş. Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. völlig neubearbeitete Auflage, München 1997, s. 64, 485.

20 Schack, s. 208.

21 Schack, s. 207, 208.

22 Musielak, Stadler in Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.): ZPO, 7. Auflage, München 2009, s. 2731, 2732.

23 Albrecht/Müglich, Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Altenberge 2010, s. 21.

24 Kropholler, s. 595.

lanacağına dair bir karar verilmemekte; buna karşın, yurt dışına bağlılığın söz konusu olduğu somut bir davada nasıl bir usul izleneceğine ilişkin maddi usul hukukuna ilişkin düzenlemeler yapılmaktadır[25]. İhtilafsız kazanın yabancı muameleleri dâhil olmak üzere -tebligat, dava ikamesi, delil ikamesi, karar gibi yabancı usulî muamelelerin değerlendirilmesi- her halükarda bu muamelelerin geçerlilikleri bakımından, o yabancı devletin usul hukuku uygulanacaktır[26].

Türk Milletlerarası Özel Hukuk sisteminde, Alman Milletlerarası Özel Hukuk sisteminde olduğu gibi, Milletlerarası Usul Hukuku, mahkemenin yetkili olduğu yerde uygulanacak olan hukuka yani lex fori'ye göre belirlenmektedir[27]. Lex fori[28], "usulün akışı" üzerinde hâkim olmaktadır[29]. Uygulanacak hukuk meselesinde, Hakimin Hukuku'nu detaylı olarak anlatmamızın nedeni, ilerideki başlıklarda neden özel olarak Türk ve Alman iç hukukuna yer verdiğimizi açıklamaktadır.

Ancak aşağıda değindiğimiz üzere, devletler arasında imzalanan ikili ve çoklu sözleşmeler ile Avrupa Birliği gibi bir supranasyonel yapı içerisinde hazırlanan hukuki düzenlemeler, hem Alman hem de Türk Hukuku sistemlerinde önceliklidir ve iç hukuktan önce uygulanmaktadır.

IV. HUKUKİ DÜZENLEMELER

1. Türk Hukukunda Yabancı Ülkeye Yapılan Tebligat Düzenlemesi

Türkiye, birçok devlet ile tebligat taleplerinin yerine getirilmesi için iki taraflı adli yardımlaşma anlaşmaları imzalamıştır. Ülkemiz aynı zamanda, 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi[30] ile 1965 tarihli Hukukî

---

[25] Albrecht/Müglich, s. 21.

[26] Kropholler, s. 595; Nomer, s. 222.

[27] Alman Federal Mahkemesi'nin bir kararında (BGH NJW 1985, s. 552, 553) bu durum, şu şekilde ifade edilmektedir: "Alman mahkemeleri kendilerinde açılmış olan davalarda, sadece Alman usul hukukunu uygularlar"; Albrecht/Müglich, s. 20.

[28] "Hukuk literatüründe, usul hukukunun uygulanmasında lex fori'nin belirleyiciliği için çeşitli gerekçelendirme denemeleri mevcuttur. Bir geçerlilik nedeninin, Medeni Usul hukukunun, lex fori kuralının Alman Milletlerarası Medeni Usul Hukuku'nun örf ve adet hukuku kaidesi olarak tabi olduğu, kamu hukukuna aidiyetinde yattığı ileri sürülmektedir. Ancak hukuksal dogmatik ve pratik düşüncelerin de lex fori prensibi ile açıklanan Milletlerarası Medeni Usul Hukuku temel standardını oluşturduğu ileri sürülmektedir"; Jaeckel, s. 27.

[29] Albrecht/Müglich, s. 20.

[30] Haager Übereinkommen über den Zivilprozeß vom 1.3.1954/HZPÜ; BGBI. 1958 II, s. 576; ayrıntılı bilgi için bkz. Bauer, Die Zwangsvollstreckung aus inländischen

ve Ticarî Konularda Adlî ve Gayri Adlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Sözleşme'ye[31] taraftır. Buradan hareketle, ülkemiz için yurt dışı tebligatın kaynakları, ikili anlaşma veya çok taraflı sözleşmeler, 7201 sayılı Tebligat Kanunu[32] ve Tebligat Tüzüğü[33] ile uluslararası adli yardımlaşma kuralları olarak sayılabilir. Tebligatın yapılacağı ülke ile ülkemiz arasında milletlerarası bir sözleşme imzalanmamış ise, Tebligat Kanunumuz uygulama alanı bulacaktır. Aksi halde, milletlerarası sözleşmeler önceliklidir ve iç hukuktan önce uygulamaya girmektedirler.

Tebligat Kanunu madde 25, yabancı ülkede tebligat usulünü düzenlemektedir. Diplomatik usule tabi olan bu yol, uzun sürmektedir. Tebligatı çıkaran makam, tebliğ edilecek evrakı, bağlı bulunduğu Bakanlık vasıtasıyla Dışişleri Bakanlığı'na gönderecektir; daha sonra, evrakın görev bölgesi dikkate alınarak, ilgili elçiliğimize veya konsolosluğumuza intikal ettirilmesi ve bunların bulundukları yer hukukuna uygun bir şekilde yetkili makamlardan tebligat yapılmasının talep edilmesi gerekmektedir[34]. Dışişleri Bakanlığı'nın aracılığına lüzum görülmeyen hallerde tebligat evrakı, ilgili Bakanlıkça doğrudan doğruya o yerdeki Türkiye Büyükelçiliği'ne veya Başkonsolosluğu'na gönderilebilir (md. 25 III). Özetlemek gerekirse, Tebligat Kanunu düzenlemesi uyarınca, yabancı ülkede tebliğ, o ülkenin yetkili makamı vasıtasıyla yapılacaktır; bunun için anlaşma veya o ülke kanunları müsait ise, o yerdeki Türk siyasi memuru veya konsolosu tebligat yapılmasını yetkili makamdan talep edecektir.

l9.03.2003 tarihinde kabul edilen ve 27.03.2003 gün ve 2506l sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4829 sayılı Kanunla 7201 sayılı Tebligat Kanunu'na 25 a maddesi eklenmiştir. Tebligat Kanunu madde 25 a, siyasi temsilcilik aracılığıyla yabancı ülkedeki Türk vatandaşlarına tebligatı düzenlemektedir; yani burada tebligat, herhangi bir tercüme işlemine gerek olmadan[35] ve yabancı devlet makamına ihtiyaç duyulmadan, o yerdeki

---

Schuldtiteln im Ausland, Flensburg 1974, s. 21 vd.; Campbell, s. 84 vd.. 1954 tarihli çok taraflı sözleşmeye taraf olan ülkeler için bkz., Şanlı, s. 174.

31 Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil-oder Handelssachen vom 15.11.1965/HZÜ; BGBI. 1977 II, s. 1453. 1965 tarihli çok taraflı sözleşmeye taraf olan ülkeler için bkz., Şanlı, s. 173.

32 RG. 19.02.1959-10139.

33 RG. 11.09.1959-10303.

34 Sakmar, Hukuki ve Ticari Konularda Yabancı Ülkelere Tebligat, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sayı 2, Yıl 2, İstanbul 1982. s. 22-27; Şanlı, s. 172, 173; Nomer, s. 225; Çelikel/Erdem, s. 464.

35 Berkman, Yabancı Memlekette ve Yabancılarla İlgili Tebligat, Ankara Barosu Dergisi, 1966/I, Ankara 1966, s. 18-20.

Türk siyasî memuru veya konsolosu tarafından doğrudan yapılabilecektir. Böyle bir uygulamaya gidilebilmesinin şartı, yabancı ülkede kendisine tebliğ yapılacak kişinin Türk vatandaşı olmasıdır.

Tebligat Kanunu madde 25 a, aynı Kanun'un 25. maddesinden farklı olarak, Türkiye Büyükelçiliği veya Konsolosluğu veya bunların görevlendireceği bir memurun tebligatı doğrudan yapacağını işaret etmektedir.

Tebliğin konusu ile hangi merci tarafından çıkarıldığı bilgilerinin yer aldığı ve otuz gün içinde başvurulmadığı takdirde tebliğin yapılmış sayılacağı ihtarını içeren bildirim, muhataba o ülkenin mevzuatının izin verdiği yöntemle gönderilecektir (md. 25 a III). Bildirimin, o ülkenin mevzuatına göre muhataba tebliğ edildiği belgelendirildiğinde, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde Türkiye Büyükelçiliği veya Konsolosluğu'na başvurulmadığı takdirde, tebligat otuzuncu günün bitiminde yapılmış sayılır. Muhatap, Türkiye Büyükelçiliği veya Konsolosluğu'na başvurduğu takdirde tebliğ evrakını almaktan kaçınırsa, bu hususta düzenlenecek tutanak tarihinde tebliğ yapılmış sayılır; evrak bekletilmeksizin merciine iade edilir. Türk vatandaşlarına, Türk siyasî memuru veya konsolosu ya da bunların görevlendireceği memur tarafından yapılan/yapılamayan tebligat, bu merci tarafından düzenlenecek bir tutanak ile belgelendirilmektedir.

Yabancı ülkede bulunan Türklere tebligat yapılırken, madde 25 a'nın uygulanması zorunlu değildir; madde 25 a alternatif bir düzenleme olup, bu usul kullanılmadan, doğrudan diğer yabancı ülkeye gönderilen tebligat usullerine başvurulabilir[36].

Yabancı bir ülkede, resmi bir görev nedeniyle bulunan Türk memurlarına (büyükelçi, başkonsolos, konsolos, siyasî memur, idarî ve ticari ataşe gibi memurlara) tebligat, Dışişleri Bakanlığı vasıtasıyla yapılmaktadır (md. 27). Yabancı memleketlerde bulunan askeri şahıslara (askerî ataşe, subay, astsubay veya askerî memur gibi askerî şahıslara) yapılacak tebligat, bağlı bulundukları Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri Kumandanlıkları ile Jandarma Genel Komutanlığı vasıtasıyla yapılmaktadır. Yabancı devlette bulunan Türk memurlarına veya askerî şahıslara[37] adli makamlarca yapılan tebligat, Türk vatandaşlarına yapılan tebliğ usulünde ve yabancı dilde tercümesine gerek olmaksızın yapılacaktır.

Sözleşme hükümleri ve karşılıklılık esasları saklı kalmak şartıyla, Türkiye'de ikamet eden yerli ve yabancı şahıslara tebliğ edilmek üzere yabancı bir memleketin elçiliğinden veya havzasında bulunduğu valilik

---

[36] Nomer, s. 225; Çelikel/Erdem, s. 464.

[37] Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydınalp, Asker Kişilere Tebligat Yapılması, Türkiye Noterler Birliği Dergisi, Sayı 82, Yıl 1994/5, s. 29.

kanalı ile Konsolosluğu'ndan, Dışişleri Bakanlığı'na tevdi olunan evrak, ilgili vekâlet kanalı ile yetkili makama gönderilmektedir ve tebliğ muamelesinin ifasını takiben, tasdikli olarak aynı yollardan iade edilmektedir (md. 26).

Yabancı devletin Türkiye'den talep ettiği tebligatta, talep eden devlet ile Türkiye arasında herhangi bir ikili anlaşma veya çok taraflı sözleşme bulunmuyorsa, tebligat, karşılıklılık ilkesi ve uluslararası adli yardımlaşma kuralları çerçevesinde yerine getirilecektir; bu durumda, Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla diplomatik yoldan Bakanlık'a iletilen hukuki ve ticari konulardaki adli evrakın tebliği, muhatabın bulunduğu yerdeki Cumhuriyet Başsavcılığı vasıtasıyla Tebligat Kanunu'nun 26. ve Tebligat Tüzüğü'nün 44. ve 45. maddelerine uygun olarak yerine getirilmektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, ülkemiz, çok taraflı iki milletlerarası sözleşme olan Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi'ne (1.3.1954) ve Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Tebligat Sözleşmesi'ne (15.11.1965) taraftır. Bu sözleşmeler aşağıda Milletlerarası Sözleşmeler başlığı altında incelenecektir.

2. Alman Hukukunda Yabancı Ülkeye Yapılan Tebligat Düzenlemesi

a. Genel Olarak

Alman Hukuku'nda, usuli yargılama, temel prensip olarak lex fori'ye, yani Alman Yargılama Hukuku'na (forum regit processorum) göre yapılmaktadır[38]. Bu nedenle, çalışmamızda öncelikle Almanya'dan yabancı ülkeye gönderilen tebligat düzenlenmesinin izahı için Alman iç hukukuna ayrıntılı olarak yer vereceğiz. Daha sonra, Almanya'nın, ülkemiz gibi milletlerarası sözleşmelere imzacı olmasından yola çıkarak, aynı başlık altında, Almanya'nın yaklaşımlarını da ele alacağız. Bilindiği gibi, milletlerarası sözleşmeler, asıl olarak usuli problemlerin çözümünü hedeflemektedir. Yabancı devletin yardımı (milletlerarası adli yardım) ile problem yaratan hususlar çözülmeye çalışılmaktadır. Milletlerarası Usul Hukuku'nda sorun yaratan hususların başında, yabancı ülkeye gönderilen tebligat veya milletlerarası istinabe gelmektedir[39].

b. Yabancı Ülkeye Yapılan Tebligat Düzenlemesi

Alman Medeni Usul Hukuku'nun içerisinde yer alan tebligat düzenleme-

---

[38] Brödermann/Rosengarten, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 4. Auflage, Köln-München 2007, s. 174.

[39] Brödermann/Rosengarten, s. 174. Aynı yönde bkz., Nomer, s. 560.

si, 30 Ekim 2008 tarihli Kanun[40] ile yeniden hazırlanmıştır. Yeni düzenleme, Alman Hukuku'na modern bir yapı kazandırmıştır. Yapılan değişiklik ile Tebligat Reform Yasası'nın yürürlüğe girdiği tarihten bu güne dek kazanılan deneyimler dikkate alınarak, düzenlemenin uygulanmasının kolaylaştırılması amaçlamış, mevcut uluslararası anlaşmalara uygun olarak, tebligatın önceliği vurgulanmıştır. Bu şekildeki bir çalışmayla, yeni düzenlemenin içerik olarak da Alman Hukuku'nda benimsendiği ifade edilmektedir[41].

Tebligatın tanımı, Alman Hukuku'nda § 166 ZPO'da yapılmıştır. Tebligat, resmî formu barındıran ve yazılı karar ve açıklamalarını belgelemeye yarayan bildiri vasıtası olarak tanımlanmaktadır[42]. Yurt dışına yapılan tebligat, Alman Medeni Usul Kanunu'nda (§§ 183-184 ZPO) ve 19.10.1956 tarihli Medeni Usul Hukukuna Dair Adli Yardım Düzenlemesi içerisinde ele alınmış olup, yabancı ülkeye gönderilecek tebligat, o alanda akdedilmiş olan uluslararası sözleşmelere tabidir (§ 183 ZPO).

Almanya'dan yurt dışına yapılan tebligat, uluslararası anlaşmalara göre gerçekleştirilmelidir. Şayet belgeler, uluslararası sözleşmeler nedeniyle doğrudan posta ile gönderilebiliyor ise, tebligat iadeli taahhütlü mektup yoluyla yapılmalıdır; aksi takdirde tebligat, davanın görüldüğü mahkemenin başkanı tarafından yapılan talep üzerine doğrudan yabancı devletin resmi makamları tarafından gerçekleştirilmelidir (§ 183 I ZPO). Uluslararası anlaşmaların iki gönderim yolu, yani iadeli taahhütlü mektup ile tebligat ve doğrudan resmi makam yoluyla tebligat fıkra I'de özet olarak derlenmiştir; konsolosluk ve diplomatik yolla tebligatın ayrı bir fıkrada düzenlenmiş olması, uluslararası anlaşmalar mevcutken, bu tebligat yollarının taliliğini vurgulamaktadır[43].

Almanya'nın yeni tebligat düzenlemesini detaylı olarak incelediğimizde[44], § 183 I'in ilk cümlesi, uluslararası anlaşmaların önceliğini vurgula-

---

[40] Gesetz zur Verbesserung der grenzüberschreitenden Forderungsdurchsetzung und Zustellung, BGBl. I s. 2122. Yasa, 12.12.2008 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

[41] Heinze, Fiktive Inlandszustellungen und der Vorrang des europäischen Zivilverfahrensrechts, IPRax 2010, s. 155; Musielak, s. 743.

[42] Schrader/Steinert/Theede, Handbuch der Rechtpraxis Band I B, Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, 8. neubearbeitete und erweiterte Auflage, München 2006, s. 39; Zöller, Zivilprozessordnung, 25. Auflage, Köln 2005, s. 629 vd..; Nagel/Gottwald, s. 349.

[43] Heger, Europa ganz praktisch–Das Gesetz zur Verbesserung der grenzüberschreitenden Forderungsdurchsetzung und Zustellung, DStR 2009, s. 435; Musielak, s. 743.

[44] Çalışmamızda, Alman Hukuku'nda benimsenmiş olan inceleme sistematiği kullanılmış olup, ilgili kanun maddeleri, birinci-ikinci-üçüncü cümle- ilk cümlenin ilk yarı cümlesi, vb. şeklinde ayrılarak inceleme yapılmıştır.

makta; ikinci cümlenin yarı cümlesi, uluslararası anlaşmalar mevcutken, basit, maliyet açısından uygun ve etkili olan iadeli taahhütlü mektup ile doğrudan tebligat yolunun tercih edildiğini belirtmektedir. İadeli taahhütlü mektup ile tebligat, taahhütlü mektubun teslim alacak kişiye, onun eşine veya onun dava vekiline ya da gönderilen ülkede geçerli olan posta hükümleri uyarınca gönderinin teslim edilebildiği başka bir alıcıya teslim edilmesi ile birlikte etkin bir şekilde gerçekleştirilmiş olmaktadır[45]. Fıkra I cümle 2'de, ikinci dereceden, yurtdışı temsilciliklerini veya Dışişleri Bakanlıklarını devreye sokmaksızın doğrudan tesellüm devletinin resmi makamlarına tebligat yapılması yolu öngörülmektedir. Posta yoluyla tebligatın başarısızlıkla sonuçlanmasının ardından diplomatik yollardan tebligat ancak, fıkra II cümle 2'de düzenlenen diğer koşullar mevcut olduğunda öngörülmektedir[46].

Şayet tebligatın fıkra I'de düzenlenen şekilde yapılması mümkün değil ise, tebligat Almanya Federal Cumhuriyeti'nin yetkili diplomatik veya konsolosluk temsilciliği veya diğer yetkili devlet makamı aracılığı ile yapılmalıdır. Birinci cümleye göre, bilhassa uluslararası sözleşmeler mevcut değilse, ilgili devletin yetkili mercileri adli yardım yapmaya hazır değilse veya özel nedenler bu tür bir tebligatı meşru kılıyor ise, bu uygulamaya geçilmesi gerekmektedir (§ 183 II ZPO). Fıkra II'de düzenlenen yurt dışında tebligat en masraflı ve en zorlu yol olması nedeniyle tali niteliklidir ve sadece istisnai hallerde yapılmasına izin verilmektedir. Bu tür bir istisna, şayet Alman yargısına tabi ise, yabancı diplomatlara veya devletlere yapılacak tebligatlarda zorunlu olmaktadır[47]. İlk cümle, Almanya Federal Cumhuriyeti'nin dünyanın bütün ülkelerinde yurtdışı temsilcilikleri bulundurmadığını da dikkate almaktadır; bu durumlarda görevler, komşu bir ülkede bulunan yurt dışı temsilciliğine aktarılmakta ve bu temsilcilik tarafından yerine getirilmektedir[48].

---

[45] Celle Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında, İspanya'da bir sitenin apartman görevlisinin vazifeleri arasında şayet posta gönderilerini sitenin numaralandırılmış posta kutularına yerleştirmek ve taahhütlü mektupların teslim alımı onaylamak varsa, posta tebliğ ve tesellüm vekili sayılmaktadır. Ancak taahhütlü mektubun üzerinde 'kendisi teslim alacak' ibaresi yer alıyor ise, iadeli mektup başka birisine teslim edilemez", denilmektedir; OLG Celle NJW-RR 2005, s. 1589 vd.; Musielak, s. 743.

[46] Vollkommer, Neues Europäisches Zivilverfahrensrecht in Deutschland - Das Gesetz zur Verbesserung der grenzüberschreitenden Forderungsdurchsetzung und Zustellung, NJW 2009, s. 1105; Musielak, s. 743.

[47] Musielak, s. 743.

[48] Ayrıca bkz., "Bu konuda daha detaylı bilgi, Hukuki Konularda Adli Yardım Tüzüğü'nde yer alan ülkeler kısmında yer almaktadır"; Musielak, s. 743. Tüzük için bkz. Rechtshilfeordnung für Zivilsachen (ZRHO), http://www.datenbanken.justiz.nrw.de/pls/jmi/ir_start, 10.6.2010.

Dokunulmazlık hakkından yararlanan ve Almanya Federal Cumhuriyeti'nin yurt dışında bulunan bir temsilciliğine mensup olan bir Alman'a yapılacak tebligat, yargılamanın yapıldığı mahkemenin başkanının talebi üzerine, yetkili yurt dışı temsilciliği tarafından gerçekleştirilir (§ 183 III ZPO). Yeni fıkra III, mülga § 183 I/ 3'de yer alan düzenlemenin yerine geçmiştir; burada önemli olan, talebin artık Dışişleri ile ilgili makama değil, bilakis doğrudan yetkili yurtdışı temsilciliğine yönlendirilecek olmasıdır[49].

Tebligatın, birinci fıkranın ikinci tümcesinin ilk yarım tümcesine uygun olarak yapıldığının kanıtı olarak, teslimat/alındı belgesi yeterlidir. Birinci fıkra ikinci tümce ikinci yarım tümce ve ikinci ve üçüncü fıkralara uygun olarak yapılan tebligat, talepte bulunulan devletin resmi makamının teyit belgesi ile kanıtlanmaktadır (§ 183 IV ZPO).

Fıkra IV'ün ilk cümlesinde düzenlenen hallerde, taahhütlü gönderiye ait olan ve yabancı ülkedeki posta görevlisinin 'işlem ifa edildi şerhi' ile öngörülmüş olan iade belgesi (Rückschein) yeterli olmaktadır[50]. İade belgesinin icra edilmesi için ilgili gönderilen ülkenin düzenlemeleri belirleyici olacaktır. Resmi belge niteliğini haiz olmayan iade belgesinin, esas olarak teslim alacak kişi tarafından imzalanması gerekmektedir; ancak iade belgesi, gönderiyi teslim almaya yetkili bir kişi tarafından veya re'sen düzenlenebilmektedir[51]. Fıkra IV'ün ikinci cümlesinde, "talepte bulunulan devletin resmi makamının teyit belgesi ile kanıtlanmaktadır" denilmektedir; bu hallerde, başvurulan resmi makamın yazılı belgesine, madde 418 I'in kanıt kuvveti eklenmektedir[52].

§ 184 ZPO, tebliğ ve tesellüm vekili ile postaya vermek suretiyle tebligatı düzenlemektedir[53]. Alman Hukuku'nda, Medeni Usul Kanunu § 184 fıkra I

---

49 Musielak, s. 743; Heger, s. 435.

50 Musielak, s. 743; Heger, s. 435.

51 Vollkommer, s. 1106; Musielak, s. 743.

52 BGH NJW 2002, s. 521 vd.. Ayrıca bkz. "Mahkeme başvurusu için bir harç yatırılmasına gerek yoktur. Yapılan başvurunun yargı idaresi tarafından kontrol edilmesi için Yargı İdaresi Alanında Oluşan Masraflara İlişkin Tüzük'ün 2. maddesi I. fıkrasında yer alan harçlar ve ücretler listesinin 3 a numarasında düzenlenen harçlara bakılması gerekmektedir. Şayet tercüme gerekli ise, buna yönelik bir harcama yapılması gerekmektedir. Alman yurtdışı temsilciliklerinin harçları ve harcamaları, Yurtdışı Masrafları Kanunu'na ve Yurtdışı Masrafları Tüzüğü'ne göre iade edilmektedir. Dava masrafları hususunda yardım yapılması için onay verilmesi durumunda Hukuki Konularda Adli Yardım Tüzüğü'nün 53. maddesi II. fıkrasında yer alan düzenlemeler geçerlidir. İadeli taahhütlü mektup ile yapılan tebligatlarda KV No. 9002 geçerli olmaktadır"; Musielak, s. 743.

53 Resmi tebligatın nasıl yapılması gerektiği ise, § 185 ZPO'da düzenlenmiştir. Buna göre, tebligat resmi ilan (resmi tebligat) yoluyla şu hallerde gerçekleştirilebilir:

uyarınca mahkeme, örneğin bir tebligat vekilinin atanmasını emredebilir; bu kişi özel hukuk ile ilgili uluslararası bir sözleşmede belirtilmiş olabilir[54]. Alman Medeni Usul Kanunu § 184 fıkra I'e göre, mahkeme, yukarıda incelediğimiz § 183 ZPO'ya göre yapılacak tebligatta, tarafın, şayet bir dava vekili atamamış ise, uygun bir süre içerisinde yurt içinde ikamet eden veya yurt içinde bir ofisi bulunan bir "tebligatları tebliğ ve tesellüm vekili' atamasını emredebilir. Şayet "tebligatları tebliğ ve tesellüm vekili' atanmaz ise, tebligatlar, sonradan yapılacak atamaya kadar, belgenin, tarafın adresi yazılarak postaya verilmesi suretiyle sağlanabilmektedir.

Aynı maddenin II. fıkrasına göre, evrak, postaya verilmesini müteakiben iki hafta sonra tebliğ edilmiş sayılır ve mahkeme daha uzun bir süre tayin edebilir. Fıkra I'de öngörülen hukuki sonuçlara dikkat edilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Tebligatın yapıldığının ispat meselesi de, yine § 184 ZPO'da belirtilmiştir. Buna göre, ispat vasıtası olarak, dosyaya evrakın hangi tarihte ve hangi adrese gönderilmek üzere postaya verildiğinin şerh düşülmesi gerekmektedir.

1348/2000 sayılı Tüzük'ün yerine geçen 1393/2007 sayılı Tüzük'ün yürürlüğe girmiş olması dikkate alınarak, yeni düzenlemede fıkra V'e yer verilmiştir. Buna göre, Avrupa Birliği Resmi Gazetesi No. L 324 sayfa 79'da yayınlanan, Avrupa Parlamentosu'nun ve Konsey'in 13 Kasım 2007 tarihli ve 1393/2007 sayılı Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri adli Belgelerin Yurt dışında Tebliğine ve 1348/2000 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü'nün Kaldırılmasına Dair Avrupa Birliği Tüzüğü[55] hükümleri öncelikle uygulanır. § 183 V'e göre, uygulama için § 1068 fıkra I ZPO (posta yoluyla tebligat) ve § 1069 fıkra I ZPO (yetki alanları) geçerli olmaktadır.

şayet bir kişinin yerleşim yeri yeri bilinmiyor ise ya da bir vekile veya "tebligatları tebliğ ve tesellüm vekiline" tebligat yapılması mümkün değil ise; yurt içinde bulunan bir işyeri adresini ticaret siciline kaydettirmekle yükümlü olan tüzel kişilerde ne kayıtlı adrese ne de tebligatları tesellüme yetkili bir kişinin ticaret sicilinde kayıtlı bir adresine ne de soruşturma yapılmadan bilinmeyen başka bir yurtiçi adresine bir tebligat mümkün ise; yurt dışında bir tebligat mümkün değil ise veya başarı vaat etmiyor ise ya da tebligatın yapılacağı yer, Adli Yargı Mahkemeleri Teşkilatı Kanunu'nun (Gerichtsverfassungsgesetzes der Gerichtsbarkeit) §§ 18-20 maddelerine göre yargıya tabi olmayan bir kişinin evi olduğundan dolayı tebligat gerçekleştirilemiyor ise tebligat resmi usulle yapılır.

54 Brödermann/Rosengarten, s. 176; Heger, s. 435.

55 Verordnung (EG) Nr. 1393/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedsstaaten (Zustellung von Schriftstücken) und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates Verordnung (13.11.2007); http://dejure.org/gesetze/ZVO, 13.05.2010.

Alman Tebligat uygulamasının derinlemesine açıklanması açısından, tebligat ile ilgili diğer maddelere de yer vermekte fayda görmekteyiz. Yukarıda § 183 V ZPO'de, 1393/2007 sayılı Tüzük hükümlerinin uygulanmasında, § 1068 I ZPO ve § 1069 I ZPO'nun uygulanacağı belirtilmektedir. Almanya, Avrupa Birliği düzenlemeleri ile yetinmeyip, kendi kanunlarında da ilgili maddeleri yenilemiş ve sözleşmeler ile paralellik sağlamaya çalışmıştır[56]. Aşağıda uyumlaştırmaya yönelik bu maddelere kısaca yer vermeye çalışacağız.

§ 1067 ZPO, diplomatik veya konsolosluk temsilcilikleri yoluyla tebligat yapılmasını düzenlemektedir. Bu hükme göre, Avrupa Parlamentosu'nun ve Avrupa Konseyi'nin, Avrupa Birliğine Üye Devletlerde Hukuki ve Ticari Meselelerde Adli ve Gayri Adli Belgelerin Tebliğine ve 1348/2000 sayılı Tüzüğün Kaldırılmasına İlişkin 13 Kasım 2007 tarihli ve (AB) – 1393/2007 sayılı Tüzük'ün 13. maddesine uygun olarak Almanya'da yapılacak olan bir tebligat sadece, tebliğ edilecek belgeyi teslim alacak kişi, gönderimi yapan devletin vatandaşı ise yasal olacaktır. § 1068 ZPO, posta yoluyla tebligatı düzenlemektedir. Bu iç hukuk düzenlemesinde, 1393/2007 sayılı Tüzük'ün etkileri belirgin bir şekilde görülmektedir. 1393/2007 sayılı Tüzük'ün 14. maddesine uygun olarak yapılan tebligatın ispat yolu, bu düzenleme ile çözüme bağlanmaktadır. Buna göre, ispat için iade belgesi veya eşdeğer bir belge yeterli olacaktır. Ayrıca, fıkra II'ye göre, 1393/2007 sayılı Tüzük'ün 7. maddesi çerçevesinde tebliğini Alman tesellüm makamının gerçekleştireceği veya gerçekleştirilmesini sağlayacağı bir belge de, iadeli taahhütlü bir mektup ile tebliğ edilebilecektir.

Bu şekilde gerçekleştirilen tebligat açısından en önemli düzenlemelerden biri de, hiç şüphesiz yetki meselesidir. Alman iç hukukunda bu sorun, § 1069 vasıtası ile aydınlatılmıştır. Yurt dışında gerçekleştirilecek tebligatlar için 1393/2007 sayılı Tüzük'ün 2. maddesi anlamında, Alman gönderim makamı olarak yetkili kabul edilen yerler § 1069'da hükme bağlanmıştır. Adli belgeler için tebligatı yürüten mahkeme belgeleri ve gayri adli belgeler için, tebligatı yürüten şahsın yerleşim yerinin veya mutad meskenin bulunduğu yerde yetkili olan yerel mahkeme; noter tarafından düzenlenen belgelerde bunun yanında, bir de belgeyi düzenleyen ve onaylayan noterin görev merkezinin bulunduğu yerde yetkili olan yerel mahkeme yetkili olmaktadır. Tüzel kişilerde yerleşim yerinin veya mutad mesken yeri kıstasını, tüzel kişiliğin merkezi kriteri devralmaktadır. Eyalet hükümetleri ilgili kanun hükmü

---

[56] Lindacher, Europäisches Zustellungsrecht, Die Verordnung (EG) Nr. 1348/2000: Fortschritt, Auslegungsbedarf, Problemausblendung, ZZP 2001/114, s. 179 vd.; Heß, Die Zustellung von Schriftstücken im Europäischen Justizraum, NJW 2001, s. 15 vd..

ile, birden fazla yerel mahkemenin yetkili olduğu yerlerde, gönderim makamı görevlerini tek bir yerel mahkemeye verebilmektedirler. Almanya Federal Cumhuriyeti'nde yapılacak tebligatlar için, 1393/2007 sayılı Tüzük'ün 2. maddesi anlamında Alman tesellüm makamı olarak belgenin tebliğ edileceği yer için yetkili olan yerel mahkeme, burada yetkili olmaktadır. Eyalet hükümetleri kanun hükmü vasıtasıyla, tesellüm makamının görevlerini birden fazla yerel mahkemenin yetkili olduğu yerleşim yerlerinde, tek bir yerel mahkemeye verebilirler (§ 1069 II). Eyalet hükümetleri, kanun hükmüyle, ilgili eyalette 1393/2007 sayılı Tüzük'ün 3. maddesi I. fıkrası anlamında Alman Merkez Makamı olarak yetkili olacak olan makamı tayin etme yetkisine sahiptirler. Merkez makamının görevleri her eyalette sadece bir makama verilebilir[57].

Hukuki Konularda Adli Yardım Düzenlemesi genel olarak Almanya Federal Cumhuriyeti'nin ve eyaletlerinin Adalet Bakanlıkları tarafından adli yardım işlemleri için çıkartılmış yönetmeliklerini içermektedir[58]. Bu otonom hükümlerin yerine büyük bir ölçüde topluluk hukuku ve devletler hukuku ile ilgili düzenlemeler geçmektedir[59]. Bu düzenlemelerin en önemlileri şu şekilde sıralanabilir: Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Tebliğine İlişkin 13 Kasım 2007 tarih ve 1348/2000 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü'nün Kaldırılmasına dair 1393/2007 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü; 1.3.1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi, 15.11.1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Tebligat Sözleşmesi ve iki taraflı sözleşmeler. Aşağıda Türkiye'nin ve Almanya'nın üye olduğu her iki sözleşme ve 1393/2007 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü ayrı ayrı incelenecektir.

3. Milletlerarası Sözleşmeler

a. İki Taraflı Sözleşmeler

Türkiye ve Almanya, yabancı ülkeye gönderilen tebligat hususunda 1954 ve 1965 tarihli çok taraflı sözleşmelerin dışında, tebligat uygulamasının nasıl yapılacağına dair hükümler içeren, usul ve şekil açısından şartları birbirine benzeyen (tebligatı gönderen ülkenin dilinin yanında, tebligatın gönderileceği ülke diline onaylı tercüme yapılması; tebligatın imzalı ve resmi mühürlü olması; talep eden makamın adı, vakıanın içeriği, tarafların isim

---

[57] "Eyalet hükümetleri, fıkra 1 No. 2, fıkra 2 cümle 2 ve fıkra 3 cümle 1'e uygun olarak bir kanun hükmünün çıkarılması yetkisini, en üst eyalet makamına taşıyabilirler", ZPO § 1069 IV.

[58] Brödermann/Rosengarten, s. 176.

[59] Brödermann/Rosengarten, s. 177.

ve adresleri gibi talebin yerine getirilmesi için gerekli diğer bilgileri içeren belgelerin her iki dilde hazırlanmış olması gibi) birçok devlet ile iki taraflı adli yardımlaşma anlaşması yapmıştır[60].

Almanya'nın imzaladığı iki taraflı sözleşmelerin hükümleri, hukuki ve ticari konularda hazırlanmış belgelerin tebligatlarına yönelik düzenlemelerden farklılık arz etmemektedir. Almanya'nın Türkiye[61] ile yaptığı sözleşmenin yanı sıra, Birleşik Krallık[62], Fas[63], Tunus[64] ve Yunanistan[65] ile de akdettiği benzeri sözleşmeleri bulunmaktadır.

Böyle bir durumda, Türkiye ile tebligatın yapılacağı ülke arasında iki taraflı sözleşmenin mi yoksa çok taraflı sözleşmenin mi uygulama alanı bulması gerektiği düşünülebilir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Türkiye ile tebligatın yapılacağı ülke arasında milletlerarası adli yardım sözleşmesi yoksa tebligat, mütekabiliyet kuralları ve milletlerarası nezaket kuralları çerçevesinde, Tebligat Kanunu'nun ve Tebligat Tüzüğü'nün hükümlerine göre yapılacaktır[66]. Türkiye ile tebligatın yapılacağı ülke arasında sadece iki taraflı adli yardım sözleşmesi varsa veya bahsi geçen ülke, ilgili milletlerarası sözleşmelerden sadece bir tanesine taraf ise, tebligat, iki ülke arasındaki bu tek sözleşmenin hükümlerine göre yapılacaktır[67].

Ülkemiz ile tebligatın yapılacağı yabancı ülke arasında sadece bir tane milletlerarası sözleşme var ise, tebligat bu sözleşmede kararlaştırılan şekle göre yapılacaktır[68]. Türkiye ile tebligatın yapılacağı ülkenin, hem 1954 tarihli Sözleşme'ye hem de 1965 tarihli Sözleşme'ye imzacı olması halinde, 1965 tarihli Tebligat Sözleşmesi'nin 22. maddesi yol gösterici olmaktadır. Buna göre, tebligat 1965 tarihli Sözleşme'ye göre yapılacaktır.

---

60 Türkiye'nin ikili sözleşme yaptığı ülkelerin listesi için bkz. Çelikel/Şanlı, Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı, 12. Basım, İstanbul 2007, s. 77.

61 RG. 04.06.1930, sayı 1522; RGBl. (Alman Resmi Gazetesi/Reichsgesetzblatt), 1930 II, s. 6.

62 RGBl. 1928 II, s. 623.

63 RGBl. 1988 II, s. 1055.

64 RGBl. 1969 II, s. 889.

65 RGBl. 1939II, s. 848.

66 Çelikel/Erdem, s. 473; Erdem, s. 97.

67 Çelikel/Erdem, s. 473; Nomer, 226. Türkiye'nin taraf olduğu adli yardım konulu sözleşmelerin listeleri için bkz. Çelikel/Şanlı, s. 14 vd..

68 Türkiye'nin taraf olduğu adli yardım konulu sözleşmelerin listeleri için bkz. Çelikel/Şanlı, s. 14 vd.; Çelikel/Erdem, s. 473 vd.; Nomer, s. 226.

Tebligatın yapılacağı ülke ile Türkiye, hem iki taraflı adli yardım sözleşmesine imzacı ise, hem de çok taraflı sözleşmelere taraf ise, çok taraflı sözleşme ve ikili anlaşmalardan hangisinin uygulanacağı hususunda tereddüde düşüldüğü tespit edilmiştir.

1965 tarihli Lahey Tebligat Sözleşmesi'nin 25. maddesi, "Bu Sözleşmedeki hükümler âkit devletlerin taraf oldukları veya olacakları sözleşmeleri ihlal etmez" hükmüne yer vermektedir. Bundan dolayı, imzacı devletlerin taraf oldukları veya olacakları ve tebligat konusunu düzenleyen sözleşmeler de yürürlükte olmaktadır. Bu şartlar değerlendirildiğinde, Adalet Bakanlığının 1.3.2008 tarihli 63 I sayılı Genelgesi'ne göre, yürürlükteki ikili anlaşma veya çok taraflı sözleşmelerden hangisi tebligatın daha basit, kolay ve etkin yöntemle yapılmasına imkân tanıyorsa[69], tebligatın o ikili anlaşma veya çok taraflı sözleşme hükümlerine göre yapılması gerekmektedir.

63 I sayılı Genelge'de, ayrıca, "Bununla birlikte, çok taraflı sözleşmelerde, tebligatın yetkilendirilmiş makamlar yolu ile daha gelişmiş bir sistem içinde yapılması hususu da dikkate alınarak, pratikte kolaylık sağlaması bakımından, Türkiye ile tebligatın yapılacağı devlet arasında aynı zamanda ikili anlaşma ve çok taraflı sözleşme varsa, kural olarak çok taraflı sözleşmenin uygulanması; ancak ikili anlaşmada çok taraflı sözleşmelere nazaran tebligatı kolaylaştıran ayrı ve özel bir hükmün bulunması halinde ikili anlaşma hükümlerinin uygulanması; tereddüt halinde de yine ikili anlaşmaya göre işlem yapılmasının daha uygun olacağı düşünülmektedir"denilerek meseleyi çözüme bağlamaktadır[70].

---

[69] Nomer, s. 227; Sakmar, s. 25; karş. Moroğlu/Muşul, s. 118, dipnot 174. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şanlı, s. 176, 177.

[70] Adalet Bakanlığı'nın 17.3.1980 tarihli Tebliği'nde çok taraflı anlaşma ve iki taraflı anlaşmanın karşı karşıya gelmesi halinde, çok taraflı anlaşma hükümlerine öncelik tanınacağı; ancak iki taraflı anlaşmada çok taraflı anlaşmadan ayrı ve özel bir hüküm söz konusu ise, iki taraflı anlaşmanın –tereddüt halinde yine iki taraflı anlaşmanın- uygulanacağı belirtilmiştir; ancak burada yer alan "ayrı ve özel hüküm" ile neyin kastedildiği açık değildir ve bu yorum tarzı, daha basit usuller öngören anlaşmalara taraf olma arzu ve iradesine aykırıdır, Şanlı, s. 176. 17.3.1980 tarihli Tebliğ'in 3. kısmının I. fıkrasında düzenlenen ve iki taraflı anlaşmalar karşısında çok taraflı anlaşma düzenlemesinin tercihen uygulanacağına yer veren prensibin doğru olmadığı gibi, amaca da uygun olmadığını belirten görüş için bkz. Sakmar, s. 25; Şanlı, s. 176; Çelikel/Erdem, s. 475; Nomer, s. 277. 17.3.1980 tarihli Tebliğ'deki yorumdan, 21.9.1995 tarihli Genelge ile vazgeçildiği ileri sürülmektedir; bkz. Şanlı, s. 176-177.

b. 1954 Tarihli ve 1965 Tarihli Çok Taraflı Tebligat Sözleşmeleri

Yabancı ülkeye gönderilen tebligat, ikili sözleşmelerin yanı sıra iki temel sözleşme ile sistematize edilmeye çalışılmıştır[71] [72]. Bu sözleşmelerden en eskisi 1.3.1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi'dir. Bu sözleşmeyi, 15.11.1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Tebligat Sözleşmesi takip etmektedir[73].

Yabancı bir kamu otoritesine karşı açılmış bir davada, hukuki veya ticari bir konu söz konusu ise, o halde ya 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi ya da 1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi geçerlidir (Lahey Tebligat Sözleşmesi)[74]. Bu sözleşmeler, bir belgenin (1954 tarihli Sözleşme) ya da adli veya gayri adli bir belgenin (1965 tarihli Sözleşme) tebligat amacıyla yurt dışına gönderilmesini düzenleyen ilgili birinci maddeleri doğrultusunda uygulanacaktır. 1954 tarihli Sözleşme'nin 4. maddesi ve 1965 tarihli Sözleşme'nin 13. maddesi uyarınca, tebligat talebinin yerine getirilmesi, talepte bulunulan devletin, bu talebi egemenlik haklarını veya güvenliğini tehdit etmeye müsait bulması halinde reddedilebilir[75].

---

[71] Rahlf/Gottschalk, s. 303 vd.; Schack, Einheitliche und zwingende Regeln der internatonale Zustellung, Festschrift für Geimer, München 2002, s. 831 vd., (kısaltma: Festschrift für Geimer).

[72] Türkiye'nin taraf olduğu ve uluslararası tebligata ve sair hususlara ilişkin hükümler içeren sözleşmeler için bkz. Çelikel/Şanlı, s. 117-118.

[73] Ayrıntılı bilgi ve taraf devletlerin listesi için bkz. Şanlı, s. 173. Ancak doğrudan muhaberatı öngören, Lahey Hukuk Usulü Sözleşmesi uyarınca yapılan hukuki iş ve işlemlerin daha da kolaylaştırılmasına dair iki taraflı sözleşmeler de dikkate alınmalıdır; buna Almanya ile Fransa, Belçika, Danimarka, Lüksemburg, Hollanda, Norveç, Avusturya, İsviçre ve İsveç arasındaki ikili sözleşmeler örnek gösterilebilir; Treibmann, Die Vollstreckung von Handlungen und Unterlassungen im europäischen Zivilrechtsverkehr, München 1994, s. 93. Bazı devletlerle (örn. Danimarka, İsveç, Avusturya, İsviçre, Hollanda, Fransa) çok taraflı sözleşmeler, ilgili devletlerde tebligatı genelde bu sözleşmelere göre geniş ölçüde daha da kolaylaştıran iki taraflı sözleşmeler ile tamamlanmaktadır; krş. 1965 tarihli Lahey Tebligat Sözleşmesi'nin 11. maddesi. Başka devletlerle (örn. Avustralya, Kanada) olan ilişkilerde, sadece iki taraflı adli yardım sözleşmeleri geçerlidir; Brödermann/Rosengarten, s. 178.

[74] Dahlhoff, s. 321.

[75] "Almanya'da geçerli olan durumda, olası bir yabancı karardan (örn. ağır cezai tazminat içeren bir Amerika Birleşik Devletleri mahkemesi kararından) dolayı kamu düzeninde korkulacak bir sınırlandırma veya tehdit tebligatın reddedilmesine yol açamaz; ilk olarak yargılamanın sonucu beklenmelidir; ikinci olarak bu tür bir kararın icra edilmesi, Alman kamu düzenine aykırılık nedeniyle icra şartına -Medeni Usul Kanunu § 732 uyarınca- karşı konulması nedeniyle engellenebilmektedir", Dahlhoff, s. 321.

Uygulamada, 1965 tarihli Lahey Tebligat Sözleşmesi, Avrupa Birliği bölgesi dışında bulunan yurt dışındaki tebligatların en önemli hukuk kaynağını teşkil etmektedir[76]. Avrupa Birliğine üye ülkeler dışında kalan ülkelerde, resmî ve bunun dışında kalan belirli gayriresmî belgelerin tebliğinde 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi uygulanmaktadır. Avrupa Birliği'nin Tebligat Tüzüğü düzenlemelerinden önce, belgelerin adli yardım yoluyla tebliği, çoğu Avrupa Birliğine üye devletler ve EFTA (Avrupa Serbest Ticaret Birliği) devletleri arasında 15 Kasım 1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi (Lahey Tebligat Sözleşmesi) uyarınca gerçekleştirilmekteydi[77].

1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesine kıyasen, 1965 tarihli Lahey Tebligat Sözleşmesi ile getirilen en büyük yenilik, diplomatik yolu ortadan kaldırması; uzun süren diplomatik yol yerine, çok daha hızlı ve pratik bir yol benimsenmiş olmasıdır[78].

1965 tarihli Lahey Tebligat Sözleşmesi'nin 2. maddesi uyarınca sözleşmeye taraf her devlet, başka bir sözleşmeye taraf devletten belgelerin tebliğ edilmesi için başvuruları kabul eden ve bu tebligatları kendi devletinde Lahey Tebligat Sözleşmesi'nin 5. maddesi uyarınca tebliğ eden veya tebliğ edilmesini sağlayan bir merkezi devlet makamı tayin etmektedir; yani tebligat işlemi, tebligatı gönderen devletin (Zustellungsstaat) merkezi resmî makamı üzerinden yürütülmektedir (md. 2, md. 5).

Adli yardım işlemlerinde tebligat konusunda doğrudan devlet makamları arasında işlemlerin gerçekleştirilmesine karar vermiş olan 2000/1348 sayılı Tebligat Tüzüğü'nden farklı olarak, Lahey Tebligat Sözleşmesi, sadece 'ikinci en hızlı' gönderim yolu olan makam işlemini öngörmektedir[79]. Sözleşmede 'makam işleminden' söz edilmektedir, zira ilgili mahkemenin ülkesinden yapılan tebligat talebi, üye devletler tarafından Sözleşme madde 2 uyarınca kurulacak olan ve çoğu üye devlet tarafından Bakanlık düzeyinde (örn. Adalet Bakanlığı'nda) oluşturulan bir 'merkezi devlet makamına' hitaben gönderilecektir[80]. Türkiye'nin merkezi makamı, Adalet Bakanlığı'na bağlı olan Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'dür[81]. Merkezi makam yoluyla yapılan işlemin adli yardım ilişkileri için oldukça

---

76 Brödermann/Rosengarten, s. 178.

77 Treibmann, s. 93.

78 Çelikel/Erdem, s. 469.

79 Lang, s. 305.

80 Pfenning, Die Internationale Zustellung in Zivil- und Handelssachen, 1988 Köln, s. 64; Lang, s. 305.

81 Bu konudaki eleştiriler için bkz. Ruhi, s. 535.

hızlı ve düzenli olmasının sebebi, müracaat edilen devletin merkezi devlet makamının, tebligatı kendisinin gerçekleştirmesi veya iç hukuk uyarınca yetkili olan devlet makamları tarafından gerçekleştirilmesini sağlaması ve talepte bulunan mahkeme devletinin talebini hangi şekilde ve hangi devlet makamı aracılığıyla başvuruda bulunulan devletin merkezi devlet makamına göndereceğinin tespit edilmiş olmamasıdır[82]. Ancak Almanya Federal Cumhuriyeti'nin bazı sözleşme ülkeleri ile sürdürdüğü ilişkide, daha ileri kapsamlı, daha kolaylaştırılmış olan, iki taraflı sözleşmeler nedeniyle merkezi makam işlemi yerine doğrudan devlet makamı yolu geçerlidir; yani böyle bir sözleşmenin mevcudiyeti durumunda tebligat talebi doğrudan tesellüm devletinde tebligattan sorumlu devlet makamına gönderilebilmektedir[83].

Tebligat, tebligatı gönderen devletin öngördüğü şekilde hazırlanmaktadır. Ancak tesellüm eden devletin hukuku ile talep edilen özel bir form kararlaştırılmış ise, bu usulün kullanılması da mümkün kılınmıştır (md. 5 I). Gönderen devletin makamı, md. 5 I'e göre gönderilecek belgenin, tesellüm eden devletin resmî diline tercümesini talep edebilir veya bu dilde yazılmasını isteyebilir; örneğin bir akid devleti (örn. Almanya Federal Cumhuriyeti kendisine ulaşan talepler için) bir bildiri şeklinde, Lahey Tebligat Sözleşmesi'nin uygulama alanına giren resmi tebligatlarda daima tebliğ edilecek belgenin tercümesini talep ettiğini beyan etmiş ise, Alman tebligat organları uluslararası hukuk bakımından, tebligat talebine haciz belgesinin bir tercümesini eklemekle yükümlüdürler[84]; başka bir farazi örnekte ise, Türkiye'den tercüme talep edilmişse, resmî dil Türkçe olduğu için buna göre tercüme yapılması gerekecektir (md. 5 III).

Sözleşmede, tebligatın özel bir teslim şekli bulunmamaktadır (md. 5 II); teslim alacak kişinin, kendine yapılan tebligatı kabule hazır olduğu düşünülmektedir. Resmî makam ve tesellüm eden devletin makamı tarafından talep edilirse, bir tebligat evrakı (Zustellungszeugnis) da düzenlenebilir. Sözleşmeye göre tebligatın reddi madde 13'te düzenlenmiştir, ancak bu durum istisnai olarak tanımlanmaktadır. Şayet tesellüm eden devlet, tebligatın kendi egemenlik haklarını veya güvenliğini tehlikeye düşürecek olduğuna karar verirse, tesellümden kaçınabilir. Misal olarak, devlet bu durumla birlikte kendi münhasır mahkemesinin yetkisini devretmek zorunda kalıyorsa bu durum geçerli olabilmektedir.

Bir akid devletin merkezi devlet makamı tarafından gerçekleştirilen bu tebligat, 1965 tarihli Lahey Tebligat Sözleşmesi'nin esas olarak izin verdiği,

---

82 Bkz. Lahey Tebligat Sözleşmesi md. 5. Ayrıca karş. Bischof, Die Zustellung im internationalen Rechtsverkehr in ZİvIl- und Halndelssachen, Zürich 1997, s. 264.

83 Lang, s. 306.

84 Götz/Hök, s. 307. Krş. Lahey Tebligat Sözleşmesi madde 5 II.

ancak çok zaman alan diplomatik yollarla veya konsolosluk yoluyla tebligatı büyük ölçüde arka plana itmiştir[85]. Bir belgenin posta yoluyla doğrudan gönderimi, Lahey Tebligat Sözleşmesi'nin 10 a maddesi uyarınca esas olarak yasaldır. Ancak Almanya ve Türkiye, madde 10'da öngörülen itiraz hakkını kullanmıştır[86]: Almanya Federal Cumhuriyeti kendi milli toprakları içerisinde tebligatlar ile ilgili olarak Lahey Tebligat Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenlenen diplomatik yollarla veya konsolosluk yoluyla tebligata karşı, ayrıca Lahey Tebligat Sözleşmesi'nin 10. maddesinde düzenlenen başka tebligat şekillerine karşı itirazını beyan etmiştir; bu hususta 1977 tarihli Alman Resmi Gazetesi sayfa 3105'te yayınlanan 22.12.1977 tarihli Uygulama Kanunu'nun[87] 6. maddesi ile karşılaştırma yapmak gerekmektedir[88]. Şayet uluslararası hukuk ile ilgili düzenlemeler mevcut değil ise, yurt dışında tebligat düzenli olarak şekle bağlı olmayan tarz ve surette gerçekleştirilmek zorundadır; bu da Almanya'da, çoğu zaman yurt dışındaki Alman Konsolosluklarının yardımını alarak tebliğ edilecek belgenin -şayet teslim alacak kişi, bu belgeyi almayı kabul ediyor ise- alıcıya basit bir şekilde teslim edilmesi suretiyle gerçekleştirilmektedir[89].

V. 1393/2007 SAYILI AVRUPA BİRLİĞİ TÜZÜĞÜ

1. Avrupa Birliği'nin Yeni Tebligat Düzenlemesindeki Hedefleri

Avrupa Birliği, içinde kişilerin serbestçe dolaşımının güvence altına alındığı bir özgürlük, güvenlik ve hukuk alanı elde etmeyi ve bu alanı geliştirmeyi amaçlamaktadır; bu nedenle Topluluk, bu alanın kademeli olarak oluşturulmasına yönelik olarak, özetle hukuki konularda adli işbirliği alanında ortak pazarın sorunsuz faaliyet göstermesi amacıyla gerekli önlemleri almaktadır[90].

---

85 Brödermann/Rosengarten, s. 178.

86 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 31.10.1997, E. 10073/K. 11618 için bkz. Çelikel/Nomer, Devletler Hususi Hukuku, Örnek Olaylar-Mahkeme Kararları, 9. Basım, İstanbul 2008; s. 511 vd.; Treibmann, s. 94; Campbell, s. 85.

87 Gesetz zur Ausführung des Haager Übereinkommens vom 15. November 1965 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen und des Haager Übereinkommens vom 18. März 1970 über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen. Yasa 22.12.1977 tarihinde uygulamaya girmiş olup, 10.12.2008 tarihinde değiştirilmiştir.

88 Brödermann/Rosengarten, s. 178.

89 Brödermann/Rosengarten, s. 178.

90 1393/2007 sayılı Tüzük, Giriş bölümü paragraf 1.

7.2.1992 tarihli Maastricht Anlaşması md. 1 VI'ya göre, adli konularda işbirliği, beraberinde birçok menfaati de getirmektedir. Buradan ve Avrupa Birliği Kurucu Sözleşmesi md. 220'den hareketle, bağımsız bir sözleşme hazırlanması fikri ortaya çıkmış, ön çalışmalar sonucunda, 26.5.1997 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelere Yönelik Hukuki Düzenleme[91] hazırlanmıştır. Ancak bu hazırlık düzenlemesi, Avrupa Birliği içinde tebligatlarla ilgili oluşan problemleri çözmekte yetersiz kalmış[92], bu nedenle yeni bir düzenlemeye gidilmiştir. Yeniden başlatılan çalışmalar sonucu, Avrupa Birliği'nde tebligata yön veren yeni ve esas düzenleme, Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Tebliğine İlişkin Tüzük olarak sunulmuştur[93].

29 Mayıs 2000 tarihli ve 1348/2000 sayılı Tüzük, hukuki ve ticari konularda adli ve gayri adli belgelerin tebliğine ilişkin Avrupa Birliği düzenlemelerini içermekteydi[94]. 1348/2000 sayılı Tüzük, Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Tebliğine İlişkin 13 Kasım 2007 tarih ve 1348/2000 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü'nün Kaldırılmasına dair 1393/2007 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Mülga 1348/2000 sayılı Tebligat Tüzüğü, uygulama alanı açısından Avrupa Birliğine üye devletler arasında, 1965 tarihli Lahey Tebligat Anlaşması'nın ve 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi'nin yerini almış idi[95]. Ancak, bu durum tüm üye ülkeler için geçerli değildi; zira Danimarka istisna olarak kalmıştı.

Mülga Tüzük nerdeyse tamamıyla, 1997 tarihinde çıkartılan ve yürürlüğe girmemiş olan Avrupa Tebligat Anlaşması'na dayanmakta; yapı itiba-

---

91 ABl. EG C-261, 27.8.1997; Rechtsakt des Rates vom 26. Mai 1997 über die Ausarbeitung des Übereinkommens über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

92 Gottwald, Sicherheit vor Effizienz?-Auslandszustellung in der Europäischen Union in Zivil- und Handelssachen, Festschrift für Schütze, München 1999, s. 225.

93 Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates über Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- und Handelsachen in den Mitgliedstaaten/EuZVO. Ayrıca bkz. Kropholler, s. 701 vd.. Avrupa Tebligat Hukukundaki gelişmeler için bkz. Kaplan, s. 199 vd..

94 Mülga Tüzüğün Türkçe metni için bkz., Deliduman, Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Evrakın Tebliğine İlişkin Avrupa Birliği Konseyi'nin 2000/1348 Sayılı Tüzüğü, MHB, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, Y. 19-20, S. 1-2, 1999-2000, İstanbul 2001, s. 249 vd., (kısaltma: Çelikel'e Armağan).

95 Musielak, s. 2731, 2732; Sujecki, Entwicklung des Europäischen Privat- und Zivilprozessrechts in den Jahren 2008 und 2009, EuZW 2010, s. 448 (Zivilprozessrecht).

riyle büyük ölçüde Lahey Tebligat Anlaşması'na bağlı kalmaktaydı; bunun yanında yeni olan düzenlemeler, 4. ve devamı maddeleri uyarınca doğrudan yapılacak resmi makam işlemleri ile doğrudan posta yoluyla tebligat yapma imkânıydı (madde 14)[96].

Uluslararası Tebligat Hukuku'nun uyumlaştırılmasına yönelik çabalara rağmen mülga Tüzük, üye devletler için öngörülen, ancak yine uygulamada hukukun bölünmesine yol açan çok sayıda seçeneği içermekteydi (madde 9, 14, 15)[97]. Mülga Tebligat Tüzüğü, metin (metnin tümü değil; ancak kısmen) bakımından da önemli eleştiriler almıştı; özellikle Tüzük'ün 8. ve 14. maddeleri tercüme talepleri ve teslim alacak kişinin tebligat teslimini reddetme hakları bakımından birçok problem söz konusu olmaktaydı; öyle ki bu durum Komisyon tarafından yaptırılan hukuki bir araştırmanın sonuçları ile de teyit edilmiştir[98]. Avrupa Komisyonu bu nedenlerden dolayı, mülga Tebligat Tüzüğü'nün çeşitli bölümlerini sonradan düzeltmiş, ancak daha sonra açıklık ve anlaşılırlık bakımından 1348/2000 sayılı mülga Tüzük'ü yürürlükten kaldırarak, bu Tüzük yerine 1393/2000 sayılı yeni Tebligat Tüzüğü'nü uygulamaya koymuştur[99].

2. Avrupa Birliği'nin Yeni Tebligat Düzenlemesi

Avrupa Birliği'nin 1393/2007 sayılı Tüzüğü, 13.11.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Tüzük'ün amacı, hukuki konularda adli prosedürün etkinliği ve hızı için adli ve gayri adli evrakın, üye ülkeler tarafından işaret edilen yerel makamlar arasında doğrudan doğruya ve mümkün olan en kısa yoldan gönderilmesinin gerçekleştirilmesidir (Tüzük Giriş bölümü paragraf 6). Tüzük'ün etkin olmasını sağlamak için, evrakın tebliğinden kaçınma halleri istisnai hallerle sınırlandırılmıştır (Tüzük Giriş bölümü paragraf 10). Tüzük'e göre, gönderilen belgelerin uygun şekilde muhafaza altına alınmasını zorunlu olması hususu, Avrupa Parlamentosu'nun ve Avrupa Konseyi'nin Kişisel Dokümanların ve Serbest Doküman Ulaşımının Düzenlenmesinde Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin 24 Ekim 1995 tarih ve 95/46/EG sayılı Yönergesi ile Telekomünikasyon Alanında Kişisel Dokümanların Düzenlenmesine ve Kişisel Alanın Korunmasına İlişkin 12 Temmuz 2002 tarih ve 2002/58/EG sayılı Yönerge'ye göre düzenlenecektir (Tüzük Giriş bölümü paragraf 24).

---

96 Musielak, s. 2731.

97 Musielak, s. 2731, 2732.

98 http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc/study_ec1348_2000_en.pdf, 15.06.2010.

99 Sujecki, Die reformierte Zustellungsverordnung, NJW 2008, s. 1628, (kısaltma: NJW); Musielak, s. 2731.

1397/2007 sayılı Tüzük, eski Tüzük gibi, bir Avrupa Birliği üyesi ülke ile diğer bir Avrupa Birliği üyesi ülke arasındaki tebligatlarda kullanılmaktadır. Bu Tüzük, Avrupa Birliği'nin ikincil hukukuna dâhil olmaktadır. Avrupa ikincil hukuku (Europäisches Sekundärrecht), Avrupa Adalet Divanı'nın içtihadından sonra Avrupa Birliği'nin yeknesak yapısı içinde yer almaktadır[100].

1397/2007 sayılı Tüzük'ün 1. maddesine yeni eklenen III. fıkrasında, Tüzük'ün uygulanacağı üye devletler kavramı içerisinde Danimarka'nın bulunmadığı belirtilmiştir. Avrupa Birliği Kuruluş Sözleşmesinin 65. maddesi temeline dayanan hukuki çalışmalara iştirak etmeyen Danimarka, mülga Tebligat Tüzüğü'ne taraf değildi[101]. Avrupa Birliği ile Danimarka arasında 19.10.2005 tarihinde akdedilmiş olan Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Tebliğine Dair Sözleşme[102] 1.7.2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir[103]. Bu yönden Tüzük'ün, birleştirici bir yapısı olduğunu söyleyebiliriz; zira Danimarka uygulamada olan birçok Tüzük'e katılmayı uygun bulmamaktadır.

1397/2007 sayılı Tüzük Giriş bölümü paragraf 23'e göre, karşılıklı veya çok taraflı anlaşma veya sözleşmeleri, bilhassa 27 Eylül 1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu'nu ve 15 Kasım 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi'ni imzalamış olan üye ülkeler arasındaki ilişkilerde, bu Tüzük (burada Tüzük'ün anlaşma veya sözleşmelerin düzenlediği alanlarla aynı konulardaki düzenlemeleri kastedilmektedir) öncelikle uygulanacaktır. Üye ülkeler, Tüzük ile uyumlu olduğu sürece, evrakların gönderilmesinin hızlandırılması veya basitleştirilmesine ilişkin anlaşma veya sözleşmeleri muhafaza etmekte veya yenisini akdetmekte serbesttir.

Avrupa Birliği'nin yeni tebligat düzenlemesi olan 1397/2007 sayılı Tüzük'te, her iki Lahey Sözleşmesi'nde ve Türkiye ile Almanya arasında yapılmış olan sözleşmede geçerlilik alanı (sachliche Anwendungsbereich)[104]

---

[100] Avrupa Adalet Divanı 22.10.1987 tarihli, 314/8 esas numaralı kararı. İçtihadı Birleştirme Kararı Nr. 1987, s. 4199, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61985J0314:DE:HTML. Karar için ayrıca bkz. Lehr, Einsweiliger Rechtsschutz und Europaeische Union, Heidelberg 1997, s. 573.

[101] Bkz. Avrupa Birliği Kuruluş Sözleşmesi madde 69.

[102] ABl. (AB) 2005 L 300 s. 53.

[103] ABl. (AB) 2007 L 94 s. 70.

[104] Bu kullanım alanı dışında Alman Hukukunda yer bakımından (ortliche Anwendungsbereich) ve zaman bakımından geçerlilik alanı (zeitliche Anwendungsbereich) kavramları mevcuttur. Ortliche Anwendungsbereich kavramı ile yer bakımından sözleşmenin geçerli olacağı alan belirlenmektedir. Zeitliche Anwendungsbereich kavramı ise, sözleşmenin uygulamaya giriş tarihini esas alarak, sözleşmenin zaman olarak uygulanacağı dilimi belirlemektedir.

olarak hukuki ve ticari konular belirlenmiştir[105]. Bu hal, Almanya'nın iki taraflı sözleşme imzaladığı diğer ülkelerde için de aynı şekilde geçerlidir[106]. 1397/2007 sayılı Tüzük'e göre, hukuki ve ticari konularda adli veya gayri adli bir evrakın tebliğ amacıyla bir ülkeden başka bir ülkeye gönderilmesi esas alınmaktadır. Aynı düzenleme 1348/2000 sayılı mülga Tüzük'te de bulunmaktaydı. Ancak yeni Tüzük'te bu kapsama daha da açıklık getirilerek, Tüzük'ün vergi ve gümrük işlerine dair hallerde, devletin sorumluluğunda egemenlik haklarının kullanıldığı işlemlerde (acta iure imperii) veya kaçınmalar (Unterlassungen)[107] gibi İdare Hukuku meselelerinde uygulanmayacağı belirtilmiştir[108]. Bu düzenleme ile 1397/2007 sayılı Tüzük, 805/2004 sayılı Tüzük[109] madde 2 ile uyumlu bir hale getirilmiştir. Tüzük'ün uygulanabilmesi için alacaklının adresinin belirli olması gerekmektedir (md. 1 II). Düzenleme 1348/2000 sayılı mülga Tüzük'te de aynı şekilde ele alınmış idi.

Tüzük'e göre, her üye ülke, diğer üye ülkede tebliğ edilecek adli veya gayri adli evrakı göndermeye yetkili olan ve "gönderen makamlar" olarak adlandırılan resmi mercileri, resmi şahısları ve diğer şahısları belirlemektedirler; aynı şekilde, her üye ülke, diğer üye ülkeden gelen adli veya gayri adli evrakı kabul etmek üzere yetkili olan ve tesellüm makamı olarak adlandırılan resmi mercileri, resmi şahısları veya diğer şahısları belirlemektedir (md. 2). Gönderen makam ve tesellüm makamı, her iki işlevi de yerine getirmek üzere yapılanan tek bir makam olabilir veya iki ayrı makam şeklinde oluşturulabilir; bu durum, üye devletlerin inisiyatifine bırakılmış bir hususdur (md. 2). Yeni Tüzük'ün 2. maddesinde ele alınan düzenlemeler, 1348/2000 sayılı mülga Tüzük'te de aynı şekilde belirtilmişti.

Tüzükler, adli işbirliğinin bir parçası olarak, Avrupa Birliği bölgesi içerisinde sınır ötesi tebligatları ve delillerin ikamesindeki işbirliğini

---

[105] Bkz. 1348/2000 sayılı (mülga) Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Tebliğine İlişkin Tüzük'ün 1. maddesi; 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi'nin 1. maddesi; 1965 tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Adlî ve Gayri Adlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Sözleşme'nin 1. maddesi; Türkiye ile Almanya arasındaki sözleşmenin 9. maddesi.

[106] Örnek olarak bkz. Almanya ile Yunanistan arasındaki sözleşmenin 1 I. maddesi; Almanya ile Tunus arasındaki sözleşmenin 8. maddesi; Almanya ile Fas arasındaki sözleşmenin 3 I. maddesi; Almanya ile Birleşik Krallık arasındaki sözleşmenin 1. maddesi.

[107] Ayrıntılı bilgi için bkz. Pürselim Doğan, Avrupa Birliği Tüzükleri Çerçevesinde Avrupa İcra Hukuku, yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009 İstanbul, s. 197, 204.

[108] Tüzük madde 1, yeni hali ile uygulama alanının açıklığa kavuşturulmasına yönelik bir düzenleme içermektedir.

[109] Ayrıntılı bilgi için bkz. Pürselim Doğan, s. 107.

kolaylaştırmaktadır[110]. 1397/2007 sayılı Tüzük, üye devlerde kurulmuş olan gönderen makamları ve tesellüm makamları arasında, doğrudan ve mümkün olan en kısa süre içerisinde bir gönderme usulünü uygulamaya koymuştur (md. 2, 4). Belgelerin gönderilme usulü, doğrudan gönderen makamı (Übermittlungsstelle) ile tesellüm makamı (Empfangsstelle) arasında olmaktadır (md. 4). Gönderilen belgeye, herhangi bir onay veya buna benzer formalitelere gerek duyulmadan ekteki matbu forma göre düzenlenecek bir talep eklenmektedir. Matbu form, tebligatı alan ülkenin resmi dilinde; şayet o ülkede birden fazla resmi dil var ise, tebliğin yapılması gereken yerin resmi dilinde veya dillerinden birinde veya tebligatı alan ülkenin kabul ettiği başka bir dilde doldurulur. Her ülke, matbu formun doldurulması için geçerli kabul ettiği resmi dili veya bu diller dışında kalan resmi dil veya dilleri Avrupa Birliği'ne bildirmekle yükümlüdür (md. 4).

Tesellüm makamı, Tüzük'e uygun şekilde hazırlanmış belgenin tebligatını onaylamaktadır. Tesellüm makamının tebliğ edilen belgenin usulünü bu şekilde onaylamasıyla belgenin gönderilme şeklini kendi hukukuna göre veya en azından kendi hukukuna eş değer olacak şekilde geçerli kılması mümkün olmaktadır (md. 7). Tüzük madde 7 II b'de, tesellüm makamı ayrıca, gönderim makamı farklı bir uygulama biçimini öngörmez ise, (ve) tebligatın uygun bir süre içerisinde yapılması mümkün ise, belgenin tebligatı için gerekli olan bütün aşamaları yerine getirir, denilmektedir. Bu değişiklikle, tebligat talebi işlemlerinin hızla tamamlanmasına hizmet edilmeye çalışılmıştır[111].

Gönderen makam, şayet belge, Tüzük madde 8'deki dillerden birinde düzenlenmemiş ise, karşı tarafın tebellüğden kaçınabileceğini, belgeyi tebliğ edilmek üzere tevdi eden davanın ilgililerine bildirmektedir. Görüldüğü üzere, bu konuda yeni Tüzük ile mülga Tüzük arasında büyük bir fark ortaya çıkmamaktadır.

Madde 8'de, belgenin, belirtilen dillerden bir tanesinde düzenlenmemiş olması durumunda veya belgenin belirtilen dillerden bir tanesine tercümesi ekli değil ise, belgeyi tesellüm makamına bir hafta içerisinde geri gönderebileceği hususuna yönelik bir değişiklik yapılmıştır: teslim alacak kişi, belgenin teslim alınmasını fıkra I'e uygun olarak reddetmiş ise, tebligat, teslim alacak kişiye, Tüzük'e uygun olarak belgenin fıkra I'de öngörülen dillerden bir tanesine tercümesi ile birlikte tebliğ edilmesi suretiyle sağlanabilir; bu durumda belgenin tebliğ tarihi, tesellüm eden üye devletin hukukuna uygun olarak belgenin tercümesi ile birlikte tebliğ edildiği tarihtir, şeklinde yenilen-

---

110 Kropholler, s. 592 vd..

111 Musielak, s. 2731; Rösler/Siepmann, Die geplante Reform der europäischen Zustellungsverordnung – Chancen und Versäumnisse, Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW) 2006, s. 514.

miştir (Madde 8 III). Ancak üye ülkenin hukukuna göre, bir belge belirli bir süre içerisinde tebliğ edilmek zorunda ise, o halde başvuru sahibi bakımından tebligat tarihi olarak, Tüzük madde 9 II'ye göre hesaplanan gün, yani birinci belgenin tebliğ edildiği gün belirleyicidir olacaktır. Madde 8 fıkra I, II ve III, adli belgelerin Tüzük 2. Bölüme uygun olarak iletilmesi ve tebliğ edilmesi hususunda da geçerli olacaktır. Madde 8 fıkra I'deki amaçlar aşağıdaki durumlarda geçerlidir: Tebligat madde 13'e uygun olarak diplomatik veya konsolosluk temsilcilikleri aracılığıyla ya da madde 14'e uygun olarak resmi bir makam veya bir kişi aracılığıyla sağlanacak ise, o halde diplomatik veya konsolosluk temsilcilikleri veya tebligatı yapan resmi makam veya kişi, teslim alacak kişiyi belgenin teslim alımını reddedebileceği ve teslim alımı reddedilen belgelerin bu temsilciliklere veya resmi makamlara veya kişilere iletilmek zorunda olduğu hususunda bilgilendirecektir.

Tüzük madde 8 yeni metinde, tebligatın tesellümünü red için sadece bir haftalık standart bir süre tanımakla kalmamakta, bilakis tebligatı redde ilişkin ihtarın, müstakil bir form (Ek II) üzerinde yapılmak zorunda olduğunu belirlemektedir. Ek bir formun kullanılması, diğer maddelerde redaksiyonel (yazı işlerine yönelik) değişikliklerin yapılmasını gerektirmiştir ki, bunun sonucunda Tüzük'ün yeniden düzenlenmesi icap etmiştir[112]. Madde 8 II, tebliğ edilecek belgenin tercümesinin eksik olması durumunda, artık bunun sonradan yapılabileceğini (Avrupa Adalet Divanı içtihatlarına uygun olarak) öngörmektedir[113]. Tüzük madde 8'de yer alan düzenlemenin, esas olarak Tüzük'ün ikinci bölümüne göre yapılacak tebligatın, aynı maddenin 4. fıkrası kapsamına alınması da önemli bir husustur; böylece posta yoluyla yapılan tebligatın, adli yardım yoluyla yapılan tebligat ile aynı ihtar ve tebligatın tesellümünü red koşullarına tabi olduğu özellikle açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır[114].

Tüzük kapsamında diğer bir değişiklik, madde 9 III'te yer almaktadır. Buna göre, madde 9 fıkra I ve II, adli belgelerin Tüzük 2. bölüme uygun olarak iletilmesi ve tebliğ edilmesi hususunda da geçerli olacaktır.

Tüzük madde 11 II b, tebligat için özel bir usulün seçilmesinden dolayı ortaya çıkan harcamaları konu almaktadır. Buna göre, tebligat işlemine

---

[112] Heß, Rechtspolitische Überlegungen zur Umsetzung von Art. 15 der Europäischen Zustellungsverordnung - VO (EG) Nr. 1393/2007; IPRax 2008, s. 477, (kısaltma: Verordnung); Musielak, s. 2731.

[113] Heger, s. 436; Musielak, s. 2731, 2732; Sujecki, NJW, s. 1629; Sujecki, Das Übersetzungserfordernis und dessen Heilung nach der Europäischen Zustellungsverordnung, Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 8. November 2005, ZEuP 1/2007, s. 353, (kısaltma: Zustellungsverordnung).

[114] Musielak, s. 2732; karş., Rösler/Siepmann, s. 512.

resmi bir memurun ya da tesellüm eden üye devletin hukukuna göre yetkili olan başka bir kişinin iştirak etmesinden dolayı oluşan harcamalar, bu üye devlet tarafından belirli bir orana uyma ve ayrımcılık yapmama ilkelerine uygun olarak önceden tespit edilmiş olan sabit bir harca veya standart ücrete tabi olmak zorundadır. Üye devletler, komisyona ilgili sabit harç ve ücretleri bildireceklerdir. Tüzük madde 11 II'nin sonuna, yabancı tebligat şahıslarının masraflarının sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenleme eklenmiştir. Bu düzenleme, bazı üye devletlerde (örn. Fransa'da) meydana gelen yüksek ve önceden tahmini zor olan icra memuru masrafları nedeniyle gerekli olmaktadır[115]. Bunun dışında yeni Tüzük'ün 9., 14. ve 15. maddeleri, üye devletlerin ihtiyat kaydı ve Tüzük harici hareket etme ihtimallerini ortadan kaldırmakta ve böylece meydana gelen hukuki bölünmeyi gidermeye yönelik önemli bir katkıda bulunmaktadır[116].

Tüzük Bölüm 2, adli belgenin tebliği ve gönderilmesinin "diğer şekillerini" düzenlemiştir. Diğer şekiller ile kastedilen Konsolosluk veya Diplomatik Yolla Gönderme (md 12); Evrakların Diplomasi Memurları veya Konsolosluk Temsilcileri Aracılığı ile Tebliği (md. 13); Posta ile Tebliğ (md. 14) ve Doğrudan Doğruya Tebliğ (md. 15)'dir. Buna göre, her üye ülke, istisnai durumlarda adli bir belgeyi diğer ülkenin madde 2 veya madde 3'e göre belirlediği makamlarına konsolosluk veya diplomatik yolla göndermekle serbesttir. Her üye ülke, diğer üye ülkede yerleşim yeri olan kimselere adli belgeyi zor kullanmaksızın, kendi diplomasi memurları ve konsolosluk temsilcileri aracılığı ile doğrudan doğruya tebliğ ettirmekte özgürdür. Ancak her üye ülke, gönderen ülkenin, kendi vatandaşlarına tebliğ edilecek belge haricinde, bu tür bir tebliğin kendi egemenlik sınırları içerisinde caiz olmadığını Tüzük madde 23 I'e göre bildirebilir. Yeni Tüzük, posta yolu ile tebligatta küçük bir değişikliğe gitmiştir. Yeni Tüzük'e göre, başka bir üye ülkede yerleşim yeri olan kimselere adli belgeyi doğrudan doğruya posta aracılığı ile tebliğ ettirmek, üye ülkelerin kendi tasarrufundadır. Benzer bir değişiklik doğrudan doğruya tebligat için de geçerli olmaktadır. Buna göre, adli belgeleri alan üye ülkenin resmi nitelikteki personelleri, memurları veya yetkili diğer şahısları aracılığıyla yargılama usulünün taraflarına doğrudan doğruya tebliğ ettirildiği haller, Tüzük kapsamı içerisinde değerlendirilmemektedir.

---

[115] Sujecki, Verordnungsvorschlag zur Änderung der Europäischen Zustellungsverordnung - Ein Schritt in die richtige Richtung, EuZW 2006, s. 1, (kısaltma: EuZW); Musielak, s. 2732.

[116] Musielak, s. 2731, 2732; karş. Lindacher, s.179 vd.; Stadler, Neues europaeisches Zustellungsrecht, IPRax 2001, s. 514; Becker, Grundrechtsschutz bei der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung im europäischen Zivilverfahrensrecht Bestimmung der Grenzen für die Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels, Frankfurt 2004, s. 209; Bajons, Internationale Zustellung und Recht auf Verteidigung, Festschrift für Schütze, 1999, s. 49.

Tüzük'ün üye ülkelerin yaptığı anlaşma ve sözleşmelerle ilişkisi düşünülebilir. Böyle bir durum söz konusu ise, nasıl hareket edilmesi gerektiği Tüzük madde 20'de belirtilmiştir. Buna göre, Tüzük, üye ülkeler tarafından karşılıklı veya çok taraflı olarak akdedilen anlaşma ve sözleşmeler karşısında öncelikli olarak uygulama alanı bulacaktır. Özellikle 1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu'nun IV. maddesi ve 15 Kasım 1956 tarihli Lahey Anlaşması, Tüzük'ün 20. maddesinde ele alınmaktadır. Ancak Tüzük, münferit üye ülkelerin -Tüzük ile uyum halinde olduğu sürece- belgelerin gönderilmesinin ayrıca hızlandırılmasını ve kolaylaştırılmasını sağlayan anlaşma ve sözleşmelerin muhafaza edilmesini ve yenisinin akdetmesini engellememektedir (md. 20).

Tüzük, teknoloji anlamında tarafsız davranarak, elektronik tebligat düzenlemelerinin uygulanmasını yasaklamamıştır; ancak teşvik edici bir harekette de bulunmamıştır. Zira Tüzük madde 7, uygulamanın her devletin kendi hukukuna göre belirleneceğini ifade etmektedir.

VI. SONUÇ

İki ayrı ülke üzerinde yaptığımız çalışmamızda, öncelikle yabancı ülkeye gönderilen tebligat konusunun, milletlerarası usul hukuku alanına dair bir düzenleme olduğunu ve bundan dolayı, milletlerarası bir düzenleme olmadığı takdirde, hâkimin hukukunun uygulanması gerektiğini belirtmiş bulunmaktayız. Çalışmamızda, Türkiye'den yabancı ülkeye yapılan tebligat sistemini, öncelikle hâkimin hukuku, yani iç hukukumuz yönünden araştırdık. Aynı çalışma şekli ile Alman Hukuku yönünden yaptığımız değerlendirmede de, öncelikle Alman iç hukukunu detaylı olarak incelemiş bulunmaktayız.

Her iki ülkenin de imzacı oldukları milletlerarası anlaşmalara çalışmamızda yer verdik. Almanya'nın aynı zamanda Avrupa Birliği üyesi bir ülke olması ve ülkemizin de Avrupa Birliği'ne aday ülke konumunda olmasından dolayı, Avrupa Birliği'nin Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Tebliğine İlişkin 13 Kasım 2007 tarih ve 1348/2000 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü'nün Kaldırılmasına dair 1393/2007 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü'nü çalışmamızda ayrı bir başlık altında değerlendirdik.

Tüm bu incelemeler göz önünde tutulduğunda, Almanya'nın, hukuki gelişim geleneğini bozmayıp, Avrupa Birliği düzenlemeleri ile yetinmediğini; kendi kanunlarında da ilgili maddeleri yenilemiş olduğu ve uluslararası sözleşmeler ile paralellik sağlamaya çalışmış olduğu sonucuna varılmıştır[117].

---

[117] 1.3.1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi'nin 1.–7. maddeleri, Alman Resmi Gazetesi 1958 II s. 577'de yayımlanan 18.12.1958 tarihli Uygulama Kanunu ile tamamlanmıştır. 15.11.1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Tebligat Sözleşmesi, Alman Resmi Gazetesi s. 3105'te yayımlanan, 22.12.1977 tarihli

Bu çerçevede, Almanya'nın 2008 değişikliklerini içeren yeni iç hukuk düzenlemesinin, Avrupa Birliği düzenlemesi ile tam olarak uyumlu hale getirilmiş olduğunu söyleyebiliriz. Alman Medeni Usul Kanunu içerisinde değerlendirilen yabancı ülkeye gönderilen tebligat ile ilgili tüm hükümler yeniden ele alınmıştır ve Birlik üyesi Almanya, kendi iç hukukuna göre posta yolu ile tebligata müsaade etmektedir.

İkincil Hukuk olarak, birlik üyesi devletler için geçerli olan Avrupa Birliği Tüzükleri, Avrupa Topluluğu Anlaşması'nın 249. maddesi uyarınca Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayımlandıktan sonra, işaret edilen tarihte (bu genellikle, ilgili Tüzük'ün Yürürlük kısmında belirtilir) tüm üye devletler için aynı zamanda yürürlüğe girmektedir ve bağlayıcılık etkisi doğurmaktadır. İncelediğimiz Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Tebliğine İlişkin 13 Kasım 2007 tarih ve 1348/2000 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü'nün Kaldırılmasına dair 1393/2007 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü, 1348/2000 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü'nü uygulamadan kaldırmıştır. Ancak 1393/2007 sayılı Tüzük, reform niteliğinde gelişmeler veya değişiklikler içermemektedir. Yeni Tüzük, 1348/2000 sayılı mülga Tüzük'ün esasları aynen muhafaza edilmiştir. İncelemelerden sonra, her iki Tüzük arasında çok büyük bir değişiklik bulunmadığı sonucuna varılabilir.

Türk Hukuk'unda, milletlerarası bir sözleşmenin olmadığı durumlarda, yabancı ülkelere yapılacak tebligat, karşılıklılık ilkesi çerçevesinde 7201 sayılı Tebligat Kanunu madde 25-27 ile ve Tebligat Tüzüğü madde 36-43 uyarınca gönderilecektir. Ancak ifade etmek gerekir ki, uygulamamızdaki hız, makul süre içerisinde yargılamanın yapılmasına tam olarak hizmet etmemektedir. Tebligat Kanunu'na eklenen 25 a maddesi sayesinde, 30 gün içerisinde Türk Büyükelçiliği ve Konsolosluğu'na başvurmayan -Türk vatandaşı- muhataba, tebligatın yapılmış sayılacağına dair bir düzenleme getirilmiştir. Kanunumuzdaki bu yenilik, tebligatın yapılmasını özellikle geciktiren durumları ve postadaki gecikmelerin bertaraf edilmesini sağlayan ve ülkemizi Avrupa düzenlemelerine yaklaştıran önemli bir adımdır. Tebligat Kanunu madde 25 a'nın uygulamada daha etkin bir şekilde yer alması gerektiğini düşünmekteyiz.

Tebligat düzenlememizde, ileriyi hedeflememiz gerekmektedir[118]; iç hukuk ile yabancı ülkeye yapılan tebligat sürelerini birbirine yaklaştırmayı

Uygulama Kanunu ve Alman Resmi Gazetesi II s. 779'da yayımlanan 21.6.1979 tarihli Lahey Tebligat Sözleşmesi'nin Yürürlüğe Girdiğine Dair Düzenleme ile tamamlanmıştır; bkz. Brödermann/Rosengarten, s. 176.

[118] Örneğin, düzenlememizde, elektronik tebligata ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. 31.7.2009 tarihli Tebligat Kanunu ile Adli Sicil Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısında Tebligat Kanununa eklenmesi öngörülen 7/a maddesi Elektronik Tebligat'ı düzenlemekteydi.

hedef almamız elzemdir. Bu konuda mevcut çalışmaları ve hazırlıkları yapmamız gerekmektedir.

1965 tarihli Lahey Tebligat Sözleşmesi ile kabul edilen istisnaî tebligat yöntemlerinden biri de, doğrudan posta yolu ile tebligattır. Doğrudan posta yolu ile tebligat usulüne, Sözleşme'nin 10. maddesine çekince koymayan ülkeler açısından başvurmak mümkündür. Türkiye, 1965 tarihli Tebligat Sözleşmesi'ne taraftır; ancak Sözleşme'nin 8. ve 10. maddelerine çekince koymuştur. Sözleşme'nin 10. maddesine koyduğumuz çekince ile, 10. maddede düzenlenen tebligat usulünü kabul etmediğimizi belirtmiş bulunmaktayız. Böylelikle, ülkemiz diplomatik memurların ve konsolosluk görevlilerinin sadece kendi vatandaşlarına tebliğ yapabilme yetkilerini kabul etmiş, 10. maddede belirtilen tebliğ usulünü ise reddetmiştir.

Ancak yurt dışına yapılan tebligat sisteminin hızlı bir şekilde yerine getirilmesi açısından, Sözleşme'nin 10 a maddesine çekince koymayan ülkelere bu yolla tebligatın yapılması gerekmektedir, zira Sözleşme'nin 10 a maddesi uyarınca çekince koymayan devletler, ülkelerindeki muhataplara doğrudan posta vasıtasıyla tebligat yapılmasını kabul etmişlerdir. Buna göre, tebliği çıkaracak yetkili merci tarafından, tebliği istenen belgelerin Türkçesi ile muhatabın dilinde yapılmış çevirisinin, 184 numaralı form ekinde, iadeli taahhütlü posta yolu ile doğrudan muhatabın adresine gönderilmesi mümkün bulunmaktadır. Bu husus hakkında düzenleme yapılmış olması, bizi modern düzenlemelere yaklaştıracaktır.

İİK'nın 82(1). Maddesi Karşısında Türk Devleti ve Devlet Kurumları Aleyhine Verilen ICSID Hakem Kararlarının Türkiye'de İcrası

*Nuray EKŞİ**

I. Türkiye'nin Taraf Olduğu Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin Milletlerarası Antlaşmalar ve ICSID'i Onaylarken Türkiye Tarafından Yapılan Bildirimler

A. Türkiye'nin Taraf Olduğu Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin Milletlerarası Antlaşmalar

Türkiye, 1963 yılından itibaren onayladığı iki taraflı yatırım antlaşmalarında yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümlenmesini kabul etmiştir[1]. Türkiye, yabancı sermaye yatırımlarının korunması ve teşvik edilmesi amacıyla ilk defa 1963 yılında Almanya ile bir yatırım antlaşması yapmıştır[2]. Uzun bir aradan sonra 1988 yılında İslam Konferansı Teşkilatına Üye ülkelerle yaptığı antlaşmayı[3], 1989 yılında Amerika ile yaptığı antlaşma[4] izlemiştir. Daha sonra 1989 yılından itibaren ard arda yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması antlaşmaları imzalamıştır. İki taraflı yatırım antlaşmaları hemen hemen aynı içeriğe sahiptir. Yatırıma ev sahipliği yapan ülke ile yabancı yatırımcı arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü düzenleyen bu antlaşmaların sayısı seksen civarındadır. İkili yatırım antlaşmalarının önemli bir özelliği, uyuşmazlık halinde tahkim merkez-

---

* Prof. Dr., İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı.

1 İki taraflı yatırım antlaşmaları için bkz. Ergin NOMER/Nuray EKŞİ/Günseli GELGEL, Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Antlaşmalar, C. II, İstanbul 2008, s. 159 vd..

2 RG 8.10.1963/11525.

3 RG 23.8.1988/19768.

4 RG 13.8.1989/20251.

lerine başvurunun, ev sahibi devletin ihtiyarına bırakılmayıp zorunlu hale getirilmiş olmasıdır. Başvurulacak tahkim merkezleri ICSID (Convention on Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States), UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) ve ICC (International Chamber of Commerce) olarak belirlenmiştir[5].

Türkiye, kısaca "ICSID" olarak anılan ve 1965 yılında Washington'da imzalanan Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlenmesi Hakkında Konvansiyona, 1988 yılında taraf olmuştur[6]. ICSID Konvansiyonu ile yatırım anlaşmazlıklarının çözümü için Washington'da bir uluslararası tahkim merkezi kurulmuştur.

Türkiye, Enerji Şartı Sözleşmesi ve eklerini (Energy Charter Treaty and Energy Charter Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects–PEEREA) 2000 yılında onaylamıştır[7]. Enerji Şartı Sözleşmesi, Avrupa Birliği tarafından da onaylanmıştır. Enerji alanında önemli bir yeri olan Rusya Federasyonu ise Enerji Şartı Sözleşmesi'ni imzalamış fakat henüz onaylamamış olmakla beraber geçici olarak uygulanmasını kabul etmiştir[8].

Enerji Şartı Sözleşmesi'nin önemli bir özelliği de, antlaşmadan doğan yükümlülüklerin geçici olarak uygulanmasıdır (provisional application). Diğer bir ifadeyle, henüz Enerji Şartı Sözleşmesi'ni onaylamadan veya antlaşmaya katılma işlemleri tamamlanmadan antlaşmadan doğan yükümlülüklerin hayata geçirilmesine olanak tanınmıştır. 1969 Viyana Antlaşmalar Konvansiyonu, antlaşmaların geçici olarak uygulanmasına izin vermektedir. Enerji Şartı Sözleşmesi'nin 45(2). maddesi, antlaşmanın geçici olarak uygulanmasını öngörmüşse de âkit devletler, antlaşmayı geçici uygulamayacaklarını beyan edebilirler. Örneğin, Rusya Federasyonu, antlaşmayı imzalarken geçici olarak uygulanmayacağını beyan etmediğinden antlaşmayla bağlıdır. Ayrıca Enerji Şartı Sözleşmesi'nin 45(1). maddesinde geçici uygulanın iç hukuka aykırı olmaması öngörülmüştür.

Enerji Şartı Antlaşması'nın 26. maddesi uyarınca yatırımcının başvurabileceği üç yol bulunmaktadır:

(1) yatırıma evsahipliği yapan devletin adlî veya idarî mahkemelerine başvurmak;

---

5 Nuray EKŞİ, ICSID Hakem Kararlarının Tanınması Tenfizi ve İcrası, İstanbul 2004, s. 20-21.

6 RG 6.12.1988/20011.

7 RG 12.7.2000/24107; RG 2.2.2000/23956.

8 Kaj HOBER, Investment arbitration and the Energy Charter Treaty, 1(2010) JIDS, s. 156.

(2) taraflar arasında kararlaştırılan başka bir uyuşmazlık çözüm yöntemine başvurmak; ve

(3) milletlerarası tahkime gitmek.

Eğer yatırımcı milletlerarası tahkime başvurmayı tercih ederse o zaman (1) ICSID tahkim merkezine veya (2) UNCITRAL Tahkim Kurallarına göre *ad hoc* tahkime veya (3) Stockholm Ticaret Odası Tahkim Merkezine başvurabilir. Yatırımcının tahkim yoluna başvurması halinde, yatırıma ev sahipliği yapan devlet tahkime koşulsuz olarak rıza göstermiş (unconditional consent) sayılmaktadır. Fakat Enerji Şartı Antlaşması'nın 26/3(a) maddesinde, tahkime koşulsuz rızanın iki önemli istisnasına yer verilmiş bulunmaktadır: Bunlardan birincisi, Enerji Şartı Antlaşmasına ek ID'de, yatırımcının, uyuşmazlığı mahkemeye veya taraflar arasında kararlaştırılan başka bir uyuşmazlık çözümü yöntemine götürdüğü hallerde, milletlerarası tahkime ilişkin koşulsuz rıza ortadan kalkmaktadır. ID devletleri şunlardır: Avustralya, Amerika Birleşik Devletleri, Azerbaycan, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Avrupa Toplulukları, Finlandiya, Hırvatistan, İrlanda, İtalya, Kazakistan, Kanada, Kıbrıs Rum Kesimi, Macaristan, Moğolistan, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Slovenya, İspanya, İsveç, Eski Yugoslavya Cumhuriyeti Makedonya, Türkiye ve Yunanistan. Ayrıca Enerji Şartı Antlaşmasına ek 1A'da yer alan ülkeler olan Avustralya, Kanada, Macaristan ve Norveç, Enerji Şartı Sözleşmesinin 10(1). maddesinin son cümlesinde yer alan şemsiye kloza (umbrella clause) ilişkin uyuşmazlıklarda tahkime koşulsuz rıza göstermemişlerdir.

Enerji Şart Sözleşmesi'nin 26. maddesinin 8. paragrafında, hakem kararlarının taraflar için nihai ve bağlayıcı olduğu ifade edilmiştir. Devlet kurumları veya makamlarına ilişkin olarak verilen tedbir niteliğindeki hakem kararlarında söz konusu tedbir yerine tazminat ödenmesine karar verilebilir. Taraf devletler gecikmeksizin hakem kararlarını icra etmekle ve hakem kararlarının etkin bir şekilde icrasını sağlamak üzere gerekli yasal düzenlemeleri yapmakla yükümlüdürler.

B. ICSID'i Onaylarken Türkiye Tarafından Yapılan Bildirimler

Türkiye, 3 Mart 1989 tarihinde ICSID Genel Sekreterliğine, yabancı sermaye konusunda yalnızca ***gerekli izni almış*** ve ***fiilen başlamış*** olan yatırım faaliyetlerinden doğrudan kaynaklanan uyuşmazlıkların Merkez'in yargı yetkisine tabi tutulacağına; fakat ***taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet ve aynî haklara*** ilişkin uyuşmazlıkların Türk mahkemelerinin yargı yetkisine girdiğine dair bir bildirimde bulunmuştur. Ancak 2003 yılında yürürlüğe giren 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu[9] ile

[9] RG 17.6.2003/25141.

izin sistemi kaldırılmış olduğundan *gerekli izni alma* ile ilgili bildirimin bir anlamı kalmamıştır. Ayrıca, Türkiye, ICSID'i onaylarken, taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet ve aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin yargı yetkisini saklı tutmuşsa da sonradan yaptığı iki taraflı yatırım antlaşmalarında yatırımın kapsamına, taşınmaz mallar, ipotek vs. de dahil etmiş olduğundan taşınmazlara ilişkin mülkiyet ve aynî haklarda ICSID tahkim merkezinin yetkisini kabul etmiş ve bu konudaki bildirimini sonuçsuz bırakmıştır[10].

Türkiye'de özellikle de enerji sektörüne yatırım yapan yabancıların son yıllarda başta ICSID olmak üzere diğer uluslararası tahkim kurumlarında Türkiye aleyhine dava açmış olmaları, uluslararası tahkimin Türkiye açısından önemini daha da artırmıştır.

II. Genel Olarak ICSID Hakem Kararlarının Tanınması, Tenfizi ve İcrası

ICSID hakem kararları, hem taraflar açısından hem de Konvansiyona taraf olan bütün devletler açısından bağlayıcıdır (ICSID md. 53-54). Ayrıca ICSID hakem kararının Konvansiyona taraf olan devletlerde tanınması ve tenfizi için oldukça basit ve şekli bir usul öngörülmüştür. Konvansiyona göre, her âkit devlet, bir mahkeme veya otoriteyi, tanıma ve tenfiz makamı olarak belirleyecektir (ICSID md. 54/2). ICSID Genel Sekreterliği tarafından onanmış olan hakem kararı, âkit devlet tarafından belirlenen otoriteye veya mahkemeye ibraz edilecektir. ICSID hakem kararı kendisine ibraz edilen mahkeme veya otorite hakem kararı hakkında herhangi bir işlem veya inceleme yapmaksızın, ICSID hakem kararının üzerine, kararın kendisine sunulduğunu gösteren bir şerh koyacaktır. Mahkeme veya otoritenin, ICSID hakem kararının kamu düzenine aykırı olup olmadığını incelemesi dahi mümkün değildir.

ICSID, otomatik bir tanıma ve tenfiz prosedürü getirmiştir. Millî mahkemelere, ICSID hakem kararını hiç değilse yüzeysel olarak inceleme imkânı bile vermemiştir. ICSID hakem kararlarının kamu düzenine aykırı olduğu hallerde, bu kararların tenfiz edilmesine Arjantin başta olmak üzere bazı devletler tepki göstermişlerdir. Ancak ICSID hakem kararı kamu düzenine aykırı olsa dahi bu kararın tenfiz edilmesinin zorunlu olduğu ve zorunluluğun ICSID Konvansiyonu'ndan kaynaklandığı kabul edilmektedir. ICSID'in

---

[10] Enver ARIKOĞLU, Devletlerle Özel Hukuk Kişileri Arasındaki Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Milletlerarası Çözüm Usulleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2011, s. 68-69.

hazırlıkları sırasında da bu konu tartışılmıştır. Konvansiyon'un hazırlıkları aşamasında, âkit devletlere, kamu düzeni sebebiyle ICSID hakem kararlarının tenfizini reddetme yetkisinin tanınması halinde, devletlerin, sudan bahanelerle kamu düzenini kullanarak hakem kararının tenfizine engel olabilecekleri ifade edilmiştir. ICSID tanıma ve tenfiz sisteminde, geleneksel tanıma ve tenfiz prosedüründe yer alan anlamda hakem kararının belirli şartlara uygun olup olmadığının incelenmesine yer vermemiştir.

ICSID, hakem kararına karşı millî mahkemelerde mücadele etme yollarını tıkamış olmakla beraber ICSID Genel Sekreterliği'ne başvurularak ve yine ICSID bünyesinde hakem kararının yorumu (ICSID md. 50), düzeltilmesi (ICSID md. 49/2), gözden geçirilmesi (ICSID md. 51) veya iptal edilmesi (ICSID md. 52) istenilebilir. Özellikle de ICSID hakem kararının iptali, hakem kararı ile mücadele etmede etkin bir yol teşkil etmektedir. Hakem kararının iptaline ilişkin olarak 52. maddede yer alan sebepler, yabancı bir hakem kararı tanınıp tenfiz edilirken incelenen şartlara çok yakın ve paraleldir. Örneğin, hakem heyetinin usulüne uygun bir şekilde oluşturulmaması; hakem heyetinin yetkisini aşması; hakem heyeti üyelerinden birinin rüşvet alması gibi sebeplerle hakem kararı, ICSID tarafından belirlenen *ad hoc* komite tarafından iptal edilebilir. ICSID hakem kararı, Genel Sekreterlik tarafından onaylanana kadar Konvansiyon'da öngörülen mekanizmalar kullanılabilir. Eğer bu mekanizmalar kullanılmamış veya kullanılmış olmakla beraber sonuç değişmemiş ise artık tanıma ve tenfiz aşamasında millî mahkemelerin ICSID hakem kararına dokunması mümkün değildir. Millî mahkemeler, tanıma ve tenfiz aşamasında sadece ICSID hakem kararı üzerine, ICSID hakem kararının kendisine sunulduğunu gösteren bir şerh koymakla yetinmek zorundadırlar.

Şerh verildikten sonra, ICSID hakem kararı icraya konulabilir. İcra aşamasında, her âkit devlet kendi icra hukukunu uygulayacaktır. Diğer bir ifadeyle ICSID hakem kararını, her devlet kendi iç hukuk kurallarını uygulayarak icra edecektir. Çünkü ICSID, hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin özgün bir sistem getirmekle beraber ICSID hakem kararının icrasını *ulusal* hukuklara bırakmıştır. ICSID hakem kararının mutlaka tahkim yargılamasının tarafları olan yatırıma ev sahipliği yapan devlet ile yabancı yatırımcının ülkesinde icra edilmesi zorunlu değildir. ICSID hakem kararı, karar aleyhinde olan tarafın malvarlığının bulunduğu herhangi bir âkit devlette icra edilebilecektir. Hatta uygulamada genellikle ICSID hakem kararı, yatırıma ev sahipliği yapan devlet ya da yatırımcının vatandaşı olduğu devlette değil, diğer âkit devletlerde icra edilmektedir[11].

---

[11] Christoph H. SCHREUER, A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Cambridge 2001, §27 s. 1109.

ICSID tahkimine başvurmayı kabul eden devletin, yargı bağışıklığından feragat ettiği genel olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, ICSID hakem kararının tanınması ve tenfizinin ICSID'in 54(2). maddesi uyarınca mahkeme tarafından tasdik, onay veya tescil ve benzeri usullere tabi olması aşamasında devlet yargı muafiyeti itirazında bulunamayacaktır.

Zaten ICSID'in 54(1). maddesi, yargı bağışıklığı itirazının yapılması olanağını bütün âkit devletler için ortadan kaldırmıştır. Çünkü bu maddeye göre, âkit devletler, ICSID hakem kararlarını kendi mahkemelerinden verilmiş nihai kararlar gibi tanıyacak ve yerine getireceklerdir. O halde ICSID hakem kararının tanınması ve tenfizi için herhangi bir âkit devletin mahkemesine başvurulduğunda, karar aleyhine olan devlet, yargı bağışıklığı şemsiyesinin altına sığınamayacaktır. Buna karşılık, devletlerin icra bağışıklığı, ICSID'de yer alan hükümlerle düzenlenmemiş; bu husus tamamen ulusal hukukların hakimiyetine bırakılmıştır. ICSID hakem kararının icrası için devlet malları üzerinde gerçekleştirilecek olan icrai haciz veya alacağı garanti altına almak için yapılacak olan ihtiyati haciz, ulusal hukukların öngördüğü ilkelere tabidir. Ayrıca birçok yatırım sözleşmesine devletlerin, icra muafiyetinden feragat ettiklerine ilişkin hükümler konulmaktadır[12].

ICSID hakem kararlarının icrasının ulusal hukuklara bırakılması Konvansiyon'un bir eliyle verdiği hediyeyi diğer eliyle geri alması olarak nitelendirilmektedir[13]. Çünkü ICSID hakem kararının, kendiliğinden tanınması ve tenfizi mümkün olmasına karşın kararın, âkit devletlerde kendiliğinden icra edilmesi mümkün değildir. ICSID hükümleri kapsamında bu sakıncayı bir ölçüde gidermek için yatırımcıya verilen başka bir imkândan yaralanılabilir. ICSID hakem kararının icrası için yatırımcı herhangi bir âkit devlette işlem başlatabilir. Diğer bir ifadeyle yatırımcı, *forum shopping*[14]

---

[12] Moshe HIRSH, The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes, Dordrecht 1993, s. 25.

[13] Vincent O. Orlu NMEHIELLE, Enforcing Arbitration Awards under the International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention), 21(2001)7 Ann. Surv. Int'l & Comp. L., s. 47; Andreas REINER, Enforcement of Arbitral Awards Against States, State Entities and International Organisations, International Commercial Arbitration-A Comparative Survey, ICOC Publication No: 2007/45, Edited by Nuray Ekşi/Pedro J. Martinez-Farga/William K. Sheehy, Istanbul 2007, s. 351-352.

[14] "Forum shopping" kavramı, davacının (forum shopper) doğal mahkemesini aşarak bir takım faydalar ve kolaylıklar elde etmek için davasını yabancı bir mahkemede açması şeklinde tanımlanmaktadır. Forum shopping'de davacı, yetki kurallarını kendi çıkarına kullanmakta ve davasını gerek usul hukuku gerekse maddî hukuk açısından en avantajlı mahkemede açmaktadır [forum shopping hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray EKŞİ, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. bası, İstanbul 2000, s. 264-273].

yaparak sınırlı icra muafiyeti olan ülkeleri tespit edebilir ve bu ülkelerde bulunan mallar üzerinde kararın icrasını isteyebilir. Bazı ülkelerin halen mutlak icra muafiyeti ilkesini benimsemesi ve sınırlı muafiyet ilkesini uygulayan devletlerde hangi malların ticari nitelikte olduğunun belirlenmesindeki zorluklar, tahkim yargılamasını kazanan yatırımcının alacağını alamama riski ile karşı karşıya kalmasına yol açmaktadır.

ICSID hakem kararları, kendiliğinden tanınıp tenfiz edilmekle beraber bu kararların icrası ulusal hukukların hakimiyeti altındadır. Ulusal hukuklardaki hükümlerden yararlanılarak ICSID hakem kararlarının icrasının engellenmesi mümkündür. Ancak bu engellemenin, Dünya Bankası ve IMF ile olan ilişkilere ters etki etmesinin yanı sıra hakem kararı aleyhine olan devlet veya kamu kurumunun kendi ülkesi dışında bulunan mallarının da haciz tehdidi altında olması, ICSID hakem kararlarından mağdur olan bazı devletleri farklı çareler aramaya yöneltmiştir. Venezuela, Bolivya ve Nikaragua ICSID Konvansiyonu'ndan çekilme niyetini açıklamışlardır. Hatta Bolivya bu amaçla Dünya Bankası'na başvurmuştur[15]. Bolivya, 2 Mayıs 2007 tarihinde ICSID Konvansiyonu'ndan çekilmiştir. ICSID'in 71. maddesine göre, çekilme, beyanın yapılmasından altı ay sonra hüküm ve sonuç doğuracaktır. 3 Kasım 2007 tarihinde altı aylık süre dolmuştur ve bu tarih itibariyle Bolivya artık ICSID üyesi değildir. ICSID'in 75. maddesine istinaden, Dünya Bankası, Bolivya'nın çekilme beyanını bütün akit devletlere bildirmiştir[16]. Ekvator ise ICSID'in yargılama yetkisine tabi kılacağı uyuşmazlık türlerini sınırlamak için hazırlık yapmıştır. Özellikle de maden ve hidrokarbon[17] ile ilgili yatırım uyuşmazlıklarını ICSID'in yetkisi dışında tutmayı planlamıştır[18]. Ekvator, 4 Aralık 2007 tarihinde ICSID'in 25(4). maddesi uyarınca hangi uyuşmazlıklarda tahkime gidilemeyeceği konusunda ICSID Genel Sekreterliği'ne bildirimde bulunmuştur[19].

---

15 George K. FOSTER, Collecting from Sovereigns: The Current Legal Framework for Enforcing Arbitral Awards and Court Judgments Against States and Their Instrumentalities, and Some Proposals for Its Reform, 25(2008)3 AJICL, s. 705.

16 http://www.worldbank.org/icsid (23.12.2011).

17 Hidrokarbon, Bolivya Devleti açısından da üzerinde durulan önemli bir konu teşkil etmektedir. Hatta Bolivya, 2006 yılında Devlet Başkanı Kararı ile Bolivya'da hidrokarbon doğal kaynaklarını, hidrokarbon üretimini ve satışını millileştirdi [Bolivia's Supreme Decree 28701 of 1 May 2006 to Nationalise All Aspects of the Production and Sale of Hydrocarbons in Bolivia]. 3058 sayılı Hidrokarbon Kanunu, 2005 yılında yürürlüğe girdi. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. David J.A. CAIRNS, Bolivia: President Nationalises All Aspects of Production and Sale of Hydrocarbons in Bolivia, 9(2006)4 Int. A.L.R., s. 37-42.

18 FOSTER, 705.

19 http://www.worldbank.org/icsid (23.12.2011).

Devletin yargı muafiyetine ilişkin kurallar, milletlerarası örf ve âdetin yanı sıra 1972 Devletin Yargı Muafiyetine İlişkin Avrupa Konvansiyonu (European Convention on State Immunity) ve iç hukuklarda da düzenlenmiştir[20]. Önceleri mutlak yargı muafiyeti uygulanıyordu ve nadir haller dışında devlete karşı dava açılamıyordu[21]. Ancak daha sonra sınırlı yargı muafiyetine geçilmiş ve devlete, *acts iure imperii* işlemlerinde yargı muafiyeti tanınmasına rağmen *acts iure gestionist* işlemlerinde yargı muafiyeti tanınmamıştır. Bu ayırım, XX. yüzyıldan itibaren, millî ve milletlerarası düzeyde devletlerin ekonomik faaliyetlerinin artması sonucunda ortaya çıkmıştır[22].

Devletin yargı muafiyetini, devletin icra muafiyetinden ayırmak gerekir. Tahkim anlaşmasının yapılması, normal şartlar altında, devletin yargı muafiyetinden feragat ettiği anlamına gelmektedir. Aksi halde tahkim anlaşmasını kabul eden devletin sonradan tahkim yargılamasını yargı muafiyeti ile engellemeye çalışması çelişkili bir durum olurdu[23]. Ancak yargı muafiyetinden feragat, icra muafiyetinden feragat sonucunu doğurmaz[24]. Hakem kararının verildiği ülke dışında sonuç doğurabilmesi, ICSID hakem kararları hariç, tenfiz kararının alınmasına bağlıdır. Böylece kontrol, hakemlerden mahkemelere geçmektedir. Ancak hakem kararının tenfizini, hakem kararının icrasından ayırmak gerekir. Tenfiz aşamasında hakem kararının belirli şartları taşıyıp taşımadığına bakılmaktadır. Buna karşın, hakem kararının icrası aşamasında, devletin hangi mallarının haczedileceği, haczedilecek malların devletin egemenlik işlemlerini yerine getirmesini engelleyip engellemediğine bakılmaktadır[25].

Amerika'da olduğu gibi bazı ülkelerde yargı ve icra bağışıklığı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir[26]. Bazı ülkelerde –örneğin, Fransa'da– ise yargı ve

---

[20] Örneğin, ABD, 1976 Foreign States Immunities Act; İngiltere, 1978 State Immunity Act; Avustralya, 1985 Foreign States Immunities Act.

[21] Michael Barton AKEHURST, Akehurst's Modern Introduction to International Law, 7th edition, Peter Malanczuk, London 1997, s. 119.

[22] AKEHURST, 119.

[23] Karl M. MEESSEN, State Immunity in the Arbitral Process, Studies in Transnational Economic Law, Volume 19: Arbitrating Foreign Investment Disputes, Procedural and Substantive Legal Aspects, Edited by Nobert Horn, Kluwer Law International 2004, s. 388-389.

[24] AKEHURST, 129; Hazel FOX, The Law of State Immunity, Oxford University Press 2004, s. 374.

[25] Karl M. MEESSEN, State Immunity in the Arbitral Process, Studies in Transnational Economic Law, Volume 19: Arbitrating Foreign Investment Disputes, Procedural and Substantive Legal Aspects, Edited by Nobert HORN, Kluwer Law International 2004, s. 389

[26] Amerikan hukukunda ve İngiliz hukukunda yargı ve icra bağışıklığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. FOSTER, 672-685, 712-728; Giuliana CANÈ, The Enforce-

icra bağışıklığı içtihat hukukunun hakimiyeti altındadır. Türk hukukunda ise yargı muafiyeti, ilk defa 1982 yılında[27] yürürlüğe giren 2675 sayılı MÖHUK'un 33. maddesi[28] ile düzenlenmişti. Daha sonra bu Kanunu yürürlükten kaldıran ve 12 Aralık 2007 tarihinde yürürlüğe giren 5718 sayılı MÖHUK'un[29] 49. maddesinde yargı muafiyeti düzenlenmiş; icra muafiyetine ise yer verilmemiştir. Yabancı devletin icra muafiyetinden yararlanıp yararlanamayacağı; yararlanacaksa bunun kapsamı konusunda bir hüküm öngörülmemiş, meselenin sadece yargı muafiyetine ilişkin kısmı düzenlenmiştir. Ayrıca yabancı devletten ayrı bir hukukî kişiliği olan devlet kurumlarına ait mallara karşı cebri icranın mümkün olup olmadığı konusunda da mevzuatımızda bir açıklık yoktur. Yabancı devlet kurumlarının, ekonomik faaliyetlerinden kaynaklanan borçları için ticarî nitelikteki mallarının icra bağışıklığından yararlanmayacağı belirtilmektedir[30].

İcra muafiyeti konusuna ülkelerin farklı bakış açıları, ICSID hakem kararlarının icrasına da etki etmiş ve bir ülkede icrası mümkün olmayan ICSID kararı diğer ülkede icra edilebilmiştir. ICSID hakem kararlarının icrası, ulusal hukuklara tabi kılındığı için hukuk sistemlerindeki farklılıklar, bu kararların icrasının yeknesak bir sistem içinde gerçekleştirilmesini önlemiştir.

Özellikle 1990'lı yıllardan itibaren devletin mutlak icra bağışıklığı anlayışının terk edilmesi ve sınırlı icra bağışıklığı ilkesinin benimsenmesi sonucunda, devlet malları da belirli bir ölçüde hacze tabi kılınmıştır. Sınırlı icra bağışıklığı ilkesine göre, devletin, kamu yararı amacıyla kullandığı mallar haciz muafiyetinden yararlanırken ticari amaçlarla kullandığı mallar icra muafiyetinden yararlanamamaktadır. Ayrıca bağımsız tüzel kişiliği olan kamu kuruluşları, haciz ve icra muafiyetinden yararlanamamakta ve özel hukuk tüzel kişileri gibi bunların malvarlığı üzerinde icrai işlemler uygulanabilmektedir[31]. Merkez bankaları dışında kalan, bağımsız tüzel kişiliği ve dava ehliyeti olan kamu tüzel kişileri, gerek yargı ve gerekse icra muafiyeti

---

ment of ICSID Awards: Revolutionary or Ineffective?, 15(2004) Am. Rev. Int'l Arb., s. 452-455.

27 1982 yılından önce yargı bağışıklığı ve özellikle konuyla ilgili Yargıtay kararları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aslan GÜNDÜZ, Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk, İstanbul 1984, s. 296-306.

28 Mülga 2675 sayılı MÖHUK'un 33. maddesinin, yargı muafiyetini ayrıntılı bir şekilde düzenlemediği; uygulamada ortaya çıkacak sorunlara çözüm bulmada yetersiz kaldığına ilişkin eleştiriler için bkz. GÜNDÜZ, 307.

29 RG 12.12.2007/26728.

30 Aslan GÜNDÜZ, Yabancı Devlet Malları Üzerinde Cebri İcra Mümkün müdür?, (1984)1 MHB, s. 17; AKEHURST, 129.

31 FOX, 399.

açısından özel kişilerle eşit durumdadırlar. Ancak kamu tüzel kişisinin malları üzerinde cebri icranın uygulanabilmesi için bu malların ticari faaliyetlerde kullanılması gerekmektedir[32].

Devletin hangi mallarının ticari olduğunun tespiti ve bu malları bulup bunlar üzerinde icrai işlem uygulatmak çok da kolay değildir. *NOGA v. Sate of Russia*[33] bu durumu açıklayan önemli bir karardır. 1991–1992 yıllarında NOGA, Rusya Devleti ile bir sözleşme yapmıştır. Taraflar arasındaki sözleşmede yer alan tahkim şartına göre, hakem kararı taraflar için nihai ve bağlayıcıdır. Ayrıca Rusya Devleti, hakem kararı yerine getirilirken bütün muafiyet haklarından feragat etmeyi kabul etmiştir. Rusya'nın, yükümlülüklerini yerine getirmemesi üzerine NOGA, İsveç Ticaret Odası tahkimine başvurmuş ve hakem heyeti, 1997 yılında Rusya'yı 27 milyon dolar ödemeye mahkûm etmiştir. Hakem kararının iptali istemi, İsveç mahkemeleri tarafından reddedilmiştir. 2000 yılında, Fransız mahkemesi, hakem kararının tenfizine hükmetmiştir. NOGA, Rusya Elçiliği, Rusya'nın UNESCO'daki daimi delegasyonu ve Rusya Merkez Bankası hesapları ile Rus Devlet üniversitesi olan Murmansk Devlet Teknik Üniversitesine ait olan *Sedov* adlı geminin haczini istemiştir. Paris Temyiz Mahkemesi, Rusya Elçiliği ve daimi delegasyonun hesaplarına ilişkin hacizleri kaldırmıştır. Diplomatik amaçlarla kullanılacak bu hesapların tahkim şartında adları açıkça belirtilmedikçe icra muafiyetinden yararlanacaklarını ifade etmiştir. Bağımsız tüzel kişiliği ve varlığı olan Merkez Bankası hesaplarının üçüncü şahıs durumunda olan Rusya Devleti'nin borçları için haczedilemeyeceği sonucuna varmıştır. Geminin, teminat karşılığında eğitimini tamamlaması için serbest bırakılmasına karar vermiştir. Üniversite, geminin, eğitim amacıyla devletin hizmetinde olduğunu ve Devlet Gemilerinin Muafiyeti Hakkında 1926 Brüksel Konvansiyonu[34] uyarınca icra muafiyetinin olduğunu öne sürmüştür. Ancak Fransa ve Rusya, bu antlaşmaya taraf olmadığından, Fransız mahkemesi, 1982 Birleşmiş Milletler Açıkdeniz Konvansiyonunu uygulamış ve bu Konvansiyonun savaş gemilerinin dışında kalan ticari amaçlarla kullanılan gemilerin bağışıklığının bulunmadığı hükmünü dikkate almıştır. Bununla beraber, geminin, Rusya Devleti'nden bağımsız kişiliği olan bir kuruma ait olduğuna ilişkin iddiayı araştırmıştır. NOGA'nın, Fransa'da bir gösteriye

---

[32] FOX, 399-400.

[33] *NOGA v. State of Russia*, 10 Agust 2000 Cour d'Appel Paris; *NOGA v. Murmansk State Technical University and Association Brest 2000*, Tribunal de Grande Instance, Brest 24 July 2000 *unreported*: FOX, 411 dn. 119.

[34] Türkiye, 1926 Brüksel Konvansiyonunu 6469 sayılı Kanun ve ek protokolü ise 6468 sayılı Kanun ile onaylamıştır (RG 22.2.1955/8937 ve RG 22.2.1987/8937). 1926 Brüksel Konvansiyonu ve ek protokol, Türkiye açısından 4.1.1956 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

katılan Rusya avcı (fighter) uçaklarının haczi girişimi, uçakların gösteri biter itmez ülkeyi acilen terk etmesiyle başarısız kalmıştır.

III. AİHM Kararları Işığında İİK'nın 82(1). Maddesindeki Devlet Mallarının Haczi Yasağının Değerlendirilmesi

A. Yargı Kararları ve Doktrindeki Görüşler Işığında İİK'nın 82(1). Maddesi

Yabancı yatırımcı, Türk Devleti veya kamu kurumu aleyhine verilen ICSID hakem kararının Türkiye'de icrası talep edilebilir. Devlet veya kamu kurumu, bütçe kaynaklarından bu borcu ödeyebilir[35]. Borcun ödenmesi halinde herhangi bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Fakat Türk Devleti veya Devlet kurumu borcunu kendi isteğiyle ödemeyebilir. Bu durumda yabancı yatırımcı tarafından Türkiye'de icra yoluyla takip yapılabilir. Türkiye'de yapılan icra takibinde, ne Türk Devleti ve ne de kamu kurumu icra bağışıklığını ileri sürebilir. Çünkü icra bağışıklığı, yabancı devlete karşı yapılan haciz ve takipler için geçerlidir. Buna karşın Türk Devleti'nin, yabancı bir ülkede veya ülkelerde bulunan malları üzerinde haciz ve benzeri işlemler yapılması söz konusu olursa, icra bağışıklığı itirazını yapılabilir. Hiç şüphesiz bu itiraz, milletlerarası hukuka ve icra yeri hukukuna göre değerlendirilecektir[36].

Türk Devleti, bugüne kadar, yabancı yatırımcılarla olan tahkim davalarından kaynaklanan borçlarını ödemede son derece titiz davranmış ve kendisine karşı icra yoluna gidilmesini gerektiren bir tutum takınmamıştır. Bununla beraber, resmî makamlar, nadir de olsa, bazı ICSID tahkim davalarının paravan şirketler tarafından açıldığını ve bu davalarda verilecek olan hakem kararlarının Türkiye'de icra edilmeyeceğini ifade etmektedirler. Bu söylem karşısında, ICSID hakem kararlarının Türkiye'de icrasının yasal olarak engellenip engellenemeyeceğini değerlendirmek gerekir. Acaba Türk Devleti veya kamu kurumlarına ait mallar üzerinde ICSID hakem kararlarının icra yoluyla uygulanmasına engel bir durum var mıdır?[37] Hiç şüphesiz bu sorunun yanıtı, İİK'nın 82(1). maddesiyle doğrudan bağlantılıdır. Çükü daha önce de belirttiğimiz üzere, ICSID hakem kararlarının icrası ulusal hukukla-

---

[35] Örneğin, Petrolün Boru Hatları ile Transit Geçişine Dair 4586 Sayılı Kanun'un (RG 29.6.2000/24094), (2). maddesine göre, transit petrol boru hattı projeleri ile ilgili hizmet satın alımları, proje takip, **tahkim**, mahkeme, sigorta, tazminat ve proje ile ilgili sorumluluk ve taahhütlerden doğan veya diğer tüm giderler, her yıl bütçe kanununa konulacak ödenekten karşılanır.

[36] EKŞİ, 158-159.

[37] EKŞİ, 159-160.

ra bırakılmıştır. Bu sebeple, ICSID hakem kararının Türkiye'de icrası, İİK'ya göre gerçekleştirilecektir. İİK'da haciz muafiyetinden tamamen veya kısmen yararlanacak mallar, 82. ve 83. maddelerde belirlenmiştir. İİK'nın 82(1). maddesinde, devlet malları ile mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen malların haczedilemeyeceği öngörülmüştür. O halde İİK'nın 82(1). maddesinin uygulanması açısından nelerin devlet malı olduğunun tespit edilmesi gerekir.

Türk hukukunda nelerin devlet malı sayılacağı mülga 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanunu'nun 2. maddesinde sayılmıştı. Mülga 1050 sayılı Kanunun 2. maddesine göre, devlet malları, devletçe konulan ve toplanan vergiler ve resimler; devlete ait paralar ve pay senetleri; her türlü taşınır ve taşınmaz mal ve bunların kira geliri veya satım bedellerinden oluşmaktaydı. 1050 sayılı Kanun, 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 81(a). maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. 5018 sayılı Kanunun[38] 3(g) maddesinde, *kamu malları* kavramının yerine *kamu kaynakları* kavramı kullanılmıştır. Kavram farklılığına rağmen, 5018 sayılı Kanun, nelerin kamu malı sayıldığı konusunda 1050 sayılı Kanun ile aynı düzenlemeyi getirmiştir. 5018 sayılı Kanunun 3(g) maddesine göre, kamu kaynakları, borçlanma suretiyle elde edilen imkânlar dahil kamuya ait gelirler, taşınır ve taşınmazlar, hesaplarda bulunan para, alacak ve haklar ile her türlü değerleri ifade eder[39]. Ayrıca Türk Medenî Kanunu'nun 715. maddesinde sahipsiz yerlerin ve yararı kamuya ait malların Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu ifade edilmiştir. TMK'nın 715. maddesinde yer alan ve Devletin hüküm ve tasarrufu altında oldukları ifade edilen taşınmazlar da hacizden muaftır[40].

Doktrinde, hacze tabi olmama açısından devlet malı kavramını geniş yorumlayanlar olduğu gibi dar yorumlayanlar da bulunmaktadır. *Gündüz*'e göre, cebri icra bağışıklığı açısından devlet malı denince, devletin mülkiyetinde, zilyetliğinde, kontrolünde olan veya devletin bir menfaatinin olduğu malı anlamak gerekir[41]. İİK'nın 82(1). maddesi açısından ise devlet mallarının kapsamının daraltılması gerektiği de ifade edilmiştir. Diğer bir ifadeyle İİK'nın 82(1). maddesindeki devlet mallarının kapsamının dar tutulması ve maddenin ruhuna göre yorumlanması gerektiği de ileri sürülmüştür. *Karslı* ise, İİK'nın 81(1). maddesinin dar yorumlanması ve kamu kurumlarının, kendilerine yüklenen fonksiyonları yerine getirebilmesi için zorunlu araçların haczedilememesi şeklinde anlaşılmasının amaca daha uygun düşen

---

38 RG 24.12.2003/25326.

39 EKŞİ, 160.

40 Yavuz BALKAN, Haczedilmezlik ve Benzeri Müesseseler, Ankara 2009, s. 38.

41 GÜNDÜZ, Yabancı Devlet Malları Üzerinde Cebri İcra, 5.

bir yorum olacağını ifade etmiştir[42]. Bu görüş, İİK'nın 82(1). maddesinin ruhuna göre yorumlanmasını, devlet mallarının haczedilip haczedilemeyeceği sorusuna bunların kullanım amacını dikkate alarak cevap verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, İİK'nın 82(1). maddesinin Anayasaya aykırı olduğuna ilişkin itirazı değerlendirirken devlet mallarını tanımlamıştır. Anaya Mahkemesi'ne göre, "*Devlet malları, Devletçe konulan ve toplanan vergiler ve resimler ile Devlete ait paralar ve pay senetleri ile her türlü taşınır ve taşınmaz mal ve bunların kira geliri ve satış bedellerinden oluşmaktadır*"[43].

Bir mal veya hakka haczedilmezlik vasfını, ancak kanun verebilir[44]. Bu sebeple, diğer bazı kanunlardaki hükümlerin yanı sıra İİK'nın 82. ve 83. maddelerinde haczi tamamen ve kısmen yasak olan mallar ve haklar sıralanmıştır. İİK'nın 82(1). maddesinin, cebri icra devlete tanınmış bir yetki olduğundan, devletin bu yetkiyi kendisine karşı kullanmayacağı; devletin, borçlarını kendiliğinden ödeyeceği; kamu hizmetlerinin aksatılmadan yürütülmesi ve bütçenin koyduğu esasların sekteye uğramaması gerekçeleriyle konulduğu ifade edilmiştir[45]. Ancak İİK'nın 82. maddesinde oniki bent halinde sayılan haczi caiz olmayan mallar arasında en fazla birinci bentteki devlet mallarının haczedilmeyeceğine ilişkin hüküm sorun yaratmıştır. Çünkü birinci bentte devlet mallarının haczedilemeyeceği öngörülmekle beraber devlet mallarının tarifi yapılmamış ve devlet malları kavramının oldukça geniş yorumlanması sebebiyle alacaklılar aleyhine adil olmayan durumlar ortaya çıkmıştır[46].

Hangi malların devlet malı olduğunun tespiti ihtiyati ve icraî haciz açısından önem taşımaktadır. Çünkü İİK'nın 82. maddesinin I. fıkrasının (1). bendinde haczi caiz olmayan mallar ve haklar arasında devlet malları ile mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar da sayılmıştır[47]. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, İİK'nın 82(1). maddesinde, icra hukuku

---

42 Abdurrahim KARSLI, İcra Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2010, s. 485.

43 Anayasa Mahkemesi, E. 1992/13, K. 1992/50, T. 21.10.1992: RG 30.6.1993/21623.

44 Timuçin MUŞUL, İcra ve İflas Hukuku, 3. bası, Ankara 2008, s. 503.

45 İlhan E. POSTACIOĞLU, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s. 366. Aynı yönde diğer bir yorum için bkz. Ömer ULUKAPI, Haczedilmezlik ve Haczedilmezliğin 4046 Sayılı Özelleştirme Kanunu Kapsamındaki Uygulaması, XVII(1995)1-2 BATİDER, s. 138-139.

46 KARSLI, 485.

47 İİK 82(1) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Talih UYAR, Haczi Caiz Olmayan Mallar (İİK md. 82), A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s. 559-572; Baki KURU, Haczi Caiz Olmayan Şeyler: Makaleler, İstanbul 2006, s. 723-727; Baki KURU/Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ, İcra ve İflas Hukuku, 23. bası, Ankara 2008, s. 266-267; Baki KURU, İcra ve İflas Hukuku, 3. bası, C. I, İstanbul 1988, s. 778-788.

açısından devlet malları tanımlanmamıştır. Bu sebeple devlet mallarının anlamı geçmişte 1050 sayılı Kanuna, günümüzde ise 5018 sayılı Kanununa göre belirlenmekte ve sınırları sözkonusu kanun hükümlerine göre çizilmektedir. İİK'nın 82. maddesinin 1. bendindeki Devlet mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin hükmün gerekçesine göre, "*Devletin ödemeye mecbur olduğu bir borç için bütçede tahsisat bulunmadığı veya Devlet borçları için Muhasebei Umumiye Kanunu'nda mevcut usul ve salahiyetlerle borcun ödenmesine imkân olmayan ahvalde Maliye Bakanlığı'nın gelecek sene bütçesine bu borçlar için tahsisat konulması mecburiyetinin kanuna bir hüküm olarak dercini teklif etmiş ise de, hükümetin bu mecburiyeti esasen mevcut olup, aksi halde alakadar dairelerin mesuliyetini araştırmak mümkündür. Haczi caiz olmayan mallar, bu mevzuda umumi kanun addedilmesi icap eden İcra Kanunu'nda tayin ve tespit edilmiş olmakla beraber diğer kanunların da kendi bünyelerinin icabı olan bazı istisnaları ihtiva edebileceklerine nazaran birinci bend, Devlet mallarıyla mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen şeklinde tanzim edilmiştir*"[48].

İİK'nın 82(1). maddesinin, Anayasa aykırı olup olmadığı, 1992 yılında verilen Anayasa Mahkemesi kararı ile değerlendirilmiştir. Karara konu olan olayda, DSİ, bir kamulaştırma yapmıştı ve bu kamulaştırma işlemine karşı bedel artırma davası açılmıştı. Bedel artırma davası kazanılmış olmasına rağmen DSİ, kararı yerine getirmemişti. Alacaklı, icra yoluyla alacağını tahsil etmek istemiş ancak icra memuru DSİ'nin mallarının devlet malı sayıldığı gerekçesiyle İİK'nın 82(1). maddesine istinaden haciz işlemi yapmamıştı. İcra dairesinin kararına karşı İTM'ya başvurulmuş ve İİK'nın 82(1). maddesinin Anayasaya aykırı olması sebebiyle iptal edilmesi gerektiği iddia edilmişti. İTM, bu iddiayı ciddi bularak Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştu. Anayasa Mahkemesi[49], itiraz yoluyla yapılan iptal talebini reddetmiştir[50]. Anayasa Mahkemesi'nin oyçokluğuyla aldığı kararına göre:

> "*Kural olarak borçlunun malvarlığı kapsamında bir değeri olan mal, alacak ve hakları onun alacaklılarına karşı bir çeşit güvence oluşturur ve bu nedenle alacaklılar tarafından borç için haczettirilebilir. Ancak insanı düşünceler ve kamu düzeni bakımından, borçlunun bir kısım mal, alacak ve haklarının haczi mümkün olmadığı kabul edilmiştir. Burada temel düşünce borçlunun ve ailesinin yaşaması ve ekonomik varlığını sürdürmesi için gereksinim duyulan malların borçlu elinde bırakılmasıdır. Devletin, yapı ve nitelik açısından*

---

[48] TBMM Adalet Komisyonu 1/28-1/279 sayılı Tutanak M.

[49] Anayasa Mahkemesi, E. 1992/13, K. 1992/50, T. 21.10.1992: RG 30.6.1993/21623.

[50] Anayasa Mahkemesi kararının eleştirisi için bkz. Aydın GÜLAN, Borcunu Ödemeyen Devlete Karşı Ne Yapılabilir?, (1995)1 İHİD, s. 22-29.

diğer kamu tüzelkişilerinden ayrı bir varlık olup kamu hizmetlerini görebilmesi için örgütlenme ve personel yanında, taşınır ve taşınmaz mallara, araç ve gereçlere de gereksinimi vardır. Bu mallar hukuksal bakımdan özel mülkiyetteki mallardan farklı olduğu gibi, elde edilmeleri, yararlanma koşulları, elden çıkarılması bakımından değişik kurallara bağlıdır. Kamu malları, nitelikleri, kullanma biçimleri ve kamu hizmeti ile ilişkileri yönünden yönetimin özel hukuk alanındaki mallarından farklıdır. … Devlet malları; Devletçe konulan ve toplanan vergiler ve resimler ile Devlete ait paralar ve pay senetleri ile her türlü taşınır ve taşınmaz mal ve bunların kira geliri ve satış bedellerinden oluşmaktadır. … Dava konusu Devlet mallarına karşı haciz yoluyla takip yapılmasını önleyen kural, devletin kamu malları ile özel hukuka tabi olan özel malları arasında bir ayırım yapmamıştır. Kamu hizmetlerine özgülenmiş ve halkın doğrudan yararlandığı malların haczedilememesi ilkesi, kamu hizmetlerinin görülebilmesini kolaylaştırarak hukuk devletinin gerçekleşmesine yardımcı olur. Bu hizmetler; Devlet ve kamu tüzelkişileri tarafından veya bunların gözetimleri altında genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını sağlamak için yapılan ve topluma sunulan devamlı ve düzenli çalışmalardır. … Devlet mallarının haczedilmeyeceğine ilişkin kural, Devletin borçlarını kendiliğinden ödeyeceği ve bunun hukuk devletinin gereği olduğu esasına dayanır. Devlet mallarının haczi, bu malların kullanma biçimini değiştireceğinden, devletin malvarlığında ve mali hukukta sürekliliğe engel olarak, kamu yararına zarar verir. Uyuşmazlık konusu olayda, borcun hiç ödenmemesinden değil, bütçe olanaklarına göre yılını aştığı için gecikerek ödemenin sağlanacağından söz edilmektedir. Devletin etkinliklerinde kamu hizmeti ve dolayısıyla kamu yararı önde geldiğine göre, bir alacaklının kişisel çıkarı için devlet mallarının haczi, diğer bir deyişle, özel yararın kamu yararına yeğlenmesi (tercih edilmesi) söz konusu olamaz. ... Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında da vurgulandığı gibi, yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. … Kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesinde, eşitlik ilkesinin zedelendiği sonucu çıkarılmaz. … Ayrıca kamu yararına dayanılarak, ayrım yapılmasının eşitlik ilkesini zedelemeyeceği ve kamu yararının, 'kişinin ve toplumun huzur ve refahını sağlamak' anlamına geldiği Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında yinelenmiştir. … Devlete karşı icra kovuşturması yapılabilirse de Devlet mallarının haczedilmesi devlet kavramı ve işlevleri karşısında olanaksızdır. Devletin varlığını sürdürebilmesi ve yargı ve cebri icra görevi de içersinde olmak üzere, kamu hizmetlerini yürütebilmesi için yapılan bu düzenleme, kamu yararının

gerçekleştirmeye yönelik olup, haklı bir nedene dayandığından, yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. … Yönetimin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimine bağlı tutulması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Yönetim, yargı kararlarını yerine getirmek zorundadır. Yönetimin yargı kararlarını yerine getirmekte gecikmesi ya da yerine getirmemesi yönetimin tazminata mahkûm edilmesini gerektiren bir hizmet hususu olduğu gibi görevi savsaklama, ya da görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur. Devlet mallarının haczolunmazlığı kuralı kamu hizmeti görevini yerine getirmenin gereğidir. Bu yolla hem devletin ve kamunun, hem de ilgili öbür yasa kurallarıyla kişilerin zararları önlenmiş olur. Öte yandan bu ilkenin kabulüyle, haklı ve anayasal bir neden olmaksızın mahkeme kararlarının yerine getirilmesinin geciktirilmesi olanağının borçlu yönetimin istencine (iradesine) bırakılmış olduğu görüşü de geçersizdir".

Anayasa Mahkemesi kararını ağır bir şekilde eleştiren *Domaniç*, Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesinin devletin, özel kişilere karşı sorumluluğunu düzenleyen Anayasa'daki hükümlerin gerekçesine ve tarihçesine aykırı olduğunu; ilama bağlı binlerce devlet borcunun yıllarca ödenmediğini; devlet, mahkeme kararıyla bağlı olmasına rağmen borcunu vadesinde ödemesine pek rastlanmadığını[51]; kanunları gereği gibi uygulamayan yürütme organı ile kanunların Anayasa uygunluğunu doğru denetlemeyen, bu konuda açık hatalara düşen Anayasa Mahkemesi'nin malî ve cezaî yönden sorumluluklarının doğduğunu ifade etmiştir[52].

Devlet tüzel kişiliğine ait özel mallar üzerinde, tıpkı kamu mallarında olduğu gibi, İİK'nın 82. maddesi uyarınca haciz işlemi yapılamaz[53]. İİK'nın 82(1). maddesinde yer alan haciz yasağına istinaden Türk Devleti'nin, ICSID hakem kararlarının Türkiye'de icrasını engellemesi mümkündür. Üstelik bu maddedeki haciz yasağı sadece Devletin kamu malları için değil özel malları için de geçerlidir. Ancak iç hukuk açısından varılan bu sonucu, AİHM kararları ile birlikte değerlendirmek gerekir. Çünkü AİHM, Türk Devleti veya

---

51 Hayri DOMANİÇ, Devlet Mallarının Haczolunmazlığını Düzenleyen İİK 82/1 Kuralının Anayasaya Aykırı Olmadığını Saptayan 21.10.1992 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı ile Direnceye Uğrayan Kamulaştırma Bedellerine BK 105 Tazminatını Uygulamayan Yargıtay 5. ve 18. Hukuk Dairelerinin İdare Yanlısı Kararlarından Doğan Çeşitli Sorumluluklar ve Başka Yasal Yollar, (1995)53-54 Manisa BD, s. 9-10.

52 DOMANİÇ, 16-17.

53 İsmet GİRİTLİ/Pertev BİLGEN/Tayfun AKGÜNER/Kahraman BERK, İdare Hukuku, 4. bası, İstanbul 2011, s. 861-862; GÜLAN, 22; İl Han ÖZAY, Günışığında Yönetim, İstanbul 2004, s. 694; Kemal GÖZLER, İdare Hukuku, C. II, 2. bası, Bursa 2009, s. 876.

kamu kurumlarına karşı açılan ve kazanılan davalarda, ilamlı icra yoluna başvurulması üzerine, ya malî imkânsızlıklar sebebiyle ödemenin geciktirilmesini ya da İİK'nın 82. maddesi ile özel kanunlardaki haciz muafiyetinin koruyucu bir kalkan olarak kullanılması neticesinde, alacağın geç tahsil edilmesini veya tahsilâtın yapılamamasını 1 Numaralı Protokolün 1. maddesi ile güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlâli olarak kabul etmiştir. Bu konuya aşağıda ayrıntılı olarak değinilecektir.

Devlet malları, haciz muafiyetinden tam olarak yararlanırken kamu tüzel kişileri açısından ise durum farklıdır. Çünkü haciz yasağı, devletin özel hukuka tabi mallarını da kapsarken kamu tüzel kişilerinin özel hukuka tabi mallarını kapsamamaktadır. Diğer bir ifadeyle, "*kamu tüzel kişilerinin kamu hukukuna tabi olan ve kamu malları genel başlığı ile ayrık hukukî statüleri bulunan, kamu hizmetlerine veya kamunun ortak ve genel kullanımına tahsis edilmiş malların haczi mümkün değildir*"[54]. Buna karşın kamu tüzel kişilerinin özel hukuka tabi malları haczedilebilir. Ancak kamu malları ile özel hukuka tabi mallar arasında ayırım yapmak kolay değildir. Üstelik kamu malı olmadığı halde alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla kamu malı olarak gösterilen malların hacizden muaf tutulması da mümkündür[55].

Devletten ayrı bir tüzel kişiliğe sahip kamu kurumlarının kuruluş kanunlarında, bunlara ait malların devlet malı sayılmasına ilişkin hükümler yer almaktadır. Bazı kanunlarda bu hükme ek olarak söz konusu malların haczedilemeyeceğine ilişkin açık hüküm varken bazılarında haciz konusuna hiç değinilmemiştir. Örneğin, Bankacılık Kanunu'nun[56] 82. maddesinin V. fıkrasına göre, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun malları Devlet malı hükmündedir, bu mallar haczedilemez ve rehnedilemez. 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin IV-V. fıkralarına göre, belediye mallarına karşı suç işleyenler, Devlet malına karşı suç işlemiş sayılır. Belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri haczedilemez. Ancak belediyelerin özel hukuka tabi malları ve bunların gelirleri haczedilebilir[57]. Uygulamada belediyeler, haczi engellemek için bütün mallarının kamu hizmetinde kullanılıyormuş gibi göstermektedirler[58].

---

54 GÜLAN, 22.

55 GÜLAN, 22.

56 5411 sayılı Bankacılık Kanunu: RG 1.11.2005/ 25983 Mükerrer.

57 Hakan PEKCANITEZ/Oğuz ATALAY/Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN/Muhammet ÖZEKES, İcra ve İflâs Hukuku, 9. bası, Ankara 2011, s. 249.

58 EKŞİ, 162-163.

Buna karşın 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun[59] 59. maddesinde, Türkiye Radyo Televizyon Kurumu'nun malları ve her çeşit mevcutlarının devlet malı sayılacağı ifade edilmiş fakat haciz yasağına yer verilmemiştir. Aynı şekilde, Devlet Su İşleri Umum Müdürlüğü Teşkilat ve Vazifeleri Hakkında Kanun'un[60] 51. maddesine göre, Umum Müdürlüğün ve işletmelerinin bütün malları ve kıymetleri devlet malı hükmündedir. Bu mallar ve kıymetler aleyhine suç işleyenler, devlet malları aleyhine suç işleyenler gibi ceza görecektir[61].

Yargıtay, bu tür hükümlerin ceza hukuku bakımından malın devlet malı sayılması sonucunu doğuracağını, buna karşın İİK'nın 82. maddesi açısından bir sonuç çıkarılmaması gerektiğini ifade etmiştir[62].

Doktrinde *Kuru*, özel kanun hükümlerinde ilgili kamu tüzel kişisinin mallarının haczedilemeyeceği hakkında açık bir düzenleme veya kamu tüzel kişisinin mallarının devlet mallarının sahip olduğu ayrıcalıklardan yararlanacağı hakkında bir hüküm bulunmayan hallerde sözkonusu malların ceza hukuku bakımından devlet malı sayılması gerektiğini; İİK'nın 82(1). maddesinin uygulanamayacağını belirtmiştir[63]. *Üstündağ*, özel kanunların devlet malı saydığı malların da haczedilemeyeceğini ifade etmiştir[64]. *Uyar*, ise bu tür hükümler içeren kanunların da İİK'nın 82(1). maddesinde yer alan "mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar" kapsamına girdiğini; bu bağlamda örneğin, Köy Kanunu'nun 8. maddesinde yer alan "köyün orta malı, devlet malı gibi korunur" hükmüne istinaden bu malların İİK'nın 82. maddesinin sağladığı korumadan yararlanacağını ve bunların haczedilemeyeceğini ifade etmiştir[65].

233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin[66], 57. maddesinde teşebbüslerin, müesseselerin, işletmelerin ve bağlı ortaklıkların malları ve her çeşit mevcutları aleyhine işlenen suçlar, devlet malı aleyhine işlenmiş sayılır. Bu suçlara Türk Ceza Kanunu'ndaki cezalar uygulanır. Bu maddenin "taşınır ve taşınmaz malların haczedilemeyeceği" hükmünü taşıyan 2. fıkrası, 1994 yılında 4011 sayılı Kanun[67] ile

---

59 RG 14.11.1983/18221.

60 RG 25.12.1953/8592.

61 EKŞİ, 163-164.

62 12. HD, E. 4590, K. 6805, T. 28.5.1984: (1978)6 YKD, s. 963.

63 KURU, İcra ve İflas Hukuku, 784.

64 Saim ÜSTÜNDAĞ, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004, s. 178.

65 UYAR, 560-561.

66 RG 18.6.1984/18435 Mükerrer.

67 RG 18.9.1994/22055.

kaldırılmıştır. Bu sebeple kamu iktisadi teşebbüslerinin menkul ve gayrimenkul malları ile banka mevduat hesaplarına haciz işlemi uygulanabilir[68]. Nitekim HGK da 26.2.2003[69] ve 19.10.2005[70] tarihli kararlarında aynı sonuca varmıştır.

İİK'nın yanı sıra muhtelif kanunlarda borçlular için çeşitli nedenlerle ve farkı ölçülerde haciz muafiyetine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Doktrinde de ifade edildiği üzere, haczedilmezlik kuralları hiçbir takipte, haczi tamamen bertaraf edecek bir araç olarak kullanılamaz[71]. Buna karşın İİK'nın 82. maddesinde öngörülen devlet mallarının haczedilmezliği kuralı, devletin bütün mallarını kapsadığından haczi tamamen bertaraf edecek niteliktedir. Belirtmek gerekir ki, İİK'nın 82. maddesinde, devlete karşı icra takibi yapılması yasaklanmamıştır. İİK'nın 82. maddesi, yalnızca icra takibi içinde yer alan bir işlemin yapılmasını, diğer bir ifadeyle devlet mallarının haczini yasaklamıştır[72]. O halde devlete karşı, icra takibi yapılabilir ama malları haczedilemez. Anayasa Mahkemesi[73] ve Yargıtay[74] da devlete karşı icra takibi

---

68 EKŞİ, 165.

69 HGK, E. 2003/12-116, K. 2003/111, T. 26.2.2003: "…özel yasalarında bir kuruluşun kamu tüzel kişisi olduğunun belirtilmesi durumunda bu ifade, başlıbaşına o kuruluşun mallarının İİK'nın 82/1. maddesi anlamında haczedilemeyeceği anlamına geldiği sonucunu doğurmaz. Nitekim TRT, Kızılay, İskenderun Demir Çelik Müessesesi ve benzeri kuruluşların malları da devlet malı kapsamına girmediğinden, bu kuruluşların mallarının haczedebileceği kabul edilmektedir" (2003)11 YKD, s. 1657-1665.

70 3533 sayılı Kanun uyarınca kamu iktisadi teşebbüslerinin taraf olduğu uyuşmazlıklarda mecburi tahkime gidilip gidilemeyeceğinin tartışıldığı kararında Yargıtay, bunlara ait malların haczedilip haczedilemeyeceği meselesine de yer vermiştir. HGK, E. 2005/3-560, K. 2005/587, T. 19.10.2005: "..233 sayılı KHK, kamu iktisadi teşebbüslerini iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları olmak üzere iki gruba ayırmıştır. Bunlardan iktisadi devlet teşekkülleri, sermayesinin tamamı Devlete ait olmak, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek ve hususi hukuk hükümlerine tabi bulunmak üzere; kamu iktisadi kuruluşları ise, yine sermayesinin tamamı Devlete ait olmak ve tekel niteliğindeki mallar ile temel mallar ve hizmetler üretmek, pazarlamak üzere kurulmuşlardır. 233 sayılı KHK'nin 57/2. maddesindeki, teşebbüslerin taşınır ve taşınmaz her türlü mallarının haczedilemeyeceğine dair hüküm 14.9.1994 gün 4011 sayılı Kanunun 1. maddesi ile yürürlükten kaldırılarak, bu teşebbüslerin mallarının haczedilebileceği hükmü getirilmiştir".

71 İbrahim AŞIK, 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Devlet Mallarının Haczedilmezliği, 7(2011)18 MİHDER, s. 79-80.

72 AŞIK, 65.

73 RG 30.6.1993/21623.

74 "İlam gereğini yapmayan devlet aleyhine İcra Kanunu hükümleri uyarınca infaz edilemeyeceğinden söz edilerek takibin durdurulması yasaya aykırıdır", İİD, 25.6.1970, (1970)6-7 RKD, s. 88.

yapılabileceğini belirtmiştir. Ayrıca İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin ikinci fıkrasına göre, tam yargı davasında alınan kararlar genel hükümler çerçevesinde infaz ve icra edilecektir. Bu hüküm de açıkça devlete karşı hem icra takibi yapılabileceğini hem de bunun infaz edilebileceğini ortaya koymaktadır. Ancak uygulamada idare, İİK'nın 82. maddesinin yanı sıra muhtelif kanunlarda yer alan icra muafiyeti hükümlerine sığınarak ve özellikle belediyeler, malî imkânsızlıklarını bahane ederek borçlarını ödememektedir.

İİK'nın 82. maddesinin yanı sıra çeşitli yasal düzenlemelere istinaden borçlarını ödemeyen idarî birimlere karşı yürütülen hukukî mücadele ulusal sınırları aşarak uluslararası alana da taşınmıştır. Başta kamulaştırma bedelinin tahsili olmak üzere, kıdem tazminatının, ikramiyenin ve maaşın tahsili amacıyla Türk mahkemelerinde açılan davalarda karara bağlanan alacakların idare tarafından ödenmemesi üzerine AİHM'e başvurulmuştur. AİHM, Türk mahkemeleri tarafından verilen ve kesinleşen ilamlara rağmen malî imkânsızlıklar vb. gerekçelerle bu ilamları icra etmeyen idarî makamların işlemlerinden dolayı Türkiye'nin, AİHS ek 1 Numaralı Protokolün 1. maddesini ihlâl ettiğine karar vermiştir.

B. İdareden Olan Alacakların Tahsil Edilememesi veya Geç Tahsil Edilmesi Sebebiyle AİHM'de Açılan Davalar

Türkiye tarafından 1954 yılında onaylanan[75] 1 Numaralı Protokol ile mülkiyet hakkı, eğitim ve öğrenim hakkı, serbest seçim yapma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine eklenmiştir. Mülkiyet hakkı, 11 Numaralı Protokol ile değiştirilen ve yeniden düzenlenen 1 Numaralı Protokolün 1. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, *her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez*.

Protokolün 1. maddesindeki mülkiyet hakkı, ulusal hukuklara nazaran oldukça geniş bir kapsama sahiptir. Bu sebeple *mülkiyet hakkı* kavramının,

---

[75] RG 19.3.1954/8662. Türkiye, 1 Numaralı Protokolü onaylarken, eğitim ile ilgili 2. maddesine çekince koyarak, 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Yasası kurallarının saklı tutulduğunu ifade etmiştir.

korunmak istenen hakkın içeriğini tam olarak yansıtmakta yetersiz kalacağı düşünülerek bu kavram yerine *malvarlığı hakları* kavramını kullanmayı tercih edenler de bulunmaktadır[76]. Gerek Avrupa İnsan Hakları Komisyonu gerekse AİHM, AİHS ve ek protokollerinde yer alan kavramları, her bir başvuru açısından ayrı ayrı, AİHS'in amacı ve konusu ışığında değerlendirmektedir. AİHM ve Komisyon, AİHS ve ek protokollerindeki kavramları yorumlarken, davalı devletin iç hukukundaki tasnifleri esas almamakta, bu kavramların özerk niteliğinden hareketle AİHS'e taraf bütün devletler için *Avrupa koruma standardı* getirmektedir. Diğer bir ifadeyle, AİHM ve Komisyon, istikrarlı bir şekilde, AİHS ve ek protokollerindeki kavramların iç hukuklardan bağımsız, otonom olarak, Sözleşme'nin amacına uygun bir şekilde yorumlanması gerektiği görüşündedir. Mülkiyet hakkının kapsamı ve sınırları da yine bu otonom anlayışa bağlı olarak belirlenmektedir[77]. Nitekim aşağıdaki kararlardan da anlaşılacağı üzere, mahkeme ilamlarıyla belirlenmiş alacak haklarının da mülkiyet hakkının korunmasını düzenleyen 1 Numaralı Protokolün 1. maddesinin kapsamına girdiği kabul edilmiştir[78].

1. *Aka v. Türkiye*

AİHM'in, 23 Eylül 1998 tarihinde verdiği *Aka v. Türkiye* kararına[79] konu olan olayda, DSİ, 1987 yılında, baraj yapımı için Gökdoğan-Sinop'da birçok taşınmaz malı kamulaştırmış; kamulaştırılan iki taşınmazı için *Mevlüt Aka*'ya, 4.370.962 TL ödemiştir. Başvuran, kamulaştırma bedelinin artırılması davasını açmış; bu davayı kazanmış, ancak artırılan miktar gecikmeli olarak ödenmiştir. *Aka*, enflasyonun yüksek olduğunu ve gecikme sebebiyle Türkiye'nin, 1 Numaralı Protokolün 1. maddesini ihlâl ettiğini belirterek AİHM'e başvurmuştur.

AİHM, kamulaştırma bedelinin uzun bir süre ödenmemesinin, hak kaybına yol açtığına; kamulaştırma anındaki meblağın, ödeme anında enflasyon sebebiyle iki katına çıkması sonucunda başvuranın zarara uğradığına ve bu sebeple 1 Numaralı Protokolün 1. maddesinin ihlâl edildiğine; Türkiye'nin başvurana, 9.557 ABD Doları maddî ve 1.000 Euro manevî tazminatı faiziyle birlikte ödemesine karar vermiştir.

---

[76] Gürbüz SARI, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması, İstanbul 2006, s. 1 vd..

[77] H. Burak GEMALMAZ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul 2009, s. 124 vd..

[78] Ayrıntılı bilgi için bkz. GEMALMAZ, 390-394.

[79] Case of *Aka v. Turkey* (107/1997/891/1103), Judgment, Strasbourg, 23 September 1998: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=aka%20%7C%20Turkey&sessionid=69326929&skin=hudoc-en (10.4.2011).

2. *Tütüncü ve Diğerleri v. Türkiye*

Diyarbakır Belediyesi'nde istihdam edilen *Yılmaz Tütüncü*, *Mehmet Eneze* ve *Nihat Yılmaz*, işten çıkarıldıktan sonra kıdem tazminatı ve maaşlarını Belediye'nin vermemesi üzerine iş mahkemesine başvurmuş; davayı kazanmalarına rağmen kararın icrası mümkün olmamıştır. *Yılmaz Tütüncü*, *Mehmet Eneze* ve *Nihat Yılmaz*, AİHS'in 1. maddesi ile 1 Numaralı Protokolün 1. maddesinin ihlâl edildiği gerekçesiyle AİHM'e başvurmuşlardır. AİHM, Diyarbakır Belediyesi'nin malî sorunlarının haklı bir gerekçe teşkil etmediğini belirterek 1 Numaralı Protokolün 1. maddesinin ihlâl edildiğine; AİHS'in 13. maddesinin ayrıca incelenmesine gerek olmadığına karar vermiştir[80].

3. *Çoruh v. Türkiye*

AİHM'in *Çoruh v. Türkiye* davasında 20 Eylül 2005 tarihinde verdiği karara[81] konu olan olayda, Devlet Şu İşleri, 1996 yılında, *Şenay Çoruh*'un arsasını kamulaştırmıştır. Kamulaştırma bedelinin artırılması davası açan başvuran, davayı kazanmıştır. 29 Aralık 1998 tarihinde DSİ, başvurana 7.101.232.000 TL ödemiştir. Ödemenin, mahkeme kararından iki yıl bir ay sonra yapılması ve Türkiye'de enflasyon oranının yüksek olması sebebiyle *Şenay Çoruh*, 1 Numaralı Protokolün 1. maddesinin ihlâl edildiği gerekçesiyle AİHM'e başvurmuş ve 400.000 ABD Doları maddî ve 10.000 ABD Doları manevî tazminat talebinde bulunmuştur. AİHM, 1 Numaralı Protokolün 1. maddesinin ihlâl edildiğine; 29.321 Euro maddî tazminatın ve 500 Euro yargılama giderinin faiziyle birlikte ödenmesine karar vermiştir.

4. *Abidin Şahin v. Türkiye*

AİHM, *Abidin Şahin v. Türkiye* davasında verdiği 18 Aralık 2007 tarihli kararında[82], belediyeden maaş ve ikramiyesinin tahsiline ilişkin icra

---

[80] *Tütüncü Et Autres c. Turquie* (Requête nº 74405/01) Arrêt Strasbourg 18 octobre 2005 Définitif 18.1.2006:http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=T%FCt%FCnc%FC%20%7C%2074405/01&sessionid=69215424&skin=hudoc-en (10.4.2011).

[81] Case of *Çoruh v. Turkey (Application no. 47574/99)* Judgment Strasbourg 20 September 2005 Final 20.12.2005: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=Article%20%7C%2082%20%7C%20of%20%7C%20Icra%20%7C%20ve%20%7C%20%u0130flas%20%7C%20Kanunu&sessionid=69216031&skin=hudoc-en (10.4.2011).

[82] Case of *Abidin Şahin v. Turkey*, (Application no. 45559/04) Judgment Strasbourg 18 December 2007, Final 18.3.2008: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=abidin%20%7C%20%u015Fahin%20%7C%20turkey&sessionid=69326929&skin=hudoc-en (10.4.2011).

mahkemesi kararının yerine getirilmemesini, 1 Numaralı Protokolün 1. maddesinin ihlâli olarak kabul etmiştir. Karara konu olan olayda, *Abidin Şahin*, 28 Ağustos 2008 tarihinde Belediye'den emekli olmuştur. Emeklilik ikramiyesi 11.981.741.000 TL olarak hesaplanmıştır. Ancak emeklilik ikramiyesi ödenmeyince, ikramiyenin %95 faiziyle tahsili için icra takibi başlatmıştır. Belediye, faize itiraz edince, İslâhiye İcra Mahkemesi'nde itirazın iptali davasını açmıştır. İcra mahkemesi, maaş ve ikramiyenin yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar vermiştir. İcra mahkemesi kararı, 20 Ocak 2001 tarihinde temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir. İcra dairesinin, belediyenin mallarının haczi için yaptığı teşebbüsler sonuçsuz kalmıştır. Başvuran, Cumhurbaşkanlığı'na durumu açıklayan bir mektup yazmış; Cumhurbaşkanlığı konuyu incelemek üzere mektubu İçişleri Bakanlığı'na göndermiş; İslâhiye Belediyesi, belediyenin borçlarının ve bütçesinin yetersiz olduğunu; emeklilik ikramiyesinin ve maaşın taksitle ödenmesi için başvurana yapılan teklifin başvuran tarafından reddedildiğini ifade etmiştir. 6 Ocak 2003 tarihinde, başvuran, Gaziantep Valiliği'nden yardım istemiştir.

Abidin Şahin, AİHS'e ek 1 Numaralı Protokolün 1. maddesine istinaden, 100.000 Euro maddî ve 100.000 Euro manevî tazminat talebiyle AİHM'e başvurmuştur. AİHM, Anayasa'nın 138. maddesini, İYUK'un 28(2). maddesini, İİK'nın 82(1). maddesini ve 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 19(7). maddesini dikkate almıştır. Anayasa'nın 138/IV. maddesine göre, yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez. İYUK'un, 1994 yılında 4001 sayılı Kanun ile değiştirilen 28. maddesinin ikinci fıkrasına göre, tam yargı davaları hakkındaki kararlardan belli bir miktarı içerenler genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur. İİK'nın "*haczi caiz olmayan mallar ve haklar*" başlığını taşıyan 82. maddesinin (1). fıkrasında, devlet malları ile mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen malların haczedilemeyeceği belirtilmiştir. 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 19(7). maddesinde, belediye daire ve şubeleri, bahçeleri, umuma ait akar olmayan açık ve kapalı mahalleri emlak vergisinden müstesna olmak, belediye vergi ve resimleri ile kamu hizmetine tahsis edilen ve akar olmayan emval ve eşyası üzerine haciz konulamayacağı belirtilmiştir.

AİHM, 1 Numaralı Protokolün 1. maddesinin ihlâl edildiğine; 1000 Euro manevî tazminatın yanı sıra icra mahkemesi kararına konu olan maaş ve ikramiyenin tamamının faiziyle birlikte ödenmesine karar vermiştir.

5. *Kuzu v. Türkiye*

Diyarbakır'da yaşayan Emine Kuzu, 1999 yılında mahkeme kararıyla kocasına verilen işten çıkarma tazminatının yetkililer tarafından ödenme-

diğini belirterek AİHS'in 6§1 ve 1 Numaralı Protokolün 1. maddesine istinaden AİHM'e başvurmuştur. AİHM, *Kuzu v. Türkiye*[83] kararında, mahkeme kararını, ödenek yokluğu sebebiyle esaslı bir şekilde geciktiren ve yerine getirmeyen Türkiye'nin 1 Numaralı Protokolün 1. maddesini ihlâl ettiğine ve başvurana ivedi olarak tazminatın ödenmesine karar vermiştir.

C. AİHM Kararlarının Değerlendirilmesi ve Bu Kararların İİK'nın 82. Maddesiyle İlişkisi

İİK'nın 82(1). maddesi doktrinde eleştirilmektedir. İİK'nın 82. maddesinin birinci bendinin kanunda yer almaması gerektiğini belirten *Karslı*, mukayeseli hukukta yeri olmayan ve uygulamada hacze karşı bir kalkan gibi kullanılan birinci bendin, Yargıtay tarafından istisnalarının bulunmaya çalışıldığını; ancak Devlet nasıl olsa borcunu öder ve benzeri ifadelerin bugün artık anlamının kalmadığını ifade etmiştir[84].

Bu bağlamda, AİHM kararları doğrultusunda İİK'nın 82. maddesinin yeniden düzenlenmesi gerektiği; aksi halde, devlet mallarının haczedilememesi sebebiyle Türkiye'nin yeni AİHM başvuruları sonucunda tazminata mahkûm edilmesinin kaçınılmaz olduğu[85]; ancak bu maddede düzenleme yapılmasa bile AİHS ve AİHM kararları sebebiyle artık, devlet mallarının haczinin mümkün olduğu ifade edilmiştir. *Aşık*'a göre, "*AİHM, ulusal yargı kararlarıyla kesinleşmiş alacak hakkının mülkiyet hakkı kapsamına girdiğini ve bu alacağın ödenmemiş olmasının mülkiyetin kullanılmasına saygı gösterilmesi hakkına bir müdahale teşkil ettiğini kabul etmektedir*[86]. *Aşık, "icra dairelerinin, AİHM kararını dikkate alarak, devlet mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin düzenlemeyi dikkate almadan haciz işlemi yapması gerektiğini*" ifade etmiştir[87].

Ancak bu eleştiriler, iç hukukla sınırlı kalmış ve yabancı yatırımcıların Türk devletinden olan alacaklarını tahsil etmek için icraya başvurmaları halinde durumun ne olacağı üzerinde durulmamıştır. Nitekim AİHM kararlarından sonraki eleştiriler hep iç hukuk çerçevesindeki alacaklarla sınırlı olarak yapılmıştır.

---

[83] Deuxième Section, Affaire Kuzu C. Turquie *(Requête N° 13062/03)*Arrêt Strasbourg 17 Janvier 2006 Définitif 17.0./2006: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=13062%20%7C%2013062/03&sessionid=87940105&skin=hudoc-en (6.3.2012).

[84] KARSLI, 487.

[85] PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, 251; AŞIK, 86.

[86] AŞIK, 87.

[87] AŞIK, 87.

AİHM tarafından verilen ve yukarıda özetlenen kararlardan, İİK'nın 82(1). maddesinin, 1 Numaralı Protokolün 1. maddesini ihlâl ettiği sonucuna varmak doğru değildir. Sözkonusu kararlarda, İİK'nın 82(1). maddesinin değil, Türk Devleti'nin, kesinleşmiş bir mahkeme kararına bağlı olan ve AİHS'in koruması altında bulunan "mülkiyet hakkının" kapsamına dahil edilen bir alacağı ödememesi, ihlâl olarak kabul edilmiştir. AİHM kararları, devletin icra bağışıklığı ile ilgili değildir. Bu kararlar, mülkiyet hakkının ihlâli ile ilgilidir. İİK'nın 82(1). maddesi ise, icra muafiyeti ile ilgilidir.

IV. İİK'nın 82(1). Maddesi Uyarınca ICSID Hakem Kararlarının Türkiye'de İcrasının Engellenmesi

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, İİK'nın 82(1). maddesinde yer alan haciz yasağına istinaden Türk Devleti'nin, ICSID hakem kararlarının Türkiye'de icrasını engellemesi mümkündür. Üstelik bu maddedeki haciz yasağı sadece Devletin kamu malları için değil özel malları için de geçerli olduğundan devletin bütün malları haciz muafiyetinden yararlanacaktır. Belirtmek gerekir ki, AİHM kararları doğrultusunda İİK'nın 82. maddesini değerlendirirken, milletlerarası hukukta devletin cebri icra bağışıklığına ilişkin esasların gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Çünkü milletlerarası hukuk, devletin egemenlik işlemlerine tahsis ettiği mallarını cebri icradan muaf tutarken, İİK'nın 82(1). maddesini tamamen bertaraf ederek devletin bütün malvarlığını cebri icraya tabi tutmak doğru değildir. Aksi halde, milletlerarası antlaşmaların yanı sıra örf ve adet kuralları uyarınca diğer devletlerin yalnızca ticari amaçlarla kullandığı malları haczedilebilirken Türk Devleti'nin bütün malvarlığını icraya tabi kılmak haksız bir durum teşkil edecektir. Bu sebeple İİK'nın 82(1). maddesinde yapılacak değişikliklerde, konuyu sadece iç hukuka ilişkin alacaklarla sınırlı olarak ele almamak gerekir.

İİK'nın 82(1). maddesinin, ICSID hakem kararlarının icrası aşamasında da uygulama alanı bulacağını unutmamak gerekir. Devletlerin icra muafiyeti, milletlerarası hukukun söz sahibi olduğu bir konudur. Dolayısıyla İİK'nın 82(1). maddesinde yapılacak değişikliklerde, mutlaka devletin icra muafiyetine ilişkin milletlerarası antlaşmalar ve milletlerarası uygulama dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda devletin, egemenlik işlemlerine tahsis ettiği mallar, hacizden muaf tutulurken ticarî amaçlarla kullandığı malları hacze tabi kılınmalıdır.

Nitekim bu husus, Anayasa Mahkemesi'nin 21 Kasım 1992 tarihli kararına verilen karşı oylarda da vurgulanmıştır. Karşı oy yazısında, "*gerçek kişilerin, tüzelkişilerin mallarının haczi gibi, devletin malı da haczedilebilir. Yurttaşın malına elkoyabilen devlet, borcunu ödemezse, onun da malı hacze-*

dilebilmelidir. Ancak, devletin iyeliğinde olan, tapuya yazılan ve yazılmayan mallar ayrımı ile konuya özgülenen, kamu hizmetinin yerine getirilmesine ayrılan mallar ve değerlerle kurum ve kuruluşlarla araç ve gereçlerin işlevleri gözetilerek hangilerinin ve ne ölçüde haczedilebileceği, daha açık bir anlatımla hangilerinin haczedilemeyeceği belirtilmelidir". Aynı karara ilişkin diğer bir karşı oy yazısında ise, Devletin çeşitli yapıdaki kuruluşlarına ait olan ve onların hüküm ve tasarrufunda bulunan ve özel mülk niteliğindeki kamu mallarının özel kişilere ait olan özel mülkten farkının olmadığı; bu yüzden özel mülk niteliğindeki kamu mallarının genel hükümlere tabi tutularak haczedilmelerinin gerektiği ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 21 Kasım 1992 tarihli kararına ilişkin başka bir karşıoy yazısında, Devletin özel mallarının, İİK'nin 82. maddesinin kapsamı dışında tutulması gerektiği şu şekilde ifade edilmiştir: "*Devletin, borcunu kendi isteğiyle ödeyeceği inancı, genelde kuramsal bir iyimserlikten öteye geçememektedir. Devlete karşı beslenen güven ve saygıyı aşındırmaktadır. Öyleyse, yargı kararlarıyla kesinleşmiş olan bireyin alacağı karşısındaki 'Devlet malları' ayrıcalığına dayanan 'haczedilmezlik' engelini kaldıracak ya da yumuşatacak yeni yasal düzenlemeler yapılması zorunludur. Bu düzenleme, 'Devlet malları' kavramına getirilecek ve madde metnine yansıyacak 'Devletin kamu malları', 'Devletin özel malları' biçiminde çözümleyici bir ayırımla olabilir. Bu alanda öğretinin açıklamaları gözönünde bulundurulmalıdır. İcra ve İflas Yasası'nın 82. maddesinin 1. bendindeki 'Devlet malları' anlatımı, 'Devletin kamu malları' biçiminde değiştirilmelidir. Böylece, Devletin özel malları 'haczedilebilir' bir statüye alınmalıdır. Ayrıca, yargısal kararla bir alacağın doğduğu günden itibaren, o güne değin herhangi bir kamu hizmetinin öğesi olmamış Devletin özel malının, kasıtlı olarak bir kamu hizmetine özgülenmesi, bu düzenlemede yer alacak bir kuralla geçerli sayılmamalıdır. Alacaklının kişisel yararı için devlet mallarının haczine olanak sağlanmasının, özel yararın kamu yararına tercih edilmesi anlamına geleceği yolundaki değerlendirme … doğru değildir. Çünkü kamu yararı, ancak bir kamu hizmetinin varlığı durumunda ve onunla bağlantılı olarak sözkonusu olabilir*".

Mevzuatımızda da haciz açısından kamu hizmetine tahsis edilen mallar ile ticari amaçlarla kullanılan mallar arasında ayırım yapan hükümler bulunmaktadır. 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin son fıkrasına göre, belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri haczedilemez. Yargıtay, 24.10.2011 tarihi kararında[88] belediyelerin haciz yasağı şemsiyesinin altına sığınarak bütün malları için haciz muafiyetinden yararlanmasını engelleyecek bir yorum geliştirmiştir. Kanaatimizce bu yorum son derece isabetlidir.

---

88 12. HD, E. 2011/4066, K. 2011/20293, T. 24.10.2011.

Yargıtay, borçlu belediyenin haczi kabil olmayan paraları ile haczi kabil paralarının aynı hesapta toplanması ve birbirine karıştırılmasını haczedilmezlik hakkından feragat olarak kabul etmiştir. Yargıtay'ın 24.10.2011 tarihi kararına göre, "*5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15/son maddesinde, "belediyelerin kamu hizmetinde fiilen kullanılan malları ile, belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim, harç gelirleri haczedilemez" düzenlemesine yer verilmiştir. Bu maddeye göre belediyenin haczedilemezlik şikayetinin kabul edilebilmesi için mahcuzların kamu hizmetinde fiilen kullanılması zorunludur. İİK ve takip hukuku ilkelerine göre asıl olan alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamak olduğundan kural olarak borçluların tüm mallarının haczi mümkündür. Bir malın haczedilememesi için yasal düzenlemenin bulunması zorunludur. Haczedilmezlik istisnai bir durum olduğundan bu yöndeki düzenlemelerin de dar yorumlanması gerekir…. Bir üst norm olan Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90/IV. maddesi ile de usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve uyuşmazlıklarda gözetilmesi gerektiği kuralına yer verilmiştir. Buna göre Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek 1 Nolu Protokolün 1. maddesinde "her gerçek ve tüzel kişi maliki olduğu şeyleri barışçıl bir biçimde kullanma hakkına sahiptir. Kamu yararı gerektirmedikçe ve uluslar arası hukukun genel ilkeleri ile hukukun aradığı koşullara uyulmadıkça bir kimse mülkiyetinden yoksun bırakılamaz". Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 16 Ocak 2007 tarih ve 31277/03 sayılı Kuzu–Türkiye davası hakkındaki kararında, davacının lehine alınan yargı kararının altı yıldır uygulanmaması, bir diğer anlatımla ilama konu borcun borçlu belediyece ödenmemesi nedeniyle AİHS'in 6§1 ve Ek 1 Nolu Protokolün 1. maddelerinin ihlal edildiği sonucuna vararak tazminata hükmetmiştir. Yine 17 Ocak 2006 tarih ve 13062/03 sayılı Krania–Türkiye davası ve 18 Ekim 2005 tarih ve 74405/01 sayılı Tütüncü ve Diğerleri–Türkiye davası hakkındaki kararında da aynı sonuca varmıştır. Bütün bu açıklamalar ışığında 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15/son maddesinin dar yorumlanması gerektiği sonucuna varılmalıdır. Maddede açıkça haczedilmezlik için vergi, resim, harç geliri olma ya da fiilen kamu hizmetinde kullanılma koşullarının kabul edilmesi karşısında belediyeye ait bir paranın haczedilmezliği ancak fiili durumun tespiti ile belirlenmelidir. Bu konuda ispat yükü ise borçluya düşmektedir. Bir diğer anlatımla haczedilen paraların vergi, resim, harç geliri olduğunu ya da fiilen kamu hizmetinde kullanıldığını borçlu belediye ispatlamalıdır. … Somut olayda haciz konulan borçlu belediyenin banka hesaplarında vergi, resim ve harç gelirleri olduğu gibi haczi kabil paraların da bulunduğu görülmektedir. Haczedilen hesap bu hali ile havuz hesabı niteliğindedir. Hesabın sürekli işlem görüyor olması ve sürekli yatan ve çekilen paraların bulunması karşısında kalan bakiyenin vergi, resim ve harç şeklinde haczi kabil paralar ile haczi mümkün olan paraları*

karıştırmak suretiyle havuz hesabı oluşturan borçlu belediyenin iddiasını ispat imkânını kendisi kaldırmıştır. Borçlu belediyenin haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paralarını ayrı hesaplarda tutması yerine havuz hesabı oluşturmasının da iyi niyetle bağdaşmayacağı tartışmasızdır. Böyle bir davranış AİHS'in 6§1 ve Ek 1 Nolu Protokolün 1. maddelerinin ihlali sonucunu doğuracağı gibi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde de bulunmakla hukukça korunamayacağı muhakkaktır. Buna göre borçlu belediyenin hesaplardaki paraların haczedilmezliğini ispatlayamadığının kabulü gerekir. Öte yandan borçlu belediyece haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paraların aynı hesapta toplanması ve birbirine karıştırılması haczedilmezlik hakkından feragat olarak kabul edilmelidir".

Yargıtay, haczedilmezlik yasağının istisnai bir durum olması sebebiyle dar yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca Yargıtay, haczedilmezlik yasağının kötüye kullanılmasını engelleyecek bir çözüm de getirmiştir. Haczedilebilecek malların, haczedilemeyecek mallarla aynı hesapta tutulmasını haciz yasağından feragat olarak kabul etmiştir.

Kamu kurumlarının, mahkeme kararlarıyla kesinleşen borçlarını muhtelif sebeplerle ödememesine bir tepki olarak İİK'nın 82(1). maddesinin kaldırılması yönünde görüşler ileri sürülmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 21 Kasım 1992 tarihli kararına ilişkin karşıoy yazılarında da belirtildiği üzere, devlet mallarını kullanım amacına göre ikiye ayırmak ve devletin kamu mallarını haczin kapsamı dışında tutmak gerekir. Böyle bir ayırım milletlerarası hukukta devlet mallarının cebri icra bağışıklığına ilişkin ilkelerle de desteklenmektedir.

V. ICSID Hakem Kararlarının Türkiye'de İcrası Açısından İİK'nın 82(1). Maddesinin Devletin İcra Muafiyetine İlişkin İlkeler Kapsamında Yorumlanması

Başta belediyeler olmak üzere idarî birimlerin, malî imkânsızlıklar sebebiyle veya kasıtlı olarak kamulaştırma bedelini ödememesi ya da çok geç ödemesi ve dolayısıyla bir dönem Türkiye'de yaşanan yüksek enflasyon sebebiyle paranın aşırı değer kaybetmesi sonucunda uğranılan zararlar nedeniyle Türkiye'nin 1 Nolu Protokolün 1. maddesini ihlâl ettiği gerekçesiyle Türk vatandaşları tarafından AİHM'e başvurular yapılmıştır. AİHM, mahkeme hükmüyle belirlenen ve devletten olan alacakların, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1 Numaralı Protokolün koruma altına aldığı mülkiyet hakkının kapsamına girdiğine ve Türkiye'nin, Protokolün 1. maddesini ihlâl ettiğine karar vermiştir.

Yukarıda incelenen kararlara istinaden, doktrinde, AİHM kararları çerçevesinde İİK'nın 82(1). maddesinin, AİHS'e açıkça aykırı olduğunun tespit

edildiği belirtilmiştir. Ancak AİHM kararlarından böyle bir sonuca varmak doğru değildir. AİHM kararlarını tek tek okuyup değerlendirdiğimizde, İİK'nın 82(1). maddesinin, AİHS'e aykırı olduğunu belirten bir ifadeye rastlamamaktayız. Ayrıca, AHİM kararları karşısında, İİK'nın 82(1). maddesinde devletin özel mallarının haczedilmesine ilişkin bir hüküm konulması, ancak bunun geçiş dönemi hükmü olarak düşünülmesi, daha sonra devlet mallarının haczedilmezliği kuralının tamamen kaldırılması gerektiğini; İİK'nin 82(1). maddesinde düzenleme yapılmasa bile AİHS ve AİHM kararı sebebiyle artık, devlet mallarının haczinin mümkün olduğu savunan görüşün[89], milletlerarası hukukun icra muafiyetine ilişkin esasları doğrultusunda gözden geçirilmesi gerekir.

Devletin, icra takibine konu olacak malları arasında ayırım yapılmazsa itfaiye araçlarına, belediyeye ait cenaze ya da çöp arabalarına veya otobüslere haciz konulmasında olduğu gibi sakıncalı sonuçlar ortaya çıkacaktır. Üstelik, ICSID hakem kararlarında yer alan meblağlar dikkate alındığında ve yabancı yatırımcı tarafından, devleti, borçlarını ödemeye zorlamak için haczedilmesi halinde devleti daha müşkül duruma düşürecek malların tercih edilebileceği düşünüldüğünde bu sakınca daha da artacaktır.

Doktrinde ileri sürülen İİK'nın 82. maddesinin (1). bendinin kaldırılmasına ilişkin görüş kabul edilirse, yabancı yatırımcı tarafından Türkiye'de Türk Devleti aleyhine yapılan icra takiplerinde, Devletin her türlü malı haczedilebilecektir. Buna karşın, bir Türk yatırımcısı, yabancı bir ülkede ve yabancı devlete veya yabancı devlet kurumuna karşı icra takibi yaptığı zaman, egemenlik işlemlerinde kullanılan malların milletlerarası hukuk uyarınca icra muafiyetinden yararlandığı itirazı ile karşılaşabilecektir. Böylece Türkiye'de, Türk Devleti'ne karşı icra takibi yapan yabancı yatırımcı ile yabancı bir ülkede, yabancı bir devlete karşı icra takibi yapan Türk yatırımcısı arasında eşitlik olmayacaktır. Devletlerin yargı ve icra muafiyeti ile bu muafiyetlerin kapsamını, milletlerarası hukuk kuralları belirlemiştir. İİK'nın 82(1). maddesini, milletlerarası hukuk kuralları çerçevesinde yeniden kaleme almak ve devletin icra bağışıklığına ilişkin esaslar doğrultusunda bu maddeyi değiştirmek gerekmektedir. Yapılacak olan değişiklikte, devletin kamu malları aleyhine icra takibi yapılamayacağı; icra takibinin, devletin özel mülkiyetine ilişkin malları ile sınırlı olarak gerçekleştirileceği öngörülmelidir.

---

89 AŞIK, 89.

Kaynakça

Michael Barton AKEHURST, Akehurst's Modern Introduction to International Law, 7th edition, Peter Malanczuk, London 1997.

Enver ARIKOĞLU, Devletlerle Özel Hukuk Kişileri Arasındaki Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Milletlerarası Çözüm Usulleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2011.

İbrahim AŞIK, 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Devlet Mallarının Haczedilmezliği, 7(2011)18 MİHDER.

Yavuz BALKAN, Haczedilmezlik ve Benzeri Müesseseler, Ankara 2009.

David J.A. CAIRNS, Bolivia: President Nationalises All Aspects of Production and Sale of Hydrocarbons in Bolivia, 9(2006)4 Int. A.L.R.

Giuliana CANÈ, The Enforcement of ICSID Awards: Revolutionary or Ineffective?, 15(2004) Am. Rev. Int'l Arb.

Hayri DOMANİÇ, Devlet Mallarının Haczolunmazlığını Düzenleyen İİK 82/1 Kuralının Anayasaya Aykırı Olmadığını Saptayan 21.10.1992 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı ile Direnceye Uğrayan Kamulaştırma Bedellerine BK 105 Tazminatını Uygulamayan Yargıtay 5. ve 18. Hukuk Dairelerinin İdare Yanlısı Kararlarından Doğan Çeşitli Sorumluluklar ve Başka Yasal Yollar, (1995)53-54 Manisa BD.

Nuray EKŞİ, ICSID Hakem Kararlarının Tanınması Tenfizi ve İcrası, İstanbul 2004.

Nuray EKŞİ, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. bası, İstanbul 2000.

George K. FOSTER, Collecting from Sovereigns: The Current Legal Framework for Enforcing Arbitral Awards and Court Judgments Against States and Their Instrumentalities, and Some Proposals for Its Reform, 25(2008)3 AJICL.

Hazel FOX, The Law of State Immunity, Oxford University Press 2004.

H. Burak GEMALMAZ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul 2009

İsmet GİRİTLİ/Pertev BİLGEN/Tayfun AKGÜNER/Kahraman BERK, İdare Hukuku, 4. bası, İstanbul 2011.

Kemal GÖZLER, İdare Hukuku, C. II, 2. bası, Bursa 2009.

Aslan GÜNDÜZ, Yabancı Devlet Malları Üzerinde Cebri İcra Mümkün müdür?, (1984)1 MHB. (*Yabancı Devlet Malları Üzerinde Cebri İcra*)

Aslan GÜNDÜZ, Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk, İstanbul 1984.

Aydın GÜLAN, Borcunu Ödemeyen Devlete Karşı Ne Yapılabilir?, (1995)1 İHİD.

Moshe HIRSH, The Arbitration Mechanism of the International Centre fort he Settlement of Investment Disputes, Dordrecht 1993.

Kaj HOBER, Investment arbitration and the Energy Charter Treaty, 1(2010) JIDS.

Abdurrahim KARSLI, İcra Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2010.

Baki KURU, Haczi Caiz Olmayan Şeyler: Makaleler, İstanbul 2006.

Baki KURU, İcra ve İflas Hukuku, 3. bası, C. I, İstanbul 1988.

Baki KURU/Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ, İcra ve İflas Hukuku, 23. bası, Ankara 2008.

Karl M. MEESSEN, State Immunity in the Arbitral Process, Studies in Transnational Economic Law, Volume 19: Arbitrating Foreign Investment Disputes, Procedural and Substantive Legal Aspects, Edited by Nobert HORN, Kluwer Law International 2004.

Timuçin MUŞUL, İcra ve İflas Hukuku, 3. bası, Ankara 2008.

Vincent O. Orlu NMEHIELLE, Enforcing Arbitration Awards under the International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention), 21(2001)7 Ann. Surv. Int'l & Comp. L.

Ergin NOMER/Nuray EKŞİ/Günseli GELGEL, Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Antlaşmalar, C. II, İstanbul 2008.

İl Han ÖZAY, Günışığında Yönetim, İstanbul 2004.

Hakan PEKCANITEZ/Oğuz ATALAY/Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN/Muhammet ÖZEKES, İcra ve İflâs Hukuku, 9. bası, Ankara 2011.

İlhan E. POSTACIOĞLU, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982.

Andreas REINER, Enforcement of Arbitral Awards Against States, State Entities and International Organisations, International Commercial Arbitration-A Comparative Survey, ICOC Publication No: 2007/45, Edited by Nuray Ekşi/Pedro J. Martinez-Farga/William K. Sheehy, Istanbul 2007.

Gürbüz SARI, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması, İstanbul 2006

Christoph H. SCHREUER, A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Cambridge 2001.

Ömer ULUKAPI, Haczedilmezlik ve Haczedilmezliğin 4046 Sayılı Özelleştirme Kanunu Kapsamındaki Uygulaması, XVII(1995)1-2 BATİDER.

Talih UYAR, Haczi Caiz Olmayan Mallar (İİK md. 82), A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974.

Saim ÜSTÜNDAĞ, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004.

Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Sözleşmeyle İrtibatlı Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları

*Doğa ELÇİN**

Giriş

Milletlerarası unsurlu hukukî ilişkilerde, hangi hukukun uygulanacağı, kural olarak kanunlar ihtilâfı kuralarıyla tespit edilmektedir ancak pek çok hukuk sisteminde, hukuk seçimi şartıyla veya objektif bağlama kurallarıyla uygulanması bertaraf edilemeyecek kurallar bulunmaktadır[1]. Milletlerarası özel hukukta, doğrudan uygulanan kurallar olarak anılan bu kategoride, *for* hukukunun, *lex causae*'nin ve sözleşmeyle irtibatlı olduğu takdirde, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları bulunmaktadır.

Türk hukukunda, 2675 sayılı Kanun[2] döneminde, doğrudan uygulanan kurallara ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı ancak doktrinde ve uygulamada tartışılagelen bu konu, 5718 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girmesiyle pozitif düzenlemeye kavuşmuştur[3]. *For* hukukunun doğrudan uygulanan kuralları "Genel Hükümler" başlıklı Birinci Bölümde düzenlenmiştir (m.6). Sözleşmeyle irtibatlı üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları ise "Kanunlar İhtilâfı Kuralları" başlıklı ikinci bölünde yer almıştır (m.31). Sözleşmeyle belirli bir irtibata sahip olan üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının hukukî niteliği ve bu kurallara etki tanımanın koşulları, doktrinde ve uygulamada halen tartışmalıdır ve karşılaştırmalı hukuk ışığında, Türk hukukunun ele alınması ihtiyacı bulunmaktadır.

---

* Öğretim Görevlisi, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

1 KUNDA, Ivana, **Internationally Mandatory Rules of a Third Country in the European Contract Conflict of Laws – The Rome Convention and the Proposed Rome I Regulation**, Rijeka 2007, s. 21.

2 RG. 22.05.1982- 17701

3 RG. 12. 12. 2007- 26728. 2675 sayılı MÖHUK, 5718 sayılı MÖHUK'un 64. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

I. Doğrudan Uygulanan Kurallar Kavramı

Sözleşmeyle irtibatlı üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının hukukî niteliğinin tespiti için öncelikle "doğrudan uygulanan kurallar" kavramı ve bu kuralların maddî hukukta yer alan diğer emredici kurallardan farkı ortaya konulmalıdır.

A. Doğrudan Uygulanan Kuralların Hukukî Niteliği

1. Terim Sorunu

Bu kurallar için, *law of immediate application* ya da FRANCESCAKIS'in Fransız terminolojisine kazandırdığı gibi *loi d'application immédiate* terimlerinin kullanıldığı görülmektedir[4]. Doğrudan uygulanan kural teriminin, bu kuralların uygulanma mekanizmasını vurguladığı buna karşılık *lois de police* teriminin fonksiyonel bir vurguya sahip olduğu ifade edilmektedir[5].

Roma Sözleşmesi[6] ve Roma I Tüzüğü'nde[7], bu kurallar, "üstünlüğü olan emredici kurallar (*overriding mandatory rules)* olarak ifade edilmiştir. MÖHUK madde 6 ve 31'de *"doğrudan uygulanan kurallar"* terimi kullanılmıştır[8]. Kanaatimizce, bu kuralları "doğrudan uygulanan kural" olarak ifade etmek, *forum'*un ve bazı görüşlere göre *lex causae'*nin kuralları için yerinde bir niteleme olmasına karşılık, her zaman doğrudan "uygulanma" özelliği bulunmaması nedeniyle üçüncü devletin bu nitelikteki kurallarını kapsam dışı bırakmaktadır. Türk milletlerarası özel hukuk terminolojisiyle uyumlu

---

4 GUEDJ, G.Thomas, **"The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend in Continental Private International Law- A Comparative Analysis with Modern American Theories"**, 39, AJCL, 1991, s. 664. Terminolojik tartışmalar için ayrıntılı olarak bkz. EBRAHIMI, N. Seyed: **Mandatory Rules and Other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations (With Particular Reference to the Rome Convention, 1980),** London 2005, s. 257-259; KUNDA, age., s .22-36; KÖSOĞLU, Mehmet, **"Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31.Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması"**, MHB, Yıl:28, S. 1-2, 2008, s. 149.

5 GUEDJ, agm., s. 664 vd.

6 Convention on the law applicable to contractual obligations (consolidated version), OJ 98/C/27/02- 26.1.1998.

7 Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), OJ. L 177, 4.7.2008.

8 TEKİNALP, Gülören: **"The 2007 Turkish Code Concerning Private International Law and International Civil Procedure"**, 9, Yearbook of Private International Law, 2007, s. 335.

olarak, bu çalışmada "doğrudan uygulanan kurallar" teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

2. Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Doğrudan Uygulanan Kurallarla Korunmak İstenen Menfaatlerin Tespiti

Korunmaya çalışılan menfaatler bakımından, doğrudan uygulanan kuralların, iki amacı vardır. Birincisi, "devletin kendisine ait menfaatleri koruma" amacıdır[9]. İkincisi, "devletin korumak istediği özel menfaatleri koruma"[10] amacıdır. Bunlardan ilki *"eingriffsnormen"* olarak ifade edilmekte, ikinci kategori için ise *"parteischutzvorschriften"* terimi kullanılmaktadır[11].

Devletin kendisine ait menfaatlerini korumak, devlet organizasyonunun bekasını garanti eden temel yapıları temin etmek ve sürdürmek anlamına gelmektedir. Devletin korumak istediği özel menfaatleri koruyarak, ulaşılmak istenen amaç ise yine ülkenin ekonomik ve politik menfaatlerinin korunmasıdır[12].

FRANCESCAKIS'den, MAYER'e; BATTIFOL'den LAGARDE'a kadar, doğrudan uygulanan kuralların, toplu bir menfaati koruma amacı vurgulanmıştır[13]. Bu gerekçeyle, doğrudan uygulanan kuralların özelliği, uygulama alanına giren bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, kanunlar ihtilâfı metodolojisi dikkate alınmaksızın, uygulanmalarıdır[14].

Doğrudan uygulanan kurallar, millî ekonomik sistemi korumak ya da devletin sosyal ve politik hedeflerine ulaşmak için getirilmiş olabilir.

---

9 ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Hatice, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul 2001, s. 64.

10 CHONG, Adeline, **"The Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contracts"**, 2, Journal of Private International Law, 2006, s. 31; ÖZDEMİR_KOCASAKAL, age., s.64.

11 BONOMI, Andrea, **"Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts"**, 10, Yearbook of Private International Law, 2008, s. 294, (Overriding Mandatory Provisions).

12 VISCHER, B.Frank: **"General Course on Private International Law"**, 232, Rec. Des Cours, 1992, s.184; LANDO, Ole, **"Mandatory Rules and Ordre Public"** in **Angleichung des Materiellen und des Interntionalen Privatrechts**, Ed. by. LANDO, Ole/ MAGNUS, Ulrich/NOVAK- STIEF, Monika, Frankfurt Am Main 2003, s. 99, (Mandatory Rules); KUNDA, age., s. 151.

13 GUEDJ, agm., s. 682; EBRAHIMI, age., s. 271; KUNDA, age., s. 150.

14 WATT, M. Horatia/ RADICATI DI BROZOLO, G. Luca, **"Party Autonomy and Mandatory Rules in a Global World"**, 6, International Law FORUM Du Droit International, 2004, s. 90; FAWCETT, James/CARRUTHERS, M. Janeen: **Cheshire, North & Fawcett Private International Law**, Consultant Ed. Sir Peter North, 14th Ed., Oxford 2008, s. 731.

Rekabete, kartellere, kamulaştırmalara, döviz kontrolüne, vergilere, cezaî şartlara ilişkin bazı hükümler buna örnek olarak gösterilmektedir[15]. Özel menfaatleri koruyan, doğrudan uygulanan kurallar ise, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmekten ziyade, özellikle sözleşmeler hukuku alanında, bazı kişi gruplarını koruyarak yine millî ekonomik sistemi koruma amacını taşımaktadır[16]. Tüketici, iş, sigorta, kira sözleşmelerine ilişkin bazı düzenlemelerin bu kategori içinde olduğu kabul edilmektedir[17].

Yürürlükte olduğu dönemde, Roma Sözleşmesi'nde (m.7) ve günümüzde Roma I Tüzüğü'nde doğrudan uygulanan kurallar düzenlemiştir(m.9). Milletlerarası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuka Dair Lâtin Amerika için Sözleşme'nin 11. maddesinde doğrudan uygulanan kuralları yer almaktadır. Millî hukuk düzenlerinin kanunlar ihtilâfı kurallarında da doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin düzenlemeler bulmak mümkündür[18]. Örneğin EGBGB m.34, IPRG m.18 ve İtalyan Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.17 gibi.

Bu kuralları tanımlama görevi, kanun koyucuya veya yürürlükte olduğu dönemde, Roma Sözleşmesi'ni uygulayan mahkemelere verilmişti. Aynı dönemde, doktrinde, doğrudan uygulanan kurallar, devletin sosyal, ekonomik, kültürel ve diğer önemli menfaatlerini korumayı amaçlayan kamu hukuku nitelikli kurallar olarak tanımlanmıştır[19].

Roma Sözleşmesi'nin, Tüzüğe dönüştürülmesi çalışmaları sırasında, doğrudan uygulanan kuralların tanımlanması gerektiği ifade edilmiş ve tanım için getirilen öneri, Avrupa Adalet Divanı'nın 1999 tarihli *Arblade* kararındaki[20] tanımına gönderme yapılarak sağlanmıştır[21]. Buna göre doğ-

---

[15] PHILIP, Allan, **"Introduction to the EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations"**, 49, Nordisk Tidsskrift for International Ret, 1980, s. 130, (The EC Convention); EBRAHIMI, age., s. 277-279; BONOMI, Overriding Mandatory Provisions, s. 291.

[16] PHILIP, The EC Convention, s. 130; FAWCETT, J.James: **"Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law"**, 49/1, Cambridge Law Journal, 1990, s. 60; VISCHER, agm, s. 184; EBRAHIMI, age., s. 281; BONOMI, Overriding Mandatory Provisions, s. 292.

[17] EBRAHIMI, age., s. 282.

[18] BONOMI, Andrea, **"Mandatory Rules in Private International Law"**, 1, Yearbook of Private International Law, 1999, s. 220, (Mandatory Rules).

[19] VERHAGEN, L.E.Hendrik: **"The Tension Between Party Autonomy and European Union Law: Some Obsevations on *Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc*"**, 51 ICLQ, 2002, s.144.

[20] 23.11. 1999, C-369/96.

[21] *Commission of the European Communities, Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a*

rudan uygulanan kurallar, Üye Devlette ekonomik, sosyal ve politik düzenin korunması için devletin ülkesinde bulunan bütün kişilere ve Devletteki bütün hukukî ilişkilere uygulanmasına, kesin olarak uyulması gereken millî hükümlerdir[22].

Doğrudan uygulanan kuralların tanımlanmasına ilişkin devam eden çalışmalar, Roma I Tüzüğü Önerisi'ne yansımıştır(m.8/1). Buna göre üstünlüğü olan emredici kurallar, bu Tüzüğe göre sözleşmeye uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın, kapsamına girdiği her durumda, bir ülkenin politik, sosyal veya ekonomik yapısını korumak için uygulanması çok önemli kabul edilen kurallardır[23].

Doğrudan uygulanan kurallar, *"Üstünlüğü Olan Emredici Hükümler"* başlığı altında, Roma I Tüzüğü'nde tanımlanmıştır (m.9/1). Madde hükmüne göre,bu kurallar, *"devletin sosyal, ekonomik veya politik yapısı gibi, kamu menfaatinin korunması nedeniyle, o ülke tarafından bu kuralların kapsamına giren her türlü durumda, işbu Tüzük uyarınca o sözleşmeye uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın, uygulanacak derecede önemli görülen kurallardır".*

Bu tanımda, bir ülkenin, sosyal, ekonomik veya politik yapısı için çok önemli kabul edilme açısından, menfaat kriterinden hareket edilmiştir. Sözleşmeye uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın uygulanma bakımından ise üstünlük kriteri vurgulanmıştır[24].

Community Instrument and Its Modernisation, (presented by the Commission), Brussels,COM(2002)654 final of 14.1.2003, s.34, (*Green Paper on the Conversion of Rome Convention)*; MARRELLA, Fabrizio, **"The New (Rome I) European Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations: What has Changed?"**, 19/1, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2008, s. 91;HARRIS, Jonathan, **"Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation"** in **Rome I Regulation the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe**, Ed. by. FERRARI, Franco/ LEIBLE, Stefan, Munich 2009, s.294; PLENDER, Richard/WILDERSPIN, Michael, **The European Private Law of Obligations**, 3rd ed., London 2009, s. 339.

[22] Doktrinde, bu tanım, sadece kamu menfaati dikkate alınarak yapıldığı için sınırlı bir tanım olarak nitelendirilmekte ve özel menfaatleri koruyan doğrudan uygulanan kuralların da bulunması olasılığını kapsam dışı bıraktığı için olumsuz eleştiriye uğramaktadır. WILDERSPIN, Michael, **"The Rome I Regulation: Communitarisation and Modernisation of the Rome Convention"**, 9, ERA Forum, 2008, s.272.

[23] *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), Presented by the Commission, Brussels, 15.12.2005. Com (2005), 650 final,* s. 17, (Tüzük Önerisi); MORRIS, John H.C/ Mc.CLEAN, David/BEEVERS, Kisch, **The Conflict of Laws**, London 2009, s. 388-389.

[24] KUNDA, age., s. 147; BONOMI, Overriding Mandatory Provisions, s. 289.

Doğrudan uygulanan kurallar, devletin hayatî menfaatleriyle ilgili olan alanlarda ortaya çıkmaktadır ve bu korumanın irade muhtariyetine terk edilemeyeceği kabul edilmektedir[25]. Hatta kanunlar ihtilâfı kuralları tarafından gösterilen diğer hukuk sistemlerinde alternatif bir koruma bulunsa bile, doğrudan uygulanan kurallar uygulanmaktadır[26]. Doğrudan uygulanan kuralların uygulandığı alanlarda, tamamen iç hukuka ait ya da milletlerarası unsurlu uyuşmazlıklarda yeknesak bir çözümün zorunlu olduğu benimsenmektedir[27].

Doktrinde diğer bir görüşe göre, bir hukukî ilişkinin, bir kısmının, doğrudan uygulanan kurallar tarafından idare edilmesi, diğer kısımlarına yetkili yabancı hukukun uygulanmasını bertaraf etmez[28]. Ancak bu görüş de, her iki kuralın birlikte uygulanmasının mümkün olmaması durumunda, doğrudan uygulanan kuralların öncelikli olarak uygulanacağını kabul etmektedir[29].

Doğrudan uygulanan kurallarının, *common law*'daki görüntüsü, CURRIE'nin menfaat analiziyle bir karşılaştırmayı zorunlu kılmaktadır[30]. Bu yaklaşıma göre, emredici kurallar, özel politikaların ürünüdür ve bu politikaların tarafların menfaatinden üstün bir öneme sahip olduğu kabul edilmektedir[31]. Bu görüş doğrultusunda, gerçek kanunlar ihtilâfı; uyuşmazlığın çözümünde, uyuşmazlıkla irtibatlı bütün devletlerin menfaatlerinin bulunması durumunda söz konusu olmaktadır[32]. Oysa *for* devletinin ya da

---

25 Haksız rekabete ilişkin kuralların, para mevzuatının, ithalat ve ihracat sınırlamalarının bu kavram içinde düşünülebileceği önerilmektedir. VERHAGEN, agm., s. 144; CHONG, agm., s. 31.

26 VISCHER, agm, s. 159; WATT/ RADICATI DI BROZOLO, agm., s. 90.

27 GUEDJ, agm., s. 666.

28 BONOMI, Mandatory Rules, s. 228.

29 BONOMI, Mandatory Rules, s. 228.

30 GUEDJ, agm., s. 682.

31 GUEDJ, agm., s. 686; VISCHER, agm, s. 48-57; BRILMAYER, Lea, **"The Role of Substantive and Choice of Law Policies in the Formation and Application of Choice of Law Rules"**, 252, Rec. Des. Cours. 1995, s.24-25; HARTLEY, C.Trevor, **"Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach"**, 266, Rec. Des. Cours., 1997, s. 364; DOLINGER, Jacob, **"Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts"**, 283, Rec. Des. Cours, 2000, s. 306; CHONG, agm., s. 36; WATT, M. Horatia, **"Private International Law"**, in Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Ed. by Jan M. SMITHS, Massachusetts Nothhampton 2006, s.568.

32 EHRENZWEIG, A.Albert/JAYME, Erik: **Private International Law- Volume Three- Obligations (Contracts, Torts) an Outline**, Leyden 1977, s.6; LANDO, Ole, **"New American Choice of Law Principles and the European Conflict of Laws of Contracts"** 30, AJCL, 1982, s. 24, (Conflict of Laws of Contracts); GUEDJ, agm., s. 688; SYMEONIDES, C. Symeon, **Private International Law at the End of the 20th Century: Progress of Regress?** , The Hague 2000, s. 63.

bir başka devletin, uyuşmazlıkta menfaatinin bulunduğu fakat uyuşmazlıkla irtibatlı diğer devletlerin menfaatlerinin bulunmadığı olaylarda zaten gerçek bir kanunlar ihtilâfı meselesi de bulunmamaktadır[33].

Doğrudan uygulanan kurallarının, CURRIE'nin devlet menfaati analizinden ayrılan yanı, uygulanmasında; sadece *forum*'un çok önemli bir menfaatinin olayda bulunmasının gerekmesidir[34]. Dolayısıyla, doğrudan uygulanan kuralların, bir istisna olduğu; buna karşılık devlete ait menfaatler analizinin ise bütün uygulanacak hukukun tayinini sürecinde daha kapsamlı,temel bir yaklaşım olduğu vurgulanmaktadır[35].

3. Türk Hukukunda Doktrinde Yer alan Tartışmalar ve Pozitif Düzenlemeler

1330 tarihli Muvakkat Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde, 2. maddede düzenlenmiş olan, *"Emniyet ve asayişi memlekete taalûk eden Devletin bütün kanun ve nizamları Türkiye'de bulunan bütün ecnebiler hakkında dahi mer'idir"* hükmü, *forum'*un doğrudan uygulanan kuralları olarak değerlendirilmiştir[36].

Türk hukukunda 2675 sayılı Kanun döneminde, kanunda pozitif olarak düzenlenmemiş olan doğrudan uygulanan kurallar, doktrinde ifade edilmiş[37] ve nihayet günümüzde MÖHUK'un 6. maddesinde, "*Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları*" başlığı altında düzenlenmiştir.

Madde başlığında Türk hukukuna gönderme yapılarak, düzenlenen kuralın *for'*un doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin olduğu vurgulanmıştır. Türk hukukunda, milletlerarası emredici kurallar ya da üstünlüğü olan

---

33 LANDO, Ole, **"The Substantive Rules in the Conflict of Laws: Comparative Comments from the Law of Contracts"**, 11, Tex. Int'l L.J., 1976, s.508, (Rules in the Conflict of Laws); LANDO, Conflict of Laws of Contracts, s. 24; MENEKŞE, Ayhan, **"Haksız Fiiller Alanından Örneklerle Devlet Menfaatinin Tahlili Metodu"**, Hirsch Armağanı, BATİDER, Ankara 1987, s. 530-533.

34 BONOMI, Mandatory Rules, s. 219.

35 DOLINGER, agm., s. 385.

36 ULUOCAK, Nihâl, **Kanunlar İhtilâfı (Yasama Yetkisi Kuralları)**, İstanbul 1971, s. 217-218; SEVİĞ, V. Raşit, **Kanunlar İhtilafı – Yasama ve Yargı Çatışmaları**, İstanbul 1971, s. 26-27.

37 TİRYAKİOĞLU, Bilgin, **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk,** Ankara 1996, s.267, (Taşınır Mallar); SARGIN, Fügen, **Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara 2002, s. 245; AYBAY, Rona/DARDAĞAN, Esra, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilâfı)**, B.2, İstanbul 2008, s. 145.

emredici kurallar yerine, kuralın uygulanma metoduna vurgu yapan doğrudan uygulanan kurallar terimi kullanılmıştır.

6. maddeye göre, *"Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır"*.

Hükümde yer alan, *"düzenlenme amacı ve uygulama alanı"* ifadesi, Roma I Tüzüğü'ne göre daha kapsamlı bir tanımdır[38]. Doktrinde, doğrudan uygulanan kuralların, kanunlar ihtilâfı kurallarından bağımsız olarak uygulanacağı ifade edilmiş[39] ve madde metnindeki *yabancı hukukun uygulandığı durumlarda* ifadesi, olumsuz şekilde eleştirilmiştir[40].

2675 sayılı Kanun döneminde, doktrinde ifade edilen bir görüşe göre, burada doğrudan uygulanma, ihtilâfçı yöntemin bertaraf edildiği anlamına gelmemektedir[41]. Bu görüşe göre, doğrudan uygulanan kurallar bakımından izlenen yöntem, kamu hukuku alanındaki gibi değildir ve yetkili makamın, yabancı bir kanunu uygulaması tamamen bertaraf edilmemiştir[42].

Diğer görüşe göre, doğrudan uygulanan kuralların, yetkili yabancı hukukun uygulanmasını baştan bertaraf ederek[43] hukukî ilişkiyi kapsadığı gözönüne alınırsa, madde metnindeki ifadenin isabetli olduğunu söylemek çok güçtür[44]. Bu gerekçeyle doktrinde, hükmün, *"yabancı hukukun uygulanması gereken durumlarda"* şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir[45]. Nitekim, 6. maddenin değil ancak 31. maddenin Madde Gerekçesinde[46], *"Millî hukuk düzenlerinde yer alan doğrudan uygulanan kurallar, seçilen hukukta veya hâkimin hukukunda varsa tereddütsüz uygulanırlar. Çünkü bu kuralların genel bir tanımı yapılmamakta beraber sahip oldukları nitelik, kanunlar ihtilâfı kurallarının hatta hukuk seçiminin bertaraf edilmesi*

---

38 TEKİNALP, Gülören, **Milletlerarası Özel Hukuk – Bağlama Kuralları**, B.10, İstanbul 2009, s. 364.

39 NOMER, Ergin/ŞANLI, Cemal, **Devletler Hususî Hukuku**, B.17, İstanbul 2009, s.187.

40 NOMER/ŞANLI, age., s. 188.

41 TİRYAKİOĞLU, Bilgin, **Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfı**, Ankara 1997, s. 32, (Rekabet).

42 TİRYAKİOĞLU, Rekabet, s. 33.

43 NOMER/ŞANLI, age., s. 188; DOĞAN, Vahit: **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara 2010, s.40.

44 NOMER/ŞANLI, age., s. 188.

45 DOĞAN, age, s. 188.

46 5718 sayılı MÖHUK Tasarısı ile ilgili Adalet Komisyonu Raporu: http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47m.html (szt. 07.09.2010).

sonucunu doğurur." denilerek, doğrudan uygulanan kuralların bu özelliği vurgulanmıştır.

MÖHUK, doğrudan uygulanan kuralları tanımlamamıştır. Doğrudan uygulanan kurallar bakımından, mahkeme öncelikle, söz konusu düzenlemenin kendisinin, milletlerarası alanını *"territorial scope"*nı belirleyip belirmediğine bakmalıdır[47]. Eğer belirlememişse, mahkeme, korunması gerekli politikalar temelinde, onun milletlerarası alanını tayin edecek ve bu politikaya etki tanıyıp tanımamaya karar verecektir[48]. Bu araştırma, uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın yapılacaktır[49].

Madde 6'daki kurallar, korunması gerekli politikalar bakımından çok önemli kabul edilmesi nedeniyle, *forum'*un kanunlar ihtilâfı kuralları dikkate alınmaksızın, doğrudan doğruya uygulanmaktadır[50]. Bu gibi kurallar, *for* ülkesinin dahilî menfaatlerini korumaktadır[51].

Ancak irade muhtariyetinin ve en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasının, sözleşmelere uygulanacak hukukun temel ilkesi olduğu unutulmamalıdır[52]. MÖHUK m.6'yı uygulayan mahkemeler, bu temel ilkeye riayet etmek zorundadır ve bu ilke doğrultusunda, doğrudan uygulanan kuralların sadece özel istisnaî niteliğini gözönüne almalıdır[53].

---

47 SARGIN, age., s. 246; DOĞAN, age, s. 188; KÖSOĞLU, agm., s. 151. Aynı yönde yabancı doktrinde, PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 337; MORRIS/McCLEAN/BEEVERS, age., s. 389.

48 AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 142; ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B. Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk,** B.10, İstanbul 2010, s. 155; DOĞAN, age, s. 189; KÖSOĞLU, agm., s. 152. Benzer tespit için yabancı doktrinde, BONOMI, Mandatory Rules, s. 231; EBRAHIMI, age., s. 270; PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 337.

49 GUEDJ, agm., s. 665; HARTLEY, agm, s. 364-365.

50 TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallar, s. 13; DOĞAN, age, s. 186.

51 LANDO, Conflict of Laws of Contracts, s. 33;HAY, Peter, **"Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law"**, 226/1, Rec. Des. Cours, 1991, s. 381; KUNDA, age., s. 150.

52 Doktrinde, Roma Sözleşmesi'nin 7/2. maddesinin, bir anlamda, Sözleşmenin temel amacı olan kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarını yeknesaklaştırmasına ters düştüğü belirtilmektedir. Diğer yandan, Sözleşmenin geniş uygulama alanı karşısında, taraf Devletlere esneklik ve istisnalar tanınması gerekliliği yönünde, PHILIP, Allan, **"Recent Provisions on Mandatory Laws in Private International Law"**, in Multum Non Multa Festschrift Für Kurt Lisptein Aus Anlass Seiness 70 Gebustutages, Heidelberg 1980, Ed. by FEUERSTEIN, Von Peter/ PARRY, Cilve, s. 245, (Mandatory).

53 HORLACHER, M. Matthew, **"The Rome Convention and the German Paradigm: Forecasting the Demise of the European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations"** 27, Cornell International Law Journal, 1994, s.179.

Doğrudan uygulanan kuralların, uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın uygulanma[54] özelliği onun kamu menfaati ile olan güçlü bağından kaynaklanmaktadır[55]. Diğer bir deyişle, doğrudan uygulanan kurallar, toplumun, kamu menfaatini harekete geçirmekte veya güçlü şekilde korumaktadır[56]. Buna göre, bireylerin menfaatlerini koruma işlevi veya sözleşmenin tarafları arasındaki dengeyi kurma amacı tek başına bir hükmü, doğrudan uygulanan kural kabul etmek için yetersizdir[57].

Bu kapsamda kamu menfaati açıklanmalıdır. Başlangıç olarak, zayıf tarafı koruma amacı olan herhangi bir hüküm, genel bir amaçla harekete geçirilen kamu menfaatini koruduğu için, büyük oranda emredicidir[58]. Oysa kamu menfaatini koruyan bütün kuralların, doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Ayrıca bu hükümlerin kamu düzenini ilgilendirmeleri, onların özel hukuk hükmü olma niteliklerini kaybettirmez. Diğer bir deyişle, bunlar kamu hukuku hükümleri değildirler ama bir kısmının kamu düzenini ilgilendirdiği ileri sürülebilir[59].

Burada ulaşılan ayrım, kamu hukuku ve özel hukuk kuralları arasındaki geleneksel ikilik değildir[60]. Bu ayrım, uygulanacak hukukun tayinindeki işlevini yitirmiştir[61]. Doğrudan uygulanan kurallar özellikle bulundukları hukuk sistemi için önemlidir. Bu bağlamda, diğerlerinden daha emredici bir özelliğe sahiptir. Kanun koyucunun özel olarak önemli kabul ettiği bu maddî kurallara, idarî ya da cezaî yaptırımların bağlanması bunun tipik örneğidir[62].

---

54 TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallar, s. 79.

55 BONOMI, Mandatory Rules, s. 232.

56 DOLINGER, agm., s. 309.

57 NOMER/ŞANLI, age., s. 187-189; DOĞAN, age, s. 187. Aynı yönde yabancı doktrinde, VISCHER, agm., s. 154; VERHAGEN, agm., s. 144; LEIN, Eva: **"Proposal for a Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I) Com (2005) 650 Final, 15.12.2005, a Short Commentary"**, 7, Yearbook of Private International Law, 2005, s.407.

58 GUEDJ, agm., s. 681, (dn.94); EBRAHIMI, age., s. 275.

59 AKIN, Şefika, **"Üçüncü Devletin Emredici Kurallarının Sözleşmesel İlişki Üzerindeki Etkisi"**, MHB, Yıl: 9, S.2, 1989, s. 100.

60 DOĞAN, age., s. 186. Aynı yönde yabancı doktrinde, MARTINEK, Michael, **"Codification of Private International Law – aComparative Analysis of the German and Swiss Experience"**, 2, J.S.Afr.L., 2002, s. 251; EBRAHIMI, age., s.360.

61 AKIN, agm., s. 101; NOMER/ŞANLI, age., s. 188. Aynı yönde yabancı doktrinde, EBRAHIMI, age., s. 275-276.

62 EBRAHIMI, age., s. 276 vd.

Doğrudan uygulanan kurallar, kamu menfaati amacı gütmesine rağmen, genel düzeyde kamu menfaatini korumak, bir emredici hükmünü tek başına doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirmeye yetmemektedir[63]. O halde, doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilecek bir hükmün,*"emredici niteliğinin güçlü olduğu"*, *"olağandan daha güçlü olduğu"* ve aynı zamanda *"kamu menfaatine önemli ölçüde hizmet ettiği*" söylenebilir. Bu sırayla, bir hüküm, doğrudan uygulanan kural olarak nitelenebilir. Diğer bir deyişle, bu kategoride, kamu menfaati, bu kuralların, normal kapsamının ötesinde uygulanacağına gönderme yapılarak, özel bir şekilde yorumlanmaktadır[64].

B. Geniş Anlamda Emredici Kurallar ile Doğrudan Uygulanan Kurallar Ayrımı

Geniş anlamda emredici kurallar, taraflar arasındaki bir sözleşmeyle istisna edilemeyen, sınırlanamayan ve değiştirilemeyen hukuk kurallarıdır[65]. Bu anlamda emredici kurallar, iç maddî hukuka ait bir kavramdır[66]. Geniş anlamda emredici kurallar, bir yandan kendilerine aykırı işlemleri hukuken geçersiz kılarken, diğer yandan, asgarî bir koruma öngörmektedir. Dolayısıyla, hukukî ilişkiye *lex fori* uygulandığında uygulanan kurallardır[67]. Hukukî ilişkiye *lex causae* uygulanıyorsa, *lex causae*'nin emredici kuralları uygulanacaktır[68].

Bu kurallar da, ülkenin sosyal ve ekonomik düzenini korumayı teminat altına almaktadır ve kamu düzeni kuralları olarak ifade edilmektedir. Özellikle tüketiciler, işçiler, yazarlar, küçükler, ticarî acenteler gibi daha zayıf tarafları korumayı amaçlamaktadır[69]. Mahallî hukuk içerisinde bir

---

63 AKIN, agm., s. 100.

64 KUNDA, age., s. 123.

65 BONOMI, Mandatory Rules, s.223; MEEUSEN, Johan/ PERTEGÁS, Marta/ STRAETMANS, Gert, **Enforcement of International Contracts in the European Union, Convergence and Divergence between Brussels I and Rome I**, Oxford 2004, s.19; BONOMI, Overriding Mandatory Provisions, s.288; FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 730.

66 LANDO, Mandatory Rules, s. 99; KUNDA, age., s. 129; FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 729.

67 PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 324.

68 BONOMI, Mandatory Rules, s. 223; FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 151; PLENDER/WILDERSPIN, age., s. 324.

69 *Green Paperon the Conversion of Rome Convention*, s. 33; BONOMI, Andrea, **"Conversion of the Rome Convention on Contracts into an EC Instrument: Some Remarks on the Green Paper of the Commission"**, 5, Yearbook of Private International Law, 2003, s. 87, (Rome Convention); FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 728.

sözleşmesel hüküm tarafından istisna edilemeyen fakat kanunlar ihtilâfı hukukunun olağan kurallarına tâbi olan bu kurallar, geniş anlamda emredici kurallardır[70].

Roma I Tüzüğü'nün, tüketici sözleşmelerine ilişkin 6. maddesinin 2. fıkrası ve iş sözleşmelerine ilişkin 8. maddesinin 1. fıkrasında sadece geniş anlamda emredici kurallara gönderme yapılmaktadır[71]. Bu kurallar için terminolojide, iç emredici kurallar (*internally mandatory rules),* mahallî emredici kurallar *(domestically mandatory rules)* ya da olağan emredici kurallar *(ordinary mandatory rules)* terimlerinin kullanıldığı da görülmektedir[72]. Benzer bir yorum, Türk hukuku bakımından, tüketici sözleşmelerine ilişkin m.26/1 ve iş sözleşmelerine ilişkin m.27/1 için yapılabilir.

Dar anlamda emredici kurallar, diğer bir deyişle doğrudan uygulanan kurallar, genellikle politik, ekonomik ya da sosyal niteliklidir ve sözleşmeler hukukunun geleneksel yapısı dışında amaçlar taşımaktadır[73]. Milletlerarası özel hukuk bakımından, uygulanacak hukukun tayini metodu bertaraf edilerek uygulanan kurallardır. Diğer bir deyişle üstünlüğü olan "doğrudan uygulanan" kurallardır[74].

II. SÖZLEŞMEYLE İRTİBATLI ÜÇÜNCÜ DEVLETİN DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARI

A. Sözleşmeyle İrtibatlı Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Hukukî Temelleri

Sözleşmeyle irtibatlı üçüncü devletin, doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınmasının arkasında İkinci Dünya Savaşı sırasında ortaya atılan, *Sonderanknüpfung* teorisi ve bu teoriyi kabul eden Alman Temyiz mahkemesinin *Alnati* kararı bulunmaktadır[75]. Bu teoriye göre, bir kuralın özel amacı

---

[70] PHILIP, Mandatory, s.244; PHILIP, The EC Convention, s.129; CHONG, agm., s. 31; KUNDA, age., s. 130.

[71] HARTLEY, agm., s. 348; BONOMI, Mandatory Rules, s. 224; CHONG, agm., s.32; KUNDA, age., s. 20;FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 730; HARRIS, agm., s.292. Doktrinde ifade edilen diğer bir görüşe göre, bu kurallar, kanuna karşı hilenin önüne geçmek için getirilmiş kurallardır. FAWCETT, agm., s. 57.

[72] Bu terimler için ayrıntılı olarak bkz. KUNDA, age., s. 22.

[73] HARTLEY, agm, s. 346.

[74] BONOMI, Mandatory Rules, s. 224; *Green Paper on the Conversion of Rome Convention,* s, 33; KUNDA, age., s. 21; Doktrinde bu kurallar için "Süper Emredici Kurallar" terimi de kullanılmaktadır. MEEUSEN/PERTEGÁS/STRAETMANS, age., s. 18-19; CHONG, agm., s. 31.

[75] MANN, F.Alexander, **"Contracts: Effect of Mandatory Rules"** in Harmonizati-

veya işlevi, eğer yeterli öneme sahipse, bu kural, uygulanacak hukukun veya *lex fori*'nin bir parçası olmasa bile, niteliği icabı doğrudan uygulanırlığını belirlemektedir. Teori, menfaat analizinin bir parçası olarak kabul edilebilir ancak kökenleri Birleşik Devletler'deki menfaat analizinin klasik açıklamalarından daha öncedir[76].

Bu teorinin kurucusu WENGLER'dir ve çalışması 1941 yılında yayımlanmıştır. Yazar, tek bir uygulanacak hukuk kuralı tespit etmek yerine, uygulanacak hukuka ek olarak, diğer hukuk düzenlerinin kurallarının da bazı şartlar altında dikkate alınabileceğini söylemiştir[77]. Diğer bir deyişle yazara göre, milletlerarası sözleşmelere emredici kuralların uygulanması, *lex voluntatis*'i sağlayan hukuk sistemlerinden kaynaklanıp kaynaklanmadığına bağlıdır[78].

WENGLER, teoriyi oluştururken, yabancı hukuka etki tanınması için özel ilkeler ortaya koymuştur[79]. Yazar, bu kuralları dört temel üzerinde açıklamaktadır. Birincisi, sözleşmeyi idare eden hukukun doğrudan uygulanan kuralları ile üçüncü ülkelerin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları arasında bir farklılık bulunmamaktadır. İkincisi, doğrudan uygulanan kuralların, uygulanma amacına riayet edilmektedir[80]. Üçüncüsü bu kurallar ile hukukî durumun yakın irtibatlı olması gerekmektedir. Dördüncüsü, bu kurallar, *lex fori*'nin kamu düzenine aykırı olmamalıdır[81].

Lex fori'ye rağmen yabancı doğrudan uygulanan kurallara etki tanınması, yabancı hukukun kendi düzenlemesine bağlıdır[82]. Diğer bir deyişle, *forum*, yabancı ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımada istekli ise, yabancı devletin hukukunun dikkate alınmasında, o devletin menfaatinin

---

on of Private International Law by the E.E.C., Ed. by. LIPSTEIN, Kurt, London 1978, s. 31; EBRAHIMI, age., s. 316; KUNDA, age., s. 58. Ayrıca bazı milletlerarası sözleşmelerde de bu teoriye ilişkin hüküm bulmak mümkündür. Örneğin, Acenteye Uygulanacak Hukuka Dair La Haye Sözleşmesi'nin 16. maddesinde de bu teoriye ilişkin hüküm bulunmaktadır. Benzer şekilde, Trus'tlara Uygulanacak Hukuk ve Onların Tanınmasına Dair La Haye Sözleşmesinin 16. maddesi, bu konuyu düzenlemektedir.

76 HARTLEY, agm, s. 356.

77 VAN HECK, Georges, **"International Contracts and Domestic Legislative Policies"** in Internationales Recht und Wirtschaftsordunung, F.A.Mann- 1977, Ed. by FLUME, Werner/HAHN, J.Hugo/KEGEL,Gerhard/SIMMONDS, Kenneth, p.185; GUEDJ, agm., s. 671; ÖZDEMİR-KOCASAKAL, age., s. 68.

78 KUNDA, age., s. 62.

79 KUNDA, age., s. 270 vd.

80 ÖZDEMİR-KOCASAKAL, age., s. 67.

81 KUNDA, age., s. 269-270; ÖZDEMİR-KOCASAKAL, age., s. 89.

82 BONOMI, Mandatory Rules, s. 244; ÖZDEMİR-KOCASAKAL, age., s. 69.

bulunup bulunmadığını belirlemelidir. Bu emredici kuralların ne zaman milletlerarası alanda uygulanacağını belirleyen bir hüküm bulunup bulunmadığını tespit etmek için yabancı hukuk araştırılmalıdır.

Yabancı devletin, o kuralın uygulanmasında menfaati olduğunda bile bu kurala etki tanınması zorunlu değildir[83]. Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımanın ihtiyarî olmasının nedenlerinden biri; sözleşmeyle irtibatlı birden fazla üçüncü devlet hukukunun bulunması olasılığıdır[84]. Bu yabancı kurallar, söz konusu hukukî ilişki ile yeteri derecede yakın ilişki içinde olmalıdır[85]. Ayrıca yabancı doğrudan uygulanan kurallara etki tanınması, *forum*'un kamu düzenine aykırı olmamalıdır[86].

Alman hukukçu WINTER, bu teoriyi geliştirmiştir[87]. Ona göre, sözleşmesel ilişki ile ilgili farklı hukuk düzenlerinin kuralları, milletlerarası bir olayda, kendi hukuk düzenlerinde uygulanmalarından kaçınmak mümkün değilse ve bu kurallara riayet etmek çok önemli ise dikkate alınmalıdır. İrade muhtariyetinin sınırları, milletlerarası olaylarda bile dikkate alınmaması mümkün olmayan, sosyal fonksiyonu çok önemli olan kurallarca sınırlanabilir[88].

Genel olarak, Alman doktrininde, yabancı doğrudan uygulanan kurallara etki tanımaya yönelik üç yaklaşım bulunmaktadır. Birincisi hâkim görüştür. *Sonderanknüpfung* teorisine dayanmaktadır ve yabancı hukukun bu kurallara etki tanınmasını istenip istenmediğini değerlendirmektedir. İkinci görüşe göre, sadece uygulanacak hukukun hükümleri doğrudan uygulanan kural kabul edilebilir[89]. Üçüncü ve son görüş ise, yabancı ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının etkisinin, her bir olayın kendi özelliğine göre değerlendirilebileceğini savunmaktadır[90].

---

83 HARTLEY, agm, s. 365; EBRAHIMI, age., s. 320; KUNDA, age., s. 241.

84 KUNDA, age., s. 242.

85 BONOMI, Mandatory Rules, s. 244-245; EBRAHIMI, age., s. 321; KUNDA, age., s. 216.

86 BOGDAN, Michael, **"Foreign Public Law and Article 7(1) of the Rome Convention: Some Reflections from Sweden"**, in **Vers de Nouveaux Équilibres Entre Ordres Juridiques: Liber Amicorum Hélène Gaudemet – Tallon**, Ed. by. ANCEL, Jean -Pierre, Paris 2008, s. 675.

87 GUEDJ, agm., s. 671.

88 BOGDAN, agm., s. 676 vd.

89 KUNDA, age., s. 69 vd.

90 VERHAGEN, agm., s. 136; CHONG, agm., s. 57; KUNDA, age., s. 66-69.

B. Pozitif Düzenlemeler

1. Karşılaştırmalı Hukukta

Restatement II madde 196 ve IPRG m.19, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkindir. Roma Sözleşmesi madde 7/1'i karşılayan Roma I Tüzüğü madde 9/3'e göre de, *forum,* üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına, bu kurallar, o ülkenin hukukuna göre, *lex causae* dikkate alınmaksızın uygulanmak zorunda ise, etki tanıyabilir[91].

Doktrinde, sözleşmeyle irtibatlı üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına*"etki tanıma"* ya da bu kuralları *"dikkate alma"* ile *"uygulama"* arasındaki farklılık vurgulanmaktadır[92]. Bir görüşe göre, "dikkate alma-*taken into account"* terimi, "etki tanıyabilme – *effect may be given"* terimine göre daha sınırlayıcıdır[93].

Bir yabancı hükme "etki tanıma", müdahale eden ülkenin, ülkesel sınırları içinde işlevsel olarak uygulanabilen yabancı kamu hukuku kurallarının, tanınmak zorunda olması olarak anlaşılmalıdır[94]. Buna göre, *lex causae*, sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanmaya devam edecektir fakat sözleşmeyle yakın bir ilişkisi bulunması durumunda, bir başka devletin doğrudan uygulanan kurallarının etkisi tanınacaktır[95].

Milletlerarası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuka Dair Lâtin Amerika için Sözleşmenin 11. maddesinde sözleşmeyle yakın irtibatlı olması duru-

---

91 Roma Tüzüğü'nün hazırlaması sırasında, *forum*'un, sözleşmeyle irtibatlı üçüncü devletin hukukunun emredici kurallarına etki tanımaya karar verirken dikkate alacağı unsurlar, Roma Sözleşmesi'nde yer alan düzenlemeden çok farklı değildir. Mahkemeler, bu emredici kurallara etki tanıyıp tanımama konusunda, birinci fıkradaki tanıma göre onların yapısı ve amacı ve uygulanmaları veya uygulanmamaları hâlinde, ilgili emredici kuralların amaçları ve taraflar için ortaya çıkan sonuçları göz önüne alır. Tüzük Önerisi, s. 18. Madde 7/2'de yer alan, *forum*'un doğrudan uygulanan kurallarına nazaran, yabancı bir devletin benzer kurallarının dikkate alınması, Roma Sözleşmesi'ne taraf devletler için yeni bir olguydu ve ihtiyatla karşılanmıştı çünkü Üye Devletlere, Üye Olmayan ülkeleri de kapsayacak şekilde diğer Devletlerin düzenleme politikalarını dikkate alma sorumluluğu getirmekteydi. *Green Paper on the Conversion of Rome Convention,* s. 38. Bu hükmün Roma Sözleşmesi'ndeki varlığı tartışmalı olduğu için, taraf devletler bu hükmü uygulamama hakkına sahipti (m.22/1-a). Almanya, İrlanda, Lüksemburg ve Birleşik Krallık bu çekinceyi koyan ülkelerdendi.

92 MANN, agm., s. 32; VISCHER, agm, s. 168; KUNDA, age., s. 245.

93 VON OVERBECK, E. Alfred, **"The Fate of Two Remarkable Provisions of the Swiss Statute on Private International Law"**, 1, Yearbook of Private International Law, 1999, s. 123.

94 VAN HECKE, agm., s. 191; KUNDA, age., s. 245.

95 VAN HECKE, agm., s. 191; KUNDA, age., s. 245.

munda, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımak mahkemenin takdirine bırakılmıştır[96].

Milletlerarası Hukuk Enstitüsü, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını, sözleşme ile yakın bir irtibatının bulunması ve bunun yanında, bu amacın, genel olarak milletlerarası camia tarafından kabul edilmiş olması koşullarına bağlamıştır[97].

IPRG m.19'da ise, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının, hukukî ilişki ile irtibatlı olması hâlinde, amaçları da göz önüne alınmak suretiyle, İsviçre hukuku ile bağdaşabilir bir sonucun doğması şartıyla, hâkim tarafından dikkate alınabileceği düzenlenmiştir[98]. İsviçre hukukundaki bu düzenleme, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımayı sözleşmelerle sınırlamaması[99] ve doğrudan uygulanan kuralların işlevini gözönüne almada daha açık olması noktasında dikkat çekicidir[100].

Roma I Tüzüğü'ne göre, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ifa edileceği veya ifa edildiği ülke hukukunun üstünlüğü olan emredici kurallarına, sözleşmenin ifasını hukuka aykırı kılmadığı ölçüde etki tanınabilir. Bu hükümlere etki tanıyıp tanımamaya karar verilirken, bu kuralların yapısı, amaçları ve uygulandıkları veya uygulanmadıkları durumda ortaya çıkan sonuçları dikkate alınır (m.9/3). Roma I Tüzüğü'nde düzenlenen hüküm, Roma Sözleşmesi'nin 7/1. fıkrasından oldukça farklıdır ve sözleşmeyle irtibatlı üçüncü ülkenin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıma alanını oldukça daraltmaktadır[101].

---

96 JUENGER, K.Friedrich, **"The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts : Some Highlights and Comparisons"**, 42, AJCL, 1994, s.392; BONOMI, Mandatory Rules, s. 222; KUNDA; age., s. 102.

97 Justitia et Pace Institut de Droit International, Session of Basel -1991, The Autonomy of the Parties in International Contracts Between Private Persons of Entities, 7th Commission, Rappoteur: Mr. Eric Jayme; CHONG, agm., s. 50.

98 VISCHER, agm, s. 173; TURHAN, Turgut, **"İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk"**, AÜHFD, S.41, Yıl: 1991, s.142; VON OVERBECK, agm., s. 123.

99 BONOMI, Mandatory Rules, s. 222.

100 VISCHER, agm, s. 178; BONOMI, Rome Convention, s. 91 (dn.95); KUNDA, age., s.107. Benzer şekilde, Rusya Medenî Kanunu'nun 1192. maddesinde, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıma, sözleşmelerle sınırlanmamıştır. KUNDA, age., s. 109.

101 BONOMI, Rome Convention, s. 91; CHONG, agm., s. 58; HARRIS, agm., s. 269. Bu yaklaşımın nedenlerinden biri belki de Roma Sözleşmesi döneminde, sıklıkla ihtiyatla karşılaşılan ve çekince konulan bu düzenlemeyi, Roma I Tüzüğü ile birlikte çekince koymaksızın uygulayacak ülkeler bakımından daha cazip hâle getirmektir. KÖSOĞLU, agm., s. 171.

Birincisi, Roma Sözleşmesi'nde, durumun yakın irtibatlı olduğu bir başka ülkenin emredici kurallarından söz edilmekteyken, Roma I Tüzüğü, sözleşmenin ifa edildiği veya ifa edileceği ülkenin hukukunun üstünlüğü olan emredici kurallarına gönderme yapmaktadır[102]. İkincisi, bu diğer ülkenin hukukuna etki tanıma olasılığı, sözleşmenin ifasını hukuka aykırı kılmadığı ölçüde mümkündür[103]. Oysa Roma Sözleşmesi'nde böyle bir sınırlama yer almamaktadır[104].

Doktrinde, "sözleşmenin ifasını hukuka aykırı kılmadığı ölçüde" ifadesinin hem ifa yerinin tespiti hem de hukuka aykırılığın belirlenmesi bakımından güçlüklere yol açacağı uyarısında bulunulmuştur[105]. Roma I Tüzüğü'nde, sözleşmeyle irtibatlı üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıma alanının daraltılmasının, her bir olayda, mahkemelere, makul sonuçlara ulaşmada daha fazla alan veren Roma Sözleşmesi'yle kıyasladığında, tercih edilebilir olmadığı ifade edilmiştir[106]. Doktrinde, düzenlemeyi, belirsizlikleri azaltması bakımından olumlu karşılayan karşı görüşler de bulunmaktadır[107].

2. Türk Hukukunda

Sözleşmeyle irtibatlı üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıma, MÖHUK'un 31. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, *"sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde, üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır".*

31.maddenin ilk cümlesinde, *"etki tanımak"* kabul edilmekteyken, ikinci cümlede *"uygulayıp uygulamamaktan"* söz edilmesi, doktrinde yanıltıcı bir ifade olarak eleştirilmiştir. Bu görüşe göre, taraflarca tayin edilmiş ya da

---

[102] BONOMI, Overriding Mandatory Provisions, s. 296; FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 740; BOGDAN, agm, s. 681;MORRIS/McCLEAN/BEEVERS, age., s. 390.

[103] WILDERSPIN, agm, s. 273; BOGDAN, agm, s. 682; BONOMI, Overriding Mandatory Provisions, s. 296; FAWCETT/CARRUTHERS, age., s. 740; MORRIS/ McCLEAN/BEEVERS, age., s. 390.

[104] CHONG, agm., s. 65.

[105] HARRIS, agm., s. 315-324.

[106] SOLOMON, Dennis, **"Private International Law of Contracts in Europe: Advances and Retreats"**, 82, Tulane Law Review, 2007-2008, p.1738.

[107] CHONG, agm., s.61.

objektif bağlama yoluyla belirlenmiş olsun, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının *lex causae* yerine uygulanması söz konusu olamaz[108].

MÖHUK m.31, sözleşmeyle irtibatlı üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını ele almaktadır fakat onlara etki tanınmasını zorunlu kılmamaktadır[109]. *Forum*, bu kurallara etki tanıyıp tanımamaya karar verirken, bu kuralların yapısı, amaçları ve uygulandıkları veya uygulanmadıkları durumda ortaya çıkan sonuçları dikkate alacaktır.

Sözleşmeyle irtibatlı olan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıma konusunda, MÖHUK'ta aranan koşullar, Roma I Tüzüğü'nde arananlardan oldukça farklıdır ve Türk hukukunda yer alan düzenlemenin uygulama alanı daha geniştir. Başlangıç olarak, bu devletin hukukunun, sözleşmeyle sıkı ilişki içinde olması gerekmektedir. İkincisi, söz konusu kurallara etki tanıyabilmek için bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları, Türk hukukuna göre taraflardan birinin korunmaya değer menfaati için değerlendirilmeli ve etkinin kapsamı belirlenmelidir[110].

Doktrinde, bu kurallara etki tanımada, özellikle, verilecek mahkeme kararının bu ülkede tanınması ve tenfizinin sağlanmasının bir ölçüt olabileceği önerilmektedir[111]. Bir başka görüşe göre, 31. madde, sözleşmeyle irtibatlı üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının etkisinin belirlenmesinin güçlüğü karşısında, uygulaması olmayan bir madde olarak kalmaya mahkumdur[112].

C. Sözleşmeyle İrtibatlı Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Yöneltilen Eleştiriler

Sözleşme ile irtibatlı üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıma, yabancı doktrinde, öncelikle metodolojik açıdan eleştirilmiştir. Buna göre, eğer *forum*, kanunlar ihtilâfı kuralının gösterdiği yabancı hukuka nazaran, bir başka yabancı hukukun uygulanmasını belli durumlarda zorunlu bulmaktaysa, bu, yeni bir kanunlar ihtilâfı kuralı bulunduğu anlamına gelmektedir[113].

---

[108] NOMER/ŞANLI, age., s. 328. 2675 sayılı Kanun döneminde,*"etki tanıma"* ile *"uygulanma"* arasındaki farklık için ayrıntılı olarak bkz. TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallar, s. 270.

[109] AYBAY/DARDAĞAN, age., s. 273.

[110] NOMER/ŞANLI, age., s. 328-329.

[111] NOMER/ŞANLI, age., s. 328-329; KÖSOĞLU, agm, s. 157.

[112] NOMER/ŞANLI, age., s. 328-329.

[113] MANN, agm., s. 35; PHILIP, Mandatory, s. 248.

Doktrinde, diğer olumsuz eleştiriler; mahkemenin, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıma yetkisinin, gücünün; hukuksal kaynağının ve üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının tanımlanmasının ve kendi doğrudan uygulanan kurallarına rağmen *forum*'un, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarını nasıl uygulayacağının son derece belirsiz olduğudur[114] ve mahkemelere büyük bir yük getireceğidir[115].

Doktrinde bir görüşe göre, sözleşmeyle irtibatlı olan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına hâkimin "etki tanıyabilmesi" buna karşılık, *for*'un doğrudan uygulanan kurallarının ise mutlaka uygulanması gerektiğinden hareketle; yabancı doğrudan uygulanan kurallar ile *forum*'un doğrudan uygulanan kuralları karşı karşıya geldiğinde, öncelikle, *for*'un doğrudan uygulanan kuralları uygulanmalıdır[116]. Diğer görüşe göre, mahkemeler, bu düzenlemeyle birlikte, başlangıçta ve sonradan ortaya çıkan hukuka aykırılıkların bulunduğu olaylarda, sözleşmeye uygulanacak hukuk ne olursa olsun, ifa yeri hukukuna etki tanıyabilir[117].

Doktrinde bir başka görüşe göre, *for* ve yabancı hukukun kuralları, amacı ve uyuşmazlığa getirdiği çözümler bakımından çelişkili ise *for*'un doğrudan uygulanan kuralları uygulanmalıdır. *For* ve yabancı hukukun kuralları aynı amacı sağlamaya yönelik ise ve uyuşmazlık hakkında getirdikleri çözümler, çelişkili değilse birlikte uygulanmalıdır. Yabancı kanun, *for* kanununa göre, daha elverişli hükümler içeriyorsa, hâkim, yabancı kanunu uygulayabilecektir[118].

Uygulanacak hukukta belirsizliklere yol açması bakımından[119] da sözleşmeyle irtibatlı üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıma, ihtiyatla karşılanmaktadır[120]. Özellikle *forum*'un doğrudan uygulanan kurallarının "uygulandığı" ve sözleşmeyle irtibatlı üçüncü bir devlerin doğrudan uygulanan kurallarına da "etki tanındığı" bir durumda, bu ikisinin nasıl kombine edileceğinin son derece belirsiz olduğu vurgulanmaktadır[121].

---

[114] Aynı yönde Türk doktrininde, NOMER/ŞANLI, age., s. 328-329.

[115] FAWCETT, agm., s. 61; BONOMI, Mandatory Rules, s. 221; EBRAHIMI, age., s. 337-342; HARRIS, agm., s. 295.

[116] DOLINGER, agm., s. 311; KUNDA, age., s. 195. Bu tespit için Türk doktrininde, KÖSOĞLU, agm., s. 161.

[117] CHONG, agm., s. 65.

[118] ÖZDEMİR- KOCASAKAL, age., s. 72.

[119] ÖZDEMİR- KOCASAKAL, age., s. 75; KÖSOĞLU, agm., s. 168.

[120] MANN, agm., s. 36; WEINTRAUB, J.Rusell, **"How to Choose Law for Contracts, and How Not to: The ECC Convention"**, 17, Tex. Int'l L.J., 1982, s.161; VON OVERBECK, agm., s. 122; EBRAHIMI, age., s. 336; KUNDA, age., s. 313.

[121] HARRIS, agm., s. 312.

Karşı görüşe göre, bir sözleşmeyle irtibatlı olabilecek ülkelerin hukuklarını önceden tespit etmenin sanıldığı kadar öngörülemez değildir. Potansiyel irtibatlar, *lex loci contractus, lex loci solutionis* ve tarafların ikametgâhları, işyerleri ve mutad meskenlerinden daha öteye taşınamaz[122].

Milletlerarası unsurlu bir sözleşmenin, diğer ülkelerde etkilerinin bulunması ve bu etkilerin taraflar veya bu ülkelerin kendisi için önemli kabul edilmesi; sözleşmeyle irtibatlı üçüncü devletin menfaatlerinin dikkate alınması anlamına gelecektir[123]. Diğer bir deyişle, sözleşmeye irtibatlı üçüncü devletin, doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınmasında, *for* kadar, tarafların ve yabancı devletin de bu kuralların uygulanmasındaki menfaati araştırılmalıdır[124].

Sözleşmeyle irtibatlı üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması, milletlerarası nezaketten veya *forum*un politikasının, yabancı ülkenin politikasıyla aynı görüşte olmasından kaynaklanabilir ya da sözleşmeyle irtibatlı olan üçüncü devletin bunda menfaatlerinin bulunmasından kaynaklanabilir[125].

Üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınmasının, milletlerarası nezaketten veya *forum*un politikasının, yabancı ülkenin politikasıyla aynı görüşte olmasından kaynaklanması ise çeşitli şekillerde gerekçelendirilebilir. Birincisi, dost yabancı devletlerle ilişkileri korumak üzerine bir motivasyon bulunmaktadır. İkincisi, milletlerarasılaşmanın ruhu, milletlerarası işbirliğini ve milletlerarası camianın ortak menfaatlerini korumayı gerektirmektedir. Üçüncüsü, verilen kararın, sözleşmeyle irtibatlı olan üçüncü bir devlette tenfiz edilebilmesini sağlama amacıdır[126]. Ayrıca, *forum shopping* sorununu aşmak ve milletlerarası karar ahengini yakalamaya yardımcı olabilir[127]. Böylece, sözleşmeyle irtibatlı üçüncü ülkenin, doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıma, *for*'un veya üçüncü ülkenin menfaatleri haksız yere ihlâl edilmeyecekse, yabancı hukukun (özellikle döviz kontrolü, ithalat ve ihracat sınırlamalarında) dikkate alınması şeklinde gelişmiştir[128].

---

[122] CHONG, agm., s. 45.

[123] CHONG, agm., s. 35.

[124] BONOMI, Mandatory Rules, s. 237.

[125] HARTLEY, agm, s. 365; BONOMI, Mandatory Rules, s. 235; CHONG, agm., s. 35; HARRIS, agm., s. 299.

[126] CHONG, agm., s. 38.

[127] CHONG, agm., s. 38-39.

[128] DICEY, A.Venn/MORRIS, J.H.Carlile, **The Conflict of Laws**, (ed. COLLINS, L.) 12th Ed., Vol.2, London 1993, s. 1242; BOGDAN, agm, s. 677-678.

Sonuç

Sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde, üçüncü devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilmesi, günümüzde, 5718 sayılı MÖHUK m.31'de düzenlenmiştir ancak düzenlenmesinde dikkate alınan unsurlar ve uygulanmasında karşılaşılması muhtemel belirsizlikler, gerek benzer hükümlere sahip yabancı hukuk düzenlerinde, gerekse Türk hukukunda tartışmaları beraberinde getirmiştir.

Kanaatimizce, 31. maddenin uygulanmasına yönelik belirsizlikler, sözleşmeyle irtibatlı üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıma noktasında, Roma I Tüzüğü'nde, yer alan sınırlamalara, MÖHUK'ta da en azından örnekleyici olarak yer verilmesiyle, bir ölçüde giderilebilirdi ve uygulamanın tespitini kolaylaştırıcı bir işleve sahip olabilirdi. Ayrıca bu ülkenin hukukuna etki tanıma olasılığının ölçüsü, sözleşmenin ifasını hukuka aykırı kılmamakla dengelenebilirdi. Sonuç olarak, 31. maddenin uygulama alanı, zaman içinde uygulamaya yönelik birikimle ve yargı kararlarıyla ortaya çıkacaktır. Doktrin ile uygulama, kapsamı son derece muğlak olan bu alanda, karşılıklı olarak birbirini aydınlatmalıdır.

Kaynakça

AKIN, Şefika, **"Üçüncü Devletin Emredici Kurallarının Sözleşmesel İlişki Üzerindeki Etkisi"**, MHB, Yıl: 9, S.2, 1989, s. 99-102.

AYBAY, Rona/DARDAĞAN, Esra, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilâfı)**, B.2, İstanbul 2008.

BOGDAN, Michael, **"Foreign Public Law and Article 7(1) of the Rome Convention: Some Reflections from Sweden"**, in **Vers de Nouveaux Équilibres Entre Ordres Juridiques: Liber Amicorum Hélène Gaudemet – Tallon**, Ed. by. ANCEL, Jean -Pierre, Paris 2008, s. 671-682.

BONOMI, Andrea, **"Mandatory Rules in Private International Law"**, 1, Yearbook of Private International Law, 1999, s. 215-247, (Mandatory Rules).

"Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts", 10, Yearbook of Private International Law, 2008, s. 285-300, (Overriding Mandatory Provisions).

"Conversion of the Rome Convention on Contracts into an EC Instrument: Some Remarks on the Green Paper of the Commission", 5, Yearbook of Private International Law, 2003, s. 53-98, (Rome Convention).

BRILMAYER, Lea, **"The Role of Substantive and Choice of Law Policies in the Formation and Application of Choice of Law Rules"**, 252, Rec. Des. Cours. 1995, s.10-111.

ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B. Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk,** B.10, İstanbul 2010.

CHONG, Adeline, **"The Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contracts"**, 2, Journal of Private International Law, 2006, s. 27-70.

DICEY, A.Venn/MORRIS, J.H.Carlile, **The Conflict of Laws**, (ed. COLLINS, L.) 12th Ed., Vol.2, London 1993.

DOĞAN, Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara 2010.

DOLINGER, Jacob, **"Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts"**, 283, Rec. Des. Cours, 2000, s.190-512.

EBRAHIMI, N. Seyed, **Mandatory Rules and Other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations (With Particular Reference to the Rome Convention, 1980),** London 2005.

EHRENZWEIG,A.Albert/JAYME, Erik, **Private International Law- Volume Three- Obligations (Contracts, Torts) an Outline**, Leyden 1977.

FAWCETT, James/CARRUTHERS,M.Janeen, **Cheshire, North & Fawcett Private International Law**, Consultant Ed. Sir Peter North, 14th Ed., Oxford 2008.

FAWCETT, J.James, **"Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law"**, 49/1, Cambridge Law Journal, 1990, s.44-62.

GUEDJ, G.Thomas, **"The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend in Continental Private International Law- A Comparative Analysis with Modern American Theories"**, 39, AJCL, 1991, s. 661-697.

HARRIS, Jonathan, **"Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation"** in **Rome I Regulation the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe**, Ed. by. FERRARI, Franco/ LEIBLE, Stefan, Munich 2009, s.269-348.

HARTLEY, C.Trevor, **"Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach"**, 266, Rec. Des. Cours., 1997, s.343-426.

HAY, Peter, **"Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law"**, 226/1, Rec. Des. Cours, 1991, s. 284-403.

HORLACHER, M.Matthew, **"The Rome Convention and the German Paradigm: Forecasting the Demise of the European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations"** 27, Cornell International Law Journal, 1994, s.173- 201.

JUENGER, K.Friedrich, **"The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts : Some Highlights and Comparisons"**, 42, AJCL, 1994, s.381-393.

KÖSOĞLU, Mehmet, **"Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31.Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin**

Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması", MHB, Yıl:28, S. 1-2, 2008, s. 147-172.

KUNDA, Ivana, **Internationally Mandatory Rules of a Third Country in the European Contract Conflict of Laws – The Rome Convention and the Proposed Rome I Regulation**, Rijeka 2007.

LANDO, Ole, **"New American Choice of Law Principles and the European Conflict of Laws of Contracts"** 30, AJCL, 1982, s. 19-35, (Conflict of Laws of Contracts).

"The Substantive Rules in the Conflict of Laws: Comparative Comments from the Law of Contracts", 11, Tex. Int'l L.J., 1976, s.505-526, (Rules in the Conflict of Laws).

"Mandatory Rules and Ordre Public" in **Angleichung des Materiellen und des Interntionalen Privatrechts**, Ed. by. LANDO, Ole/ MAGNUS, Ulrich/ NOVAK- STIEF, Monika, Frankfurt Am Main 2003, s. 99-109, (Mandatory Rules).

LEIN, Eva, **"Proposal for a Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I) Com (2005) 650 Final, 15.12.2005, a Short Commentary"**, 7, Yearbook of Private International Law, 2005, s.391-413.

MANN, F.Alexander, **"Contracts: Effect of Mandatory Rules"** Harmonization of Private International Law by the E.E.C., Ed. by. LIPSTEIN, Kurt, London 1978, s. 31-37.

MARRELLA, Fabrizio, **"The New (Rome I) European Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations: What has Changed?"**, 19/1, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2008, s.87-107.

MARTINEK, Michael, **"Codification of Private International Law – aComparative Analysis of the German and Swiss Experience"**, 2, J.S.Afr.L., 2002, s. 234-253.

MEEUSEN, Johan/PERTEGÁS, Marta/STRAETMANS, Gert, **Enforcement of International Contracts in the European Union, Convergence and Divergence between Brussels I and Rome I**, Oxford 2004.

MENEKŞE, Ayhan, **"Haksız Fiiller Alanından Örneklerle Devlet Menfaatinin Tahlili Metodu"**, Hirsch Armağanı, BATİDER, Ankara 1987, s. 501-557.

MORRIS, John H.C/Mc.CLEAN, David/BEEVERS, Kisch, **The Conflict of Laws**, London 2009.

NOMER, Ergin/ŞANLI, Cemal, **Devletler Hususî Hukuku**, B.17, İstanbul 2009.

ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Hatice, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul 2001.

PHILIP, Allan, **"Recent Provisions on Mandatory Laws in Private International Law"**, in Multum Non Multa Festschrift Für Kurt Lisptein Aus Anlass Seiness 70 Gebustutages, Heidelberg 1980, Ed. by FEUERSTEIN, Von Peter/ PARRY, Cilve, s. 241-249, (Mandatory).

"Introduction to the EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", 49, Nordisk Tidsskrift for International Ret, 1980, s. 123-132, (The EC Convention).

PLENDER, Richard/WILDERSPIN, Michael, **The European Private International Law of Obligations**, 3rd ed., London 2009.

SARGIN, Fügen, **Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara 2002.

SEVİĞ, V. Raşit, **Kanunlar İhtilafı – Yasama ve Yargı Çatışmaları**, İstanbul 1971.

SOLOMON, Dennis, **"Private International Law of Contracts in Europe: Advances and Retreats"**, 82, Tulane Law Review, 2007-2008, p.1709- 1740.

SYMEONIDES,C.Symeon, **Private International Law at the End of the 20th Century: Progress of Regress?**, The Hague 2000.

TEKİNALP, Gülören, **Milletlerarası Özel Hukuk – Bağlama Kuralları**, B.10, İstanbul 2009.

"The 2007 Turkish Code Concerning Private International Law and International Civil Procedure", 9, Yearbook of Private International Law, 2007, s. 313-342.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin, **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk,** Ankara 1996, (Taşınır Mallar).

Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfı, Ankara 1997, (Rekabet).

TURHAN, Turgut, **"İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk"**, AÜHFD, S.41, Yıl: 1991, s.119-149.

ULUOCAK, Nihâl, **Kanunlar İhtilâfı (Yasama Yetkisi Kuralları)**, İstanbul 1971.

VAN HECK, Georges, **"International Contracts and Domestic Legislative Policies"** in Internationales Recht und Wirtschaftsordunung, F.A.Mann- 1977, Ed. by FLUME, Werner/HAHN, J.Hugo/KEGEL,Gerhard/SIMMONDS, Kenneth, s.183-191.

VERHAGEN, L.E.Hendrik, **"The Tension Between Party Autonomy and European Union Law: Some Obsevations on *Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc"***, 51 ICLQ, 2002, s.135-154.

VISCHER, B.Frank, **"General Course on Private International Law"**, 232, Rec. Des Cours, 1992, s 11- 255.

VONOVERBECK, E.Alfred, **"The Fate of Two Remarkable Provisions of the Swiss Statute on Private International Law"**, 1, Yearbook of Private International Law, 1999, s. 119-133.

WATT, M. Horatia, **"Private International Law"**, in Elgar Encyclopedia of Compa-

rative Law, Ed. by Jan M. SMITHS, Massachusetts Nothhampton 2006, s.566-577.

WATT, M.Horatia/RADICATI DI BROZOLO, G. Luca, **"Party Autonomy and Mandatory Rules in a Global World"**, 6, International Law FORUM Du Droit International, 2004, s. 90-96.

WEINTRAUB, J.Rusell, **"How to Choose Law for Contracts, and How Not to: The ECC Convention"**, 17, Tex. Int'l L.J., 1982, s.155-166.

WILDERSPIN, Michael, **"The Rome I Regulation: Communitarisation and Modernisation of the Rome Convention"**, 9, ERA Forum, 2008, s.259-274.

Commission of the European Communities, Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and Its Modernisation, (presented by the Commission), Brussels,COM(2002)654 final of 14.1.2003.

Convention on the law applicable to contractual obligations (consolidated version), OJ 98/C/27/02- 26.1.1998.

Justitia et Pace Institut de Droit International, Session of Basel -1991, The Autonomy of the Parties in International Contracts Between Private Persons of Entities, 7th Commission, Rappoteur: Mr. Eric Jayme.

Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), OJ. L 177, 4.7.2008.

Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), Presented by the Commission, Brussels, 15.12.2005. Com (2005), 650 final, (Tüzük Önerisi).

5718 sayılı MÖHUK Tasarısı ile ilgili Adalet Komisyonu Raporu http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47m.html (szt. 07.09.2010).

Kısaltmalar

age.	adı geçen eser
agm.	adı geçen makale
AJCL	American Journal of Comparative Law
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B.	bakınız
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
C	Case
COM	Commission
dn.	dipnot
EBGBG	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EC	European Community
ed.	edition
ed. by	Edited by
ICC	International Chamber of Commerce
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IPRG	Gesetz über das Internationale Privatrecht
J.S.Afr.L.	Journal of South African Law
m.	madde
MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MHB	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
No.	Number
OJ.	Official Journal
RG.	Resmî Gazete
Rec. Des. Cours.	Recueil des Cours de I'Acedemie de Droit International de La Haye
S.	Sayı
s.	sayfa
szt.	son ziyaret tarihi
Tex. Int'l. L. J.	Texas International Law Journal
vd.	ve devamı

Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz–Kompetenz Prensibi

*Emre ESEN**

I. Konunun Takdimi

Tahkim anlaşmasının temel hükümlerinden biri, tahkim anlaşmasının mevcudiyetine rağmen uyuşmazlığın devlet mahkemelerine götürülmesi durumunda, davalı tarafa tahkim anlaşmasına istinaden tahkim itirazında bulunma imkânı vermesidir[1].

Türk uluslararası tahkim hukukunda tahkim anlaşmasının bu temel hükmüne ilişkin normatif düzenleme, 4686 sayılı Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu[2]'nun (MTK) 5. maddesinde yer almaktadır: *"Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tâbidir. Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder."*

4686 sayılı MTK'nın 5. maddesinde yer alan bu düzenleme büyük ölçüde izahtan varestedir. Zira tahkim itirazının bir "ilk itiraz" olduğunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun[3] (HMK) ilk itirazlara ilişkin hükümleri çerçevesinde ileri sürüleceğini ve itirazın mahkemece kabulü hâlinde davanın usulden reddedileceğini açıkça ortaya koymaktadır.

---

* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı [emreesen@istanbul.edu.tr].

1 AKINCI Ziya, **Milletlerarası Tahkim,** 2.Baskı, Ankara, 2007, s.96.

2 RG: 5.7.2001–24453.

3 RG: 4.2.2011–27836.

Bununla birlikte, 4686 sayılı MTK'nın 5. maddesinde yer alan bu düzenlemenin ihtiva ettiği *"…tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tâbidir"* hükmü, tereddüt doğurmaya elverişlidir. Zira 5. maddede yer alan bu ibare, tahkim anlaşmasına istinaden ileri sürülen tahkim itirazının kabul edilebilmesi için, mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğini de inceleyeceği izlenimi vermektedir. Doktrinde, geçerli bir tahkim anlaşması bulunup bulunmadığının mahkemeler önünde öne sürülmesi hâlinde, mahkemelerin, tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını tespit etmek zorunda olduğunun[4] ve bu yaklaşımın, geçersiz bir tahkim anlaşmasının mevcut olması durumunda yüksek meblağda paranın ve epey uzunca bir zamanın boşa gitmesinin önüne geçeceğinin ifade edilmiş[5] olması, mesele hakkındaki tereddütleri arttırmaktadır.

Öte yandan 4686 sayılı MTK m.7/H hükmünde hakem heyetinin, tahkim anlaşmasının mevcudiyetine ve geçerliliğine ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, yetkisine ilişkin itirazları bizzat karara bağlayacağı öngörülmüştür. Mukayeseli hukukta *"Kompetenz–Kompetenz"* veya *"Competence–Competence"* yahut *"Compétence de la Compétence"* olarak adlandırılan[6] ve milletlerarası tahkime ilişkin bazı uluslararası konvansiyonlarda, birçok millî hukukta ve kurumsal tahkim kurallarında[7] yer aldığı gözlenen bu prensip uyarınca

---

4 EKŞİ Nuray, **Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında 'Incorporation' Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları,** İstanbul, 2004, s.65.

5 AKINCI s.98.

6 Bu tabirlerin yanlış anlaşılmaya elverişli olduğu gerekçesiyle *"jurisdictional competence"* tabirinin kullanılması önerilmektedir: BORN Gary, **International Commercial Arbitration**, Kluwer, 2009, s.855.

7 1998 tarihli ICC Tahkim Kuralları m.8/3 uyarınca, öncelikle ICC Tahkim Divânı bir tahkim anlaşması bulunduğuna ilk bakışta *(prima facie)* karar vermeli ve daha sonra m.8/4 uyarınca hakem heyetinin yargılama yetkisine ilişkin kararlar bizzat hakem heyetince alınmalıdır. Davalının davaya cevap vermemesi veya tahkim anlaşması bulunmadığını ileri sürmesi hâlinde Divân öncelikle taraflar arasında uyuşmazlıkları tahkime havale etme yönünde bir anlaşma bulunup bulunmadığını ilk görünüşe göre *(prima facie)* karara bağlamak zorundadır. Madde 6/2 uyarınca, davalı m.5'te öngörüldüğü üzere davaya cevap vermez veya taraflardan biri tahkim anlaşmasının varlığına, geçerliliğine yahut kapsamına ilişkin itirazda bulunursa, Divân, Kurallara göre ortada bir tahkim anlaşmasının bulunduğu konusunda ilk bakışta *(prima facie)* tatmin olursa tahkimin yürütülmesine karar verebilir. Böyle bir durumda hakemlerin yargılama yetkisine ilişkin karar bizzat hakemlerce verilir. Divân tatmin olmazsa, tahkimin yürütülmeyeceği taraflara bildirilir. Bu durumda tarafların, bağlayıcı bir tahkim anlaşmasının var olup olmadığını yetkili bir mahkemeye sorma hakkı saklıdır.

Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi'nin 1.1.1998 tarihli kurallarının 23.1. maddesi uyarınca hakem heyeti, tahkim anlaşmasının varlığına ve geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıklar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisini karara bağlama yetkisine sahiptir.

tahkim anlaşmalarının geçerliliği hakkında karar verme yetkisi hakemlere ait bulunmaktadır.

Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmış ve davalı taraf tahkim anlaşmasına istinaden süresinde tahkim itirazında bulunmuş iken, davacı taraf tahkim anlaşması geçerli olmadığı için tahkim itirazının reddedilmesi gerektiğini ileri sürdüğü takdirde mahkeme, 4686 sayılı MTK m.7/H'de yer alan *Kompetenz–Kompetenz* prensibi de nazara alındığında, nasıl hareket etmelidir? Bu çalışmanın konusu ve amacı, yukarıdaki soruya –mukayeseli hukuktaki düzenleme ve uygulamaları da nazara alarak– bir cevap verebilmektir[8].

II. *Kompetenz–Kompetenz* Prensibi

Tarafların, uyuşmazlıklarının çözümü için devlet mahkemeleri yerine tahkime gitme isteklerini etkin bir biçimde hayata geçirebilmelerini amaçlayan *Kompetenz-Kompetenz* prensibi, tahkim hukukunun en önemli prensiplerinden biri olarak görülmektedir[9]. *Kompetenz-Kompetenz* prensibinin öneminin ve etkisinin daha iyi anlaşılabilmesi için, bir an için bu prensibin mevcut olmadığı bir dünya hayal etmeyi öneren bir yazara göre, tahkim anlaşmasına tâbi bir uyuşmazlıkta taraflardan biri hakem heyetinin yetkisine yönelik bir itirazda bulunmak istediğinde devlet mahkemelerine müracaat zorunlu olacaktır. Yazar, tahkime gitmek suretiyle devlet mahkemelerine

---

American Arbitration Association Tahkim Kuralları m.7 hükmü uyarınca hakemler, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ve kapsamına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisini haizdir.

Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütü (WIPO) Tahkim Kuralları m.36 uyarınca hakemler, tahkim anlaşmasının varlığına ve geçerliliğine ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisine sahiptir.

8 Benzer bir çelişkiye, yerel tahkimi düzenleyen 6100 sayılı HMK hükümlerinde daha açık bir dille yer verilmiştir. Zira bir taraftan HMK'nın 413. maddesinde, tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa ve karşı taraf tahkim itirazında bulunmuşsa, mahkemenin tahkim itirazını kabul edebilmesi için tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız olmadığını tespit etmesi gerektiği düzenlenmişken, diğer taraftan HMK'nın 422. maddesinde hakemlerin, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkileri hakkında karar verme yetkilerine sahip olduğu düzenlenmiştir.

9 *Kompetenz-Kompetenz* prensibinin, *"ulusalüstü kamu düzeni"nin bir parçası* olduğu dahi ileri sürülmüştür: LALIVE P., "Ordre Public transnational (ou réellement international) et arbitrage international", **Rev. Arb.,** 1986, s.350 (aktaran BACHAND Frédéric, "Does Article 8 of the Model Law Call for Ful lor Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?", **Arbitration International,** 2006, Vol:22, Issue:3, dn.11.

gitmekten imtina edebilmek için öncelikle devlet mahkemelerine müracaat etmek zorunda kalınmasını bir taraftan açık bir ironi, diğer taraftan ise tarafların niyet ve iradelerine aykırı bir durum olarak değerlendirmektedir.[10] Yazara göre *Kompetenz-Kompetenz* prensibi tam anlamıyla bir kural olarak uygulanmalıdır ve uyuşmazlığın tahkime havale edilip edilmemesi konusunda hâsıl olacak tereddütler dahi *Kompetenz-Kompetenz* prensibi lehine çözümlenmelidir.[11]

Bununla birlikte hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisi, mahkemelerin, hakem kararlarıyla bağlı olmadığı oranda kısıtlanmaktadır. Zira mesele hakkındaki son sözü yine mahkemeler söyleyecektir.[12]

Tahkim usûlünde, tarafların iradesi doğrultusunda tayin edilen kişi veya kişiler, tarafların arasındaki uyuşmazlığı çözecek ve tarafları bağlayıcı nitelikte bir karar verecektir. Ne var ki hakem kararından tatmin olmayan taraf, karar aleyhine bir iptal davası açabilir veya aleyhine hakem kararı verilen taraf bu kararı yerine getirmekten imtina ederse, diğer taraf hakem kararının tenfizi için devlet mahkemelerinde dava açmak durumunda kalabilir. Tahkim yargılamasına devlet mahkemelerinin müdahalesi anlamına gelen bu tür davalarda hâkim, hakem kararını, iptal veya tenfiz koşulları bakımından incelemeye tâbi tutacaktır. Bu incelemenin yerinde olup olmadığı sorgulanabilir; zira resmî yargıdan kaçınmak için tahkime müracaat eden tarafların bu uyuşmazlık çözme mekanizmasının neticelerine katlanmak zorunda kalmaları âdil bir neticedir. Ne var ki, muteber bir tahkim yargılamasına sahip olunmasındaki kamu menfaati, hakem kararlarının yargısal denetime tâbi tutulmasının gerekçesini teşkil eder.[13] Devletler ve uluslararası anlaşma koyucular, usûl hukukuna hâkim olan temel adalet prensiplerini dikkate alarak, tahkim kurumunun yozlaşmasını önlemek amacıyla taraf iradelerine emredici kurallarla müdahale etmektedir[14].

Bu itibarla *Kompetenz–Kompetenz* prensibi uyarınca tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında karar verme yetkisi, *daha sonraki aşamalarda devlet*

---

[10] GONZÁLES DE COSSÍO Francisco, "The *Compétence-Compétence* Principle, Revisited", **Journal of International Arbitration,** 24(3), 2007, s.231–232.

[11] GONZÁLES DE COSSÍO s.239.

[12] BERGER Klaus Peter, "The Arbitration Agreement under the Swedish 1999 Arbitration Act and the German 1998 Arbitration Act", **Arbitration International,** Vol:17, No:4, 2001, s.391; SANDROCK Otto, "Die Aufweichung einer Formvorschrift und anderes mehr", **SchiedsVZ,** 2005/1, s.3; EKŞİ s.66.

[13] ANTIONE Olivier, "Judicial Review of Arbitral Awards", **Dispute Resolution Journal,** August 1999, s.24.

[14] ŞANLI, **Uluslararası Ticarî Akitler,** s.223; ŞANLI Cemal, **Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk,** Ankara, 1986, s.21.

mahkemelerinin denetimine tâbi olmak kaydıyla, hakemlere aittir.[15] Bir başka ifadeyle hakem heyetinin sahip olduğu *Kompetenz–Kompetenz,* geçici nitelikte bir yetki olarak tarif edilmektedir.[16] Bu nedenle, *Kompetenz–Kompetenz* kavramının, hakem heyetinin kendi yetkisi hakkında, devlet mahkemelerini de bağlayacak şekilde kesin olarak hüküm verebilme yetkisi şeklinde anlaşılmaması gerektiğinin altı çizilmelidir. Hakem kararları, mahkemelerde iptal ve tenfiz prosedürlerine tâbi olduğu sürece, hakemlerin kendi yetkileri hakkındaki kararlarının devlet mahkemelerini kesin olarak bağlayacağı söylenemez. Tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında karar verilmesi konusunda hakemler ve mahkemeler arasındaki bu ilişki doktrinde *"bayrak yarışı"* veya *"işbirliği"* şeklinde değerlendirilmektedir[17].

Hakemlerin yetkileri hakkında karar verme yetkisinin *öncelikle* hakemlerde bulunmasının, hakemlerin kendi yetkileri hakkında verdikleri kararların –her ne kadar mahkemeleri bağlamasa da– ikna edici olabileceği ve mahkemelerin bu konudaki kararlarını etkileyebileceği[18], hatta davayı kaybeden tarafın hakem kararına rızaen uymasını veya uzlaşmayı kabul etmesini temin edebileceği ifade edilmektedir. Bunun dışında, uluslararası ticarî tahkimde, tahkim yeri mahkemelerince iptal edilmiş kararların başka ülkelerde tenfiz edilme imkânlarının bulunduğuna[19] dikkat çekilmektedir.[20]

Hakemlerin kendi yetkileri hakkında verdikleri kararın nihaî olmaması ve mahkemelerce daha sonra yapılacak denetime tâbi olması karşısında, *Kompetenz–Kompetenz* prensibinin tek amacının, mahkemelerde tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi suretiyle tahkim yargılamasının sabote edilmesinin önüne geçmek olduğu söylenebilir.[21]

Tahkim itirazına karşı çıkan taraf muhtelif gerekçelere istinat edebilir. Meselâ tahkim şartının yer aldığı sözleşmenin bütünüyle geçersiz olduğunu,

---

[15] HERRMANN Gerold, The Arbitration Agreement and Its Recognition by The Courts, ICCA Congress Series No:6, 1994, s.48; BORN s.856.

[16] HUBER Peter / BACH Ivo, "Kompetenz–Kompetenz des Schiedsgerichts", **SchiedsVZ,** 2005/2, s.99.

[17] GONZÁLES DE COSSÍO s.242–243.

[18] BACHAND s.467.

[19] İptal edilmiş hakem kararlarının tenfizi konusunda geniş bilgi için bkz. EKŞİ Nuray, **New York Konvansiyonuna Göre İptal Edilmiş Hakem Kararlarının Tenfizi,** 2009, İstanbul.

[20] BARCELÓ III John J., "Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective", **Vanderbilt Journal of Transnational Law,** Vol:36, 2003, s.1123, 1126.

[21] FOUCHARD Philippe / GAILLARD Emmanuel / GOLDMAN Berthold, **International Commercial Arbitration,** Ed: Emmanuel Gaillard & John Savage, The Hague: / Kluwer Law International, 1999, s.401; BARCELÓ III s.1116.

taraflar arasında bir tahkim anlaşması bulunmadığını, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının şekil yahut esas bakımlarından geçersiz olduğunu, uyuşmazlığın tahkim anlaşmasının kapsamına girmediğini, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığını, tahkime müracaat edilebilmesi için gerekli olan ön koşulların gerçekleşmediğini, tahkime gitmek isteyen tarafın tahkime gitme hakkından feragat etmiş olduğunu veya dürüstlük kuralı uyarınca tahkim itirazının dinlenmemesi gerektiğini ileri sürebilir.[22]

Ne var ki tahkim kutsal ve kusursuz bir uyuşmazlık çözme yöntemi olmadığı gibi, yukarıda sayılan gerekçelerden herhangi birini ileri sürerek tahkime gitmek istemeyen herkesin mutlaka kötü niyetli olduğunu ve tahkimi sabote etmek istediğini söylemek de mümkün değildir. Zaten asıl mesele, çatışan iki menfaat arasındaki dengeyi sağlayabilmektir: bir tarafta tahkimin sabote edilmesinin engellenmesi, diğer tarafta ise geçerli bir tahkim anlaşması bulunmaksızın tahkime gitmek istemeyen kişilerin korunması söz konusudur.[23] Bunun yanında, tahkim anlaşmasının gerçekten geçersiz olması hâlinde, bu durumun tahkim yargılaması öncesinde mahkemelerce karara bağlanmasının zaman, para ve diğer kaynakların israfına engel olacağı da ifade edilmiştir[24].

III. Ulusalüstü Düzenlemeler

Çalışmamıza konu mesele Türk hukukuna özgü değildir. Uluslararası tahkime ilişkin ulusalüstü düzenlemelerde konuya ilişkin farklı hükümler bulunmaktadır.

A. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1958 tarihli New York Konvansiyonu[25]

1958 tarihli New York Konvansiyonu m.II(3) uyarınca, âkit devlet mahkemeleri, tahkim anlaşmasına tâbi bir uyuşmazlıkla karşılaştığı takdirde, tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir hâlde olduğunu tespit etmedikçe, taraflardan birinin talebi üzerine uyuşmazlığı tahkime havale eder.

New York Konvansiyonu'nda yer alan bu düzenlemeyi değerlendiren bir yazara göre, Konvansiyonun ilgili maddesi uyarınca tahkim anlaşmasının ge-

---

22 BARCELÓ III s.1118–1119.

23 BARCELÓ III s.1119, 1124.

24 BACHAND s.463, 465.

25 RG: 25.9.1991–22002.

çerliliği hakkında yapılacak inceleme, ancak tahkim anlaşmasının hiç mevcut olmaması yahut geçersizliğinin aşikâr olması gibi uç hallerde söz konusu olabilir[26].

Ne var ki New York Konvansiyonu'nda yer alan tahkim anlaşmasının "hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız" olup olmadığına ilişkin incelemenin seviyesi yoruma açık bir konudur ve farklı devlet mahkemelerinin farklı yorumlarına konu olmuştur. Doktrinde, Konvansiyon'un bu konuda *ziyadesiyle sessiz* kaldığı ifade edilmiştir[27]. Bazı devlet mahkemeleri sınırlı bir inceleme yapmayı benimserken, bazıları ise daha kapsamlı bir inceleme yapmayı benimsemiştir. İsviçre gibi bazı ülkeler ise karma bir sistem benimsemek suretiyle; tahkim yerinin İsviçre olması hâlinde *prima facie* inceleme yapmakta, tahkim yerinin başka bir ülkede olması hâlinde ise kapsamlı inceleme yapmaktadır.[28] Meselâ *Compagnie de Navigation et Transports SA V. Mediterranean Shipping Co. SA* davasında[29] İsviçre mahkemeleri, tahkim yerinin İsviçre dışında olması nedeniyle New York Konvansiyonu m.II(3) hükmünü uygulamış ve tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin itirazlar hakkında yapılacak incelemenin *prima facie* değil, derinlemesine bir inceleme olması gerektiğine hükmetmiştir[30]. Fransa'da ise böyle bir ayrım yapılmadığı ifade edilmektedir[31].

B. Uluslararası Ticarî Tahkime Dair 1961 tarihli Avrupa–Cenevre Konvansiyonu[32]

Uyuşmazlığın hakem heyetine tevdi edilmiş olup olmaması arasında ayrım yapan Uluslararası Ticarî Tahkime Dair 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu m.VI(3) uyarınca, devlet mahkemelerine müracaat edilmeden önce uyuşmazlık hakem heyetine tevdi edilmiş durumda ise, aynı ihtilafın halli yahut tahkim anlaşmasının yokluğunun, geçersizliğinin veya hükümden düşmüş olup olmadığının tespiti için kendilerine başvurulan âkit devlet mahkemeleri, *ciddi sebepler olmadıkça,* hakem heyetinin yetkisi konusunda karar vermeyi, hakem kararının verilmesine dek ertelemek durumundadır.

---

[26] VAN DEN BERG Albert Jan, The New York Arbitration Convention of 1958,: Towards a Uniform Judicial Interpretation, 1981, s.154–161.

[27] BACHAND s.471.

[28] GONZÁLES DE COSSÍO s.241–242.

[29] **YBCA,** Vol:21, 1996, s.694–695.

[30] BARCELÓ III s.1123.

[31] BACHAND s.473.

[32] RG: 23.9.1991–21000.

Hükümde *ciddi sebepler* ibaresine yer verilmiş olması, tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin iddiaların çok aşikâr hususlara ilişkin olması hâlinde bu iddiaların incelenebileceği anlamına gelmektedir. Buna karşılık, hükmün mefhum-u muhalifinden çıkan anlam, tahkime tâbi bir uyuşmazlığın hakem heyetine tevdi edilmesinden önce âkit devlet mahkemelerine götürülmüş olması durumunda, mahkemenin tahkim anlaşmasının yokluğunu, geçersizliğini veya hükümden düşmüş olup olmadığını inceleme yetkisine sahip bulunduğudur[33].

C. UNCITRAL Model Kanunu

Aralarında Türkiye'nin de bulunduğu birçok devletin milletlerarası tahkim kanunlarını hazırlarken esas aldığı UNCITRAL Model Kanunu m.8(1) uyarınca, tahkim anlaşmasına tâbi bir uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde dava konusu yapılmış olması hâlinde mahkeme, *tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş veya geçersiz olduğuna yahut uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüme elverişli olmadığına karar vermedikçe,* taraflardan birinin talebi üzerine uyuşmazlığı tahkime havale eder. Bununla birlikte m.16 uyarınca hakem heyetinin, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisi mevcuttur[34].

Görüldüğü üzere UNCITRAL Model Kanunu bir taraftan hakemlere *Kompetenz–Kompetenz* temin ederken, diğer taraftan tahkim anlaşmasına tâbi kılınmış bir uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde dava konusu yapılmış olması hâlinde mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını karara bağlamasını öngörmektedir. Model Kanun'un hazırlık sürecinin de bu yorumu desteklediği ifade edilmektedir. 1981 yılında Fransız Medenî Usul Kanunu'nun revize edilmesinden sonra, Model Kanun'un hazırlayıcılarının, *"hükümden düşmüş veya geçersiz olduğuna"* kısmının önüne *"açıkça"* tabirinin eklenmesine yönelik teklifi kabul etmedikleri ifade edilmektedir.[35] Bu itibarla Model Kanun m.8(1)'de öngörülen incelemenin ilk bakışta, ilk görünüşe göre yapılacak *prima facie* standardında değil, bütünsel bir inceleme olduğu yönündeki yaklaşımın hâkim olduğunu söylemek hatalı olmaz[36].

---

[33] BORN s.862.

[34] CHOW Peter, "Enforcement of International Arbitration Agreements – A Case Study", **International Arbitration Law Review,** Vol:7, No:4, 2004, s.102; SZURSKI Tadeusz / CREMADES Bernarde M., "Arbitration Agreement and Competence of the Arbitral Tribunal", **ICCA Congress Series No:2,** Ed: Pieter Sanders, Kluwer Law International 1984, s.73–74.

[35] BARCELÓ III s.1128; BACHAND s.471; BORN s.882.

[36] HOLTZMANN H.M. / NEUHAUS J.E., **A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary,** Kluwer, Deventer, 1989; LEW Julian D.M. / MISTELIS A. Loukas /

Bununla birlikte doktrinde Model Kanun'un 8. maddesindeki bu düzenlemenin, tahkime tâbi bir uyuşmazlığın devlet mahkemelerine götürülmesi ve davalı tarafça tahkim itirazında bulunulması durumunda, tahkim itirazının kabulü için geçerli bir tahkim anlaşması bulunup bulunmadığına yönelik bir inceleme yapılıp yapılmayacağı ve eğer yapılacaksa mahkemelerin yapacağı incelemenin *prima facie* standardında bir inceleme mi olacağı yoksa mahkemenin derinlemesine inceleme yapıp tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı konusunda bağlayıcı olarak karara varmasının mı söz konusu olacağı sorularına açık bir cevap vermediği de iddia edilmektedir.[37]

Prima facie inceleme standardının benimsenmesi gerektiğini savunanlara göre, bu inceleme standardı benimsendiği takdirde, kötü niyetli taktiklerin engellenmesi suretiyle tahkim yargılamasının etkin bir biçimde işlerlik kazanması söz konusu olacaktır. Hakem heyetinin yargılama yetkisinin mahkemelerce derinlemesine incelenmesi aylarca hatta yıllarca sürebilir ve bu konudaki kararlar hakkında temyiz yolu da açıktır. Mahkemelere böyle bir yetki verilmesi durumunda, aslında tahkim anlaşmasıyla bağlı olan ve fakat tahkime gitmek istemeyen, yargılama sürecini sabote etmek ve uzatmak isteyen kişilere istedikleri fırsat verilmiş olmaktadır. Buna ek olarak, *prima facie* inceleme standardının[38], Model Kanun'un tarihsel gelişim sürecine, temel yapısına ve ana ilkelerine daha uygun düştüğü de iddia olunmaktadır.[39]

Öte yandan, hakem heyetinin, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisi bulunduğunu öngören Model Kanun m.16 nazara alındığında, Model Kanun'da benimsenen sistemin temelinde, hakem heyetinin yargılama yetkisi hakkındaki ilk kararın hakemler tarafından verilmesi gerektiğinin yer aldığı ifade edilmektedir. Bunun doğal sonucu olarak Model Kanun m.8(1)

KRÖLL Stefan M., **Comparative International Commercial Arbitration,** Kluwer, 2003, s.349; DIMOLITSA Antonias, "Separability and Kompetenz–Kompetenz", **ICCA Congress Series No:9,** Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.234–235.

37 BACHAND s.463;BORN s.881.

38 *Prima facie* inceleme standardının benimsenmesi gerektiği yönündeki görüşün, Emmanuel Gaillard tarafından ortaya atıldığı ve yıllardır ısrarla savunulduğu ifade edilmektedir: GAILLARD E., "Les manoeuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international", **Rev.Arb.** 1990, s.771; GAILLARD E., "L'effet négatif de la compétence-compétence", **Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret,** Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999, s.387; GAILLARD E., "The Negative effect of Competence-Competence", **Melaey's Int. Arb. Rep.,** 2002, 17(1), s.27: (BACHAND s.466 ve dn.9'dan alınmıştır).

39 BACHAND s.465–466.

hükmünde öngörülen incelemenin *prima facie* standardında olması gerektiği ısrarla savunulmaktadır.[40]

IV. Millî Hukuklar

Modern uluslararası tahkim düzenlemelerine sahip ülkelerin büyük çoğunluğunun *Kompetenz–Kompetenz* prensibini benimsediği görülmekle birlikte, prensibin kapsamı ile hüküm ve sonuçları bakımından aynı ölçüde uyuşmazlıklar ve belirsizlikler bulunduğu ifade edilmektedir[41].

Aşağıda ele alacağımız millî hukukların bazılarında, bir taraftan hakemlere kendi yetkilerini karara bağlama yetkisi tanınmışken, diğer taraftan tahkime tâbi bir uyuşmazlığın devlet mahkemelerine götürülmesi ve davalı tarafça tahkim itirazında bulunulması hâlinde mahkemelerin, tahkim itirazının kabulü için ortada geçerli bir tahkim anlaşması bulunup bulunmadığını incelemesi öngörülmüştür. Diğer millî hukuklarda ise, tahkime tâbi bir uyuşmazlığın devlet mahkemelerine götürülmesi ve davalı tarafça tahkim itirazında bulunulması durumunda mahkemelerin, tahkim itirazının kabulü için tahkim anlaşmasının –geçerliliğini değil– mevcudiyetini tespit etmeleri veya tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin *prima facie* standardında bir inceleme yapmaları yeterli görülmüştür.

A. Tahkim İtirazının Kabulü İçin Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğinin Karara Bağlanmasını Öngören Hukuklar

Alman hukukunda hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisine sahip oldukları kabul edilmekle birlikte [Alman Medenî Yargılama Kanunu (ZPO) §1040], tahkime tâbi kılınmış bir uyuşmazlıkta davanın devlet mahkemelerinde açılması ve davalının tahkim itirazında bulunması durumunda *mahkemenin, tahkim anlaşmasının geçersiz yahut icra kabiliyetinden yoksun olduğunu tespit etmedikçe,* davayı reddetmesi gerekmektedir (ZPO §1032). Hakem heyetinin yargılama yetkisine ilişkin iddialar, hakem heyetinin teşkilinden önce devlet mahkemelerinde ileri sürülebilir (ZPO §1032/2)[42]. Tahkim yargılaması esnasında hakemlerin yetkisine itiraz edilir ve hakemler yetkili olduklarına hükmederse, taraflar meselenin mahkeme tarafından

---

[40] BACHAND s.473.

[41] BORN s.853.

[42] SEMLER Franz-Jörg, "German Arbitration Law – The 1998 Reform and Recent Case Law", **Journal of International Arbitration,** Vol:18, No:5, 2001, s.581; ÖZBAY İbrahim, "1998 Alman Tahkim Hukuku Reformu ve Bu Reforma İlişkin Özellikler", **Bilgi Toplumunda Hukuk – Ünal TEKİNALP'E Armağan,** C.II, İstanbul 2003, s.1062.

karara bağlanmasını talep edebilir. Yetki itirazı hakkındaki hakem kararına karşı bu aşamada mahkemeye müracaat etmeyen taraf, daha sonraki aşamalarda hakemlerin yetkisine itirazda bulunma imkânını kaybeder.[43]

Bazı eyaletlerinde Anglo Sakson sisteminin, bazılarında ise Kıta Avrupası sisteminin hâkim olduğu Kanada'da bütün eyaletlerin uluslararası ticarî tahkim hukuku düzenlemelerinde *Kompetenz–Kompetenz* prensibine yer verdikleri ve Kanada mahkemelerinin de bu bağlamda tahkim yanlısı bir politika izlediği ifade edilmektedir.[44] Kanada hukukunda hakemlerin yetkisi bakımından ilk başvuru mercii bizzat hakemlerdir ve tahkim anlaşmasına tâbi bir uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde dava konusu yapılmış olması hâlinde mahkeme, *tahkim anlaşmasının geçersiz, tesirsiz veya icra kabiliyetinden yoksun olduğuna karar vermedikçe*, taraflardan birinin talebi üzerine uyuşmazlığı tahkime havale eder. Tahkim itirazı, mahkemede uyuşmazlığın esasına girilmeden önce sunulmuş olmalıdır.[45] Meselâ *ODC Exhibit Systems Ltd. v. Lee* davasında[46] British Columbia Eyalet Yüksek Mahkemesi davanın tahkim şartının kapsamına girip girmediğini inceleme yetkisini kendisinde görerek bu incelemeyi gerçekleştirmiş ve davanın tahkim şartının kapsamına girmediği sonucuna varmıştır.[47] Aynı yöndeki diğer bir emsal karar olan, davalının tahkim itirazında bulunduğu *Kaverit Steel and Crane Ltd. v. Kone Corp.* davasında[48] Alberta Temyiz Mahkemesi, tahkim itirazını karara bağlamak adına uyuşmazlığın tahkim anlaşmasının kapsamına girip girmediğini incelemiş ve davacının bazı taleplerinin tahkim anlaşmasının kapsamına girmesi itibariyle tahkime tâbi bulunduğu, diğer bazı talepleri bakımından ise tahkim anlaşmasının kapsamına girmemeleri itibariyle devlet mahkemelerinin yetkili olduğu sonucuna varmıştır.[49] Buna karşılık British Columbia Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin *Gulf Resources Ltd. v. Arochem International Inc.* davasında[50] verdiği karar aksi istikamettedir ve bizce daha isabetlidir. Yüksek Mahkeme, tahkim itirazının kabul edilebilmesi için davalının, dava-

---

43 WILSKE Stephan / KRAPFL Claudia, "Germany", **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide,** 2007, s.84.

44 LEON Barry / TERRY John / TALBOT Lisa, "Report from Canada", **Arbitration Review of the Americas 2007,** s.29.

45 BROWN John / GERTNER Eric / BAZOV Gleb, "Canada", **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide,** 2007, s.41.

46 (1988), 41 B.L.R. 286 (B.C.S.C).

47 KIERSTEAD Shelley, "Referral to Arbitration under Article 8 of The UNCITRAL Model Law: The Canadian Approach", **Canadian Business Law Journal,** Vol.31, 1999, s.105.

48 (1992), 87 D.L.R. (4th) 129.

49 KIERSTEAD s.104–105.

50 (1992), 11 B.C.A.C. 150.

cı ile aralarında bir tahkim anlaşması akdedilmiş olduğunu ortaya koyması gerektiğini, uyuşmazlığın tahkim anlaşmasının kapsamına girip girmediği ve davanın taraflarının tamamının tahkim anlaşmasına taraf olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte, bu meselelerin hakemler tarafından karara bağlanması gerektiğini işaret ederek görevsizlik kararı vermiştir. Fakat *Gulf* kararının diğer Kanada mahkemelerince takip edilmediği ifade edilmektedir.[51]

İngiliz hukukunda Tahkim Kanunu (1996) §30, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça hakem heyetinin kendi yargılama yetkisi hakkında karar verme yetkisinin bulunduğunu kabul etmektedir. Bu yetkinin kapsamına tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı, hakem heyetinin usûlüne uygun olarak teşekkül edip etmediği ve tahkim anlaşmasının kapsamına giren uyuşmazlığın sınırlarının ne olduğu hususları dâhildir. UNCITRAL Model Kanunu m.16 hükmü esas alınarak getirilen bu düzenlemenin, modelden tek farkı taraflarca aksinin kararlaştırılabilmesidir. Hakemlerin bu konudaki kararı nihaî nitelik taşımaz ve iptal yahut tenfiz aşamalarında mahkemeler, hakemlerin bu konuda verdikleri kararla bağlı olmaz.[52] Bunun yanında, İngiliz hukukunda, tahkime tâbi kılınmış bir uyuşmazlığın devlet mahkemelerine götürülmüş olması hâlinde davalı taraf İngiliz Tahkim Kanunu §9 uyarınca itirazda bulunabilir. Bu itirazın kabul edilebilmesi için, İngiliz Tahkim Kanunu §9 uyarınca geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcudiyetine ilişkin ilk görünüş *(prima facie)* delili sunulması yeterlidir[53]. Bunun dışında Kanunun §72 düzenlemesi, *tahkim yargılamasına katılmayan tarafa, tahkim anlaşmasının geçersizliğinin tespiti amacıyla devlet mahkemesine müracaat* etme imkânı tanımaktadır. *Law Debenture Trust Corp v. Elektrim Finance BV and Others* davasında[54] sözleşmedeki uyuşmazlık çözüm klozu bir taraftan UNCITRAL tahkimini öngörmekteyken, diğer taraftan *Law Debenture Trust Corp*'a İngiliz mahkemelerine başvurmak konusunda tek taraflı bir seçim hakkı vermekteydi. Diğer tarafça tahkim yargılaması başlatılmasından sonra *Law Debenture Trust Corp* uyuşmazlığı İngiliz mahkemelerine götürmüştür. Mahkeme, İngiliz Tahkim Kanunu §72 hükmü uyarınca, tahkim anlaşmasının geçerliliğini karara bağlama yetkisine sahip olduğu sonucuna varmış ve sözleşmedeki uyuşmazlık çözüm klozunun, *Law Debenture Trust Corp*'a daha elverişli haklar sağlamak amacıyla böyle tasarlandığını ifade ederek davanın esasına girmiştir.[55]

---

51 KIERSTEAD s.106, 112; BACHAND s.464 ve dn.2.

52 JALILI Mahir, "Kompetenz–Kompetenz: Recent US and UK Developments", **Journal of International Arbitration,** Vol:13, No:4, 1996, s.172–174.

53 Aynı görüşte BARCELÓ III s.1130.

54 [2005] EWHC 1412 (CH).

55 SHORE Laurance / GALLAGHER Norah, "England & Wales", **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide,** 2007, s.70.

Meksika 1993 senesinde UNCITRAL Model Kanunu'nu, Ticaret Kanunu'na dâhil etmiştir. Bu itibarla, hakem heyetinin, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisi mevcuttur (m.1432). Bununla birlikte, tahkim anlaşmasına tâbi bir uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde dava konusu yapılması durumunda *mahkeme, tahkim anlaşmasının geçersiz, hükümden düşmüş veya icra kabiliyetinden yoksun olduğuna karar vermedikçe,* taraflardan birinin talebi üzerine uyuşmazlığı tahkime havale eder (m.1424).[56] Kanunun hazırlık aşamaları esnasında, madde metninde yer alan *"geçersiz, tesirsiz yahut icra kabiliyetinden yoksun"* ibaresinin önüne *"açıkça"* kelimesinin konulması ve böylece mahkemenin yapacağı incelemenin *"yüzeysel"* bir inceleme standardında olacağının ortaya konulması önerilmiş ve fakat bu öneri kabul görmemiştir.[57] Madde metninde yer alan *"geçersiz, tesirsiz yahut icra kabiliyetinden yoksun"* ibaresinin önüne *"açıkça"* kelimesinin eklenmemesinin sonucu olarak, devlet mahkemelerinin daha derinlemesine bir inceleme yapmalarının söz konusu olduğu ifade edilmektedir[58]. Meksika Yüksek Mahkemesi, *Kompetenz-Kompetenz* prensibine ilişkin olarak iki farklı davada iki farklı Dairesi tarafından verilen ayrı yönlerdeki iki karardan kaynaklanan uyuşmazlığı karara bağlamak durumunda kalmıştır. *LDC, S.A. de C.V.* şirketi tarafından *ADT Security Services, S.A. de C.V.* şirketi ile Mexico City Ulusal Ticaret Odası *(Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México)* aleyhine Meksika federal ilk derece mahkemelerinde açılan ticarî bir davada davalılar tahkim itirazında bulunmak suretiyle mahkemenin yetkisizliğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme tahkim itirazının kabulüne karar vermiş ve davayı reddetmiştir. Mahkemenin bu kararına karşı davacının itirazda bulunması üzerine Bölge Mahkemesi, tahkim anlaşmasının geçersizliği tartışma konusu olduğu için, mahkemenin verdiği ret kararını bozmuştur. Bölge Mahkemesine göre, ilk derece mahkemesince uyuşmazlığın tahkime havale edilmesi, tahkim anlaşmasının geçerli olduğunun zımnen ifade edilmesi ve dolayısıyla, taraflardan birinin geçersiz olarak gördüğü bir tahkim anlaşmasına istinaden oluşturulmuş bir heyetin yargılama yetkisi kazanması anlamına gelir. Meksika Yüksek Mahkemesi 6. Dairesi ise, mesele hakkındaki karar verme yetkisinin tamamen hakem heyetinin yetkisi dâhilinde bulunduğu gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. *Servicio Electrónico Digital, S.A. de C.V.* şirketi tarafından *ADT* ve *CANACO* aleyhine açılan ticarî bir davada mahkeme uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu karara karşı yapılan itiraz üzerine Meksika Yüksek Mahkemesi 10. Dai-

---

[56] CALVILLO Enrique González / VARGAS Gonzalo / RUANO Sofía Gómez, "Mexico", **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide,** 2007, s.139.

[57] GONZÁLES DE COSSÍO s.240.

[58] LEW/MISTELIS/KRÖLL s.349.

resi, kararı bozmuştur. Bozma kararına yönelik itiraz Bölge Mahkemesince kabul edilmiştir. Bölge Mahkemesi kararının temyiz edilmesi üzerine Meksika Yüksek Mahkemesi 10. Dairesi, tahkim anlaşmasının geçerliliği tartışma konusu yapıldığı için meselenin tahkime havale edilemeyeceği ve tahkim anlaşmasının geçerliliğini karara bağlama yetkisinin hakemlere değil devlet mahkemelerine ait bir husus olduğu sonucuna varmıştır. Meksika Yüksek Mahkemesi, yukarıda bahsedilen iki davada verilen farklı yönlerdeki kararlardan kaynaklanan uyuşmazlık hakkında, tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında karar verme yetkisinin devlet mahkemelerinde olduğu sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre, taraflar, tahkim anlaşması yapmak suretiyle aralarındaki uyuşmazlığın devlet mahkemeleri yerine tahkim yoluyla çözülmesini öngörmesi suretiyle, sözleşmenin varlığı ve geçerliliği de dâhil olmak üzere sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkları hakem heyetinin yargılama yetkisine tâbi kılmış olurlar; ne var ki bu kuralın bir istisnası vardır ki geçersizlik iddiası sözleşmenin tamamına ilişkin değil de sadece tahkim anlaşmasına yönelik ise, tahkim anlaşmasının geçerliliğini karara bağlama yetkisi devlet mahkemelerine aittir.[59]

Norveç hukukunda hakemlerin, tahkim anlaşmasının mevcudiyetine ve geçerliliğine ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisine sahip bulundukları ifade edilmektedir. Bununla birlikte, tahkime tâbi bir uyuşmazlığın Norveç mahkemelerine götürülmesi ve davalının uyuşmazlığın esasına girilmeden önce tahkim itirazında bulunması hâlinde *mahkemelerin, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna yahut tahkim anlaşmasının diğer bir sebepten ötürü icra edilemeyeceğine karar vermedikçe,* davayı reddetmesi gerekmektedir. Tahkim anlaşmasının icra edilmesine mani sebeplere örnek olarak uyuşmazlığın, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf yetkisine sahip olmadığı hukukî ilişkilerden kaynaklanması gösterilmektedir. Norveç mahkemelerinin, uyuşmazlığın tahkime elverişliliğini resen nazara alacağı ifade edilmektedir.[60]

Ukrayna'da uluslararası ticarî tahkimi düzenleyen 24 Şubat 1994 tarihli

---

[59] GONZÁLES DE COSSÍO s.233–235. Meksika Yüksek Mahkemesinin, salt tahkim anlaşmasına yönelik geçersizlik iddiaları ile tahkim şartının yer aldığı sözleşmenin tamamına yönelik geçersizlik iddiaları arasında yaptığı bu ayrıma doktrinde *"kısmî yetki – tam yetki"* ayrımı adı verilmektedir. Buna göre, hakemlerin sadece sözleşmenin bütününe yönelik geçersizlik iddiaları hakkında yetkili olduğu ve fakat sadece tahkim anlaşmasına yönelik geçersizlik iddiaları hakkında devlet mahkemelerinin yetkili olduğu hallerde *kısmî yetki;* gerek sözleşmenin bütününe yönelik geçersizlik iddiaları ve gerekse salt tahkim anlaşmasına yönelik geçersizlik iddiaları hakemlerin yetkili olduğu hallerde *tam yetki* söz konusudur. GONZÁLES DE COSSÍO s.237 dn.22.

[60] GRANVANG Terje, "Norway", **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide,** 2007, s.166.

Uluslararası Ticarî Tahkim Kanunu'nun esas itibariyle UNCITRAL Model Kanunu'na istinaden hazırlandığı ifade edilmektedir. Kural olarak hakemlere kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisi tevdi ettiği belirtilen 1994 tarihli Kanun uyarınca, tahkime tâbi bulunan bir uyuşmazlığın Ukrayna mahkemelerine götürülmesi ve davalının uyuşmazlığın esasına girilmeden önce tahkim itirazında bulunması durumunda mahkemelerin, *tahkim anlaşması geçersiz, tesirsiz veya icra kabiliyetinden yoksun olmadıkça,* davayı reddetmesi gerekmektedir. Bu itibarla mahkemenin tahkim anlaşmasının mevcudiyeti yanında geçerliliğini de incelemek zorunda olduğu ifade edilmektedir.[61]

Avusturya hukukunda, tahkim anlaşmasına tâbi kılınmış bir uyuşmazlığın devlet mahkemelerine götürülmüş olması hâlinde *mahkeme, tahkim anlaşmasının mevcut ve kabili icra olmadığını tespit etmedikçe,* taraflardan birinin talebi üzerine uyuşmazlığı tahkime havale eder [ZPO §584(1)]. Tahkim anlaşmasının kabili icra olup olmadığına ilişkin incelemenin kapsamına tabiîdir ki tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı da dâhil olacaktır.

UNCITRAL Model Kanunu'nu esas alan ülkelerden Avustralya'da hakem heyetinin, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisi mevcuttur (m.16). Bununla birlikte, tahkim anlaşmasına tâbi kılınmış bir uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde dava konusu yapılmış olması hâlinde *mahkeme, tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş veya geçersiz olduğuna yahut uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüme elverişli olmadığına karar vermedikçe,* taraflardan birinin talebi üzerine uyuşmazlığı tahkime havale eder [m.8(1)].[62]

UNCITRAL Model Kanunu'nu ithâl eden ülkelerden İrlanda'da, uluslararası ticarî tahkimleri düzenleyen 1998 tarihli Tahkim Kanunu uyarınca, hakemlerin kendi yetkilerini karara bağlama yetkisine sahip bulundukları ve fakat tahkim anlaşmasına tâbi bulunan bir uyuşmazlığın devlet mahkemelerine götürülmesi durumunda mahkemelerin, itirazda bulunulması hâlinde tahkim anlaşmalarının önceliğini ve üstünlüğünü tanıyacağı; *geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunması hâlinde* mahkemenin bu konuda takdir hakkının bulunmadığı ifade edilmektedir[63]. Bu itibarla İrlanda hukukunda, tahkime tâbi bir uyuşmazlığın devlet mahkemelerine götürülmesi ve tahkim itirazında bulunulması hâlinde mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini incelemek durumunda olduğu sonucu hâsıl olmaktadır.

---

61 SLIPACHUK Tatyana, "Ukraine"*,* **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide,** 2007, s.223, 225

62 JONES Doug / GEHLE Björn, "Australia", **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide,** 2007, s.16.

63 DUDLEY Solan, "Ireland", **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide,** 2007, s.109–110.

Kore Cumhuriyeti'nde uluslararası tahkimi düzenleyen Tahkim Kanunu, UNCITRAL Model Kanunu esas alınarak hazırlanmıştır. Tahkim Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca, hakem heyetinin, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisi mevcuttur. Bununla birlikte, tahkim anlaşmasına tâbi kılınmış bir uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde dava konusu yapılmış olması hâlinde *mahkeme, tahkim anlaşmasının geçersiz, hükümden düşmüş veya icra kabiliyetinden yoksun olduğuna karar vermedikçe,* taraflardan birinin talebi üzerine uyuşmazlığı tahkime havale eder (m.9).[64]

UNCITRAL Model Kanunu'nu benimseyen ülkelerden Yeni Zelanda'da, hem yerli hem de milletlerarası tahkimlerde uygulanma alanı bulunan 1996 tarihli Tahkim Kanunu m.16 uyarınca hakem heyetinin, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisi mevcuttur. Bununla birlikte, tahkim anlaşmasına tâbi kılınmış bir uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde dava konusu yapılmış olması hâlinde *mahkeme, tahkim anlaşmasının geçersiz, hükümden düşmüş veya icra kabiliyetinden yoksun olduğuna karar vermedikçe,* taraflardan birinin talebi üzerine uyuşmazlığı tahkime havale eder (m.8).[65]

Hollanda Medenî Usûl Kanunu m.1052/1, hakem heyetinin kendi yetkisi hakkında karar vereceğini öngörmektedir. Bununla birlikte, aynı kanunun 1022. maddesi uyarınca, taraflardan birinin tahkim itirazında bulunması hâlinde mahkeme, *tahkim anlaşması geçersiz olmadıkça,* yetkisiz olduğuna karar vermelidir.[66]

Rus hukukunda uluslararası tahkime ilişkin yasal düzenleme, UNCITRAL Model Kanunu esas alınarak hazırlanan 1993 tarihli Uluslararası Tahkim Kanunu'nda yer almaktadır. Buna göre hakem heyetinin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisi bulunmakla birlikte, tahkime konu uyuşmazlığın Rus mahkemelerinde dava konusu yapılması ve davalının tahkim itirazında bulunması hâlinde mahkemelerin, *tahkim anlaşması geçersiz, tesirsiz veya icra kabiliyetinden yoksun olmadıkça,* davayı reddetmesi gerekmektedir.[67]

İsveç hukukunda, tahkim yargılaması sürmekteyken dahi tarafların, hakemlerin yargılama yetkisini hükme bağlaması için resmî yargıya müracaat

---

64 YOON Byung-Chol / PARK Eun-Young, "Korea", **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide,** 2007, s.131–132.

65 BARKER Sir Ian, "New Zealand", **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide,** 2007, s.152.

66 VAN TONGEREN Bart, "Netherlands", **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide,** 2007, s.145.

67 KUROCHKIN Dmitry / BARTH Marcel, "Russia", **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide,** 2007, s.180.

etmesi mümkündür (İsveç Tahkim Kanunu §2/1).[68] Hakem heyetlerinin verdiği yetkisizlik kararları da İsveç mahkemeleri nezdinde temyiz incelemesine tâbidir.[69]

B. Tahkim İtirazının Kabulü İçin Tahkim Anlaşmasının Mevcudiyetini Yeterli Gören Hukuklar

ABD hukukunda yazılı bir tahkim anlaşmasının mevcudiyetine rağmen tahkime gitmeyi reddeden tarafı tahkime gitmeye icbar etmek için, ABD mahkemelerinden, tahkime gidilmesi gerektiği yönünde bir karar alınması gerekmektedir [Federal Tahkim Kanunu – *Federal Arbitration Act* §4]. Mahkeme, tahkim anlaşmasının yapıldığı konusunda tatmin olması üzerine taraflara, tahkim anlaşmasına uygun olarak tahkim yargılaması yürütmelerini emreden bir karar verir. Kısaca ifade etmek gerekirse, tahkime gitmeye çalışan kişiler, yazılı bir tahkim anlaşmasının tarafı olduğunu ispatlamak zorundadır.[70] Bu itibarla, tahkime tâbi bir uyuşmazlığın ABD mahkemelerine götürülmesi hâlinde davalının yazılı bir tahkim anlaşmasının mevcudiyetini ispat etmesi, davanın reddi için gerekli ve yeterlidir. Meselâ *Apollo Computer v. Berg* davasındaki[71] mesele, ICC tahkim şartı ihtiva eden bir distribütörlük sözleşmesinin temliki sonrasında, *Apollo* ile temellük edenler arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcut olup olmadığıyla ilgiliydi. Temellük edenler ICC'ye müracaatla tahkim talebinde bulunmuş, fakat *Apollo,* tahkim anlaşması bulunmadığı ve sözleşmede yer alan temlik edilmezlik klozu gereğince temlikin geçersiz olduğu iddiasıyla ICC hakem heyetinin yetkisine itiraz etmiştir. ICC Tahkim Divânı'nın bu meselelerin hakemler tarafından çözümlenmesi gerektiğine karar vermesi üzerine *Apollo,* tahkimin durdurulması talebiyle mahkemeye müracaat etmiş, mahkeme ise *Apollo*'nun talebini reddetmiştir. *Apollo* temyize gitmiş, fakat karar onanmıştır. Temyiz Mahkemesi, tarafların, ICC tahkimini seçmekle, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin meseleleri hakemlere havale ettiklerine karar vermiş ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin meselelerin hakemlerce karara bağlanması

---

68 BERGER Klaus Peter, "The Arbitration Agreement under the Swedish 1999 Arbitration Act and the German 1998 Arbitration Act", **Arbitration International,** Vol:17, No:4, 2001, s.398; HOBÉR Kaj, "Arbitration Reform in Sweden", **Arbitration International,** Vol:17, No:4, 2001, s.357–358.

69 RUNESSON Eric M / ARVMYREN Simon, "Sweden", **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide,** 2007, s.200.

70 HOSKING James M., "The Third Party Non-Signatory's Ability to Compel in International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent", **Pepperdine Dispute Resolution Law Journal,** Vol:4, 2004, s.549; JALILI s.174.

71 886 **F.2d** s.469, 472 (1st Cir. 1989).

gerektiğine hükmetmiştir.[72] *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna et al.* davasında ABD mahkemeleri, sözleşmenin tamamı hakkında geçersizlik iddiasında bulunulması suretiyle ileri sürülmüş olsa dahi, tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında karar verme yetkisinin hakemlere ait olduğu sonucuna varmıştır. Davaya konu olayda Florida ilk derece mahkemesi, *Cardegna* tarafından *Buckeye* aleyhine açılan davada *Buckeye* tarafından ileri sürülen tahkim itirazını, sözleşmenin geçerli olmadığı iddiasını karara bağlama yetkisinin hakemlere değil devlet mahkemelerine ait olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Karar, Eyalet Temyiz Mahkemesi tarafından bozulmuştur. Florida ilk derece mahkemesi, içinde yer aldığı sözleşmenin geçersizliği iddia edilen bir tahkim şartının icrasının yerel kamu düzenini ve borçlar hukukunu ihlal edeceği gerekçesiyle kararında direnmiştir. Florida Yüksek Mahkemesi bu kararı daha da ileri götürerek, geçersizliği iddia olunan bir sözleşmede yer alan tahkim şartının icrasının, sadece eyalet hukukuna aykırı olmakla kalmayıp, aynı zamanda suç teşkil eden bir doğası bulunan bir sözleşmeye hayat vermek anlamına geleceğini ifade etmiştir. ABD Yüksek Mahkemesi, spesifik olarak tahkim şartına değil de tahkim şartının yer aldığı sözleşmeye bir bütün olarak yöneltilen geçersizlik iddiaları hakkında devlet mahkemelerinin değil hakemlerin yetkili olduğu gerekçesiyle Florida Yüksek Mahkemesi'nin kararını bozmuştur. ABD Yüksek Mahkemesi, salt tahkim anlaşmasına yönelik geçersizlik iddiaları ile tahkim şartının yer aldığı sözleşmenin tamamına yönelik geçersizlik iddiaları arasında bir ayrım yaparak, davalılar salt tahkim anlaşmasının değil bir bütün olarak sözleşmenin geçersizliğini iddia ettiklerini ve tahkim anlaşması ile sözleşmenin diğer hükümleri birbirinden ayrı olarak icra edilebildiğini gerekçe göstermiştir.[73]

Fransız Medenî Usûl Kanunu m.1496 hükmü uyarınca, taraflardan biri hakem heyeti önünde hakem heyetinin yargılama yetkisine ilişkin bir itiraz ileri sürdüğü takdirde hakem heyeti bu itirazı hükme bağlamaya yetkilidir.[74] Bunun yanında, m.1458'e göre ise, tahkim anlaşmasına tâbi bir uyuşmazlık devlet mahkemelerine götürüldüğünde, eğer uyuşmazlık hâlihazırda hakem heyetine de tevdi edilmiş ise Fransız mahkemeleri yetkisizlik kararı vermek durumundadır. Eğer uyuşmazlık henüz hakem heyetine tevdi edilmemişse, Fransız mahkemeleri "tahkim anlaşması *açıkça* geçersiz olmadıkça" yetkisizlik kararı vermek durumundadır.[75] Fransız Yüksek Mahkemesi meşhur *Zanzi* kararında, yerel tahkim hukukunda yer alan bu prensibi milletlera-

---

[72] WIDMAN Stuart M., "What's Certain is the Lack of Certainty About Who Decides the Existence of the Arbitration Agreement", **Dispute Resolution Journal,** May/July 2004, s.58.

[73] GONZÁLES DE COSSÍO s.235–236.

[74] JALILI s.171.

[75] BARCELÓ III s.1124.

rası tahkim alanında da uygulamak suretiyle hakemlerin kendi yetkilerini tayin etme yetkisinin bulunduğunu kabul etmiştir.[76] Fransız hukukunda, *tahkim anlaşmasının mevcudiyeti,* Fransız mahkemelerinin davayı görmesinin önünde hukukî bir engel teşkil etmektedir. Bunun için tarafların süresi içinde itirazda bulunması gerekmektedir. Uyuşmazlığın hakem heyetinde derdest olmadığı hallerde mahkemeler, tahkim anlaşması "*açıkça* geçersiz" yahut "icra kabiliyetinden *açıkça* yoksun" olmadıkça, davayı reddetmelidir. Uyuşmazlık hakem heyetinde derdest ise, mahkemeler her hâlükârda davayı reddetmelidir. Görüldüğü üzere Fransız hukukunda tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin itirazın hakem heyetinin teşkilinden önce ileri sürülmesi ile hakem heyeti teşkil edildikten sonra ileri sürülmesi arasında bir ayrım yapılmaktadır. Bununla birlikte, hakemlerin yetkileri hakkında karar verme yetkisi öncelikle hakemlere ait bulunduğu için, tahkim anlaşmasının kapsamı veya geçerliliği konusunda herhangi bir tereddüdün hâsıl olması hâlinde mahkemelerin bu tereddüdü bizzat giderme yoluna gitmeyip, davayı reddetmesi gerektiği ifade edilmektedir.[77]

İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu m.186, hakem heyetinin kendi yetkisi hakkında karar vereceğini öngörmektedir. Bununla birlikte, tahkime tâbi bulunan bir uyuşmazlığın İsviçre mahkemelerine götürülmesi ve davalının uyuşmazlığın esasına girilmeden önce tahkim itirazında bulunması durumunda mahkemelerin, *tahkim anlaşması geçersiz, tesirsiz veya icra kabiliyetinden yoksun olmadıkça* yahut davalıya açıkça atfolunabilir nedenlerden ötürü hakemlerin atanması imkânsız bulunmadıkça, davayı reddetmesi gerekmektedir.[78] Bununla birlikte İsviçre mahkemelerinin, tahkim yerinin İsviçre olması ile İsviçre dışında olması arasında ayım yaptığı ve tahkim yerinin İsviçre olması hâlinde *prima facie* standardında inceleme yaptığı, tahkim yerinin başka bir ülkede olması hâlinde ise derinlemesine inceleme yaptığı ifade edilmiştir.[79]

Hong Kong hukukunda, tahkim anlaşmasına tâbi kılınmış bir uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde dava konusu yapılmış olması hâlinde mahkemenin, *tahkim anlaşmasının geçersiz, tesirsiz veya icra kabiliyetinden yoksun olduğuna karar vermedikçe*, taraflardan birinin talebi üzerine uyuşmazlığı

---

[76] ULUOCAK Nihal, "Milletlerarası Tahkim Şartının Alacağın Temliki ile İntikali – Fransız İçtihadı", **MHB, Aysel ÇELİKEL'E Armağan,** Yıl 1999–2000, S.1–2, s.992; BARCELÓ III s.1124.

[77] KAPLAN Charles, "France", **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide,** 2007, s.77–78.

[78] FAVRE-BULLE Xavier / WITTMANN Alex, "Switzerland", **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide,** 2007, s.207.

[79] GONZÁLES DE COSSÍO s.241–242.

tahkime havale edeceği öngörülmüş olmasına[80] rağmen, uygulamada Hong Kong mahkemelerinin, tahkim anlaşmasının mevcudiyetine ve geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıklarda *prima facie* inceleme standardını benimsedikleri ifade edilmektedir. *Pacific Int'l Lines (Pte) Ltd v. Tsinlien Metals and Minerals Co.*[81] davasında, davacı, çarterpartide yer alan tahkim şartına istinaden tahkim yargılaması başlatmış, davalı ise tahkim yargılamasına katılmayı reddetmişti. Bunun üzerine davacı, Hong Kong Yüksek Mahkemesi'ne müracaat ederek hakem atanması talebinde bulunmuştur. Yüksek Mahkeme davalı tarafından ileri sürülen geçerli bir tahkim anlaşması bulunmadığı itirazını, Model Kanun m.7 hükmüne uygun bir tahkim anlaşması bulunduğu önermesinin açıkça savunulabileceği bir durum bulunduğu konusunda tatmin olduğu gerekçesiyle reddetmiş ve davalının hakemini tayin etmesi gerektiğine hükmetmiştir. Diğer Hong Kong mahkemelerinin de, meseleyi derinlemesine inceleme yapmak suretiyle karara bağlamaları hâlinde mahkemelerin hakemlerin yetkilerini gasp etmiş olacağı gerekçesiyle, Model Kanun m.8(1) bağlamında *prima facie* inceleme standardını daha açık bir şekilde kabul ettikleri ifade edilmektedir.[82]

İtalyan hukukunda uluslararası tahkime ilişkin düzenlemenin yer aldığı Medenî Yargılama Kanunu *(Codice di Procedura Civile)* hükümleri uyarınca, tahkim anlaşmasının mevcudiyetine rağmen uyuşmazlığın devlet mahkemelerine götürülmesi durumunda davalının ilk itiraz olarak yetki itirazında bulunması gerekmektedir. Aksi halde davalı tahkime gitme hakkından feragat etmiş sayılır. Hakemler, tahkim anlaşmasının mevcudiyeti, geçerliliği, içeriği ve kapsamı ile kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisine sahip bulunduğu için, bu tür bir talebin devlet mahkemeleri önünde ileri sürülmesi hâlinde mahkemeler talebi reddetmelidir.[83]

Brezilya Tahkim Kanunu §20 uyarınca, hakemlerin yargılama yetkisine ilişkin her türlü itiraz doğrudan doğruya hakemler önünde ileri sürülmelidir. İtiraz kabul edilirse hakemler davayı reddeder. İtiraz reddedildiği takdirde ise tarafların hakem kararına karşı açacakları iptal davasında aynı itirazı ileri sürmesi mümkündür. *Tahkim anlaşmasının mevcudiyetine rağmen* taraflardan birinin devlet mahkemelerinde dava açması hâlinde mahkeme, diğer tarafın Brezilya Medenî Usul Kanunu *(Código de Processo Civil)* §297'de öngörülen 15 günlük cevap süresi içinde yetki itirazında bulunması hâlinde

---

80 ALLEN Charles / CHAN Melody / CHIN Malcolm, "Hong Kong", **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide,** 2007, s.92.

81 **YBCA,** 1993, Vol:18, s.180.

82 BORN s.889–890.

83 ANGLANI Angelo, "Italy", **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide,** 2007, s.118.

davayı reddetmek durumundadır. Davalının süresinde yetki itirazında bulunmaması hâlinde uyuşmazlığı tahkime götürme hakkından zımnen feragat ettiği ve uyuşmazlığı devlet mahkemelerine götürmek istediği sonucuna varılır.[84]

Kolombiya hukukunda, tahkim anlaşmasının mevcudiyetine rağmen uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde dava konusu yapılmış olması hâlinde davalının, *tahkim anlaşmasının mevcudiyetini* bir ilk itiraz olarak ileri sürmediği takdirde tahkim anlaşmasından zımnen feragat ettiği kabul edilir ve uyuşmazlık mahkemede görülür. Davalı *tahkim anlaşmasının mevcudiyetini* bir ilk itiraz olarak ileri sürerse, mahkeme bunu nazara alarak yargılamayı sona erdirir.[85]

Çek tahkim hukukunda, taraflarca tahkime tâbi kılınmış bir mesele hakkında devlet mahkemelerinde dava açılması ve davalının *tahkim anlaşmasının mevcudiyetini* ilk itiraz olarak ileri sürmesi durumunda mahkemenin yargılamayı durdurması gerekmektedir. Hakemler, kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisine sahiptir.[86]

Hindistan hukukunda 1996 tarihli Tahkim ve Uzlaştırma Kanunu §16 uyarınca hakemler, tahkim anlaşmasının kapsamına ve geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıklar da dâhil olmak üzere, kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisine sahiptir. 1996 tarihli Kanun §16 uyarınca, tahkime tâbi bir uyuşmazlığın devlet mahkemelerine götürülmesi ve davalının en geç esasa ilişkin ilk dilekçesinde tahkim itirazında bulunması hâlinde mahkeme, *tahkim anlaşmasının aslının veya usulünce onaylanmış bir suretinin sunulmuş olması şartıyla,* davayı reddeder.[87]

Polonya'da milletlerarası tahkime ilişkin düzenleme, büyük ölçüde UNCITRAL Model Kanunu esas alınarak yenilenen Medenî Yargılama Kanunu'nun *(Kodeks Postepowania Cywilnego)* V. Bölümünde yer almaktadır. Polonya hukukunda, tahkim anlaşmasının mevcudiyetine rağmen davanın Polonya mahkemelerinde açılması hâlinde, uyuşmazlığın esasına girilmeden önce davalının itirazda bulunması kaydıyla, mahkemenin *tahkim anlaşmasının mevcudiyetini* nazara alacağı ifade edilmektedir. Hakemler, tahkim

---

84 WALD Arnoldo / FONSECA Rodrigo Garcia da, "Brazil", **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide,** 2007, s.32.

85 MARÍN Germán, "Colombia", **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide,** 2007, s.48.

86 BELOHLAVEK Alexander, "Czech Republic", **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide,** 2007, s.62.

87 BHASIN Lalit, "India", **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide,** 2007, s.101.

anlaşmasının mevcudiyetine ve geçerliliğine ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisine sahiptir.[88]

Venezuela'da milletlerarası tahkimin hukukî rejimini tayin eden ve büyük ölçüde UNCITRAL Model Kanunu hükümlerini yansıttığı ifade edilen 1998 tarihli Ticarî Tahkim Kanunu hakemlere kendi yetkilerini karara bağlama yetkisi vermektedir. Buna paralel olarak, tahkime tâbi bir uyuşmazlığın Venezuela mahkemelerine götürülmesi durumunda, davalının savunmalarını sunması için 20 günlük süre zarfında tahkim itirazında bulunması kaydıyla, mahkemeler *tahkim anlaşmasının mevcudiyetine istinaden* davayı reddetmek durumundadır.[89]

V. Türk Hukukundaki Durum

Türk hukukunda, *Kompetenz–Kompetenz* prensibinin benimsendiği 4686 sayılı MTK'nın kabulünden önce milletlerarası tahkimlerin hukukî rejimini *mülga* 1086 sayılı HUMK[90] tayin ettiği ve HUMK'ta *Kompetenz–Kompetenz* prensibi kabul edilmediği için, tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin iddialar devlet mahkemelerinde çözülmekteydi. Zira HUMK'un 519. maddesi tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin itirazların çözüm yerinin mahkemeler olduğunu öngörmekteydi.

2001 senesinde yürürlüğe giren 4686 sayılı MTK m.7/H hükmünde hakem heyetinin, tahkim anlaşmasının mevcudiyetine ve geçerliliğine ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, yetkisine ilişkin itirazları bizzat karara bağlayacağı öngörülmüştür. Bunun Türk hukuku bakımından bir yenilik olduğu dile getirilmektedir.[91] Hakemlerin yetkili olduklarına karar vermeleri hâlinde tahkim yargılamasına devam edilecek ve hakemler uyuşmazlığın esası hakkında karar vereceklerdir. Hakemlerin kendi yetkileri hakkındaki kararlarına karşı doğrudan mahkemelere müracaat imkânı tanıyan UNCITRAL Model Kanunu'ndan farklı olarak, hakemlerin kendi yetkileri hakkındaki kararlarına karşı mahkemelerde yapılabilecek itiraz ancak iptal davasında söz konusu olabilecektir (MTK m.15/1).[92]

---

88 KARTUNG Monika / PETRUCZENKO Katarzyna, "Poland", **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide,** 2007, s.173.

89 PELÁEZ-PIER Fernando / SÁNCHEZ-HOET Yulena, "Venezuela", **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide,** 2007, s.243, 246–247.

90 RG: 2/3/4.7.1927–622/623/624.

91 ŞANLI Cemal, **Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları,** 3. Bası, İstanbul 2005, s.248.

92 AKINCI s.120–121.

4686 sayılı MTK'da *Kompetenz–Kompetenz* prensibi kabul edilmiş olmasına karşın, geçerli bir tahkim anlaşması bulunup bulunmadığının mahkemeler önünde öne sürülmesi hâlinde, mahkemelerin, tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını tespit etmek zorunda olduğunu[93] benimseyen görüşler bulunduğunu ifade etmiştik. Bu görüşe göre, MTK m.5/1 hükmünün son cümlesi olan *"Tahkim itirazının kabulü hâlinde mahkeme davayı usûlden reddeder"* ifadesi, geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığının belirlenmesini de gerekli kılmaktadır. Bu yaklaşımın, geçersiz bir tahkim anlaşmasının mevcut olması durumunda yüksek meblağda paranın ve epey uzunca bir zamanın boşa gitmesinin önüne geçeceği de ifade edilmektedir.[94]

Bu görüşün, Türk hukukunda MTK yürürlüğe girmeden önce milletlerarası tahkimin tâbi bulunduğu HUMK hükümleri çerçevesinde yerinde olduğu ifade edilmiştir[95]. Ne var ki 4686 sayılı MTK'da *Kompetenz–Kompetenz* prensibinin kabul edilmiş olması karşısında nasıl bir çözümün benimsenmesi gerektiği tereddüt doğurmaktadır.

Kanaatimizce, tahkime tâbi bir uyuşmazlığın Türk mahkemelerine götürülmesi hâlinde, davalı taraf tahkim itirazında bulunursa ve davacı bu itiraza karşılık tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu ileri sürerse, mahkeme tarafından tahkim anlaşmasına yönelik olarak yapılacak incelemenin kapsamı, ilk bakışta *(prima facie)* geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığının tespitinden ibaret olmalıdır. 4686 sayılı MTK m.5/1 hükmünde yer alan *"Tahkim itirazının kabulü hâlinde mahkeme davayı usûlden reddeder"* ifadesinin, aynı Kanunun 7. maddesinde yer alan ve hakemlerin kendi yetkileri hakkındaki kararı kendilerinin vereceğini öngören hükümden bağımsız olarak yorumlanması doğru olmaz. Mahkeme, mevcut bir tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını derinlemesine incelememelidir. Zira böyle bir tutum *Kompetenz–Kompetenz* prensibiyle bağdaşmaz ve kanunen hakemlere verilmiş bir yetkinin mahkemelerce gasp edilmesi anlamına gelir.[96]

Önerdiğimiz yorum tarzı, Türkiye'de tahkimin etkin bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmasının temini bakımından da isabetlidir. Türkiye'de MTK'nın yürürlüğe girmesinden evvel, yabancılık unsuru taşıyan tahkimlerin de tâbi olduğu *mülga* 1086 sayılı HUMK hükümleri arasında, tahkimin, sürat bakımından resmî yargının gerisinde kalmasına neden olan ve tahkim yargılamasını uzatmak suretiyle sabote etmek isteyen kişiler için adeta bir araç işlevi gören en önemli hüküm, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin itirazla-

---

93 EKŞİ s.65.

94 AKINCI s.98.

95 NOMER Ergin, "Yargıtay Kararlarında Türk Devletler Özel Hukuku Kanunu", **Oğuz İMREGÜN'E Armağan,** İstanbul, 1998, s.721–722.

96 FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN s.360.

rın çözüm yerinin mahkemeler olduğunu öngören *mülga* HUMK m.519 idi. MTK'da, tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkındaki itirazların bizzat hakemlerce karara bağlanacağının öngörülmüş olması bu açıdan isabetli bulunmuştur.[97] 4686 sayılı MTK'nın kabulünde, Türkiye'nin milletlerarası tahkim bakımından cazip bir ülke hâline getirilmesi ve Türk milletlerarası tahkim hukukunun milletlerarası standartlara uygun hâle getirilmesi gibi amaçların rol oynamış olması da nazara alındığında, kanunkoyucunun iradesinin *mülga* 1086 sayılı HUMK m.519 hükmüne hâkim olan anlayışın MTK'da da aynen benimsendiği yönünde olduğunu kabul etmek yerinde olmayacaktır.

Yabancılık unsuru taşımasına rağmen, 4686 sayılı Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tâbi olmayan tahkimlerde, Türk mahkemelerinde tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu iddiası ileri sürüldüğünde, mahkemeler New York Konvansiyonu'nun II(3). maddesine uygun olarak hareket etmelidir. Bu madde uyarınca mahkemeler, tahkim anlaşmasına tâbi bir uyuşmazlıkla karşılaştığı takdirde, tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, taraflardan birinin talebi üzerine uyuşmazlığı tahkime havale etmek durumundadır. Çalışmamızın başında da belirttiğimiz üzere New York Konvansiyonu'nda yer alan, tahkim anlaşmasının "hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız" olup olmadığına ilişkin incelemenin seviyesi yoruma açık bir konudur ve kanımızca bu inceleme *Kompetenz–Kompetenz* prensibine itibar edilerek *prima facie* düzeyinde yapılmalıdır.

Danıştay 13. Dairesi'nin 7.1.2009 tarihli kararı[98], savunduğumuz bu yaklaşıma güncel bir örnek teşkil etmektedir. Karara konu olayda, davacı GSM şirketi ile Telekomünikasyon Kurumu arasında imzalanan imtiyaz sözleşmesinin 8. maddesi uyarınca davalı Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı'na her ay ödenen %15'lik hazine payına ilişkin matraha bayi kârlarının da dâhil edilmesine yönelik işlemin ve bu işleme bağlı olarak Mayıs 2008 döneminde ihtirazî kayıtla ödenen meblağdan bayi kârına karşılık gelen kısmın tahsilinin iptali talep edilmiştir. Danıştay Tetkik Hâkimi, imtiyaz sözleşmesinin 8. maddesinin uygulanmasından doğduğu anlaşılan dava konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak, sözleşmede tahkim yolu öngörüldüğü için idarî yargı yerinde idarî davaya konu edilebilmesine olanak bulunmadığı ve bu nedenle davanın esastan incelenmeksizin reddi gerektiği yönünde görüş beyan etmiştir. Danıştay 13. Dairesi; kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların idarî davaya konu edilebilmesinin, sözleşmede tahkim yolunun öngörülmemiş olmasına bağlı bulunduğunu; davacı şirket ile Telekomünikasyon Kurumu arasındaki sözleşmenin 51. maddesinde, sözleş-

---

97 ŞANLI, **Uluslararası Ticarî Akitler,** s.248.

98 Danıştay 13. Dairesi, E.2008/12346, K.2009/78, T.7.1.2009.

meden doğacak uyuşmazlıkların yargısal çözüm yolunun tahkim olduğunu ve bu nedenle uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesinin gerekli olduğunu ifade ederek davanın reddine karar vermiştir.

Görüldüğü üzere Danıştay 13. Dairesi tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı ve bilhassa tahkim anlaşmasına taraf olmayan üçüncü kişi konumundaki davalı Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı bakımından geçerli ve bağlayıcı olup olmadığı konusunda herhangi bir değerlendirme ve tespit yapmaksızın, sadece uyuşmazlığa konu sözleşmenin bir tahkim şartı ihtiva ettiği vakıasına istinaden davayı reddetmiştir. Dolayısıyla, Danıştay 13. Dairesi, tahkime tâbi kılınmış bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkta tahkim anlaşmasının sadece mevcudiyetini esas alarak ve geçerliliğini inceleme konusu yapmayarak, yukarıda savunduğumuz anlayışa paralel bir yaklaşım sergilemiştir. Kanımızca Danıştay 13. Dairesi'nin bu kararı, tahkim anlaşmasının geçerli olduğu anlamına gelmez ve daha sonra açılması muhtemel bir hakem kararının iptali yahut tenfizi davasında da iptal veya tenfiz hâkimini bağlamaz.

VI. Değerlendirme ve Sonuç

Tahkime tâbi bir uyuşmazlığın devlet mahkemelerine götürülmesi durumunda mahkemelerin, tahkim anlaşmasının geçerliliğini derinlemesine incelemek suretiyle bağlayıcı olarak hükme bağlaması, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların hakemlerce karara bağlanmasını öngören *Kompetenz–Kompetenz* prensibi ile bağdaşmamakta ve tahkimi sabote etmek isteyen kişiler bakımından da adeta bir araç işlevi görmektedir.

Buna paralel olarak, Türk hukukunda, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin itirazların çözüm yerinin mahkemeler olduğunu öngören *mülga* 1086 sayılı HUMK m.519 hükmü, Türkiye'de tahkimin etkin bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olamamasının altında yatan etkenlerden biri olmuştur. Doktrinde, tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında karar verme yetkisinin tamamen hakemlere ait olmamasının, tahkim alanında yılların getirdiği birikimin nazara alınmaması anlamına geldiği ifade edilmiştir[99]. Türk hukukunda da tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkındaki uyuşmazlıkların çözüm yerinin devlet mahkemeleri olduğunu düzenleyen *mülga* 1086 sayılı HUMK'un 519. maddesinin yaşattığı tecrübe, tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında karar verme yetkisinin hakemlere ait olması gerektiğine işaret etmektedir. Aksi halde *Kompetenz–Kompetenz* prensibi hiçbir anlam ifade etmeyecektir.

---

[99] GONZÁLES DE COSSÍO s.244.

Kanaatimizce, 4686 sayılı MTK'nın 5. maddesinde yer alan düzenleme, Türk mahkemelerine, tahkim anlaşmasına istinaden ileri sürülen tahkim itirazının kabul edilebilmesi için, tahkim anlaşmasının geçerliliğini derinlemesine inceleme yetkisi vermemektedir. Zira aynı Kanunun 7/H maddesinde hakem heyetinin, tahkim anlaşmasının mevcudiyetine ve geçerliliğine ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, yetkisine ilişkin itirazları bizzat karara bağlayacağı öngörülmüştür.

Bu itibarla yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava Türk mahkemelerinde açılmış ve davalı taraf tahkim anlaşmasına istinaden süresinde tahkim itirazında bulunmuş iken, davacı taraf tahkim anlaşması geçerli olmadığı için tahkim itirazının reddedilmesi gerektiğini ileri sürdüğü takdirde Türk mahkemesince yapılacak inceleme, ilk bakışta *(prima facie)* geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığından ibaret olmalı ve mahkeme, mevcut bir tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını derinlemesine incelememelidir. Böyle bir inceleme standardının benimsenmesi, bir yandan tahkim yargılamasının sabote edilmesini engellerken, diğer taraftan ise geçerli bir tahkim anlaşması bulunmaksızın tahkime gitmek istemeyen kişilerin korunmasını da önemli ölçüde temin etmektedir.

Son olarak, ilk derece mahkemesince yapılacak *prima facie* standardındaki değerlendirme neticesinde uyuşmazlığın tahkime havale edilmesi, tahkim anlaşmasının geçerli olduğunun tespit edildiği ve dolayısıyla, taraflardan birinin geçersiz olarak gördüğü bir tahkim anlaşmasına istinaden oluşturulmuş bir heyetin yargılama yetkisi kazandığı anlamına gelmediğini ifade etmek gerekir. Dolayısıyla mahkemenin vereceği böyle bir karar hakem heyetini bağlamayacağı gibi, tenfiz veya iptal hâkimini de bağlamayacaktır.

5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Hakkında Değerlendirme

*Faruk Kerem GİRAY**

I. 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun Getirdiği Yenilikler

A. 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu[1], 403 sayılı mülga TVK.'dan[2] farklı olarak Kanunda kullanılan kavramları tanımlamıştır. Sözgelimi Anayasanın 66. maddesine karşılık gelen Türk vatandaşlığının tanımı kanunda tekrarlanmıştır[3]. Keza açıklama yapılmasına gerek olmadığını düşündüğümüz "yabancı" kavramı ise tanım verilerek açıklanmıştır[4].

5901 sayılı TVK.'da, 403 sayılı mülga kanundan farklı olarak "çıkarma" müeyyidesi düzenlenmemiştir. 5901 sayılı TVK. gereğince kişinin iradesi hilâfına cezaî nitelikte, Türk vatandaşlığını kaybettirmek amacıyla uygulanabilecek en ağır müeyyide, "vatandaşlığa alınmanın iptali" veya "kaybettirme" dir. Bu sebeple Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın[5] 66. maddesinin 4. ve 5. fıkra hükümlerinde yer alan "çıkarma" kavramı teknik bir kavram olarak değil; vatandaşlığın cezaî olarak tüm kayıp hallerini ifade edecek şekilde değerlendirilmelidir.

---

* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

1 29.05.2009 Tarihli Türk Vatandaşlığı Kanunu için Bkz. RG. 12.06.2009-27256.

2 11.02.1964 Tarihli Türk Vatandaşlığı Kanunu için Bkz. RG. 22.02.1964-11638.

3 Bkz. Madde 3/ç.Türkiye Cumhuriyeti devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan kişi, Türk vatandaşlığını ifade eder.

4 Bkz. Madde 3/d. Türkiye Cumhuriyeti devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi yabancıdır. Şu halde vatansızlar, mülteciler, göçmenler, Türk vatandaşlığını kaybettirme, çıkma, seçme hakkı ile kaybedenler ile izinle Türk vatandaşlığından çıkan kişiler yabancı statüsündedir.

5 RG. 09.11.1982-17863 (Mükerrer)

5901 sayılı TVK'da çocuğun tanımına yer verilmezken, Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik[6]te tanımı yapılmıştır. 3. maddenin (c) bendinde çocuk, on sekiz yaşını tamamlamamış kişi olarak ifade edilmiştir. Ayrıca "ergin" kavramı[7] da, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununa (TMK.) göre ergin kişi olarak tanımlanmıştır. 5901 sayılı Kanunda "ergin" kavramı yorumlanırken; kişi Türk vatandaşı ise Yönetmelikteki tanım dikkate alınacaktır. Buna mukabil ergin kavramını yabancılar için Yönetmeliği esas alarak tanımlamak yanlış yorumlara sebebiyet verebilir. Nitekim 5901 sayılı TVK.'nın 11.maddesinde ve Yönetmeliğin 15. maddesinin (a) bendinde yabancı kişiler için "ergin" olma şartının kişinin kendi millî kanununa göre dikkate alınacağı belirtilmiştir. Bu nedenle Yönetmelikte "ergin" kavramının tanımına yer verilmesine gerek olmadığı kanaatindeyiz.

Ayrıca 20. madde hükmünde geçen "çocuk" kavramının da on sekiz yaşını tamamlamamış kişi olarak değil, millî hukukuna göre ergin olmamış kişi olarak yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Söz konusu bu yorum 21. ve 22. maddeler ve Yönetmeliğin 37. maddesinin 8. fıkrası içinde geçerlidir.

Yönetmelik vatansız kişiler için "ergin" olma şartının yorumunu kanaatimizce hatalı olarak 4721 sayılı Türk Medenî Kanununa bağlamıştır. Oysa bu anlayış Türk kanunlar ihtilafı kurallarına aykırıdır. Zira 5718 sayılı MÖHUK'un[8] 8. maddesinde fiil ehliyetine uygulanacak hukuk belirtilmiştir. Madde hükmüne göre fiil ehliyetine ilgilinin millî hukuku uygulanacaktır. Vatansız kişilerin millî hukukları bulunmadığından, ehliyete ilişkin meselelerde kişinin yerleşim yeri hukuku, bulunmadığı hallerde mutad mesken hukuku, bu hukuk da yoksa dava tarihinde (başvuru tarihindeki) bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır.

B. 5901 sayılı TVK.'nın getirdiği önemli bir yenilik cinsiyet eşitliğini tesis etmesidir. 403 sayılı mülga kanunda Türk vatandaşlığının kazanılması aşamasında kadın erkek ayrımı yapıldığından cinsiyetler arası eşitsizlik söz konusuydu. Bu eşitsizliği ortaya koyan çeşitli örnekler verilebilir. Söz gelimi mülga 403 sayılı Kanunda, küçük çocuk hiçbir koşul aranmaksızın babasına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanabilirken[9], Türk vatandaşlığına alınan anneye bağlı olarak bir çocuğun vatandaşlık kazanabilmesi için belirli koşulların yerine getirilmesi gerekliydi[10]. Keza vatansız kadın, koca-

---

6 RG. 06.04.2010-27544.

7 Bkz. Yönetmelik madde 3/e bendi.

8 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun için bkz. RG. 12.12.2007-26728.

9 Bkz. Mülga 403 sayılı TVK. madde 16/1.fıkra. "Küçük çocuklar Türk vatandaşlığına alınan babalarına bağlı olarak Türk vatandaşı olurlar."

10 Bkz. Mülga 403 sayılı TVK madde 16/2.fıkra. "Türk vatandaşlığına alınan kadının

sına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanabilirken, vatansız koca, Türk vatandaşı eşine bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanamamaktaydı[11]. Keza seçme hakkını kullanarak evlenme sebebiyle Türk vatandaşlığından ayrılan kadın, bu evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yıl içinde Türk vatandaşlığına dönebilirken, böyle bir imkân Türk vatandaşı kocaya tanınmamıştı[12].

5901 sayılı Kanun, 403 sayılı kanunun öngördüğü kadın erkek eşitsizliğini vatandaşlık hukuku bakımından dikkate değer ölçüde ortadan kaldırmıştır. Ancak kanaatimizce cinsiyete dayalı ayrımcılığın gözetildiği bir düzenleme kanunda hâlâ mevcuttur. Kanunun genel gerekçesinde Türkiye'nin henüz taraf olmadığı ancak benimsediği ilkeleri temel aldığını belirttiği Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'ne[13] atıf yapılmıştır. Sözleşmeye göre vatandaşlık hukuku bakımından cinsiyete, dine, ırka ve renge dayalı bir ayrım[14] yapılmaması esastır. Kanun koyucu da bu esastan hareket ederek cinsiyet ayrımını ortadan kaldırma gayreti göstermişse de bu niyetini tümüyle gerçekleştirmiş değildir. Kanaatimizce Kanunun 25. madde hükmünde cinsiyete dayalı bir ayrım yer almaktadır. Türk vatandaşlığından izinle çıkmanın şartlarını düzenleyen 25. maddesinin (c) fıkrasında "askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişilerden olmamak" şartı yer almaktadır. Askerlik hizmetinden neyin anlaşılmasının gerektiği tartışmaya açıktır. Zira 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda hem "askerlik hizmeti" hem de "askerlik yükümlülüğü" kavramları kullanılmıştır. Anayasanın 157. mad-

---

küçük çocukları ise babanın ölmüş bulunması, babanın belli olmaması, babanın vatansız olması, çocuğun vatansız olması, velayetin annede bulunması hallerinde çocuğun milli kanunu engel olmamak koşuluyla annelerine bağlı olarak Türk vatandaşı olurlar."

11 Bkz. Mülga 403 sayılı TVK madde 15. "Vatandaşlığa alınma eşin vatandaşlığına tesir etmez, ancak, vatansız kadın, kocasına bağlı olarak Türk vatandaşı olur."

12 Bkz. Mülga 403 sayılı TVK madde 13. "Seçme hakkını kullanarak evlenme ile Türk vatandaşlığından ayrılan kadın bu evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yıl içinde Türk vatandaşlığına geri dönebilir."

13 Bkz. 6.11.1997 tarihli "European Convention on Nationality" isimli Avrupa Konseyi Sözleşmesi. ETS No:166. Sözleşme, 06.04.2011 tarihi itibariyle Arnavutluk, Avusturya, Bosna Hersek, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, Almanya, Macaristan, İzlanda, Moldova, Karadağ, Hollanda, Norveç, Portekiz, Romanya, Slovakya, İsveç, Makedonya ve Ukrayna arasında yürürlüktedir.

14 Bkz. Sözleşmenin 5.maddesinin 1.fıkra hükmü. "Akit devletin vatandaşlık hukukuna ilişkin düzenlemeleri hiçbir ayrım gözetemeyeceği gibi cinsiyet, din, ırk, renk ya da ulusal veya etnik köken açısından ayrımcılık oluşturan herhangi bir uygulamaya da yer veremez". Sözleşmenin İngilizce metninde hem "discrimination" kelimesi hem de "distinction" kelimesi kullanılmıştır. Madde hükmünde geçen "discrimination" kelimesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde kullanıldığı için, "distinction" kelimesi ise İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 4. maddesinde kullanıldığı için tercih edilmiştir. Bkz. Sözleşme hakkındaki Açıklayıcı rapor paragraf 39. (http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/166.htm)

desinde "askerlik yükümlülüğü" ifadesine yer verilirken 76. maddesinde ise "askerlik hizmeti" ifadesine yer verilmiştir[15]. Buna mukabil 1111 sayılı Askerlik Kanunu[16], Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı her erkek için mecburi olan askerlik görevinin ifasına ilişkin usul ve esasları belirtirken "hizmet" kavramını[17] ve de "askerlik yükümlülüğü"[18] kavramını birlikte kullanmıştır. Özellikle izinle Türk vatandaşlığından çıkmalarına izin verilenlerin askerlik durumlarını düzenleyen kanunun ilgili geçici 38. ve 43. maddelerinde "askerlik hizmeti" kavramı kullanılmıştır.

Şu halde "askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişilerden olmamak" şartının mahiyetini; askerlik yükümlülüğü bulunmakla birlikte henüz celp dönemi gelmemiş veya yüksek öğretiminin devam etmesi sebebiyle askerliği tecil edilmiş erkek vatandaşlarla sınırlı tutmak gerekir. Kişi şayet yoklama kaçağı ise veya bakaya durumuna düşmüş ise, askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişiler kapsamında olacağından izinle Türk vatandaşlığından çıkamayabilir[19]. Bu durum İçişleri Bakanlığının takdirine bağlıdır. Şu halde askerliği tecil edilmiş Türk vatandaşı bir erkek, askerlik yükümlülüğünü yerine getirmemiş olduğu gerekçesiyle izinle Türk vatandaşlığından çıkma hakkından mahrum edilmemelidir.

Askerlik mükellefiyeti Türkiye Cumhuriyeti'nde sadece erkek vatandaşlar için aranan bir şart olduğundan[20] cinsiyete dayalı bir ayrımcılık olarak dikkate alınabilir. Kanunun madde gerekçesinde[21] bu şart yerine getirilmedikçe; devletin bu kişiler üzerindeki tasarrufunun ortadan kalkmayacağı ve çıkma izninin verilmesinin söz konusu olmayacağı açıkça belirtilmiştir. Madde gerekçesinden anlaşıldığı üzere, idarenin bu şart hakkında takdir hakkı bulunmamaktadır.

---

15 Anayasa madde 72 gereği askerlik görevi aynı zamanda bir vatan hizmeti olarak nitelendirilmiştir. Bkz. Nomer Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, 18. Bası, İstanbul, 2010, s.103.

16 RG. 12-17/7/1927-631-335.

17 Bkz. Askerlik Kanunu madde10/3. Genelkurmay Başkanlığınca Silahlı Kuvvetlerin ihtiyacı olarak belirlenen yükümlüler askerlik hizmetini bu Kanun hükümlerine göre erbaş veya er olarak yerine getirirler.

18 Bkz. Askerlik Kanunu madde10/7f. Seferberlik ve savaş hallerinde, bu maddenin askerlik yükümlülüğünün bedel ödeyerek veya kamu kurum ve kuruluşlarında çalışılarak yerine getirilmesi ile ilgili hükümleri uygulanmaz.

19 İzinle Türk vatandaşlığının çıkmanın sonuçları için bkz. Çavuşoğlu Uyanık Ayfer, Türk Vatandaşlığı Kanununda 5203 sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklik Sonrasında Türk Vatandaşlığından Çıkma, Yasa Hukuk Dergisi, 2005 Sayı 260, s. 21-38.

20 Bkz. 1111 sayılı Askerlik Kanunu Madde 1. Türkiye Cumhuriyeti tebaası olan her erkek, askerlik yapmaya mecburdur.

21 Bkz. 5901 sayılı Kanunun madde gerekçeleri: (http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0458.pdf) 04.04.2011 tarihi itibariyle, s.10, metin s.16.

Ayrıca askerlik yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınma halini kaybettirme sebebi olarak gören 403 sayılı Kanunun ilgili hükümlerine 5901 sayılı Kanunda yer verilmeyip diğer yandan Türk vatandaşlığından izinle çıkma şartları arasında askerlik yükümlülüğünün yerine getirilmesinin bir şart olarak aranması, Kanunun düzenlemesi bakımından kendi içinde bir çelişki[22] olarak kabul edilmektedir. Buna mukabil doktrinde[23] izinle çıkmanın şartları arasında askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişilerden olmama şartının kanunda aranmasının çelişkiye sebep vermediği de ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre izinle çıkma, kaybettirme gibi cezai nitelik taşımadığından ve de kişinin iradesine tabi olduğundan mülga 403 sayılı TVK.'da yer alan kaybettirme müeyyidesinden farklılık arz etmektedir[24]. Devlet, izinle çıkacak kişiyle arasında herhangi bir sorununun varlığını arzu etmediğinden bir nevi el sıkışarak vatandaşlıktan ayrılmasını istemektedir. Nitekim doğumla Türk vatandaşı olup izinle çıkma talebi kabul edilenler, diğer vatandaşlık kaybından farklı olarak belli imtiyazlara sahip olmaktadır. Bu imtiyazlardan yararlanacak olan geçmişte Türk vatandaşı olmuş kişinin, Türk devletiyle koparmak istediği vatandaşlık ilişkisinin; Türk vatandaşlığından kaynaklanan yükümlülüklerden kaçınma gayesi taşımaması gerektiği söylenebilir.

C. 5901 sayılı Kanun, Türk vatandaşlığının kazanılmasında kimi yabancı devlet vatandaşları için pozitif ayrım gözetmiştir. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşlarının Türk vatandaşlığına geçişi, diğer yabancı devlet vatandaşlarına kıyasla kolaylaştırılmıştır.

Gerçi mülga 403 sayılı TVK'nın Ek 1. maddesinde de Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC.) vatandaşları için tek taraflı beyanlarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanma imkânı tanınmıştı[25]. Ancak 5901 sayılı TVK doğumla KKTC vatandaşı olanlar ile sonradan KKTC vatandaşı olanlar arasında bir ayrım yapmıştır. 5901 sayılı Kanunun 42. maddesine göre, doğumla Türk vatandaşı olan Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşları yazılı beyanda bulunmaları koşuluyla başkaca hiçbir şart aranmaksızın Türk vatandaşlığını *kazanacaklardır.*[26] Buna mukabil, KKTC Vatandaşlığını sonradan kazanmış olanlar ise 11. maddede aranan şartları yerine getirmek koşuluyla İçişleri Bakanlığının kararı ile Türk vatandaşlığını *kazanabilirler*.

---

[22] Nomer Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul,2010,18. Bası, s.125; Erdem Bahadır, Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul, 2010, s.201.

[23] Erdem Bahadır, s.201.

[24] Erdem Bahadır, s.201-202.

[25] 28.05.2003 tarih ve 4862 sayılı Kanun için Bkz. RG. 03.06.2003-25127. Ayrıca ilgili Yönetmelik (md. 6) için bkz. RG. 24.05.2004-25471.

[26] Bu kişiler İçişleri Bakanlığının karar tarihinde Türk vatandaşlığını kazanırlar. Bkz. Türk Vatandaşlığı Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik. md.79. RG. 06.04.2010-27544.

Şu halde doğumla KKTC vatandaşı olanların Türk vatandaşlığı kazanma hususunda idarenin hiçbir takdir hakkı bulunmamaktadır. Oysa sonradan KKTC vatandaşı olanlar, Türk vatandaşlığına geçmek istedikleri vakit 11. maddede aranan şartları yerine getirse bile İçişleri Bakanlığının takdirine bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanamayabilirler. Kanun koyucuya göre, doğumla KKTC vatandaşı olan kişilerin ekonomik, sosyal ve beşeri geleceklerinin güvence altına alınabilmesi amacıyla Türk vatandaşlığını kazanabilmelerine imkân tanınmıştır[27]. Kanaatimizce sonradan KKTC vatandaşı olup başka bir devlet vatandaşlığına sahip olmayanlardan, Türk vatandaşlığını kazanmak isteyenler hakkında 11. maddenin 2.fıkra hükmü uygulanmamalıdır. Zira doğumla KKTC vatandaşı olanlar Türk vatandaşlığına geçtikten sonra dahi KKTC vatandaşlığını korumaya devam edebilecekken, sonradan KKTC vatandaşı olanlar bakımından, Türk vatandaşlığını kazanma aşamasında KKTC vatandaşlığından ayrılmalarını bir şart olarak aramak İdare'nin takdir yetkisini keyfi kullandığı izlenimine sebebiyet verebilir[28].

Kanaatimizce 5901 sayılı Kanunun KKTC vatandaşları için getirdiği bu düzenleme yabancılar arasında doğum yeri esasına dayalı bir ayrımcılık yaratmaktadır. Ayrıca söz konusu düzenleme, Türkiye ile KKTC arasında yürürlükte bulunan İki Ülke Vatandaşlarına İlave Kolaylıklar Tanınmasına İlişkin Anlaşma'nın[29] 1. madde hükmüne de aykırıdır. Zira çifte vatandaşlığa imkân tanıyan Anlaşma'nın 1. maddesinde KKTC vatandaşları arasında doğum yeri esasına göre herhangi bir ayrım yapılmamıştır.

D. 5901 sayılı Kanun, 403 sayılı TVK'da açıklıkla ifade edilmeyen birtakım hususlara da yer vermiştir. 5901 sayılı Kanunun 10. maddesi yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılmasında, kanunda öngörülen şartların yerine getirilmesinin, kişiye Türk vatandaşlığının kazanılmasında mutlak bir hak tesis etmeyeceğini açıkça düzenlemiştir. Bunun yanında vatandaşlığın istisnaî yolla kazanılmasından istifade edebilecek kişilerin kapsamı ise mülga kanuna kıyasla daha sınırlı ve dar tutulmuştur. 403 sayılı mülga TVK'nın 7. maddesinde Türk vatandaşlığını herhangi bir şekilde kaybetmiş olanların sonradan doğmuş reşit çocukları, Türk vatandaşı ile evli olanlar ve bunların reşit çocukları veya Türk vatandaşı ile evlenme kararıyla

---

27 Bkz. Madde gerekçesi Madde 43.

28 Vatandaşlık hukukunun temel prensiplerinden bir tanesi de, kişinin vatandaşlığını terke zorlanmamasıdır. Bkz. Nomer Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, 17. Bası, İstanbul, 2009, s.7; Erdem Bahadır, s.12 vd.

29 Anlaşma için Bkz. RG. 06.01.2000-23928. " Türkiye Cumhuriyeti, talepte bulunan KKTC vatandaşlarının 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu ve ilgili mevzuatın öngördüğü koşullara sahip olmaları halinde Bakanlar Kurulu Kararı ile Türk vatandaşlığına alınarak çifte vatandaşlık statüsüne kavuşturulmalarında öncelikli ve süratlendirilmiş bir yöntem benimseyecektir." Ayrıca bkz. 5901 sayılı TVK madde 47/2.

Türkiye'de yerleşmiş olanlar ile Türk soyundan olanlar ve bunların eşleri, reşit çocukları istisnaî yolla Türk vatandaşlığını kazanabilmekteydi. Oysa 5901 sayılı Kanun, yukarıda sayılan kişilere istisnaî yolla vatandaşlığın kazanılmasından istifade etme imkânı tanımamıştır[30]. 5901 sayılı Kanunun 12. madde hükmüne göre, vatandaşlığa alınması zarurî görülenler ile göçmen olarak kabul edilenler veya Türkiye'ye sanayi tesisleri getiren veya bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, kültürel, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen ve ilgili bakanlıklarca haklarında gerekçeli teklifte bulunulan kişiler ancak istisnaî yolla Türk vatandaşlığını kazanabileceklerdir. 5901 sayılı Kanunun, 403 sayılı Kanuna göre istisnaî yolla Türk vatandaşlığını kazanabilecek kişilerin kapsamını daraltmasının sebebi doktrine göre, Avrupa vatandaşlık Sözleşmesine uyum sağlanmak istenmesinden kaynaklanmaktadır[31].

E. 403 sayılı Kanunda, evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen kişinin, Türk vatandaşı olan eşinin başvurudan sonra ölmesi durumunda vatandaşlığa alınma başvurusunun akıbetinin ne olacağı belirsiz bırakılmıştı. 5901 sayılı Kanunun 16. maddesinin 2.fıkrası[32] bu duruma açıklık getirerek Türk vatandaşı ile evli olan ve bu evlilik sebebiyle Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen kişinin, Türk vatandaşı olan eşinin ölümü nedeniyle evliliğinin sona ermesi halinde; aile birliği içinde yaşama şartı aranmaksızın, İçişleri Bakanlığının kararı[33] ile Türk vatandaşlığını kazanabileceğini düzenlemiştir. Kanun sağ kalan yabancı eşe, Türk vatandaşlığını kazanabilme hakkını sadece eşinin ölümünün gerçekleşmesinden önce yapılan başvurular için tanımaktadır. Oysa kanaatimizce üç yıl evlilik birliği içinde yaşamış yabancı eş hiç başvuruda bulunmamış olsa dahi, Türk vatandaşı eşinin ölümünden sonra TVK. 16. madde hükmünden istifade edebilmelidir. Ancak burada bir ayrım yapılmak gerekir. Evlenme yolu ile Türk vatandaşlığını kazanmak için yapılacak başvuru tarihinden önce evlilik şayet, boşanma veya gaipliğe bağlı olarak evliliğin feshi sebepleriyle sona ermiş ise devam eden evlilik şartı gerçekleşmeyeceğinden madde hükmünden istifade edebilme imkânı sağ kalan eşe tanınamaz. Buna mukabil üç yıl geçtikten sonra vatandaşlığı kazanmak için müracaat etmeden önce evliliğin ölüm sebebiyle sona ermesi halinde, yabancı eşin hiçbir şekilde evlenmeye bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanamaması doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir[34].

---

30 Bkz. Madde 12 hükmü.

31 Tiryakioğlu Bilgin, Türk Vatandaşlık Kanunu Tasarısına Göre Vatandaşlığın Yetkili Makam Kararıyla Kazanılması, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu, Doğan Vahit,Tanrıbilir Bilge Feriha, Şit Banu, Ankara, 2008, s.84.

32 Bkz. Madde 16/2. "Başvurudan sonra Türk vatandaşı eşin ölümü nedeniyle evliliğin sona ermesi halinde aile birliği içinde yaşama şartı uygulanmaz."

33 Bkz. TVK madde 19/1.

34 Doğan Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, 10. Bası, Ankara, 2010, s.92.

F. 5901 sayılı TVK, mülga 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'ndan farklı olarak Türk vatandaşı kadına evlenme yoluyla Türk vatandaşlığından ayrılma hakkını[35] tanımadığı gibi; önceden Türk vatandaşı olan boşanmış veya dul kalmış yabancı eşe de seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığını yeniden geri kazanabilme hakkını[36] tanımamıştır.

Seçme hakkının kullanılmasına bağlı olarak Türk vatandaşlığının kazanılması işlemlerinde yetkili makam Kanunda belirtilmeyip, Yönetmelikte[37] belirtilmiştir. Yönetmeliğin 35. maddesinin 9.fıkrasında, seçme hakkını kullanan kişilerin, İçişleri Bakanlığının kararı ile Türk vatandaşlığını kazanabilecekleri belirtilmiştir. İçişleri Bakanlığının kararı, doktrin[38] tarafından tespit kararı olarak kabul edilmektedir. Zira seçme hakkı ile Türk vatandaşlığının kazanılması, ilgilinin talebine bağlı fakat yetkili makamın kabulüne ihtiyaç göstermeyen bir vatandaşlık kazanma halidir. Nitekim 22. maddenin[39] 1. fıkra hükmü de açıkça bu hususu dile getirmektedir.

Oysa kanunun 21. madde[40] metni seçme hakkı yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında sanki yetkili makamın takdir hakkının varlığını işaret eder gibi düzenlenmiştir. Kanaatimizce anlamı daha net ifade edebilmek için 5901 sayılı TVK.'nın 21. maddesinde geçen "kazanabilirler" yüklemini "kazanırlar" olarak algılamak ve değiştirmek gereklidir.

G. 5901 sayılı TVK ile getirilen diğer bir yenilikte "Vatandaşlık Başvuru İnceleme Komisyonu"dur. Komisyon sadece 11. madde kapsamına giren vatandaşlık başvuruları ile evlenme yoluyla Türk vatandaşlığın kazanılması hallerinde yetkilidir[41]. Komisyonun görevi sadece kendi yetki sınırları içinde kalan başvurularla ilgili dosya hazırlamak, varsa eksikleri tamamlatmak ve hazırladığı dosyayı İçişleri Bakanlığına göndermekle sınırlı olmalıdır[42].

---

35 403 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu madde 28.

36 403 sayılı mülga Türk vatandaşlığı kanunu madde 19.

37 Türk Vatandaşlığı Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik. RG. 06.04.2010-27544.

38 Nomer Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, 18. Bası, s.111; Doğan Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, 9. Bası, Ankara, 2009, s.102; Erdem Bahadır, s.176.

39 TVK. madde 22/f1." Seçme hakkı ile Türk vatandaşlığının kazanılması, bu hakkın kullanılmasına dair şartların tespitine ilişkin karar tarihinden itibaren hüküm ifade eder".

40 "27 nci madde uyarınca ana veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybeden çocuklar ergin olmalarından itibaren üç yıl içinde seçme hakkını kullanmak suretiyle Türk vatandaşlığını kazanabilirler."

41 Bkz. TVK madde 18.

42 Erten Rıfat, 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununa Göre Türk Vatandaşlığının Kazanılması, Prof.Dr. Fırat Öztan'a Armağan Cilt I, 2010, s. 946.

Komisyonun görevi, Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 19. maddesinde sayılmıştır. Komisyonun görevleri arasında yabancının soy durumunu araştırmak da vardır. Komisyon, kişinin, Türk kültürüne yakınlığını, örf adet birlikteliğini, hangi bölgeden geldiğini, ana babasının soy durumunu esas alarak soy araştırması yapar. Bu araştırma neticesinde kişinin "Türk Soylu", "Yabancı Soylu" veya "Soyu Tespit Edilemeyen" olduğu kanaatine varır[43].

Komisyon'un yönetmelikten doğan soy araştırması yapabilme yetkisi, doktrinde[44] haklı olarak eleştirilmiştir. Zira Kanunda yer almayan bir yetkinin, yönetmelik ile Komisyona verilmesi doğru değildir. Ayrıca İskan Kanunu[45] gereği kimlerin Türk soyundan olduğu, ilgili bakanlıkların görüşü alınarak, Dışişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca belirlenmektedir.

Kanaatimizce Komisyonun yapacağı soy araştırma görevi sadece Geçici 1. madde hükmü ile sınırlı tutulmalıdır. Şu halde Komisyon kişinin, 11. madde kapsamından istifade ederek Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen Türk soylulardan olup olmadığını araştırmakla yetinmelidir. Komisyon, bunun dışında kalan kişiler bakımından soy araştırması yapmamalı veya yaptırmamalıdır.

II. Kanunun Sistematiği Üzerine Eleştirilerimiz

Vatandaşlık hukuku ile ilgili temel kanun olan 403 sayılı Türk vatandaşlığı Kanunu, yürürlüğe girdiği 22.05.1964 tarihinden itibaren önemli değişikliklere maruz kalmıştır[46]. Zamanın şartlarının dayatması ve güncel ihtiyaçlara cevap verebilme niyetiyle yapılan ilgili değişiklikler kanunun sistematiğini istemeksizin bozmuştur. 5901 sayılı TVK, bozulan kanun sistematiğini hukuk ilkelerine uygun şekilde yeniden düzenleme iddiasını da taşımaktadır[47]. Ancak kanun sistematiğine bakıldığında madde hükümlerin-

---

43 Yönetmelik madde 19/2.

44 Nomer Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, 18. Bası, s. 105.

45 Bkz. 5543 sayılı ve 19.09.2006 tarihli Kanun md.7. RG. 26.09.2006-26301.

46 Değişiklik yapan Kanunlar için Bkz.13.02.1981 tarihli 2883 sayılı Kanun, 20.04.1989 tarihli 3540 sayılı Kanun, 27.05.1992 tarihli 3808 sayılı Kanun, 07.06.1995 tarihli 4112 sayılı Kanun, 28.05.2003 tarihli 4862 sayılı Kanun, 04.06.2003 tarihli 4866 sayılı Kanun, 29.06.2004 tarihli 5203 sayılı Kanun.

47 Bkz. 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun Tasarısı ve Genel Gerekçesi (http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0458.pdf) 04.04.2011 tarihi itibariyle. Kanun gerekçesinde belirtilen amaçlardan bir diğeri de, 5901 sayılı Kanunun, Türk Medeni Kanunun hükümlerine ve Anayasa'nın 66. maddesinde yapılan değişikliğe uyumlaştırılmasıdır.

den bazılarının konuyla ilgili başlıklar altında yer alabilecekken, bağımsız başlıklar altında düzenlendiği görülmektedir.

A. 5901 sayılı TVK'nın kullandığı kavramların, Türk Medenî Kanununun kullandığı kavramlar ile tam olarak uyumlu olduğunu söyleyemeyiz. Zira 5901 sayılı Kanunun 20. maddesinde "mutad mesken" terimi kullanılmıştır. Mutad mesken teriminin ne anlama geldiği ise ilgili Yönetmelikte tanımlanmıştır. Yönetmeliğin tanımlar başlığını taşıyan 3. maddesinin (m) bendinde, mutad mesken kavramı, kişinin yerleşim yeri olarak ifade edilmiştir. Oysa "yerleşim yeri" kavramı 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 19. maddesinde, "kişinin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer" olarak tanımlanmıştır. Hâl böyle olunca, mutad mesken ile yerleşim yeri kavramları hatalı olarak birbirleriyle aynı anlamda kullanılmıştır. Ayrıca mutad mesken kavramı, Türk hukukunda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunun 84. maddesinin gerekçesinde "kişinin tüm hayat ilişkilerinin yoğunlaştığı alan" olarak da ifade edilmiştir.

B. 5901 sayılı Kanunun 14. maddesi Türk vatandaşlığını ikamet şartına bağlı olmaksızın yeniden kazanılabilmesini düzenlemektedir. Keza "Çeşitli Hükümler" başlığı altında yer alan 43. madde hükmü de kimi yabancılar için ikamet şartı aramaksızın Türk vatandaşlığının kazanılabileceğini öngörmektedir. Kanaatimizce vatandaşlığın kazanılması konusunda yetkili makam bakımından da (Bakanlar Kurulu) farklılık öngörmeyen 43. madde hükmü, 14. madde hükmünün altında ayrı bir fıkra hükmü olarak düzenlenmiş olunsaydı kanun sistematiği açısından daha yerinde olurdu.

C. Bunun yanında 5901 sayılı kanunda Türk soylu yabancıların[48] durumu, Geçici 1. maddede düzenlenmiştir. Madde hükmünden anlaşıldığı üzere Türk soylu yabancılar 11. madde hükmünde sayılan şartları taşımak koşuluyla Türk vatandaşlığını yetkili makam kararı ile kazanabileceklerdir. Oysa mülga 403 sayılı kanunun sistematiğini düzeltme iddiası taşıyan 5901 sayılı Kanun, Türk soyluların durumunun düzenlendiği 5543 sayılı İskan Kanunundan farklı şartlar ihtiva etmektedir. İskan Kanununa[49] göre Türk soyundan olan ve Türk kültürüne bağlı olup yerleşmek maksadıyla Türkiye'ye gelen muhacirlerden, göçmen belgesi alanlar iki yıl içinde talepte bulunmaları koşuluyla Bakanlar Kurulu kararıyla Türk vatandaşlığını kazanabileceklerdir[50]. Buna karşılık 5901 sayılı kanunda, Türkiye'de yerleşmeye karar verdiklerini davranışlarıyla teyit eden Türk soylu yabancılar ancak TVK.'nın 11. madde hükmünde aranan diğer yedi şartı ve takdire bağlı olan

---

48 Türk Vatandaşlığı Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 3. maddesinin (g) bendinde "göçmen"in tanımı yapılmıştır.

49 5543 Sayılı İskân Kanunu RG. 26.09.2006-26301.

50 İskân Kanunu madde 8/4.

ilave koşulu[51] yerine getirmek kaydıyla Türk vatandaşlığını kazanabileceklerdir. Münhasıran Türk Vatandaşlığının kazanılması ve kaybını düzenleyen 5901 sayılı Türk vatandaşlığı Kanunun, 5543 sayılı İskân Kanunu ile uyumlu olması gerektiği kanaatindeyiz. Zira Türk soylu yabancıların hangi şartlara tabi tutularak Türk vatandaşlığının kazanılacağının kimi zaman tereddütlere yol açabileceğini düşünüyoruz. Her ne kadar İskân Kanunu özel bir kanun olsa da, Türk soylu yabancılardan Türkiye'de yerleşme niyeti taşıyanların Türk vatandaşlığının kazanılması hususunda sonraki tarihli ve yeni bir kanun olan 5901 sayılı Kanun hükümlerine tabii olabileceği de iddia edilebilir[52]. 5901 sayılı TVK'nın yürürlüğe girdiği tarihte geçici 1. madde hükmü uygulama alanı bulmaktaydı. Madde hükmüne göre, Türk soylu yabancılar için ikamet şartı 31.12.2010 tarihine kadar beş yıl yerine iki yıl olarak uygulanacaktı. Anılan tarih geçmiş olsa dahi bu süre içinde Türk vatandaşlığını kazanmak için başvuruda bulunmuş olan Türk soylu yabancıların hangi kanuna tabi tutulduklarının karışıklıklara sebebiyet vermiş olabileceği kanaatindeyiz.

Bunun yanında İskân Kanununun, 5901 sayılı TVK'dan farklı olarak Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen Türk soylu yabancılar için aynı zamanda Türk kültürüne bağlı olma şartını aradığına da dikkat edilmelidir[53].

403 sayılı Mülga Kanunda Türk soylu yabancılar, istisnaî yolla Türk vatandaşlığını kazanabilmekteydiler. 5901 sayılı Kanun ise farklı olarak Türk soylu yabancıların 11. maddede öngörülen şartların yerine getirilmesi şartıyla genel yolla vatandaşlığa alınabileceğini düzenlemiştir.

III. 5901 Sayılı Kanunun Esasına İlişkin Düşünce ve Eleştirilerimiz

A. 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 10. maddesi yetkili makam kararı ile müktesep yolla Türk vatandaşlığının kazanılmasını düzenlemiştir.

---

51 TVK.11/2. "Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılarda, yukarıda sayılan şartlarla birlikte, taşıdıkları devlet vatandaşlığından çıkma şartı da aranabilir. Bu takdirin kullanılmasına ilişkin esasların tespiti Bakanlar Kurulunun yetkisindedir."

52 Erten Rıfat, s. 933 vd.

53 5543 sayılı İskân Kanunun 5. maddesine göre Türkiye'de yerleşmek isteyen, Türk soyundan gelen ve Türk kültürüne bağlı kişiler münferit göçmen olarak kabul edilmektedir. Anılan kanunun 4. maddesine göre de Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olmayan yabancılar ile Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı bulunup da sınır dışı edilen ve güvenlik bakımından Türkiye'ye gelmeleri uygun görülmeyenler, göçmen olarak kabul edilmemektedir.

Kanunun 11. maddesi ise Türk vatandaşlığının kazanılması için aranan şartları düzenlemiştir. Anılan maddenin son fıkrasına göre Bakanlar Kurulunun takdirine bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancıdan, taşıdığı devlet vatandaşlığından çıkması bir şart olarak aranabilecektir. Kanaatimizce kanunda aranan bu şart yerinde bir düzenleme olmamıştır. Zira Kanunun 44. maddesinde çok vatandaşlık prensip olarak kabul edilmiş iken, Türk vatandaşlığının kazanılmasında bir nevi tek vatandaşlık prensibinin aranması isabetli olmamıştır. Kaldı ki, Türk vatandaşlığını kazanmak için taşıdığı yabancı devlet vatandaşlığını terk eden kişi, Türk vatandaşlığına alındıktan sonra terk ettiği veya bırakmak zorunda kaldığı vatandaşlığı tekrardan kazandığında bu hususun Türk vatandaşlığına herhangi olumsuz bir etkisi olmayacağı gibi, herhangi bir yaptırımı da bulunmamaktadır. Böyle bir ihtimalde 44. madde gereğince kişinin nüfus ve aile kütüğüne "çok vatandaşlığa sahip" olduğuna dair kayıt düşmekle yetinilecektir. Bundan başka kimi ülke hukuklarında "vatandaşlıktan izinle çıkma" için belli bir yaş şartı öngörülmüş olabilir. Nitekim İran hukukunda doğumla kazanılan vatandaşlıktan izinle çıkmak için kişinin yirmi beş yaşından gün almış olması gereklidir[54]. Şu halde yirmi beş yaşından gün almamış (söz gelimi başvuru tarihinde yirmi yaşında olan) bir İran vatandaşı hakkında Bakanlar Kurulunca taşıdığı vatandaşlıktan çıkması talep edildiğinde bu talep kişinin iradesi dışında belli bir süre için yerine getirilememiş olacaktır.

B. Kanunun Türk vatandaşlığının kazanılmasında yabancı devletin müdahalesine imkân tanımıştır. Vatandaşlık hukukundaki temel prensip, vatandaşlığın kazanılması ve kaybı hususunda münhasıran ilgili devletin bizzat kendisinin tek başına yetkili olmasıdır. Vatandaşlığın kazanılması veya kaybı hallerinde yabancı bir devletin egemenlik sahasına girerek onun müdahalesini beklemek veya müdahalesine izin vermek doğru değildir. Yabancı devletin müdahalesine imkân tanıyan bir durum Kanunun 20. maddesinde düzenlenmiştir. Kanunun 20. maddesinin 2.fıkrası çocuklar bakımından yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılmasının geçerliliği ve sonuçlarını düzenlemektedir. Çocukların, yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığını kazanan anne veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanabilmeleri için iki şartın birlikte yerine getirilmiş olması gereklidir. Bunlardan ilki çocuk ile Türk vatandaşlığını kazanan veli veya vasisi arasında geçerli bir velâyet veya vesayet ilişkisinin bulunması, ikincisi ise diğer (yabancı) eşin çocuğun Türk vatandaşlığını kazanmasına muvafakat vermesidir. Muvafakatin verilmemesi halinde, ana veya babanın

---

[54] İran İslam Cumhuriyeti Medeni Kanunun 988. madde hükmüne göre, İran vatandaşı kişi 25 yaşından gün almadıkça izinle İran vatandaşlığından çıkamaz. Keza askerlik mükellefiyetini tamamlamamış kişi de izinle vatandaşlıktan çıkamaz. Bkz. http://iranianembassy.nl/en/consular.php?content=241 (Mayıs 2011).

mutad meskeninin bulunduğu yer[55] mahkemesi, çocuğun Türk vatandaşlığını kazanıp kazanmayacağına ilişkin muvafakat ihtilâfı hakkında karar verecektir[56].[57] Bu aşamada yabancı mahkemenin, çocuğun menfaatini dikkate alması gerekmektedir[58]. Çocuğun menfaati dikkate alınırken, yaşı, hangi ülkede eğitimine devam edeceği veya ettiği, yaşam merkezinin hangi ülke olduğunun dikkate alınması gerekir.

Söz konusu muvafakatin alınmaması/verilmemesi halinde çocuğun Türk vatandaşlığını kazanma hususunda menfaatinin bulunup bulunmadığının takdiri anne veya babanın mutad meskeni mahkemelerine bırakılmıştır. Çocuğun vatandaşlık kazanabilmesi hususunda diğer eşin, muvafakat vermemesi, bir ihtilâf konusu yapıldığında, yetkili mahkemenin kararı, "muvafakat" yerine geçecektir. Madde hükmünde geçen söz konusu yetkilendirme milletlerarası yetki hukuku prensiplerine aykırıdır[59]. Keza bu türden bir yetkilendirmenin önemli sonuçları da bulunmaktadır[60]. Türk milletlerarası usul hukukunda, milletlerarası derdestlik sınırlı hallerde[61] kabul edilmektedir. Kanaatimizce muvafakat verilmemesinden doğan ihtilâf, kişi hallerine ilişkin değildir. Şu halde mutad meskeni yabancı ülkede bulunan Türk eşin muvafakat ihtilâfına ilişkin yetkili yabancı mahkemede açtığı davanın, mutad meskeni[62] Türkiye'de olan eşin Türk mahkemesinde aynı konu hakkında açtığı sonraki davaya derdestlik yönünden herhangi bir etkisi olmayacaktır. Zira söz konusu muvafakat ihtilâfı anne veya baba Türk vatandaşı

---

55 TVK yönetmeliği madde 3/m hükmüne göre yorumlanacaktır. Bu konudaki eleştirilerimiz için bkz. dn 43.

56 TVK madde 20/fıkra 2/cümle 3. "Muvafakat verilmemesi halinde ana veya babanın mutad meskeninin bulunduğu ülkedeki hâkim kararına göre işlem yapılır."

57 Türk mahkemesince, muvafakat verilme talebine ilişkin olarak yabancı mahkemenin yetkilendirilmesi doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Bkz. Erten Rıfat, s. 951; Nomer Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, 18. Bası, s. 108; Erdem Bahadır, s.159.

58 Doğan Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, 10. Bası, s.104.

59 Nomer Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, 18. Bası, s. 108.

60 Erten Rıfat, s. 951.

61 Türk milletlerarası usul hukukunda derdestlik için bkz. Nomer Devletler Hususi Hukuku, 18. Bası, Nomer/Şanlı,İstanbul, 2010, s.432-433; Çelikel Aysel /Erdem Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2010, s. 523; Nuray Ekşi, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul, 2000, s.202 vd; Akıncı Ziya, Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik, Ankara, 2002.

62 Türk mahkemeleri, çocuğun Türk vatandaşlığını kazanabilmesine ilişkin muvafakat ihtilaflarında (TVK md.20/2) mutad mesken kavramını, Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına ilişkin Yönetmeliğin 3/m hükmünü esas alarak yorumlayacaktır. Mutad mesken, kişinin yerleşim yeri olarak tanımlanmıştır.

olsa bile kişi hallerine ilişkin değildir. Ayrıca çocuk da Türk vatandaşı olmadığı için MÖHUK madde 41 hükmü uygulama alanı bulmaz.

Şu halde çocuğun Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için aranan muvafakat verilme talebine ilişkin ihtilâflar çocuğun annesinin yabancı ülkedeki mutad meskeni mahkemesinde görülebileceği gibi, babasının yabancı ülkedeki mutad meskeni mahkemesinde de görülebilecektir. Böyle bir ihtimalde, muvafakat ihtilâfıyla ilgili yabancı ülke mahkemelerinden sadır iki ayrı ilâm ortaya çıkabilecektir. Bu iki ilâmın birbiriyle çelişmesi veya aynı sonuca hükmetmesi kuvvetle muhtemeldir. Şayet yabancı ilâmlarda yer alan hükümler birbirleriyle çelişkili ise, bu durumda anne veya babanın mutad meskeni mahkemelerince verilen kararlardan hangisi daha önce verildiği ülke hukukuna göre kesinleşmiş ise o karar Türk mahkemelerince şartları taşıyor ise tanımaya konu olacaktır. Söz konusu kararın tanınmasına engel bir sebep bulunmadıkça, çocuğun Türk vatandaşlığını yetkili makam kararıyla kazanan anne veya babasına bağlı olarak kazanıp kazanamayacağı meselesi, yenilik doğuran karara göre hükme bağlanmış olacaktır. Söz konusu yabancı ilâm, kesin hüküm etkisini ve sonuçlarını, yabancı mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren hüküm ifade edecektir[63].

Şayet muvafakat ihtilâflarına ilişkin iki farklı ilâm aynı tarihlerde kesinleşmiş ve de haklarında tanımaya engel bir sebep görülmemiş ise; ilâmlar arasındaki çelişki yargılamanın iadesi ile giderilecektir[64].

C. Mülga 403 sayılı Türk vatandaşlığı Kanununun 32. maddesi, çıkma izni alarak Türk vatandaşlığından ayrılan anne veya babaya bağlı olarak Türk vatandaşlığından çıkacak on beş yaşından büyük çocuklar için yazılı muvafakatlerinin alınması şartını öngörmüştü. Keza seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılan anne veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığından ayrılmak isteyen on beş yaşından büyük çocukların da, 36.madde gereğince bu işleme muvafakat vermeleri gerekmekteydi. Oysa 5901 sayılı TVK'nın 27.maddesin 2.fıkrası Türk vatandaşlığından izinle çıkan anne veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybedecek olan çocuklar bakımından hiçbir şekilde kendilerinin muvafakatini aramamıştır. Madde hükmüne göre Türk vatandaşlığından izinle çıkan anne veya babanın, çocuğuna ilişkin talepte bulunduğu ve diğer eşin de bu hususa muvafakat ettiği durumlarda, anne veya babasına bağlı olarak çocuk, Türk vatandaşlığını kaybedecektir. Madde hükmünden açıkça anlaşıldığı üzere, sonuçları itibariyle çocuğu doğrudan etkileyecek olan Türk vatandaşlığının kaybı prosedüründe çocuğun muvafakati kesinlikle aranmamıştır. Buna karşılık diğer eşin muvafakati aranmıştır. Eşin söz konusu muvafakati vermemesi ihtimalinde hâkim kararına göre işlem yapılacağı belirtilmiştir.

---

63 5178 sayılı Kanun madde 59.

64 Bkz. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu md.374 vd.

Kanaatimizce vatandaşlığın kaybı gibi önemli bir meselede çocuğun muvafakatının aranmaması, Türkiye'nin de taraf olduğu 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesinin[65] hükümlerine açıkça aykırıdır. Sözleşmenin 12. maddesi,[66] görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını açıkça güvence altına almıştır. Şu halde vatandaşlığın kaybı gibi, çocuğun kendisini doğrudan ilgilendiren ve etkileyen bir konuda, görüşünün alınmayacak olması sözleşmeye imza koyan Türkiye'nin yüklendiği sorumluluklara açıkça aykırıdır.

D. Evlâd edinme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasını düzenleyen 17. madde hükmüne göre, evlâd edinilenin Türk vatandaşlığını karar tarihinden itibaren kazanacağı belirtilmiştir. Ancak bu tarihinin İçişleri Bakanlığının karar tarihi mi yoksa evlâd edinilme tarihi mi olacağı kesin değildir. Doktrinde Nomer[67] ve Erdem[68] mahkeme kararını esas almaktadır. Buna karşılık Doğan[69] TBMM içişleri komisyonundaki görüşmeleri esas alarak, yetkili makam olan İçişleri Bakanlığının kararı ile evlad edinilenin Türk vatandaşlığını kazanabileceğini kabul etmektedir. Kanaatimizce evlâd edinme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılma anını tespit ederken ikili bir ayırım yapmak gerekir. Evlâd edinme işleminin Türkiye'de gerçekleştirilmesi halinde Türk mahkemesinin karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığının kazanıldığının kabul edilmesi gereklidir. Zira TMK'nın 315. maddesinin 1. fıkrası[70] gereği evlâtlık ilişkisi mahkeme kararıyla tesis edilmektedir[71]. Bununla birlikte 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun[72] 29. madde hükmüne göre de evlât edinme kararı mahkeme tarafından on gün içinde o yerin nüfus müdürlüğüne bildirilerek, aile kütüklerine tescili ile birlikte evlât edinilenin kaydı, evlât edinenin aile kütüğüne taşınmaktadır.

---

65 Çocuk Haklarına Dair Sözleşme. Sözleşme metni için Bkz. RG. 27.01.1995-22184.

66 Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır.

67 Nomer Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, 17. Bası, 2009, s. 88.

68 Erdem Bahadır, s.147.

69 Doğan Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, 9. Baskı, s.93.

70 Evlât edinme kararı, evlât edinenin oturma yeri; birlikte evlât edinmede eşlerden birinin oturma yeri mahkemesince verilir. Mahkeme kararıyla birlikte evlâtlık ilişkisi kurulmuş olur.

71 Bkz. Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, madde 105/2. (RG. 23.11.2006-26355.)

72 RG. 29.04.2006-26153.

Yurtdışında gerçekleşen evlât edinmeler bakımından da aynı prensibin söz konusu olduğunu söyleyebiliriz. Bir Türk vatandaşı yabancı ülkede bir yabancıyı evlât edinecek olursa, evlât edinilenin küçük olması, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâlinin bulunmaması koşuluyla, karar tarihinden itibaren yabancı evlatlık Türk vatandaşlığını kazanabilecektir. Kanaatimizce madde hükmünde geçen "karar tarihini" yabancı evlât edinme işlemi hakkında Türk mahkemelerince tanıma kararının verildiği tarih olarak yorumlamamak gerekir. Zira 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 30. maddesinin 2. fıkrası, evlât edinme olaylarına ilişkin yabancı adlî veya idarî makamlarca verilen ve o ülkenin hukukuna göre kesinleşmiş olan veya kesin hüküm gibi sonuç doğuran karar ve belgelerin Türkiye'de icra olunabilmesini, yetkili Türk mahkemesinin tanıma veya tenfiz kararı vermesine bağlamıştır. Bununla birlikte Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin[73] 105. maddesinin 10. fıkrasında da aynı husus tekrarlanmıştır.

Yabancı devlet vatandaşı olan bir küçük, Türk vatandaşı tarafından ister yetkili yabancı makamlar önünde veya isterse Türkiye'de evlât edinilmiş olsun; evlâtlık Türk vatandaşlığını Türk mahkemesinin veya yabancı mahkemenin vereceği evlâd edinme kararından itibaren kazanmış olabilecektir. Zira yabancı ülke mahkemesinin verdiği evlât edinme kararı, yenilik doğuran bir karar olduğundan tanımaya tâbidir. Bu nedenle, MÖHUK madde 59 gereği evlâd edinmeye ilişkin yabancı mahkeme kararı Türkiye'de hüküm ve sonuçlarını yabancı mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren doğuracağından; evlâtlık Türk vatandaşlığını İçişleri Bakanlığının kararı ile belgelendirebilecek(!) olmakla birlikte; geçmişe etkili olarak[74] yabancı mahkeme kararının verildiği andan itibaren evlâtlığın Türk vatandaşı olduğunun kabulü gerekir.

Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 33. maddesinde evlâd edinilme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılma talebine yönelik başvurular hakkında karar almaya İçişleri Bakanlığının yetkili olduğu belirtilmiştir. Ayrıca Yönetmeliğin 32. maddesinin son paragrafında da evlat edinilen ve müracaat tarihinde ergin olan yabancılar hakkında 15. madde hükmünün uygulanacağı düzenlenmiştir. 15. madde hükmü de açıkça İçişleri Bakanlığının kararı ile ergin olan yabancı evlatlıkların Türk vatandaşlığını kazanabileceklerini belirtmiştir.

Kanaatimizce yabancı evlâtlığın Türk vatandaşlığını kazanma anı olarak İçişleri Bakanlığı karar tarihini esas alan Yönetmelik hükmü, gerek TMK'nın 315. maddesine gerekse de MÖHUK'un 59. maddesine aykırıdır.

---

[73] RG. 23.11.2006-26355.

[74] Erdem Bahadır, s. 148.

E. Evlenme ile Türk vatandaşlığının kazanılmasını öngören 16. madde hükmü evlenmenin butlanı halinde çocukların durumunu düzenlememiştir. Her ne kadar burada bir boşluk varmış gibi görünse de TMK madde 156 gereği, mahkeme butlan kararı verinceye kadar, mutlak butlanla batıl olan evlenme, geçerli bir evliliğin hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam edecektir. Bu nedenle mutlak butlanla batıl olan evlenmeden olan çocuklar da Türk vatandaşlığını muhafaza etmeye devam edeceklerdir.

F. 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu[75], 403 sayılı Kanundan[76] farklı olarak Türk vatandaşlığının iptali için bir süre şartı öngörmemiştir. Bu sebeple Türk vatandaşlığını sonradan kazanan yabancının yalan beyanda bulunduğu veya vatandaşlığı kazanmaya esas teşkil eden önemli hususları gizlediği ortaya çıkar ise, hiçbir hak düşürücü süre öngörülmeksizin kişinin sonradan kazandığı Türk vatandaşlığı iptal edilecektir. Ayrıca 403 sayılı TVK'da vatandaşlığın iptali konusunda Bakanlar Kurulu yetkili iken, 5901 sayılı Kanunda bu yetki, vatandaşlığı kazandıran makama bırakılmıştır[77]. Yabancının Türk vatandaşlığını kazanması kararını veren makam aynı zamanda vatandaşlığın iptali bakımından da yetkili kılınmıştır.

5901 sayılı TVK'nın 32. maddesinde "iptal kararının ilgili kişiye bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanan eş hakkında da uygulanacağı" belirtilmiştir. Oysa mevcut kanunda Türk vatandaşlığını kazanan kişiye bağlı olarak eşinin Türk vatandaşlığını kazanabilmesi mümkün değildir. Bu sebeple madde metninde yer alan "eş" kelimesi yürürlükteki kanun bakımından bir anlam ifade etmemektedir[78]. Ne var ki; İskan Kanunu kapsamında münferit göçmenler[79] için böyle bir ihtimal söz konusu olabilir. Aile olmaları itibariyle, Türk soyundan olmayan ve Türk kültürüne bağlı olmayan bir kadın, Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olan kocasına tabi olarak Türk vatandaşlığını kazanabilir.

Mülga 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 15. madde[80] hükmüne istinaden vatansız olan karı, kocasına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanabilmekteydi. Vatansız olan kadın, kocasına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanmış olmakla birlikte sonradan karının Türk vatandaşlığını

---

75 Madde 31 ve 32.

76 Madde 24/2.

77 TVK madde 31, Yönetmelik madde 57.

78 Nomer Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, 18. Bası, s. 136, dn. 113.

79 Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, Türkiye'ye yerleşmek amacıyla bir aile olarak gelenlere denir. Bkz. Madde 3/g.

80 "Vatandaşlığa alınma eşin vatandaşlığına tesir etmez, ancak vatansız kadın, kocasına bağlı olarak Türk vatandaşı olur".

kazandığı tarihte -vatansız olmadığı- bir başka ifade ile yabancı devlet vatandaşlığına sahip olduğu tespit edilir ise, Türk vatandaşlığına alınma kararının iptali[81] söz konusu olabilecektir. İptal kararının verilmesinin belirli bir süre ile sınırlandırılmasının sebebi, vatandaşlığın devamlılığı ilkesinin bir sonucudur[82]. Böyle bir süre şartının kanunda öngörülmemiş olması haklı olarak hukukun genel ilkelerine ve vatandaşlık hukukunun ilkelerine aykırı kabul edilmektedir[83].

Şu halde mülga 403 sayılı TVK'ya göre eşine bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanan evli kadının kocasının, sonradan yalan beyanda bulunduğu veya önemli hususları gizlediği ortaya çıkar ise, Türk vatandaşlığı Bakanlar Kurulunca iptal edilecektir. Böyle bir ihtimalde kocaya bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanan (vatansız) kadının da vatandaşlığı iptal edilecektir. Ancak istisnaî olarak evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanan eş hakkında iptal kararı verilemez[84].

İptal kararının bir süreye tabi olup olmayacağı meselesi tartışmalıdır. Mülga 403 sayılı kanunda vatandaşlığın iptali için beş yıllık bir hak düşürücü süre öngörülmüştür. Buna mukabil, 5901 sayılı TVK'da iptal kararı için herhangi bir süre sınırlaması getirilmemiştir. Gerek 403 sayılı gerekse 5901 sayılı Kanunda, vatandaşlığa alınma kararının iptali cezai mahiyette bir karardır[85]. Nitekim vatandaşlığa alınma kararının iptali ile birlikte malların tasfiyesine de karar verilebilmektedir[86]. Ancak vatandaşlığa alınma kararının iptali ile birlikte malların tasfiyesine ve sınır dışı edilmesine karar verilmiş ise bu karar, kendisine bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanan eş ve çocuklarına uygulanmaz. Zira cezai müeyyide sadece vatandaşlığı iptal edilen kişi için uygulanacaktır. Bunun yanında iptal kararına konu olan Türk vatandaşlığını kazanma işlemine bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanmış eşin de Türk vatandaşlığı iptal edilecek olmakla birlikte eşin malları tasfiye edilmez ve sınır dışı edilmez[87].

---

81 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunun 24. maddesinde "İlgilinin Türk vatandaşlığına alınmasından başlayarak beş yıl geçtikten sonra hakkında iptal kararı verilemeyeceği" düzenlenmiştir.

82 Doğan Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, 9. Baskı, s.121.

83 Erdem Bahadır, s.228.

84 Bkz. Vatandaşlık Kanunu Uygulama Yönetmeliği madde 58/2. RG. 06.04.2010-27544.

85 Vatandaşlığa alına kararının iptali, karar tarihinden itibaren geçerlidir. (TVK Yön. md. 58/1)

86 Bkz. 403 sayılı TVK madde 33/3; 5901 sayılı TVK madde 33/1.

87 Fişek Hicri, Vatandaşlığa Alınmanın İptali, Prof. Dr. Osman Berki'ye Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No 411, Ankara, 1977, s. 388-391.

Söz konusu her iki düzenleme de, cezai müeyyide olduğundan kişi hakkında lehe olan kanunun uygulanması gereklidir[88].

Her ne kadar 5901 sayılı kanunda vatandaşlığın alınma kararının iptali için bir süre şartı öngörülmemiş ise de; mülga 403 sayılı kanunun öngördüğü beş yıllık hak düşürücü sürenin geçtiği hallerde, kocasına veya karısına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanan eş hakkında bundan böyle vatandaşlığa alınma kararının iptaline hükmedilememelidir. Zira yetkili makam tarafından verilecek olan idari bir kararın hiçbir zaman sınırlamasına tabi olmaksızın verilebilmesi hukuk güvenliğini ve kişinin yaşam istikrarını ciddi anlamda zedeleyecektir[89].

Bu aynı zamanda vatandaşlık kanunlarının zaman bakımından uygulanırlığı meselesiyle de ilgilidir. Vatandaşlık kanunlarının zaman itibariyle uygulanmasındaki temel prensip her vakıa veya hukuki hadisenin vuku anında yürürlükte olan kanuna göre hükme bağlanacağıdır[90]. Kişinin Türk vatandaşlığını kaybedip kaybetmediği, kaybında esas alınan maddî vakıa veya hukukî işlemin vukuu tarihindeki Vatandaşlık Kanunlarına göre belirlenir[91]. Bu anlayış Danıştay kararlarında da varlık bulmuştur. Bakanlar Kurulu kararı ile Türk vatandaşlığından çıkarılmış bulunan babanın çocuğu olarak Mısır'da 1942 yılında doğan şahsın, Türk vatandaşı olarak nüfusa tescili talebiyle açılan davada Danıştay, davacının doğduğu tarihte babanın Türk vatandaşı olduğunu dikkate alarak, talebi yerinde bulmuştur[92].

---

88 Lehe kanunun tespitinde 2 temel kriter vardır. Bunlardan ilki 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 9. maddesinde belirtilen husus, diğeri de karma uygulama yasağıdır. 5252 sayılı Kanunun 9. maddesi, lehe kanunun belirlenmesindeki temel düzenlemedir. Kanunun 9. maddesinin 3. fıkrasına göre, lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir. (RG. 13.11.2004 – 25642.) Sözgelimi eylemi suç olmaktan çıkaran, hapis cezası yerine adli yada idari para cezası getiren, suçu zamanaşımına uğratacak şekilde zamanaşımı süresini kısaltan, sonradan meydana gelecek bazı durumların cezaya ve infaza etkisini değiştiren kanun lehe kanundur. Bkz. Otacı Cengiz, Ceza Hukukunda Lehe Kanunun Tespiti ve Bazı Sorunlar, Güncel Hukuk Dergisi, Eylül, 2006.

89 Erdem Bahadır, s.228.

90 Nomer Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, 18. Bası, s.31; Erdem Bahadır, s.24-25.

91 Şanlı Cemal, Vatandaşlık Kanunlarının Zaman İtibariyle Uygulanması ve 403 sayılı Kanunun Geçici 1. Maddesine Göre Sonradan Türk Vatandaşlığını Yitiren Ana-Babanın Çocuklarının Vatandaşlığı, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl 1991, Sayı 10-11-12, s. 810, Uluocak Nihal, Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul, 1989, s.129.

92 Danıştay kararı için bkz. Şanlı Cemal, Vatandaşlık Kanunlarının Zaman İtibariyle Uygulanması ve 403 sayılı Kanunun Geçici 1. Maddesine Göre Sonradan Türk Vatandaşlığını Yitiren Ana-Babanın Çocuklarının Vatandaşlığı, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl 1991, Sayı 10-11-12, s. 811.

Şu halde 13 Haziran 2004 tarihinde yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığını kazanan bir kişinin, 5901 sayılı TVK'nın yürürlüğe girmesinden[93] sonra yalan beyanda bulunduğu veya önemli hususları gizlediği ortaya çıkmış ise bu durumda beş yıl içinde iptal kararının verilmesi gerektiğinden ve de söz konusu süre 13 Haziran 2009 tarihinde dolduğundan kişi hakkında artık vatandaşlığa alınma kararının iptaline hükmedilemez.

G. Mülga 403 sayılı TVK'yı, 5901 sayılı TVK'dan ayıran diğer bir özellik de vatandaşlığın kaybı hallerinde yer almaktadır. 5901 sayılı TVK'da, 403 sayılı Kanundan farklı olarak vatandaşlıktan çıkarma müeyyidesi öngörülmemiştir. 5901 sayılı TVK'nın yürürlüğe girmiş olması çıkarma müeyyidesinin uygulanmasına engeldir. Her ne kadar Türk vatandaşlığının kaybında esas alınan kriter kaybettirme veya çıkarmaya konu olan maddi vakıaların gerçekleştiği tarihin esas alınması ise de 403 sayılı mülga Kanunun yürürlükte bulunduğu süre zarfında kişi hakkında çıkarma müeyyidesinin uygulanabilmesi için idarece karar alınmamış ise artık söz konusu kişi hakkında vatandaşlıktan çıkarma kararı verilemez. Zira çıkarma kararı, niteliği itibariyle yenilik doğuran bir karardır ve prensip olarak yenilik doğuran kararların hukukî sonucu geçmişe etkili değildir[94].

Diğer yandan söz konusu kişi hakkında, ceza hukukundaki lehe kanun uygulaması dikkate alınarak, 5901 sayılı Kanunun öngördüğü kaybettirme müeyyidesi uygulanabilir.

H. 5901 sayılı Kanunun 25. maddesi izinle çıkmanın şartlarını düzenlemektedir. Sayılan şartlardan biri de izinle çıkmak isteyen kişi hakkında malî ve cezaî tahdidin bulunmamasıdır. Maddenin (ç) fıkrasında yer alan malî ve cezaî sınırlama ibaresindeki "ve" sözcüğünün "veya" biçimde anlaşılması hükmün konuluş amacına kanaatimizce de daha iyi hizmet edecektir[95].

I. TVK'nın 43. madde kapsamına giren kişiler bakımından, Türk vatandaşlığının kazanılması konusunda şartların varlığına Bakanlar Kurulu karar verecektir. Ancak Yönetmeliğin 35. maddesinin 8. fıkrası kanundan farklı olarak İçişleri Bakanlığının teklifini aramıştır. Oysa bu durum kanunun 43. maddesine aykırıdır. Zira Anayasanın 66. maddesinin 3. fıkrası vatandaşlığın ancak kanunda gösterilen şartlarla kazanılabileceğini düzenlediği için, Yönetmelik ile kanunda öngörülmeyen usulü bir şart getirilemez.

---

93 5901 sayılı TVK madde 48 gereği 12.06.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

94 Oğuzman Kemal/ Barlas Nami, Medenî Hukuk, 12. Bası, İstanbul, 2005, s.223.

95 Sargın Fügen, Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda Değişiklik Yapan 2003 Tarihli ve 4686 Sayılı Kanun Kapsamında Bir Değerlendirme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 53 Sayı 1, 2004, s.45. Özellikle malî ve cezaî tahdidden ne anlaşılması gerektiği için bkz. Sargın Fügen, s.46 vd.

Normlar hiyerarşisi içinde yönetmelik, kanuna aykırı olamaz. Bu şartın aranması vatandaşlığın kazanılması prosedüründe bürokrasinin artmasına ve yönetmelikle getirilen makamın takdirine sebebiyet verecektir. Zira İçişleri Bakanlığı'nın teklifi aranmakla, idari işlem iki basamaklı hale getirilmiş olunmaktadır. İçişleri Bakanlığı'nın ne kadar süre içinde teklifi Bakanlar Kurulu'na ileteceği belli değildir. Ayrıca İçişleri Bakanlığının teklifi ön işlem olduğundan, kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem niteliğinde olmadığından müstakil bir idari davaya da konu olamayacaktır[96]. 5901 sayılı Kanunda İçişleri Bakanlığı'nın yetkilerinin genişletildiğini görmekteyiz.

IV. Sonuç

5901 sayılı TVK, 403 sayılı Kanunun bozulan sistematiğini düzeltme gayesi taşımış olsa da, bu amacını tam anlamıyla gerçekleştirmediği kanaatindeyiz. Zira vatandaşlığın kazanılması konusunda yetkili makam bakımından farklılık gözetmeyen 43. madde hükmü, 14. madde hükmünün altında ayrı bir fıkra olarak düzenlenmiş olunsaydı kanun sistematiği açısından daha yerinde olurdu.

5901 sayılı Kanun, 403 sayılı Kanunun öngördüğü kadın erkek eşitsizliğini vatandaşlık hukuku bakımından dikkate değer ölçüde ortadan kaldırmıştır. Ancak kanaatimizce söz konusu eşitsizlik izinle Türk vatandaşlığından çıkma hallerinde oldukça sınırlı olarak devam etmektedir.

Bununla birlikte 5901 sayılı kanunun KKTC vatandaşları için getirdiği düzenleme kanaatimizce doğum yeri esasına dayalı bir ayrımcılık yaratmaktadır. Bunun yanında söz konusu düzenlemenin, Türkiye ile KKTC arasında yürürlükte bulunan İki Ülke Vatandaşlarına İlave Kolaylıklar Tanınmasına İlişkin Anlaşma hükmüne de aykırı olduğunu düşünmekteyiz. Zira çifte vatandaşlığa imkân tanıyan söz konusu anlaşma'nın 1. maddesinde KKTC vatandaşları arasında doğum yeri esasına göre herhangi bir ayrım yapılmamıştır.

5901 sayılı TVK'nın 27. maddesinin 2. fıkra hükmü, Türk vatandaşlığından izinle çıkan anne veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybedecek olan çocuklar bakımından, kendi görüş ve rızalarının alınmasını hiçbir şekilde aramamıştır. Kanaatimizce vatandaşlığın kaybı gibi önemli bir meselede çocuğun rızasının veya görüşünün aranmaması, Türkiye'nin de taraf olduğu 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesine açıkça aykırıdır.

5901 sayılı TVK'da "Vatandaşlık Başvuru İnceleme Komisyonu" tesis edilmiştir. Komisyon sadece 11. madde kapsamına giren vatandaşlık baş-

---

[96] Nomer Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, 18. Bası, s. 159, dn. 150.

vuruları ile evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması hallerinde yetkili kılınmıştır. Kanaatimizce Yönetmelikle Komisyona yüklenen soy araştırma görevi, sadece Geçici 1. madde kapsamına giren hallerle sınırlı tutulmalıdır.

Kanaatimizce yabancı evlatlığın Türk vatandaşlığını kazanma anı olarak İçişleri Bakanlığı karar tarihini esas alan Yönetmelik hükmü, gerek TMK'nın 315. maddesine gerekse de MÖHUK'un 59. maddesine aykırıdır.

Kanaatimizce 5901 sayılı TVK'nın 21. madde metni seçme hakkı yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında sanki yetkili makamın takdir hakkı varmış gibi bir ifadeye sahiptir. Oysa anlamı daha net ifade edebilmek için madde hükmünde geçen "kazanabilirler" yükleminin "kazanırlar" olarak değiştirilmesi yerinde olacaktır.

Milletlerarası Özel Hukukta Vesayet

*Cemile DEMİR GÖKYAYLA**

Giriş

Bu çalışmanın konusu, milletlerarası özel hukukta vesayet hukukunun, uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ve vesayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınmaları açısından incelenmesidir.

Yabancı unsurlu vesayet ilişkilerine uygulanacak hukuk 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK) 10. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin kenar başlığı, vesayet, kısıtlılık ve kayyımlıktır. Kısıtlılık kararı sonucunda vasi atanmaktadır. Bu itibarla çalışmamızda iki konu bir arada ele alınacaktır. Kayyımlık ise çalışmamızın kapsamı dikkate alınarak bu çalışmada incelenmeyecektir.

Vesayete ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, Medenî Kanun (MK) ve MÖHUK hükümleri dikkate alınarak incelenecektir. Yine, vesayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'de hüküm ve sonuç doğurmalarının mümkün olup olmadığı, konuyla ilgili Yargıtay kararları ile birlikte incelenecektir.

Son olarak, Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesi çerçevesinde küçüklerin korunması için vesayete ilişkin kararlar alınması üzerinde durulacaktır.

I. Dar Anlamda Vesayet

Türk hukukunda iki hâlde vesayet kararı verilmektedir. Bunlardan ilki velayet altında olmayan küçükler hakkında vesayet kararı verilmesi hâlidir. Velayet altında bulunmayan her küçüğe vasi atanır (MK.m.404/I)[1].

---

* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

[1] **Dural, M./Öğüz, T./Gümüş, M.A**: Türk Özel Hukuku Aile Hukuku, C. III, İstanbul 2010, s. 378; **Akıntürk**, **Turgut:** Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C. II, İstanbul 2006, 10. Bası, s. 481.

Vesayet kararı getiren, diğer ihtimal ise kısıtlamadır. Kısıtlama, ergin olan ve velâyet altında olmayan bir kişinin fiil ehliyetinin doğrudan ve öncelikli olarak kendisinin ve dolaylı olarak da başkalarının hukuksal koruma ihtiyacı nedeniyle ve kanunda yer alan sebeplere dayanarak mahkeme kararıyla sınırlandırılmasıdır[2]. Kısıtlama kararı üzerine, kısıtlanan kişiye vasi atanır ve kısıtlanan kişininehliyeti sınırlanır[3].

II. Vesayete Uygulanacak Hukuk

A. Genel Olarak

MÖHUK'un 10. maddesinin birinci fıkrasına göre,vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri, hakkında vesayet veya kısıtlılık kararının verilmesi veya sona erdirilmesi istenen kişinin millî hukukuna tâbidir[4].

Bir kişinin kısıtlanması ve vasi atanması şahsi statüsü bakımından son derece önemli bir tasarruf olarak değerlendirilmiş ve ilgilinin millî hukukuna tâbi tutulmuştur[5]. Zira vesayet ve kısıtlılık, kişinin fiil ehliyetini etkilemektedir[6].

Kanun koyucunun, bağlama noktası olarak milli hukuku seçmesi milletlerarası özel hukuk menfaatlerine uygundur. Zira vesayet kararı verilmesi ve kaldırılması, kişisel menfaat ile yakından ilgilidir ve bu nedenle vesayet altına alınanın hukuku uygulanmalıdır[7]. Kişinin hukuku alanında bağlama noktaları, kişinin milli hukuku, yerleşim yeri veya mutad mesken hukuku olabilir. MÖHUK, kişinin milli hukukunu tercih etmiştir[8]. Yurt dışında yaşayan çok sayıda Türk vatandaşı ve birisi Türk vatandaşlığı olmak üzere çifte vatandaş bulunmaktadır (MÖHUK.m.4). Bu itibarla, bağlama noktası olarak milli hukukun yerleşim yeri ve mutad mesken hukukuna tercih edilmesi doğru bir seçim olmuştur.

---

2 **Dural/Öğüz/Gümüş**, C. III, s. 385.

3 **Dural/Öğüz/Gümüş**, C. III, s. 378.

4 Y. 2. HD., 10.3.2000 t. 1206/3123 (Karar metni için bkz.: **Ekşi**, **Nuray:** Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, İstanbul, 2007, s. 21-22; **Ruhi**, **Ahmet Cemal**: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, 2. Baskı, Ankara 2008, (MÖHUK), s. 110)

5 Madde Gerekçesi (Maddenin gerekçesi için bkz. **Ruhi**, MÖHUK, s. 107).

6 **Nomer, E./Şanlı**, C.: Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2009, s. 284; **Çelikel, A./ Erdem, B.**: Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, İstanbul 2010, s. 209.

7 **Tekinalp**, **Gülören**: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 10. Bası, İstanbul 2010, s. 234.

8 **Çelikel/Erdem**, İstanbul 2010, s. 209.

B. İstisnai Bağlama Kuralı

MÖHUK'un 10. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yabancının millî hukukuna göre vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi mümkün olmayan hâllerde bu kişinin mutad meskeni Türkiye'de ise Türk hukukuna göre vesayet veya kısıtlılık kararı verilebilir veya kaldırılabilir.

Bu fıkra, mutad meskeni Türkiye'de olan bir yabancı hakkında Türk mahkemelerinde yetkili hukuka göre vesayet veya kısıtlılık kararı alınamaması hâlinde Türk hukukunun uygulanabilmesini öngörmektedir.

Bu istisna kuralın amacı, Türkiye'de yaşayan bir yabancı hakkında Türk hukukunda sayılan sebeplerle vesayet kararı verilmesi gerekmesine rağmen yetkili milli hukuka göre bu durumun bir vesayet altına alma sebebi olmamasıdır. Bu durumda Türk hukuku uygulanmakta ve yabancı hakkında Türk hukukuna göre vesayet kararı verilebilmektedir.

MÖHUK'un 10. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesinde ya da kaldırılmasında Türk hukukunun uygulanması bir zorunluluk değildir. Sadece bir imkândır[9].

Bu şekilde bir istisna kuralın getirilmesinin nedeni, vesayet müessesinin kişinin korunmasıyla olduğu kadar, kamu düzenin korunmasıyla da yakından ilgili olmasıdır[10].

Türkiye'de yaşayan ve milli hukukuna göre hakkında kısıtlama kararı verilemeyen bir yabancının durumu Yargıtay'ın 1944 tarihli kararına konu olmuştur ve soruna atıf teorisinin uygulanması yoluyla çözüm bulunmuştur. Karara konu olan olayda, Türkiye'de ikamet eden bir İngiliz vatandaşı hakkında akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlılık kararı verilmesi talep edilmiştir. Ancak ilgilinin milli hukuku olan İngiliz hukukuna göre akıl zayıflığı bir kısıtlılık sebebi olmadığı için talep reddedilmiştir. Yargıtay, yerel mahkeme kararını, İngiliz kanunlar ihtilafı kuralları gereğince ilgilinin ikamet ettiği yer hukukunun yetkili olması itibariyle Türk hukukunun uygulanması gerektiği gerekçesiyle bozmuştur. Yargıtay atıf müessesi ile ilgili hakkında kısıtlılık kararı verilmesini temin etmiştir[11].

MÖHUK'un 10. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesine göre, kişinin zorunlu olarak Türkiye'de bulunduğu hâllerde de Türk hukuku uygulanır[12].

---

9 **Uluocak**, **Nihal**: Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1987, s. 29; **Çelikel/Erdem**, İstanbul 2010, s. 210.

10 Madde Gerekçesi (**Ruhi**, MÖHUK, s. 107).

11 Temyiz M. 2. H. 1.1.1944 t. K. 460 (**Berki/Ergüney**: Yabancılar Hukuku ve Kanunlar İhtilafı ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları, Ankara 1963, s. 105-107).

12 Bu madde Adalet Bakanlığının verilerine göre uygulamadaki ihtiyacın giderilme-

Bu cümle uyarınca, bir yabancı zorunlu olarak Türkiye'de bulunuyorsa Türk hukukuna göre vesayet altına alınabilir. Bu madde uyarınca hâkimin Türk hukukunu uygulayıp uygulamama konusunda bir takdir hakkı bulunmamaktadır; hâkim Türk hukukunu uygulamak zorundadır[13]. Özellikle, cezaevinde bulunduğu veya hasta olduğu için Türkiye'yi terk edemeyen yabancılar hakkında bu hüküm uygulama alanı bulabilir[14].

Türk hukukunda dar anlamda vesayeti gerektiren haller, velayet altında olmayan küçükler ve kısıtlamadır. Kısıtlama sebepleri kanunda sınırlayıcı olarak sayılmıştır[15]. Buna göre kısıtlama kararı alınmasını gerektiren hâller, akıl hastalığı ve akıl zayıflığı (MK.m.405); savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim (MK.m.406); özgürlüğü bağlayıcı ceza (MK.m.407)[16]; yaşlılık, sakatlık, deneyimsizlik veya ağır hastalık sebebiyle kısıtlama talebidir (MK.m.408).

C. Kuralın Uygulama Alanı

Vesayet hukuku alanında, yetki ve uygulanacak hukuk birbirleri ile sıkı ilişki içindedir. Vesayet makamlarının görev ve yetkileri, uygulanacak hukuk bakımından kendisine özgü düzenlemeler gerektirmektedir[17].

İlgilinin milli hukuku, sadece kimlerin hangi sebeplerle vesayet altına alınacağına ve hangi hallerde vesayetin sona ereceğine uygulanır[18].

---

si amacıyla 5718 sayılı MÖHUK'ta ilk defa yer almıştır (**Tekinalp**, İstanbul 2010, s. 234).

13 **Çelikel/Erdem**, İstanbul 2010, s. 210.

14 **Aybay/Dardağan**: Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, İstanbul 2008, s. 191; **Nomer/Şanlı**, İstanbul 2009, s. 285; **Çelikel/Erdem**, İstanbul 2010, s. 211; **Tekinalp**, İstanbul 2010, s. 234.

15 **Dural/Öğüz/Gümüş**, C. III, s. 379; **Akıntürk**, İstanbul 2006, s. 493.

16 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, iki kararında yurt dışında cezaevinde mahkûm davalılar hakkında, Türkiye'de açılmış davalar devam ederken, Türk mahkemelerinde kısıtlılık kararı alınıp, vasi atanması ve davaya o şekilde devam edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Kararlarda davalının, yurtdışında mahkûm olarak cezaevinde bulunup bulunmadığının, cezasının süresinin, tahliyeye hak kazanacağı tarihin ve o devlet mahkemelerinde haklarında bir kısıtlılık kararı alınıp alınmadığının araştırılıp buna göre ilgiliye vasi atanması gerektiği belirtilmiştir Y. 2. HD., 14.7.2000 t. 7327/9847 (**Ruhi**, MÖHUK, s. 111). Bu sayılan bilgilerin Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk İşleri ve İlişkiler Genel Müdürlüğü kanalıyla yabancı yetkili makamlardan alınması gerektiği hakkında bkz.: Y. 2. HD., 2.11.2007 t. 19919/14791 (**Ruhi**, MÖHUK, s. 112).

17 **Nomer/Şanlı**, İstanbul 2009, s. 284.

18 **Tekinalp**, İstanbul 2010, s. 235.

MÖHUK'un 10. maddesinin üçüncü fıkrasına göre,vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri dışında kalan bütün kısıtlılık veya vesayete ilişkin hususlar ve kayyımlık Türk hukukuna tâbidir.

Buna göre, vasi atanması Türk hukukuna tabidir. Bu çerçevede vasi olarak atanmanın koşulları (MK.m.413); birden çok vasi atanmasının mümkün olup olmadığı (MK.m.413); vasi olarak atanmakta öncelikli olanlar (MK.m.414); ilgililerin isteklerinin dikkate alınıp alınmayacağı (MK.m.415); vasiliği kabul yükümlülüğü, vasilikten kaçınma sebepleri ve vasiliğe engel olan sebepler (MK.m.416-418) hakkında Türk hukuku uygulanacaktır[19].

Vasi atanması usulü de Türk hukukuna tabidir. Bu konudaki temel prensip gecikmeksizin bir vasi atanmasıdır (MK.m.419)[20]. Burada dikkat edilmesi gereken husus mahkemenin vesayet ve kısıtlılık kararı verilmesi sebepleri hakkında yetkili hukuku tespit etmek zorunda olmasıdır. Hâkim, yetkili yabancı hukuku ve içeriğini tespit ettikten sonra, vesayet ve kısıtlılık kararı verilmesi için yetkili hukuka göre bir sebep varsa Türk hukukuna göre vasi atanmasına ilişkin yargılamaya devam edecektir.

Kısıtlama kararı alınmasında yargılama usulü de *lex fori* –Türk hukukuna- tâbidir. Örneğin, kısıtlama kararının sadece bir mahkeme tarafından verilmesi; re'sen araştırma ilkesinin uygulanması, bilirkişi raporu alınması, hâkimin takdir yetkisinin olup olmadığı, Türk mahkemelerinde görülen yargılamalarda Türk hukukuna tâbidir[21].

Yabancı hukukun tespiti zaman alabilir. Bu durumda MK.m.420'den yararlanılarak geçici tedbirler alınabilir. Bu çerçevede, özetle kısıtlanması istenen kişinin fiil ehliyetini geçici olarak kaldırabilir ve ona bir temsilci atayabilir (MK.m.420). Geçici hukuki koruma tedbirleri *lex fori*'ye göre alınabilir[22]. Bu nedenle, henüz yabancı hukukun tespiti aşamasından önce gerekli geçici tedbirler Türk hukukuna göre alınabilir.

Hâkimin geçici tedbirleri alabileceği en erken yargılama aşaması, kısıtlama kararına yönelik yargılamanın başladığı andır. Yargılamanın başında veya devamında kısıtlama sebebinin mevcut olduğuna dair açık bir görünüm varsa hâkim geçici tedbir alabilir[23]. Burada dikkat edilmesi gereken husus,

---

[19] **Çelikel/Erdem** ise vasinin vasiliği kabul zorunluluğu ve vasilikten kaçınma sebepleri hakkında kendi millî hukuku uygulanmasının konunun niteliğine daha uygun olduğu görüşündedir (**Çelikel/Erdem**, İstanbul 2010, s. 209 dn.6). Karş.: **Uluocak**, s. 29.

[20] **Dural/Öğüz/Gümüş**, C. III, s. 390.

[21] **Uluocak**, s. 30.

[22] **Çelikel/Erdem**, İstanbul 2010, s. 455 vd; **Nomer/Şanlı**, İstanbul 2009, s. 261.

[23] **Dural/Öğüz/Gümüş**, C. III, s. 391.

geçici tedbir kararı verilirken yetkili hukukun henüz bilinmiyor olmasıdır. Diğer bir ifade ile, hâkim yetkili hukuka göre vesayet kararı verilmesi sebebi olmayan bir duruma dayanarak geçici tedbir kararı vermiş olma riski altıdadır. Böyle bir riskin varlığı, tedbir kararı vermeden önce titiz bir inceleme yapılmasını gerektirmektedir.

Hâkimin geçici tedbiri belirlemek konusunda geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır (MK.m.420). Hâkim bu takdir yetkisi çerçevesinde, ancak ciddi ve güncel bir zorunluluk varsa tedbir kararı alabilir. Örneğin, vasi atanacak kişinin beslenmesi, barınması, tedavisi hakkında önlemler alabilir. Malvarlığı üzerinde temliklerin yasaklanmasını sağlayabilir[24].

MK.m.413 ve MK.m.418 uyarınca vesayet altındaki kişilerin korunması, vesayet ve kısıtlılık kararının üçüncü kişilere etkisi[25], vesayet altına alınan kişinin hangi işlemleri vasinin izni veya katılımıyla yapması gerektiği Türk hukukuna tabidir. Vesayetin diğer hükümleri de aynı şekilde Türk hukukuna tabidir. Görüldüğü gibi MÖHUK'ta ilgilinin milli hukukunun uygulama alanı sadece vesayet kararı verilmesi ve kaldırılması sebepleri ile sınırlıdır[26].

Vesayet kararının hem yürütülüşüne hem de hükümlerine Türk hukuku uygulanacaktır[27].

Kanun koyucunun bu tercihinin sebebi, vesayet altına alınan kişi hangi ülkedeyse vesayet işlemlerinin bu ülkede daha sağlıklı bir şekilde yürütüleceği olarak gösterilmiştir[28]. Gerçekten, bu kuralın kabulündeki amaç, Türkiye'de yapılan vesayet veya kişinin kısıtlılığına ilişkin işlemlerin güvenli ve hızlı bir şekilde yürütülmesini sağlamak olmalıdır[29].

Kanun koyucunun bu yaklaşımı eleştirilmiştir[30].

Vesayet hukuku özel hukuk ile kamu hukuku arasında sınırda bir hukuksal kurum olarak nitelendirilmektedir. Zira vesayetin kurulması, organizasyonu, yürütümü ve denetiminde Devletin rolü ve kişilerin fiil ehliyeti üzerindeki etkileri, vesayet kurumunu kamu hukukuna yaklaştırmaktadır. Diğer taraftan vesayet hukuku bir özel hukuk kanununda, Medenî

---

24 **Dural/Öğüz/Gümüş**, C. III, s. 391.

25 **Ruhi**, MÖHUK, s. 109.

26 **Tekinalp**, İstanbul 2010, s. 235.

27 **Tekinalp**, İstanbul 2010, s. 236.

28 **Tekinalp**, İstanbul 2010, s. 236.

29 **Çelikel/Erdem**, İstanbul 2010, s. 209.

30 **Tekinalp**, İstanbul 2010, s. 236.

Kanun'da, düzenlenmektedir[31]. Vesayet hukukunun bu şekilde özel hukuk ile kamu hukukunun sınırında olması, yabancı hukukun oldukça dar bir kapsamda uygulanmasının açıklaması olabilir. Aksi hâlde, vesayete ilişkin birçok noktada Türk hukukunun, doğrudan uygulanan kural olarak müdahalesi gündeme gelebilirdi (MÖHUK.m.6). Bu itibarla, Kanun koyucunun yabancı hukukun sadece vesayet kararı verilmesi ve sona erdirilmesi ile sınırlaması pratik ve isabetli bir yaklaşım olarak nitelenebilir.

D. Atıf

Vesayet ve kısıtlılık hakkında uygulanacak hukuk tespit edilirken atıf dikkate alınacaktır. Zira MÖHUK'un 2. maddesinin 3. fıkrası uyarınca kişinin ve aile hukuku konularında atıf uygulama alanı bulacaktır. Vesayet ve kısıtlılık kişinin hukuku ile ilgili olduğundan atıf dikkate alınmalıdır.

III. Yetkili Vesayet Makamına Bildirme Yükümlülüğü

Medenî Kanun'un 404. maddesinin ikinci fıkrasına göre, görevlerini yaparlarken velayet altında bulunmayan bir küçüğün varlığınıöğrenen idari makamlar, noterler ve mahkemeler, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar.

Medenî Kanun'un 405. maddesinin ikinci fıkrasına göre, akıl hastalığı ve akıl zayıflığı nedeniyle vesayet altına alınmayı gerektiren bir durumun varlığını öğrenen idari makamlar, noterler ve mahkemeler, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar.

İlgili maddelerde sayılan, Türk makamlarının bildirim zorunluluğunun, bu durumdaki yabancılar hakkında da geçerli olup olmadığı sorusu akla gelebilir.

Yerleşim yeri Türkiye'de olan yabancılar için, bu bildirim zorunluluğunun varlığından şüphe etmemek gerekir. Zira küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki sulh mahkemeleri vesayet makamıdır (MK.m.411; Aile Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usullerine Dair Kanun.m.4)[32].

Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayan yabancılar hakkında ise MÖHUK'un 42. maddesinden hareketle bir sonuca ulaşmak mümkün olabilir. 42. maddeye göre, Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayan yabancı hakkında vesayet, kayyımlık, kısıtlılık, gaiplik ve ölmüş sayılma kararları ilgilinin Türkiye'de sâkin olduğu yer, sâkin değilse mallarının bulunduğu yer mahkemesince verilir.

---

[31] **Dural/Öğüz/Gümüş**, C. III, s. 374.

[32] **Akıntürk**, İstanbul 2006, s. 485-487.

Maddeyle, yerleşim yeri Türkiye'de olmayan yabancılar hakkında da bir "vesayet makamı" ihdas edilmiş olunmaktadır. Bu nedenle, Türkiye'de sakin olan, mutad meskeni Türkiye'de bulunan veya Türkiye'de mal varlığı olan yabancılar hakkında da bu kişilerin bulunduğu yerdeki Türk vesayet makamlarına bildirim zorunluluğu olduğu sonucuna varılmalıdır.

Türkiye'de sakin olmayan ancak Türkiye'de mal varlığı olan yabancı için de 42. madde uyarınca bir vesayet makamı bulunmaktadır ve bildirim yapılması gerekir.

Sorun, Türkiye'de sakin olmayan ve mal varlığı da bulunmayan yabancılar için ortaya çıkmaktadır. Burada kısıtlanması gereken kişi ya küçüktür ya da ergin olmasına rağmen içinde bulunduğu durum nedeniyle kendisine ve başkalarına karşı korunması gerekmektedir. Bu nedenle bu durumdaki kişiler hakkında da bildirimde bulunulması kamu yararının gereğidir. Örneğin, tatilini Türkiye'de geçirirken kaza soncu komaya giren bir yabancıya vasi tayin edilmesi gerekebilir. Ancak, nereye bildirimde bulunulması gerektiği konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Küçükler hakkında, Küçüklerin Korunması Alanında Makamların Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk Hakkında 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'ne göre işlem yapılabilir[33]. Zira Sözleşme uyarınca küçüğün bulunduğu yer makamlarının da koruma tedbirleri alma yetkisi bulunmaktadır (m.9).

Yetişkinler ve Sözleşme'nin uygulama alanına girmeyen küçükler hakkında mensubu oldukları devletin konsolosluğuna bildirimde bulunabilir[34]. Türkiye'nin taraf olduğu bazı ikili konsolosluk anlaşmalarında, vasi atama yetkisi konsoloslara verilmiş olabilir[35].

Bu nedenle, sınır dışı edilmeye ilişkin hükümler saklı kalmak üzere, ilgili Türk makamlarının, kişinin mensubu olduğu devletin konsolosluğuna bildirimde bulunmalarının uygun olacağı sonucuna varabiliriz. Örneğin, Türkiye'de turist olarak bulunan ancakakıl hastası olduğu anlaşılan bir yabancı hakkında (MK.m.405) en azından mensubu bulunduğu devletin konsolosluğuna bilgi verilmesi gerektiği kanısındayız. Acil durumlarda, Türk mahkemeleri de tedbir alabilmelidir[36] ancak bununla ilgili bir milletlerarası yetki kuralı bulunmamaktadır. Bu nedenle Türk mahkemelerinin bu gibi durumlarda yetkisi konusunda yasal bir boşluk vardır.Burada kamu düze-

---

[33] Bkz.: aşağ. VII, A.

[34] Karş. **Tekinalp**, İstanbul 2010, s. 235.

[35] **Uluocak**, s. 30; **Nomer/Şanlı**, İstanbul 2009, s. 285; **Tekinalp**, İstanbul 2010, s. 237-238; **Sadroleşrafi**, Hüseyin A.: Şematik Devletler Özel Hukuku, İzmir 1991, s. 253.

[36] **Tekinalp**, İstanbul 2010, s. 235.

ninin müdahalesi ile ilgilinin bulunduğu yer mahkemelerinin milletlerarası yetkisi olduğu sonucuna varılabilir[37].

Türkiye'de bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkumolan ergin yabancıların da kısıtlanması gerekir (MK.m.407; MÖHUK.m.10/II son cümle). MK.m.407'nin ikinci fıkrası uyarınca cezayı yerine getirmekle görevli makam, böyle bir hükümlünün cezasını çekmeye başladığını kendisine vasi atanmak üzere hemen yetkili vesayet makamına bildirmekle yükümlüdür.

Yabancı Türkiye'de yerleşim yerine sahip değilse, sâkin olduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesine bildirimde bulunulması gerekir (MÖHUK.m.42). Burası da cezaevinin bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesi olmalıdır.

IV. Kısıtlama Kararının İlanı

Kısıtlama kararının ilanı Türk hukukuna tâbidir[38]. Kısıtlama ve vasi atama kararı, birlikte veya ayrı ayrı kısıtlının yerleşim yeri ve nüfusa kayıtlı olduğu yerde ilan edilir (MK.m.410/I ve MK.m.421/II).Türk vatandaşları hakkında verilen kısıtlama ve vasi atama kararı yerleşim yerinde ve nüfusa kayıtlı olduğu yerde ilan edilecektir. Kısıtlamanın hükümleri ilan tarihinden itibaren üçüncü kişileri etkilemeye başlar. Bu husus özellikle iyiniyet iddiaları bakımından önemlidir[39].

Türkiye'de Oturan Yabancıların Nüfus Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmelik'in[40] 1. maddesi uyarınca, Türkiye'de herhangi bir amaçla en az altı ay süreli yabancılara mahsus ikamet tezkeresi alan yabancıların kimlik bilgileri ve beyan edecekleri nüfus olayları yabancılar kütüğünde tutulmaktadır[41].

Yönetmelik'in 9. maddesi uyarınca nüfus kayıtları tutulan yabancılar kendileri ile ilgili nüfus olaylarını, yerleşim yeri adreslerini ve bunlardaki değişiklikleri, yerleşim yeri nüfus müdürlüğüne bildirmekle yükümlüdürler. Nüfus müdürlüklerince gerekli işlemler yapılarak, bu değişiklikler yabancılar kütüğüne işlenir. Yönetmeliğin ikinci maddesinin f bendinde nüfus olayını, doğum, ölüm, evlenme, boşanma, evlat edinme, tanıma, kayıt

---

37 Bkz. aşağ. V.

38 **Uluocak**, s. 30.

39 **Akıntürk**, İstanbul 2006, s. 500-501

40 RG., 20.10.2006, S. 26325.

41 Bilgi için bkz.: **Çelikel/Öztekin-Gelgel**: Yabancılar Hukuku, İstanbul 2010, s. 93-94.

düzeltme, soybağının düzeltilmesi, gaiplik gibi kişisel durumda değişiklik meydana getiren olay olarak tanımlanmaktadır.

Yabancılar kütüğünde bulunması gereken bilgiler, Yönetmelik'in 11. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre yabancılar kütüğü; aile bireylerinin kimlik numarası, cinsiyeti, adı, soyadı, baba ve analarının ad ve soyadları ile uyruğu, sağ olup olmadıkları, doğum yeri ve tarihi, medeni hali, diğer kişisel durum değişiklikleri ile adresini kapsar.

Yönetmelikte kısıtlılık ve vesayet kararına ilişkin açık bir ifade bulunmamaktadır. Ancak kişisel durumda değişiklik meydana getiren olayların bildirilmesi gerektiği için kısıtlılık ve vasi atanmasına ilişkin kararların da bildirilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

V. Vesayete İlişkin İşlerde Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre belirlenir (MÖHUK.m.40). Bu nedenle Türk mahkemelerinin vesayete ilişkin işlerde milletlerarası yetkisi iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre belirlenecektir.

Vesayet işlerinde yetkili mahkeme, küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet daireleridir (MK.m.411).

Görevli vesayet makamı sulh hukuk mahkemesi ve denetim mahkemesi ise asliye hukuk mahkemesidir (Aile Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun.m.4)[42].

İç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre, yetkili mahkeme, hakkında vesayet ve kısıtlılık kararı verilecek kişinin yerleşim yeri mahkemesidir (MK.m.411).Yabancının Türkiye'de yerleşim yeri varsa, hakkında vesayet ve kısıtlılık kararı bu yerleşim yeri mahkemesi tarafından verilecektir[43].

Yukarıda ifade edildiği gibi, vesayet ve kısıtlılık konusunda, yabancı unsurlu ilişkilerde de Türk hukuku geniş bir uygulama alanı bulunmaktadır. Türk hukukunun uygulanmasını gerektiren kaygılar, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları uyarınca milletlerarası yetkili bir Türk mahkemesi bulunmasa da, vesayet konusunda yetkili bir Türk mahkemesinin bulundurulmasını gerekli kılmaktadır. Bu sebeple, MÖHUK iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları ile yetinmemiş ve MÖHUK'un 42. maddesinde, yabancılar

---

[42] Görevli mahkeme hakkında bilgi için bkz.: **Akıntürk**, İstanbul 2006, s. 501, 508.

[43] **Altuğ**, Yılmaz: Türk Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 1983, s. 57; **Ekşi**, **Nuray**: Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Bası, İstanbul 2000, s. 158.

hakkında vesayet, kayyımlık ve kısıtlılık kararı verilebilmesi için özel bir yetki kuralı getirilmiştir[44]. Maddede sayılan durumlarda, ilgili yabancı olsa dahi her zaman yetkili bir Türk mahkemesinin bulunması kamu düzenin bir gereğidir[45].

MÖHUK'un 42. maddesine göre Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayan yabancı hakkında vesayet, kayyımlık, kısıtlılık, gaiplik ve ölmüş sayılma kararları ilgilinin Türkiye'de sâkin olduğu yer, sâkin değilse mallarının bulunduğu yer mahkemesince verilir.

Maddede yer alan "yabancı" ifadesi, mülteci ve vatansızları da kapsamaktadır[46].

Buradaki yetki kuralı, kademeli bir yetki kuralıdır. Yabancının Türkiye'de yerleşim yeri varsa, sâkini olduğu yerde ve sâkini olduğu bir yer varsa mallarının bulunduğu yerde dava açılamaz[47].

MÖHUK'un 41. maddesinde Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarda özel bir yetki kuralı getirilmiştir. Buna göre, Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davaları, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılamadığı takdirde Türkiye'de yer itibariyle yetkili mahkemede, bulunmaması hâlinde ilgilinin sâkin olduğu yer, Türkiye'de sâkin değilse Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür[48].

Görüldüğü gibi, bir Türk vatandaşının Türkiye'de yerleşim yeri olmasa bile, hakkında vesayet ve kısıtlılık kararı almak için her zaman yetkili bir Türk mahkemesi bulunmaktadır. Bu hüküm yurt dışında çalışan çok sayıda Türk vatandaşına, kişi hallerine ilişkin hukuki problemlerin çözümünde kolaylık sağlamak amacıyla getirilmiştir[49].

Vesayet ve kısıtlılığa ilişkin davaların da 41. madde anlamında kişi hallerine ilişkin davalardan olduğunda tereddüt bulunmamaktadır[50].

Hem Medenî Kanun'da hem de MÖHUK'ta yer alan yetki kurallarına göre milletlerarası yetkili bir Türk mahkemesi bulunmamasına rağmen, bir

---

44 **Nomer/Şanlı**, İstanbul 2009, s. 450; **Çelikel/Erdem**, İstanbul 2010, s. 524.

45 **Altuğ**, İstanbul 1983, s. 57.

46 **Ekşi**, İstanbul 2000, s. 158.

47 **Ekşi**, İstanbul 2000, s. 158; Bu kuralın eleştirisi için bkz.: **Çelikel/Erdem**, İstanbul 2010, s. 525.

48 Madde hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ekşi**, İstanbul 2000, s. 152-157.

49 **Altuğ**, İstanbul 1983, s. 56.

50 **Aybay/Dardağan**, İstanbul 2008, s. 55.

konun Türk mahkemelerinden görülmesi kamu düzeninin bir gereğiyse Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi doğar. Kamu düzeninin müdahalesi sonucu milletlerarası yetki tesisi özellikle kişi hallerine davalarda söz konusu olabilir[51]. Bu itibarla, yabancı, Türkiye'de sâkin olmadığı ve malvarlığı bulunmadığı için Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bulunmasa bile kamu düzenin müdahalesi ile yabancının bulunduğu yer mahkemeleri kısıtlılık ve vesayet kararı verebilmelidir.

Medenî Kanun'da bu konuda bir açıklık olmamakla birlikte, MÖHUK'un 41. maddesi uyarınca yetkili olan bir Türk mahkemesi vesayet kararı vermişse aynı zamanda vesayet makamı olarak da görev yapmalıdır. Yine denetleme makamı da, bu yerdeki asliye hukuk mahkemesi olmalıdır.

VI. Vesayete İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması

Yurt dışında yaşayan Türk vatandaşları hakkında yabancı mahkemelerde vesayet kararı verilmesi durumunda, vasinin vesayet kararının gereğini Türkiye'de yerine getirebilmesi için, vesayet kararının tanınması gerekir. Örneğin, vasinin vesayet yetkisi çerçevesinde taşınmazlar üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için tapu dairesine vasi atandığına dair kararı ibraz etmesi gerekir. Yine, Türk vatandaşının nüfusa kayıtlı olduğu yerde vesayete ilişkin kararın ilanı da gerekir (MK.m.410/I ve MK.m.421/II)[52].

Türkiye'de malvarlığı bulunan bir yabancı hakkında yabancı mahkemelerde bir vasi atanmışsa, bu vasinin Türkiye'de bulunan malları yönetebilmesi için vesayete ilişkin yabancı mahkeme kararının kesin hüküm ve kesin delil etkisinin Türkiye'de kabul edilmesi gerekir. Bu nedenle, vesayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'de tanınmaları ihtiyacı doğabilmektedir.

Kısıtlılık ve vasi atanmasına ilişkin mahkeme kararları icraî nitelikte kararlar değillerdir. Tespit kararı veya inşaî karar[53] olabilir[54]. Bu nedenle bu kararların icrası gerekmez ve tenfiz edilmezler. Bu kararın Türkiye'de hüküm ve sonuç doğurmaları için tanınmaları gerekli ve yeterlidir. Tanıma kararı verilebilmesi için yabancı vesayet kararının MÖHUK'un 54. madde-

---

51 **Nomer/Şanlı**, İstanbul 2009, s. 453-454.

52 Taşınmazlar üzerindeki tasarruflar da yetkili hukuk, HMK.m.12'de yer alan münhasır yetki kuralı ve Tapu Kanunu'nun 35. maddesi bakımdan da özellik gösterebilir. Taşınmazlara ilişkin kararlar bu açılardan da incelenmelidir.

53 İnşai hükmün zaman bakımından etkisi için bkz.: **Yasan**, Candan: Kesin Hükmün Zaman İtibariyle Etkisi, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, DEÜHFD, C. 11 Özel Sayı 2009, s. 651-686, s. 669.

54 **Kuru**, **Baki**: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, s. 1482.

sinde sayılan, karşılıklılık dışındaki, tenfiz şartlarını taşıdığının tespit edilmesi gerekir (MÖHUK.m.58).

Bu başlık altında vesayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının MÖHUK'un 54. maddesinde sayılan tenfiz şartlarını taşıyıp taşımadıkları hususu, vesayete ilişkin kararların özellikleri ile sınırlı olmak üzere incelenecektir.

A. Kararın Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisine Girmeyen Bir Konuda Verilmiş Olması

Yabancı bir mahkeme kararının tanınabilmesi için Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması gerekir (MÖHUK.m.54 b).

Yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını engelleyecek anlamda münhasır yetki kavramı, iç hukukta kullanılan münhasır veya kesin yetki kuralından farklı bir anlama sahiptir. MÖHUK'un 54 b hükmü anlamında, tanımayı engelleyecek bir yetkiden söz edebilmek için, bu yetki kuralının uyuşmazlığın sadece Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla getirilmiş ve bunu da sağlayabilmiş olması gerekir[55]. Münhasır yetki ile ifade edilmek istenen husus, Türk mahkemelerinin, yabancı bir mahkemenin bu konudaki milletlerarası yetkisini tanımamasıdır[56]. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin münhasır yetki olup olmadığı, yetki kuralının konuluş amacından ve ifadesinden anlaşılabilir[57].

Vesayete ilişkin konularda, MK'nun 411. maddesi uyarınca ilgilinin yerleşim yeri mahkemesinin yetkisinin münhasır yetki olduğu kabul edilirse, vesayete ilişkin yabancı mahkeme kararları Türkiye'de tanınmaz. Buna göre, bir Türk veya yabancının yerleşim yeri Türkiye'de ise yabancı mahkemelerden alınan vesayete ilişkin kararlar tanınamaz.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2009 yılında verdiği bir kararında, Türk mahkemeleri münhasır yetkili olduğu için Türk vatandaşı hakkında yabancı mahkemece verilen vesayet kararının tanınamayacağı sonucuna varmıştır[58].

---

55 **Sakmar**, **Atâ**: Yabancı İlâmların Türkiye'deki Sonuçları, İstanbul 1982, s. 99; karş. **Altuğ**, İstanbul 1983, s. 58; **Nomer/Şanlı**, İstanbul 2009, s. 487; **Esen**, **Emre**: "Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı, MHB Y. 22 S. 2/2002, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, s. 183-206, s. 186-187.

56 **Esen**, s. 187.

57 **Çelikel/Erdem**, İstanbul 2010, s. 608.

58 YHGK., 18.11.2009 t. 2-557/527 (YKD, C. 36, S. 6, Haziran 2010, s. 998-101).

Karara konu olan uyuşmazlıkta, davacı, Alman mahkeme kararıyla eşine vasi olarak atanmış ve vesayet kararına Alman hukuku uygulanmıştır. Vasi olarak atanan eş vesayet kararının Türk mahkemelerinde tanınmasını istemiştir. Yerel mahkeme tanıma talebini reddetmiştir. Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi, ihtilafsız kaza kararlarının tanınmasının mümkün olduğu gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yerel mahkeme, direnme kararı vermiştir.Yerel mahkemenin tanımanın reddi kararında direnme gerekçesi "*tanıma veya tenfizin bir tespit hükmü olup, tespit hükmünü veren mahkemenin vesayet makamı olamayacağı, Türk hukuk sisteminde vesayet kararı ila karar veren vesayet makamı belirlenip, vesayet işleri belirlenmiş olan bu makam tarafından yerine getirildiğinden, yabancı mahkeme kararının tanınması ile yabancı vesayet makamının milli hudutlar içerisinde vesayet işlerinde yetkisinin kabul edilmesi zorunluluğu doğduğu, ancak bu hususların kamu düzenine aykırı*" olmasıdır.

Direnme kararı üzerine dava, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na intikal etmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, vesayet işlerinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin (MK.m.411) münhasır yetki olduğu ve yabancı mahkemece verilen vesayete ilişkin kararların tanınmasına karar verilemeyeceği sonucuna varmıştır.

Hukuk Genel Kurulu, kararında Türk mahkemelerinin vesayete ilişkin işlerde yetkisinin neden münhasır yetki olarak kabul edilmesi gerektiğini açıklamıştır. Buna göre, vesayete ilişkin Alman mahkeme kararı tanındığı zaman, Alman makamları vesayet makamı olarak kalmaya devam edecek ve Alman vesayet makamlarının işlemleri Türkiye'de bir vesayet makamı olmadığından denetlenemeyecektir. Oysa MK'un 462. maddesinde sayılan hallerde vesayet makamının izni gerekmekte; 463. maddesinde sayılan hallerde ise vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izni gerekmektedir. Uyuşmazlık konusu olayda vesayet makamı Alman (Leverkusen) mahkemesidir ve denetim makamı da Alman hukukuna göre belirlenecektir. Oysa Türk mahkemelerinin vesayete ilişkin yetkisi, kamu düzeni ile ilgili ve kesindir.

Hukuk Genel Kurulu, yabancı vesayet makamlarının verdiği vesayete ilişkin kararlarının tanınmasının mümkün olduğu kabul edilse bile, yabancı mahkemeden verilen izin ve onayın yine Türkiye'de uygulanabilmesi için yeniden tenfiz veya tanıma kararı verilmesi gerektiğini ve tanınma/tenfiz işlemenin yabancı vesayet makamının her onay ve izni için tekrarlanmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir.

Hukuk Genel Kurulu, kararında ilgilinin Türkiye'de yerleşim yeri bulunup bulunmadığını belirtmemiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nun ret gerekçesi, MK.m.411 de yer alan yetki kuralının münhasır yetki kuralı olmasıdır. İlgilinin Türkiye'de yerleşim yeri varsa, yerleşim yeri mahkemesinin münhasır yetkili olduğunun kabul edilmesi son derece doğrudur. Böylece yerleşim yerindeki sulh mahkemesi vesayet makamı ve asliye hukuk mahkemesi de denetim makamı olarak görev yapacaktır. Bu Medeni Kanun'da vesayet ve denetim makamlarının yetkisinin önemi düşünüldüğünde, yerleşim yeri mahkemesinin münhasır yetkili olduğunun kabul edilmesi oldukça doğrudur.

Gerçekten, vesayetin yürütülmesi sırasında vesayet makamlarının önemli bir rolü vardır. Medeni Kanun'da vesayet makamının birçok hususta müdahalesi düzenlenmiştir. Örneğin, vesayet altına alınan kişinin malvarlığının resmi defterinin tutulması (MK.m.438); tutulan hesapların denetlenmesi (MK.m.454; MK.m.464; MK.m.489 ve 490); değerli eşyaların saklanmasında gözetim görevi (MK.m.439); taşınırların ancak vesayet makamının vereceği talimat ile satılabilmesi (MK.m.440); vesayet altındaki kişinin ihtiyaç fazlası nakit parasının değerlendirilmesindeki rolü (MK.m.441); vesayet altındaki kişiye ait işletmelerin devam veya tasfiyesi hakkında karar verme yetkisi (MK.m.443); taşınmazların satımında talimat verme yetkisi (MK.m.444); küçüklerin koruma amacıyla bir kuruma yerleştirilmesinde karar verme yetkisi (MK.m.446); vasinin görev süresini uzatma yetkisi (MK.m.456) konularında vesayet makamı da müdahil olmaktadır.

Bunların dışında MK'un 462. maddesi uyarınca vasinin ancak vesayet makamının izniyle yapabileceği işlemler vardır. Örneğin, taşınmazlar üzerindeki tasarruflar; olağan yönetim sınırlarını aşan yönetim işlemleri; kambiyo taahhüdünde bulunmaz; üç yıldan daha uzun süreli taşınmaz kirası sözleşmeleri yapılması; vesayet alıtında bulunan kişinin bir sanat veya meslekle uğraşmasına izin verilmesi; dava açma, sulh olma; mal rejimi ve miras payı üzerinde sözleşmeler yapılması; vesayet altındaki kişinin bir eğitim veya bakım kurumuna yerleştirilmesi, yerleşim yerinin değiştirilmesi ancak vesayet makamının izni ile mümkündür.

MK'nun 463. maddesi vesayet makamı dışında denetim makamının iznini gerektiren işlemler düzenlemektedir. Denetim makamı, vesayet altına alınan kişinin yerleşim yerinde bulunan asliye hukuk mahkemesidir. Örneğin, vesayet altındaki kişinin Türk vatandaşlığına girmesi veya Türk vatandaşlığından ayrılması; işletmenin devralınması veya tasfiyesi; kişisel sorumluluğu gerektiren bir ortaklığa girilmesi; önemli bir sermaye ile bir ortaklığa ortak olunması; ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapma; mirasın kabulü, reddi veya miras sözleşmesi yapılması; vesayet altındaki kişi ile vasi arasında sözleşme yapılması yine vesayet altındaki kişinin yerleşim yerindeki asliye hukuk mahkemesinin izni ile mümkündür.

Görüldüğü gibi, vesayetin yürütülmesinde yerleşim yeri mahkemelerinin önemli bir rolü vardır. Bu da, bu yer mahkemelerinin vesayetin yürütülmesi konusunda münhasır yetkili kabul edilmelerini haklı gösterir. Gerçekten kanun koyucu bu işlemlerin münhasıran bu yerdeki mahkemeler tarafından yapılmasını istemiştir. Vesayet makamı, vesayet kararı veren mahkeme olduğuna göre, vesayete ilişkin kararların verilmesinde Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu sonucuna varıyoruz. Bu da Türkiye'de yerleşim yeri olan kişiler hakkından yabancı mahkemelerde vesayete ilişkin kararların tanınmasını engelleyecektir.

B. Kararın Tanınmasının Türk Kamu Düzenine Aykırı Olması

Yabancı bir mahkeme kararının tanınması için tanınması istenen hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması gerekir (MÖHUK.m.54 c). Yabancı bir ilâm verilirken izlenen usulün ve esasa uygulanan hukukun Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmemesine rağmen, yabancı bir ilâmın Türkiye'de etki göstermesinin kamu düzenine aykırı sonuçlar doğurabileceği ihtimaller bulunmaktadır. Burada kamu düzenine aykırılığın sebebi, kararın veriliş şekli veya içeriği değil Türkiye'de yerine getirilmesinin yaratabileceği sonuçlardır[59].

Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi, 2005 yılında verdiği bir kararında Türk vatandaşları hakkında yabancı bir mahkemede verilen vesayet kararının tanınmasını reddetmiştir[60].

Kararın gerekçesinde "*Türk vatandaşlarına, yabancı bir ülkede vasi tayin edilmesi durumunda bu karar ancak verildiği ülkede sonuç doğurur. Vesayet işleri kamu düzeni ile ilgilendirdiğinden bir Türk vatandaşı hakkında yabancı vesayet kararının Türkiye'de tanınması veya tenfizi mümkün değildir. Tanıma ve tenfiz kararı sonuçta bir tespit hükmüdür. Böyle bir tespit hükmü veren mahkemenin vesayet makamı olamayacağı açıktır. Bu bakımdan yabancı vesayet kararının tanınması ve tenfizine hukuken olanak yoktur. (…) vesayet kararını verecek olan yine Türk mahkemesidir. Zira vesayet kararı ile kararı veren vesayet makamı belirlenmekte ve vesayet işleri belirlenmiş olan bu makam tarafından yerine getirilebilmektedir. O bakımdan alınacak bir tanıma kararı ile, yabancı vesayet makamının milli hudutlar içerisinde vesayet işlerinde yetkisi kabul edilmiş olur.*"

Bir üst başlıkta, vesayet ve denetim makamlarının vesayetin yürütülmesi konusunda Türk hukukunda oldukça önemli bir rolü olduğu sonucuna varılmıştır. Gerçekten, vesayet işleri pratik olarak vesayet ve denetim

---

[59] **Sakmar**, s. 80-81

[60] Y. 2. HD., 6.12.2005 t., 4443/17022 (**Ruhi**, MÖHUK, s. 111-112).

makamları ile birlikte yürütülmektedir. Ancak, yabancı bir vesayet kararı tanındığında Türkiye'de bir vesayet ve denetim makamı bulunmayacaktır. Bir Türk vatandaşı hakkında vesayet işlemlerinin Türkiye'de bir vesayet ya da denetim makamı olmadan yürütülmesi, Türk kamu düzene aykırılık yaratabilir.

Bir Türk vatandaşının, Türkiye'de yasal temsili ve buradaki malvarlığının idaresi söz konusudur ve Türk kamu düzenini yakından ilgilendirmektedir. Bu nedenle Türkiye'de vasinin yaptığı işlemlerin herhangi bir vesayet veya denetim makamı tarafından denetlenmeyecek olmasının Türk kamu düzenine aykırı olduğu söylenebilir. Yine vesayetin yürütümü, vesayet ve denetim makamlarının yetkisine ilişkin MK'un hükümlerinin doğrudan uygulanan kural olduğu ve her zaman uygulanması gerektiği savunulabilir (MÖHUK.m.6). Gerçekten, vesayete ilişkin kanun hükümleri Medenî Kanun'da yer almakla beraber bunlar kamu hukuku karakterlidir[61]. Bu durumda, yerleşim yeri Türkiye'de olmayan Türk vatandaşları hakkında verilen vesayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının, vasinin işlemlerinin Türkiye'de vesayet makamları tarafından denetlenemeyecek olmasının Türk kamu düzenine aykırılık yaratması nedeniyletanınması reddedilebilir.

Yabancı vesayet kararının tanınmasının reddedilmesi durumunda Türk mahkemelerinde yeni bir vesayet davası açılması gerekir. Bu durumda ya MK.m.411 uyarınca yerleşim yeri mahkemelerinde dava açılmalıdır. Yerleşim yeri yoksa MÖHUK'un 41. maddesi hükmü uyarınca, Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda her zaman yetkili bir Türk mahkemesi bulunduğundan, 41. maddede sayılan mahkemelerden birisinde vesayete ilişkin dava açılmalıdır.

Bu davada, yabancı mahkemede verilen kararda gösterilen vesayeti gerektirensebepler Türk hukukuna göre de vesayeti gerektiriyorsa, yabancı vesayet kararı Türk mahkemelerinde takdiri delil olarak kullanılabilir[62]. Türkiye'de kesin hüküm kuvvetine sahip olmayan yabancı ilâmlar, varlığı tespit edilen olayların ispatlanması için bir delil olarak dikkate alınmalıdırlar. Dinlenen şahit ifadeleri, bilirkişi incelemelerinin belirli bir değeri vardır ve bir ölçüde de olsa Türk mahkemelerinde dikkate alınmalıdır. Bu kararların delil değerleri hâkimin takdirine bağlıdır ve takdiri delil niteliğindedir[63].

Sonuç olarak, yabancı mahkemelerden Türk vatandaşları hakkında veri-

---

61 **Dural/Öğüz/Gümüş**, C. III, s. 374.

62 Y. 2. HD., 6.12.2005 t., 4443/17022 (**Ruhi**, MÖHUK, s. 111-112); Y. 2. HD., 8.3.2000 t., 1141/2992 (**Ruhi**, MÖHUK, s. 634-636).

63 **Sakmar**, s. 155-156.

len vesayete ilişkin kararların Türkiye'de tanınması imkânı bulunmamaktadır. Bu açıdan Yargıtay'ın vardığı sonuçların doğru olduğu kanısındayız.

Yargıtay kararında Türk vatandaşı hakkında verilen kararların Türkiye'de tanınmasının kamu düzenine aykırı olduğu ifade edilmiştir. Yabancılar hakkında verilen vesayet kararlarının Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı sorusu Yargıtay kararında cevaplanmamıştır.

Bir yabancı hakkında verilen vesayet kararı Türkiye'de tanınırsa,vasi, bu kişinin malvarlığı üzerinde herhangi bir vesayet ve denetim makamının gözetimi ve denetimi olmadan işlemler yapabilir. Bu da Türk kamu düzenin müdahalesini gerektirebilir. Burada, Türkiye ile olan ilişkilerin sınırlı olduğu ve Türk kamu düzenin müdahalesinin sınırlı olması gerektiği düşünülebilir. Ancak, yine pratik mülahazalar, örneğin resmi mercilerde (tapu sicilinde yapılacak işlemler gibi) vesayet makamının izni olmadan işlem yapılması pratik zorluklar yaratabilir.

Bu durumda iki çözüm önerisi getirilebilir. Bunlardan ilki, yabancı ülkede verilen vesayet ve denetim makamlarının izin kararlarının da vesayete ilişkin kararla birlikte tanınması olabilir. Gerçekten, Türk hukuku gibi, vesayet ve denetim makamının iznini arayan ülkeler bakımından iki kararın bir arada getirilmesi ve tanınması, münferit bir malvarlığı hakkında problemleri çözebilir.

Vasinin Türkiye'de birçok işlem yapması gerekiyorsa ve/veya vesayet kararının verildiği ülkede vesayet ve denetim makamlarının izinleri aranmıyorsa, bu gibi durumlarda vasi atanmasına ilişkin yabancı mahkeme kararına Türkiye'de etki tanımak Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edebilir ve kararın tanınması reddedilmelidir.

Yabancı vesayet kararının tanınmasının reddedilmesi hâlinde, Türk mahkemelerinde vesayet davası açılması ve yabancı mahkemeden alınan vesayet kararının delil olarak kullanılması uygun bir çözümolabilir. Türk mahkemesi kararının tanınmasını reddetmekle birlikte vesayeti gerektiren bir durumun varlığını da öğrenmiş olabilir. Vesayeti gerektiren bir hâl varsa, tanıma mahkemesi durumu yetkili vesayet makamına bildirmelidir. Tanıma mahkemesi bizzat yetkili vesayet makamı ise (MK.m.411; MÖHUK.m.41 ve 42) re'sen vesayete ilişkin tedbirler/kararlar alabilir[64]. Bu durumda vesayet kararı verilmesi gerekip gerekmediği hakkında vesayet kararı verilecek olan kişinin milli hukukuna tabi olur (MÖHUK.m.10). Vesayete ilişkin diğer işlemler ise Türk hukukuna tabi olur.

---

[64] Karş. **Huysal**, Devletler Özel Hukukunda Velayet, İstanbul 2005, s. 186 vd.

VII. Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme

Türkiye, Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme'ye taraf olmuştur[65,66]. Sözleşme küçükler hakkında koruma tedbirlerini alma konusunda yetkili devlet mahkemelerini ve bu mahkemelerin bu kararları alırken uygulamaları gereken hukuku düzenlenmektedir[67]. Alınan tedbirler küçüğün hem şahsına hem de malvarlığına ilişkin olabilir. En önemli koruma tedbirlerinden birisi velayet altında olamayan küçükler hakkında vasi atanmasıdır[68]. Nitekim vesayet, küçükler için bir koruma kurumudur[69]. Bu itibarla, Sözleşme kapsamında alınacak tedbirler, arasında küçükler hakkında vasi atanması söz konusu olabilir. Örneğin yurtdışındayken anne babasını kaybeden bir Türk vatandaşı küçük hakkında yabancı makamlar kendi hukuklarına göre vesayet kararı alabilir[70]. Bu nedenle Sözleşme makale konumuz bakımından öneme sahiptir.

Sözleşme mutad meskeni âkit devletlerde olan küçükler hakkında uygulanır (m. 13). Küçük, hem millî hukukuna hem de mutad mesken hukukuna göre "küçük" kabul edilen kişidir (m. 12). Küçük taraf devlet vatandaşı olsa bile mutad meskeni taraf devlette değilse Sözleşme uygulanmayacaktır[71].

Konsolosluk sözleşmelerinde vasi atanmasına ilişkin hükümler varsa, konsolosluk sözleşmeleri La Haye Sözleşmesi'ne göre öncelikle uygulanacaktır[72].

A. Sözleşme Uyarınca Makamların Yetkisi

Sözleşme uyarınca, küçüğün mutad meskenin bulunduğu devlet (m. 1); küçüğün vatandaşı olduğu devlet (m. 3, 4, ve5)[73]; küçüğün ya da mallarının bulunduğu devlet (m. 9) ve küçüğün ana babası arasındaki evlilik bağının iptal edilmesi, son bulması ve ayrılığa ilişkin bir talep hakkında karar vere-

---

65 RG. 21.2.1983-17966.

66 Sözleşmeye taraf olan devletler; Almanya, Avusturya, Çin (Sadece Makao Özerk-Bölgesi), Fransa, Hollanda, İtalya, İspanya, İsviçre, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Polonya, PortekizveTürkiye'dir (http://www.hcch.net).

67 Sözleşme hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz.: **Akıncı/Gökyayla**: Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010, s. 168 vd.

68 **Uluocak**, s. 158.

69 **Akıntürk**, İstanbul 2006, s. 491.

70 **Uluocak**, s. 158.

71 **Uluocak**, s. 157; **Tekinalp**, İstanbul 2010, s. 245.

72 **Uluocak**, s. 158.

73 **Akıncı/Gökyayla**, s. 170 vd.

cek olan devlet (m.15) makamları küçüklerin korunması hakkında karar almaya yetkilidir[74].

B. Sözleşme Uyarınca Vesayete Uygulanacak Hukuk

Sözleşme kapsamında bir küçüğe vasi atanması gereken hâllerde, vesayet kararına Sözleşme uyarınca yetkili hukukun uygulanması gerekir. MÖHUK'un 10. maddesi uygulanmayacaktır (MÖHUK.m.1).

Sözleşme'nin ikinci maddesi uyarınca küçüğün mutad meskeninin bulunduğu yerdeki makam, kendi iç hukukunun öngördüğü tedbirleri alır. Buna göre mutad mesken mahkemesi, küçüğün mutad meskeni hukukunu uygulayacaktır. Alınan tedbirleri tesis etmek, değiştirmek ve sona erdirmek için gerekli şartları, uygulanan mutad mesken hukuku belirler (Sözleşme.m.2/II)[75].

Sözleşme'nin 3., 4. ve 5/III maddeleri çocuğun vatandaşı olduğu devletin makamlarına koruma tedbiri alma yetkisi vermektedir. Bu hükümler uyarınca çocuğun vatandaşı olduğu devletin makamları da kendi iç hukuklarını, diğer bir ifade ile çocuğun millî hukukunu uygulayacaklardır.

Sözleşme'nin 9. maddesi acele durumlarda küçüğün veya malvarlığının bulunduğu yer makamlarına, bu devletler âkit devlet ise, gerekli koruma tedbirlerini alma yetkisi vermektedir. Bu devletler kendi iç hukuklarını uygulayacaklardır[76].

Türkiye'nin koyduğu çekince nedeniyle Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca yetkili makamlar, evlilik birliği hakkında karar verirken uyguladığı hukuku uygulamalıdır. MÖHUK'un 13. ve 14. maddeleri uyarınca yetkili hukuku uygulanacaktır[77].

Sözleşmede atıf bertaraf edilmiştir[78]. Dolayısıyla, 15. madde hükmü saklı kalmak koşuluyla, Sözleşme uyarınca yetkili makamlar doğrudan kendi iç hukuklarını uygular ve kanunlar ihtilâfı kurallarını dikkate almazlar.

Sonuç olarak, 15. maddenin uygulanması dışında, Türk mahkemeleri Sözleşme uyarınca bir küçük hakkında vasi atanmasına karar verecekse, vesayet ve kısıtlılık sebepleri de dâhil vasi atanmasına ilişkin her konuda Türk hukukunu uygulayacaktır.

---

74 Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Huysal**, s. 70 vd; **Nomer/Şanlı**, İstanbul 2009, s. 285-286.

75 **Tekinalp**, İstanbul 2010, s. 243; **Huysal**, s. 104 vd.

76 **Tekinalp**, İstanbul 2010, s. 244.

77 **Tekinalp**, İstanbul 2010, s. 246.

78 **Uluocak**, s. 160.

C. Koruma Altına Alınan Çocuklara Vasi Atanması

Hakkında vasi atanan çocuklar, mutad meskeni yabancı bir ülkede olan Türk vatandaşları ya da mutad meskeni Türkiye'de bulunan yabancı çocuklar olabilir.Türk mahkemeleri, Sözleşme'de yer alan yetki kuralları uyarınca yetkililerse koruma altına alınan çocuklar hakkında vasi atayabilir. Türk mahkemeleri bu hâlde Türk hukukunu uygulayacaktır.

Türk Medenî Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük[79]'ün 13. maddesi uyarınca koruma altına alınan çocuklara vasi atanabilir[80].

Tüzük'ün 13. maddesi uyarınca, korunmaya muhtaç çocuk hakkında sosyal hizmet kuruluşlarında bakılıp yetiştirilmeleri için mahkemece korunma kararı alınmışsa veya derhal korunma tedbiri alınmasında zorunluluk görülen çocuklar mahalli mülki amirin onayı ile bakım altına alınmışsa; vesayet makamı, çocuk velayet altında değilse, çocuğun verildiği kimseyi veya ailesinde uygun gördüğü kimseyi ya da vasilik koşullarını taşıdığı takdirde kurum müdürünü veya başka bir kişiyi vasi olarak atar.

D. Sözleşme Kapsamında Verilen Vesayete İlişkin Kararların Diğer Âkit Devletlerde Etkisi

Konu özellikle yabancı ülkelerde yaşayan Türk vatandaşı küçükler hakkında mutad mesken makamlarının almış olduğu tedbirlerin Türkiye'de etkisi bakımından önemlidir[81]. Zira bu küçükler Türkiye gelebilirler veya vasi bu küçükler hakkında Türkiye'de vesayete ilişkin tasarruflarda bulunmak zorunda kalabilir.

Sözleşme'nin 5. maddesine göre bir küçüğün mutad meskeni bir âkit devletten başka âkit devlete nakledildiği takdirde, küçüğün eskimutad meskeninin bulunduğu devletin makamları tarafından alınmış bulunan tedbirler, yeni mutad mesken makamları tarafından kaldırılıncaya veya yerlerine yenileri konuluncaya kadar geçerli kalır. Küçüğün eski mutad meskeninin bulunduğu devletin makamları tarafından alınmış bulunan tedbirler, bu makamlara önceden haber verilmeden kaldırılamaz veya yerine yenileri konulamaz. Vatandaşı olduğu devlet makamlarının korunması altında bulunan bir küçüğün yer değiştirmesi hâlinde, bu makamlar tarafından kendi iç hukuku uyarınca alınmış bulunan tedbirler yeni mutad meskenin bulunduğu devlette de geçerli kalır.

---

79 RG. 10.08.2003 - 25195.

80 **Akıntürk**, İstanbul 2006, s. 510.

81 Karş. **Çelikel/Erdem**, s. 212.

Âkit bir devlet mahkemesinde bir küçük hakkında vasi atanması ve bu küçüğün Türkiye'ye gelmesi ve burada yaşaması hâlinde veya mutad meskeni Türkiye'de bulunan bir küçük hakkında vatandaşı olduğu devlet makamlarınca vasi atanması hâlinde vesayete ilişkin bu karar karşısında, Türk makamları ne şekilde davranmalıdır sorusu gündeme gelmektedir.

Yargıtay 2002 yılında verdiği bir kararında Alman mahkemelerinden verilen vesayete ilişkin kararın Alman makamlarından izin alınmadan değiştirilemeyeceğine karar vermiştir[82]. Karar, Sözleşme'nin 5. maddesinde de izin şartı aranmadığı için eleştirilebilir[83].

Burada Türk makamlarının soruna pratik yaklaşması gerekir. Küçüğün mutad meskeni Türkiye'de ve vasinin vesayete ilişkin yetkilerini Türkiye'de kullanması gerekiyorsa Türk mahkemeleri küçük hakkında bu görevi Türkiye'de yerine getirebilecek bir vasi atamalıdır. Yabancı makamlarca atanan vasi, Türkiye'de vesayet görevini icra edebilirse o kişi tekrar bu defa Türk makamlarınca vasi atanabilir. Bu durumda Türkiye'de vesayet makamları da ihdas edilmiş olur. Vasi Türk makamlarının denetimi altında vesayet görevini icra edebilir. Yabancı makamlarca atanan vasi Türkiye'de bu vazifeyi icra edemeyecekse, örneğin resmi bir yabancı kurumsa, bu durumda Türkiye'de uygun bir kişi vasi olarak atanabilir ve sadece Türk mahkemelerince atanan kişi Türkiye'de vesayet görevini yürütecektir.

Bu durumda Sözleşme'nin 5, 10 ve 11. maddeleri uyarınca gerekli görüş alış verişleri ve bilgilendirmelerin yapılmasında bir engel bulunmamaktadır.

E. Sözleşme Kapsamında Verilen Vesayete İlişkin Kararların Diğer Devletlerde Tanınması

Sözleşme'nin 7. maddesinde, "*Yetkili makamlar tarafından bu Sözleşme'nin yukarıdaki maddeleri uyarınca alınmış olan tedbirler bütün âkit devletlerde tanınır. Bununla beraber söz konusu tedbirlerin alındıkları*

---

82 *"(...) 5/2. maddesinde ise; küçüğün eski mutad meskeninin bulunduğu devletin makamları tarafından alınmış bulunan tedbirlerin bu makamlara önceden haber verilmeden kaldırılamayacağını veya yerine yenilerinin konulamayacağını hükme bağlamıştır. Küçük K. 18.6.1991 doğumludur. Essen Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından vesayet altına alınmış ve Alman Gençlik Dairesi vasi olarak atanmıştır. Vaside küçüğün korunması bakımından bir aile yanına bırakılmıştır. K. 11.7.2001'de baba tarafından kaçırılmış ve anne yanına bırakılmıştır. Gerçekleşen bu durum karşısında tedbir kararını veren makamın iznini almadan yazılı şekilde velayet düzenlemesi yapılması usul ve yasaya aykırıdır."* Bkz.: Y. 2. H2. HD., 26.2.2002 t., 1257/2416 (**Özmen**, Açıklamalı-İçtihatlı Velayet Hukuku Davaları ve Çocuk Mahkemeleri, Ankara 2005, s. 87).

83 Alman mahkemelerinin tutumlarının eleştirisi için bkz:**Huysal**, s. 77 vd; **Nomer/Şanlı**, İstanbul 2009, s. 285, dn. 126.

devletten başka bir devlette icra edilmelerinin gerekmesi hâlinde bunların tanınması ve tenfizi talep edildiği devletin iç hukukuna göre ya da uluslararası sözleşmelere göre yapılır." denilmektedir.

Burada tanıma talep edilen taraf mahkemeleri yabancı kararı kendi iç hukukuna göre değil, Sözleşme'ye göre değerlendireceklerdir. Buna göre, karar Sözleşme'ye uygun olarak alınmışsa tanınması zorunludur. Kararın tanınabilmesi için, Sözleşme'ye göre yetkili bir makam tarafından verilmiş ve Sözleşme uyarınca yetkili hukukun uygulanmış olması gerekir[84].

Anlaşma uyarınca tanıma talepleri Yargıtay kararlarına konu olmaktadır. Yargıtay, özellikle Sözleşme'de öngörülen yetki kurallarına aykırı olarak verilen kararlar ile Sözleşme'nin 5/2 maddesindeki haber verme yükümlülüğü ihlal edilerek verilen kararların tanınmasını reddetmektedir[85].

Burada oldukça dikkat çekici bir durum ortaya çıkmaktadır. Sözleşme'nin 7. maddesi uyarınca, âkit devletlerde verilen vesayete ilişkin kararlar Türkiye'de kesin hüküm etkisine sahip olabilir. Bu durumda vasi, yetkisini Türkiye'de kullanabilir. Ancak bu durum yabancı vesayete ilişkin kararların tanınmasının Türk kamu düzenine aykırı olacağına ilişkin mülahazalar ile çelişmektedir[86].

Sözleşme'nin 16. maddesi bu konuda yol gösterici olabilir. Bu maddeye göre, Sözleşme hükümlerinin uygulanması, Türk kamu düzenine açıkça aykırıysa, Sözleşme hükümlerinin uygulanması reddedilebilir. Bu itibarla, âkit devlet mahkemelerinden alınan kararların tanınması ve tenfizinde Sözleşme'nin 16. maddesi uyarınca kamu düzeninin müdahalesi söz konusu olabilir[87].

---

84 **Akıncı/Gökyayla**, s. 179.

85 Y. 2. HD., 28.3.1996 t. 1536/3341 (**Ekşi**, İstanbul 2007, s. 270); Y. 2. HD., 28.10.1998 t. 10047/11606 (**Ekşi**, İstanbul 2000, s. 334);Y. 2. HD., 26.2.2002 t., 1257/2416 (**Akıncı/Gökyayla**, s. 180 dn. 261). *"Koca, Türkiye'de 10.3.2000'de boşanma davası açmış mahkemece 5.10.2000'de boşanmaya müşterek doğumlu çocuk 1997 doğumlu E. D. ile 1994 doğumlu N. B. 'ın velâyeti babaya bırakılmış, bu karar 12.4.2002'de taraflarca temyiz edilmeyerek kesinleşmiştir. Boşanma ve velâyete ilişkin karar verildikten sonra, hüküm kesinleşmeden 15.1.2001'de Alman mahkemesi yeniden velâyetin düzenlenmesi cihetine gitmiştir. Alman makamlarınca Türk mahkemesine haber vermeden öncede yapılan velâyet düzenlemesini yok sayarak küçüklerin velâyetini anneye vermesi sözleşmeye uygun bir davranış olarak kabul edilemez. Bu açıklama karşısında davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır."* Y. 2. HD., 30.10.2003 t., 11401/14618 (KazancıHukukOtomasyonu).

86 Bkz.: yuk. VI, B.

87 **Tekinalp**, İstanbul 2010, s. 245.

Bu durumda Türk mahkemeleri âkit devletlerde verilen vesayete ilişkin kararların tanınmasını kamu düzenine aykırılık gerekçesi ile reddedebilir. Türk mahkemeleri Sözleşme uyarınca mutad mesken veya küçüğün vatandaşı bulunduğu devlet makamı olarak yetkiliyse, bilgi ve iletişim ile yeni bir vesayet kararı vermelidir. Böylece Türk mahkemeleri vesayet makamı olarak vasinin Türkiye'deki faaliyetlerini denetleyebilir.

Sonuç

Vesayet kamu hukuku ile özel hukukun sınırında bir alan teşkil etmektedir. Bu durum, vesayet hukuku alanında yabancı hukukun sınırlı uygulama alanına sahip olmasına neden olmuştur. Buna göre, sadece vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebeplerine ilgilinin milli hukuku uygulanır. Vesayetle ilgili diğer bütün konulara Türk hukuku uygulanacaktır. Yine, ilgilinin mutad meskeni Türkiye'de ise, kendi milli hukukuna göre hakkında kısıtlama veya vesayet kararı verilemeyen kişi hakkında Türk hukuku uygulanabilir. 5718 sayılı Kanun ile kişinin zorunlu olarak Türkiye'de bulunduğu hâllerde de Türk hukukunun uygulanacağı hükmü getirilmiş ve uygulamadaki sorunlar giderilmek istenmiştir.

Hakkında kısıtlama ve vesayet kararı verilecek kişinin Türkiye'de yerleşim yeri varsa, yerleşim yeri mahkemeleri milletlerarası yetkiye de sahiptir. Türkiye'de yerleşim yeri olmayan Türk vatandaşları hakkında MÖHUK'un 41. ve yabancılar hakkında 42. maddelerinde sayılan Türk mahkemeleri milletlerarası yetkiye sahiptir.

Yabancı mahkemelerinden verilen vesayete ilişkin kararların tanınması MÖHUK'un 58. ve 54. maddelerine tâbidir. 54. maddede yer alan şartları taşımayan bir yabancı vesayete ilişkin karar Türkiye'de tanınmaz.

Yabancı mahkemelerden verilen vesayete ilişkin kararların tanınması konusunda yayınlanmış iki Yargıtay kararında yabancı mahkemelerde, Türk vatandaşları hakkında vasi atanmasına ilişkin kararların tanınması reddedilmiştir.

Red gerekçesi olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, MK'nun 411. maddesindeki yerleşim yeri mahkemesinin yetkisinin münhasır yetki olmasını göstermiştir (MÖHUK.m.54/b). Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ise vasi atanmasının kamu düzenine ilişkin olmasından bahisle tanıma kararı vermeyi reddetmiştir.

Her iki kararın gerekçesi farklı olmakla beraber, kararlardaki ortak kaygı, vasinin işlemlerinin vesayet makamları tarafından denetlenmesinin mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Gerçekten yabancı

mahkemelerde verilen bir vesayet kararı tanındığında, vesayet makamı ve denetleme makamı yabancı bir mahkeme olacaktır. Bu durumda vasinin ve vesayet makamlarının Türkiye'deki tasarrufları, örneğin vesayet altındaki kişinin Türkiye'deki taşınmazları üzerindeki tasarrufları Türk mahkemeleri tarafından denetlenemez. Aynı şekilde yabancı vesayet makamları da vasinin Türkiye'deki işlemlerini denetleyemeyebilir. Vasi bulunduğu ülkedeki, varsa, vesayet makamlarına işlemler ve Türkiye'de malvarlığı hakkında bilgi vermeyebilir. Yabancı vesayet makamlarının konu hakkında bilgi sahibi olmaları ve gerekli izin ve kararları vermeleri durumunda ise, yabancı vesayet makamları tarafından verilen her izin kararının Türkiye mahkemeleri tarafından tanınması gerekir. Bu da pratik bir yaklaşım olmayacaktır. Bu nedenle, yabancı vesayete ilişkin kararların tanınması sonucunda Türk kamu düzenine aykırı sonuçlar gündeme gelebilir.

Kanımızca, yerleşim yeri Türkiye'de bulunan Türk vatandaşları ve yabancılar hakkında, Türkiye'deki yerleşim yeri mahkemelerinin münhasır yetkileri vardır ve MÖHUK'un 54/b hükmü uyarınca bu kararlar Türkiye'de tanınamaz. Türkiye'de yerleşim yeri olmayan yabancılar ve Türk vatandaşları hakkında verilen kararların Türkiye'de yerine getirilmeleri, vasilerin bu karara dayanarak Türkiye'de işlem yapmaları vesayet ve denetim makamlarının yetkilerini fiilen ortadan kaldıracağından Türk kamu düzenine aykırı sonuçlar yaratabilir. Bununla birlikte, münferit bir işlem söz konusu ise, bu durumda yabancı vesayet makamlarından alınan izin kararı ile birlikte vesayete ilişkin kararların Türkiye'de tanınması mümkün olabilir.

Türkiye'de tanınmayan vesayete ilişkin yabancı mahkeme kararları, Türk mahkemelerinde delil olarak kullanılabilir.

Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme kapsamında yabancı makamlarca verilen vesayete ilişkin kararların Türkiye'de tanınması, yukarıda ifade edildiği şekilde, Türk kamu düzenine açıkça aykırı sonuçlar doğuracaksa, Sözleşme'nin 16. maddesine dayanarak, bu kararların tanınması reddedilebilir ve Türk mahkemeleri tarafından yeni bir tedbir alınabilir.

"Rekabetin Engellenmesi" Halinde Uygulanacak Olan Hukukun Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi

*Pelin GÜVEN**

Giriş

5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK) 27.11.2007 tarihinde kabul edilip, 12 Aralık 2007 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmesiyle Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku alanında yeni bir dönem başlamıştır. 1982 tarihli 2675 sayılı 46 maddeden oluşan eski MÖHUK, temel alanlarda düzenleme getiren bir kanundu. 66 Maddeden oluşan yeni Kanun da ise, İsviçre ve Alman hukuku gibi bazı ülke hukuklarında yer alan düzenlemeler dikkate alındığı gibi, Avrupa Birliği Hukuku ve çeşitli uluslararası sözleşmelerde yer alan düzenlemeler de dikkate alınarak milletlerarası özel hukuk alanındaki güncel gelişmeler kanuna yansıtılmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda haksız fiiller konusundaki bağlama kurallarında değişiklikler yapılarak, bazı haksız fiil türlerine yönelik olarak ayrı hükümler getirilmiştir. Eski Kanunda haksız fiillerle ilgili olarak tek bir maddede konu düzenlenmişken (Eski MÖHUK m. 25), yeni Kanunda haksız fiillerle ilgili genel bir hükmün kabul edilmesinin yanı sıra (m. 34); kişilik haklarının ihlalinde sorumluluk (m. 35), imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu (m. 36), haksız rekabet (m. 37) ve rekabetin engellenmesi (m. 38) gibi özel haksız fiil durumlarına ilişkin ayrı bağlama kuralları getirilmiştir.

5718 sayılı yeni Kanun ile getirilen değişikliklerden birisi de 38 inci maddede yer alan "Rekabetin engellenmesi" başlığını taşıyan ve ilgili piyasada rekabetin engellenmesi durumunda uygulanacak olan hukuku gösteren maddedir.

---

[1] Doç. Dr., Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

Bu makalede rekabetin engellenmesi durumunda uygulanacak hukukla ilgili olarak getirilen yeni düzenleme karşılaştırmalı hukuk da dikkate alınarak incelenecektir.

1- ÇEŞİTLİ HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ DÜZENLEMELER

1.1. Avrupa Birliği Hukuku

Rekabet ihlali özünde bir haksız fiildir. Haksız fiillerle ilgili olarak Avrupa Birliği'nde (AB) akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk başlığı altında ayrı bir Tüzük bulunmaktadır[1]. Roma II Tüzüğü olarak adlandırılan 864/2007 sayılı bu Tüzük'te konuyla ilgili ayrıntılı hükümler bulunmaktadır.

Avrupa Birliği hukuk sisteminin kaynakları arasında birincil hukuk ve ikincil hukuk şeklinde bir ayırım yapılmakta ve Tüzükler, AB organları tarafından oluşturulan ikincil olarak adlandırılan hukuk kuralları arasında yer almaktadırlar. Tüzükler; genel bir geçerliliğe sahip olan, üye devletlerin herhangi bir tasarrufuna gerek olmaksızın doğrudan uygulanan ve yine üye devletlerin gerçek ve tüzel kişileri lehine haklar yaratan, borç yükümlülüğü getiren, ulusal mahkemelerde ileri sürülebilen, bu anlamda doğrudan etkiye sahip olan mevzuat arasında yer almaktadır[2].

864/2007 sayılı Roma II Tüzüğü, AB'ye üye ülkelerde doğrudan uygulanan ve doğrudan etkiye sahip olan bir mevzuattır ve AB hukukunun üye devlet hukuklarına olan üstünlüğü nedeniyle öncelikli olarak uygulanmaktadır. Tüzüğün ikinci kısmı haksız fiillere ilişkin hükümler içermektedir. Bu kısımda yer alan dördüncü madde haksız fiiller konusundaki genel kuralla ilgilidir. Altıncı madde ise haksız rekabet ve rekabet serbestisinin sınırlandırılması (Unfair competition and acts restricting free competition) durumunda uygulanacak olan hukuku düzenlemektedir.

Rekabetin sınırlandırılması durumunda uygulanacak olan hukuk, Tüzüğün 6 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasında yer almıştır[3]. Uygulanacak olan hu-

---

1 Regulation (EC) No 864/2007 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), L 199/40 EN Official Journal of the European Union 31.7.2007.

2 Craig, Paul/De Burca Grainne: EU Law, Second Edition, Oxford University Press, 1998, 106, 107; Tekinalp/Tekinalp, Avrupa Birliği Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Mayıs 2000 İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. s. 69-72.

3 AB Tüzüğü'nün hazırlık aşamaları ve bu kapsamda da Rekabet Hukuku alanında uygulanacak olan hukukla ilgili maddenin kabulü sırasındaki gelişmelerle ilgili bilgi için bkz. Günseli Öztekin Gelgel, Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi, Ağustos 2006 İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. s. 197 vd.

kuk konusunda piyasanın etkilendiği yer kriteri kabul edilmiştir[4]. Maddeye göre; rekabetin sınırlanmasından doğan haksız fiil sorumluluğunda uygulanacak olan hukuk, rekabet ihlali sonucunda piyasası etkilenen ya da etkilenme ihtimalinin bulunduğu ülke hukuku olacaktır. Birden fazla piyasanın etkilendiği veya etkilenmesi ihtimalinin olduğu durumlarda, davalının mutad meskeninin olduğu bölge içerisinde yer alan mahkemeye zararların tazmini için başvuran kişi iddiasını davaya bakan mahkemenin yasalarına dayandırabilir; ancak bunun için, söz konusu Üye Ülkenin içerisindeki pazarın, söz konusu iddiaya da dayanak olan, sözleşme dışı yükümlülüğün ortaya çıktığı, rekabetin sınırlanmasından doğrudan veya önemli ölçüde etki gören pazarlar içerisinde yer alması gerekir. (Tüzük m. 6/3-b).

Doktrinde, Tüzüğün yasalaşma sürecinde Avrupa Konseyi'nin; *"zararın birden fazla ülkede ortaya çıkması halinde her ülke hukukunun kendi sınırları içindeki zarar ile sınırlı olmak üzere uygulanması gerektiği esasını, diğer bir ifadeyle mozaik bir kanunlar ihtilafı kuralını…"* benimsediği, ancak Tüzüğün son halinde bunun değiştirildiği, Avrupa Parlamentosu'nun Roma II Tüzüğü hakkındaki raporunda; değişiklik gerekçesiyle ilgili olarak, bu şekilde yabancı bir hukukunun uygulanması nedeniyle ortaya çıkabilecek zorlukların ve masrafların üstesinden gelinebileceğini söylediği ifade edilmektedir. Bu kapsamda da zarar gören kişinin talebini, zarara neden olan kişinin mutad meskeninde ileri sürme zorunluluğu olmadığı ancak talebin zarara neden olan kişinin mutad meskeni dışında ileri sürülmesi halinde zararın, pazarı etkilenen ülke ile sınırlı olmak üzere o ülke hukukuna göre talep edilebileceği belirtilmektedir[5].

864/2007 sayılı Tüzüğün 6 ncı maddesinde, bu maddeye göre uygulanacak olan hukukun Tüzüğün 14 üncü maddesi kapsamında hiçbir anlaşma ile bertaraf edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. 14 üncü madde tarafların hukuk seçimi ile ilgili bir maddedir. Bu kapsamda, rekabet sınırlanmasından/engellenmesinden/ihlalinden doğan ihtilaflara uygulanacak olan hukuk, tarafların hukuk seçimi ile bertaraf edilemeyecektir.

---

4 Prof. Dr. Kurt Siehr, *"Private International Law: Developments in Europa and Germany"*, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayımları Serisi-2, İstanbul 2010, Legal Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. s. 38.

5 Zeynep Derya Tarman, *"Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)"*, AÜHFD, Cilt: 57, Sayı: 2, s. 209, Zeynep Derya Tarman, *"Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun (MÖHUK)'un Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Düzenlemesi (MÖHUK M. 34-35-36-37-38),* s. 4045.

Hukuk seçimine izin verilmemesinin gerekçesi olarak doktrinde bunun; üçüncü kişilerin menfaati, kamunun menfaati ve rekabet hukukunun amacı şeklinde açıklandığı, bu gerekçeye katılmanın kural olarak mümkün olmakla birlikte, kanun koyucunun sadece belirli bir rakibin menfaatlerini etkileyen eylemler bakımından bir hukuk seçimine izin verip vermeyeceğinin (Tüzük m. 6/f.2 açısından) tartışılabileceği ifade edilmektedir[6].

Tüzükte, tazminat konusunda herhangi sınırlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Diğer bir ifade ile uygulanacak hukukta rekabet ihlalinden doğan zararın tazmini konusunda yüksek miktarda cezai tazminatın öngörülmesine ilişkin bir hükmün olması durumunda bunun uygulanıp uygulanmayacağı konusunda Tüzüğün 6 ncı maddesinde herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Ancak Tüzüğün 26 ncı maddesinde genel olarak kamu düzenine ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Maddeye göre bu Tüzük kapsamında belirlenen yabancı hukukun uygulanmasının hakimin kamu düzenini açıkça ihlal etmesi durumunda bu hukuk uygulanmayacaktır.

Uygulanacak hukuk konusunda kamu düzenine ilişkin madde genel bir düzenleme getirmektedir. Nelerin kamu düzeni kapsamında değerlendirileceği ile ilgili herhangi bir açıklık yoktur. Tüzüğün kamu düzeni ile ilgili olan maddesinin ilk önerilen eski halinde, yabancı hukukun tazminat miktarına ilişkin olarak getirdiği manevi ve cezai tazminat miktarının çok yüksek olması durumunda kamu düzenine aykırı kabul edilip dikkate alınmayabileceğine ilişkin bir hüküm yer almaktaydı. Doktrinde bu hükmün Tüzüğün hazırlık aşamalarında çok tartışıldığı, Avrupa Komisyonu'nun, Tüzükle ilgili görüşlerini hazırladığı Rapor'da konuyla ilgili özel bir düzenlemenin olmasının uygun olacağını belirttiği[7], ancak Tüzüğün kabul edilen son halinde böyle bir düzenlemeye yer verilmediği ifade edilmiştir. Bu kapsamda, cezai tazminatın kamu hukukuna ilişkin bir tazminat olduğu ve bu Tüzüğün uygulama alanına girmediği şeklinde doktrinde bir görüş bulunduğu, Tüzüğün uygulama alanını düzenleyen 1 inci maddesinde konuyla ilgili bir açıklık olmadığı, Tüzüğün uygulanacağı kabul edilse bile üye devletlerin Anglo- Amerikan hukukuna ilişkin cezai tazminat hükümlerini uygulamasının beklenemeyeceği ve her üye ülkenin cezai tazminatın kamu düzenini ihlal edip etmediğine kendi karar vermek durumunda olacağı ifade edilmektedir[8].

---

6 Tarman, *"Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)"*, s. 210.

7 Maddenin eski haliyle ilgili olarak yapılan çalışmalar konusunda bkz. Öztekin Gelgel, Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi, İstanbul 2006, s. 274-277.

8 Tarman, *"Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)"*, s. 217.

Sonuç itibarıyla Tüzük'te bu konuda, rekabetin sınırlanması durumunda uygulanacak hukukla ilgili maddede herhangi bir düzenleme yer almamakla birlikte, uygulanacak yabancı hukukun, rekabetin sınırlanmasından doğan zararın tazmini konusunda fahiş miktarda tazminata hükmedilmesi, cezai tazminata hükmedilmesiyle ilgili bir hükmü varsa, bu hükmün uygulanması, Tüzüğün 26 ncı maddesinde yer alan, hakimin kamu düzenini açıkça ihlal etmesi durumunda bu hukuk uygulanmayacaktır, şeklindeki hükme dayanılarak engellenebilecektir.

1.2. İSVİÇRE HUKUKU

1.2.1. İsviçre Devletler Özel Hukuku

a-Rekabetin Sınırlanması Durumunda Uygulanacak Olan Hukuk

İsviçre Devletler Özel Hukuku ve Usul Hukuku Hakkında Kanun olan Bundesgesetz über das Internationale Privatrech (IPRG)[9] de rekabetin engellenmesi durumunda uygulanacak olan hukukla ilgili ayrı bir hüküm yer almaktadır. Konu IPRG'nin 137 nci maddesinde düzenlenmiştir. IPRG'nin 137 nci maddesi MÖHUK'un 38 inci maddesine karşılık gelen maddedir.

IPRG'nin 137 inci maddesine göre; Türk hukukundaki hükme benzer şekilde, rekabetin sınırlanmasından doğan taleplerde, rekabetin sınırlanmasından doğrudan etkilenen piyasanın hukukunun uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise kamu düzeni müdahalesi ile ilgili genel hükmün somutlaşmış bir şekli yer almaktadır. Buna göre; rekabetin sınırlanmasından doğan taleplere yabancı bir hukukun uygulandığı durumlarda, İsviçre hukukuna göre rekabetin sınırlanmasında verilecek tazminattan daha fazla tazminata hükmedilemez. Yine bu hükmün bir benzeri MÖHUK'un 38 inci maddesinde de yer almaktadır. Maddede tazminat talebine bir üst sınır getirilmiştir.

İsviçre Hukukunda kanun koyucu bazı durumlar için; genel kamu düzeni ile ilgili olan maddenin dışında, özel kamu düzeni kuralları kabul etmiştir. Bu kurallar ile her zaman İsviçre hukukunun uygulanması temin edilmek istenmektedir. Doktrinde, İsviçre hukukunun uygulanmasının amaçlandığı durumlarda tek taraflı kanunlar ihtilafı kurallarının kabul edilerek bu durumun sağlandığı, örneğin IPRG'nin 34 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan ehliyet konusunda İsviçre hukukunun uygulanacağına ilişkin hüküm ve yine İsviçre'de yapılacak olan evlenmenin şekline İsviçre hukukunun uygula-

---

9 Kanun metni için bkz. www.admin.ch.

nacağına ilişkin hükmün bu nitelikte olduğu, bu kapsamda, kabul edilen özel kamu düzeni kuralları arasında IPRG'nin 137 nci maddesinin 2 nci fıkrasında yer alan aşırı tazminata ilişkin hükmün de yer aldığı, bunun dışındaki başka maddelerde de; örneğin IPRG'nin 135 inci maddesinin 2 nci fıkrasında yer alan, imalatçının sorumluluğuyla ilgili olarak yabancı bir hukukun uygulandığı durumlarda İsviçre hukukuna göre bu zarar için hükmedilecek olandan daha fazlasının uygulanamayacağına ilişkin madde gibi, konunun düzenlendiği belirtilmektedir. Kamu düzeni genel bir şart olduğu için bunun somutlaştırılması gerektiği ve özel kanunlar ihtilafı kuralının geliştirildiği, bu konuda kamu düzeninin bir geçit görevi yaptığı ifade edilmektedir[10].

Türk hukukunda da doktrinde, tazminat talebi konusunda getirilen üst sınırla ilgili olarak, bazı hukuk düzenlerinde genel kamu düzeni müdahalesinin yanında, belirli konularda mahalli hukukun istisnasız olarak uygulanmasını temin etmek amacıyla özel kayıtların konulduğu belirtilmektedir[11]. İsviçre Hukukunda IPRG'nin 137 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hüküm de bu nitelikte, özel kamu düzenine ilişkin bir hükümdür.

Kamu düzenine ilişkin özel bir düzenleme yapılması yerine, kamu düzenine ilişkin genel bir düzenlemenin yapılmasının yeterli olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Kamu düzenine ilişkin özel nitelikteki hükümlerin devletler özel hukuku hakkaniyetini feda ederek, makul bir sebep olmaksızın mahalli hukukun uygulama alanını genişleten istisnai hükümler olduğu, bu nedenle de tasvip edilmemesi gerektiği, sadece genel kamu düzeni müdahalesinin yeterli olduğu ileri sürüldüğü gibi, bu hükümlerin kısmen genel kamu düzeni müdahalesinin gerçek somutlaşma şekli olduğu, kısmen ise sadece vatandaş veya mahalli hukuki işlem güvenliği menfaatine hizmet eden himaye kayıtları olduğundan faydası bulunduğu da ileri sürülmektedir[12].

Sonuç itibarıyla İsviçre hukuku açısından ikinci görüşün daha ağır bastığı ve bu kapsamda da IPRG'de genel kamu düzenine ilişkin bir hükme yer verilmesinin yanı sıra kamu düzeninin somutlaşmış halini yansıtan özel hükümlere de yer verildiği görülmektedir.

IPRG'nin 137 inci maddesi rekabetin engellenmesinden doğan özel hukuka dayalı haksız fiilden kaynaklanan talepleri düzenlemektedir. Doktrindeki

---

10 GIRSBERGER Daniel/HEINI Anton/KELLER Max/KOSTKIEWICZ Jolanta Kren/SIEHR Kurt/VISCHER Frank/VOLKEN Paul: Zürcher Kommentar zum IPRG, Schulthess 2004, 267.

11 Ergin Nomer/Cemal Şanlı, Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 17. Bası, Eylül 2009 İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. s. 180.

12 Görüşler için bkz. Nomer/Şanlı, age, s. 181.

görüşe göre, haksız fiile dayalı bir talep değil; bir kartel anlaşmasının hukuki geçerliliği gibi, sözleşmeye dayalı bir unsur söz konusu ise bu durumda prensip olarak sözleşme statüsü uygulanacaktır. Bu durumda IPRG'nin 19 uncu maddesinde yer alan şartlar altında üçüncü kişilerin haklarının dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir[13]. IPRG'nin 19 uncu maddesi, yabancı bir hukukun doğrudan uygulanan kuralları ile ilgilidir.

Doktrinde İsviçre Kartel Kanununun (Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, (Kartellgesetz, KG)[14]; kaynağı yurt dışında olsa bile etkisini İsviçre'de gösteren rekabetle ilgili durumlarda uygulanacağı, çok taraflı bir kanunlar ihtilafı kuralı olan IPRG'nin 137 nci maddesinin İsviçre Kartel Kanununun uygulama alanını sınırlandırdığı, rekabetin sınırlandırılması nedeniyle yurt dışındaki bir piyasanın doğrudan etkilendiği, bu durumun İsviçre piyasasına etkisinin yalnız ikinci derecede olduğu durumlarda, İsviçre Kartel Kanununun uygulanmayacağı ifade edilmektedir[15]. Yine, rekabet ihlalinden doğrudan etkilenen piyasanın bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanmasının kabul edilmesi nedeniyle, piyasa kavramının somutlaştırılması gerektiği, piyasa kavramının bir devletin egemenlik sahası ya da Avrupa Topluluğu Kartel Hukuku gibi devletler üzeri niteliğe sahip olabilecek bir hukuki düzenlemenin yürürlük sahasıyla ilgili olarak tespit edilmesi gerektiği, mağdurun mal ya da hizmetlerini sunarken engellendiği ve piyasadaki konumunun bu durumdan doğrudan etkilendiği egemenlik sahasının belirleyici bir öneme sahip olduğu, prensip olarak bu piyasanın mal ve hizmetlere bir talebin olduğu ve buna bağlı olarak potansiyel müşterilerin bulunduğu yer olduğu, "doğrudan maruz kalma" ifadesi ile de içinde mağdurun doğrudan etkilendiği piyasanın önemli piyasa olarak kabul edildiği durumu ifade ettiği söylenmektedir[16].

Türk hukukunda da, İsviçre hukukundaki etki kıstasının hem özel hukuk karakterli hem kamu hukuku karakterli rekabet ihtilaflarına uygulandığı, etki kıstasının IPRG 137 nci maddesinde de benimsendiği, maddede "hukuka aykırı engelleyici davranışın mağdur üzerinde doğrudan doğruya etkilerini meydana getirdiği yer olan pazar devletinin hukukunun uygulanacağının kabul edildiği, Federal Konsey'in, rekabet hukukunun tümünün, kuralların mahiyeti bakımından bir ayırım yapılmaksızın etki kıstasına tabi

---

[13] GIRSBERGER/HEINI/KELLER/KOSTKIEWICZ/SIEHR/VISCHER/VOLKEN, Zürcher Kommentar zum IPRG, 1550.

[14] Kanun metni için bkz. www.admin.ch

[15] GIRSBERGER/HEINI/KELLER/KOSTKIEWICZ/SIEHR/VISCHER/VOLKEN, Zürcher Kommentar zum IPRG, 1550.

[16] GIRSBERGER/HEINI/KELLER/KOSTKIEWICZ/SIEHR/VISCHER/VOLKEN, Zürcher Kommentar zum IPRG, 1551-1552.

tutulması gerektiği görüşünde olduğu, Türk hukukunda da Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK)'da 2 inci maddesinde kabul edilen etki kıstasının, rekabetin sınırlanmasının hem özel hukuk açısından sonuçları bakımından hem kamu hukuku karakterli hükümleri bakımından geçerli olarak kabul edildiği, bu şekildeki bir kabulün etki kıstasının kamu-özel hukuk ayırımı mahiyetinden bağımsız olarak bir bütün teşkil etmesi özelliğine de uygun düştüğü, ancak etkinin sahip olması gereken özelliklerinin her iki hukuk alanına göre farklı olabileceği ifade edilmektedir[17].

Yukarıda belirtildiği gibi, İsviçre hukukunda tazminat konusunda uygulanacak olan hukukla ilgili IPRG'nin 137 nci maddesinin 2 nci fıkrası ile bir sınırlama getirilmiştir. İsviçre medeni hukukunda tazminata denkleştirici ve cezai olmayan bir işlev yüklenmektedir. Burada, rekabetin engellenmesi nedeniyle uğranılan zararın tazmini konusunda ancak gerçek zararın talep edilebileceği, yine lex causae eğer bu hakkı tanıyorsa manevi tazminat talebinin de söz konusu olabileceği, bazı durumlarda İsviçre hukukunda çekinceli de olsa cezai karaktere sahip ve medeni hukuka dayalı tazminat isteme hakkının tanındığı (Örneğin İsviçre Borçlar Kanunu olan Obligationenrecht (OR) m. 336a, m. 337c/3)[18], bu nedenle tazminatla ilgili sınırlandırmanın uygulanmasında; İsviçre hukukunun tazminat ölçülerinin aleni bir şekilde ve ağır derecede zarara uğratıldığı durumların dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir[19].

İsviçre hukukuna göre, İsviçre mahkemesi önünde yalnızca medeni hukuka dayalı haklar talep edilebilir. Yurt dışı kaynaklı idari yaptırımların doğrudan uygulanması talep edilemez. Bu durumda öncelikle İsviçre Kartel Kanunu'nda (KG m. 12, 13) düzenlenen konulara benzer talepler söz konusu olacaktır. İsviçre Kartel Kanunu'nun 12 ila 17 nci maddeleri arasında rekabet hukukunun özel hukuk açısından sonuçları düzenlenmiştir. KG'nin 12 ve 13 üncü maddelerinde ise medeni hukuka dayalı taleplerle ilgili olarak; hukuka aykırılığın tespiti, kanuna aykırı durumun ortadan kaldırılması, müdahalenin men'i, zararın tazmini, manevi tazminat, kanuna aykırı olarak elde edilen kazançların iadesi konuları yer almıştır.

İsviçre hukukunda, IPRG'nin 137 inci maddesi kapsamında yabancı bir rekabet otoritesinin dava açmasının kabul edilmediği, yine piyasaya girişi yasaklayan ya da zorlaştıran yabancı bir devlet aleyhine dava açılmasının da

---

17 Bilgin Tiryakioğlu, Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 1997, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 515, s. 83, 84.

18 Kanun metni için bkz. www.admin.ch

19 GIRSBERGER/HEINI/KELLER/KOSTKIEWICZ/SIEHR/VISCHER/VOLKEN, Zürcher Kommentar zum IPRG, 1555.

mümkün olmadığı belirtilmektedir[20]. Bu kapsamda, rekabetin engellenmesine uygulanacak olan hukuk konusunda bazı özel durumların bulunabileceği, bazı devletlerin kendilerine tabi olan kişilerin, yabancı devletlerin rekabet hukukuna dayalı müdahalelerine karşı koruyucu kanunlar kabul ettikleri, İsviçre hukukunda prensip olarak bu tür koruyucu kanunların bir anlamı olmadığı, ancak gerekiyorsa mağdurun durumunun IPRG'nin 19 uncu maddesinde yer alan "yabancı bir hukukun (üçüncü bir devletin) doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınması" hükmü uyarınca dikkate alınabileceği, bir üçüncü devletin (özellikle kartel üyelerinin ikamet ettikleri devletin) tasarrufunda bulunan kartellerin, rekabete sınırlama getirmesini haklı gösterebilecek bir sebebi ortaya koyup koymadıklarının lex causae tarafından belirlenmesi gerektiği, İsviçre hakiminin suçlanan kartel üyesinin durumunu IPRG'nin 19 uncu maddesi kapsamında dikkate alabileceği belirtilmektedir[21].

İsviçre hukukunda IPRG'nin 137 inci maddesinde belirtilen hukukun uygulanmasında renvoi dikkate alınmaz. Lex causae nın kamu hukukuna dayalı olan rekabet kuralları da ancak; eğer bu normların medeni hukuk bakımından etkileri söz konusuysa ve uygulanmaları gerekiyorsa, dikkate alınır [22].

b- Kamu Düzeni Müdahalesi

İsviçre Hukukunda uygulanacak hukukla ilgili genel olarak kamu düzeninin müdahalesi IPRG'nin 17 nci maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre; yabancı bir hukukun hükümlerinin uygulanması, İsviçre kamu düzeni ile uyuşmuyorsa uygulanmayacaktır.

Yukarıda belirtildiği gibi, rekabet sınırlamasından doğan ihtilaflarda uygulanacak hukukla ilgili olarak aşırı tazminat konusunda IPRG'nin 137 nci maddesinin 2 nci fıkrası ile özel bir kamu düzeni kuralı kabul edilmiştir. Dolayısıyla da bu hüküm uygulanacaktır. Ancak kamu düzeni müdahalesi sadece yabancı bir hukukun uygulanması gereken durumlarda değil, yabancı bir mahkeme kararının tanınması ve tenfizinin talep edildiği durumlarda da ortaya çıkabilir. Kamu düzeni, rekabetin sınırlandırıldığı durumları da kapsayan aşırı tazminat talepleriyle ya da cezai tazminat talepleriyle ilgili olarak yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde ya da yine bu

---

[20] GIRSBERGER/HEINI/KELLER/KOSTKIEWICZ/SIEHR/VISCHER/VOLKEN, Zürcher Kommentar zum IPRG, 1557.

[21] GIRSBERGER/HEINI/KELLER/KOSTKIEWICZ/SIEHR/VISCHER/VOLKEN, Zürcher Kommentar zum IPRG, 1555-1556.

[22] GIRSBERGER/HEINI/KELLER/KOSTKIEWICZ/SIEHR/VISCHER/VOLKEN, Zürcher Kommentar zum IPRG, 1553.

konuyla ilgili olan yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde önem taşıyabilir.

İsviçre hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde aranan şartlar içerisinde kamu düzeni de yer almakta ve yabancı bir karar İsviçre'nin kamu düzenine açıkça aykırı ise tanınması ve tenfizi reddedilmektedir (IPRG m. 27, 28).

İsviçre hukukunda, yabancı kararların tanınması ve tenfizi kapsamında; cezai tazminata "punitive damages" ilişkin kararların da hukuk mahkemesi kararları olduğu, ceza kararları olmadığı, IPRG kurallarına tabi olduğu, İsviçre medeni hukukunda da cezai karakter taşıyan taleplerin söz konusu olduğu (örneğin sözleşmedeki cezai şartlarla ilgili OR m. 160) belirtilmektedir. Bu nedenle gerçek zarar miktarını aşan "punitive damages" e ilişkin yabancı mahkeme kararının per se kamu düzenine aykırı olmayacağı, somut olayda önemli bir yurt içi bağlantısının bulunması ve zararın telafi edilmesi bakış açısını çok fazla aşan bir şekilde, haddinden fazla yüksek bir tazminat hakkı tanınması durumunda ancak kamu düzeninin müdahalesinin söz konusu olabileceği ifade edilmektedir. Bu kapsamda, yabancı mahkeme kararının kısmen tanınması ve tenfizinin; sakıncaları olmakla birlikte, mümkün olabileceği, örneğin kararda öngörülmüş olan üç kat tazminat yerine bir kat tazminatın kabul edilebileceği ve tenfiz edilebileceği, ancak yabancı karara müdahalenin çekinceli olarak yapılması gerektiği ve dayanağını karar tetkiklerinde bulması gerektiği söylenmektedir[23].

İsviçre hukukunda Federal Mahkeme, çeşitli olaylarda, cezai tazminata hükmedilen yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini kamu düzeni kapsamında değerlendirmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin vermiş olduğu yakın tarihli bir kararda[24]; cezai tazminata ilişkin Amerikan mahkeme kararının[25] tenfizi konusu gündeme gelmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi, davanın konusunun yabancı bir mahkemeden alınan kararın tenfizi olduğunu, Amerikan mahkemesinin 31 Temmuz 2003 tarihinde verdiği kararında davalıların; diğer suçların yanı sıra, dolandırıcılık suçundan dolayı da 1.803.089.316.57 dolar tazminata mahkum olduğunu, 31 Temmuz 2003 tarihine kadar işleyen 329.807.589.09 dolar faize hükmedildiğini, toplamda ise 2.132.896.905.66 Amerikan doları para cezasına çarptırıldıklarını belirtmiştir. Federal Mahkeme, Amerikan Mahkemesi kararının İsviçre'de

---

[23] GIRSBERGER/HEINI/KELLER/KOSTKIEWICZ/SIEHR/VISCHER/VOLKEN, Zürcher Kommentar zum IPRG, 1551, 1558-1559.

[24] Tribunale Federale, (T 0/2), 4A_8/2008/len, Urteil vom 5 Juni 2008, I. Zivilrechtliche Abteilung.

[25] United States District Court Southern District Of New York, 02 Civ. 666 (JSR), 31 July 2003.

tenfizi için Zürih Bölge Mahkemesine başvurulduğunu, yerel mahkemenin IPRG'nin 25 inci maddesinde yer alan ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili şartların gerçekleşmiş olduğu, IPRG'nin 27 inci maddesindeki red sebeplerinden hiç birisinin mevcut olmadığı, kararın kesinleşmiş olduğu, ne şekli ne de maddi açıdan kamu düzenine aykırı olmadığı gerekçesiyle kararın tenfizine karar verdiğini, bu karara karşı Zürih Kantonu Yüksek Mahkemesi'ne başvurulması üzerine, bu Mahkemenin de 16 Ekim 2007 tarihinde başvuruyu reddederek, Zürih Bölge Mahkemesi kararını onayladığını, bunun üzerine, Federal Mahkemeye başvuruda bulunulduğunu belirtmiştir.

Tenfizi istenen Amerikan mahkemesi kararında, dolandırıcılık suçu nedeniyle Amerikan RICO Kanunu (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act) uyarınca hükmedilen cezai bir tazminat da bulunmaktadır. Amerikan mahkeme kararında bu "punitive damages" olarak yer almaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi, cezai tazminatın kamu düzenine aykırılık kapsamında değerlendirilip değerlendirmeyeceği konusunda, yabancı mahkeme kararının ancak İsviçre kamu düzeniyle açıkça bağdaşmıyorsa İsviçre'de tenfiz edilemeyeceğini, Federal Mahkemenin daha önce vermiş olduğu 11 Temmuz 2005 tarihli (5P.128/2005/E.2.1. sayılı)[26] kararında, eğer yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi yurt içindeki adalet duygusunu tahammül edilemez şekilde zedeliyorsa bu durumun maddi kamu düzenine aykırılık oluşturacağını, çünkü bu durumda İsviçre hukuk düzeninin temel kurallarının göz ardı edilmiş olacağının belirtildiğini ifade etmiştir. Federal Mahkeme, tenfizi istenen kararın İsviçre'deki yerleşik hukuk anlayışı ve geleneklerine aykırı olmadığını, ilk derece mahkemesinin isabetli ve yeterli bir karar verdiğini belirtmiştir.

Sonuç olarak Federal Mahkeme, yerel mahkemenin tenfize ilişkin kararını onaylamıştır. Diğer bir ifade ile Amerikan Mahkemesinin vermiş olduğu cezai tazminatın da söz konusu olduğu kararın tenfizine karar verilmiştir. Bu durumda; rekabet ihlali nedeniyle çeşitli ülkelerde uğranılan zararın tazmininin yanı sıra cezai tazminata da hükmedilmesi nedeniyle, somut olaydaki şartlar dikkate alınacak olmakla birlikte, prensip itibarıyla rekabetin ihlal edilmesi nedeniyle cezai tazminata hükmedilen yabancı bir mahkeme kararının İsviçre'de tanınması ve tenfizi talebinin per se kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşmayacağı, tanıma ve tenfizin; karar İsviçre'deki adalet duygusunu tahammül edilemez şekilde zedelemiyorsa, yabancı mahkeme kararı İsviçre'deki yerleşik hukuk anlayışı ve geleneklerine aykırı değilse mümkün olabileceği görülmektedir.

---

[26] Federal Mahkemenin bu kararında; daha önce yine Federal Mahkeme tarafından verilmiş olan, BGE 131 III 182 E.4.1.S. 185 sayılı kararına ve yine, BGE 126 III 101 E. 3b. S. 107 sayılı kararlarına atıfta bulunulmuştur.

1.2.2. İsviçre Rekabet Hukuku

İsviçre Hukukunda Rekabet Hukukuna ilişkin hükümler 1.7.1996 tarihinde yürürlüğe giren 6.10.1995 tarihli "Bundesgesetz über Kartelle und andere Wetbewerbsbeschraenkungen-KG" adlı (Karteller ve Diğer Rekabet Sınırlamaları Hakkında Kanun) Federal Kanunda düzenlenmiştir.

İsviçre Kartel Kanunu da RKHK gibi hem kamu hukukuna ilişkin hem de özel hukuka ilişkin hükümler içermektedir.

KG'nin özel hukuka ait hükümlerine bakıldığında konu 12 ila 17 nci maddeler arasında düzenlenmiştir. 12 inci maddede rekabet sınırlanmasından doğan talepler arasında; rekabet sınırlamasının kaldırılması ve müdahalenin men'inin istenmesi, yasadışı elde edilen gelirlerin istenmesinin yanı sıra tazminat konusu da yer almaktadır. Maddi ve manevi tazminat konusunda İsviçre Borçlar Kanunundaki hükümlerin (Obligationsrecht- OR) uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Doktrinde, KG'de yer alan hükümler kapsamında hükmedilen tazminatın, tespit edilen zararın üzerine çıkamayacağı, ancak tazminat davalarının çok nadir açıldığı, zarar gören kişilerin genelde diğer hukuki vasıtaları kullandıkları ifade edilmektedir[27].

IPRG'nin 137 inci maddesinin ikinci fıkrasında; rekabetin sınırlanmasından doğan taleplere yabancı bir hukukun uygulandığı durumlarda, İsviçre hukukuna göre rekabetin sınırlanmasında verilecek tazminattan daha fazla tazminata hükmedilemeyeceği yer aldığından ve Rekabet Kanunu olan KG'de tazminata ilişkin olarak İsviçre Borçlar Kanunundaki (OR) hükümlere atıfta bulunulduğundan, tazminata ilişkin OR'de düzenlenen hükümler; yabancı bir hukukun uygulanmasının sınırını oluşturacaktır.

1.3. ALMAN HUKUKU

1.3.1. Alman Devletler Özel Hukuku

a-Rekabetin Sınırlanması Durumunda Uygulanacak Olan Hukuk

Alman Devletler Özel Hukukuna ilişkin bazı kurallar Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche EGBGB (Medeni hukuku düzenleyen uygulama yasası)[28] adlı kanunda düzenlenmiştir. Bu Kanunun 3 ila 49 uncu maddeleri milletlerarası özel hukuka ilişkin hükümler içermektedir.

---

[27] Tiryakioğlu, Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, s. 13.

[28] Kanun metni için bkz. www.gesetze-im-internet.de

Almanya, Avrupa Birliği'ne üye olan bir devlettir. Bu nedenle AB'de düzenleme yapılan alanlarda; Avrupa Birliği Hukukunun üstünlüğü bulunması nedeniyle, Birlik hukukunun öncelikli olarak uygulanması söz konusudur. EGBGB'nin 3 üncü maddesinde, AB hukuku, uluslararası anlaşmalar ve Alman EGBGB kanununda yer alan hükümler arasındaki ilişki düzenlenmiştir. Maddede AB ile olan ilişki kapsamında yapılan düzenlemeye göre; 864/2007 sayılı Roma II Tüzüğü'nün ve 593/2008 sayılı Roma I Tüzüğü hükümlerinin Alman hukuku açısından da uygulanacağı kabul edilmiştir.

Rekabetin engellenmesine ilişkin olarak uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralı konusunda bu kapsamda; Roma II Tüzüğü Alman Hukuku açısından da uygulanacaktır. Bu nedenle EGBGB'de konu özel olarak düzenlenmemiştir. Roma II Tüzüğü kapsamı dışında kalan, genel olarak haksız fiillere ilişkin konular ise EGBGB'nin 40 ıncı maddesinde düzenlenmiştir. 41 inci madde haksız fiillerin de içinde bulunduğu bir kategori için daha sıkı ilişkili hukuk kuralını düzenlemektedir. 42 inci madde ise hukuk seçimi ile ilgilidir. Maddeye göre, akit dışı borç ilişkilerinin meydana gelmesinden sonra taraflar uygulanacak olan hukuku seçebileceklerdir. Ancak üçüncü şahısların hakları bu seçimden etkilenmeyecektir.

Alman hukukunda EGBGB'de genel olarak haksız fiillere uygulanacak olan kanunlar ihtilafı kuralını düzenleyen 40 ıncı maddeye göre; haksız fiil durumunda, haksız fiilin gerçekleştiği yer hukuku uygulanacaktır. Zarar gören kişinin talebi durumunda zararın meydana geldiği yer hukuku da uygulanabilir. Failin ve zarar gören kişinin, zararın gerçekleştiği zamanda ortak bir yerde ikamet etmeleri durumunda, haksız fiile o yer hukuku uygulanacaktır.

EGBGB'nin 40 ıncı maddesinin üçüncü fıkrasında bazı durumlarda yabancı bir devletin hukukunda oluşan hakların uygulanmasının talep edilemeyeceği yer almıştır. Bunlar arasında aşırı tazminat talepleriyle ilgili olarak sınırlayıcı bir hüküm de bulunmaktadır. Bu kapsamda tazminat konusunda, uygun olan tazminattan fazla, aşırı tazminata hükmedilebileceğine ilişkin yabancı bir hukukun uygulanmasına ilişkin talepler kabul edilmeyecektir. Yine yabancı hukukta, açıkça zarar gören kişiye uygun bir tazminat ödenmesi amacının dışında olan bir amaç bulunmaktaysa (örneğin cezai tazminat gibi), yabancı bir hukuktan doğan talepler kabul edilmeyecektir. Maddede ayrıca zararın sigortacıdan talep edilebileceği durumlara ilişkin bir hüküm de yer almaktadır.

Bazı hukuk sistemlerinde; İsviçre hukukunda olduğu gibi, genel olarak kamu düzenine ilişkin öngörülen hüküm dışında, belirli konular için mahalli hukukun istisnasız olarak uygulanmasını temini amacıyla, kamu düzeninin somutlaşmış halini içeren özel kamu düzeni hükümleri bulunmaktadır.

IPRG'de örneğin rekabetin engellenmesi durumuna özgü bir hüküm kabul edilmişken, Alman hukukunda genel olarak haksız fiillere uygulanacak olan maddede bu şekilde kamu düzeninin somutlaşmış halini içeren bir hüküm bulunmaktadır.

Yukarıda belirtildiği gibi, Alman hukukunda EGBGB'nin 3 üncü maddesine göre, haksız fiillerle ilgili AB'deki 864/2007 sayılı Roma II Tüzüğü hükümleri uygulanacağından, bu kapsamda rekabetin sınırlanması durumunda uygulanacak olan hukukla ilgili Tüzüğün 6 ncı maddesinde yer alan hüküm dikkate alınacağından, kamu düzeni müdahalesiyle ilgili olarak da öncelikle Tüzükteki hükümlere bakmak gerekecektir. 6 ncı maddede rekabetin sınırlanması ile ilgili konularda özel bir kamu düzeni müdahalesi öngörülmediğinden, Tüzüğün genel olarak kamu düzeni ile ilgili 26 ncı maddesinde de; bu Tüzük kapsamında belirlenen yabancı hukukun uygulanmasının hakimin kamu düzenini açıkça ihlal etmesi durumunda bu hukukun uygulanmayacağı hükme bağlandığından, Alman hakimi kendi kamu düzeni anlayışı doğrultusunda bir karar verecektir. Aşırı tazminat ya da cezai tazminat konusunu da kendi kamu düzeni anlayışı kapsamında değerlendirecektir. Yabancı hukukun ilgili hükmünün uygulanması Alman hukukunun önemli temel prensipleriyle açıkça uyuşmuyorsa uygulanmayacak, yine ilgili hükmün uygulanması özellikle temel haklarla uyuşmuyorsa uygulanmayacaktır.

b-Kamu Düzeni Müdahalesi

Alman EGBGB'nin 6 ncı maddesinde uygulanacak hukuk konusunda kamu düzeni müdahalesi ile ilgili genel bir hüküm öngörülmüştür. Maddeye göre; yabancı ülkenin (ilgili) hukuk normu uygulandığında Alman hukukunun esaslı/önemli temel prensipleriyle açıkça uyuşmuyorsa uygulanmaz. Yabancı hukuk kuralı uygulandığında özellikle temel haklarla uyuşmuyorsa uygulanmayacaktır.

Özel olarak kamu düzenine ilişkin hüküm getirilmeyen durumlarda EGBGB'nin 6 ncı maddesinde yer alan ve genel kamu düzenine ilişkin olan hüküm uygulanacaktır.

Yukarıda belirtildiği gibi, Alman hukukunda, rekabetin sınırlanmasından doğan uyuşmazlıklarda 864/2007 sayılı Tüzük hükümleri kapsamında değerlendirilecektir. Ancak Alman hukukunda da kamu düzeninin müdahalesi sadece uygulanacak olan hukuk kapsamında değil, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi kapsamında da ortaya çıkmaktadır. Rekabetin sınırlandırıldığı durumlara ilişkin aşırı tazminata hükmedilen ya da cezai tazminata hükmedilen yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi söz konusu olabilir. Cezai tazminata "punitive damages" ilişkin olarak kamu

düzeni müdahalesinin ne şekilde söz konusu olduğu konusuna bakıldığında, konuyla ilgili Alman Federal Mahkemesinin bir kararının bulunduğu görülmektedir. Karar, uygulanacak olan hukuk kapsamında değil, yabancı bir mahkeme kararının tanınması ve tenfizinde kamu düzeni müdahalesinin ne şekilde gerçekleşeceği ile ilgilidir.

Mahkeme kararına konu olan olayda[29] Amerika, Kalifornia mahkemesinden alınan tazminata ilişkin bir mahkeme kararının tenfizi söz konusu olmuştur. Kararda; tedavi masrafı, tıbbi bakım masrafı, gerektiğinde bir bakım evine yerleştirme masrafı gibi maddi zararlara ilişkin bir tazminata hükmedildiği gibi, yaşanan korku, acı şeklinde manevi olarak uğranılan zararlara karşılık da bir tazminata hükmedilmiştir. Amerikan mahkemesi ayrıca 400.000 dolar cezai tazminata da hükmetmiştir. Alman Federal Mahkemesi, kısmen tenfize karar vererek maddi ve manevi tazminata ilişkin olan kısmı kabul etmiş, cezai tazminata ilişkin kısmın ise, bu tazminatın cezalandırmak, korkutmak amaçlı olarak kabul edildiğini belirterek, tenfizini reddetmiştir[30].

1.3.2. Alman Rekabet Kanunu

Alman hukukunda rekabetin sınırlanmasından doğan tazminat konusuna bakıldığında, Alman Rekabet Kanununda (GWB Gesetz gegen Wettbewerbsbeschraenkungen) özel hukuk açısından sonuçlar ve bu kapsamda da tazminatla ilgili konu 33 ve devamı maddelerde düzenlenmiştir. 33 üncü maddede tazminat talep edilebileceği hükme bağlanmakla birlikte konunun ayrıntıları düzenlenmemiştir. Bu hükümlerde; tazminat konusuyla ilgili olarak, ZPO (Zivilprozessordnung) ve Alman Medeni Kanunu olan BGB'de (Bürgerliches Gesetzbuch) yer alan ilgili hükümlerin (Ör. ZPO m. 287, BGB 288, 289)[31] mutatis mutandis uygulanacağı belirtilmiştir.

2. TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEME

2.1. Türk Devletler Özel Hukuku

Türk Devletler Özel Hukukunda 2007 yılında 5718 sayılı Kanunun kabul edilmesiyle; eski kanun zamanında da mevcut olan bazı kurallara getirilen değişikliklerin yanı sıra, önceden düzenlenmeyen bazı alanlarda yeni bağlama kuralları kabul edilmiştir.

---

[29] BGH, 4.6.1992, IPRax 5/1993 310-321.

[30] Cemile Demir Gökyayla, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş. Ankara 2001, s. 178.

[31] Kanun metinleri için bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/

Uygulamada eski MÖHUK'un bazı ihtiyaçları karşılamada yetersiz olması, özellikle borçlar hukukuna ilişkin olan kısmın yeterince düzenlenmemiş olması, 2001 yılında kabul edilen 4721 sayılı yeni Medeni Kanun'un[32] kabulüyle MÖHUK'ta da bazı değişikliklerin yapılması zorunluluğunun ortaya çıkması, yine 1982 yılında eski MÖHUK'un yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra Türkiye'nin taraf olduğu bazı sözleşmelerin bulunması ve bu sözleşme hükümlerinin öncelikli olarak uygulanması nedeniyle Kanunun bazı hükümlerinin daha başlangıçtan itibaren istisnai bir hüküm haline gelmesi, Türkiye ile Avrupa Birliği arasında Ankara Antlaşması ve diğer ilgili mevzuattan kaynaklanan "mevzuat uyumu yükümlülüğünün" bulunması ve bu kapsamda Avrupa Birliğinde Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukukuna ilişkin mevzuatta değişikliklerin bulunması 5718 sayılı yeni MÖHUK'un kabul ediliş gerekçeleri arasında yer almaktadır.

5718 sayılı MÖHUK'ta yeni bağlama kuralları getirilen; sözleşmeler dışındaki, bir başka alan da "haksız fiiller" e ilişkindir. Yeni kanunda; eski kanunda olduğu gibi, genel olarak haksız fiillere ilişkin bir bağlama kuralının saklı tutulmasının yanı sıra; eski kanundan farklı olarak, kişilik haklarının ihlalinde sorumluluk, imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu, haksız rekabet ve rekabetin engellenmesi gibi bazı özel haksız fiil türleriyle ilgili ayrı bağlama kuralları getirilmiştir.

2.1.1. Rekabetin Sınırlanması Durumunda Uygulanacak Olan Hukuk

2675 sayılı eski MÖHUK'ta rekabetin engellenmesinde uygulanacak hukukla ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. 2675 sayılı Kanunda sadece haksız fiillere ilişkin uygulanacak olan hukukla ilgili genel bir madde yer almaktaydı. Kanunun 25 inci maddesinde "haksız fiiller" başlığı altında yer alan hükme göre, haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği yer hukukuna tabi tutulmuş ve haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanacağı kabul edilmişti. Yine haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha yakın irtibatlı olması halinde de bu ülke hukuku uygulanabilecekti.

Yeni MÖHUK'ta; eski kanunda yer alan hükme benzer şekilde, haksız fiillerle ilgili olarak 34 üncü maddede genel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre;

---

[32] 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Kabul Tarihi: 22 Kasım 2001, Resmi Gazete Tarihi: 8 Aralık 2001, Resmi Gazete Sayısı: 24607.

" (1) Haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tabidir.

(2) Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır.

(3) Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması halinde bu ülke hukuku uygulanır.

(4) Haksız fiile veya sigorta sözleşmesine uygulanan hukuk imkan veriyorsa, zarar gören, talebini doğrudan doğruya sorumlunun sigortacısına karşı ileri sürebilir.

(5) Taraflar, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçebilirler"

Maddede; eski MÖHUK'un haksız fiillerle ilgili 25 inci maddesinden farklı olarak, takdir yetkisi kaldırılarak, haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması halinde bu ülke hukukunun uygulanabileceği değil, uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Yine sorumlunun sigortacısına başvurulabileceğine ilişkin yeni bir hüküm getirilmiş ve nihayet maddede taraflara, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçebilecekleri şeklinde sınırlı bir hukuk seçimi imkanı tanınmıştır.

Haksız rekabet ve rekabetin engellenmesi durumları özünde bir haksız fiil olmakla beraber, her iki durumun kendine has özelliklerinin olması, haksız fiilin özel bir türü olmaları nedeniyle ayrı bağlama kurallarıyla düzenlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda 5718 sayılı yeni MÖHUK'ta bu iki durumla ilgili olarak ayrı bağlama kuralları kabul edilmiştir. 5718 sayılı Kanunda 34 üncü maddede genel olarak "haksız fiiller", 35 inci maddede "kişilik haklarının ihlalinde sorumluluk", 36 ncı maddede imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu", 37 nci maddede "haksız rekabet" ve nihayet 38 inci maddede ise "rekabetin engellenmesi" durumlarında uygulanacak olan hukuk düzenlenmiştir.

5718 Sayılı Kanunun "rekabetin engellenmesi" başlığını taşıyan 38 inci maddesine göre;

"(1) Rekabetin engellenmesinden doğan talepler, bu engellemeden doğrudan etkilenen piyasanın bulunduğu ülkenin hukukuna tabidir.

(2) Türkiye'de rekabetin engellenmesine yabancı hukuk uygulanan hallerde, Türk hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazla tazminata hükmedilemez"

MÖHUK'un 38 inci maddesinin gerekçesine bakıldığında gerekçede; madde ile rekabetin korunması, bozulmadan ve düzenli işletilmesinin sağlanması ve çeşitli kartel uygulamalarının önlenmesi amacıyla rekabetin engellenmesine ilişkin bir kural öngörüldüğü, rekabetin engellenmesinden doğan taleplere uygulanacak hukuk belirlenirken en sıkı ilişkiyi temsil eden "engellemeden doğrudan etkilenen piyasa" kriterinin bağlama kuralının temelini oluşturduğu ifade edilmiştir.

Doktrinde, kaynağı ATA m. 85, 86[33] ile 17/62 sayılı AT Tüzüğü olan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun kabulünün[34], İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun (IPRG) 137 inci maddesinde yer alan hükümden esinlenilmesinin, yeni MÖHUK'taki bu düzenlemenin esas gerekçesi olduğu belirtilmektedir[35].

Öncelikle belirtmek gerekir ki 5718 sayılı Kanunda yer alan rekabetin engellenmesi durumunda uygulanacak olan hukukla ilgili madde devletler özel hukuku açısından iki taraflı bir bağlama kuralıdır. Eski MÖHUK yürürlükte olduğu dönemlerde; rekabetin engellenmesi durumunda uygulanacak hukukla ilgili olarak ayrı bir düzenleme yapılmamış olması nedeniyle, doktrinde eski MÖHUK'ta düzenlenen haksız fiillere ilişkin bağlama kuralının, rekabetin engellenmesi durumunda da uygulanması yerine, rekabetin korunması konusunu özel olarak düzenleyen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RKHK) 2 inci maddesinde yer alan[36] tek yanlı bağlama kuralının iki yanlı olarak uygulanması gerektiği şeklinde bir görüş bulunmaktaydı[37].

---

[33] Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın rekabetle ilgili olan eski 85 ve 86 ncı maddeleri, önce 81 ve 82 nci maddeler olarak değişmişken, Lizbon Antlaşması'nın kabulüyle de 101 ve 102 nci maddeler halini almıştır.

[34] 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 7 Aralık 1994, Resmi Gazete Tarihi: 13 Aralık 1994, Resmi Gazete Sayısı: 22140.

[35] Gülören Tekinalp, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 2007 Tarihli MÖHUK Uyarınca Güncelleştirilmiş 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 452.

[36] Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "Kapsam" başlıklı 2 nci maddesine göre;

"Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelliyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu kanun kapsamına girer.

[37] Tiryakioğlu, Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, s. 153-154.

Yine, yeni MÖHUK'ta rekabetin engellenmesi durumunda uygulanacak hukukla ilgili ayrı bir bağlama kuralının kabul edilmesi nedeniyle doktrinde, RKHK'nın 2 inci maddesinde yer alan hüküm kapsamında, bu eylemlerin yabancı unsurlu olmaları ve söz konusu uygulamaların sınırlarının yurt dışında olmakla birlikte Türk piyasalarını etkilemeleri durumunda meydana gelen uyuşmazlıkta uygulanacak hukukun belirlenmesinin bir gereklilik olduğu, ancak bunun da dışında Türk piyasaları değil, yabancı piyasaların etkilenmesi durumunda da uygulanacak hukukun belirlenmesinin gerekli olduğu yani iki yanlı bir bağlama kuralının olması gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, yabancı bir ana ortaklığın bir başka ülkede faaliyette bulunan yavru ortaklığının faaliyeti de bu kuralın kapsama alanı içerisinde yer alacaktır[38]. Benzer şekilde, RKHK'nın 2 inci maddesinde yer alan "*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen..*" şeklindeki ifadenin tek yanlı olarak -Türk Rekabet Hukukunun uygulanması şeklinde- bir bağlama kuralı getirdiği, MÖHUK'un 38 inci maddesinde ise RKHK'nın 2 nci maddesinde öngörülen tek yanlı bağlama kuralının çift yanlı hale getirildiği ifade edilmektedir[39].

MÖHUK'un 38 inci maddesinde "Rekabetin engellenmesinden doğan talepler" konusunda, bu engellemeden doğrudan etkilenen piyasanın bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Rekabetin engellenmesinden doğan talepler; kamu hukukuyla ilgili hükümler kapsamında gündeme gelen ve rekabet otoriteleri önünde ileri sürülen talepler ya da rekabetin engellenmesinin özel hukuk açısından sonuçlarıyla ilgili olan mahkemeler önünde ileri sürülen talepler olabilir. Rekabet hukukunda hem kamu hukukuna ilişkin hükümler hem özel hukuka ilişkin hükümler olduğundan[40] ve rekabet hukukunun kamu hukukuna ilişkin hükümleri doğrudan uygu-

---

[38] Tekinalp, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, s. 452.

[39] Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş. Ankara 2010, s. 332.

[40] Rekabet hukuku hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Richard Whish, Competition Law, Fifth Edition, 2003, Butterworths; Ivo Van Bael, Jean-François Bellis, Competition Law of the European Community, Third Edition, CCH EUROPE, 1994; Bellamy&Child, Common Market Law Of Competition, Fourth Edition, Edited by Vivien Rose, London, Sweet&Maxwell, 1993; Paul Craig/De Grainne Burca, EU Law: Text, Cases and Materials, Second Edition, Oxford University Press, 1998; D.G. Goyder, EC Competition Law, Third Edition, Oxford EC Law Library, Clarendon Press.Oxford 1998; Valentine Korah, An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice, Fourth edition, ESC Publishing Limited, Oxford 1990; D. Lasok, Law and Institutions of the European Union, London, Dublin, Edinburgh, Butterworths 1994; Lennart Ritter/Francis Rawlinson/W. David Braun, EEC Competition Law: a practitioner's guide, Compact Edition 1993, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer.Boston; Pelin Güven, Rekabet Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2008.

lanan kurallar kapsamında değerlendirildiğinden[41], uygulanacak hukuk konusu ancak rekabet hukuku kurallarının özel hukuk açısından sonuçları kapsamında yer alan konular için söz konusu olacaktır. Nitekim 38 inci maddenin ikinci fıkrasında da *"Türkiye'de rekabetin engellenmesine yabancı hukuk uygulanan hallerde, Türk hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazla tazminata hükmedilemez"* denilerek, özel hukuk açısından sonuçların dikkate alındığı görülmektedir.

5718 sayılı MÖHUK'un "Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları" başlığı altındaki maddesinde;

> *"Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde o kural uygulanır"*

hükmü yer almaktadır (m. 6). Rekabet hukuku kurallarının ise çoğunluğu; özel hukuk açısından sonuçlarıyla ilgili olan kurallar istisna tutulursa, doğrudan uygulanan kural niteliğindedir ve bu kapsamda da RKHK'da düzenlenen hükümler dikkate alınacaktır. Doğrudan uygulanan kural olması nedeniyle yabancı bir hukukun uygulanması kamu hukuku kapsamına giren kurallar açısından söz konusu olmayacaktır.

Rekabet hukukunun özel hukuk açısından sonuçları kapsamında yabancı bir hukukun uygulanması gündeme gelecektir. Özel hukuk açısından rekabetin engellenmesinden doğan talepler; rekabet engellemesinin kaldırılması, müdahalenin men'i, tespit, haksız olarak elde edilen gelirlerin iadesi, tazminat gibi talepler olabilir (Ör İsviçre Kartel Kanunu (Bundesgesetz über Kartelle und andere Wetbewerbsbeschraenkungen-KG) m. 12, Alman Kartel Kanunu (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschraenkungen- GWB) m. 33)

İsviçre hukukunda IPRG'nin 137 inci maddesi rekabet sınırlaması ile ilgili olarak sadece tazminat konusunda değil, medeni hukuktan doğan diğer taleplerde de uygulanmaktadır[42].

Türk hukukunda ise RKHK'da rekabetin engellenmesinin özel hukuk açısından sonuçlarıyla ilgili 56 ila 59 uncu maddeler arasında hükümsüzlük, sebepsiz zenginleşme ve tazminat konusu düzenlenmiştir. MÖHUK'un 38 inci maddesinde ilk fıkrada; rekabetin engellenmesinden doğan talepler denilerek genel bir ifade kullanılmıştır. İkinci fıkrada ise Türkiye'de rekabetin en-

---

[41] Doğrudan uygulanan kurallar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hatice Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Kasım 2001.

[42] GIRSBERGER/HEINI/KELLER/KOSTKIEWICZ/SIEHR/VISCHER/VOLKEN, Zürcher Kommentar zum IPRG, 1550.

gellenmesine yabancı hukuk uygulanan hallerde, Türk hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazla tazminata hükmedilemez denilerek sadece tazminat konusundan bahsedilmektedir. Maddenin ilk fıkrasında "rekabetin engellenmesinden doğan talepler" şeklinde genel bir ifade kullandığından; yukarıda belirtildiği gibi, tazminat talebi dışındaki; özel hukuk kapsamında yer alan, diğer talepler de bu madde kapsamında değerlendirilecektir.

5718 sayılı yeni MÖHUK'un rekabetin engellenmesi başlıklı 38 inci maddesinin ilk fıkrasında, rekabetin engellenmesinden doğan taleplerin, bu engellemeden doğrudan etkilenen piyasanın bulunduğu ülkenin hukukuna tabi olacağı hükme bağlanmıştır. Burada bağlama noktası engellemeden doğrudan etkilenen piyasa hukukudur.

Rekabetin engellenmesinden doğrudan etkilenen piyasa Türkiye'deki piyasalar olabileceği gibi, yabancı bir ülkedeki piyasalar da olabilir. Dolayısıyla somut olaya göre Türk hukuku uygulanabileceği gibi yabancı bir ülkenin uygulanması da söz konusu olabilir. Yukarıda belirtildiği gibi, MÖHUK un 38 inci maddesinde yer alan kural iki yanlı bir bağlama kuralı olduğundan her iki durumu da kapsayacak şekilde uygulama imkanı bulmaktadır.

Doktrinde, günümüzde sınır aşan ekonomik dolaşım nedeniyle az ya da çok piyasada bir etkinin her zaman söz konusu olabileceği rekabetin engellenmesine ilişkin iki yanlı kanunlar ihtilafi kuralının uygulanabilmesi için bu etkinin güçlü şekilde hissedilmesi, etkinin doğrudan olması gerektiği ifade edilmektedir[43]. Yine, etkinin, *"rekabeti sınırlayıcı eylem ve uygulamalar ile ekonomik etki arasında varlığı zorunlu olan illiyet bağının açık biçimde ifade edilmesi"* olduğu, doğrudan etkinin meydana geldiği yerin, ekonomik zararın ya da ekonomik menfaatin ihlalinin hissedildiği yer olduğu belirtilmektedir[44]. Bu kapsamda yine RKHK'nın 2 inci maddesinde etkinin sahip olması gereken nitelikler belirtilmemekle birlikte, bu etkinin doğrudan olması şartının aranması gerektiği, bu şekilde ancak milli rekabet kanunlarının geniş bir şekilde uygulanmasının önlenmesinin söz konusu olabileceği ifade edilmektedir[45].

Rekabetin doğrudan etkilendiği piyasa ile ilgili "doğrudan etkinin" ne şekilde anlaşılması gerektiği konusunda İsviçre Hukukuna baktığımızda; doktrinde, piyasa kavramının somutlaştırılması gerektiği, mağdurun mal ya da hizmetlerini sunarken engellendiği ve piyasadaki konumunun bu durumdan

---

[43] Tekinalp, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, s. 453; benzer şekilde Aysel Çelikel, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. Ocak 2010, İstanbul, s. 412-413.

[44] Tiryakioğlu, Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, s. 84-85.

[45] Tiryakioğlu, Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, s. 86-87.

doğrudan etkilendiği egemenlik sahasının belirleyici bir öneme sahip olduğu, prensip olarak bu piyasanın mal ve hizmetlere bir talebin olduğu ve buna bağlı olarak potansiyel müşterilerin bulunduğu yer olduğu, "doğrudan maruz kalma" ifadesi ile de içinde mağdurun doğrudan etkilendiği piyasanın önemli piyasa olarak kabul edildiği durumu ifade ettiği söylenmektedir[46].

MÖHUK'un 38 inci maddesinde rekabetin engellenmesinden doğrudan etkilenen piyasa ifadesi kullanılmakta ancak "doğrudan etkilenen piyasadan ne anlaşılması gerektiği" konusunda bir açıklık maddede yer almamaktadır. Türk rekabet hukuku açısından RKHK'daki hükümlerde bu konuda bir açıklık olup olmadığına bakılırsa; RKHK'nın 2 inci maddesinde; Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem ve davranışların, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemlerin bu Kanun kapsamına gireceği yer almıştır. RKHK'da rekabeti ihlal eden üç ana durum vardır. Bunlar 4, 6 ve 7 inci maddelerde düzenlenmiştir. RKHK'da gerek başlangıç kısmında gerekse başta 4, 6 ve 7 nci maddeler olmak üzere diğer maddelerde "doğrudan etkilenen piyasa/pazar" konusunda herhangi tanım yer almamakla birlikte, "İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuzda" ilgili ürün pazarı, ilgili coğrafi pazar ve etkilenen pazarlarla ilgili çeşitli tanımlar yer almıştır. Ancak Kılavuzda da "doğrudan etkilenen piyasa/pazar" konusunda yapılmış bir tanım bulunmamaktadır.

Yukarıda belirtildiği gibi, RKHK'da üç ayrı rekabeti ihlal konusu düzenlenmiştir. Bunlar 4 üncü maddede yer alan teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemler yoluyla rekabetin ihlal edilmesi, 6 ncı maddede yer alan hakim durumun kötüye kullanılması yoluyla rekabetin ihlal edilmesi ve 7 nci maddede yer alan birleşme ve devralmalar yoluyla rekabetin ihlal edilmesidir.

RKHK'da 4 üncü maddesinde "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar" başlığı altında, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu kabul edilmiştir. Maddede belirli bir mal veya hizmet piyasasında rekabetin ihlal edilmesi dikkate alın-

---

[46] GIRSBERGER/HEINI/KELLER/KOSTKIEWICZ/SIEHR/VISCHER/VOLKEN, Zürcher Kommentar zum IPRG, 1551-1552.

mış, piyasanın doğrudan etkilenmesi ifadesi kullanılmamıştır. Ancak belirli bir mal ya da hizmet piyasasındaki rekabeti ihlal eden ve sıklıkla rastlanan durumlar örnek olarak sayılmıştır. Bunlar arasında; mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi, mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü, mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi, rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi, münhasır bayilik hariç olmak üzere eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması, anlaşmanın niteliği veya ticarî teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi gibi durumlar bulunmaktadır. Dolayısıyla bu gibi hareketlerle belirli bir mal ya da hizmet piyasasındaki rekabetin ihlal edilmesi durumunda piyasanın doğrudan etkilendiği kabul edilebilecektir. Diğer bir ifade ile ilgili mal ya da hizmet piyasası, doğrudan etkilenen piyasa olarak kabul edilecektir.

Benzer şekilde RKHK'nın"Hakim Durumun Kötüye Kullanılması" başlığını taşıyan 6 ncı maddesine göre, bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır. Maddede en sık rastlanan kötüye kullanma halleri örnek olarak sayılmıştır. Bunlar arasında; ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler, eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırımcılık yapılması, bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi, belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler, tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması gibi durumlar yer almaktadır. Burada da bir mal ya da hizmet

piyasasındaki kötüye kullanma dikkate alınmaktadır. Maddede örnek olarak belirtilen durumlarla ya da benzeri durumlarla belirli bir mal ya da hizmet piyasasındaki kötüye kullanma halinde doğrudan etkilenen piyasa "bu mal ya da hizmet piyasası" olacaktır.

Nihayet birleşme ve devralmalarla ilgili RKHK'nın 7 inci maddesine göre de; bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır. Maddede rekabetin önemli ölçüde azaltıldığı mal ya da hizmet piyasası dikkate alınmaktadır.

Her üç maddede de görülmektedir ki, rekabet hukuku açısından ilgili pazar kavramı önem taşımaktadır ve bu merkezde bir değerlendirme yapılmaktadır. Dolayısıyla doğrudan etkilen piyasa ya da pazar, ilgili pazarlar olacaktır. "İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz" hükümlerine göre, ilgili pazar tanımlamasının temel ilkeleri arasında arz ikamesi, talep ikamesi ve potansiyel rekabet yer alırken, ilgili pazarın tanımlanmasına dikkate alınan kriterler arasında ise; ilgili ürün pazarı, ilgili coğrafi pazar bulunmaktadır[47]. Bu kapsamda belirlenen ilgili pazar/piyasa ise, MÖHUK'un 38 inci maddesi kapsamında da rekabet ihlalinden doğrudan etkilen piyasa olacak ve bu piyasanın bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır.

Birden fazla piyasanın doğrudan etkilenmesi söz konusu olabilir. Rekabeti sınırlayıcı eylemler birden fazla devletin piyasasını etkileyebilir. 5718 sayılı MÖHUK'un 38 inci maddesinde birden fazla devletin piyasasının etkilendiği durumlarda hangi hukukun uygulanacağına dair herhangi bir hüküm öngörülmemiştir. İsviçre hukukunda da IPRG'de, 137 nci maddede konuyla ilgili ayrı bir hüküm bulunmamaktadır. Avrupa Birliği'nde ise; yukarıda belirtildiği gibi, 864/2007 sayılı Roma II Tüzüğünün 6 ncı maddesinde, birden fazla piyasanın etkilendiği veya etki görme ihtimalinin olduğu durumlarda, davalının mutad meskeninin olduğu bölge içerisinde yer alan mahkemeye zararların tazmini için başvuran kişi iddiasını davaya bakan mahkemenin kanununa; bu mahkemenin içinde yer aldığı üye ülkenin içerisindeki pazarın da rekabetin kısıtlanmasından doğrudan veya önemli ölçüde etki gören pazarlar içerisinde yer alması durumunda, başvurulabileceği hükme bağlanmıştır (Tüzük m. 6/3-b).

---

[47] Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Güven, Rekabet Hukuku, s. 278 vd.

Birden fazla hukukun uygulanmasının; Avrupa Birliğinde, Avrupa Parlamentosu'nun hazırladığı raporda belirttiği gibi, çeşitli zorlukları ve daha fazla masraflara neden olması gibi sakıncaları olmakla birlikte, 38 inci maddede rekabetin engellenmesinden doğan taleplerin, bu engellemeden doğrudan etkilenen piyasanın bulunduğu ülkenin hukukuna tabi olacağı şeklinde bir hüküm bulunup, konuyla ilgili açıklayıcı bir düzenleme yapılmadığından, birden fazla piyasanın doğrudan etkilendiği durumlarda, birden fazla ülke hukukunun uygulanması gündeme gelebilecektir. Bu durumda Türk hukukunda da AB hukukuna benzer bir düzenlemenin yapılması yararlı olacaktır.

MÖHUK'un 38 inci maddesinin ikinci fıkrasında; Türkiye'de rekabetin engellenmesine yabancı hukuk uygulanan hallerde, Türk hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazla tazminata hükmedilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Madde gerekçesinde, tazminat taleplerine yabancı hukukun uygulandığı hallerde "aşırı tazminat taleplerini önlemek amacıyla" bir üst sınır getirildiği ve bu düzenleme ile bazı milletlerarası özel hukuk kanunlarında düzenlenen hükümlere benzer şekilde tazminat talebine Türk hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan fazlasına hükmedilemeyeceğinin kabul edildiği yer almıştır.

Doktrinde MÖHUK'un 38 inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen ve hükmedilebilecek tazminata bir sınırlama getiren hüküm konusunda hem olumlu hem olumsuz görüşlerin ileri sürülebileceği, ABD'nin uzun yıllardır uyguladığı üç katına kadar tazminat sisteminin Kara Avrupası hukuk sisteminde kabul görmediği, bu hukuk sisteminde tazminatın önleyici amacının genelde olmadığı, giderici olma yönünün ağırlık taşıdığı, bu kapsamda da hükmedilen tazminatın zararı gideren kısmının dışında kalan miktarın tazminat olarak değerlendirilmeyip ceza olarak görüldüğü ifade edilmektedir[48]. Bu görüşe göre, bu nedenle de kendi hukuk sisteminde üç katına kadar tazminatı kabul etmeyen bir ülke bakımından MÖHUK'un 38 inci maddesinde yer alan engelleyici nitelikteki bu hükmün kabul edilmesi isabetli bir yaklaşım olarak değerlendirilebilecektir. Bu kapsamda, RKHK'da üç katına kadar tazminatla ilgili olarak RKHK'nın 58 inci maddesinde maddi bir hukuk kuralının bulunduğu, zaten mevcut bir maddi hukuk kuralı varken, İsviçre MÖHUK'undaki hükme benzer olarak esas itibarıyla üç katına kadar tazminatı engellemek için bir kuralın MÖHUK'ta düzenlenmiş olmasının bir çelişki gibi görülebileceği ancak gelecekte bazı devletlerin hukuk sistemlerinde üç katına kadar tazminatın da üzerinde tazminat ödenmesine ilişkin bir hükmün yer alması ihtimali ve yine RKHK'nın 58 inci maddesinde yer alan üç katına kadar tazminatı öngören maddenin gelecekte kanun koyucu tarafından değiştirilerek azaltılması ya da tamamen sınırlandırılması duru-

---

[48] Tiryakioğlu, *"Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk"*, s. 217-218.

munun söz konusu olabilmesi nedeniyle MÖHUK'un 38 inci maddesinde yer alan hükmün bu durumlar için de sonuç doğurabileceği gerekçeleriyle kabulünün isabetli olduğu ifade edilmektedir[49].

Tazminat konusu incelendiğinde, bazı ülkelerin hukuk sistemlerinde tazminatın zararı giderici yönü dışında, zararı önleyici yönünün de dikkate alınarak, cezai amaçlı bir düzenlemenin yapıldığı görülmektedir. Diğer bir ifade ile cezalandırmak, korkutmak amacıyla, önleyici amaçlı tazminatlara hükmedilmektedir (punitive damages). Örneğin 1623 tarihli İngiliz Tekeller Kanunundan Amerikan Rekabet Hukuku sistemine alınan[50], rekabet hukukunda cezai tazminat olarak da adlandırılan ve üç katı oranında tazminata hükmedilebileceğine ilişkin bir hüküm bulunmaktadır.

Amerikan Rekabet Hukuku uygulamasında "treble damages" olarak geçen bu tazminat Türk Rekabet Hukukunda da kabul edilmiştir.

Amerikan Rekabet Hukuku kuralları Sherman Act, Clayton Act, Federal Trade Commission Act'ta düzenlenmiştir. Amerikan hukukunda tazminat davası dışında ayrıca özel hukuk davaları açısından rekabeti ihlal eden sözleşmelerin butlanına karar verilmesi[51] ya da ihtiyati tedbirle rekabete zarar verme tehdidi taşıyan bir ticari uygulamanın yasaklanması da talep edilebilmektedir[52].

Kara Avrupası hukuk sisteminde, verilen zararı gideren tazminat miktarı dışında kalan ve "cezai tazminat" olarak adlandırılan tazminata ilişkin ya da fahiş nitelikteki tazminata ilişkin hükümler, medeni hukuk yönü olmakla birlikte, cezai niteliği ağır basan hükümler olarak kabul edilmektedir.

Burada tazminata ilişkin hangi tür hükümlerin bu kapsamda yer alacağının, fahiş olarak kabul edilebileceğinin ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Çünkü Türk Rekabet Hukukunda Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda; aşağıda ayrıntılı olarak açıklandığı gibi, "cezai tazminat" olarak nitelendirilen, üç kat tazminata ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 58 inci maddesinde; rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenlerin, ödedikleri

---

[49] Tiryakioğlu, *"Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk"*, s. 217-218.

[50] Ergun Özsunay, "Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları", Tebliğ, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- III, 8 Nisan 2005, Erciyes Üniversitesi, Kayseri.

[51] Türk Hukukunda da rekabeti ihlal eden sözleşmelerin butlanına karar verilmesi mümkündür. Nitekim mahkeme önüne gelen bir olayda; davalı şirketin ana sözleşmesinin rekabete aykırılık nedeniyle butlanının tespiti istemiyle mahkemede dava açılmıştır. Mahkeme butlanın tespitine karar vermiştir. Bakırköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesi, Karar Tarihi: 18.06.2008, Esas No: 2007/96, Karar No: 2008/230.

[52] Tiryakioğlu, Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, s. 10.

bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilecekleri, rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüslerin, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilecekleri, zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârların, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanacağı ve nihayet ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkimin, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebileceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla RKHK'da yer alan bu hüküm, rekabetin engellenmesi durumunda tazminat konusunda uygulanacak olan yabancı hukukun sınırını oluşturacaktır.

RKHK'da kabul edilen tazminatın üzerinde, yani üç kattan fazla bir cezai tazminata hükmedilmesi ya da fahiş bir tazminata hükmedilmesiyle ilgili olarak yabancı bir hukukun uygulanması durumunda, ilgili bu hükmün uygulanması mümkün olmayacak, Türk hukukundaki tazminata ilişkin hüküm yabancı hukukun uygulanmasının sınırını oluşturacaktır.

Rekabetin engellenmesi durumunda uygulanacak olan hukuk konusunda atıf dikkate alınmayacaktır. Türk hukukuna göre, uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda dikkate alınacak ve bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanacaktır (5718 sayılı MÖHUK m. 2). Bu nedenle rekabetin engellenmesinden doğan ihtilaflarda atıf dikkate alınmayacaktır.

Rekabetin sınırlandırılması durumunda uygulanacak olan hukuk konusunda, hukuk seçiminin yapılıp yapılamayacağına bakılırsa; MÖHUK'un genel olarak haksız fiillerle ilgili 34 üncü maddesinde; haksız fiilden doğan borçların haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tabi olacağı belirtildikten sonra son fıkrada, tarafların, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçebilecekleri hükme bağlanmıştır. Ancak gerek haksız rekabetle ilgili 37 inci maddede, gerekse rekabetin engellenmesiyle ilgili 38 inci maddede hukuk seçimine ilişkin herhangi bir hüküm öngörülmemiştir.

Avrupa Birliği Hukukunda 864/2007 sayılı Tüzüğün 6 ncı maddesinde, rekabetin engellenmesiyle ilgili olarak, bu maddeye göre uygulanacak olan hukukun Tüzüğün 14 üncü maddesi kapsamında hiçbir anlaşma ile bertaraf edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. 14 üncü madde tarafların hukuk seçimi ile ilgili olan bir maddedir. Bu kapsamda, rekabet engellemesinden/ihlalinden doğan ihtilaflara uygulanacak olan hukuk, tarafların hukuk seçimi ile bertaraf edilemeyecektir.

Doktrinde, (864/2007 sayılı Tüzükle ilgili olarak) hukuk seçimine izin verilmemesinin gerekçesinin; üçüncü kişilerin menfaati, kamunun menfaati ve rekabet hukukunun amacı şeklinde açıklandığı, bu gerekçeye katılmanın kural olarak mümkün olmakla birlikte, kanun koyucunun sadece belirli bir rakibin menfaatlerini etkileyen eylemler bakımından bir hukuk seçimine izin verip vermeyeceğinin (Tüzük m. 6/f.2 açısından) tartışılabileceği ifade edilmektedir[53].

İsviçre hukukunda ise IPRG'nin 137 inci maddesinde hukuk seçimine ilişkin herhangi bir hüküm yer almamıştır. IPRG'nin 137 inci maddesinde herhangi bir hüküm yer almamakla birlikte, doktrinde (rekabetin engellendiğinin ileri sürüldüğü ilgili pazarda) **rekabet ihlalinin olup olmadığı konusunda** pazar yeri hukukunun uygulanması gerektiği için, tarafların İsviçre mahkemesinin yetki sahası içindeki geçerli olan hukukun uygulanması konusunda yapmış oldukları anlaşmanın, geçerli olmayacağı, İsviçre hukukunun, rekabete ilişkin belirli bir davranışın yabancı bir piyasa içinde de uygun görülüp görülemeyeceğini belirleyemeyeceği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, İsviçre rekabet hukuku, özellikle haklı sebeplerin düzenlenmesiyle ilgili olarak İsviçre pazarının/piyasasının şartlarını dikkate alarak hazırlanmıştır. Ancak bu görüşe göre, rekabet engellemesinden doğan medeni hukuka ilişkin talepler konusunda ise; örneğin tazminat, manevi tazminat, kazancın iadesi gibi konularda, hukuk seçimi mümkün olabilir. Bu durum dolaylı olarak IPRG'nin 137 nci maddesinin ikinci fıkrasından da kaynaklanmaktadır. Yazara göre bu hüküm, tarafların yaptırımlar için tümüyle İsviçre hukukuna tabi olacaklarını zımni olarak göstermektedir[54].

Doktrinde, haksız fiiller alanında hukuk seçiminin sözleşmelere nazaran daha dar kapsamlı olduğu, haksız fiilin özel türleri ile ilgili getirilen düzenlemelerde hukuk seçiminin kabul edilmemiş olduğu belirtilmektedir[55].

Genel olarak haksız fiillerle ilgili uygulanacak hukuku gösteren MÖHUK'un 34 üncü maddesinin son fıkrasında, tarafların, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçebilecekleri

---

53 Tarman, *"Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)"*, s. 210.

54 GIRSBERGER/HEINI/KELLER/KOSTKIEWICZ/SIEHR/VISCHER/VOLKEN, Zürcher Kommentar zum IPRG, 1554.

55 Bilgin Tiryakioğlu, *"3- Haksız Fiiller, a) Genel Olarak Haksız Fiiller (Haksız Rekabet): Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk",* Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayımları Serisi-2, İstanbul 2010, Legal Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. s. 213.

hükme bağlanmışken, özel haksız fiil türleriyle ilgili düzenleme getiren maddelerin hiç birisinde hukuk seçimine yer verilmemiştir. Madde gerekçesinde ise, hukuk seçimine ilişkin herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda kanun koyucunun rekabetin engellenmesi durumunda uygulanacak olan hukukla ilgili olarak taraflara hukuk seçimi imkanı tanımadığı, haksız fiillere ilişkin maddede sınırlı bir hukuk seçimine yer verdiği halde, haksız rekabet ve rekabetin engellenmesi durumlarında uygulanacak olan hukukla ilgili maddelerde konuyu özellikle düzenlemediği görülmektedir. Nitekim haksız fiillerden sonra gelen sebepsiz zenginleşmede uygulanacak hukukla ilgili maddede de yine sınırlı bir hukuk seçimine imkan tanınmıştır. Bu nedenle mevcut durumda rekabetin engellenmesinden doğan taleplerde hukuk seçimi mümkün olmayacaktır.

Rekabetin engellenmesi sonucunda haksız fiile dayalı bir talep değil; teşebbüsler arası bir sözleşmeyle rekabetin engellenmesi ve bu sözleşmenin hukuki geçerliliği gibi sözleşmeye dayalı bir unsur söz konusu ise bu durumda sözleşme statüsünün uygulanması, yani MÖHUK'un 24 üncü maddesinde yer alan[56], sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukukla ilgili madde kapsamında uygulanacak hukukun belirlenmesi gerekecektir. Bu durumda ise MÖHUK'un 31 inci maddesinde yer alan[57] üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının da dikkate alınması gerekecektir.

---

[56] MÖHUK'un "Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk" başlığını taşıyan 24 üncü maddesine göre;

"(1) Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir. Sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.

(2) Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler.

(3) Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir.

(4) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme, bu hukuka tabi olur"

[57] MÖHUK'un "doğrudan uygulanan kurallar" başlığını taşıyan 31 inci maddesine göre;

"(1) Sözleşmeden doğan ilişkinin tabi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır"

2.1.2.Kamu Düzeni Müdahalesi

Türk hukukunda; yukarıda belirtildiği gibi rekabetin sınırlanmasında uygulanacak olan hukukla ilgili MÖHUK'un 38 inci maddesinde ayrı bir düzenleme yer almaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında ise tazminat konusunda; doktrinde özel bir kamu düzeni sınırlaması olarak ifade edilen bir sınırlama yer almıştır. Maddede belirtildiği şekilde Türk hukukunun öngördüğünden daha fazla tazminata hükmedilmesini mümkün kılan bir yabancı hukuk hükmünün olması durumunda fazla olan kısma ilişkin olarak hüküm bu madde kapsamında bir müdahale ile karşılaşacaktır.

Genel olarak kamu düzenine ilişkin konu ise 5718 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde yer almıştır. Maddeye göre; yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır. MÖHUK'un 38 inci maddesinde rekabetin engellenmesi halinde uygulanacak olan hukukla ilgili maddede eğer kamu düzenine ilişkin özel bir hüküm yer almamış olsaydı, kamu düzenine ilişkin genel bir hüküm olan MÖHUK'un 5 inci maddesi rekabetin engellenmesi durumunda da uygulanacaktı.

Kamu düzeni müdahalesi; tıpkı İsviçre ve Alman hukuklarında olduğu gibi, uygulanacak olan hukuk dışında, rekabetin engellenmesi ile ilgili olarak yabancı bir mahkeme kararının tanınması ve tenfizi aşamasında da gündeme gelebilecektir. Yine yabancı bir hakem kararının tanınması ve tenfizi aşamasında da söz konusu olabilecektir. 5718 sayılı MÖHUK'un tenfiz şartlarıyla ilgili maddesinde; yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamların tenfizi için aranan şartlar arasında; hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması da yer almaktadır (m. 54). Yine yabancı hakem kararlarının tenfizi konusunda da; kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış veya taraflar için bağlayıcı olan yabancı hakem kararlarının tenfizinde, ret sebepleri arasında hakem kararının genel ahlaka veya kamu düzenine aykırı olması da bulunmaktadır (m. 62). Kamu düzeni müdahalesi gerek yabancı mahkeme kararlarının, gerekse yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi kapsamında gündeme gelebilecektir.

Doktrinde; Amerikan mahkemelerinde hükmedilen üç kat tazminata ilişkin olan "treble damages" olarak anılan kararlara ilişkin olarak, bu kararların tanınması ve tenfizi talebinde bulunulması durumlarında, bu ilamın bir ceza ilamı niteliği taşıdığı gerekçesiyle talebin reddedildiği, örneğin İngiliz mahkemelerinin İngiliz şirketlerinin üç kat tazminat ödemesine ilişkin Amerikan mahkeme kararlarına karşı çok sert tepki göstererek İngiltere'nin Amerika'ya konuyla ilgili bir Nota verdiği belirtilmektedir. Yine, çok katlı tazminata ilişkin yabancı mahkeme kararlarının cezai nitelikte olduğu için

Birleşik Krallık Mahkemeleri tarafından tenfizinin kabul edilemeyeceğinin belirtildiği ve yine İngiltere'nin 1980 yılında kabul ettiği bir kanunla cezai mahiyette tazminata hükmeden yabancı ilamlara İngiltere'de etki tanımayı yasakladığı, hatta yabancı bir ülkede bu şekildeki bir tazminata hükmedilmiş olan kişilere de normal tazminat miktarını aşan kısmın kendilerine iadesi için Birleşik Krallık mahkemelerinde dava açma hakkının tanındığı, blokaj kanunları olarak adlandırılan bu çeşit kanunları İngiltere dışında Kanada, Avusturalya ve Fransa gibi bir çok ülkenin de çıkartmış olduğu belirtilmektedir. Bu kapsamda üç katına kadar tazminatın kamu hukuku veya özel hukuk olarak vasıflandırılmasının zor, göreceli ve yapay olduğu, üç kat tazminatın hem özel hukuk hem kamu hukuku yönleri olan bir kurum olduğu, her iki hukuk alanının kesiştiği gri alanda yer aldığı, üç katına kadar tazminatı düzenleyen kuralları doğrudan uygulanan kural olarak vasıflandırmanın milletlerarası alanda net sonuçları olan bir vasıflandırma olduğu ifade edilmektedir.[58].

Konuyla ilgili olarak bir başka görüşte de, Amerikan Hukukunda, ekonomik ceza hukuku niteliğindeki RICO Kanununa göre (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations), haksız fiilden doğan zararların tazmininde üç katına kadar tazminata imkan veren hükme ilişkin olarak Amerikan Mahkemeleri tarafından verilen kararların, Türkiye'de tanınması ve tenfizi talep edildiğinde, Türk tazminat hukukunun temel ilkelerine aykırılık oluşturduğundan, Türk kamu düzeninin müdahalesiyle karşılaşacağı ifade edilmektedir. Bu kapsamda, Alman Yüksek Mahkemesi tarafından, Amerikan mahkemelerinin verdiği cezai tazminatı da kapsayan bu nitelikteki bir kararın, tazminatın medeni hukuk yönü olduğu kabul edilmekle birlikte esas amacın cezalandırmak ve korkutmak olduğu dikkate alınarak kamu düzeni müdahalesi ile tenfiz edilmediği belirtilmiştir[59]. Yine aynı Alman Mahkeme kararının incelendiği bir başka çalışmada da, cezai tazminata ilişkin yabancı mahkeme kararlarının, hukuk davalarına ilişkin olsalar bile, cezai niteliklerinin bulunması dolayısıyla tenfizinin Türk kamu düzenine aykırılık oluşturduğu ifade edilmektedir[60].

Bir başka görüşte, Alman Hukukunda durumun daha belirgin olmakla beraber İsviçre hukukunda konunun net olmadığı, İsviçre'de Basel şehri mahkemesinde görülen bir tenfiz davasında, 1989 yılında 50.000 dolar tazminata hükmedilen Amerikan Kaliforniya mahkemesi kararının tenfizine karar verildiği, cezai tazminatın aşırı olması durumunda bunun kamu düzeni

---

58 Tiryakioğlu, Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, s. 21, 22.

59 Nomer/Şanlı, Devletler Hususi Hukuku, s. 477. Karar için bkz. yukarıda Alman Hukukuyla ilgili kısım.

60 Gökyayla, age, s. 179.

bakımından bir sakınca yaratabileceği bunun da her somut olaya göre ayrıca değerlendirilmesi gerektiği, cezai tazminatın makul bir seviyeye indirilerek kısmen tenfizinin mümkün olabileceği şeklinde bir düşüncenin olduğu ancak bu düşüncenin Türk hukuku bakımından kabul edilemeyeceği, burada kamu düzenine aykırılığın nedeninin tazminatın miktarı olmayıp cezalandırma amacıyla tazminata hükmedilmesi olduğu hukuki tazminatın ise cezalandırma ya da ibret verme amacının olmadığı, cezalandırma amaçlı verilen tazminatın makul miktarda olsa da kamu düzenine aykırılık oluşturacağı, yine tazminat miktarının indirilerek kısmı tenfizin kabul edilmesi şeklinde bir uygulamanın Türk hukukuna göre mümkün olmadığı, bu nedenle cezai tazminata ilişkin yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'de tenfiz edilemeyeceği ifade edilmektedir[61]

Aşağıda ayrıntılı olarak açıklandığı gibi, RKHK'da, uğranılan zararın tazmini amacı dışında, cezalandırmak düşüncesiyle önleyici amaçla verilen ve "cezai tazminat" olarak adlandırılan tazminat kapsamında yer alan üç katı oranında tazminat Türk hukuk sisteminde RKHK'da kabul edilmiştir[62].

Yukarıda İsviçre hukukuyla ilgili kısımda yer aldığı gibi, İsviçre Federal Mahkemesi yakın bir tarihte yine, Amerikan Mahkemesinin vermiş olduğu cezai tazminatın da söz konusu olduğu bir kararın tenfizine karar vermiş, kamu düzeni gerekçesiyle tenfizin per se engellenemeyeceğini belirtmiş, diğer bir ifade ile cezai tazminatı, sırf bu niteliğinden dolayı kamu düzeni müdahalesini gerektiren bir durum olarak görmemiştir.

Türk hukuku açısından konu değerlendirilirse, RKHK'da cezai tazminata ilişkin olan üç kat tazminat sisteminin kabul edilmiş olması, kamu düzeni müdahalesinin de istisnai olarak uygulanması gerektiği dikkate alındığında, rekabetin engellenmesi nedeniyle üç kat tazminata ya da üç kata kadar cezai tazminata hükmedilmiş olan yabancı bir mahkeme kararının ya da hakem kararının tanınması ve tenfizinde; sırf bu niteliğinden dolayı, yani tazminatın sadece cezalandırma amaçlı olmasından dolayı kamu düzeni müdahalesi söz konusu olmayacaktır. RKHK'da kabul edilen oranın üzerinde cezai tazminata hükmedilmesi ya da fahiş bir tazminata hükmedilmesi durumunda ancak somut olayın şartlarına göre kamu düzeni müdahalesinin gündeme gelebilecektir.

---

61 Gökyayla, age, s. 179-180.

62 Rekabet ihlali durumunda tazminat yükümlülüğü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Güven, Rekabet Hukuku,s. 737 vd; M. Nazlı Aksoy, Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 52, Ankara 2004, s. 45 vd; Ahmet Ussal Şahbaz, ABD Uygulaması Işığında Rekabet İhlallerinden Doğan Zararların Tayini ve Tazmini, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 88.

2.2.Türk Rekabet Hukuku

Türk Hukukunda rekabetin korunması ile ilgili hükümler temel olarak Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. RKHK'da hem kamu hukukuna ilişkin hem özel hukuka ilişkin hükümler yer almaktadır. Rekabet hukukuna ilişkin kurallar doğrudan uygulanan kurallar kapsamında değerlendirilen kurallardır[63]. Ancak bu durum rekabet hukuku kurallarının kamu hukukuna ilişkin kısmı için söz konusu olmaktadır. Rekabet hukukunda bunun dışında özel hukuk açısından söz konusu olan kurallar da bulunmaktadır. Genelde rekabet hukuku ile ilgili kanunlarda hem kamu hukukuna ilişkin hükümler hem de özel hukuka ilişkin hükümler birlikte yer almaktadır. Türk hukukunda da RKHK'da hem özel hukuka ait hükümler hem kamu hukukuna ait hükümler beraber düzenlenmiştir.

Özel hukuka ait hükümler Kanunun beşinci kısmında "Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları" başlığı altında 56 ila 59 uncu maddesi arasında yer almıştır. Bu kısımda, RKHK'ya aykırı anlaşma ve kararların hukuki niteliği (m. 56), tazminat hakkı (m. 57), zararın tazmini (m. 58) ve ispat yükü (m. 59) ile ilgili hükümler bulunmaktadır.

RKHK'nın 56 ncı maddesine göre; bu kanunun 4 üncü maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararı geçersizdir. Bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemez. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geri istenmesi halinde tarafların iade borcu Borçlar Kanununun 63 ve 64 üncü maddelerine tabidir. Borçlar Kanununun 65 inci maddesi hükmü bu kanundan doğan ihtilaflara uygulanmaz.

RKHK'nın tazminatla ilgili maddesine göre ise, her kim RKHK'ya aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur. Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur (RKHK m. 57).

Zararın tazmini ile ilgili maddede ise; rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenlerin, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilecekleri, rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüslerin, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilecekleri, zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârların, geçmiş yıllara ait bilanço-

---

[63] Doğrudan uygulanan kurallar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri.

ların da dikkate alınarak hesaplanacağı hükme bağlanmıştır. Maddenin son fıkrasında ise; ortaya çıkan zararın, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanması durumunda, hâkimin, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebileceği kararlaştırılmıştır (RKHK m. 58)[64]. Dolayısıyla, uğranılan zararın tazmini amacı dışında, cezalandırmak düşüncesiyle önleyici amaçla verilen ve "cezai tazminat" olarak adlandırılan tazminat kapsamında yer alan üç katı oranında tazminat Türk hukuk sisteminde RKHK'da kabul edilmiştir.

Üç kat tazminatla ilgili olarak madde gerekçesinde herhangi bir açıklık yoktur. Gerekçede; madde ile özel hukuk hükümleri çerçevesinde bu zararın nasıl tazmin edilebileceği, hangi tür zararların karşılanacağı ve bunların nasıl hesaplanacağı düzenlenmiştir, şeklinde bir ifade yer almaktadır.

RKHK'nın 58 inci maddesinde maddi bir hukuk kuralı olarak, üç katı oranında cezai tazminata hükmedebileceği yer almıştır. Türk hukukunda sadece RKHK'da değil, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 68 inci maddesinde de üç kat tazminata ilişkin bir hüküm yer almaktadır[65]. Dolayısıyla bu

---

[64] Üç kat tazminat mı, yoksa üç kata kadar tazminat mı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Güven, Rekabet Hukuku, s. 737 vd; Aksoy, Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, s. 45 vd; Şahbaz, ABD Uygulaması Işığında Rekabet İhlallerinden Doğan Zararların Tayini ve Tazmini.

[65] Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 68 inci maddesine göre;

"Eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları hak sahiplerinden bu Kanuna uygun yazılı izni almadan, işleyen, çoğaltan, çoğaltılmış nüshaları yayan, temsil eden veya hertürlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletenlerden, izni alınmamış hak sahipleri sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir.

İzinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmamışsa hak sahibi çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini ya da sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir. Bu husus, izinsiz çoğaltanın hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

İzinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmışsa hak sahibi, tecavüz edenin elinde bulunan nüshalar hakkında ikinci fıkradaki şıklardan birini kullanabilir.

İkinci ve üçüncü fıkraların eser sahibinden başka hak sahiplerince uygulanabilmesi için eser sahibinin bu Kanun'un 52 nci maddesine uygun yazılı çoğaltma izni aranır.

Hak sahiplerinden biri, ikinci ve üçüncü fıkralar uyarınca talepte bulunduklarında Ceza Muhakemesi Kanununun el koymaya ilişkin hükümleri delil elde etmek amacı dışında uygulanmaz.

Bedel talebinde bulunan kişi, tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebilir"

tür tazminat Türk hukukuna yabancı değildir. RKHK'da tazminat konusu; cezai tazminatı da kapsayacak şekilde, Kanunun beşinci kısmında "Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları" başlığı altında düzenlenmiştir. Dolayısıyla Türk Rekabet Hukukunda cezai nitelikte sayılan üç kat tazminata ilişkin maddi bir hüküm bulunduğundan, MÖHUK'un 38 inci maddesinde yer alan, Türkiye'de rekabetin engellenmesine yabancı hukuk uygulanan hallerde, Türk hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazla tazminata hükmedilemez şeklindeki hüküm kapsamında, en fazla cezai nitelikteki üç kat tazminata ilişkin yabancı bir hukukun uygulanması söz konusu olacaktır. Bunun üzerinde cezai tazminata hükmedilebileceğine ilişkin yabancı hukuk hükmü uygulanmayacaktır. RKHK'da yer alan hüküm yabancı hukukun uygulanmasının sınırını oluşturacaktır.

Sonuç

Rekabet ihlali özünde bir haksız fiildir. Avrupa Birliği Hukukunda akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk, Roma II Tüzüğü olarak adlandırılan 864/2007 sayılı Tüzük'te düzenlenmiştir. Rekabetin sınırlandırılması durumunda uygulanacak olan hukuk, Tüzüğün 6 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasında yer almıştır. Maddeye göre; rekabetin sınırlanmasından doğan haksız fiil sorumluluğunda uygulanacak olan hukuk, rekabet ihlali sonucunda piyasası etkilenen ya da etkilenme ihtimalinin bulunduğu ülke hukuku olacaktır. Birden fazla piyasanın etkilendiği veya etkilenmesi ihtimalinin olduğu durumlarda, davalının mutad meskeninin olduğu bölge içerisinde yer alan mahkemeye zararların tazmini için başvuran kişi iddiasını davaya bakan mahkemenin yasalarına dayandırabilir; ancak bunun için, söz konusu Üye Ülkenin içerisindeki pazarın, söz konusu iddiaya da dayanak olan, sözleşme dışı yükümlülüğün ortaya çıktığı, rekabetin sınırlanmasından doğrudan veya önemli ölçüde etki gören pazarlar içerisinde yer alması gerekir. (Tüzük m. 6/3-b).

Almanya'da ise, Avrupa Birliğine üye olan bir ülke olması ve Avrupa Birliği Hukukunun; düzenleme getirilen alanlarda, üye devlet hukuklarına nazaran önceliği bulunması nedeniyle, haksız fiillerde uygulanacak olan hukuk konusunda Avrupa Birliği hukukuyla uyumlu bir düzenleme bulunmaktadır. EGBGB'nin 3 üncü maddesinde, 864/2007 sayılı Roma II Tüzüğü'nün ve 593/2008 sayılı Roma I Tüzüğü hükümlerinin Alman hukuku açısından da uygulanacağı kabul edilmiştir.

İsviçre hukukunda ise IPRG'nin 137 inci maddesinde rekabetin sınırlanması durumunda uygulanacak olan hukukla ilgili ayrı bir bağlama kuralı yer almaktadır. Buna göre; rekabetin sınırlanmasından doğan taleplerde, rekabetin sınırlanmasından doğrudan etkilenen piyasanın hukuku uygulanacaktır.

Rekabetin sınırlanmasından doğan taleplere yabancı bir hukukun uygulandığı durumlarda, İsviçre hukukuna göre rekabetin sınırlanmasında verilecek tazminattan daha fazla tazminata hükmedilemeyecektir.

Gerek Avrupa Birliği'nin kabul ettiği 864/2007 sayılı Tüzükte yer alan hüküm, gerek Alman ve İsviçre hukuku ile karşılaştırmalı olarak değerlendirildiğinde, rekabetin engellenmesinde uygulanacak hukukla ilgili Türk hukukundaki düzenlemenin İsviçre'deki düzenleme esas alınarak yapıldığı görülmektedir.

Rekabet hukukunda hem kamu hukukuna ilişkin hükümler hem özel hukuka ilişkin hükümler olduğundan ve rekabet hukukunun kamu hukukuna ilişkin hükümleri doğrudan uygulanan kurallar kapsamında değerlendirildiğinden, uygulanacak hukuk konusu ancak rekabet hukuku kurallarının özel hukuk açısından sonuçları kapsamında yer alan konular için söz konusu olacaktır. MÖHUK'un 38 inci maddesinin ilk fıkrasında "rekabetin engellenmesinden doğan talepler" şeklinde genel bir ifade kullandığından, tazminat talebi dışındaki; özel hukuk kapsamında yer alan, diğer taleplerin de bu madde kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

MÖHUK'un 38 inci maddesinde aksine bir hüküm yer almadığından, rekabetin engellenmesi nedeniyle birden fazla pazarın doğrudan etkilendiği durumlarda, birden fazla ülke hukukunun uygulanması söz konusu olabilecektir. Bu durumda AB hukukundakine benzer bir düzenleme yapılması yararlı olacaktır.

MÖHUK'un 38 inci maddesinin ikinci fıkrasında; Türkiye'de rekabetin engellenmesine yabancı hukuk uygulanan hallerde, Türk hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazla tazminata hükmedilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Türk Rekabet Hukukunda, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 58 inci maddesinde; uğranılan zararın tazmini dışında, cezai tazminat olarak üç kat tazminata ilişkin maddi bir hüküm öngörüldüğünden, rekabetin engellenmesi durumunda tazminat konusunda uygulanacak yabancı hukukun sınırını bu hüküm oluşturacaktır.

Türk hukukuna göre, uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda dikkate alınacak ve bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanacaktır (5718 sayılı MÖHUK m. 2). Bu nedenle rekabetin engellenmesinden doğan ihtilaflarda atıf dikkate alınmayacaktır.

Genel olarak haksız fiillerle ilgili uygulanacak hukuku gösteren MÖHUK'un 34 üncü maddesinin son fıkrasında, tarafların, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçebilecekleri hükme bağlanmışken, özel haksız fiil türleriyle ilgili düzenleme getiren maddelerin hiç birisinde hukuk seçimine yer verilmediğinden, rekabetin engel-

lenmesi durumunda uygulanacak olan hukukla ilgili olarak tarafların hukuk seçimi mümkün olmayacaktır.

Rekabetin engellenmesi ile ilgili olarak kamu düzeni müdahalesi yabancı bir mahkeme kararının tanınması ve tenfizi aşamasında ya da yabancı bir hakem kararının tanınması ve tenfizi aşamasında da da gündeme gelebilecektir. RKHK'da cezai tazminata ilişkin olan üç kat tazminat sisteminin kabul edilmiş olması, kamu düzeni müdahalesinin de istisnai olarak uygulanması gerektiği dikkate alındığında, rekabetin engellenmesi nedeniyle üç kata kadar cezai tazminata hükmedilmiş olan yabancı bir mahkeme kararının ya da hakem kararının tanınması ve tenfizinde; sırf bu niteliğinden dolayı, kamu düzeni müdahalesi söz konusu olmayacaktır. Bu oranın üzerinde cezai tazminata hükmedilmesi ya da fahiş bir tazminata hükmedilmesi durumunda ancak somut olayın şartlarına göre kamu düzeni müdahalesi gündeme gelebilecektir.

Kaynakça

Aksoy, M. Nazlı: Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 52, Ankara 2004.

Bael, Ivo Van/Bellis, Jean-François: Competition Law of the European Community, Third Edition, CCH EUROPE, 1994.

Bellamy&Child: Common Market Law Of Competition, Fourth Edition, Edited by Vivien Rose, London, Sweet&Maxwell, 1993.

Craig, Paul/Burca, De Grainne: EU Law: Text, Cases and Materials, Second Edition, Oxford University Press, 1998.

Çelikel, Aysel: Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. Ocak 2010, İstanbul.

Doğan, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş. Ankara 2010

Gelgel Öztekin, Günseli: Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi, Ağustos 2006 İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.

GIRSBERGER Daniel/HEINI Anton/KELLER Max/KOSTKIEWICZ Jolanta Kren/SIEHR Kurt/VISCHER Frank/VOLKEN Paul: Zürcher Kommentar zum IPRG, Schulthess 2004.

Goyder, D.G.: EC Competition Law, Third Edition, Oxford EC Law Library, Clarendon Press.Oxford 1998.

Gökyayla, Cemile Demir: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş. Ankara 2001.

Güven, Pelin: Rekabet Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2008.

Güven, Pelin: Rekabet Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2009, Yetkin Yayınları.

Hatice Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Kasım 2001.

Korah, Valentine: An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice, Fourth edition, ESC Publishing Limited, Oxford 1990.

Lasok, D./Lasok, K.P.E: Law and Institutions of the European Union, London, Dublin, Edinburgh, Butterworths 1994.

Nomer, Ergin/Şanlı, Cemal: Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 17. Bası, Eylül 2009 İstanbul, Beta Basım yayım Dağıtım A.Ş.

Özsunay, Ergun: "Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları", Tebliğ, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- III, 8 Nisan 2005, Erciyes Üniversitesi, Kayseri.

Ritter, Lennart/Rawlinson, Francis/Braun, W.David: EEC Competition Law: a practitioner's guide, Compact Edition 1993, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer.Boston.

Siehr, Kurt: *"Private International Law: Developments in Europa and Germany"*, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayımları Serisi-2, İstanbul 2010, Legal Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. s. 23-45.

Şahbaz, Ahmet Ussal: ABD Uygulaması Işığında Rekabet İhlallerinden Doğan Zararların Tayini ve Tazmini, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 88.

Tarman, Zeynep Derya: *"Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun (MÖHUK)'un Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Düzenlemesi (MÖHUK M. 34-35-36-37-38),* Legal Hukuk Dergisi, Aralık 2008, s. 4035-4046.

Tarman, Zeynep Derya: *"Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)"*, AÜHFD, Cilt: 57, Sayı: 2, s. 193-222.

Tekinalp, Gülören: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 2007 Tarihli MÖHUK Uyarınca Güncelleştirilmiş 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

Tekinalp/Tekinalp, Avrupa Birliği Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Mayıs 2000 İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.

Tiryakioğlu, Bilgin: Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 1997, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 515.

Tiryakioğlu, Bilgin: *"Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk"*, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslar arası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayımları Serisi-2, İstanbul 2010, Legal Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. s. 2211-218.

Whish, Richard: Competition Law, Fifth Edition, 2003, Butterworths.

*Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflar ile Gerçek Bağlantısının Tanıma ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi**

*Burak HUYSAL***

Giriş

Milletlerarası özel hukukun en önemli konularından birisi de yabancı devlet mahkemeleri tarafından verilmiş kararların diğer ülkelerde sonuç doğurabilmesidir. Türk hukukunda yabancı devlet mahkemeleri tarafından verilmiş kararların sonuç doğurabilmesi için, bu kararların Türk mahkemeleri tarafından tanınmasına ve/veya tenfizine karar verilmesi gerekmektedir. Tanıma ve tenfize ilişkin yargılama sürecinde, söz konusu yabancı mahkeme kararı ancak bazı kanuni şartlar bakımından yapılacak bir denetim sonucunda Türkiye'de kesin hüküm ve icra kabiliyeti kazanabilecek duruma gelmektedir.

Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin şartlar 12.12.2007 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun (MÖHUK) 50 ve 54. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre yabancı mahkemeler tarafından hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet hukukuna göre kesinleşmiş olan ilamların, tenfizi ancak m. 54.'de aranan şartların varlığının Türk mahkemesince tespiti ile mümkün olacaktır. Yabancı bir mahkeme kararının Türkiye'de kesin hüküm veya kesin delil etkisine sahip olabilmesi, yani tanınması içinse m. 54/1(a) bendi hariç tenfiz şartlarının gerçekleştiğinin tespiti yeterlidir.

Türk hukukunda 2007 yılında MÖHUK'da önemli değişiklikler yapılmış, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi de bu değişiklikler içerisinde yerini almıştır. Tanıma ve tenfiz bakımından yapılan en önemli yenilik, Kanunun m. 54 (b) bendinde yer alan ve kararı veren mahkemenin

---

* Bu makale yayın kuruluna Şubat 2011'de teslim edilmiştir.

** Yrd. Doç. Dr., Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

yetkisini, davalının bu yönde itirazda bulunması şartıyla, mahkemenin denetimine açan düzenlemenin yeniden[1] kabulü olmuştur. Kanunun m.54(b) bendi incelendiğinde kararı veren menşe mahkemesinin (yabancı mahkeme) yetkisi konusunun tanıma ve tenfiz açısından engel oluşturması iki koşula bağlanmıştır. İlk koşul davalının bu yönde, davayı görmekte olan Türk tenfiz mahkemesine itirazda bulunmasıdır. Kanunda aranan ikinci koşulsa, yetkiye esas teşkil eden unsurlar bakımında menşe mahkeme ile dava veya taraflar arasında gerçek bir ilişki bulunmamasıdır.

İlk bakışta son derece sade ve basit görünen bu koşullar esasında daha kapsamlı ve karmaşık bir yapıya sahiptir. Devletlerin kullanmakta olduğu aşırı yetki kuralları, yapıları itibariyle genellikle davanın konusu ve tarafları ile kararı veren menşe mahkeme arasındaki gerçek bağlantıyı ortadan kaldırmakta, bu kurallara dayanılarak verilmiş olan kararların diğer devletlerde tanınması ve tenfizine engel olmaktadır[2]. Milletlerarası yetki alanında aşırı yetki kurallarının çeşitliliği ve çokluğu konuyu başlı başına zorlu bir çalışma alanı haline getirmektedir[3]. Türk hukukunda konuya ilişkin detaylı çalışmalar yapıldığından, incelememizde aşırı yetki konusu kapsam dışında tutulmuştur.

İncelememizin ilk bölümünde öncelikle tenfize konu kararı vermiş olan menşe mahkemenin yetkisinin tanıma ve tenfiz üzerindeki etkisine mukayeseli bir genel bakış açısı ortaya konulacaktır. Bu kapsamda tenfiz aşamasında milletlerarası yetkinin denetlenmesinde kullanılacak ölçütler üzerinde durulacaktır. İkinci bölümde ise Türk hukukunda yabancı menşe mahkemenin yetkisinin denetiminde uygulanacak hukuk, denetimde kullanılacak ölçütler ve gerçek bağlantının iradi yolla (milletlerarası yetki ve tahkim anlaşmaları) kesilmesi konuları incelendikten sonra, Türk mahkemesi ve kararı vermiş olan menşe mahkemesi önünde davalı tarafından yapılacak yetki itirazlarının konuya etkisi ayrıntılı olarak değerlendirilmeye çalışılacaktır.

---

[1] Yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde, ilamın yetkili olmayan bir mahkeme tarafından verilmiş olması, 2675 sayı ve 22.05.1982 tarihli MÖHUK'un 46. maddesiyle yürürlükten kaldırılıncaya kadarki dönemde, HUMK'un 540. maddesinin 2. fıkrası ile bir ret sebebi olarak kabul edilmişti. 2675 sayılı MÖHUK ile tanıma ve tenfize konu kararı veren yabancı mahkemenin yetkisizliği bir ret sebebi olmaktan çıkarılmış, 2007 yılı değişiklikleri ile 5718 sayılı MÖHUK ile tekrar yetki ret sebebi haline getirilmiştir.

[2] EKŞİ, N.; *Yabancı Mahkemenin "Aşırı" Yetkisinin Tenfiz Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi (5718 Sayılı MÖHUK md. 54/b)*, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İKÜHDF), Y.9, C. IX, S. 2, s. 32 vd.

[3] Aşırı yetki konusundaki ayrıntılı bilgi için bkz.: EKŞİ, N. *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi,* 2. Bası, İstanbul 2000, s. 50 vd.; DARDAĞAN, E. *Milletlerarası Usul Hukukunda "Aşkın Yetki" Kavramı*, Ankara 2005, s. 117 vd.

I- Yetkinin Tanıma ve Tenfiz Açısından Önemi

Türk hukukuna yaklaşık otuz yıl sonra yeniden giren ve kararı veren menşe mahkemesinin milletlerarası usul hukuk anlamında yetkili olmasını (davalının itirazı halinde) bir tenfiz şartı haline getiren düzenleme, esasında mukayeseli milletlerarası özel hukukta oldukça eski ve yerleşik bir geçmişe sahiptir.

Karara konu dava ve taraflar üzerinde geçerli bir yetkiye dayandırılmayan bir mahkeme kararı, dünyada neredeyse hiçbir devlette tenfiz olanağı bulamamaktadır[4]. Almanya, Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Arjantin, Avusturya, Fransa, İngiltere, İspanya, İsrail, İsviçre, İtalya ve Japonya bu anlamda örnek gösterilebilecek ülkelerden bazılarıdır[5]. Milli hukuklar dışında, yetki ve tenfize ilişkin milletlerarası düzenlemeler ve sözleşmelerde de, farklı yöntemlerle benimsenmiş olsa da, menşe mahkemenin yetkisinin tenfiz üzerindeki etkisi kabul edilmiştir. Bu düzenlemelerden milletlerarası yetki ve mahkeme kararlarının tenfizi hakkındaki Brüksel Konvansiyonu ile onun yerini alan Brüksel I Tüzüğü[6], Lugano[7] Konvansiyonu, medeni, ticari konularda yetki ve tenfizi düzenleyen La Haye Konvansiyonu[8] en önemli milletlerarası metinleri oluşturmaktadır.

Tenfiz aşamasında yetkinin denetiminin bu derece önemli ve yaygın bir uygulama olması düşündürücüdür. Neredeyse hiçbir devlet tenfiz aşamasında uygulanan kanunlar ihtilafı kurallarının yerindeliğini veya taraflar bakımından uygunluğunu denetlemezken[9], menşe mahkemenin dava ve taraflar bakımından milletlerarası yetki oluşturmaya yeterli bir bağlantısının olup

---

4 SYMEONIDES, S.C./PERDUE,/WENDY, C.P./von MEHREN, A.T. *Conflicts of Laws: American, Comperative International Cases and Matterials*, St. Paul Minn. 1998, s.874.

5 Yetki konusunu bir tenfiz şartı olarak kabul eden ülkeler için genel olarak bkz.: *Enforcement of Foreign Judgments*, (Ed. by Garb, L./Lew, J.), The Hague ; London 1995; *International Civil Procedure*, (Edt. by Grubbs, S.R.), The Hague 2003, s. 22 vd.

6 Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil Commercial Matters 27.09.1968; Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Official Journal L 012, 16/01/2001 P.0001-0023).

7 Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters 16.09.1988.

8 Convention of 01.02.1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters.

9 Bu anlamda kamu düzenine aykırılık bakımından tenfiz denetimi bir istisna olarak gözden kaçırılmamalıdır.

olmadığı, her zaman sorgulanabilmektedir[10]. Tanıma ve tenfiz aşamasında menşe mahkemenin milletlerarası yetkisinin denetlenmesini bu derece önemli hale getiren sebepler nelerdir? Bu sorunun cevabı kamu menfaatlerinin, adil yargılanma hakkının ve doğal yargıç ilkesinin korunması ihtiyacıdır. Bu üç gerekçe içerisinde özellikle doğal yargıç ilkesinin korunmasıysa, tenfize konu kararın usuli anlamda olduğu kadar, maddi hukuk bakımından da adil ve makul sonuçlar doğurmasını teminat altına almaktadır.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde, yetkinin usul hukuku bakımından önemi büyüktür. Tenfiz kararı verecek devletin gerek kamusal ve bireysel menfaatler, gerekse milletlerarası özel hukuk düzeni bakımından göz önünde bulundurması gereken konu, yabancı kararın hakkaniyeti ve adaleti sağlamaya uygun bir biçimde verilmiş olmasıdır. Bu manada kararın dava ve taraflar ile gerçek bağlantıya sahip bir mahkemece verilmiş olması, milletlerarası özel hukukun amacı olan hukuki ilişkilerin objektif ölçütlerle belirli bir devlete bağlanması ilkesi bakımından büyük öneme sahiptir[11].

Kararı vermiş olan menşe mahkemenin yetkisinin objektif ve milletlerarası özel hukuk ölçütlerine uygunluk bakımından denetlenmesi, kamusal menfaatlerin ötesinde somut olayda, birey menfaatleri bakımından vazgeçilmez bir unsur olan, adil yargılanma hakkının korunması anlamında da önemli bir unsurdur[12]. Yetki bakımından yapılan denetim ve adil ve makul[13] bağlanma noktaları kullanılarak oluşturulan olağan yetki kuralları, aynı zamanda doğal yargıç ilkesinin de korunmasını sağlamaktadır[14]. Bu sayede, forum shopping ve aşırı yetki gibi davalı bakımından arzu edilmeyen sakıncalı sonuçların ortaya çıkması engellenebilmektedir[15]. Milletlerarası usul hukukunda yabancı mahkeme kararlarının yetki bakımından denetlenmesi, kanunlar ihtilafı alanında da usuli sonuçlar kadar önemli bir etkiye sahiptir.

Yetki milletlerarası özel hukukta, yargıçların kendi kanunlar ihtilafı kuralları ile hareket etmesi ve özellikle de kendi hukukunun kamu düzeni anlayışını ve doğrudan uygulanan kurallarını uygulaması ile somut bir davada

---

[10] von MEHREN, A.T. *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments-General Theory and The Role of Jurisdictional Requirements*, 167 (1980) II, Recueil Des Cours, s. 61.

[11] SAKMAR, A. *Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları*, İstanbul 1982, s. 97-98.

[12] NOMER, E. *Milletlerarası Usul Hukuku*, İstanbul 2009, s.164.

[13] Kavramın milletlerarası yetki bakımından ifade ettiği anlam için bkz.: DARDAĞAN, (dn.3) s. 29-32.

[14] NOMER, (dn.12) s. 165; EKŞİ, (dn.3) s. 50.

[15] EKŞİ, (dn.3) s. 211-212.

çok farklı sonuçların ortaya çıkmasına yol açabilmektedir. Hatta bu olasılık o denli yüksektir ki devletler, hukuk politikaları doğrultusunda bazı özel uyuşmazlık tiplerinde, kendi kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanabilmesini sağlamak amacıyla mahkemeleri adına münhasır yetki tesis etmiştir[16]. Böylece tenfiz devletinin münhasır yetki oluşturduğu alanlarda, yabancı mahkemenin yetkisi üzerinde yapılacak ikinci bir denetim mekanizması devreye sokulmuş olmaktadır[17]. Yetki konusunun davanın esası üzerindeki bu önemli etkisi, kararı vermiş olan menşe mahkemesinin, milletlerarası özel hukuk ölçütleri bakımından, dava veya taraflar ile makul ve yeterli bağlantı bulunmaksızın kendisini yetkili saydığı durumlarda kabul edilmesi güç sonuçları ortaya çıkartabilecektir[18].

Tanıma veya tenfize kararların, menşe mahkemenin yetkisi bakımından denetlenmesinde, yetkinin usul hukuku ve maddi hukuk bakımından ortaya çıkartmış olduğu tüm sonuçlar gerek kamu gerekse birey menfaatleri bakımından konunun önemini açıkça ortaya koymaktadır.

Türk hukukunda MÖHUK m. 54(b) düzenlemesi göz önüne alındığında ise yetkinin kamusal menfaatler bakımından denetlenmesine, kısıtlı bir uygulama alanı bırakılmıştır. Menşe mahkeme yetkisinin oluşumunda, dava ve taraflarla olan bağlantı sadece davalı tarafından talep edilirse Türk mahkemelerince incelenebilecektir. Kamusal çıkar alanı ise m. 54(b) fıkrasının ilk cümlesinde yer alan ve Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren konularda yapılacak re'sen denetimle korunmuş olmaktadır. Böylece bireysel anlamda menşe mahkemesinin yetkisi kural olarak sadece taraf arzularına

---

16 von MEHREN, (dn.9) s. 61.

17 Türk hukukunda da MÖHUK m. 54 (b) ile kabul edilen münhasır yetkinin tenfiz üzerindeki etkisi, menşe devletinin dava ve taraflar ile olan gerçek bağlantısının incelenmesi usulünden farklı olarak, mahkemece re'sen incelenecektir. Münhasır yetki kavramı ve münhasır yetkinin tenfiz üzerindeki etkisi için bkz.: ÇELİKEL, A./ERDEM, B., *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul 2009, s. 599 vd.; *NOMER, Devletler Hususi Hukuku*, 17. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul 2009, s. 486 vd.; ESEN, E. *Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı*, MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Y. 22, S. 2, 2002, s. 183; EKŞİ, (dn.2) s. 212; SAKMAR, (dn.11) s. 98 vd.

18 Örneğin Fransız Medeni Kanununun 14. maddesinde vatandaşlık esasına dayalı olarak tesis edilmiş olan yetki kapsamında, bir Fransız mahkemesinin Fransız kanunlar ihtilafı kuralları kapsamında vereceği kararın, ne kadar adilane ve milletlerarası özel hukukun hukuki ilişkilerin objektif ölçülerle belirli bir devlete bağlanması ilkesine uygun olduğu tartışmaya açıktır. Diğer taraftan davalının ikametgâhı devletinde açılan bir davada, o hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması ise tartışmasız milletlerarası özel hukukun var oluş amacı ile tam bir uyumluluk içerisinde olacaktır. Bu anlamda kişinin yaşadığı topluma sosyal uyumunun yetki kuralları ile olan etkileşimi için bkz.: von MEHREN, (dn.9) s. 62-63.

terk edilmişken, özellik taşıyan ve görece olarak kamusal çıkarlara yönelik ihtilaflarda ise yargıçların daima Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini koruması bir ödev olarak düzenlenmiştir. Genel olarak Türk yargıcına, önüne gelen her tanıma ve tenfiz davasında yetki incelemesi yapma zorunluluğunun getirilmemiş olması, iş yükünün ağırlaştırılmaması bakımından olumlu bir yaklaşım olarak kabul edilebilir[19].

II- MÖHUK Madde 54(b) Kapsamında Yapılacak Yetki Denetimine İlişkin Koşullar

A- Yabancı Mahkemenin Yetkisinin Dava Konusu veya Taraflar Arasında Gerçek İlişkiye Dayanmaması

MÖHUK m. 54'de bir yabancı mahkeme kararının tanıma veya tenfiz talebinin reddi için aranan koşullardan biri olan ve menşe mahkemesinin yetkisini Türk mahkemesinin denetimine açan (b) bendinin öngördüğü ret koşullarından ilki; yabancı ilamı veren menşe mahkemesinin, dava ve taraflar ile gerçek bir bağlantısının mevcut olmamasıdır. Kanunda Türk hukuku bakımından kabul edilebilir bir milletlerarası yetkinin varlığı, "*gerçek ilişki*" kavramı ile tanımlanmıştır. Milletlerarası usul hukukunun gerçek ve objektif ölçülerle yetki tayini amacına uygun bir yaklaşım ortaya koyan bu kavram aynı zamanda soyut olup içeriğinin tespitini gerektirmektedir.

Menşe mahkemesi ile taraflar ve/veya dava arasındaki gerçek ilişki kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda hukukumuzda henüz yayınlanmış bir mahkeme kararı bulunmamaktadır. 5718 sayılı MÖHUK'un gerekçesinde gerçek bağlantı kavramına tam bir açıklık getirilmemiş ancak "*Dava konusuyla veya taraflarla hukukî ve fiili anlamda gerçek bir ilişkisi olmaksızın yabancı bir mahkemenin kendisini yetkili sayması milletlerarası yetki alanında istenmeyen "aşırı yetki" olarak kabul edilmektedir*." cümlesine yer verilmiştir. Kanun gerekçesinde yer alan bu ifade, soruna tam bir çözüm getirmemekle birlikte, aşırı yetkinin gerçek bağlantı kavramının tam karşısında yer aldığını ortaya koymaktadır. Bu durumda doğal yargıç ilkesi anlamında makul sayılabilecek genel ve özel yetki kurallarına dayanılarak oluşturulan milletlerarası yetki, dava ve taraflar için ilke olarak bir gerçek

---

[19] Somut olayda menşe mahkemesinin milletlerarası yetkisinin bulunmadığını düşünen taraf, bu yönde bir itirazda bulunarak, söz konusu ilamın Türkiye'de sonuç doğurmasını engelleyebilme imkânına sahiptir ve bu yönde bir itiraz bulunmadığı durumlarda, yargıçların gereksiz iş yükü altına girmesi engellenmiş olmaktır. Diğer taraftan çekişmesiz yargıya tabi bazı davalarda, Türk mahkemelerinin yetki bakımından re'sen inceleme yapamaması doktrinde eleştirilmiştir. Bkz. EKŞİ, (dn.2) s. 66. Konu aşağıda II-B-12de ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

bağlantı oluşturacak ve m. 54(b) anlamında davalının itirazına konu olsa bile, Türk mahkemelerince bir tanıma ve tenfiz engeli olarak kabul edilmeyecektir.

Milletlerarası yetki konusunda hangi kuralların adil ve makul olduğu sorunu ise oldukça tartışmalıdır[20]. Hangi genel[21] ve özel[22] yetki kurallarının, hangi şartlar altında[23] milletlerarası yetki bakımından makul ve adil kabul edilebileceğine ilişkin tartışmalar üzerinde -incelememizin esas kapsamını oluşturmadığından- daha fazla durulmayacaktır. Ancak yetki kurallarının her biri üzerindeki tartışmalar devam ederken, menşe mahkemenin yetkisinin tanıma ve tenfiz bakımından denetlenmesinde, denetimin hangi hukuka göre yapılacağı başka bir önemli sorunu gündeme getirmektedir. MÖHUK m.

---

[20] Milli hukuklarda yetki kurallarının çeşitliliği düşünüldüğünde durum içinden çıkılmaz bir hal almaktadır. Söz konusu sıkıntıların aşılabilmesi amacıyla çeşitli milletlerarası düzenlemeler yapılmıştır. Konuya ilişkin Brüksel ve Lugano Konvansiyonları başlangıç hükümlerinde aşırı yetki kurallarını ortaya koyarken, devam eden kısımlarda genel ve özel milletlerarası yetki kurallarını düzenlemiştir. Ancak uyumlaştırma amacı taşıyan bu milletlerarası sözleşmeler üzerinde dahi doktrinde pek çok farklı görüş ve tartışma mevcuttur. Bkz.:. *The Hague Convention on Jurisdiction and Judgments,: records of the conference held at New York University School of Law on the proposed Convention,* Ed. by LOWENFELD, A.D./ SILBERMAN, L.J. Juris Publishing 2001.

[21] Genel yetkide, doğal yargıç ilkesiyle bağlantılı olarak davalının ikametgâhı mahkemesinin milletlerarası yetkisi üzerinde bir uzlaşma mevcuttur. SCHLOSSER, P., *Bases of Jurisdiction in a "New Double Convention" on Jurisdiction and Recognition of Foreign Judgements, (The Hague Convention on Jurisdiction and Judgments,: records of the conference held at New York University School of Law on the proposed Convention, Ed. by LOWENFELD, A.D./SILBERMAN, L.J.)* Juris Publishing 2001, Conference Papers A (Appendix)-13 vd.; BRIGGS, A., *Which Foreign Judgements Should We Recognise Today?*, ICQL, Vol. 36, April, 1987, s.248 vd.: Ancak davalının sosyal ve ekonomik uyumunu milletlerarası yetkinin oluşumunda temel alan bu yaklaşımlarda, gerçek kişilerde vatandaşlık, tüzel kişilerde ise merkez ve kuruluş yeri gibi bağlantılar tartışma konusudur. Bkz.: von MEHREN, (dn.9) s. 63-64; SCHLOSSER, Conference Papers A-20.

[22] Özel yetki kurallarında tartışmalar, genel yetki kurallarına göre çok daha fazladır. Malvarlığının veya ticari faaliyetlerde bulunulan yer, haksız fiilin işlendiği yer ve sözleşmenin ifa yeri gibi özel yetki kurallarının hangilerinin milletlerarası yetki bakımından makul ve adil olduğu, üzerinde fikir birliği bulunmayan konulardır; SCHLOSSER, (dn. 19) Conference Papers A-24; Bu kurallardan milli hukuk düzenleri içerisinde aşırı yetki olarak kabul edilen ve üzerinde fikir birliği bulunanlar için bkz.: EKŞİ, (dn. 3) s. 79-80.

[23] Üzerinde fikir birliği bulunmayan yetki kurallarının sübjektif yapısı olayı daha da karmaşık hale getirmektedir. Örneğin Alman Usul Kanunu §23 ve HUMK m. 16'da davalının malvarlığına dayanılarak oluşturulan yetkide malvarlığının davada ileri sürülen talebe oranı, yetkinin milletlerarası manada makul olup olmadığını belirleyebilmektedir; NOMER/ŞANLI, (dn. 16) s. 439; EKŞİ, (dn. 3) s. 57.

54(b) konuya bir açıklık getirmediğinden öncelikle konuya ilişkin mukayeseli hukuktaki uygulama ve öneriler incelenecek daha sonra da Türk hukuku için bir sonuca varılmaya çalışılacaktır.

1- Mukayeseli Hukukta Tanıma ve Tenfizde Yabancı Mahkemenin Yetkisinin Denetiminde Uygulanacak Hukuk ve Yöntem

a- Tanıma ve Tenfizde Tali Yetki Kurallarıyla Denetim

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde, kararın yetki bakımından denetiminde kullanılan birinci yöntem, yetkinin somut olay doğrultusunda değerlendirilmesidir. Yöntem kendi içerisinde ikiye ayrılır: Yabancı mahkeme kararı ya kararı veren menşe devletinin kendi milletlerarası yetki kurallarına göre ya da tenfiz devleti kurallarına göre değerlendirilecektir. Her iki görüşün de ortak noktası tanıma ve/veya tenfiz bakımından gerekli olan yetki koşullarının önceden belirlenmemiş olmasıdır ve bu anlamda söz konusu yaklaşım "*asli yetki kuralıyla denetim*" metodundan ayrılmaktadır.

Tali yetki yönteminde tanıma ve tenfiz talebinin kabulü için yapılan denetimde, yetki milletlerarası usul hukukunda meşruiyetini: *i-* karar devletinden *ii-* tenfiz devletinden *iii-* her ikisinden alır. Bu anlamda kural olarak milletlerarası yetkinin var olduğu karinesinden yola çıkan tüm görüşler bu başlık altında yer almaktadır[24]. Yöntem kendi içerisinde farklı alt başlıklara ayrılmıştır.

i- Yetki Kurallarının Tek Taraflı Etkisini Kabul Eden Teori: Tali yetki kurallarıyla denetimi benimseyen bu görüşün savunucuları, yetki kurallarının sadece milletlerarası yetkiyi belirlemek amacıyla oluşturulduğunu kabul etmektedir. Yetki kurallarının bu yapısı karşısında tenfiz devletinin kendi yetki kuralları, başka bir devlet mahkemesinin yetkisinin tespitinde kullanılamayacaktır. Bunun sonucu olarak tanıma ve tenfiz aşamasındaki yetki denetiminde menşe mahkemesinin yetkisi, tenfiz mahkemesinin kurallarına göre değil menşe mahkemesi devletinin kendi yetki kurallarına göre gerçekleştirilecektir[25]. ABD[26] ve İsrail[27] bu yaklaşımı kanun metinlerinde benimse-

---

[24] von MEHREN, (dn.9) s. 56.

[25] von MEHREN, (dn.9) s. 56-57

[26] Restatement (Third) Foreign Relations Law §482(1)(b)(1987).

[27] İsrail hukukunda 1958 tarihli Yabancı Kararların Tenfizi Kanunu (1958) gereğince tenfize konu kararı vermiş olan menşe mahkemesinin, kararın verildiği devlet hukuku uyarınca yetkili olması gerekmektedir. Bkz. ZAILER, B. *Israel (International Civil Procedure Edt. By Grubbs, S.R.,)* The Hague 2003, s. 327.

yen devletlere örnektir. Esasında ABD mahkemelerince günümüzde çok da uygulanmayan bu kural[28], tenfize konu kararı veren menşe mahkemesinin kendi milli hukukunca yetkili olmasını aramakta ve "yetki yoksa karar da yoktur" önermesine dayanmaktadır[29]. Ancak teoriyi kabul edenler dahi, kendi (menşe devlet) hukukuna göre milletlerarası yetkili olan mahkemenin vermiş olduğu kararın tenfizini engellemeyi gerektiren bazı durumların varlığını kabul etmiştir. Yabancı kararın tenfizinin yetki bakımından engellemesi gereken durumlarda ise bu görüşün savunucuları tarafından, kamu düzeni istisnasının kullanması önerildiği gibi, münhasır yetki kurallarının da bu işlevi gerçekleştirebileceği kabul edilmiştir[30].

ii- Yetki Kurallarının Çift Taraflı Etkisini Kabul Eden Teori: Tali yetki kurallarıyla denetim yöntemi içerisinde ağırlıklı olarak kabul edilen bu görüş, yetki kurallarının sadece milli hukuku düzenleme işlevine sahip olduğunu reddetmekte ve bunlara çift taraflı bir etki tanımaktadır. Teori uyarınca, milli hukukun yetki kuralları, tanıma ve tenfiz aşamasında yabancı mahkemenin yetkisini de denetlemekte kullanılabilecektir. Böylece yabancı bir mahkeme kararının tanınması veya tenfizi ancak, tenfiz devleti mahkemesinin kendi kuralları çerçevesinde, menşe devlet mahkemesinin yetkisini kabul etmesi halinde gerçekleşebilecektir[31]. Bu görüş günümüzde yaygın olarak kullanılan *yansıma teorisini*[32] gündeme getirmiştir.

iii- Yansıma Teorisi: Yansıma teorisinin özü; menşe mahkemesinin o davada uygulanan yetki kuralları, aynı şartlar altında, tenfiz devleti mahkemelerinin de milletlerarası yetkisini oluşturmaya uygun ise, tanıma ve tenfiz bakımından yetki adil ve makuldür düşüncesine dayanmaktadır[33]. Buna göre denetim aşamasında aranan ölçüt, yetki anlamındaki bağlama kurallarının karşılıklı ve aynı olmasıdır. Yansıma teorisinde bu yetki karşılıklılığının tespiti ise tenfiz mahkemesi hukukuna göre yapılmaktadır.

Yansıma teorisi pek çok devlet tarafından benimsenmiştir. Arjantin[34],

---

28 BORN, G. B., *International Litigation in United States Courts*, 3. edt., The Hague 1996, s.970.

29 SCHLOSSER, P. *Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation*, 284 (2000) Recueil des Cours, s. 44.

30 von MEHREN, (dn.9) s. 56-57.

31 von MEHREN, (dn.9) s. 58.

32 Bu kavram Türk doktrininde "Ayna-suret" teorisi olarak da adlandırılmaktadır. Bkz.: Dardağan, (dn.3) s. 245.

33 SCHLOSSER, (dn. 29) s. 43.

34 BRIBERA, M./VERLY, H. *Arjantina (International Civil Procedure Edt. By Grubbs, S.R.,)* The Hague 2003, s. 22.

Avusturya[35], Almanya[36], Japonya[37], İngiltere[38], İspanya[39], İtalya[40] ve kısmen ABD[41] bu devletlere örnek olarak gösterilebilir. Ancak bu yaklaşımın benimsenmesinde dikkat edilmesi gereken önemli konular vardır.

Yansıma teorisinde, yukarıda da belirttiğimiz üzere, tanıma ve tenfiz aşamasında yabancı mahkemenin yetkisi tenfiz devleti hukuku kuralları ve ölçütleriyle değerlendirilmektedir. Burada ölçüt menşe mahkemenin yetkisini oluşturan kuralların, aynı şartlar altında tenfiz mahkemesini de milletlerarası anlamda yetkili kılıp kılmayacağıdır. Yani adeta bir "yetkisel karşılıklılık" aranmaktadır. Ancak teorideki en büyük sıkıntı da burada yaşanır: Yabancı mahkemece verilen bir karar, o yer ile çok az bağlantılıysa (örneğin yetkinin yerindeliği sadece yurtdışında dava açmanın zorlukları gibi nedenlerle açıklanabiliyorsa) yansıma teorisi önemli bir işlev kazanmaktadır. Diğer yandan, yabancı hukuk sistemi tarafından makul ve adil gerekçelerle oluşturulan bir yetkinin, iç hukukta karşılığı yok ise yansıma teorisi bir anlam taşımayacaktır[42]. Çünkü iç hukukta karşılığı olmayan bu kural tenfiz devleti mahkemesi tarafından reddedilecek ve menşe mahkemesi yetkisiz sayılacaktır.

Söz konusu sıkıntının, yansıma teorisini amacından uzaklaştıracak derecede önemli olması, bazı kaçınılmaz farklı yaklaşımların ortaya çıkmasına

---

35 SCHWANKE, F./PICHLER, D.T., *Austria (Enforcement of Foreign Judgements, Vol. 2, Edt. By GARB, L./LEW, J.)* Supplement 20 (May 2010), Austria-11(eserde ayrıca sayfa numarası kullanılmamıştır).

36 WEGEN, G./WILSKE, S. *Germany (Enforcement of Foreign Judgements, Vol. 2, Edt. By GARB, L./LEW, J.)* Supplement 14 (December 2007) Germany-9 (eserde ayrıca sayfa numarası kullanılmamıştır); SCHLOSSER, (dn. 29) s. 43.

37 SCHLOSSER, (dn. 29) s. 43.

38 BRIGSS, (dn. 20) 245-247; Ancak İngiliz hukukunda aynı zamanda menşe mahkemesinin kendi hukukuna göre de yetkili olması aranmaktadır; MAYSS, A./REED, A. *European Business Litigation*, Aldershot 1998, s. 354-355.

39 QUENTINA, I./de NADAL E./CORTES, J.F., *Spain (International Civil Procedure Edt. By GRUBBS, S.R.,)* The Hague 2003, s. 700.

40 ROMANO, G. P./ VECCHİ, D. *Italy (International Civil Procedure Edt. By, S.R.,)* The Hague 2003, s. 345.

41 Restatement (Third) Foreign Relations Law §482(1)(b)(1987) genel olarak menşe mahkeme yetkisinin, kararı veren mahkemenin milli hukukuna göre denetlenmesini öngörürken, yabancı para borçlarına ilişkin tenfiz kararlarının tenfizine ilişkin düzenlemede yansıma teorisi benimsenmiştir. (The Uniform Foreign Money-Judgements Recognition Act (UFMJRA) §5); BORN, (dn.26) 971.

42 SCHLOSSER, (dn. 29) s. 46; Tanıma veya tenfiz talep edilen devlet bazı durumlarda, sırf kendi hukukunda da yer aldığı için, yabancı hukukun aşırı yetki kuralının etkisini kendi ülkesinde kabul etmek durumunda kalmaktadır; Dardağan, (dn.3) s. 246.

neden olmuştur. Özellikle İngiliz hukukunda gelişen bu yaklaşım, 1870'lerden itibaren yüz yıllık süreçte hüküm sürmüş *yetkisel karşılıklılık* görüşünün çağın şartlarına uydurulmasını sağlamıştır. Yeni yaklaşımda da ilke olarak *yetkisel karşılıklılık* aranmış ancak yabancı mahkemenin yetkisini kabul açısından İngiliz hukukunun yetki kurallarının aynının, menşe devlette de bulunması tek başına yeterli görülmemiştir. Tenfiz veya tanıma için doğal yargıç ilkesine uygun, gerçek bir bağlantı da somut olayda aranmaya başlanmıştır. Böylece İngiliz mahkemeleri bakımından yetki doğuran, sözleşmenin yapıldığı yer ve davalının iş yeri gibi bağlantılar milletlerarası anlamda tenfiz için doğal yargıç ilkesine uygun olmayan yetki kuralları haline gelmiş ve bu yer mahkemelerinden gelen kararların tanınması ve tenfizi talepleri reddedilmeye başlanmıştır[43]. İlerleyen dönemler söz konusu yaklaşım gelişerek neredeyse tüm Anglo-Amerikan hukukuna hakim olmuştur.

b- Tanıma ve Tenfizde Asli Yetki Kurallarıyla Denetim

Tali yetki teorilerinin en büyük sorunu, milletlerarası yetkinin oluşturulması için gerekli olan ilkelerin, tanıma ve tenfizde menşe mahkemesi yetkisinin denetimi için de aynen aranmasından kaynaklanmaktadır. Teori yukarıda da belirttiğimiz üzere her zaman doğru sonuçlar vermemektedir. İşte bu nedenlerle, yabancı mahkeme ilamlarının tanınması ve tenfizi aşamasında tamamen farklı bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiği fark edilmiş ve denetimin bu konu için özel olarak oluşturulmuş yetkiye ilişkin bağlantı kurallarıyla yapılması görüşü ortaya çıkmıştır[44].

Asli yetki kurallarıyla denetim metodunu benimseyen devletler, sadece kanun veya milletlerarası yetki sözleşmelerinde önceden belirlenmiş olan, yetkili menşe mahkemelerinden gelen kararların ülkesinde sonuç doğurmasına müsaade etmektedir. Bu yöntemi benimseyen düzenlemeler iki yöntem benimsemiştir. İlk yöntemde yetkisi kabul edilecek menşe mahkemeler objektif olarak sayılmaktadır. İkinci yöntemdeyse, özel olarak belirtilen yetki esaslarına bağlı olarak tesis edilmiş kararların, tanıma-tenfiz aşamasında yetki yönünden reddedileceği kabul edilmiştir. Söz konusu yaklaşımın en önemli özelliği, tenfiz bakımından hangi yetki kurallarının meşru ve kabul edilebilir olduğunun önceden düzenlenmiş olmasıdır.

Asli yetki kurallarıyla denetim yöntemi, milletlerarası yetki ile tanıma ve tenfiz için gerekli olan yetkinin farklı ihtiyaç ve amaçlarla oluşturulduğu önermesiyle hareket etmektedir. Tanıma ve tenfiz işleminde temel düşünce

---

[43] BRIGSS, (dn. 20) 247-249.

[44] von MEHREN, (dn.9) s. 57 vb.

aynı davaya ilişkin yargılamanın iki kere yapılmamasıdır. Oysaki milletlerarası yetki kuralları çok farklı dinamiklerle hareket etmektedir. Yetkiye ilişkin bağlantı noktaları bazen devletin vatandaşları üzerindeki hâkimiyetini sürdürme gerekçesiyle ortaya çıkabilirken, bazen de devletin kanunlar ihtilafı ya da maddi hukuk kurallarının mutlak surette belirli bir ilişkiye uygulanması ihtiyacından kaynaklanabilmektedir[45].

Yetki denetiminin, asli yetki kurallarıyla yapılması metodunu benimseyen kanunlardan biri, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'dur. Kanunu 25. maddesinde, kararı vermiş olan yabancı mahkemenin yetkili olması bir tanıma şartı olarak kabul edilmiş, 27. maddesinde de tenfiz için aynı şart öngörülmüştür[46]. Bu genel hükümlerin yanında 26. maddede genel yetkili mahkeme olarak davalının ikametgâhı mahkemesi belirlenmiş, konusu para olan davalar içinse özel yetkili mahkemeler tek tek sayılmıştır. 149. maddede ise borç ilişkilerinden doğan davalarda yetki için bağlantı noktaları belirtilmiştir[47]. Kanun uyarınca m. 26 ve 149 ile diğer özel düzenlemelerde belirtilmiş olanlar dışındaki mahkemelerden gelecek kararların, İsviçre'de tanınması ve tenfizi talepleri re'sen reddedilecektir[48].

Yabancı bir kararın tenfizinde, yetkinin tenfiz devletinin asli yetki kurallarıyla denetlenmesi konusunda en önemli örneği Brüksel Konvansiyonu oluşturmaktadır. Konvansiyon'un m. 3(2) hükmü ile taraf devlet hukuklarında yer alan aşırı yetki kuralları sayılmış ve bu temellere dayanılarak oluşturulan milletlerarası yetkinin diğer taraf devletlerde tanınmayacağı kabul edilmiştir. Böylece Konvansiyon kapsamında tahdidi olmaksızın sayılan bu aşırı yetki kuralları bir tanıma ve tenfiz engeli olarak kabul edilirken, m. 3(1) ile davalının ikametgâhının bulunduğu devlet mahkemeleri genel yetkili mahkeme olarak kabul edilmiştir. Konvansiyon'un 5. ve devam eden maddelerinde ise özel yetki kuralları belirlenmiştir[49].

---

45 von MEHREN, (dn.9) s. 61-63. Gerçekten de milletlerarası yetkiyi oluşturan gerekçeler oldukça farklı nedenlerle ortaya çıkabilmektedir. Örneğin Türk hukukunda HUMK m. 13 ve MÖHUK m. 44,45 ve 46'da yer alan münhasır yetki kurallarında güdülen amaç sadece davanın Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak değil, aynı zamanda o uyuşmazlığın Türk kanunlar ihtilafı ya da maddi hukuk kurallarıyla çözümlenmesini de garanti altına alma ihtiyacıdır.

46 VOGT, N.P./REITER, M., *Switzerland (Enforcement of Foreign Judgements, Vol. 2, Edt. By GARB, L./LEW, J.)* Supplement 14 (December 2007), Switzerland–15 (eserde ayrıca sayfa numarası kullanılmamıştır).

47 KARRER, P.A./ARNOLD, K.W./PATOCCHİ, P.M., *Switzerland's Private International Law: Private International Law Statute, Lugano Convention and Related Legislation,* 2.ed., Deventer; Boston; Kluwer; Zurich 1994, s. 53-54 ve 131-132; VOGT/REITER, (dn.46) Switzerland–15 ve16.

48 VOGT/REITER, (dn.46) Switzerland–15.

49 O'MALLEY, S./LAYTON, A., *European Civil Practice,* Dublin 1989, s. 380 vd.

Konvansiyon klasik yaklaşımdan farklı olarak hem tanıma ve tenfizde kabul edilmeyecek yetki kurallarını hem de taraf diğer ülkelerce kabul edilecek yetki kurallarını düzenlemiştir. Böylece milletlerarası usul hukuku bakımından hangi yetki kurallarının makul ve adil olup olmayacağı ortaya konulmuştur[50]. Konvansiyonun getirmiş olduğu düzenlemeler 22.12.2000 tarihinde AT üyesi devletler tarafından tüzük haline getirilmiş, yetkinin tanıma ve tenfiz aşamasında denetiminde aynı yöntem kabul edilmiştir[51]. Brüksel Konvansiyonu ile aynı yapıya sahip diğer bir milletlerarası metin ise Lugano Konvansiyonu'dur[52].

Denetimin asli yetki kurallarıyla yapılması yöntemi, öngörülebilirliği ve objektif bir düzenlemeye dayanması nedeniyle, tali yetki kurallarıyla denetim yöntemine göre milletlerarası özel hukukun genel yapısına daha uygundur. Faydalarına rağmen bu yöntem, devletlerin çeşitli politik ve hukuki nedenlerle aşırı yetki kurallarına duydukları yakınlığı ortadan kaldıramamış ve milli hukuk düzenlemelerinde çok da yaygın bir uygulamaya dönüşememiştir.

c- Değerlendirme

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi aşamasında menşe mahkemenin yetkisi üzerinde yapılacak denetim konusunda, uygulamada bir yöntem birliği olmadığı yukarıda yaptığımız incelemelerde açıkça görülmektedir. Diğer taraftan yetki denetiminin hangi ülke hukukuna (menşe devleti-tenfiz devleti) göre yapılacağı konusunda ise *lex fori* üzerinde neredeyse bir fikir birliği mevcuttur. Yetki denetiminde uygulanacak hukuk konusundaki bu birliğe rağmen uygulanacak hukukun içeriği konusunda ise farklı yaklaşımlar mevcuttur.

---

[50] Brüksel Konvansiyonu ortak bir milletlerarası yetki düzenlemesi eşliğinde daha adil ve hızlı bir tanıma-tenfiz usulü getirmesi bakımından ilham verici kabul edilebilir. Ancak Konvansiyon özellikle Topluluk içerisinde ikamet etmeyen kişilere ilişkin davalarda, taraf bir devlet mahkemesinin aşırı yetki kurallarına dayanarak vermiş olduğu bir ilamın, diğer taraf devletlerde kolayca tanınması ve tenfizine olanak sağladığı için eleştirilmiştir. Bkz. KAYE, P. *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgements: the Application in England and Wales of the Brussels Convention of 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters Under the Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, Abingdon 1987, s. 681.

[51] Tüzükte aşırı yetki kuralları, Konvansiyon'dan farklı olarak bir ek halinde verilmiştir. Tüzüğün I. eki için bkz.: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:EN:HTML].

[52] Brüksel Konvansiyonu için yaptığımız açıklamalar Lugano Konvansiyon için de geçerli olduğundan konu üzerinde ayrıca durulmayacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: BYRNE, P. *The European Union and Lugano Conventions on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments*, Dublin 1994, § 101 vd. ve § 123.

Mukayeseli hukukta bazı devletler adeta yetkisel karşılıklılık öngörmekte (yansıma teorisi) ve menşe devletinin kendisini yetkili saydığı bir durumda, kendi devlet mahkemelerinin de aynı kurala dayanarak yetkili olmasını aramaktadır. Bazı devletler ise kendi hukuk bakış açılarıyla, yabancı mahkemenin o davadaki yetkisinin milletlerarası usul hukuku bakımından makul ve adil olmasını aramakta ve daha sübjektif bir yaklaşım sergilemektedir. İkinci yöntemi benimseyen ülkelerde yakın bağlantı kavramı özellikle ön planda tutulmaktadır.

Mukayeseli hukukta diğer bazı devletler ve milletlerarası sözleşmelerde ise denetim asli yetki kurallarıyla yapılmakta, ilgili düzenlemelerde sadece önceden belirlenmiş usuli bağlantı noktalarına dayanan yetki kurallarına uygun olarak verilmiş kararların tanınıp, tenfiz edileceği kabul edilmektedir.

Her yaklaşım kendi içerisinde olumlu ve olumsuz yanlar barındırmaktadır. Yetkinin karşılıklılık ölçütüyle değerlendirilmesini benimseyen yansıma teorisi, kanaatimizce en sakıncalı yöntemi oluşturmaktadır. Burada menşe devletin makul ve adil bir yetki kuralı, sırf tenfiz devleti mahkemesi hukukunda bu kural yer almadığından, tanınma veya tenfiz imkânından mahrum kalabilecektir. Ayrıca devletlerin usul hukuklarında yer alan ve mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenlemek için kabul edilmiş kuralların amacının çoğu zaman sadece milli mahkemelerin yetkisini düzenlemek olduğu da unutulmamalıdır. Gerçekten devletlerin yetki kuralları esas itibariyle kendi mahkemeleri düşünülerek oluşturulmuş bağlantı noktalarını içermektedir ve bu kurallar tanıma-tenfiz aşamasında yabancı mahkemenin yetkisini denetleme işlevi düşünülerek oluşturulmamıştır. Bunun en açık örneği vatandaşlık bağına tabi olarak oluşturulan milletlerarası yetki kurallarında karşımıza çıkmaktadır[53]. Vatandaşlık bağı, Fransa (Medeni Kanun m. 14) ve Türkiye (MÖHUK m. 41) gibi pek çok devlette gerekli bir yetki kuralı olarak varlığını sürdürmekteyken, bu bağlama noktasıyla tesis edilmiş bir ilamın tanınması veya tenfizi talepleri ise menşe mahkemesinin yetkisizliğine (veya aşırılığına) dayanılarak reddedilebilmektedir.

Ortaya çıkan tablo göstermektedir ki; devletler milli hukuklarında yer alan ve gerçek bir bağlantıya dayanmayan, aşırı olarak nitelendirilebilecek, milletlerarası yetki kurallarının varlığını sorgulamazken, aynı kurallara dayanılarak verilen yabancı mahkeme kararlarının ülkelerinde sonuç doğurmasını engelleyebilmektedir[54]. Bu durum milletlerarası usul hukukun temel ilkelerine uygun olarak, iç hukukta milletlerarası yetki kuralları oluşturul-

---

[53] Vatandaşlığın milletlerarası yetkide bir bağlanma noktası olarak kabulü, milletlerarası alanda tipik bir aşırı yetki örneği olarak kabul edilmektedir; EKŞİ, (dn.3) s. 55; DARDAĞAN, (dn.3) s. 129 vd.

[54] von MEHREN, (dn.9) s. 59.

madığı sürece yansıma teorisinin uygun bir çözüm tarzı oluşturmayacağını ortaya koymaktadır.

Milletlerarası doktrinde[55] haklı şekilde ortaya konulduğu üzere; milletlerarası davalardaki yetki ile tenfiz denetiminde aynı politikalar uygulanmadığı sürece, yargılama faaliyetleri için milletlerarası hukuk düzeni[56] ve taraf menfaatleri arasındaki ilişkinin yapısına saygıyı gerektiren ortak ilkeler[57] dikkate alınmadan, sadece uygulamaya yönelik kaygılara dayanan yetki kurallarıyla oluşturulmuş sistemler varlığını sürdüremeyecektir[58].

Tali yetki kurallarıyla denetimde yansıma teorisinin yarattığı çelişki, özellikle Anglo-Amerikan hukukunda geliştirilen gerçek bağlantı kavramıyla ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Menşe mahkemenin yetkisinin "dava konusu ve taraflarla olan bağlantı" ölçütüyle denetlenmesi MÖHUK'un da benimsediği yöntemdir. Söz konusu yöntem asli yetki kurallarıyla denetimdeki kadar açıklık içermese de, sorunu görece olarak ortadan kaldırmıştır. Muka-

---

55 von MEHREN, (dn.9) s. 58.

56 Burada milletlerarası düzenin yapısının, yabancı mahkeme kararlarının verildikleri devlet dışında da etkin kabul edilmesinin *comity* (mücamele) esasına değil, milletlerarası alandaki özel hukuk ilişkilerinin düzenli ve hakkaniyete uygun olarak ele alınması ihtiyacı üzerine kurulduğu gözden kaçırılmamalıdır (Bkz.: SAKMAR, (dn. 11) s. 97). Böylece tanıma ve tenfiz ile milletlerarası alanda hukuki ilişki ve sonuçların istikrarı sağlanırken, bireysel çıkarların da geniş bir yelpazede korunması mümkün olmaktadır.

57 Bu anlamda milletlerarası usul hukukunun yetki düzenlemelerinin esasında tanıma ve tenfizden çok farklı bir amaca yönelmediği düşünülebilir. Burada medeni yargılama hukukunun amacı konusundaki yoğun tartışmalara girmeden, klasik medeni yargılama hukuku eserlerinden hareketle diyebiliriz ki, usul hukukunun temel amacı kişilerin sübjektif haklarının gerçekleştirilmesidir. (Bkz.: GAUL, H.F. *Yargılamanın Amacı- Güncelliğini Koruyan Bir Konu*, (Çeviren DEREN-YILDIRIM, N.) İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, (Derleyen YILDIRIM, K.) 2. Bası, İstanbul 2000, s. 82; TAŞPINAR, S. *Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu*, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 759 vd.; ÜSTÜNDAĞ, S. *Medeni Yargılama Hukuku*, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 3 vd.; PEKCANITEZ, H./ ATALAY, O./ÖZEKES, M. *Medeni Usul Hukuku*, 7. Bası, Ankara 2008, s. 47 vd.;) Dolayısıyla usul hukuku çıkış noktasını oluşturan şey, maddi hukuk tarafından düzenlenen hakların gerçekleşmesine hizmet etme gayesidir ki bu gaye esası itibariyle mahkeme kararlarının verildikleri ülke dışında etkinliğinin kabulüne yol açan gerekçelerden çok da farklı olmayıp aynı çıkarlara hizmet etmelidir.

58 Ancak uygulamada devletler -her zaman için haksız kabul edilemeyecek (DARDAĞAN, (dn.3) s. 225)- çeşitli aşırı yetki kurallarını kanunlarında bulundurmaktadır (devletlerin aşırı yetki kuralları hakkında geniş bir listesi için bkz.: EKŞİ, (dn.2) s. 35-60). Tenfiz ve milletlerarası yetki kurallarında bulunan ortak amaçlar ile ortaya çıkan sonuçlar arasındaki farklılaşma ise kanaatimizce, devletlerin vatandaşları üzerindeki yargısal hâkimiyetlerinden vazgeçememeleri ve ortak bir milletlerarası yetki sisteminin oluşturulamamış olmasından kaynaklanmaktadır.

yeseli hukuktaki uygulamalarda tanıma ve tenfiz aşamasında menşe mahkemenin kendi hukukuna veya tenfiz devletinin yetki kurallarına göre yetkili olması tek başına yeterli değildir. Menşe mahkemenin yetkisinin kabulü o yetki kuralının milletlerarası özel hukukunun ölçütlerini karşılamasını gerektirir ki bu da, menşe mahkemenin milletlerarası usul hukuku manasında dava ve taraflarla kabul edilebilir bağlantısı anlamına gelmektedir[59]. Böylece vatandaşlık, sözleşmenin düzenlendiği yer, davalının ikametgâhı ve önemsiz miktarda malvarlığı gibi bağlantılar milletlerarası usul hukuku açısından adil ve makul yetki kuralları olarak kabul edilmeyecektedir[60].

Yabancı menşe mahkemenin yetkisi için, sırf bu konuda tenfiz devleti hukukunca özel olarak düzenlenmiş kuralların uygulandığı "asli yetki kurallarıyla denetim" yöntemi, uygulanabilirliğindeki açıklık ve objektifliğiyle diğer yöntemlere oranla üstünlük taşımaktadır. Ancak amaca uygun bir yorumla ve politik kaygılardan uzaklaşıldığı oranda davanın konusu ve taraflarıyla gerçek bağlantı ölçütü de tatmin edici sonuçlar verebilecektir.

Yabancı kararların tanınması ve tenfizinde yetki denetimi konusunda bu farklı yaklaşımlar ve tartışmalar sürerken, konuyu tamamen başka bir boyutta ele alan yaklaşım ise mahkemenin başka bir devlet mahkemesinin yetkisini denetleme hakkı olup olmadığını sorgulamaktadır[61]. Hükümet tasarrufu[62] "*act of state*" teorisi uyarınca egemen bir devlet, bir diğer devlet mahkemesinin yetkisi konusunda karar verme hakkına sahip değildir. Ancak kanaatimizce tanıma ve tenfiz aşamasındaki yetki denetiminde hükümet tasarrufu teorisine uygunluğun sorgulanması hatalı bir yaklaşımdır. Milletlerarası hukukta kural olarak devletlerin yargı yetkisi kendi hâkimiyet alanıyla sınırlıdır. Ancak devletler çeşitli nedenlerle[63] başka devlet mahkemelerinin vermiş oldukları kararlara kendi topraklarında etki tanıyabilmektedir. Böylece tenfiz devletinde yapılan denetimin konusu, yabancı mahkemenin milletlerarası anlamda yetkili olup olmadığı değil, yabancı kararın kendi ülkesinde etki doğurmaya uygun olup olmadığıdır. Dolayısıyla milletlerarası özel hukukta böyle bir denetim, diğer devletlerin egemenlik hakkına yönelik bir ihlâl olarak algılanamayacaktır.

---

59 MAYSS/REED, (dn.36) s. 354; BORN, (dn27) s. 970-971; BRIGSS, (dn.20) s. 247-249.

60 SCHLOSSER, (dn.20) A-17; MAYSS/REED, (dn.36) s. 354; BRIGSS, (dn.20) s. 247-249.

61 BORN, (dn27) s. 969.

62 Kavram için bkz: AYBAY, R. *An Introduction to Law*, İstanbul 2009, s. 155.

63 Mahkeme kararlarının verildiği devlet dışında kabulü, milletlerarası nezaket kurallarının ötesinde, milletlerarası alanda özel hukuk ilişkilerinin düzenli bir biçimde ve hakkaniyete uygun olarak ele alınması ihtiyacının sonucudur; SAKMAR, (dn.11) s. 97.

2- Türk Tanıma ve Tenfiz Sisteminde Yabancı Mahkemenin Yetkisinin Denetiminde Uygulanacak Hukuk ve Yöntem

a- Uygulanacak Hukuk

İncelememizin daha önceki kısımlarında da belirttiğimiz üzere MÖHUK m. 54(b) tanıma ve tenfiz aşamasında yabancı mahkemenin yetkisinin hangi hukuka göre değerlendirileceği konusunda bir düzenleme içermemektedir. Madde sadece yetkinin gerçek bağlantı ölçütüyle değerlendirileceğini belirtmiştir. 54. maddenin (b) bendinde uygulanacak hukuk konusunda açıklama getirilmemiş olması uygulamada sorunlara yol açacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir[64].

Günümüzde mukayeseli hukukta, menşe mahkemenin yetkisinin tenfiz devleti hukukuna göre denetleneceği konusunda ortak bir uygulama oluşmuştur[65]. Türk hukukunda ilk olarak konu HUMK'un 540. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş ve bu düzenleme 2675 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girişine kadar varlığını korumuştur. HUMK'un ilgili düzenlemesinin yürürlükte olduğu dönemde, tenfize konu kararı veren mahkemenin yetkisinin Türk hukukundaki esaslarla değerlendirileceği, çoğunlukla kabul edilmiş bir görüş olarak karşımıza çıkmaktadır[66].

5718 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde yabancı mahkemenin yetkisi meselesi çok da tartışılan bir konu olmamıştır. Bir görüş[67] m. 54/b'de yer alan aşırı yetki ölçütünün hangi hukuka göre değerlendirileceği meselesinde kanunda bir boşluk bulunduğunu savunurken, diğer görüş[68] kararı veren mahkemenin yetkisinin kararı veren mahkemenin hukukuna ait bir konu olduğunu ve bu yetkinin kararın sonuç doğuracağı ülkenin hukukuna göre belirlenmesinin mümkün olmadığını kabul etmektedir.

Menşe mahkemenin yetkisinin tanıma ve/veya tenfize konu kararı veren mahkemenin hukukuna göre değerlendirileceği görüşüne katılmamaktayız. Çünkü bu görüş temelinde *yabancı mahkemenin yetkisi* konusu üzerinde durmaktadır. Oysaki m.54/b'nin konuya ilişkin kısmında ne yetki ne de aşırı yetki kavramları kullanılmıştır. Kanunda kullanılan kavram kararı veren

---

64 EKŞİ, (dn.2) s. 66.

65 Arjantin, Avusturya, Almanya, Japonya, İngiltere, İspanya, İtalya ve kısmen ABD için bkz.: yukarıda dn. 32-39; İsviçre için yukarıda dn. 44; Ancak bazı ABD mahkemeleri uygulaması ve İsrail'de denetimin kararı veren mahkemenin hukukuna göre yapılacağı kabul edilmektedir, bkz.; yukarıda dn. 25 ve 26.

66 SAKMAR (dn.11) s. 67 ve dn. 95.

67 EKŞİ, (dn.2) s. 66.

68 ÇELİKEL/ERDEM, (dn. 16) s. 600.

mahkemenin dava ve taraflarla olan gerçek ilişkisidir. Durum böyle olunca Türk mahkemesinin değerlendireceği konu yetki kuralının yerindeliği değil, bu yetki kuralının oluşumunda etken olan ölçütler ve somut davada ortaya çıkan sübjektif sonuçlardır. Nitekim doktrinde yer alan diğer bir görüş[69], olağan yetki kuralları olarak nitelendirilemeyecek yetki kurallarının Türk usul hukukunun yetkiye ilişkin temel ilkelerine aykırı olacağını ve böyle bir yetki kuralına dayanılarak verilen kararların Türkiye'de sonuç doğuramayacağını kabul etmektedir.

Kanaatimizce yabancı mahkemenin dava ve taraflarla gerçek ilişkisinin bulunması, kavram olarak teknik bir ifadeden çok tenfiz devletinin genel hukuk ilkeleri ve politikalarıyla alakalıdır. Bu anlamda m. 54/b'de yer alan bu ölçüt tenfiz devleti hukukuna tabi olmaya muhtaçtır. Çünkü zaten Türk hukukundaki bu ölçüte aykırı bir kurala dayanılarak oluşturulan yetki, o kuralı oluşturan yabancı hukukta adil ve makul olarak kabul edilmiştir ve o kararı veren yabancı hukuka göre yapılacak bir yetki denetiminden farklı bir sonucun çıkması mümkün olmayacaktır. Hiçbir hukuk sistemi kendi yarattığı kuralın, kendi hukuk ölçütleriyle milletlerarası anlamda geçersiz olduğunu kabul etmeyecektir. Diğer taraftan yukarıda da değindiğimiz üzere, tanıma ve tenfiz aşamasında yetki konusu yabancı mahkemenin milletlerarası yetkisinin varlığına değil, bu yetkiye dayanılarak verilmiş bir ilamın Türkiye'de sonuç doğurup doğurmayacağı konusuna odaklanmaktadır. Tüm etkenler göz önüne alındığında, denetimin Türk hukukuna göre yapılması uygun olacaktır.

b- Denetimde Kullanılacak Ölçütler

Tanınma ve tenfiz taleplerinde menşe mahkemenin dava ve taraflarla olan ilişkisinin Türk hukuku uygulanarak denetleneceği konusunda varmış olduğumuz sonuç, konuya ilişkin sorunların sadece bir kısmını çözmektedir. Çünkü uygulanacak hukuk kadar önemli bir sorun da, denetimde Türk mahkemelerinin hangi ölçütlerle hareket edeceğidir.

Denetimin kararı veren yabancı menşe mahkemesinin yetki kurallarıyla yapılmasını kabul eden görüş, konuyu tamamen yabancı hukuka bıraktığından burada bir kullanılacak ölçüt sorunu ortaya çıkmamaktadır[70].

---

69 NOMER/ŞANLI, (dn.16) s. 490.

70 Mukayeseli hukukta İsrail ve kısmen de ABD'de kabul edilen bu görüşte, yetki kurallarının sadece milletlerarası yetkiyi belirlemek amacıyla oluşturulduğu kabul edilmektedir. Yetki kurallarının bu yapısı ile hareket edildiğinde tanıma-tenfiz devleti kendi yetki kurallarını, başka bir devlet mahkemesinin yetkisinin tespitinde kullanamamaktadır.

Soruna ilişkin diğer bir çözüm tarzı, yukarıda değinmiş olduğumuz *yansıma teorisidir*. Söz konusu teoride, menşe mahkemesinin o davada uygulanan yetki kuralları, aynı şartlar altında, tenfiz devleti mahkemelerinin de milletlerarası yetkisini oluşturmaya uygun ise, tanıma ve tenfiz bakımından denetime tabi yetki, adil ve makul kabul edilmektedir[71]. Görüş Türk hukukunda da taraftar bulmuştur. Bu görüşte, Türk usul hukukunun yetkiye ilişkin temel ilkelerine aykırı olan ve böyle bir yetki kuralına dayanılarak verilen yabancı mahkeme kararlarının, olağan yetki kuralları olarak kabul edilemeyeceği belirtilerek, Türkiye'de sonuç doğuramayacağı kabul edilmektedir[72].

Yukarıda da değindiğimiz üzere yansıma teorisi kabul edilebilir bir ölçüt olmakla birlikte, uygulamada devletlerin kanunlarında yer alan yetki kuralları çoğunlukla milletlerarası yetki düşünülerek oluşturulmakta ve devletler kendi mahkemeleri için mümkün olduğunca geniş bir yargılama alanı yaratmaya çalışmaktadır[73]. Buna karşılık aynı devletler aynı kurallara dayanılarak verilen yabancı mahkeme kararlarının ülkelerinde sonuç doğurmasını ise engelleyebilmektedir. Söz konusu durum, iç hukukun milletlerarası yetki kurallarının milletlerarası özel hukukun temel ilkeleri dikkate alınarak oluşturulmadığı durumlarda, menşe mahkeme yetkisinin tenfiz devleti hukukunun milli yetki kurallarıyla denetiminin uygun bir çözüm tarzı oluşturmayacağını ortaya koymaktadır[74].

Kanaatimizce Türk hukuku bakımından kabul edilecek en uygun çözüm denetimin Türk hukukuna göre yapılması ancak bu aşamada, milletlerarası özel hukukun genel ilkeleriyle uyumlu, makul ve adil kurallarla hareket edilmesi olacaktır. Bu anlamda Türk hukukunda yer alan ve Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini oluşturan her kural, aynı kural yabancı mahkemece yetki tesisi için kullanılmış olsa da, tanıma ve tenfiz için gerçek bağlantı olarak kabul edilmeyecektir. Aynı şekilde Türk hukukunda yer almayan bir yetki kuralı da, sırf Türk hukukunda karşılığı olmadığı için reddedilemeyecektir. Çünkü Türk hukukunda milli mahkemelerin yetkisine temel oluşturan kurallar her zaman milletlerarası hakkaniyet ve uyum düşünülerek kabul edilmemiştir. Bunun en açık göstergesi Türk hukukunda kullanılan pek çok milletlerarası yetki kuralının MÖHUK m. 40'ın göndermesiyle, halen iç hukukun yetki kurallarını düzenlemek için kabul edilmiş olan HUMK'a

---

71 Bu yaklaşıma örnek olarak Arjantin, Avusturya, Almanya, Japonya, İngiltere, İspanya ve İtalya gösterilebilir.

72 NOMER/ŞANLI, (dn.16) s. 490.

73 Türk hukukunda yer alan aşırı yetki kuralları için bkz.: EKŞİ, (dn. 3) s. 56 vd.; DARDAĞAN, (dn. 3) s. 177 vd.

74 Von MEHREN, (dn.9) s. 59.

göre tayin ediliyor olmasıdır. 1927 tarihli bir kanunda yer alan yetki kurallarının aynen uygulanması ile ortaya çıkacak ilkelerin, günümüz tanıma ve tenfiz sisteminde gerçek bağlantının tespiti için kullanılması ise istenmeyen sonuçlara yol açabilecektir.

Türk usul hukuku kurallarıyla karşılıklı bir yapı içerisinde tesis edilen bir yetkiye dayanılarak verilen kararın, gerçek bağlantı ilkesi kapsamında değerlendirildiğinde çoğu zaman tanınması ya da tenfizi mümkün olamayacaktır. Çünkü Türk hukukunda da aşırı olarak nitelendirilebilecek milletlerarası yetki kuralları mevcuttur. Türk hukukunun dava ve taraflarla gerçek bağlantı aramaksızın oluşturduğu yetki kurallarına örnek olarak; HUMK m. 16'da yer alan ve davalının mallarının bulunduğu yer mahkemesine yetki veren düzenleme, HUMK m. 9/4'de yer alan ve boşanma davasında davacının ikametgâh mahkemesine yetki tanıyan kural, MÖHUK m. 43'de yer alan ve ölenin Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesine yetki tanıyan düzenleme, HUMK m. 12'de ihtiyati haciz kararının verildiği yer mahkemesine yetki veren kurallar[75] gösterilebilir.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek ve 18.06.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yerini alacak olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), HUMK'a oranla milletlerarası yetki konusunda çok daha uygun bir yapıya sahiptir. Örneğin HMK m. 9 ile HUMK'un 9/1 ve 16. maddelerinde yer alan aşırı yetki kuralları değiştirilmiştir. Madde gerekçesinde de bu durum açıkça ortaya konulmuştur. Madde gerekçesi şöyledir: "*Bu maddede, davalının Türkiye'de son oturduğu yer ve Türkiye'de herhangi bir malı veya teminatı bulunuyorsa, dava konusu olmayan o malın veya teminatın bulunduğu yerin de yetkili olması kabul edilmemiştir. Böylelikle, Türk mahkemelerinin vermiş oldukları kararların, yabancı ülkelerde tanınması veya tenfizi gerektiğinde, "aşkın yetki" gerekçesiyle tanıma veya tenfiz talebinin reddi engellenmek istenmiştir.*" Ancak örneğin HMK m.11'de yer alan, mirastan doğan davalarda, ölen kimsenin son yerleşim yeri mahkemesini kesin yetkili kabul eden kural MÖHUK m. 43'e paraleldir ve bir aşırı yetki kuralı olarak kabul edilmektedir[76].

Yaptığımız açıklamalar göstermektedir ki, HMK'da milletlerarası yetki düşünülerek yapılan değişiklikler yine de HUMK ile aynı amaca hizmet etmekte ve Türk mahkemelerinin milli ve kısmen de milletlerarası yetkisini düzenleme gayesi taşımaktadır. Bu anlamda yeni HMK'da yer alan ve milli

---

[75] DARDAĞAN, (dn. 3) s. 204-207. Karşı görüşte, EKŞİ, (dn. 2) s. 59. Burada özellikle bir taşıma faaliyeti sırasında ülkeden geçerken ihtiyati hacze konu olan mallarda, bu rastlantısal sonuca dayanılarak oluşan bir milletlerarası yetkinin dava ve taraflarla gerçek ilişkisinden söz etmek mümkün olmayacaktır.

[76] Ekşi, (dn.2) s. 35.

mahkemelerin yetkisine temel oluşturan her kuralın da yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde yetki bakımından denetimi düzenlenme amacı taşımadığı kabul edilebilir. Bu nedenle değerlendirmenin evrensel ölçütlerle yapılması gerekmektedir.

Menşe mahkemenin yetkisinin evrensel ölçütlerle değerlendirilmesi, esasında soyut ve geniş bir yöntemdir. Ancak bu ölçütün somutlaştırılması mümkündür. Türk mahkemesi önüne gelen tanıma ve tenfiz davasında öznel, yani somut olay üzerinden yapılacak bir değerlendirme ortaya koyacak ve davacının kararı veren menşe mahkemesinde dava açma bakımından hukuken kabul edilebilir bir menfaati var ise, dava ve taraflar ile gerçek bağlantının varlığını onaylayacaktır. Milletlerarası usul hukukunda aşırı yetki olarak nitelendirilebilecek bir kural somut olayda son derece meşru bir menfaate hizmet ederken, tam tersi şekilde uygun bağlantıyla oluşturulmuş bir yetki kuralı ise mahkemenin dava ve taraflarla olan gerçek ilişkisini sağlamaktan çok uzak olabilmektedir. Bu durum milletlerarası alanda ortaya çıkan birkaç örnekle ortaya konulabilir.

Menşe mahkemenin yetkisinin aşırı olduğu konusunda fikir birliği bulunan durumlardan biri, davacının yerleşim yeri mahkemesinden almış olduğu kararlarda ortaya çıkmaktadır. Oysaki bazı durumlarda, böyle bir yetki hiç de aşırı kabul edilmemektedir. Bu durum özellikle insan hakları ihlallerine bağlı olarak verilmiş olan tazminat hükümlerinde kendini göstermektedir. Söz konusu olaylarda (örneğin işkenceye maruz kalmış kişiler) davacı genellikle davalının bulunduğu ülkede bir dava açma imkânına sahip olmamaktadır. Çünkü bu kişiler çoğunlukla yerel hükümet tarafından istenmeyen kişiler olarak tanımlanmakta ve sığındığı ya da kaçtığı devlette dava açmak dışında bir şansı bulunmamaktadır[77]. Benzer şekilde yaşadığı yabancı ülkede, eşi tarafından hiçbir geliri olmaksızın terk edilen bir kişinin, maddi olanaksızlıklar nedeniyle, eşinin ikamet ettiği diğer bir devlette dava açamadığı durumlarda da, davacının yerleşim yeri mahkemesinin aşırı yetkisinden söz etmek hatalı olacaktır. Bu kişilerin açtığı davalarda, kararı veren mahkemenin milletlerarası alanda yetkisiz kabul edilmesi ise kişilerin hukuki korumadan yoksun kalması sonucunu doğuracaktır ki ortaya çıkan sonuç, kamu vicdanını ve hukuka olan güveni ağır derecede zedeleyecektir.

Davacının kendi yerleşim yerinde açtığı davalarda milletlerarası yetkinin aşırı kabul edilmediği örnekleri çoğaltmak mümkündür. Özellikle zayıf tarafın gözetildiği ilişkilerde bu durum rahatlıkla görülebilmektedir. MÖHUK'un

---

[77] KOH, H. *The Hague Convention and Human Rights*, *(The Hague Convention on Jurisdiction and Judgments,: records of the conference held at New York University School of Law on the proposed Convention, Ed. by LOWENFELD, A.D./SILBERMAN, L.J.)* Juris Publishing 2001, s. 117.

44 ve 45. maddelerinde işçi ve tüketiciye kendi yerleşim yerinde dava açma hakkı tanıyan yetki kurallarına dayanılarak verilen kararlar, aşırı olarak nitelendirilemeyecektir.

Görüldüğü üzere milletlerarası yetki konusunda davacının kendi yerleşim yeri ya da mutad meskeni mahkemesinde açtığı davalarda, o devlet mahkemesinin yetkisi genellikle aşırı kabul edilebilirken, verdiğimiz örneklerdeki gibi durumlarda böyle bir yetkinin tenfiz devletince reddi ise daha sakıncalı sonuçlara yol açabilmektedir. Dolayısıyla her olayın kendi şartları içerisinde değerlendirilmesi uygun sonuçlar doğurabilecektir.

Milletlerarası usul hukukunda aşırı olarak nitelendirilen diğer bir yetki, davacının davalının malvarlığının bulunduğu devlet mahkemelerinde açtığı davalarda ortaya çıkmaktadır[78]. Bu kurala ilişkin uygulamalar özellikle Alman ve Avusturya Usul Kanunları[79] kapsamında verilen kararlarla gündeme gelmiştir. Örnek bir olayda Jean Claude Killy isimli ünlü bir Fransız kayakçı, Avusturya'da bazı giysilerini unutmuş ve Avusturya mahkemeleri bu kişiye karşı açılmış olan bir alacak davasında unutulan giysileri malvarlığı olarak kabul ederek milletlerarası yetki tesis etmiştir. Böyle bir yetkiye dayanılarak verilen kararın, MÖHUK m. 54/b kapsamında Türkiye'de tanınması veya tenfizi talebinin -itiraz durumunda- kabul edilemeyeceği açıktır. Nitekim 1991 yılında Alman Federal Mahkemesi, Usul Kanunu'nda yer alan §23'ün uygulanmasını yumuşatmış ve Alman mahkemelerinin yetkili olabilmesi için, davalının malvarlığı ötesinde, dava yeri mahkemesi ile yeterli bir bağlantısının bulunması gerektiğine karar vermiştir[80].

Türk hukukundaki genel görüş üzerinde durulamayacak kadar önemsiz bir malvarlığının milletlerarası yetkinin doğumu için yeterli olmayacağıdır[81]. Konuya ilişkin bir çözüm önerisi ise tenfiz talep edilen mahkemenin, tenfiz edilmesi istenen alacak hükmünün, menşe devlette bulunan malvarlığının değerini aşan kısmının, tenfizini reddetmesi yönündedir[82].

---

78 RUSSELL, K. A. *Exorbitant Jurisdictiıon and Enforcement of Judgments: The Brussels System as an Impetus For United States Action*, 19 Syracuse J. Int'l L. & Com. 57 1993, s. 58; SCHLOSSER, (dn. 29) s. 43; ayrıca bkz. Brüksel Konvansiyonu m. 3(2).

79 Aynı kural HUMK m. 16'da da düzenlenmektedir.

80 Kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. EKŞİ (dn. 2) s. 47 vd.; DANNEMANN, G. *Jurisdiction Based on the Presence of Assets in Germany: a Case Note*, ICQL, Vol. 41, Jully 1992, s. 632 vd.

81 NOMER/ŞANLI, (dn. 16) s. 439; EKŞİ, (dn. 3) s. 57.

82 DARDAĞAN, (dn. 3) s. 195. Bu önerinin kabulü halinde, X ülkesinde bulunan 10.000 TL değerindeki malvarlığına dayanılarak oluşturulan milletlerarası yetki sonucunda, davalının 100.000 TL ödemesine hükmeden bir yabancı kararın, Türkiye'de sadece 10.000TL'lik kısmı tenfiz edilecek ve kalan 90.000 TL'lik kısmın

Kanaatimizce böyle bir durumda da olayda sübjektif değerlendirme yapmak ve davacının hukuki yararının varlığı halinde, menşe mahkemesinin yetkisini kabul etmek uygun bir sonuç doğurabilecektir. Örneğin bir alacak davasında malvarlığına dayanılarak tesis edilen bir yetkinin MÖHUK m. 54/b anlamında gerçek bir bağlantı oluşturmadığının peşinen kabul edildiğini düşünelim. Böyle bir durumda alacaklı davasını, borçlunun ikametgâh devleti mahkemelerinde açmak zorunda kalacaktır. Ancak bu borçlunun mal varlığının önemli bir bölümü, yerleşim yerinin bulunduğu devlet dışında yer alıyorsa, böyle bir dayatmanın ne davadan beklenen somut yarar ne de usul ekonomisi bakımından bir anlamı olacaktır. Diğer taraftan konusu alacak olmayan bir davada ise malvarlığı ölçütü, gerçek bir bağlantı oluşturmaktan çok uzaktır. Oysaki hukuki yararın gerçek bağlantının temeline oturtulması durumunda, davanın açıldığı devlette alacağın tahsiline yönelik bir malvarlığının bulunması, milletlerarası usul hukuku anlamında gerçek bir bağlantının kabulü için yeterli olacaktır. Belirtmiş olduğumuz bu olasılıklar da, MÖHUK m. 54/b kapsamında gerçek bağlantının tespitinde sübjektif ve hukuki yarar ekseninde yapılacak değerlendirmelerin amaca uygun sonuçlar doğurabileceğini ortaya koymaktadır.

Yapmış olduğumuz açıklamalar MÖHUK m. 54/b'de yer alan "dava ve taraflarla gerçek bir ilişki" kavramının "aşkın-aşırı" kavramıyla her zaman örtüşmediğini de ortaya koymaktadır. Dava ve taraflarla yakın ilişki kavramı esası itibariyle, aşırı yetki kavramından daha dar olup, milletlerarası usul hukuku alanında yetkinin aşırılık içerip içermediğini tespite yarayan bir ölçüttür. Bu son derece doğaldır, çünkü MÖHUK düzenlemesinde tanıma ve tenfizde denetlenen yetki özü itibariyle, o davada karar verme yetkisinden doğmaktadır. Ancak yukarıda vermiş olduğumuz örneklerde görülmektedir ki aşırı yetki oluşturmayan bazı durumlarda, kavrama sıkı bağlı kalınması, dava ve taraflar ile mahkeme arasında gerçek bir ilişkinin kabulünü güçleştirmektedir. Özellikle imkânsızlık durumlarında bu açıkça görülmektedir. İmkânsızlık çoğu zaman yetkinin aşırılığını ortadan kaldırsa da, tek başına mahkeme ile dava ve taraflar arasındaki gerçek ilişkiyi temin etmemektedir.

Menşe mahkemesinin yetki bakımından denetiminde sıkı ve dar bir yorum metodunun benimsenmesi, milletlerarası işbirliği ve adaleti sağlama amacı bakımından da sakıncalı sonuçlar doğurmaya açıktır. Çünkü düzenlemenin sadece davalının yerleşim yeri gibi bir bağlantı noktasına indirgenmesi, yabancı ülkeden gelecek kararların tanınması ve tenfizi olasılığını azaltacaktır[83]. Diğer taraftan dava ve taraflarla çok az bağlantısı bulunan

---

tenfizi (davalının itirazı kaydıyla) MÖHUK m. 54/b düzenlemesi kapsamında reddedilecektir.

[83] Benzer kaygılar 5718 sayılı MÖHUK'un uygulamaya girmesinden önceki dönemde de ortaya konulmuş ve Türk hukukunda konunun yeterince açıklığa

bir mahkemenin yetkisinin kabulü ise, yetkinin esassa uygulanacak hukuk üzerindeki etkisi de düşünüldüğünde, bir önceki olasılık kadar adalet anlayışını zedeleyeceği açıktır. Bu nedenle uygulamada Türk yargıçlarının yetki denetiminde her iki olasılık arasında iyi bir denge kurması gerekmektedir. Ayrık durumları da kapsayacak şekilde, hukukun genel ilkeleriyle uyumlu olmak kaydıyla, davacının tenfize konu kararı veren menşe mahkemesinde meşru bir menfaatini ispatlaması durumunda, ilke olarak gerçek ilişkinin varlığını kabul etmek uygun bir çözüm tarzı olarak kabul edilebilecektir. Denetim aşamasında incelemenin biçimi öznel olacak ve Türk yargıcı tenfize bu yönde itiraz edilmesi durumunda, davacıdan o devlette dava açmasını haklı kılan nedenlerin ispatını isteyecektir. Ancak yabancı devletten gelen karar, o devletle çok az bağlantılı olup, yetkinin kabul edilebilirliği sadece yurtdışında dava açmanın zorluğu veya masraflı olması gibi sebeplerle (ayrık durumlar hariç) açıklanabiliyorsa, davacının eylemi hukuki yarara temel oluşturan bir haklı neden olarak kabul edilemeyecektir.

3- Menşe Mahkemenin Dava ve Taraflarla Bağlantısının İradi Yolla Kesilmesi

Tenfiz mahkemesince yapılacak yetki denetiminde en önemli konulardan biri de geçerli bir milletlerarası yetki veya tahkim anlaşmasının varlığına rağmen, kararın başka bir devlet mahkemesince verilmiş olması halidir. Günümüzde mukayeseli hukukta pek çok düzenleme geçerli bir yetki anlaşmasının varlığına rağmen, davacı tarafından başka yabancı bir devlet mahkemesinde açılan bir dava sonucu verilen kararların tenfizini ve tanınmasını engellemektedir[84]. Söz konusu durum, geçerli tahkim anlaşmasının varlığına rağmen, bu anlaşmayı yok sayarak verilen yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi bakımından da geçerlidir[85].

Türk hukukunda 2675 sayılı Kanunun yürürlük döneminde, geçerli bir milletlerarası yetki veya tahkim anlaşmasına rağmen, bu anlaşmaları yok sayarak verilmiş olan yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'de tanınması ve tenfizini engellemek bakımından bir olanak bulunmamaktaydı. Böylece Türk hukukuna göre geçerli bir milletlerarası yetki ve tahkim anlaşmasını varlığı, yetki itirazında bulunulması durumunda Türk mahkemelerinin

---

kavuşturulmamış olması nedeniyle, yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'de sonuç doğurmasının zorlaşabileceği öngörülmüştür; DARDAĞAN, (dn.3) s.252-253.

84 Brüksel I Tüzüğü m. 23; KAYE, P. *Forensic Submission as a Bar to Arbitration*, Civil Justice Quarterly 12-1993, s. 359 vd.

85 KAYE, (dn.80) s. 359 vd.

o uyuşmazlığa ilişkin davayı görmesini engellerken, bu anlaşmaları yok sayarak verilen yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'de sonuç doğurmasını engelleyememekteydi. Yani geçerli bir yetki ve tahkim anlaşmasının varlığı Türk mahkemelerini yetkisizleştirirken, aynı sonucu yabancı devlet mahkemeleri için ortaya çıkartmamaktaydı.

5718 sayılı MÖHUK incelendiğinde konuya ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir. Ancak MÖHUK m. 54/b düzenlemesinin, yetki veya tahkim anlaşması ihlal edilerek verilen yabancı kararların tenfizi ve tanınmasını engelleyip engelleyemeyeceği üzerinde durulması gereken önemli bir konudur.

Mukayeseli hukukta geçerli bir milletlerarası yetki anlaşmasının davacı ve kararı veren mahkeme tarafından ihlali konusu genellikle özel düzenlemeyle bir tenfiz ve tanıma engeli olarak kabul edilmiştir. Örneğin; İngiltere'de Medeni Yargılama ve Usul Kanunu §32'de bir yetki anlaşmasına rağmen bir başka mahkemenin davayı görmüş olması ve §33'de bir tahkim anlaşmasına rağmen yabancı bir devlet mahkemesinin davayı görmüş olması durumunda bu mahkemelerden verilen kararların tanınması ve tenfizi taleplerinin reddedileceği düzenlenmiştir. Brüksel I Tüzüğünün 23. maddesinde yetki anlaşmasının münhasır nitelikte olduğu ve böyle bir anlaşmanın varlığına rağmen, yetkilendirilen devlet mahkemesinden başka bir mahkemece verilen kararların tanınması ve tenfizi taleplerinin reddedilebileceği kabul edilmiştir (m. 33/2).

Türk hukukunda milletlerarası yetki ve tahkim anlaşmaları bakımından böyle özel bir kuralın kabul edilmemiş olması yetki ve tahkim anlaşmaları ihlal edilerek verilen kararların tanınması veya tenfizi engelleyebilecek midir? Madde 54/b'de bu yönde açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu anlamda yapılması gereken kanunun yorumlanmasıdır. Sorunun cevabı aşağıda milletlerarası yetki ve tahkim sözleşmeleri bakımından ayrı ayrı cevaplanmaya çalışılacaktır.

i- Milletlerarası Yetki Anlaşmaları Bakımından

Kanunda her ne kadar konuya ilişkin açık bir düzenleme bulunmasa da, Türk hukukunda milletlerarası yetki anlaşmalarının işlevi düşünüldüğünde, yukarıdaki soruya vereceğimiz cevap olumlu olacaktır. Örneğin üçüncü bir devlet mahkemesini yetkilendiren bir anlaşmaya rağmen davacının, davalının yerleşim yerinde açtığı bir davada, bu yer mahkemesinin dava ve taraflarla gerçek ilişkisinin bulunmadığını söylemek güçtür. Diğer taraftan kişilerin yapmış oldukları yetki anlaşmasına münhasır etki tanındığında ise bu anlaşma iradi yolla diğer mahkemelerin davanın konusu ve taraflarıyla olan ilişkisini kesmiş olacaktır. Böylece amaçsal yorum Türk hukuku bakımından MÖHUK'un getirmiş olduğu en önemli yeniliklerden biri olarak, milletlera-

rası yetki ve tahkim anlaşmalarına evrensel manada ciddi bir işlerlik kazandırmış olacaktır.

Türk hukuku bakımından geçerli olan bir milletlerarası yetki anlaşması, münhasır nitelik taşımakta[86] ve yetkilendirilen yabancı mahkeme kendisini yetkisiz saymadığı sürece[87] Türk mahkemelerinin o davayı görmesini engellemektedir. Taraf iradelerine bu denli koruma sağlayan bir sistemde, aynı korumayı evrensel boyutta sağlamamak ve tarafların yetki anlaşmasını (Türk ve yetkilendirilen mahkeme devletinin kanunlarına göre geçerli olduğu halde) yok sayan bir kararın Türkiye'de sonuç doğurmasına izin vermek kanaatimizce hukukumuzda kabul edilmiş olan "*irade muhtariyeti*" ilkesinin ciddi bir ihlali olacaktır. Çünkü bir hukuk düzeninde korunmadığı sürece, özgürlüklerin verilmesinin de bir manası kalmamaktadır. Ayrıca milletlerarası yetki anlaşmaları günümüz milletlerarası ticaret hayatında önemli bir yere sahiptir ve kişiler bu anlaşmaları gayet bilinçli şekilde yapmaktadır. Söz konusu durum karşısında Türk mahkemelerinin kişilerin sözleşmesel yükümlülüklerini ihlal edici tutumlarına, bu kararları tanıyarak ya da tenfiz ederek destek olması MÖHUK'un genel ruhuna ve amacına aykırı olacaktır.

Esasında bu yorum tarzı kanunun gerekçesinde de kendisine yer bulmaktadır. Madde gerekçesinde şu cümlelere yer verilmiştir: "*…Bu durumda, kendi hukukuna göre dahi yetkisiz olan veya hukuk devletlerinde kabul edilmiş genel yetki ilkelerine aykırılık taşıyan aşırı yetki kurallarına göre kendilerini yetkili kabul eden yabancı mahkemelerin verdikleri ilâmların da Türkiye'de tanınması ve tenfizi yolu açık kalmıştı…Hukuken sakıncası bulunan bu durumu engellemek amacıyla ilâmın "dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması" şartının da bir tanıma ve tenfiz şartı olarak ilgili bende eklenmesi gerekli ve yararlı görülmüştür. Dava konusu ve taraflarla hukukî ve fiilî anlamda gerçek bir ilişkisi olmaksızın yabancı bir mahkemenin kendisini yetkili sayması milletlerarası yetki hukukunda kabul edilmeyen bir "aşırı yetki" olarak kabul edilmektedir…*".

Menşe mahkemenin yetki bakımından denetiminde rol oynayan iki unsur gerekçede "*hukuk devletlerinde kabul edilmiş genel yetki ilkelerine aykırılık*" ve "*dava konusu ve taraflarla hukukî ve fiilî anlamda gerçek bir ilişkisi olmama*" şeklinde ifade edilmiştir. Milletlerarası yetki anlaşmalarının varlığı

---

[86] SARGIN, F. *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları,* Ankara 1996, s. 190-202; NOMER, (dn.) s. 116; EKŞİ, (dn.3) s. 186.

[87] Ayrıntılı bilgi için bkz. AKINCI, Z. *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik*, Ankara 2002, s. 68 vd. Bu durum her hukuk sisteminde aynı değildir. Örneğin, İngiliz hukukunda yetki sözleşmesinin geçerliliği tenfize konu kararı veren mahkemenin hukukuna göre değerlendirilmektedir; KAYE (dn.80) s. 363.

bu açıdan değerlendirildiğinde hem hukuk devletlerinde kabul edilmiş genel bir yetki ilkesi hem de yetkilendirilen dışındaki mahkemeler ile dava ve tarafları arasındaki hukuki ilişkiyi kesen bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla madde 54/b düzenlemesi bakımından MÖHUK m. 47'nin şartlarını taşıyan bir anlaşmaya rağmen davacı tarafından başka bir mahkemede açılmış bir dava sonucunda verilen ilamın tanınması veya tenfizi talebinin Türk mahkemelerince reddedilmesi uygun olacaktır. Ancak kanunda konunun açıkça düzenlenmemiş olması karşısında uygulamanın nasıl gelişeceği, verilecek mahkeme kararlarıyla netleşecektir.

ii- Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları Bakımından

Türk hukukunda milletlerarası tahkim anlaşmaları ihlal edilerek verilen kararların tanınması veya tenfizinin engellenip engellenemeyeceği konusundaki soruyu cevaplamak yetkiye oranla daha kolaydır. Türk hukukuna ve tahkim yeri hukukuna göre geçerli bir tahkim anlaşması tarafların iradesi kapsamında, uyuşmazlığın devlet mahkemelerince görülmesini engelleyen ve bu manada mahkemelerin dava ve taraflarla olan ilişkisini kesen bir etkiye sahiptir.

Geçerli bir tahkim anlaşmasıyla birlikte artık uyuşmazlık devlet yargısına taşınamayacaktır. Böylece yabancı bir mahkemece, Türk hukukuna ve tahkim yeri hukukuna göre geçerli bir tahkim anlaşması göz ardı edilerek verilen bir kararın, (aleyhinde tanıma veya tenfiz istenen kişi tarafından itiraz edilmesi durumunda) MÖHUK m. 54/b düzenlemesi karşısında Türkiye'de sonuç doğurması mümkün olmayacaktır. Bu konuda kanaatimizce m. 54/b'de ayrıca bir düzenleme yapılması da gerekmemektedir. Söz konusu durum Türk hukukunda kişilere tanınmış olan, uyuşmazlıklarını devlet yargısı dışında çözebilme özgürlüğünün doğal bir sonucudur ve aksi bir tutum kişilerin tahkim özgürlüğünün savunmasız hale gelmesi ya da Türk hukukunda tanınmış bu hakkın korunmasının yabancı devlet mahkemelerinin takdirine bırakılması anlamına gelecektir. Ayrıca aralarında geçerli bir tahkim anlaşması bulunmasına rağmen, taraflardan birinin bilinçli olarak kabul ettiği tahkim taahhüdünü keyfi bir tutumla ihlal etmesi ve adeta (Türk mahkemelerinden görevsizlik kararı verileceği düşünüldüğünde) bir yabancı mahkemeye giderek Türk hukukunun tahkime bağladığı sonuçları dolanmasına göz yumulması hatalı bir tutum olacaktır.

Tahkim anlaşmalarının tanıma ve tenfiz kapsamında korunması meselesinde yorumsal çıkarımların ötesinde, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkındaki New York Sözleşmesi[88] de Türk mahkemelerine tahkim

---

[88] Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 Tarihli New York Sözleşmesi; (RG. S. 21002, 25.09.1991).

anlaşmalarının korunması yönünde bir yükümlülük getirmektedir. Sözleşmenin II. maddesinin 3. bendinde, tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğu tespit edilmedikçe, taraflardan birinin talebi üzerine taraf devlet mahkemesinin uyuşmazlığı hakemliğe sevk edeceğini düzenlemektedir. Türkiye ile birlikte Sözleşmeye taraf olan 145 ülkenin bu anlamda taahhütte bulunduğu düşünülürse, milletlerarası tahkim anlaşmalarının sadece Türk mahkemelerinin değil diğer tüm yabancı mahkemelerin de milletlerarası yetkisini ortadan kaldırdığı açıktır. Söz konusu devlet mahkemeleri hem Türk hem de kendi milli hukuklarına göre tahkime konu davayı çözme iktidarına sahip değildir. Böylece yetkisiz hale gelen bir yabancı mahkemenin kararı, tarafın itirazı kaydıyla, MÖHUK m. 54/b uyarınca Türkiye'de bir sonuç doğuramayacaktır. Tahkim anlaşmaları bakımından değerlendirildiğinde MÖHUK m. 54/b, hukukumuzdaki büyük bir boşluğu doldurması bakımından kanundaki en önemli yeniliklerden birini oluşturmaktadır.

B- Hakkında Tanıma veya Tenfiz İstenen Kişinin İtirazı

1- Türk Mahkemelerinde Yapılacak İtiraz

Tanıma ve tenfize konu yabancı bir mahkeme kararının MÖHUK m. 54/b kapsamında yetki bakımından reddedilebilmesi için, gerçek ilişkinin bulunmaması dışında, kanunda aranan ikinci koşul davalının bu yönde Türk mahkemelerine itirazda bulunmuş olmasıdır. Kanun koyucu mukayeseli hukuktaki genel tablonun[89] aksine, yetki denetimi bakımından Türk yargıçlarına bir resen inceleme yükümlülüğü getirmemiştir. Diğer taraftan aynı bentte yer alan ve Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren konularda ise yargıç yetkisini re'sen denetleyecektir.

Düzenleme iş yükünün hafifletilmesi bakımından yerindedir. Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin korunduğu düşünüldüğünde, her davada menşe mahkemesinin bu anlamda denetlenmesi gereksizdir, özellikle de aleyhinde tanıma veya tenfiz istenen kişinin asıl davanın görüldüğü mahkemenin yetkisine itiraz etmediği durumlarda. Tenfiz davasındaki davalının, menşe mahkemenin taraflar ve dava konusu ile gerçek bir bağlantısının bulunmadığı yargılamalara rıza gösterdiği yargılamalar, uygulamada karşılaşılan bir durumdur. Örneğin ABD uyruklu şirketler, Avrupa uyruklu şirketlerin kendilerine karşı açtıkları tazminat davalarının, cezai tazminatlara hükmedebilen ABD mahkemeleri yerine, Avrupa mahkemelerinde görülmesinden son dere-

[89] Bu ülkelere örnek olarak Almanya, Avusturya, İsviçre gibi ülkeler örnek gösterilebilir.

ce memnundur[90]. Kanunun düzenlemesi ile hem Türk yargıçları gereksiz bir inceleme yükünden kurtulmuş hem de tanıma ve tenfiz sürecinde meydana gelecek bir süre kaybı önlenmiş olunmaktadır.

Doktrinde çekişmesiz yargıya tabi bazı davalarda, Türk mahkemelerinin yetki bakımından re'sen inceleme yapamaması eleştirilmiştir. Bu eleştiri kapsamında yabancı mahkemede görülen dava, ölmüş sayılma, hacir, isim tashihi ve yaş tashihi gibi hasımsız bir dava ise, verilen kararların Türkiye'de tanınması taleplerinde Türk mahkemesinin yabancı mahkemenin yetkisi aşırı olsa bile, ortada itiraz edecek bir davalının bulunmaması nedeniyle, bunu denetlemesinin mümkün olmayacağı ifade edilmiştir[91].

Gerçekten de hasımsız davalarda yetkinin denetim dışında kalması önemli bir eksiklik olarak düşünülebilir. Ancak Yargıtay uygulamalarında vesayet gibi davalarda Türk mahkemelerinin yetkisi münhasır kabul edildiğinden, bu davalar bakımından yetki re'sen incelenmektedir. Diğer taraftan yaş tashihi, ölmüş sayılma ve ad değişikliği gibi davalarda ise bu talepler bir nüfus değişikliği sonucu doğuran davalar olduğundan farklı şekilde değerlendirilmelidir. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun[92] 36. maddesinin a bendinde yer alan "*Kayıt düzeltme davaları Cumhuriyet Savcısı ve nüfus müdürü veya görevlendireceği nüfus memuru huzuru ile görülür ve karara bağlanır*" cümlesi gereğince tanıma kararlarının yaratacağı olumsuz sonuçların savcı ve nüfus müdürü veya görevlendireceği nüfus memuru tarafından bertaraf edilmesi mümkündür. Böylece nüfus kaydında değişiklik yaratacak tanıma davalarında m. 54/b kapsamında yapılacak itirazların, savcı ve nüfus müdürü veya görevlendireceği nüfus memuru tarafından ileri sürülebileceği düşünülebilir.

Menşe mahkemenin yetki bakımından değerlendirilebilmesi adına, davalının itirazı koşulunun getirilmiş olması nedeniyle doğacak sıkıntıların, genel anlamda hasımsız davalarda da uygulamada geliştirilecek pratik çözümlerle aşılabilme olanağına sahip olduğu söylenebilir. Yetki denetiminin itiraz koşuluna bağlanmış olması başka önemli bir soruyu da gündeme getirmektedir. Yurt dışında görülen davada, davalının yetki itirazında bulunmaması veya yetki itirazında bulunsa bile davanın esasına girmiş olması, davalının Türk

---

[90] Hatta ABD şirketleri, bu bağlamda Avrupa ülkelerinde verilen yetkisizlik kararlarına ısrarcı bir şekilde itiraz etmektedir; SCHLOSSER, P., *Bases of Jurisdiction in a "New Double Convention" on Jurisdiction and Recognition of Foreign Judgements, (The Hague Convention on Jurisdiction and Judgments,: records of the conference held at New York University School of Law on the proposed Convention, Ed. by LOWENFELD, A.D. / SILBERMAN, L.J.)* Juris Publishing 2001, s. 17.

[91] EKŞİ, (dn.2) s. 66.

[92] R.G. 29.04.2006, S. 26153.

mahkemeleri önünde tanıma ve tenfize bu yönde itiraz etmesini engelleyecek midir? Aşağıda bu sorunun cevabı değerlendirilmeye çalışılacaktır.

2- Tanıma veya Tenfize Konu Kararı Veren Menşe Mahkemede Yapılacak Yetki İtirazı

Mukayeseli hukukta yabancı mahkemelerin yetki bakımından denetiminde en çok üzerinde durulan konulardan biri de aleyhinde tanıma ve/veya tenfiz istenen davalının, tenfize konu kararı veren menşe mahkemesi önünde yetkisizlik itirazında bulunmuş olmasıdır. Hatta mukayeseli hukukta bir adım ileri gidilmiş ve davalının yetki itirazında bulunmuş olmasına rağmen, davanın esasına girilmiş olmasının yetki bakımından bir itiraz engeli oluşturup oluşturmayacağı tartışılmıştır.

Brüksel I Tüzüğünün 24. maddesinde davalının Tüzükte yer alan yetki kuralları dışında, yargılamaya katılmasının mahkemeyi yetkili kılacağı, ancak davalının sadece yetki itirazında bulunmak için yargılamaya katılmasının ise yetki tesisi anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir. Hatta 24.01.1981 tarihinde Avrupa Adalet Divanı *Elefanten Schuh GmbH v. Pierre Jacqmain* davasında verdiği kararda[93], davalının yetki itirazında bulunduktan sonra, davanın esasına ilişkin olarak savunma yapması halinde de, davalının tenfiz aşamasında menşe mahkemenin yetkisizliğini ileri süremeyeceğine hükmetmiştir[94].

Benzer bir düzenleme de İngiltere'de Medeni Yargılama ve Usul Kanunu §32/1-c'de yer almaktadır. Buna göre yetki veya tahkim anlaşmasının varlığına rağmen davanın yetkisiz bir mahkemede görülmesi halinde davacının tanıma ve tenfiz aşamasında yetkisizlik itirazında bulunabilmesi için, davalının menşe mahkemesindeki davada esasa ilişkin savunmada bulunmamış olması aranmaktadır[95]. Benzer şekilde ABD hukukunda da yetki itirazının menşe mahkeme tarafından reddi sonrasında davalının yargılamanın esasına ilişkin savunmada bulunması, daha sonraki aşamalarda ABD mahkemeleri önünde görülen tenfiz davalarında menşe mahkemenin yetkisine itiraz hakkını engellemektedir[96].

---

[93] Karar için bkz.: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61980J0150:EN:HTML]. Avrupa Adalet Divanı tarafından aynı yönde verilen başka bir karar da *Établissements Rohr Société anonyme v Dina Ossberger* davasında verilmiştir. Karar için bkz.: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri =CELEX:61981J0027:EN:HTML].

[94] Bkz. Brüksel Konvansiyonu m.18.

[95] Örnek karar için bkz.: Lloyd's Rep. 1992-1, s. 342-353.

[96] BORN, (dn.28) s.971-972.

Davalının menşe mahkeme tarafından yapılan yargılamada, yetki itirazında bulunulmuş olsa da, esasa girmesinin daha sonraki tanıma ve tenfiz aşamasında yetki itirazı hakkını kaldıracağını kabul eden düzenlemeler davalıya iki seçenek sunmaktadır[97]. Buna göre davalı, ya esasa girerek asıl davanın görüldüğü devletteki haklarını korumayı seçecek ve bunun karşılığında tenfiz devletindeki haklarını riske atacak ya da asıl davanın görüldüğü devlette esasa hiç girmeyerek, buradaki haklarını göz ardı edecek ve diğer devletlerdeki varlıklarını koruma yolunu seçecektir. Davalının milletlerarası yetkisi bulunmayan bir mahkemede aleyhine açılmış davalarda, böyle bir seçime zorlanması doktrinde ağır şekilde eleştirilmiş ve çok sakıncalı bir yaklaşım olarak değerlendirilmiştir[98].

Davalıyı asıl davanın görüldüğü devlet ile tanıma veya tenfiz davasının görülebileceği diğer devletler arasında seçim yapmaya zorlayan bu sistem Kıta Avrupası hukuklarında itibar görmemiştir. Almanya, Avusturya, İspanya, İtalya ve İsviçre gibi devletlerde milli hukuk düzeyinde (Brüksel I Konvansiyonu dışında kalan tanıma ve tenfiz taleplerinde) yetki itirazında bulunmak kaydıyla davalının esasa ilişkin savunmalarını ileri sürmesi yetki bakımından örtülü bir kabul olarak değerlendirilmemiştir. Diğer taraftan davalının yetki itirazında bulunmaksızın davanın esasına girmesi ise bir yetki kabulü olarak değerlendirilmiş ve davalının tanıma ya da tenfiz aşamasında artık yetki itirazında bulunamayacağı kabul edilmiştir[99].

MÖHUK m. 54/b'ye bakıldığında davalının yetki itirazında bulunması koşulu, sadece Türk mahkemesinde görülmekte olan tanıma ve tenfiz davası bakımından öngörülmüş ancak menşe mahkemedeki yargılamada, davalının milletlerarası yetki itirazında bulunması koşuluna ilişkin bir düzenleme kanun metninde yer almamıştır. Bu durumda yabancı mahkemede yetki itirazında bulunmayan ya da yetki itirazında bulunup da esasa ilişkin savunmalarını ileri süren davalı MÖHUK m. 54/b kapsamında menşe mahkemenin yetkisizliği yönünde itirazda bulunabilecek midir?

Menşe mahkemede yetki itirazında bulunmamış bir davalının Türk mahkemeleri önünde tanıma veya tenfize konu kararı vermiş olan yabancı mahkemenin yetkisizliğini ileri sürmesi mümkün olmamalıdır. Bu anlamda

---

97 KAYE, (dn.49) s. 366.

98 KAYE, (dn.49) s. 366 vd.; MAYSS/REED, (dn.37) s. 362; BORN, (dn.28) s.972.

99 Bkz.: Almanya, (WEGEN/WİLSKE, (dn.35) Germany-9); Avuturya (SCHWANKE/PICHLER, (dn.34) Austria-12); İsviçre (VOGT/REITER, (dn.45) Switzerland–17); İtalya, (TAMPIERI, T. *Italy (Enforcement of Foreign Judgements, Vol. 2, Edt. By GARB, L./LEW, J.)* Supplement 5 (October 1997) Italy-10 [eserde ayrıca sayfa numarası kullanılmamıştır.]); İspanya, *Spain (Enforcement of Foreign Judgements, Vol. 2, Edt. By GARB, L./LEW, J.)* Supplement 13 (August 2007) Spain-7 [eserde ayrıca sayfa numarası kullanılmamıştır.]).

kanunda konuya ilişkin açık bir düzenleme bulunmaması da bu yorum tarzına engel değildir. Menşe mahkeme önünde itirazda bulunmayan davalıya, Türk mahkemeleri önünde aynı konuda itirazda bulunma hakkının tanınması çeşitli sakıncalar içermektedir.

Öncelikle davalının menşe mahkeme önünde yetki itirazında bulunması koşulunun aranmaması hukukun genel ilkeleriyle bağdaşmayan bir tablo ortaya çıkartacaktır. Şöyle ki: Yabancı mahkemenin yetkisine itiraz etmeyen davalı bir seçim hakkı kazanmaktadır. Eğer yapılan yargılama davalının yararına sonuçlanırsa, davalı bu kararı Türkiye'de kullanma olanağına sahip olacak, eğer karar davalının aleyhine çıkarsa bu sefer de davalı Türkiye'de görülecek tanıma veya tenfiz davasında menşe mahkemenin yetkisinin gerçek bir ilişkiye dayanmadığını ileri sürerek, istemediği sonuçlardan kurtulma şansına sahip olacaktır. Yani davalı keyfi hareket etme olanağına sahip olacak ve bu anlamda m. 54/b'yi amacı dışında kullanabilecektir.

İkinci olarak milli usul hukuklarında olduğu gibi milletlerarası usul hukukunda da (yetkinin kamu düzenini ilgilendirdiği veya münhasır olduğu durumlar hariç) davalının yetki itirazında bulunmamış olması bir örtülü kabul anlamına gelmektedir. Aynı durum Türk usul hukuku ve Türk milletlerarası usul hukuku açısından da geçerlidir[100]. Türk usul hukukunun genel bir ilkesi olarak, yetkinin kamu düzeninden kesin yetki olmadığı durumlarda davalının ilk itirazda[101] bulunmaması, yetkisiz bir mahkemenin yetkili hale gelmesini sağlayabilmektedir. Bu ilkenin MÖHUK m.54/b kapsamında kabul edilmemesi için her hangi bir engel bulunmamaktadır.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız iki durum esasında kanun metninde yer almasa da, yabancı devlette yetki itirazında bulunmayan davalının, Türkiye'de yetki itirazında bulunamayacağını ortaya koymaktadır. Çünkü ilk durumda davalının tutumu bir hakkın kötüye kullanılması halini alırken,

---

[100] Gerçi MÖHUK m. 47 uyarınca yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmaların yazılı olması şartı aranmış ancak bu şart bir ispat şartı olarak kabul edilmiştir. Böylece Türk milletlerarası usul hukukunda zımni yetki anlaşması yapılması olanağı kişilere tanınmış olmaktadır (NOMER, (dn.12) s. 113-114.). Diğer taraftan bu durum sadece yetkilendirilen yabancı mahkemenin yetkisinin, Türk mahkemeleri karşısında münhasır etkiye sahip olması bakımından önemlidir. Benzer durum iç hukukta da geçerlidir. HUMK m. 23 düzenlemesi yetkinin kamu düzeninden kesin yetki olmadığı hallerde taraflara adeta örtülü bir yetki anlaşması yapma hakkı tanımaktadır.

[101] Ancak ilk itiraz kurumunun dünyadaki bütün milli hukuklarda yer almayabilecek olması da mümkündür. Bu nedenle davalı yetki itirazını, davanın görüldüğü devletin milli usul hukuk kuralları dikkate alınarak, daha sonra da ileri sürmek zorunda kalabilir. Bu nedenle Türk yargıcın dikkat edeceği nokta "*yetki ilk itirazı*" değil "*yetki itirazı*" olacaktır.

ikinci durumda davalının Türk mahkemelerinde ileri süreceği itiraz bir çelişkili davranma yasağının ihlalini oluşturacaktır[102]. Sonuç olarak davalı genel bir hukuk ilkesi olan ve usul hukukunda geçerli olan[103] dürüstlük kuralını[104] ihlal etmiş olacaktır ve Türk hukukunda dürüstlük kuralının ihlali yargıç tarafından re'sen dikkate alınacaktır[105].

Sonuç olarak kanunda yer almasa da davalının, Türk mahkemelerince görülmekte olan bir tanıma ve tenfiz davasında menşe mahkemenin dava ve taraflarla gerçek ilişkisi bulunmadığı yönünde bir itiraz ileri sürebilmesi için öncelikle yabancı menşe mahkeme önünde yetki itirazında bulunmuş olması bir ön koşul olarak karşımıza çıkmaktadır[106]. Ancak yetki itirazında bulunan davalının, daha sonra esasa ilişkin hususlarda savunma yapması yani davanın esasına girmiş olması ise kanaatimizce, mukayeseli hukuktaki uygulamalar ve eleştiriler de dikkate alınarak, bir yetki kabulü olarak değerlendirilmemeli ve davalının MÖHUK m. 54/b kapsamındaki itiraz hakkını ortadan kaldırmamalıdır[107].

---

[102] AKYOL, Ş. Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007, s. 49

[103] AKYOL, (dn. 100) s. 49.

[104] Ayrıntılı bilgi için bkz.: GÖKYAYLA, E. *Hakkın Geç Kullanılması Dürüstlük Kuralına Aykırı Mıdır?*, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2007/1, s. 401-419.

[105] GÖKYAYLA, (dn.99) s. 404 ve dn. 16'da sayılan yazarlar.

[106] Bu durum milletlerarası yetki ve tahkim anlaşması sonucu iradi olarak yetkisiz hale gelen mahkemelerde daha da önem kazanmaktadır.

[107] Burada bir olasılık olarak davalının, usulüne uygun bildirime rağmen, menşe mahkeme önünde tamamen pasif kaldığı yani ne yetki itirazında bulunduğu ne de davanın esasına girdiği yargılamalarla da karşılaşılabilir. Bu gibi durumlarda davalının sessiz kalmasının ve davanın gıyaben görülmesinin, bir yetki kabulü olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesi gündeme gelmektedir. Mukayeseli hukuka bakıldığında genel eğilim bu gibi yargılamaların, davalının katılımıyla gerçekleşen yargılamalardan farklı değerlendirilmemesi yönündedir (Genel olarak bkz.: *Enforcement of Foreign Judgments*, (Ed. by Garb, L./Lew, J.), The Hague ; London 1995.). Milletlerarası usul hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde sessiz kalmanın sonuçları kanaatimizce yargılamanın yapıldığı devletin usul hukuku kurallarına göre değerlendirilmesi gerekecektir. Ancak davacının, dava konusu ve davalı ile tamamen ilişkisiz bir mahkemede dava açması karşısında davalıya mutlaka bir itiraz yöneltme veya eylemde bulunma zorunluluğu getirilmesi de çeşitli sakıncalar içermektedir. Bu noktada genel kuraldan ayrılarak *lex fori* bağlamında, davalının menşe mahkemedeki yargılamada eylemsizliğinin bir yetki kabulü olarak değerlendirilmemesi düşünülebilir. Ancak bu konuda kesin tutumu Türk içtihadı belirleyecektir.

Sonuç

MÖHUK m. 54 (b) bendinde yer alan ve yabancı mahkeme kararlarını tanıma ve tenfiz aşamasında kararı veren menşe mahkemenin yetkisini dava ve taraflarla gerçek ilişki bakımından, davalının bu yönde itirazda bulunması şartıyla, Türk mahkemelerinin denetimine açan düzenlemenin nasıl uygulanacağı hukukumuzda halen açık değildir. Esasında hukukumuzda 2675 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girişine kadarki dönemde HUMK'un 540. maddesinin 2. fıkrasıyla yürürlükte olan bu kural, yaklaşık otuz yıl sonra yeniden yürürlüğe girmiştir. Bu süreç içerisinde dünyada önemli gelişmeler yaşanmış ve konuya bakış açısı değişmiştir. Biz de incelememizde dünyadaki gelişmeleri de dikkate alarak, menşe mahkemesinin yetki bakımından denetlenmesi meselesindeki temel esasları ortaya koymaya çalıştık.

Kanunda tanıma ve tenfiz talebinin reddi için temel iki koşul aranmıştır. Bunlardan ilki kararı veren menşe mahkemenin dava ve taraflarla gerçek bir ilişkisinin bulunmaması, ikincisi ise davalının bu yönde itiraz etmesidir.

İlk koşul olan menşe mahkemenin dava ve taraflarla gerçek bir ilişkisinin bulunmaması ölçütü, yetki denetiminde kullanılan farklı yöntemlerden biridir. Gerçekten de devletler yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi aşamasında menşe mahkemenin yetkisi üzerinde yapılacak denetim konusunda, bir yöntem birliği oluşturamamış ve farklı ölçütlerle konuyu ele almıştır. Günümüzde özellikle Avrupa'da yaygın olarak kullanılan ölçüt yetkisel karşılıklılıktır. Burada tenfiz devleti, menşe mahkemenin yetkisini oluşturan kuralların, aynı şartlar altında kendi mahkemelerini de milletlerarası anlamda yetkili kılıp kılmayacağını denetlemekte, yani adeta bir "yetkisel karşılıklılık" aramaktadır. Yetkinin sadece karşılıklılık ölçütüyle değerlendirilmesi sakıncalı bir yöntemdir. Burada menşe ülkesinin makul ve adil bir yetki kuralı sırf tenfiz devleti mahkemesi hukukunda bu kural yer almadığı için tanınma veya tenfiz imkânından mahrum kalabilecektir. Ayrıca devletlerin usul hukuklarında yer alan ve mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenlemek için kabul edilmiş kuralların amacının çoğu zaman sadece milli mahkemelerin yetkisini düzenlemek olduğu da unutulmamalıdır.

Asli yetki kurallarıyla denetim yöntemini benimsemeyen Türk hukukunda gerçek ilişki ölçütünün kabulü, uygulamada doğabilecek sıkıntıları en aza indirmesi bakımından uygun olmuştur. Türk mahkemeleri yapacakları denetimde, MÖHUK ve HUMK'da yer alan kuralların benzerlerini arayacakları saf bir yetki incelemesi yerine, daha esnek ve konuya daha uygun olan gerçek ilişki kavramı üzerine yoğunlaşacaktır. Böylece Türk hukukunda yer almasa da, milletlerarası usul hukuku ilkelerine uygun biçimde gerçek ilişkiye dayanan yabancı yetki kuralları bir tanıma veya tenfiz engeliyle karşılaşmayacaktır.

Gerçek ilişki kavramı her ne kadar diğer ölçütlere göre daha işlevsel olsa da sübjektif yapısı gereği, uygun bir zemine oturtulmalıdır. Farklı olasılıklar düşünüldüğünde genel kabule göre aşırı kabul edilebilecek bir yetki, somut olaydaki uygulanmada son derece makul karşılanabilecek bir yetki kuralına dönüşebilmektedir. İşte bu gibi veya tam tersi olasılıklar göz önüne alındığında gerçek ilişki ölçütünün en önemli test aracı hukuki yarar olmaktadır. Tanıma veya tenfize konu olayda davacının, davasını o yabancı devlette açmasını haklı kılan ve hem Türk hukuk hem de milletlerarası özel hukuk düzenince korunan bir menfaati varsa artık dava ve tarafları ile menşe mahkeme arasında gerçek bir ilişkinin varlığı kabul edilmelidir. Bu durum özellikle malvarlığı ve zayıf konumdaki davacının yerleşim yeri mahkemelerinden alınan kararlarda, hakkaniyete uygun sonuçların doğması açısından büyük önem taşımaktadır. Yapılacak denetimde uygulanacak hukuk ise Türk hukuku olmalıdır. Ancak burada Türk hukukunun usuli ilkeleri kadar milletlerarası usul hukukunun ilkeleri de mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır.

Menşe mahkeme ile dava ve taraflar arasındaki gerçek ilişkinin denetlenmesinde taraf iradeleri de büyük bir role sahiptir. Burada bahsedilen milletlerarası yetki ve tahkim anlaşmalarıdır. Türk hukuku ile yetkilendirilen mahkemeye veya hakem heyetine göre de geçerli olan milletlerarası yetki ve tahkim anlaşmalarını yok sayan üçüncü devlet mahkemelerince verilen mahkeme kararlarının da tanınması ve tenfizi talepleri, kanaatimizce MÖHUK m. 54/b kapsamında reddedilebilecektir. Kanunda gerçek ilişki kavramı açıklanmasa da kanun gerekçesinde kavram, dava konusu ve taraflarla hukukî ve fiilî anlamda gerçek bir ilişki olarak tanımlanmıştır. Böylece davanın, taraflarca yetkilendirilen bir mahkeme veya hakem heyetince görülmesini kabul eden bir anlaşma, yetkilendirilen dışındaki mahkemeler açısından gerçek ilişkinin iradi olarak kesilmesine olanak sağlamaktadır. Konunun bu şekilde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ise önümüzdeki dönemlerde verilecek olan mahkeme kararlarıyla açıklığa kavuşacaktır.

MÖHUK m. 54/b'de aranan ikinci koşul olan itirazdır. Madde aranan itiraz iki aşamada aranmalıdır. İlk olarak Türk mahkemesinin yetki denetimi bilmesi için tanıma ve tenfiz davasındaki davalının bu yönde itirazda bulunması gerekmektedir. Türk yargıcının denetim yükümlülüğünün itiraz koşuluna bağlanması, iş yükünün arttırılmaması ve gereksiz zaman kayıplarının engellenmesi bakımından uygun olmuştur. Çekişmesiz yargıya tabi davaların tanınması taleplerinde ise oluşabilecek boşluklar ve aksaklıklar uygulamada geliştirilecek yöntemlerle engellenebilecektir. Türk mahkemelerinde yapılacak itiraz kadar önemli diğer bir itiraz ise tanıma veya tenfize konu kararı veren yabancı mahkeme önünde yapılacak olandır. Menşe mahkemede yapılan yargılamada davalının, o mahkemede de yetki itirazında bulunması kanaatimizce mutlaka aranması gereken bir koşuldur. Aksi tutum

davalıya yararına gördüğü kararları kullanma ve beğenmediği kararları da Türk mahkemeleri önünde engelleme olanağını sağlayacaktır. Çelişkili davranma yasağı ve dolayısıyla da dürüstlük kuralının ihlali sonucu doğuracak böyle bir durum hem Türk hukukunun temel ilkelerini hem de milletlerarası adalet anlayışını derinden zedeleyecek niteliktedir.

Görüldüğü gibi yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfiz taleplerini, yabancı mahkemenin yetkisi yönünden denetime açan MÖHUK m. 54/b halen Türk hukuku açısından pek çok karanlık noktaya sahiptir. Ancak Türk hukukunda, doktrinin eleştirileri de dikkate alınarak, 6100 sayılı Kanun'la yürürlüğe giren, günümüz koşullarına çok daha uygun yeni yetki kuralları ve Türk mahkemelerinin yenilikçi kararlarıyla konu en uygun şekilde çözüme kavuşturulacaktır.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin Bankacının Bilgi Verme Yükümlülüğü ile İlgili 16 Ağustos 2011 Tarihli Kararının İncelenmesi

*Pelin IŞINTAN**

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 16 Ağustos 2011 tarihinde vermiş olduğu bir kararda bankacının müşterisine karşı sahip olduğu bilgi verme yükümlülüğü tartışılmaktadır. Buna göre, bankacının müşterisine bilgi verme yükümlülüğü, esas itibariyle vekalet sözleşmesinden kaynaklanan özen borcunun bir parçasını oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra, 1 Şubat 1997 tarihinde yürürlüğe giren Borsalar ve Menkul Kıymet Ticareti Hakkında Federal Kanun[1] getirmiş olduğu 11. madde hükmüyle, bankanın sermaye piyasaları işlemleriyle ilgili aracılık faaliyeti esnasında, bu sıfat nedeniyle ifa etmesi gereken bir bilgilendirme yükümlülüğü daha oluşturmaktadır. Bankanın bu yükümlülük altına girmesi için, henüz bir işlem ifa etmiş olmasına dahi gerek yoktur; bu yönde bir talimat almış olması yeterlidir. İncelememizde, öncelikle bankanın müşterisine karşı sahip olduğu bu bilgilendirme yükümlülüğünün neden ibaret olduğuna değinip daha sonra Federal Mahkeme'nin hususla ilgili yeni tarihli bir kararını değerlendirme konusu yapmayı amaçlamış bulunuyoruz.

I. Bankanın müşterisini bilgilendirme yükümlülüğü

A. Vekalet sözleşmesinden kaynaklanan bilgilendirme yükümlülüğü

Banka ile müşterisi arasında yapılan birçok bankacılık faaliyeti ile aracılık işlemleri vekalet sözleşmesi temeline oturmaktadır[2]; incelememize konu

---

* Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

1 Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (Loi sur les bourses; RS 954.1). Metin içinde bu kanun kısaca LBVM olarak zikredilmiştir.

2 Bu konudaki sözleşme örnekleri için bkz. **Pierre Tercier/Pascal G. Favre**, Les Contrats Spéciaux, 4e édition, Genève-Zurich-Bâle 2009, s. 828; **Pierre Engel**,

teşkil eden Federal Mahkeme kararındaki banka ile müşterisi arasındaki ilişkide de bankanın sorumluluğu İsv. BK md. 398/f.2 hükmüne göre değerlendirilmiştir. İsv. BK md. 398/f.2 gereğince, vekilin üstlenmiş olduğu vekalet görevini "iyi bir şekilde ve sadakatle" ifa etmesi gerekmektedir[3]. İyi şekilde ifa, vekilin temel borcu olan özen borcunu ifade etmektedir[4]. Her ne kadar, kanun vekilin özen borcu açısından işçinin özen borcuna atıf yapmış olsa da, özen borcu, sınırları kanun tarafından belirli şekilde çizilmiş bir borç değildir ve yapılacak işin veya sağlanacak hizmetin zorluk derecesi, vekile sağlanan imkanlar, tarafların bu konudaki bilgi ve tecrübesi gibi çeşitli unsurlar bu borcun kapsamını değiştirebilir[5]. Taraflar, aralarındaki sözleşmede bu borcun tanımını yapabilecekleri gibi, bazı vekalet ilişkilerinde kanun tarafından vekilin özen borcunun ağırlaştırılması da söz konusu olabilir. Yine bazı meslek grupları için, bu mesleğe ait birlik veya odaların hazırladıkları kurallar uyulması gereken genel prensipleri ortaya koyabilir ve bu hususta vekillik görevini ifa edecek kişiler için uygulanacak asgari özen düzeyini belirleyebilir. Böylelikle, bu kurallara uygun davranan vekil, prensip olarak özen yükümünü yerine getirmiş kabul edilir[6]. Bankalar açısından özellikle İsviçre Bankacılar Birliği (*Association suisse des banquiers*) tarafından hazırlanan yönergeler önem arz etmektedir. Bu yönergelerden biri bankanın aracılık faaliyetini ilgilendirmektedir ve bu husus aşağıda ele alınmıştır.

Banka, müşterisine karşı bir vekil gibi davrandığı hallerde, bu borcu özenle yerine getirmelidir. Bankanın sorumluluğu, her vekil gibi, gördüğü işte vardığı sonuca göre değil, bu sonuca giden yolda göstermiş olduğu özen ve ihtimama göre belirlenir. Eğer vekil, ulaşılmak istenen hedefe giden yolda

---

Contrats de droit suisse, 2e édition, Berne 2000, s. 503. Ayrıca bkz. **Benoit Chappuis/Franz Werro**, Le devoir d'information de l'article 11 LBVM et son rôle en droit civil à la lumière des Règles de conduite de l'ASB, Pratique Juridique Actuelle 2005, s. 563. Bankacı ile müşteri arasında kurulabilecek farklı tip sözleşme ilişkileri için bkz. **Isabelle Romy/Olivier Bloch**, Les devoirs d'information du banquier à la lumière de la jurisprudence fédérale récente, Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genève-Zurich-Bâle 2008, s. 654 vd.
Türk hukukunda bankacının bankacılık işlemlerinin büyük bir kısmından doğan sorumluluğuna doğrudan veya kıyas yoluyla vekalet hükümlerinin uygulanacağı yönünde bkz. **Haluk Tandoğan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, Dördüncü tıpkıbasım, İstanbul 1989, s. 427.

3 Aynı husus Türk hukukunda BK md. 390/f.2 gereğince "*iyi surette ifa*" şeklinde ifade edilmektedir.

4 **Tercier/Favre**, s. 767.

5 **Tercier/Favre**, s. 767; **Engel**, s. 484.

6 **Tercier/Favre**, s. 769. Vekalet sözleşmesi kapsamında bir başka meslek grubunu oluşturan avukatlar açısından bu tarz kuralların önemi için bkz. **Pierre Wessner**, La responsabilité professionnelle de l'avocat au regard de son devoir général de diligence, Recueil de jurisprudence neuchâteloise 1986, s. 15.

üzerine düşen tüm yükümlülükleri yerine getirmiş, hayat tecrübeleri ve işlerin mutad cereyanına göre gereken her türlü girişimde bulunmuşsa, artık istenen neticeye ulaşılamasa bile vekilin sorumluluğundan bahsedilmeyecektir[7]. Bunu ifade etmek üzere, Fransız hukukundan kaynaklanan bir ayırımla, vekilin borcunun bir sonuç borcu olmayıp bir vasıta borcu olduğundan bahsedilmektedir[8]. Bir başka ifadeyle, her ne kadar bir iş görme borcu yüklese de, vekalet sözleşmesi kapsamında amaçlanan sonucun elde edilememe riski özen borcuna uygun şekilde hareket eden vekile değil, müvekkile aittir[9]. Bununla beraber, vekilin de amaçlanan sonucun elde edilmesine engel olacak tutum ve davranışlardan kaçınması gerektiği, aksi takdirde amaçladığı sonuca ulaşamayan müvekkilin bu nedenle uğrayacağı zararlardan sorumlu tutulacağı tabii bir sonuç olarak belirmektedir. Bu kapsamda özen borcuna aykırı davranış vekalet sözleşmesinin kötü ifası anlamına gelecek ve bankanın sorumluluğunu gündeme getirecektir. Böyle bir durumda ispat yükü müvekkile ait olmaktadır. Burada sadece sonucun yerine getirilmediğini ispat yeterli görülmeyecek; ayrıca sonucun vekilin özensiz davranışı neticesinde elde edilemediğinin ispatı gerekecektir[10].

Vekilin sadakat borcu ise, özellikle bir başkası yerine işlem yapan kimsenin bu gücünü kendi yararına kullanmasını engellemek amacı taşır. Bu suretle vekil, gördüğü iş veya hizmeti müvekkilin çıkarlarını koruyacak şekilde yerine getirir. Vekilin, bilgi verme ve müvekkili aydınlatma yükümlülüğü bazı yazarlar tarafından sadakat borcunun bir görünümü olarak da kabul edilmektedir[11]. Müvekkili yapılan işlemlerden haberdar etmek, önemli geliş-

---

7 **Engel**, s. 482; **Tercier/Favre**, s.746 ; **Wessner**, s. 17.
Türk hukukunda aynı yönde **Tandoğan**, s. 410; **Cevdet Yavuz**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, yenilenmiş 7. Baskı, İstanbul 2007, s. 642.

8 **Tercier**, s. 746. ***Engel***, s.483'de bu ayırımın İsviçre hukuku açısından uygun olmadığını ifade etmektedir. Yazara göre, her eylem bir sonuç elde etmeye yöneliktir; bu sonucun elde edilip edilemeyeceği ise ifa aşamasına ait bir meseledir.
Türk hukukunda ***Gümüş***, hekimlik ve avukatlık sözleşmesi dahil olmak üzere, tüm adi vekalet sözleşmesi görünümleri için, garanti sözleşmesine bağlı bir sonuç garantisinin mümkün olduğu görüşündedir. Bkz. **Mustafa Alper Gümüş**, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, s. 153.

9 **Tandoğan**, s. 364.

10 **Wessner,** s. 22; ***Chappuis/Werro***, burada ispat yükünün banka karşısındaki müşteri açısından çok ağır olduğu görüşünü savunmaktadırlar. Yazarlar, son yıllarda hekimin sorumluluğu açısından hastaya getirilen ispat kolaylığının banka müşterisine de teşmil edilmesi arzusundadırlar. Buna göre, hasta hiç veya gereği gibi aydınlatılmadığını inandırıcı şekilde ortaya koyabilirse, hekimin kendisini savunmak için hastayı aydınlattığını ispat etmesi yeterli kabul edilmelidir (bkz. **Chappuis/Werro**, s. 567.).

11 **Tercier/Favre**, s. 772. Bununla birlikte yazarlar, sadakat borcunun özen borcunun bir tamamlayıcısı görünümünde olduğunu ve sadakat borcunun vekalet söz-

meleri bildirmek, çeşitli riskler konusunda dikkatini çekmek gibi hususlar bilgi verme yükümlülüğünün içeriğini oluşturabilir. Biz, bu açıdan bilgi verme yükümlülüğünün özen borcu içerisinde yer aldığı görüşüne katılıyoruz[12].

Federal Mahkeme'nin kararları bilgi verme yükümlülüğünün kaynağı hususunda bir bütünlük arz etmemekte, hatta aşağıda ele alınan kararda görüleceği üzere, özen borcu ve bilgi verme borcu birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılmaktadır[13]. Mahkeme, prensip olarak, bankanın müşterisine karşı genel bir bilgi verme ve gözetme yükümlülüğü altında olduğunu ancak banka ile müşteri arasında bir malvarlığı idare sözleşmesinin mevcudiyeti halinde kabul etmektedir. Böyle bir sözleşme olmadığı takdirde, bankanın müşterisini yapılacak yatırımın riskleriyle ilgili uyarması veya bu yatırımın yerindeliği hakkında görüş belirtmesi ancak müşterinin bir hata yaptığının bariz bir şekilde belli olması ya da müşteri ile kurulan ilişkinin özel bir güven tesisini sağlaması gibi istisnai hallerde söz konusu olabilir[14]. Aksi takdirde, müşterinin belli bir yönde talimat vermiş olması, bu hususta daha fazla bilgiye gereksinim duymadığı yönünde yorumlanmaktadır.

B. Aracılık faaliyeti dolayısıyla LBVM md. 11'den kaynaklanan bilgilendirme yükümlülüğü

Vekalet temeline dayalı bazı ilişkiler tamamen veya kısmen özel kanunlarla düzenleme altına alınabilir. Bu bağlamda, sermaye piyasalarında vekalet ilişkisine dayanarak yapılan aracılık faaliyeti de bu şekilde özel bir düzenlemeye tabi kılınmıştır[15]. Bankalar da, müşterileri hesabına menkul

---

leşmesinin ayırt edici bir unsuru olmadığını da ifade etmektedirler (bkz. **Tercier/Favre**, s. 771).
Ayrıca Türk hukukunda bkz. **Yavuz**, s. 652; **Gümüş**, s. 157 vd.

[12] **Chappuis/Werro**, s. 565. Yazarlar, esas itibariyle bilgi verme yükümlülüğünün İsv. MK md. 2 hükmünden kaynaklandığı görüşündedirler (bkz. **Chappuis/Werro**, s. 566 dpn. 55).

[13] Bkz. **Romy/Bloch**, s. 648 dpn. 2'de yer alan kararlar. Yazarlar, bu tartışmanın pratik bir önemi olmadığını ifade etmektedirler.
Gümüş, İsviçre hukunda bilgilendirme, aydınlatma ve bilgi verme kavramları arasında bir açıklık olmadığını ve bu kavramların çoğu kez birbirinin yerine kullanıldığını ifade etmektedir (bkz. **Gümüş**, s. 162 dpn. 667.).

[14] Bkz. örnek olarak ATF 131 III 377; ATF 119 II 333; TF, 4C. 166/2000. Ayrıca **Chappuis/Werro**, s. 565; **Carlo Lombardini**, Droit bancaire suisse, éd. 2, Genève-Zurich-Bâle 2008, s. 753.

[15] Türk hukukunda bu kurum Sermaye Piyasası Kanunu md. 30 vd. yanı sıra Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ (Seri: V, No. 46) ile düzenlenmiştir. Bu mevzuat kapsamında aracının müşterisine bilgi verme yükümlülüğü özel bir başlık altında düzenlenmiş değildir. Fakat Tebliğ md. 11/d hükmü aracıların "*müşteriyi ilgilendiren tüm konularda yeterli bilgilendirme ve*

kıymetlerle ilgili işlem yaptıklarında aracı olarak kabul edilmekte ve söz konusu düzenlemeye tabi olmaktadırlar[16].

İsviçre hukukunda aracı kurumların müşterilerine bilgi vermeleri hususundaki düzenleme daha önce yukarıda zikredilen Borsalar ve Menkul Kıymet Ticareti Hakkında Federal Kanun ile yapılmıştır. Bu kanunun 2. maddesinin (d) bendi uyarınca "*négociant*" olarak adlandırılan kişi, mevzuatımızda aracı kurum olarak adlandırılan sermaye piyasası şirketine karşılık gelmektedir. Şu kadar ki, LBVM md. 2/d hükmü söz konusu kurumların yetkilerini gerçek kişilerle birlikte şahıs şirketlerine de vermektedir. Bu nedenle, "*négociant*" karşılığı olarak, kendi ya da başkası hesabına menkul kıymet alım satımı işiyle uğraşan kimseler bakımından evrensel terim olan "*broker*" sözcüğünün kullanılması gerekmektedir. Ancak, biz hem konu itibariyla bir sermaye şirketi olan bankanın aracılık faaliyeti kapsamında kalacağımız hem de "broker" teriminin türkçe karşılığı bulunmaması nedenleriyle metin içinde "*négociant*" karşılığı olarak "*aracı*" terimini kullanmayı tercih ettik.

Borsalar ve Menkul Kıymet Ticareti Hakkında Federal Kanun'un 11. maddesi, aracının müşterilerine karşı sahip olduğu bilgi verme, özen ve sadakat yükümlülüklerini üç ayrı bend halinde ele aldıktan sonra, ikinci fıkrasında bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi esnasında müşterinin deneyimi ve ilgili alanlardaki bilgilerinin de dikkate alınacağını ifade etmektedir.

LBVM md. 11/1 (a) şu hükmü içermektedir: "*Aracının müşterilerine karşı bilgi verme yükümlülüğü bulunmaktadır; aracı özellikle bir işlem tipine bağlı risklerle ilgili müşterilerini bilgilendirir*.". Bu hükmün önemi, İsviçre'de ilk defa olarak bilgi verme yükümlülüğünü açık bir şekilde düzenliyor olmasından ileri gelmektedir. Bu zamana kadar medeni hukukun temel kavramlarından ve vekalet sözleşmesi hükümlerinden yola çıkılarak varılan bilgi verme yükümlülüğü, böylelikle bir idare hukuku kavramı olarak belli bir mesleğin mensuplarına yönelik ve açık bir şekilde düzenlenmiş olmaktadır[17]. Bununla birlikte, yine de aracının bu yükümlülüğü oldukça genel hatlarla düzenlenmiş olup bu bilginin içeriği ya da ne şekilde verilmesi gerektiği gibi noktalar açık bırakılmıştır. LBVM md. 11/2 ise "*aracının bu yükümlülüklerinin ifasında, müşterilerin tecrübesi ve ilgili alanlardaki bilgi düzeyleri dikkate alına-*

şeffaflığı sağlamaları" gerekliliğinden bahsetmektedir. Aynı şekilde çerçeve sözleşme imzalama mecburiyeti getiren md. 13'e Seri: V, No: 84 Tebliğ ile getirilen ek fıkra, aracı kuruluşların sermaye piyasası işlemlerinin risklerini açıklayan ve içeriği Kurulca belirlenecek "*sermaye piyasası işlemleri risk bildirim formu*"nu müşterilere imzalatmadan müşterileri ile sözleşme imzalayamayacakları ve işlem yapamayacaklarını öngörmektedir.

16 **Lombardini**, s. 753.

17 **Chappuis/Werro**, s. 562.

caktır." hükmünü getirmektedir. Buradan anlaşılan husus, verilecek bilginin her müşteri için aynı olmaması gerektiğidir.

Adı geçen kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, İsviçre Bankacılar Birliği de 22 Ocak 1997 tarihinde menkul kıymetlerle ilgili işlem yapan aracılar açısından uyulması gereken davranış kurallarını düzenleyen bir yönerge[18] hazırlamıştır. İsviçre Bankacılar Birliği, bankacılık alanında uyulması gereken arzu edilen tarzdaki düzgün uygulamaların bu şekilde bir araya getirilmesini ve geliştirilmesini sağlayan bir meslek birliğidir[19]. Bu yönergenin giriş bölümünde, amacın LBVM md. 11 hükmünde bahsedilen bilgi verme, özen ve sadakat yükümlülüklerinin somutlaştırılması olduğu ifade edilmektedir[20]. Yönerge, hem bu yükümlülüklerin ne şekilde uygulanacağına yönelik kuralları koymakta hem de bunların açıklamasını getirmektedir.

Zikredilen 22 Ocak 1997 tarihli yönerge 3. maddesinde bilgi verme yükümlülüğünü düzenlemekte ve açıklamaktadır[21]. Bu maddenin ilk fıkrası LBVM md. 11/2 hükmünün ifadesini tekrar ederek müşterinin bilgi ve tecrübesinin bankanın yükümlülüğü üzerindeki etkisinden bahsetmektedir. Bu kapsamda aracı kurum, her müşterinin menkul kıymetlerin alımı, satımı ve elde bulundurulmasıyla ilgili alışılagelen riskleri bildiğini varsaymakta kural olarak haklı görülmektedir (Yönerge md. 3/2). Burada bahsedilen riskler özellikle borçlanma işlemlerindeki ödeme gücü, bir başka ifadeyle borçlunun vade gününde nominal değeri karşılayamama ihtimali; hisseler ve yatırım araçları işlemlerinde ise, özellikle kur değerleri ve faiz oranlarıyla ilgili yaşanabilecek değişimler ya da piyasa üzerinde etkili olabilecek diğer genel sebeplerdir (Yönerge md. 3, açıklama no.6). Eğer yapılacak işlemin potansiyel riskleri bu gibi alışılagelmiş ve öngörülebilecek genel risklerin ötesine geçecekse, aracının bilgi verme yükümlülüğü tekrar ortaya çıkacaktır. Türev piyasalarında olduğu gibi bazı ürünlerdeki yüksek risk potansiyelinin varlığı veya karmaşık yapı böyle bir duruma örnek olarak gösterilmektedir. Bir başka ifadeyle, aracının bilgi verme yükümlülüğü işlemin riski ve karmaşıklığı arttıkça ağırlaşmaktadır (Yönerge md. 3, açıklama 6). Aracı bu yükümlülüğünü, verilen bilgi herkes tarafından genel olarak anlaşılabilir olduğu müddetçe

---

[18] Règles de conduite pour négociants en valeurs mobilières applicables à l'exécution d'opérations sur titres. Directives de l'Association suisse des banquiers du 22 janvier 1997. Bu Yönerge 2008 yılında gözden geçirilmiş ve yeni hali 1 Temmuz 2009'da yürürlüğe girmiştir.

[19] **Luc Thévenoz**, "Les règles de conduite des négociants", Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, 1997 Cahier spécial,s. 21.

[20] ***Chappuis/Werro***, s. 563 dpn. 21'de bu özel somutlaştırmanın kanun hükmünde sayılmayacağını ifade etmektedir.

[21] Burada yönergenin tamamı detaylı olarak ele alınmayacak, sadece incelememize konu olan mahkeme kararındaki olayla ilgili gördüğümüz hususlar aktarılacaktır.

standart olarak hazırlanan broşüler ve uyarı notları ile yerine getirebilecektir. Eğer aracı, bu bilgiyi kişiye özel şekilde hazırlayacaksa, bu durumda da müşterinin bilgi ve tecrübe derecesini dikkate alması gerekecektir (Yönerge md. 3/4). Aracı, müşterinin tamamen bilgisiz ve tecrübesiz olduğunu ortaya koyan somut belirtiler olmadıkça, müşterinin olağan riskleri bildiğini varsayabilecektir (Yönerge md. 3, açıklama no. 7). Müşterinin uygun şekilde bilgilendirilmiş olduğu hususunda ispat yükü aracının üzerindedir. Bu bağlamda, banka müşterinin ne şekilde bilgilendirilmiş olduğunu belgelemek durumundadır; fakat bu belgenin şekli bankanın değerlendirmesine bırakılmış ve bu hususta müşteriden imzalı bir onay alınması gerekli görülmemiştir (Yönerge md. 3, açıklama no. 10).

Söz konusu özel kanun düzenlemesi ve Bankacılar Birliği tarafından hazırlanan bu kurallar karşısında, vekalet sözleşmesinden kaynaklanan bilgi verme yükümlülüğünün yerinin ne olacağı sorusu akıllara gelmektedir. LBVM md. 11 düzenlemesi, piyasaların iyi surette faaliyetini sağlamak ve yatırımcıları korumak amacına sahip bir kamu hukuku kuralı getirmektedir. Bu nedenle, hükmün ilk etaptaki önemi tarafların bu konuda aksine bir anlaşma yapamayacakları noktasında kendisini göstermektedir[22]. Bunun yanı sıra, LBVM md. 11 hükmünün aracı ve müşteri arasındaki ilişkiye doğrudan etki ederek, bu şekilde yaratılan bilgi verme borcunun sözleşmeyi tamamlayıcı bir etkisi olduğu ve bu borcun ihlalinin İsv. BK md. 97 hükmü gereğince tazminat yükümlülüğü getirdiği de ileri sürülmektedir[23]. Yukarıda bahsolunduğu üzere, Federal Mahkeme malvarlığı idare sözleşmesinin mevcut olmadığı ilişkilerde bankanın genel bir gözetim ve bilgilendirme yükümlülüğü olmadığını prensip olarak kabul etmektedir. LBVM md. 11 hükmünün özel hukuk ilişkilerine uygulanması kabul edildiğinde ise, artık banka müşterisine karşı kanundan kaynaklanan bir bilgi verme yükümlülüğü altında olacağı için, aralarında bir malvarlığı idare sözleşmesi olmasa dahi, müşterisine gereken bilgiyi sağlamakla yükümlü olacağı kabul edilmektedir[24]. LBVM'nin uygulama alanına giren konularda banka, müşterisinin tecrübe ve bilgi birikimini tespit ederek, ona uygun kapsamdaki bilgiyi sağlamak zorundadır. Federal Mahkeme yeni kararlarında[25], banka ile müşteri

---

[22] **Thévenoz**, s. 24; **Chappuis/Werro**, s. 564; **Romy/Bloch**, s. 651. Federal Mahkeme de bazı kararlarında bu hususu açıkça belirtmektedir. Örnek olarak bkz. ATF 133 III 97; 21 Şubat 2007, 4C.2005/2006; 4 Ocak 2007, 4C.270/2006.

[23] **Thévenoz**, s. 23; ***Lombardini*** de bu hükmün temelde bir kamu hukuku kuralı olduğunu ifade ettikten sonra, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiye doğrudan uygulanabileceğini kabul etmektedir (bkz. **Lombardini**, s. 754). Bu hükmün özel hukukta müşterisine karşı banka açısından yeni bir sorumluluk kaynağı olduğu yönünde bkz. **Romy/Bloch**, s. 648.

[24] **Chappuis/Werro**, s. 568.

[25] ATF 133 III 97; 21 Şubat 2007, 4C.2005/2006 ve aşağıda incelemesi yapılan 16 Ağustos 2011 tarihli karar (TF, 4A 271/2011).

arasında akdedilen sözleşmeler arasında fark gözetmeye devam etmekle birlikte, LBVM md. 11 hükmünün çifte etkili bir hüküm olduğu[26] yönünde görüş beyan etmiş ve hem idari makamlar hem de sözleşmede yer alan kişiler tarafından ileri sürülebileceğini belirtmiştir. Bununla beraber, bu hükmün uygulama sınırlarını ya da mevcut hükümler arasındaki hiyerarşiyi net bir şekilde belirlememiştir.

İsviçre Bankacılar Birliği gibi meslek birliklerinin hazırlamış olduğu yönergeler ve uyulması gereken kurallar ise, hem idari makamlar hem de hakimler için bir başvuru kaynağı görevi görmektedirler[27]. Yukarıda ifade edildiği gibi, bu şekilde düzenlenen mesleki kurallara uygun davranan vekilin özen borcuna uygun hareket ettiği prensip olarak kabul edilir. Aynı şekilde bu kurallara uymamak da, özen borcuna aykırı davranış yönünde bir kanaat oluşturacaktır. Binaenaleyh, kanuna veya yönergelere uygun davranmayan kişiler Federal Bankalar Komisyonu (*Comission fédérale des banques*) tarafından kusursuz faaliyette bulunma teminatına aykırı hareket etmekle (Bankalar Kanunu[28] md. 3/f.2 (c); LBVM md. 10/f.2 (d)) suçlanabilir ve banka ya da aracı kurum, faaliyet yetkisinin sona erdirilmesi dahil, bir takım yaptırımlara maruz kalabilir[29]. Bu nedenle, İsviçre'de banka hukuku alanında son yıllarda yapılan yasal değişiklikler ile birlikte Federal Bankalar Komisyonu uygulamaları ve Federal Mahkeme içtihatlarında öne çıkarılan hususların, özel hukukta Borçlar Kanunu düzenlemesinden kaynaklanan bankacının özen yükümlülüğünü neredeyse bir kamu hukuku kavramı haline getirdiği ifade edilmektedir[30].

---

[26] Yönerge'de 2008 yılında yapılan değişiklik esnasında, Giriş kısmında yer alan ve bu kuralların aracı ile müşteri arasındaki özel hukuktan kaynaklanan sözleşmesel ilişkiye etki etmeyeceği yönündeki ifade çıkarılmış olmakla bu hususun altı çizilmiş olmaktadır.

[27] ***Chappuis/Werro***'nun ifadesine göre (bkz. s. 563) bu kuralların aracı ve müşterisi arasındaki sözleşme ilişkisi karşısındaki durumu tartışmalıdır. Bununla beraber, yazarlar bu kuralların hakimi bağlamasa da, özellikle bilginin verilme tarzı açısından ona yol gösterici bir işlev gördüğü kanaatindedirler (bkz. **Chappuis/Werro**, s. 569).
Engel, bu kuralların bir tavsiye niteliğinde olmaktan ziyade, normatif önemi haiz bulunduğunu ifade etmektedir (bkz. **Engel**, s. 504).

[28] Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargnes (Loi sur les banques; RS 952.0).

[29] **Engel**, s. 504; **Thévenoz**, s. 23; **Chappuis/Werro**, s. 562; **Lombardini**, s. 755.

[30] **Thévenoz**, s. 20.

II. Kararın Tercümesi

Federal Mahkeme

4A_271/2011

16 Ağustos 2011 tarihli karar

1. Hukuk Dairesi

Konu:

Bankacının özen yükümlülüğü

Olay:

A.

Z. SA bankası 4 Kasım 2004 tarihinde, X'e bir yatırım hesabı ile çeşitli döviz cinsleri için dört adet hesap açmıştır. Müşteri, banka ile bir varlık yönetim sözleşmesi yapmadığı gibi kendisine yatırımlar hususunda danışmanlık yapma görevi de vermemiştir. Müşteri, borsa işlemlerini kişisel olarak yapma imkanı sunacak e-bankacılık hizmetine abone olmuştur.

B.

16 Mayıs 2006 tarihinde X, N. Inc. Şirketine ait beheri 0,0001 amerikan dolarından toplam 5000 dolar tutarında elli milyon payı kendi hesabına satın alması için bankayı yetkilendirmiştir. Bahis konusu paylar "over the counter" yani borsa dışı piyasada işlem gören, düzenli bir piyasaya kote olamayan ve kote şirketlere uygulanan kurallar ve gözetime tabi olmayan şirketlere tahsis edilmiş paylardır.

Alım tarihinin ertesi günü, 17 Mayıs 2006 tarihinde banka, müşterisine "bedelsiz opsiyon sertifikaları dağıtımı" başlığını taşıyan ve temelde şu hususu ifade eden bir belge göndermiştir:

"N. Inc.'in pay sahiplerine yeni bağlı ("restricted") N. Inc. opsiyon sertifikaları dağıtma kararı aldığını bildiririz.

Pay sahipleri, en geç 22 mayıs 2006 tarihine kadar Z'ye cevap formu ve "stock and bond power" vekaletini[31] göndermeleri şartıyla, ellerinde bulunan her N. Inc. payı için bedelsiz olarak yeni bir N. Inc. bağlı opsiyon sertifikası alacaklardır.

---

[31] Verilen vekalet kapsamında yatırımcı adına hisse senedi ve tahviller ile ilgili işlemlerin yapılmasını sağlayacak özel bir yetki olan "stock and bond power" teriminin karşılığı dilimizde mevcut değildir; kararın orijinal Fransızca metninde de bu şekilde kullanılmıştır.

Opsiyon sertifikaları 25 Mayıs'tan 25 Temmuz 2006'ya kadar kullanılabilir. Elde bulunan her opsiyon sertifikası size, emrin bize ulaştığı günün kapanış kurundan, %40 indirimle 40 adet N. Inc. bağlı adi pay alma hakkı verecektir."

Yatırımının mütevazı miktarını dikkate alan X bu belgeyi okumamıştır. Bununla birlikte, ertesi gün olan 18 Mayıs tarihinde, vekaleti ve elli milyon opsiyon hakkı almayı kabul ettiğine dair beyanı bankaya göndermiştir.

C.

12 Temmuz 2006 tarihinde banka müşterisine şu içerikte bir "opsiyon hakkı muacceliyet ihbarı" göndermiştir:

"İhraç kurallarına uygun şekilde yukarıda adı geçen opsiyon sertifikalarının (50'000'000 warrants) vadesi 25 Temmuz 2006'dır. İşlem şartları şu şekilde belirlenmiştir:

Opsiyon tipi : CALL (Amerikan)

Dayanak varlık: N. Inc. Payları

İşlem oranı: 1:40

Opsiyon hakkı: 1 opsiyon sertifikası 40 adet N. Inc. payı alma hakkı verir; bu paylar 1 yıl süreyle bloke kalır.

Kullanım bedeli: N. Inc. payı başına çözülme tarihinde borsada istenen fiyattan %40 iskontolu

Tedavül: opsiyon sertifikaları tedavül etmez.

Masraflar: opsiyon işlemi federal damga vergisine tabidir.

7.7.06 kuru: N. Inc. payı: 0.0001 USD

Opsiyon hakkınızı kullanmak istiyorsanız, bize 20 Temmuz 2006 tarihine kadar talimatı yollayınız.

Bu tarihten sonra, mevduatta bulunan opsiyon sertifikalarınızın tümünü başka ihtarda bulunmadan elden çıkartacağız."

14 Temmuz 2006 tarihinde X, bankaya opsiyon hakkını kullanmak istediğine dair formu imzalayarak göndermiş, ancak talep ettiği pay adedini belirtmemiştir. 18'inde bankanın bir çalışanı kendisini telefonla aramış; o da opsiyon sertifikalarına ilişkin sunulan payların tamamını, yani toplamda iki milyar yeni N. Inc. payını, satın almak istediğini ifade etmiştir.

Banka tarafından talimatın alındığı 18 Temmuz 2006 tarihinde, pay başına en düşük kur 0,0003 dolara yükselmiştir. Böylelikle, %40 iskontoyla

birlikte opsiyon hakkının toplam kullanım bedeli 360.000 dolara çıkmıştır. Banka bu tutarı 28 Temmuz'da borç kaydetmiştir.

3 Ağustos 2006'da X, payların kendisine bedelsiz verileceğini ve borçlandırılan tutarı ödemeyi hiçbir zaman kabul etmediğini iddia ederek işleme karşı çıkmıştır.

D.

Ertesi 4 Ağustos günü, banka artık borçlusu olan X'e sonuçsuz kalan bir teminat tamamlama bildirimi göndermiştir. Banka ilk etapta alınan ve bu zaman zarfında elli milyonluk 2.500.000 senet altında gruplanan N. Inc. Paylarını paraya çevirmiştir. 2006'da taahhüt edilen hisseler de daha sonra iki milyarlık tek bir senette toplanmıştır.

3 Temmuz 2007 tarihinde X, bankaya 2 Ağustos 2006 tarihinden itibaren faiziyle birlikte 442.372 fr. ve 28 Haziran 2007 tarihinden itibaren faiziyle birlikte 40.000 fr. tutarları için bir ödeme emri göndermiştir. Banka itiraz etmiştir.

X, Amerika Birleşik Devletleri'nde N. Inc ve bu şirketin yöneticilerine karşı girişimde bulunmuştur. 2 Ağustos 2007'de bir uzlaşma sağlanmıştır. X, 39.820 dolarlık bir ödeme elde etmiş ve toplamda 48.521,60 dolar tutarında avukatlık masraflarını üstlenmiştir.

E.

14 Mayıs 2008'de X, Cenevre kantonu birinci derece mahkemesinde Z. SA'ya karşı bir dava açmıştır. Davalının 28 Haziran 2007 günü kurundan 360.000 dolar karşılığı olarak 442.372 fr. ve 14 Mayıs 2008 günü kurundan, N. Inc tarafından karşılanmayan avukatlık masrafları karşılığı olarak, 9.113 fr. 80 ödemeye mahkum edilmesini talep edilmiştir. Bu tutarlar bakımından mahkeme ödeme emrine itirazın kaldırılmasına karar verecektir. Davacı, bankanın Temmuz 2006'da yapılan yatırımın özellikleri ve riskleriyle ilgili kendisine gerektiği gibi bilgi vermediğini iddia etmektedir.

Davalı, davanın reddini talep etmiştir.

Mahkeme 11 Mayıs 2010 tarihli kararıyla davanın reddine hükmetmiştir.

Davacının talebi üzerine karar veren üst mahkeme de kararı onamıştır.

F.

Hukuk yargısındaki temyiz yolunu kullanan davacı, önceki davalardakine benzer iddialarla Federal Mahkeme'ye başvurmuştur.

Davalı cevap vermeye davet edilmemiştir.

28 Haziran 2011 tarihli kararıyla Federal Mahkeme davayla birlikte yapılan adli yardım talebini reddetmiştir.

Hukuki gerekçeler:

1. [...][32]

2.

Davacı, 18 Temmuz 2006'da iki milyar N. Inc. payı almak için yaptığı yatırım miktarında zarara uğradığını, bu yatırımı kurtarmak amacıyla Amerika Birleşik Devletleri'nde boş yere tuttuğu avukat masraflarının bu zararı arttırdığını ileri sürmekte; alınan riskler hakkında kendisini uyarmayan davalıyı uğradığı zarardan sorumlu tutmakta ve zararın tazminini talep etmektedir. Vekilin sorumluluğunu düzenleyen İsv. BK md. 398 f. 2 hükmü karşısında, açılan davanın başarısı davalının sözleşmesel yükümlülüklerini iyi bir surette[33] ifa etmediği varsayımına dayanacaktır.

3.

Federal Mahkeme içtihatlarına göre, bir yönetim vekaleti olmaksızın, sadece yatırımcının belirli talimatlarını yerine getirmeyi üstlenen bankanın müşterisinin çıkarlarını genel olarak koruma ve gözetme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Prensip olarak, banka ancak müşterisi ona sorduğunda bilgi sağlamak zorundadır. Bilgi verme yükümlülüğünün genişliği müşterinin kendi bilgisi ve tecrübesine göre belirlenir; eğer müşteri yaptığı yatırımın risklerinden haberdar ise bilgilendirilmeye ihtiyaç duymayacak, aldığı risklerin farkında olmadığı takdirde ise banka dikkatini çekecektir. Bu yükümlülüğün kapsamı. müşteri kendi malvarlığının yanı sıra banka tarafından açılan kredileri de kullanıyorsa daha sıkı değerlendirilir (ATF 133 III 97 gerekçe 7.1.1. s. 102; 119 II 333 gerekçe 5a s. 335). Müşteri bankaya şarta tabi olmayan ve belirli talimatlar gönderdiğinde, bankanın prensip olarak hiçbir bilgi verme yükümlülüğü olmaz; zira müşteri bu şekilde bankadan alınacak bilgi ve tavsiyeye ihtiyacı olmadığını ve bunu arzu etmediğini göstermiş olur. Bilgi verme yükümlülüğü ancak istisnai durumlarda söz konusudur; ya banka gereken dikkati göstererek, müşterinin yatırıma bağlı bir tehlikeyi gözden

---

[32] Federal Mahkeme'nin bu davadaki yetkisini ortaya koyan bu paragaraf maddi olayla ilgili olmadığı için tercüme edilmemiştir.

[33] Yukarıda ifade edildiği üzere, İsv. BK md. 398/f.2 hükmünde yer alan "*bonne et fidèle exécution*" karşılığı olarak BK md. 390/f.2 hükmünde "*iyi bir surette ifa*" ifadesi kullanılmaktadır. Bu nedenle terimin dilimizde kullanılan karşılığı tercih edilmiştir.

kaçırdığını anlar veya anlaması gerekir ya da müşteri ile banka arasında uzun süreli bir iş ilişkisi çerçevesinde gelişen özel güven ilişkisi nedeniyle müşteri, açıkça talep etmiş olmasa bile, bankanın kendisine tavsiyede bulunup dikkate sevk etmesini dürüstlük kuralı temeline dayanarak beklemekte haklı sayılır (ATF 133 III 97 consid. 7.1.2 s. 103; 131 III 377 gerekçe 4.1.1 s. 380).

4.

Borsalar ve Menkul Kıymet Ticareti Hakkında Federal Kanun'un 11. maddesi de aracıya bir bilgi verme yükümlülüğü getirmektedir; müşterisi gerektiği takdirde ve zarara uğraması halinde bu yükümlülüğün yerine getirilmediğini ileri sürebilir. Bu bilgi müşteri tarafından yapılması tasarlanan işlemlerin genel riskleriyle ilgili, herkes tarafından anlaşılmaya müsait şekilde hazırlanmış ve deneyimsiz ve az bilgili olduğu varsayılan bir müşteriye uygun olmalıdır. Bilgi standart bir şekilde hazırlanan uyarı notu ve bilgi broşürleri aracılığıyla da verilebilir. Bununla birlikte, aracının belirli bir işlemin müşterinin ihtiyaçlarına ve özel malvarlıksal durumuna uygun olup olmadığını kontrol etme yükümlülüğü kural olarak yoktur (ATF 133 III 97 gerekçe 5 s. 99).

5.

Davacı, davalıya herhangi bir yönetim vekaleti vermiş olmadığı gibi, N. Inc. tarafından ihraç edilen hisselerle ilgili işlem yapmadan önce de herhangi bir tavsiye istememiştir. Maddi verilerde taraflar arasında özel bir güven ilişkisi olduğuna dair hiçbir bulgu da yoktur. Davacı, kendisine borsa işlemlerini kişisel olarak yapma imkanı sunan e-bankacılık hizmetini kullanmaktadır ve banka çalışanlarının kendisine düzenli olarak tavsiye verdiği ya da yatırımları için seçtiği varlıklar hususunda dikkate sevkettiği belirlenebilmiş değildir.

Zarar ziyan konusundaki iddialarına dayanak olarak, davacı, 18 Temmuz 2006 tarihinde gerçekleştirilen işlemin özellikleri ve kendi fikrine göre bankanın bu konularda dikkatini çekmesi gerektiğinin üzerinde durmaktadır: N. Inc. şirketi tanınmış değildir ve hiçbir gelişme garantisi sunmamaktadır; devredilebilen payları borsa dışı, özellikle kur manipülasyonuna açık bir pazarda işlem görmektedir; opsiyon hakkının kullanılması, hemen tedavüle çıkmayan, tam tersine bir sene bloke edilecek, dolayısıyla değer kaybı riskinden kaçınabilmek için elden çıkarma imkanı vermeyen payların alınmasına sevk etmektedir; işlem fiyatı, bankanın ilgili talimatı aldığı andaki kura bağlı olduğundan yatırımcı bu talimatı verdiğinde fiyatı bilmemekte ve çok düşük birim fiyatı ile çok yüksek sayıda hissenin birleşimi toplam işlem fiyatının kolay bir şekilde algılanmasını engellemektedir.

Davacı aynı zamanda, toplam fiyat olan 360.000 doların, davalının uhdesinde bulunan malvarlığını aştığını ve dolayısıyla işlemin onu bankaya karşı borçlandırma neticesi doğurduğunu ileri sürmektedir. Oysa, bu husus üst mahkeme tarafından tepit edilmemiş olup, temyiz edilen karar sadece davacının 4 Ağustos 2006 itibariyle hesabının açık verdiğine işaret etmektedir; Federal Mahkeme hakkında Kanun[34] md. 105 f.1 hükmüne göre, Federal Mahkeme davacının göndermede bulunduğu dosya münderecatını incelemekle yükümlü değildir. Bunun yanı sıra davalının, davacıyı, N. Inc. şirketinin tanınmış olmadığı ve bu şirketin hisselerini satın almanın riskli bir yatırım olduğu hususunda uyarı mecburiyeti bulunmamaktadır. Davacı gibi, pay alım satımını sürekli ve kişisel olarak gerçekleştiren bir kişinin borsanın ne olduğunu ve hatta bu nedenle borsa dışı piyasanın borsa kurallarına tabi olmayıp ilgili güvenceleri vermeyeceğini de bilmesi gerekir. Dolayısıyla, iddia edilenin aksine, davalının LBVM md. 11 hükmüne uygun şekilde bir bilgilendirme notu göndermiş olduğunu kanıtlayamamasının pek de önemi yoktur. Nihayet, 17 Mayıs ve özellikle 12 Temmuz 2006 tarihlerindeki iletilerinde davalı, son derece açık bir şekilde ödenecek bedelin talimatın alındığı zamanki kura bağlı olacağını ve alınan payların bir sene boyunca bloke kalacağını belirtmiştir. Davacı itiraf ettiği üzere, bu iletilerin ilkini okumamış; verilecek yeni payların bedelsiz olacağını sandığına göre, belli ki, ikincisini okurken de yeterli dikkati sarf etmemiştir. Davalı, müşterisinin bu sorumsuz tutumunu fark edemez ve dolayısıyla bundan sorumlu tutulamaz. Bankanın bir çalışanı tarafından temasa geçilen davacı, elinde bulundurduğu opsiyon haklarıyla ilişkili sunulan payların tamamını satın almak istediğini beyan etmiştir. Bu şekilde ifade edilen karar karşısında, davalı ve onun çalışanları müşterilerinin söz konusu işleme hakim olduğuna inanabilir ve netice olarak, onun ödenecek toplam bedelden haberdar olup olmadığı ve bunu üstlenip üstlenmediğini sorgulamazlar.

Davalı, yükümlülüklerine uygun davranmış olduğundan davacı ona karşı yöneltebileceği tazminat talebini temellendirememiştir. Temyiz edilen kararda yer alan maddi verilere ait çeşitli bulgulara yönelttiği eleştirileri, itirazın kabul edilmesi açısından belirleyici olmadığı için inceleme gereği yoktur.

6.

Temyiz talebinin temeli bulunmadığından reddi gerekir. Kaybeden taraf olarak, Federal Mahkeme tarafından alınacak masraflar talep sahibine aittir. Karşı taraf cevap vermeye davet edilmediğinden kendisine harç yüklenmesine lüzum yoktur.

---

[34] Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal Fédéral (LTF; RS 173.110).

Bu gerekçelerle Federal Mahkeme kararı şu şekildedir:

1.

Temyiz talebi reddedilmiştir.

2.

Davacı 7500 fr. tutarında dava masrafına mahkum edilmiştir.

3.

Davalı harçtan muaf tutulmuştur.

4.

İşbu karar taraflara ve Cenevre kantonu üst mahkemesine tebliğ edilmiştir.

Lozan, 16 Ağustos 2011.

İsviçre Federal Mahkemesi

1. Hukuk Mahkemesi adına

Başkan: Klett

Katip: Thélin

III. Kararın Tahlili

A. Hukuki Mesele

Federal Mahkeme kararına konu olan olayda, davacı, bünyesinde hesap açmış olduğu banka aracılığıyla yapmış olduğu bir yatırımla ilgili olarak, kendisine yeterince bilgi verilmediği için zarara uğradığını iddia etmektedir.

Banka ile müşterisi arasında oluşan vekalet ilişkisi kapsamında, bankanın müşterisini bilgilendirmemesi İsv. BK md. 398/f.2 gereğince vekalet görevini iyi surette ifa etmediği anlamına gelecektir. Aynı şekilde, olaydaki gibi aracı kurum olarak hareket eden bankanın müşterisine gereken bilgiyi sağlamaması LBVM md. 11'e de aykırılık oluşturacak ve müşteri davacıya bir tazminat hakkı sağlayacaktır. Dolayısıyla sorun, bankanın bilgi verme görevini gereği gibi yerine getirip getirmediği noktasında düğümlenmektedir.

B. Varılan Sonuç

Kararda bahsedildiği gibi davacı, yapılan yatırımın özellikleri ve riskleriyle ilgili gereği gibi bilgilendirilmemiş olması sebebiyle bankaya karşı uğra-

dığı zararın giderilmesi için bir tazminat davası açmış, fakat başvurduğu ilk derece mahkemesi davayı reddetmiş; ikinci derece mahkemesi de bu kararı onamıştır. Bunun üzerine davacı tarafından açılan temyiz davası da Federal Mahkeme tarafından reddedilmiştir.

C. Değerlendirme

Federal Mahkeme, bankanın müşterinin uğradığı zarardan sorumlu tutulması için, öncelikle İsv. BK md. 398 f. 2 gereğince vekalet borcunu özen ve sadakatle ifa etmemiş olmasını aramaktadır. Olayda banka ile davacı arasında bir yönetim vekaleti (malvarlığı idare sözleşmesi) olmadığı için bu sadakat ve özenin derecesinin çok şiddetle değerlendirilmediği görülmektedir. Böyle bir durumda banka, Federal Mahkeme'nin bu konuda verdiği diğer kararlarda görüldüğü gibi, sadece müşterinin kendisinden talepte bulunması halinde bilgi vermekle yükümlü tutulmuştur. Müşterinin, sadece e-bankacılık hizmetini kullanarak borsa işlemlerini kendi başına gerçekleştirmesi durumu, Federal Mahkeme tarafından hem taraflar arasında özel bir güven ilişkisinin gelişmiş olmadığı hem de davacının borsa ve borsa dışı piyasa kurallarına hakim olması gerektiği yönünde yorumlanmıştır. Bu da bankanın bilgi verme ve uyarıda bulunma yükümlülüğünü hafifleten bir durum olarak değerlendirilmiştir. Oysa, kanaatimizce müşterinin borsada o güne kadar ne tip işlemler yapmış olduğu da değerlendirmeye alınması gereken bir husustur. Davacının, borsada birtakım basit alım-satım işlemlerini gerçekleştirmiş olması, davaya konu olan olaydaki gibi kaldıraçlı bir opsiyon işleminin tüm risklerini özümsemiş olduğunu göstermez. Bu nedenle, müşterinin bilgi ve tecrübesinin her olayda ve işlem bazında ayrı olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir[35]. Nitekim, Federal Mahkeme'nin daha önceki kararlarında[36] bu hususun altı çizilmiştir. Bunun yanı sıra, yukarıda bahsedildiği gibi, gerçekleştirilen işlemin karmaşıklığı ve riski arttıkça bankanın bilgi verme yükümlülüğü de ağırlaşmaktadır. Bu nedenle banka tarafından verilen bilginin yerinde olup olmadığının anlaşılabilmesi için, kanaatimizce öncelikle işlemin daha detaylı bilgi verilmesini gerektiren bir işlem olup olmadığı da incelenmelidir. Bankanın müşterisi olan davacıya sağladığı bilgi, yapılmak istenen işlemin şartlarıyla ilgili olup işlemin içerdiği risklerden bahsetmemektedir. Davacı, banka tarafından gönderilen iletiyi okumadan işlem yaptığı için, bu olayda bankanın yeterli açıklamayı sağlamış olmasının sonuç üstünde bir etkisi olmayacağı söylenebilecekse de, Federal Mahkeme bu konuda böyle bir araştırmaya gerek duymamıştır.

Davacı, banka tarafından yatırımla ilgili yeterince bilgilendirilmediğini ileri sürerken aynı zamanda bu yatırım için gereken para miktarının ban-

---

35 **Lombardini**, s. 764.

36 4 Ocak 2007, 4C.270/2006; 21 Şubat 2007, 4C. 205/2006.

kadaki hesabında bulunan miktardan daha fazla olduğunu ve bankanın bu işlem ile kendisini borçlandırdığını da iddia etmiştir. Federal Mahkeme, temyize gelen dosya içinde bu hususta yeterli bir açıklık olmadığı için bu iddiayı da değerlendirmeye almamıştır.

Davacının bir başka iddiası ise, bankanın kendisini bilgilendirdiği yönünde bir kanıt sunamamış olmasıdır. LBVM md. 11 gereğince aracı tarafından verilecek bilginin o işlem tipiyle ilgili riskleri genel olarak anlatması yeterlidir. Yapılacak belirli bir işleme has, özel riskleri açıklayan ya da yatırımın yerindeliği konusunda müşteriyi uyaran bir bilgi olmasına gerek yoktur. Nitekim, önceden hazırlanan standart metinlerle bu yükümlülük yerine getirilebilmektedir. Yukarıda da bahsedilmiş olduğu gibi, müşterinin uygun şekilde bilgilendirilmiş olduğu hususundaki ispat yükü aracının üzerindedir ve karardan anlaşıldığı üzere aracı banka bu yönde kanıt sunamamıştır. Bununla beraber, bu husus Federal Mahkeme tarafından önemsiz bulunmuş ve üzerinde durulmamıştır. Zira, davacı menkul kıymet piyasasını tanıması beklenen, bu piyasada alım-satım işlemlerini kendi başına ifa eden bir kişidir. Bu nedenle, yapılacak işlemle ilgili olağan riskleri bildiği farzedilen bir müşteri profili çizmektedir. Bir başka ifadeyle, bilgi ve tecrübe itibariyle davacının özel olarak bilgi ve tavsiyeye ihtiyaç duyan bir kimse olduğu kabul edilmemiştir. Bunun yanı sıra, her ne kadar banka yapılacak işlemin içerdiği riskler ve toplam yatırım miktarı ile ilgili özel bir uyarıda bulunmuş olmasa da, davacı müşteriye işlemin şartları ile ilgili bilgileri göndermiş ve müşteri bunun üzerine harekete geçerek bankaya gereken talimatı vermiştir.

Federal Mahkeme, bu talimatın verilmiş olmasını sadece bankanın bilgi verme yükümünü yerine getirmesi açısından değerlendirmiştir. Oysa, davacının bankaya vermiş olduğu bu talimat bir başka öneme daha sahiptir. İsv. BK md. 397 gereğince vekil, müvekkilin verdiği talimatla bağlıdır ve istisnai haller dışında bu talimatı yerine getirmek mecburiyetindedir. Vekil, aldığı talimatın yapması gereken işe uygun olmadığı kanaatindeyse müvekkilini uyarmak zorundadır. Olayda ise, böyle bir hal mevcut olmadığı gibi tam tersi bir durum söz konusudur. Üstelik davacı, banka tarafından gönderilmiş olan ve yapılacak işlemle ilgili bilgileri içeren iletilerden birini hiç okumadığını da itiraf etmektedir. Federal Mahkeme, davacının banka tarafından gönderilen belgeleri dikkatlice okumamış olmasını sorumsuzca bir tutum olarak nitelendirmiş ve bunun sonuçlarından davalının sorumlu tutulamayacağını belirtmiş, ancak bankanın müşterisinden almış olduğu ve görünüş itibariyle görülecek hizmete uygun olan talimatını uygulamak zorunda olduğu hususu üzerinde durmamıştır.

Federal Mahkeme'nin bu kararı LBVM md. 11 hükmünün uygulama alanını yeterince belirlememesi açısından eksik görünmektedir. Mahkeme, banka ile müşteri arasında bir yönetim vekaleti (malvarlığı idare sözleşmesi)

bulunmayan bu olayda yine de vekalet sözleşmesi hükümlerine bağlı kalmış; LBVM md. 11 hükmünden bahsetmekle birlikte, bunu nasıl uygulayacağını bilemez bir görüntü çizmiştir. Bununla birlikte, bu hükmün müşteri tarafından ileri sürülmesine imkan tanınması ve uğranılan zarar karşısında bu hükme dayanarak tazminat istenebileceğinin kabul edilmesi Mahkeme'nin daha önceki içtihadı ile paralellik arz etmekte ve gelişmenin bu yönde seyredeceğinin bir göstergesi olarak yorumlanmaya müsait görünmektedir.

Tahkimde İhtiyatî Tedbirlere İlişkin Bazı Meseleler

*K. Berk KAPANCI**

Giriş

Tahkim yargılaması içinde taraflar arasındaki uyuşmazlığa yol açan maddi ilişkilerin açıklığa kavuşturulması belirli bir zamanı gerektirmektedir. Bu belirli zaman, taraflar açısından aslında bir güvence oluşturmaktadır. Zira maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için kapsamlı ve derin bir araştırmanın yapılması gerekmektedir. Ne var ki yargılamanın devamı sırasında veya daha önce ortaya çıkan değişik sebepler, asıl istenen sonuca ulaşılmasını engelleyebilir yahut sonucun elde edilmesi güçleşebilir. İşte böyle olumsuzlukların önüne geçilmesi için, yargılama sonucunun yargılamaya başlandığı sırada ve hatta öncesinde güvence altına alınması isabetli olacaktır[1]. Böylece mevcut durum (*status quo*) korunmuş olacaktır[2]. Bunu sağlamanın yolu ise, geçici hukukî koruma tedbirlerine başvurmaktır[3].

---

* Arş. Gör., İstanbul Bilgi Üniversitesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

1 **Wagoner**, David E., *"Interim Relief in International Arbitration: Enforcement is a Substantial Problem",* Dispute Resolution Journal October, 1996, s. 68 vd. (Westlaw), s. 68; **Ferguson**, Stephen M., *"Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: Problems, Proposed Solutions, And Anticipated Results"*, Currents: International Trade Law Journal, Winter, 2003, s. 55 vd. (LexisNexis), s. 55.

2 **Schwartz**, s. 58; **The International Litigation Committee, Commercial and Federal Litigation Section, New York State Bar Association**, Report on Provisional Remedies in International Arbitration, s. 1; **Besson**, s. 23.

3 **Pekcanıtez,** Hakan**/ Atalay,** Oğuz**/ Özekes,** Muhammet, Medeni Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, 7. bası, Ankara, 2008, s. 643; **Pekcanıtez**, Hakan, *"Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukukî Koruma Önlemleri",* Milletlerarası Tahkim Semineri, 10 Mart 2003, ICC Türkiye Milli Komitesi, Ankara, s. 115 vd., s. 115; **Yeşilova**, Bilgehan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008, s. 640; **Adhipathi**, Sandeep, Interim Measures in International Commercial Arbitration: Past, Present and Future,

Geçici hukukî koruma tedbirleri, bir yönü ile yargılama sistemi içinde yer alır ve onun amacıyla paralellik gösterir, diğer bir yönüyle de hakkın tamamen korunmasız kalmasını engellemek için yargılama sonuna kadar ayrı bir görev üstlenirler[4]. Nihai hukukî koruma, kimi zaman ancak geçici tedbirler sayesinde anlamlı, işlevsel ve değerli olabilmektedir[5].

İhtiyatî tedbirler, geçici hukukî koruma tedbirlerinin bir türü olarak kabul edilir[6]. Çalışmamızda öncelikle tahkim yargılamasında ihtiyatî tedbir kavramı ve türleri, devamında ise bu kararların kimler tarafından ve hangi şartlarla verilebileceği incelenecektir. Son olarak da ihtiyatî tedbir kararlarının tenfiz edilebilirliği ele alınacaktır.

I. Tahkimde İhtiyatî Tedbir Kavramı ve Türleri

1. Kavram

Davanın açılması ile nihai kararın verilmesi arasında geçen sürede dava konusu çeşitli şekillerde istenmeyen değişikliklere maruz kalabilir. Bu değişiklikler neticesinde davanın sonunda elde edilmek istenen sonuç imkânsızlaşabilir veya çok güçleşebilir. Ortaya çıkan bu tehlikeyi önlemek için kullanılan geçici koruma tedbirlerinden kendisine en sık başvurulanı ise ihtiyatî tedbirlerdir[7].

En geniş anlamıyla ihtiyatî tedbir, "*Kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca, davacı veya davalının (dava konusu ile ilgili olarak) hukukî durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörülmüş geçici nitelikte, geniş veya sınırlı olabilen hukukî korumadır.*"[8]

LLM Theses, University of Georgia School of Law, Year 2003, http://digitalcommons.law.uga.edu/stu_llm/1, s. 4.

4 **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, s. 643.

5 **Yeşilova**, s. 641.

6 **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, s. 644.

7 **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, s. 645; **Pekcanıtez**, s. 115; **Balkar**, Süheylâ, Uluslararası Ticarî Tahkim ve Geçici Hukukî Tedbirleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2010, s. 7; **Marchac**, Gregoire, *"Note & Comment: Interim Measures in International Commercial Arbitration Under the ICC, AAA, LCIA and UNCITRAL Rules"*, The American Review of International Arbitration, 1999, s. 123 vd. (LexisNexis), s. 123; **Westberg**, Peter, "*Interim Measures and Civil Litigation*", Suffolk Transnational Law Review, Winter 2007, s. 13 vd. (LexisNexis), s. 13: İhtiyatî tedbirleri, başlamamış bir drama oyunu için yapılan drama oyunu ("*a court drama for an unperformed drama*") olarak nitelendirmektedir.

8 **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, s. 646.

İhtiyatî tedbirlere kesin hukukî koruma yeterli olmadığı durumlarda başvurulabilecektir. Bu sebeple özel şartların gerçekleşmesi aranmaktadır[9]. İhtiyatî tedbirin sürekli ve nihai bir etkisi bulunmamaktadır. Sadece kesin korumanın sağlanmasına kadar bu sonucu boşa çıkaracak tehlikeleri engellemeyi amaçlamaktadır[10].

2. İhtiyatî Tedbir Türleri

İhtiyatî tedbirler amaç bakımından üç gruba ayrılmaktadır[11]: teminat amaçlı, eda amaçlı ve düzenleme amaçlı ihtiyatî tedbirler[12].

- *Teminat amaçlı* ihtiyatî tedbirler, uyuşmazlık konusu hakkın gelecekteki icrasının güvence altına alınmasını öngörür[13]. Şayet hakkın gerçekleşmesinin engellenmesi veya ciddi şekilde zorlaştırılması söz konusu ise teminat amaçlı ihtiyatî tedbirlere ihtiyaç duyulmaktadır (örneğin, malın yediemine teslimi, üzerinde yapılabilecek tasarrufların engellenmesi, delillerin korunması, yargılama masraflarının önceden temin edilmesi, banka teminat mektubu verilmesi[14]).

- *Eda amaçlı* ihtiyatî tedbirlerde ise uyuşmazlık konusu hakkın nihai karardan önceki dönemde geçici olarak yerine getirilmesi, bir diğer deyişle ifa edilmesi mümkün olabilmektedir[15]. Böylelikle, davacı, bazı özel durumlarda eda amaçlı ihtiyatî tedbir vasıtasıyla nihai kararın getireceği sonuca önceden ulaşmaktadır. Bununla beraber bu tarz tedbirlerde de kesin bir ifa söz konusu olmaz, duruma göre geçici bir ifa söz konusudur (örneğin, haksız rekabete konu edilen malların satışı-

---

9 Bkz. aşağıda III, 1.

10 **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, s. 646.

11 Farklı ayrımlar için bkz. **Yeşilova**, s. 656.

12 **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, s. 646; **Pekcanıtez**, s. 132; **Özsunay**, Ergun, *"Kurumsal Tahkim Sistemlerinde ve Bazı Ulusal Hukukların "Uluslar arası Tahkimle İlgili Düzenlemeler"inde Geçici ve Koruyucu Önlemler"*, İBD, Cilt 77, Sayı 2, Yıl 2003, s. 265 vd., s. 268; **Şit**, Banu, Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İmaj Yayınevi, Ankara, 2005 s. 131; **Werbicki**, Raymond J., *"Arbitral Interim Measures: Fact or Fiction?",* Dispute Resolution Journal November, 2002-January, 2003, s. 63 vd. (Westlaw), s. 65.

13 **von Segesser/ Kurth**, s. 72; **Wang**, William, *"International Arbitration: The Need for Uniform Interim Measures of Relief",* Brooklyn Journal of International Law, 2003, s. 1059 vd. (LexisNexis), s. 1074; **Davies**, Martin, *"Court Ordered Interim Measures in Aid of International Commercial Arbitration"*, The American Review of International Arbitration, 2006, s. 299 vd. (LexisNexis), s. 315; **Pekcanıtez**, s. 132.

14 **Pekcanıtez**, s. 132; **Yeşilova**, s. 657.

15 **von Segesser/ Kurt,** s. 71-72; **Pekcanıtez**, s. 133.

nın durdurulması ya da aidiyeti çekişmeli sınaî hakkın kullanımına izin verilmesi[16]).

- *Düzenleme amaçlı* ihtiyatî tedbirlerde ise, ihtilaflı hukukî ilişki, dava sonuçlanıncaya kadar geçecek süre içinde geçici olarak düzenlenmektedir[17] (örneğin, tasfiyenin geçici bir süreyle tatili, sahip olunan yetkilerin askıya alınması, sözleşme konusu edimi aynen ifa etme zorunluluğunun ortadan kaldırılması[18]).

II. Tahkimde İhtiyatî Tedbir Kararı Vermeye Yetkili Merci

1. Genel Olarak

Tahkimde ihtiyatî tedbir kararını vermeye yetkili merciin mahkeme mi hakemler mi olduğu yoğun tartışmalara konu olmuştur. Tahkimde ihtiyatî tedbirlere ilişkin bu tartışmalar, ihtiyatî tedbirlerin işlevi ve öneminden kaynaklanmaktadır. Zira ihtiyatî tedbir ile daha yargılamanın sonuçlanmasından önce somut etkiler ortaya çıkmaktadır. Bu da davaya konu olan talebin sonucunun bir anlamda önceden elde edilmesi anlamına gelecektir[19]. Öte yandan da taraflar uyuşmazlığın esasının hakemlerce görülmesini istediklerine göre, nihai sonuçtan evvel de hakemlere bu yetkinin verilmesi, taraf anlaşması doğrultusunda kabul edilebilecektir[20].

Bunun yanında yine başka bazı gerekçeler de ileri sürülmektedir, bunlar: hakemlerin vereceği ihtiyatî tedbir kararlarının cebrî icrasının mümkün olmaması, kişilerin özgürlük alanına sadece mahkemelerin müdahale edebileceği, teknik imkansızlıklar nedeniyle kararların yetersiz kalabileceği gerekçeleridir[21].

Bazı hukuk sistemlerinde ihtiyatî tedbirlere sadece mahkemelerin karar verebileceği kabul edilmektedir[22]. İtalyan (İtalyan Medeni Usûl Kanunu m.

---

16 **Yeşilova**, s. 657.

17 **von Segesser/ Kurt,** s. 73; **Wang**, s. 1072; **Davies**, s. 319; **Pekcanıtez**, s. 132.

18 **Yeşilova**, s. 657.

19 **Akıncı**, Ziya, *"Hakemlerin İhtiyatî Tedbir ve İhtiyatî Haciz Kararı Verme Yetkisi",* Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, DEÜ Hukuk Fakültesi, s. 209 vd., s. 211.

20 **Akıncı**, İhtiyatî Tedbir, s. 213.
Ayrıca "*prearbitral referee*" (ön-tahkim heyeti) adı altında ayrı bir hakem heyetinin oluşturulması mümkündür. Söz konusu heyet yalnızca ihtiyatî tedbir kararı verme konusunda yetkilendirilmektedir. Bu karar davaya bakacak hakem heyeti tarafından gözden geçirilebilecektir (Ayrıntılı bilgi için bkz. **Balkar**, s. 190).

21 **Pekcanıtez**, s. 117.

22 **Balkar**, s. 128.

818) ve Yunan (Yunan Medeni Usûl Kanunu m. 889) hukukunda hakemlerin ihtiyatî tedbir kararı veremeyeceklerine dair açık düzenleme bulunmaktadır[23]. İspanya'da da ihtiyatî tedbirlere sadece mahkemelerin karar verebileceği öngörülmektedir[24]. Yine İsveç'te ihtiyatî tedbir kararı verilebilmesi münhasıran mahkemelerin yetkisinde bulunmaktadır[25]. Türk hukukunda HUMK'a tabi tahkimlerde hakemlerin ihtiyatî tedbir kararı verebilmesi mümkün değildir[26],[27]. Fransız hukukunda mahkemelerin yetkisine ilişkin özel bir hüküm kanunda yer almamaktadır. Ancak uygulama bakımından tarafların mahkemelere başvurabildiği görülmektedir[28]. İhtiyatî tedbirlere sadece mahkemelerin karar verebileceğinin kabul edildiği hukuk sistemlerinde hakem mahkemesinin ihtiyatî tedbir kararını kaldırabilmesi veya değiştirebilmesi de mümkün değildir[29].

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi[30] m. II/3 uyarınca, tahkim şartının "*hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkansız olması*" durumunda uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesinden vazgeçilebilir. Bu kapsamda taraflardan birinin mahkemeden ihtiyatî tedbir talebinde bulunması halinde bunun tahkim şartına etkisinin ele alınması gerekir. Genel eğilim, bu taleplerin tahkime engel oluşturmayacağı; bir başka ifadeyle tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemeyeceği yönündedir[31].

---

[23] **Wang**, s. 1092; **Schwartz**, Ira M., *"Interim and Emergency Relief in Arbitration Proceedings",* Dispute Resolution Journal February-April 2008, s. 56 vd. (Westlaw), s. 60; **The International Litigation Committee, Commercial and Federal Litigation Section, New York State Bar Association**, Report on Provisional Remedies in International Arbitration, s. 36; **Besson**, Sébastien, Arbitrage international et mesures provisioires, Schulthess, 1998, s. 111.

[24] **Özsunay**, s. 269.

[25] **Akıncı**, İhtiyatî Tedbir, s. 212.

[26] **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, s. 689; YARG. 20. HD., E. 2002/775 K. 2002/1396, T. 18.2.2002 (www.kazanci.com)**.**

[27] 12.01.2011 tarihinde kabul edilen ve 01.10.2011 tarihine yürürlüğe girecek 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na (HMK) göre ise hakemler ihtiyatî tedbir kararı verebilecektir. HMK m. 114/1: *"Aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin talebi üzerine, bir ihtiyati tedbirin alınmasına veya delil tespitine karar verebilir. Hakem veya hakem kurulu, ihtiyati tedbir kararı vermeyi, uygun bir teminat verilmesine bağlı kılabilir."*

[28] **Adhipathi**, s. 11; **Davies**, s. 326; **Besson**, s. 194.

[29] **Özsunay**, s. 269.

[30] RG. 25.09.1991-21002.

[31] **Akıncı**, İhtiyatî Tedbir, s. 215; **Özsunay**, s. 270-271; **Besson**, s. 157.

Buna karşılık kurumsal tahkim sistemlerinin büyük çoğunluğu, hakem mahkemelerinin ihtiyatî tedbir kararı verebilmesini kabul etmektedir[32]. MTO Tahkim Kuralları (m. 23), Alman Tahkim Enstitüsü Tahkim Kuralları (Paragraf 20), Hollanda Tahkim Enstitüsü Tahkim Kuralları (m. 37-38), Belçika Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi Kuralları (m. 17), ICSID Tahkim Kuralları (m. 39), WIPO Tahkim Kuralları (m. 46)[33], Amerikan Tahkim Derneği Uluslararası Tahkim Kuralları (m. 21), Zürih Ticaret Odası Tahkim Kuralları (m. 28), Londra Uluslararası Tahkim Divanı Tahkim Kuralları (m. 25)[34], bu konuda örnek olarak gösterilebilir. İsviçre hukukunda da tahkimde ihtiyatî tedbir kararı verme yetkisi sadece hakemlere verilmiştir[35]. Türk hukukunda ise Milletlerarası Tahkim Kanunu'na[36] tabi tahkimler bakımından hem mahkemeler hem de hakemler, ihtiyatî tedbir kararı verilmesi konusunda yetkilidir[37].

Hakem mahkemesinin ihtiyatî tedbir kararı verebileceği durumlarda verilecek olan bu karar bir emir (*order*) biçiminde olabileceği gibi, bir karar (*interim/partial award*) biçiminde de olabilir. Bu konuda tahkim sistemlerinde değişik çözümler kabul edilmektedir[38]. Karar (*interim/partial award*) düzenlenmesi ve yazılması açısından daha şekli olup, belli bir usûle bağlı kalınarak verilmektedir[39]. Geçici olarak verilen bu karar, taraflar açısından bağlayıcıdır. Emirde (*order*) ise kesin hüküm etkisi söz konusu değildir, böyle bir özellik taşımaz. Emir (*order*) tek taraflı olarak karara bağlanabilmektedir, bu yönüyle karardan (*interim/partial award*) ayrılır[40]. İhtiyatî tedbirin bir karar veya bir emir olarak verilmesi hususu, ihtiyatî tedbirin tahkim yeri dışında icrası; bir diğer ifadeyle 1958 New York Sözleşmesi'ne göre tenfizi bakımından farklılık yaratmaktadır[41]. İhtiyatî tedbire ilişkin verilen karar (*in-*

---

[32] **Özsunay**, s. 269; **Brower**, Charles, *"What I Tell You Three Times is True: US Courts and Pre-Award Interim Measures Under The New York Convention"*, Virginia Journal of International Law, Summer 1995, s. 971 vd. (Westlaw), s. 984 vd.

[33] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Horning**, Richard Allan, *"Interim Measures of Protection; Security for Claims and Costs; and Commentary on the WIPO Emergency Relief Rules",* The American Review of International Arbitration, 1998, s. 155 vd. (LexisNexis), s. 155 vd.

[34] Bkz. **Adhipathi**, s. 37vd.; **Wang**, s. 1075vd.; **Marchac**, s. 123 vd.; **Ferguson**, s. 56vd.

[35] **Adhipathi**, s. 23; **Werbicki**, s. 67.

[36] RG. 05.07.2001-24453.

[37] **Akıncı**, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 90.

[38] **Özsunay**, s. 270.

[39] **Yeşilova**, s. 691.

[40] **Yeşilova**, s. 691; **Adhipathi**, s. 29.

[41] Bkz. aşağıda IV.

terim/partial award) taraflar açısından kararın verilmesine ilişkin koşullar değişmediği veya bunların kaldırılmasını gerektiren bir neden bulunmadığı sürece içeriğiyle sınırlı olmak kaydıyla nihai olacaktır. Bu da ona sınırlı da olsa bir kesin hüküm etkisi vermektedir[42]. Bu noktadan hareketle, tartışmalı olmakla birlikte, ihtiyatî tedbire ilişkin verilen kararın (*interim/partial award*) tahkim yeri dışında tenfizinin mümkün olduğunu ileri süren bir görüş mevcuttur[43]. Hâlbuki emir (*order*) olarak verilen ihtiyatî tedbirin böyle bir nihai karar etkisi dahi bulunmadığı için tahkim yeri dışında icra edilmesi, bu anlamda tenfizi de mümkün olmayacaktır[44]. Sonuç itibariyle ihtiyatî tedbirin verildiği sistemde nasıl bir etkisinin olduğu, yapılacak kabullenme doğrultusunda bu kararın tenfizi açısından önem taşıyabilecektir.

Tahkimde ihtiyatî tedbir kararları bakımından sadece hakemlerin yetkili olması gerektiğini savunan görüş, mahkemenin uyuşmazlığın esasının hakemler tarafından çözüleceği noktasından hareket ederek, mahkemenin dahlinin yerinde olmayacağını belirtmektedir[45]. Taraf anlaşmasının da bulunduğu bir ihtimalde ihtiyatî tedbire hakemlerin karar vermesi yerinde görülmektedir. Tabiidir ki hakemler verecekleri ihtiyatî tedbir kararları ile üçüncü kişileri bağlayamaz[46]. Zira üçüncü kişiler tahkim şartına taraf olmadıkları için bu karara itiraz da edemeyeceklerdir. Ne var ki gerek hakem heyetinin oluşması anına kadar ihtiyatî tedbir istenmesi olanağından mahrum kalınmaması[47] gerekse de hakemlerin verdiği ihtiyatî tedbir kararlarının icra edilebilirliğindeki sıkıntılar[48] nedeniyle mahkemelerin de bir noktaya kadar

---

[42] **Yeşilova**, s. 691; **Yeşilırmak**, Ali, Provisional Measures in International Arbitration, Kluwer Law International, Netherlands, 2005, s. 192.

[43] Bu görüş hakkında detaylı bilgi için bkz**. Balkar**, s. 259.

[44] **Yeşilova**, s. 691; **Yeşilırmak**, s. 192.

[45] Bkz. **Özsunay**, s. 269; **Brower**, s. 984 vd.

[46] **Wang**, s. 1059; **The International Litigation Committee, Commercial and Federal Litigation Section, New York State Bar Association**, Report on Provisional Remedies in International Arbitration, s. 9.

[47] **Adhipathi**, s. 22; **Wang**, s. 1080; **Werbicki**, s. 64; **Fraraccio**, Victoria M., *"Ex Parte Preliminary Orders in Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration"*, Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration, 2006, s. 263 vd. (Westlaw), s. 269, **The International Litigation Committee, Commercial and Federal Litigation Section, New York State Bar Association**, Report on Provisional Remedies in International Arbitration, s. 6-7.

[48] **von Segesser/ Kurth**, s. 80: Hakemlerin verdiği ihtiyatî tedbir kararları bir *lex imperfecta* olarak kabul edilir.; **Wagoner**, s. 70; **Marchac**, s. 133; **Schwartz**, s. 61; **The International Litigation Committee, Commercial and Federal Litigation Section, New York State Bar Association**, Report on Provisional Remedies in International Arbitration, s. 8.

sistemin içinde yer alması gerektiği ileri sürülebilir[49]. Tahkimin başarıya ulaşmasında mahkeme desteği bu anlamda yadsınmamalıdır[50].

2. Özel Olarak: MTK Sistemindeki Düzenleme

MTK sisteminde ihtiyatî tedbire ilişkin düzenleme MTK m. 6'da yer almaktadır. Buna göre hem hakemler hem de mahkemeler ihtiyatî tedbir kararı verebilmek yönünden yetkilendirilmiştir[51]. Kanunun böyle bir çözümü benimsemesinin nedenleri şöyle sıralanabilecektir:

- Hakemlerin ihtiyatî tedbir kararı vermeleri bir ölçüde sınırlandırılmıştır, özellikle icra edilebilirlik bakımından sorun yaşanabilecektir.
- Hakemlerin yetkilerinin kapsamı dışında bir karar verilmesi gereği söz konusu olabilir.
- Hakemlerin böyle bir kararı vermesi uzun sürebilir. Özellikle uyuşmazlıkla ilgili henüz hakem heyeti oluşmadığı bir dönemde, mahkemeden mevcut durumun (*status quo*) korunmasına yönelik talepte bulunulabilmesi bu duruma örnek verilebilir.

MTK m. 6 uyarınca prensip olarak hakemlerin ihtiyatî tedbire karar verebilme yetkisi bulunmaktadır. Hakemler bu kararı re'sen veremezler, tarafların talepte bulunmaları gerekmektedir. Tahkimde tarafların anlaşması esas alındığından, taraflar anlaşarak hakemlerin böyle bir yetkisi olmadığını kararlaştırabilirler. Zira hakemlerin karar verebileceğine ilişkin hükmün emredici niteliği bulunmamaktadır[52].

Bunun yanında MTK sisteminde hakemlerin her türlü ihtiyatî tedbir kararını verebilmesi de mümkün değildir. Hakemlerin verecekleri ihtiyatî tedbir kararının üçüncü kişileri etkilememesi ve bunun yanında bizzat icra daireleri vasıtasıyla yerine getirilecek[53] veya resmi makamları devreye soka-

---

[49] **Wang**, s. 1085; **Yeşilırmak**, s. 68 vd.

[50] **Adhipathi**, s. 8: Öyle ki tarafların bazı hallerde mahkeme desteği olmaksızın tahkime gitme iradelerinin olmadığı durumlarla karşılaşılabilecektir.; **Werbicki**, s. 64; **Thomas**, John Charles, *"Selected Issues: Interim Measures in International Commercial Arbitration: Finding the Best Answer",* Crotian Arbitration Yearbook, 2005, s. 213 vd. (LexisNexis), s. 217.

[51] Bu sistem "*free choice*" (serbest seçim) sistemi olarak adlandırılmaktadır (Bkz. **Wang**, s. 1089).

[52] **Akıncı**, Tahkim, s. 91.

[53] Bu durumda hakemlerin ihtiyatî haciz kararı veremeyecekleri sonucuna ulaşılabilir. Milletlerarası ticari tahkim uygulamasında hakemler bir miktar paranın

cak kararlar olmaması gerekir[54]. Örneğin hakemler tapuya belli bir taşınmaz malın başkasına devredilmesinin yasaklanması veya gümrük dairesine belli malların yurt dışına çıkarılamaması için yazı yazılmasını içeren bir tedbir kararı veremezler. Dolayısıyla hakemlerin verecekleri kararlar daha çok bir davranışta bulunmanın yasaklanması veya taraflarca belirli önlemlerin alınması şeklinde olabilecektir. Örneğin hakemler, ihtiyatî tedbirin konusunu oluşturan eşyanın o haliyle muhafaza edilmesine veya banka teminat mektubu verilmesine karar verilebilecektir.

Hakemler, Türk hukukundaki klasik anlamıyla bir ihtiyatî tedbir kararı vermemektedirler. Buna göre ihtiyatî tedbir kararının uygulanmaması halinde doğrudan bir yaptırıma da başvurulamayacaktır. Hakemlerin verecekleri ihtiyatî tedbir kararı, ancak hakkında karar verilen kişinin bu karara uygun davranması halinde bir anlam taşıyabilecektir[55]. Tabiidir ki hakemlerin vereceği karara uyulmaması, uyuşmazlığın çözümünde nihai kararı vermeye yetkili hakemlerin nazarında olumsuz bir intiba yaratabilir. Bu anlamda hakemlerin verdikleri bu kararların da bu teknik anlamda "icra kabiliyeti" olmasa da zorlayıcı ve bağlayıcı bir etkisinin bulunduğu söylenebilecektir. Bunun yanında şayet hakemler tarafından verilen bu karara uyulmazsa, talepte bulunan tarafın bu kez mahkemeye başvurarak bir ihtiyatî tedbir kararı alması mümkündür.

Mahkemeye bu şekilde bir başvuruda bulunulması halinde yetkili mahkeme MTK m. 3'te belirtilen yer mahkemesi olacaktır. Buna göre yetkili mahkeme, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri veya işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi ya da işyeri yoksa İstanbul Asliye Hukuk (Ticaret) Mahkemesidir. Bununla beraber yetkili mahkeme gerekirse başka bir mahkemeye istinabe edebilecektir[56]. Belirtilmelidir ki mahkeme, hakemlerin verdiği kararı kendi kararına esas almak zorunda değildir, durumun gereklerini kendi hukuku (*lex fori*) uyarınca inceleyerek yeni bir karar verecektir. Bu anlamda hakemlerin verdiği karara paralel yönde bir karar verilmesi söz konusu olabileceği gibi, farklı bir karar hatta talebin reddi yönünde bir kararın dahi verilebilmesi mümkündür[57].

---

veya uyuşmazlık konusu eşyanın özel bir "*escrow account*"a (yediemin hesabına) bırakılmasına karar verebilirler. Bir miktar paranın bu şekilde yediemin hesabına yatırılması noktasında verilen karar ihtiyatî hacizi anımsatmaktadır. Taraflar buna riayet etmediklerinde hakemlerin olumsuz tepkisiyle karşılaşacaklarından karara uymaktadır. Bu durum milletlerarası ticaretin bu alandaki çözümü olarak gösterilebilecektir.

54 **Akıncı**, Tahkim, s. 92.

55 **Pekcanıtez**, s. 134.

56 **Akıncı**, Tahkim, s. 93.

57 **Akıncı**, Tahkim, s. 93; **Pekcanıtez**, s. 137-138.

Hakemler ihtiyatî tedbir kararını verirken teminat isteyebilirler. Bu konuda kanun bir zorunluluk öngörmemiş, tersine hakemlere bir takdir yetkisi tanımış bulunmaktadır[58].

MTK m. 6'da tahkim yargılamasında ihtiyatî tedbir için doğrudan mahkemelere başvurulabileceği de kabul edilmektedir. Tarafların mahkemeye ihtiyatî tedbir için bu şekilde başvurmaları tahkim iradeleriyle bir çelişki göstermemektedir. Buna göre uyuşmazlığın tahkimde görülmeye başlanmasının öncesinde veya devamında mahkemeye ihtiyatî tedbire ilişkin bir talep yöneltilebilecektir.

*"Taraflardan birinin, tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında mahkemeden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz istemesi ve mahkemenin böyle bir tedbire veya hacze karar vermesi, tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmez."(**MTK m. 6/1**)*

Bir noktaya özel olarak dikkat çekilmelidir: Hakemlerin verdikleri ihtiyatî tedbir kararına uyulmaması üzerine mahkemeye başvurulan hallerde söz konusu olacak yetkili mahkeme ve doğrudan mahkemeye başvurularak talepte bulunulan ihtiyatî tedbir kararları bakımından yetkili mahkeme birbirinden farklı değerlendirmelere tabi tutulmalıdır. Mahkemeye yapılan doğrudan talepler bakımından yetkili mahkeme değişkenlik gösterebilecektir. Buna göre kararın en az masrafla ve en çabuk yerine getirileceği yer mahkemesinde talepte bulunulabilmesi mümkündür. Mahkeme vereceği kararda kendi hukuku bakımından şartların oluşup oluşmadığını değerlendirecektir.

MTK m. 10 uyarınca, mahkemeden ihtiyatî tedbir talebinde bulunulmasından itibaren otuz gün içinde tahkimde dava açılması gerekmektedir. Burada kastedilen MTK sisteminde hakemin seçilmesi ve bunun karşı tarafa bildirilmesidir. Bu gereklilik yerine getirilmediği takdirde tedbir kararı kendiliğinden ortadan kalkacaktır[59].

İhtiyatî tedbir kararına itiraz edilmesi bakımından itirazın nereye yöneltileceğinin de tespitinin yapılması gereklidir. Hakemlerin verdiği ihtiyatî tedbir kararları bakımından, itiraz merci yine hakem heyeti olacaktır. Zira dava bizatihi bu kişiler önünde görülmektedir. Usûl hukuku bakımından mahkemelerde görülen davalarda verilen ihtiyatî tedbir kararlarına itiraz, davanın esasını gören mahkemeye yapılmaktadır (HUMK m. 108). Ancak burada tahkim yargılamasında görülecek bir davadan bahsedilmektedir. Dolayısıyla davanın esasını görmeye yetkili bir mahkeme mevcut bulunmamaktadır. Bu

---

[58] **Pekcanıtez**, s. 123; **Yeşilırmak**, s. 187.

[59] **Akıncı**, Tahkim, s. 91.

durumda, itirazın da bizzat ihtiyatî tedbir kararını veren mahkemeye yapılması gerektiği söylenebilir[60].

Bir diğer sorun, ihtiyatî tedbir kararı için öncelikle mahkemeye başvurulması durumunda gündeme gelebilir. Şayet mahkeme böyle bir talebi reddederse, bu durum tarafların hakemlerden aynı yönde bir karar talep etmelerine engel teşkil edecek midir? Amerika Birleşik Devletleri'nde *Sperry Int'l Trade, Inc. v. Israel*[61] davasında hakemlerin, mahkemenin böyle bir talebi reddetmesinden sonra dahi yetkili olabilecekleri yönünde karar verilmiştir[62]. Öte yandan *Micheals v. Mariforum Shipping SA*[63] davasında ise böyle bir imkanın söz konusu olmayacağı ileri sürülmüştür, buna göre hakemler bir daha aynı konuda karar veremeyecektir[64]. Almanya'da ise mahkemeler tarafından verilmiş ihtiyatî tedbir kararının reddi kararına rağmen, hakemlerin tekrar aksi yönde karar vermeleri durumunda, kararın icra edilebilir olduğu kabul edilmektedir[65].

Kanımızca mahkemenin ihtiyatî tedbir kararını reddetmesine rağmen, hakemlerden tekrar talepte bulunulması halinde onların, mahkemenin böyle bir talebi reddetmesinden sonra dahi yetkili oldukları ve bu konuda karar verebilecekleri MTK sistemi kapsamında da benimsenebilir[66]. Zira mahkemeler *lex fori* kuralları ile bağlı olarak karar vermektedir, hakemler ise daha serbest bir hareket alanına sahip bulunmaktadır. Ne var ki talebin tahkim yeri hukukunun kamu düzenine aykırılık teşkil etmemesi gerektiği bu noktada vurgulanmalıdır.

III. Tahkimde İhtiyatî Tedbir Kararı Verilebilmesinin Şartları

1. Genel Olarak

İhtiyatî tedbir kararının verilebilmesi için öncelikle bazı şartların sağlanması gerekmektedir. Zira bu karar uyuşmazlığın nihai çözümünden önce

---

60 **Akıncı**, İhtiyatî Tedbir, s. 220.

61 United States Court of Appeals, Second Circuit, Argued April 29, 1982, Decided Sept. 3, 1982. (http://openjurist.org/689/f2d/301/sperry-international-trade-inc-v-government-of-israel-sperry-international-trade-inc)

62 **Adhipathi**, s. 28.

63 United States Court of Appeals, Second Circuit, Argued April 7, 1980, Decided June 27, 1980. (http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmldoc=19801035624F2d411_1968.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985)

64 **Adhipathi**, s. 28.

65 Ayrıntılı açıklama için bkz. **Adhipathi**, s. 32.

66 Benzer yönde açıklamalar için bkz. **von Segesser/ Kurth**, s. 86.

tarafların hakları üzerinde etki doğurmaktadır. Dolayısıyla ihtiyatî tedbir kararı, ancak şartları oluştuysa verilebilecektir. Bu noktada öncelikli olarak bu şartların hangi hukuka göre tespit edileceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Mahkemelerin ve hakemlerin vereceği kararlar açısından cevap değişkenlik gösterecektir.

2. Mahkemelerin Verdiği İhtiyatî Tedbir Kararları Bakımından

Mahkemelerden istenecek ihtiyatî tedbir kararları tahkimde dava açılmasından önce istenebileceği gibi davanın devamında da istenebilir. Dava öncesinde ihtiyatî tedbir kararı için talepte bulunulursa MTK m. 10 uyarınca otuz gün içinde tahkimde dava açılmalıdır.

Mahkeme, ihtiyatî tedbir kararının verilebilmesinin şartlarının oluşup oluşmadığının tespitini kendi hukukuna göre (*lex fori*) yapacaktır. Bu noktada Türk Mahkemeleri, HUMK m. 101 vd. hükümlerini uygulayacaktır. Genel olarak şartlar şöylece sıralanabilir[67]:

- *İlk bakışta (prima facie) haklılık:* İhtiyatî tedbir talebinde bulunan kişi dava konusu veya ileride açacağı davada konu edeceği mal üzerinde bir hakkı olduğunu düşünmesi, bu hakkına inanması ve bunu doğrulayacak kanıt ve belirtilerin mevcut bulunması gerekir. Olasılıklara veya varsayımlara bağlı ihtiyatî tedbir talepleri sonuçsuz kalacaktır. İspat bakımından tam ispat gerekli değildir, yaklaşık ispat yeterli olacaktır. Haklı olup olmadığının tespiti ise esasa uygulanacak hukuk bakımından değerlendirilecektir[68].

- *Tedbir kararının verilmemesi halinde telafisi güç bir zararın meydana gelmesi (Perriculum in mora)*: Karara konu edilen malın, davanın sonuçlanmasına kadarki süre zarfında el değiştirebilecek, kaybolabilecek veya bozulabilecek bir durumda olması halinde talepte bulunan kişi dava sonunda hakkına ulaşamayabilir[69].

---

[67] **Özkan**, Hasan, Açıklamalı-İçtihatlı İhtiyatî Tedbir, Delil Tespiti ve İhtiyatî Haciz ile Kamu Alacağının Tahsiline İhtiyatî Haciz, Adalet Yayınevi, Ankara, 1997, s. 11-12.

[68] **Yeşilova**, s. 681; **Balkar**, s. 30.
Ne var ki uygulama açısından mahkemenin kendisine yabancı bir hukuka göre kısa süre içinde nasıl hızlı karar verebileceği endişesi gündeme getirilebilir. Bu anlamda böyle bir durumda mahkemenin kendi hukukuna göre bir haklılık tespiti yapması önerilebilir. Ancak böyle bir durumda da ihtiyatî tedbir kararı ile nihai karar arasında haklılık tespiti bakımından bir çelişki olması riski gündeme gelecektir. Esasen karar verilecek olan husus ilk bakışta haklılık olduğu için, mahkemenin kendisine yabancı bir hukuku uygulayarak dahi hızlı karar verebileceği, bu anlamda böyle bir endişeye gerek olmadığı söylenebilecektir.

[69] **Yeşilova**, s. 682; **Yeşilırmak**, s. 180; **Balkar**, s. 29.

- *Aciliyet*: Erken dönemde de olsa bu şekilde bir karar verilmesi, sadece nihai koruma ile yetinilmediğinden varlığı zorunlu bir unsurdur[70].

- *Oranlılık*: Mahkeme, ihtiyatî tedbir kararını verirken acele verilen bu kararın, karşı taraf bakımından etkisini değerlendirmeye almalıdır, karar menfaat dengeleri gözetilerek verilmelidir. Şayet kararın daha sonradan haksız şekilde verildiği anlaşılırsa, uğranan zarar için haksız fiile dayalı bir tazminat davası açılabilir[71].

- *İhtiyatî tedbir kararı için talep*: Mahkeme kendiliğinden ihtiyatî tedbire karar veremeyecektir. Tedbir için uyuşmazlık tarafının bir talebinin bulunması gereklidir[72].

- *Teminat:* İhtiyatî tedbir kararı karşı tarafın haklarını da etkileyebilecektir. Nihai kararda davacının talebinin sonuçsuz kalması halinde karşı tarafın haklarını güvence altına almak için talep sahibinden teminat göstermesi istenebilir. Hakim isteyeceği teminatı takdir edebilir. Bu teminat bir ayni teminat olabileceği gibi nakdi bir teminat da olabilir. Böyle bir durumda ihtiyatî tedbir kararının uygulanabilmesi için, teminatın mahkeme tarafından öngörülen yere sağlanmış olması gerekmektedir[73].

3. Hakemlerin Verdiği İhtiyatî Tedbir Kararları Bakımından

İhtiyatî tedbir kararının verilebilmesi hakemler bakımından da belirli şartlara bağlı tutulmuştur. Bu talebi haklı kılan sebeplerin varlığı gerekmektedir. Bunların ne derece ispat edileceğinin de belirlenmesi gerekmektedir.

Hakemlerin uyuşmazlık için dava açılmadan, karşı taraf henüz dinlenilmeksizin (*ex parte*), ihtiyatî tedbir kararı verebilmesi hususunda tartışma bulunmaktadır[74]. Uygulamadaki genel eğilim, hakemler tarafından verilebilecek *ex parte* ihtiyatî tedbirlerin istisnai olması gerektiği yönündedir[75]. Karşıt görüşü savunanlar, diğer tarafın muhtemel itirazlarını ileri sürmesinin

---

[70] **Yeşilova**, s. 682; **Yeşilırmak**, s. 178-179; **Balkar**, s. 30; YARG. 11. HD. E. 1998/10286, K. 1999/2364, T. 19.3.1999.

[71] **Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes,** s. 656; **Balkar**, s. 31; YARG. 11. HD. E. 2005/4161, K. 2006/4193T. 18.4.2006; YARG. 7. HD., E. 2005/2582, K. 2005/2809, T. 29.9.2005 (www.kazanci.com)**.**

[72] **Özkan**, s. 11; **Balkar**, s. 26.

[73] **Özkan**, s. 11; **Balkar**, s. 31.

[74] **von Segesser/ Kurth**, s. 78; **Marchac**, s. 131; **Ferguson**, s. 59; **Thomas**, s. 216.

[75] **von Segesser/ Kurth**, s. 79; **Fraraccio**, s. 265; Bkz. **Thomas**, s. 219.

bir sekteye uğramadığını, dolayısıyla ihtiyatî tedbir kararının kaldırılmasının ya da değiştirilmesinin mümkün olduğunu ileri sürmektedir[76]. Bu şekilde bir denge sağlanmış olacağından bu durumun istisna olarak görülmesine gerek bulunmamaktadır. Kanımızca, böyle bir hakem kararı ancak ciddi bir aciliyet varsa verilebilmelidir[77].

Hakemlerin ihtiyatî tedbir kararının verilmesinin şartlarının tabi olacağı kurallar, tarafların seçtikleri tahkimde usûle uygulanacak hukuk (*lex arbitrii*) yönünden belirlenecektir[78]. Şayet böyle bir hukuk seçimi yapılmamışsa bu durumda tahkim yeri hukuku (*lex loci arbitrii*) uygulanacaktır[79]. Ne var ki bu şekilde milli hukuklara gidildiğinde çoğunlukla konunun açık bir düzenlemeye tabi olmadığı görülmektedir. Bu anlamda bir düzenleme boşluğu bulunmaktadır. Mahkemeler açısından aranan şartların, hakemler için de geçerli olup olmadığı tartışmalıdır[80]. Genel eğilim, mahkemelerce ihtiyatî tedbir kararı verilirken gözetilen kıstasların hakemler açısından da geçerli olmasıdır. Ancak hakemlerin mahkemelere oranla daha serbest hareket imkanına sahip olduğu da söylenebilir[81]. Nitekim, hakemlerin verdikleri tedbir kararının tahkim yeri hukukunca bilinen ve tanınan bir tedbir kararı olması gerekli değildir[82].

Her bir somut durum bakımından hakemlerin gerçeğe yakın düzeyde haklı olunması (*fumus boni juris*), telafisi güç zararın meydana gelmesi olasılığı (*periculum in mora*), aciliyet ve oranlılık unsurları bakımından değerlendirmede bulunarak bir karar vermeleri gerekecektir[83]. Ne var ki hakemlerin *prima facie* haklılık konusunda bir kanaat getirmelerinin, uyuşmazlığın nihai çözümünden önce kendileri üzerinde bir etki doğuracağı endişesi de bu unsur üzerinde ayrı bir tartışmaya vücut vermektedir. Buna göre *prima facie*

---

76 **World Arbitration & Mediation Report March**, 1995, "*Provisional Measures in International Arbitration – Part II Perspectives from the ICC and Germany*", Around the World Seminar Proceedings, 1995 by the Transnational Juris Publications, Inc., s. 52 vd. (Westlaw), s. 55; **Castello**, James E., *"Arbitral Ex Parte Interim Relief the View in Favor"*, Dispute Resolution Journal August-October, 2003, s. 60 vd. (Westlaw), s. 60; **Fraraccio**, s. 270; Bkz. **Thomas**, s. 220.

77 **von Segesser/ Kurth**, s. 78.
Tahkimde *ex parte* ihtiyatî tedbirlerin tahkimin niteliği ile bağdaşmayacağına ilişkin görüşler için bkz. **Balkar**, s. 14 vd.

78 **Werbicki**, s. 66; **Besson**, s. 82.

79 **Werbicki**,s . 68.

80 **Yeşilırmak**, s. 171-172.

81 **Wagoner**, s. 71.

82 Bununla birlikte böyle bir tedbir kararının, ancak taraflarca yerine getirildiği halde bir anlam taşıyacağı haklı olarak ifade edilmektedir **(Pekcanıtez**, s. 122).

83 **Wagoner**, s. 71; **Balkar**, s. 29 vd.

haklılığın hakemlerin vereceği kararlar bakımından nadiren nazara alınması gerektiği fikri ortaya koyulmuştur[84]. Buna göre hakemlerin, uyuşmazlığın esası üzerinde doğrudan etki edecek, ancak nihai karar kapsamında verilebilecek bir ihtiyatî tedbir kararına olabildiğince hükmetmemesi gereklidir. Aksi halde hakemlerin önyargı ile bir karar vermeleri (*pre-judgement*) söz konusu olacaktır[85].

Tarafların tahkim usûlüne uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapmayıp, milli hukukların dışında belli kuralların uygulanacağını kararlaştırmaları halinde ihtiyatî tedbir kararının hangi kıstaslara göre verileceğine de değinilmelidir. Böyle bir durumda hakemler, takdir yetkileri kapsamında yukarıda açıkladığımız kıstaslar çerçevesinde ve karşılaştırmalı hukuk metodu, öğreti ve daha önce verilmiş hakem kararlarından faydalanarak bir karar verebilecektir. Nitekim *Dalmia Dairy Industries Ltd. v. National Bank of Pakistan*[86] davasında bu sorun ele alınmıştır[87]. Verilen kararda tarafların seçmiş olduğu kurallara bakılmasının yeterli olduğuna karar verilmiştir. Tabidir ki burada sınırı, tahkim yeri ülkesinin kamu düzeni belirlemektedir[88].

IV. Tahkimde Hakemlerin Verdiği İhtiyatî Tedbir Kararının Tenfiz Edilmesi

İcra edileceği ülke dışında hakemler tarafından verilmiş ihtiyatî tedbir kararlarının tenfiz edilmesi sorununa da değinmekte fayda bulunmaktadır. Türk Hukuku bakımından hakem kararlarının tenfizinde bir ayrım yaparak konuya eğilmek gerekir. Eğer yabancı hakem kararı, 1958 New York Sözleşmesi'nin kapsamına giriyorsa, tenfizinde Sözleşme hükümleri uygulanacaktır. 1958 New York Sözleşmesi m. V/1-e uyarınca yabancı hakem kararının tenfizi için bağlayıcı olması ("*vacibürriaye*"-"*binding*") gerektiği öngörülmüştür. Öte yandan 1958 New York Sözleşmesi kapsamına girmeyen yabancı hakem kararlarının tenfizinde MÖHUK m. 60-63 hükümleri uygulanacaktır. MÖHUK m. 60/1 uyarınca yabancı hakem kararının tenfiz edilebilmesi için kararın kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış veya bağlayıcı olması gerekmektedir. Dolayısıyla öncelikle ihtiyatî tedbir kararının duruma göre bağlayı-

---

84 **Yeşilova**, s. 681.

85 **Yeşilova**, s. 682.

86 Court of Appeal CA, Feb. 28, Mar. 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 14, 15, 16,17, 18, 21, 22, 23, 24, 25, 28, 29, 30, 31, Apr. 1 and 4, May 18, 1977, [1978] 2 Lloyd's Rep. 223, (www.westlaw.com).

87 **Akıncı**, İhtiyatî Tedbir, s. 217.

88 **Akıncı**, İhtiyatî Tedbir, s. 217.

cı veya kesinleşmiş olup olmadığının tespiti yapılmalıdır[89]. Tenfiz mahkemesi bu tespiti yaparken hakemlerin bu kararının, kararın verildiği hukuk sistemindeki etkisine bakacaktır. Yukarıda belirtildiği üzere, hakemlerin verdiği ihtiyatî tedbirin, bir karar (*award*) veya emir (*order*) olarak verilmesine göre bir değerlendirmede bulunulmalıdır[90].

İhtiyatî tedbire ilişkin verilen karar (*interim/partial award*), taraflar açısından kararın verilmesine ilişkin koşullar değişmediği veya kararın kaldırılmasını gerektiren bir neden bulunmadığı sürece içeriğiyle sınırlı olmak kaydıyla nihai vasıfta bulunabileceğini ileri süren bir görüş mevcuttur[91]. Bu görüş uyarınca, söz konusu nihai vasıf karara sınırlı da olsa bir kesin hüküm etkisi vermektedir, bu anlamda karar taraflar açısından bağlayıcıdır[92]. Dolayısıyla ihtiyatî tedbire ilişkin verilen kararın (*interim/partial award),* tahkim yeri dışında tenfizi 1958 New York Sözleşmesi'ne göre mümkün olabileceği söylenebilecektir[93]. Hâlbuki emir (*order*) olarak verilen ihtiyatî tedbirin böyle bir nihai karar etkisi bulunmadığı için, tenfiz edilmesi de mümkün olmayacaktır[94]. Sonuç itibariyle 1958 New York Sözleşmesi'nin uygulandığı ihtimallerde, ihtiyatî tedbirin verildiği sistemde nasıl bir etkisinin olduğu, tenfizi açısından önem taşımaktadır[95].

Fransız hukuku bakımından, 2004 yılında verilen Paris İstinaf Mahkemesi'nin *SA Otor Participations v. SARL Carlyle Holdings*[96] kararında mahkeme, Fransa'da hakemlerin verdikleri ihtiyatî tedbir kararlarının iptal ya da icra edilebilir nitelikte olduğunu kabul etmiştir. Buna göre söz konusu kararlar, 1958 New York Sözleşmesi kapsamında başka bir ülkede tenfiz edilebilecektir. Öte yandan Queensland (Avusturalya) Yüksek Mahkemesi *Resort Condominiums International Inc v. Ray Bolwell and Resort Condominiums*

---

89 Türk hukuku bakımından ihtiyatî tedbir kararının geçici nitelikte bir karar olduğu ve gerçek anlamda kesin hüküm niteliğinde bir etki doğurmadığı kabul edilmektedir (**Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes**, s. 650).

90 **Schwartz**, s. 61.

91 Bu görüşe ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Balkar**, s. 259.

92 **Yeşilova**, s. 691; **Yeşilırmak**, s. 192; **Adhipathi**, s. 31.

93 **von Segesser/ Kurth**, s. 82.

94 **Yeşilova**, s. 691; **Yeşilırmak**, s. 192.

95 Bazı Avrupa Topluluğu ülkeleri arasında ara kararların tenfiz edilebileceğine ilişkin ikili veya çok taraflı anlaşmalar bulunmaktadır. Bu anlaşmalar çerçevesinde kararın tenfizinin mümkün olduğu tabiidir ki söylenebilecektir. Bu durum yukarıda tartışmaya açtığımız *award/order* nitelik tartışmasının dışında bir nokta oluşturmaktadır.

96 Paris Court of Appeal (Cour d'appel de Paris), 7 Oct. 2004 (**Yeşilırmak**, s. 260'den naklen)

(Australasia) Pty. Ltd.[97] davasında *interim award* olarak verilen ihtiyatî tedbir kararının tenfizini reddetmiştir[98]. Mahkeme gerekçesinde 1958 New York Sözleşmesi'nin böyle bir hükmü kapsamına almadığını, söz konusu karar bir *final award* olmadığı için nihai bir karar sayılamayacağı sonucuna varmıştır. Burada özellikle kararın değiştirilmesinin veya kaldırılmasının mümkün olmasına vurgu yapılmaktadır. Diğer yandan bu kararın usûle ilişkin olduğu ve 1958 New York Sözleşmesi kapsamında bağlayıcı niteliğinin bulunmadığı belirtilmiştir[99].

Şayet verilmiş olan hakem kararının tenfizi, yukarıda belirttiğimiz çerçevede mümkün görülemiyorsa bu durumda talep sahibinin söz konusu ülke mahkemesine başvurarak bir ihtiyatî tedbir kararı elde etmesi gereklidir. Böyle bir kararın Türk mahkemesinden istenmesi durumunda, MTK m. 1/III uyarınca MTK m. 6 hükmü, tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da uygulanacaktır. Nitekim tahkim yerinin yabancı ülke olduğu bir uyuşmazlıkta ihtiyatî tedbir kararının Türk mahkemesinden istenmesi tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmeyecektir[100]. Buna göre mahkeme, HUMK hükümlerini uygulayarak bir tedbir kararı verecektir. Mahkeme, hakemlerin verdiği ihtiyatî tedbir kararını kendi oluşturacağı karara esas alabilir, ancak böyle bir zorunluluğu bulunmamaktadır.

Sonuç

Tahkim yargılamasında ihtiyatî tedbirlere ihtiyaç duyulmaktadır. İhtiyatî tedbir, *status quo*'nun muhafazasını sağlaması yönünden önem taşımaktadır. Tahkimde ihtiyatî tedbir bakımından hakemlerin ve mahkemelerin yetkileri özel olarak incelenmelidir. Bazı ülkelerde duruma sıcak bakılmazken, özellikle kurumsal tahkim yargılamaları bakımından artan eğilim hakemlere bu yetkiyi tanımak yönündedir. Ancak tek başına hakemlerin yetkili olduğu haller bazen yeteri korumayı sağlamayabileceğinden, mahkemelerin de gerektiğinde sürece katılımı önem kazanmaktadır.

Verilen ihtiyatî tedbir kararlarının tahkim yeri dışında tenfiz edilmesi konusunda ise ihtiyatî tedbirin verildiği sistemde kararın ifade ettiği anlama göre cevap kabul edilecek görüşlere göre değişkenlik gösterebilecektir.

---

97 Supreme Court of Queensland, 29 October 1993 (**Yeşilırmak**, s. 260'den naklen)

98 **Yeşilırmak**, s. 260.

99 **Yeşilırmak**, s. 261.

100 **Akıncı**, Tahkim, s. 100.

Kısaltmalar Cetveli

Art	Article
b.	Bend
c.	Cümle
C.	Cilt
dn.	Dipnot
E.	Esas
HGB	(Deutsches) Handelsgesetzbuch
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
in	İçinde
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	Karar
Karş.	Karşılaştırınız
m.	Madde
MK	Türk Medeni Kanunu
MTK	Milletlerarası Tahkim Kanunu
s.	Sayfa
vd.	ve devamı
Yarg.	Yargıtay

Kaynakça

Adhipathi, Sandeep, Interim Measures in International Commercial Arbitration: Past, Present and Future, LLM Theses, University of Georgia School of Law, Year 2003, http://digitalcommons.law.uga.edu/stu_llm/1.

Akıncı, Ziya, *"Hakemlerin İhtiyatî Tedbir ve İhtiyatî Haciz Kararı Verme Yetkisi",* Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, DEÜ Hukuk Fakültesi, s. 209 vd. ("*İhtiyatî Tedbir*").

Akıncı, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003 ("*Tahkim*").

Balkar, Süheylâ, Uluslararası Ticarî Tahkim ve Geçici Hukukî Tedbirleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2010.

Besson, Sébastien, Arbitrage international et mesures provisioires, Schulthess, 1998.

Brower, Charles H., *"What I Tell You Three Times is True: US Courts and Pre-Award Interim Measures Under The New York Convention"*, Virginia Journal of International Law, Summer 1995, s. 971 vd. (Westlaw).

Castello, James E., *"Arbitral Ex Parte Interim Relief the View in Favor"*, Dispute Resolution Journal August-October, 2003, s. 60 vd. (Westlaw).

Davies, Martin, *"Court Ordered Interim Measures in Aid of International Commercial Arbitration"*, The American Review of International Arbitration, 2006, s. 266 vd. (LexisNexis).

Ferguson, Stephen M., *"Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: Problems, Proposed Solutions, And Anticipated Results"*, Currents: International Trade Law Journal, Winter, 2003, s. 55 vd. (LexisNexis).

Fraraccio, Victoria M., *"Ex Parte Preliminary Orders in Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration"*, Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration, 2006, s. 263 vd. (Westlaw).

Horning, Richard Allan, *"Interim Measures of Protection; Security for Claims and Costs; and Commentary on the WIPO Emergency Relief Rules",* The American Review of International Arbitration, 1998, s. 155 vd. (LexisNexis).

Koç, Nevzat, *"İsviçre-Türk Hukukunda Bankaya Tevdi Sözleşmesi",* Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, DEÜ Hukuk Fakültesi, s. 143 vd.

Marchac, Gregoire, *"Note & Comment: Interim Measures in International Commercial Arbitration Under the ICC, AAA, LCIA and UNCITRAL Rules"*, The American Review of International Arbitration, 1999, s. 123 vd. (LexisNexis).

Özkan, Hasan, Açıklamalı-İçtihatlı İhtiyatî Tedbir, Delil Tespiti ve İhtiyatî Haciz ile Kamu Alacağının Tahsiline İhtiyatî Haciz, Adalet Yayınevi, Ankara, 1997.

Özsunay, Ergun, *"Kurumsal Tahkim Sistemlerinde ve Bazı Ulusal Hukukların "Uluslar arası Tahkimle İlgili Düzenlemeler"inde Geçici ve Koruyucu Önlemler"*, İBD, Cilt 77, Sayı 2, Yıl 2003, s. 265 vd.

Pekcanıtez, Hakan, *"Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukukî Koruma Önlemleri",* Milletlerarası Tahkim Semineri, 10 Mart 2003, ICC Türkiye Milli Komitesi, Ankara, s. 115 vd.

Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, Medeni Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, 7. bası, Ankara, 2008.

Redfern, D. Alan, *"Arbitration and Courts: Interim Measures of Protection – Is the Tide About to Turn?",* Symposium on International Commercial Arbitration, 1995 University of Texas at Austin School of Law Publications, Inc. Texas International Law Journal, Winter 1995, s. 72 vd. (LexisNexis).

Schroeder, Von Hans-Patrick, "Mareva Injunctions and Freezing Orders in International Commercial Arbitration", SchiedsVZ 2004, Heft 1, s. 26 vd. (Beck-Online).

Schwartz, Ira M., *"Interim and Emergency Relief in Arbitration Proceedings",* Dispute Resolution Journal February-April 2008, s. 56 vd. (Westlaw).

Şit, Banu, Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İmaj Yayınevi, Ankara, 2005.

The International Litigation Committee, Commercial and Federal Litigation Section, New York State Bar Association, Report on Provisional Remedies in International Arbitration.

Thomas, John Charles, *"Selected Issues: Interim Measures in International Commercial Arbitration: Finding the Best Answer",* Crotian Arbitration Yearbook, 2005, s. 213 vd. (LexisNexis).

Wagoner, David E., *"Interim Relief in International Arbitration: Enforcement is a Substantial Problem",* Dispute Resolution Journal October, 1996, s. 68 vd. (Westlaw).

Wang, William, *"International Arbitration: The Need for Uniform Interim Measures of Relief",* Brooklyn Journal of International Law, 2003, s. 1059 vd. (LexisNexis).

Werbicki, Raymond, *"Arbitral Interim Measures: Fact or Fiction?",* Dispute Resolution Journal November, 2002-January, 2003, s. 63 vd. (Westlaw).

Westberg, Peter, "*Interim Measures and Civil Litigation*", Suffolk Transnational Law Review, Winter 2007, s. 13 vd. (LexisNexis).

World Arbitration & Mediation Report March, 1995, *"Provisional Measures in International Arbitration – Part II Perspectives from the ICC and Germany",* Around the World Seminar Proceedings, 1995 by the Transnational Juris Publications, Inc., s. 52 vd. (Westlaw).

Yeşilırmak, Ali Provisional Measures in International Arbitration, Kluwer Law International, Netherlands, 2005.

Yeşilova, Bilgehan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008.

Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar

*Esra DARDAĞAN KİBAR**

Soybağı ve velayet sorunları, çocuğun korunması, aile hukuku, ahlâkî değerler gibi konularla olan bağlantıları nedeniyle, farklı menfaatlerin incelenip değerlendirilmesini gerektirmektedir. Uluslararası özel hukuk alanında, soybağının kurulması ve hükümleri ile ilgili sorunlarda esas alınacak bağlama kuralının meydana getirilmesinde ve değerlendirilmesinde, bu menfaatler belirleyici role sahiptir. Nitekim, yakın zamanda yürürlüğe giren 5718 sayılı MÖHUK'ta, soybağına ilişkin olarak yeni bir bağlama kuralı getirilmesinin de, esas alınan menfaat ve değerlerde önemli bir değişime işaret ettiği söylenebilir. Uluslararası toplumu yakından ilgilendirmesi sebebiyle de, soybağı ve velayete ilişkin sorunlar pek çok uluslararası sözleşmeye konu teşkil etmiştir. Öte yandan, yapay döllenme alanında meydana gelen teknolojik gelişmeler de, kanunlar ihtilâfı disiplini içinde ele alınmayı gerektiren pek çok uyuşmazlığa sebebiyet vermektedir.

Yeni MÖHUK düzenlemesi ile meydana gelen değişiklik, zamanlararası kanunlar ihtilâfının kısaca ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Esasen, soybağının kurulması ve hükümleri konuları, zamanlararası kanunlar ihtilâfına ilişkin incelemelerde örnek olaylar arasında sıklıkla ele alınmaktadır[1]. Bu nedenle, sunuşumuzun başlangıcında bu soruna kısaca değinmeyi uygun görüyoruz.

I) Soybağı Alanında Zamanlararası Kanunlar İhtilâfı

Türk hukukunda, kanunlar ihtilâfına ilişkin olarak, eski ve yeni düzenlemelerinden hangisinin esas alınacağını gösteren intikal hükümleri mevcut değildir. 2675 sayılı MÖHUK'da olsun, 5718 sayılı yeni MÖHUK'ta olsun, özel

---

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi.

1 Örneğin, bkz. Héron, Jacques: "L'application dans le temps des règles de conflit", Revue critique du droit international privé, 1987/2, s.305-350.

intikal hükümleri getirilmemiş, Kanunun yürürlük tarihinin belirtilmesiyle yetinilmiştir. Bu nedenle, genel nitelikli intikal hükümlerinin, dolayısıyla, 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun (Uygulama Kanunu) hükümlerinin kanunlar ihtilâfı alanında da uygulanması uygun görülmektedir. Buna göre, yeni Kanun yürürlüğe girmeden önce tamamlanmış bulunan olay ve ilişkiler yeni Kanuna tâbi olmaz. Buna karşılık, etkisini yeni Kanun döneminde de sürdüren "devamlı" ilişkilerde, ilişkinin muhtevasının, ilişkiden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin, yeni Kanun yürürlüğe girdikten sonra bu Kanun hükümlerine tâbi olacağı kabul edilir[2]. Soybağı ile ilgili olarak, bu çerçevede, eski MÖHUK zamanında kurulmuş olan soybağı statüsünün 5718 sayılı Kanun bakımından da geçerliliğini koruyacağı kabul edilmelidir. Ayrıca, Uygulama Kanununda, yeni Kanun yürürlüğe girmeden önce meydana gelmiş dahi olsa, tarafların iradelerine bırakılmamış konuların yeni Kanunun hükümleri uyarınca çözüleceği belirtilmiştir. Buna bağlı olarak, doktrinde, yeni Kanun yürürlüğe girdikten sonra açılmış olan babalık davasının hükümlerine uygulanacak hukukun da yeni Kanun uyarınca belirleneceği ifade edilmiştir[3].

İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 196. maddesi, zamanlar arası kanunlar ihtilâfı ile ilgili olarak, "İşbu Kanun yürürlüğe girmeden önce meydana gelmiş ve tüm sonuçlarını doğurmuş olan hukukî olay ve fiiller eski hukuka tâbidir. / İşbu Kanun yürürlüğe girmeden önce meydana gelmiş, ancak hukukî sonuç doğurmaya devam eden hukukî olay ve fiiller, bu tarihten [yürürlüğe girme tarihinden] önceki dönem için eski Kanuna tâbidir. Sonraki olay ve fiillere, sonuçları açısından, daha sonraki dönem için yeni Kanun uygulanır" hükmünü içerir. Bu kural, Türk hukukunda kabul edilen esaslara uygunluk göstermektedir. Bir Federal Mahkeme kararında, Federal MÖHK yürürlüğe girmeden önce açılmış bulunan babalık davalarına bu yeni Kanunun uygulanacağı, ancak bu Kanun yürürlüğe girmeden önce kurulmuş soybağı ilişkilerinin geçerliliğinin kabul edileceği bildirilmiştir[4].

Değişken ihtilâflar konusu da bu bağlamda ele alınabilir. Yeni MÖHUK düzenlemesinde, soybağına uygulanacak hukukun, esas olarak, "doğum anı" ile sabitlendiği görülmektedir. Doktrinde, statü değişikliği halinde, çocuğun lehine sonuç doğuracak olan eski veya yeni hukukun uygulanmasına imkân verecek esnek bir düzenleme getirilmesinin daha yerinde olacağı ifade edilmiştir[5]. Kanun gerekçesinde, bu konuya ilişkin bir açıklama yoktur. Doğum

---

2 Nomer, Ergin/ Şanlı, Cemal : Devletler Hususî Hukuku, B.16, İstanbul 2008, s.30.

3 Nomer/ Şanlı, s.30.

4 ATF 118 II 471, cns. 4a (Dutoit, Bernard : Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, Bâle 2005, s.234'ten naklen).

5 Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer: "Yeni MÖHUK'a Göre Soybağı İlişkisine Uygulanacak

anının esas alınmasında, hukukî belirsizliğin önüne geçme amacının söz konusu olduğu düşünülebilir.

II) Soybağının Kurulması ve Hükümleri Alanında Dikkate Alınacak Menfaatler

1) Soybağının Kurulması Alanında Dikkate Alınacak Menfaatler

Kişi halleri kapsamına giren diğer konular gibi, soybağı konusunun da kişisel hukukun egemenliği altında olduğu, genel olarak kabul edilir. Kıta Avrupası hukuk ailesine mensup olan Türk hukuk düzeninde, belirtilen hukuk ailesindeki genel kabule uygun olarak, "kişisel hukuk"tan "millî hukuk" anlaşılmaktadır. Ancak, çocuk, ana ve babanın farklı vatandaşlıkta olması halinde millî hukuklar arasında bir seçim yapılması ihtiyacı ortaya çıkar.

Öte yandan, soybağı, Uluslararası Özel Hukukun dayandığı bazı temel ilkelerin en fazla tartışma konusu edildiği alanlardan biri olarak kendini göstermektedir. Uluslararası unsurlu bir özel hukuk ilişkisinin "en sıkı ilişki" içinde olduğu (veya böyle sayıldığı) devlet hukukuna tâbi olmasını öngören, bu nedenle, nihai olarak olaya uygulanması gereken maddî kuralın uygunluğunu, esas olarak, inceleme konusu yapmayan ve kökleri Savinyen metoda dayanan "Uluslararası Özel Hukuk adaleti" anlayışının özellikle "soybağı" alanında fazla "katı" görülüp eleştirildiği bir gerçektir. Çocuğun korunması ile ilgili konularda, Uluslararası Özel Hukuk adaleti anlayışının katı biçimde uygulanması problem yaratacaktır; zira böyle bir alanda, uygulanacak maddî hukukun bir öneminin bulunmaması düşünülemez. Özellikle, 20. yüzyılın 2. yarısından itibaren, Uluslararası Özel Hukuk alanında "çocuğun menfaati" kanun koyucular ve mahkemeler tarafından öncelikli menfaat olarak kabul edilmiş, çocuğun "mümkün olan en iyi kanun" çerçevesinde korunması için gerekli değişiklikler yapılmıştır[6]. Soybağının kurulmasına ilişkin uluslararası sözleşmeler de bu amaç doğrultusunda hazırlanmıştır.

Soybağına uygulanacak hukuku gösteren bağlama kurallarında, genel olarak, çocuğun menfaatine uygun hukukun uygulama bulmasına çalışıldığı, bu bağlamda, "soybağının kurulması" amacının güdüldüğü belirgindir. Kuşkusuz, bu amacın gerçekleşmesi için tercih edilen yollar hukuk düzenlerine göre farklılaşmaktadır. Katı Savinyen metoddan sapan, bu nedenle esnek ve çoklu yapıya sahip olabilen bu kurallar da eleştiriden bağışık değildir. Her şeyden önce, çocuğun menfaatlerini daha iyi koruyan hukukun tespiti çok ko-

---

Hukuk Sorunu", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008/2, s.318-319 ("Soybağı").

6 Foyer, Jacques: "Problèmes de conflits de lois en matière de la filiation", Recueil des Cours, 1985/IV, Tome 193, s.27 vd.

lay olmayabilir. Bununla birlikte, genel bakışla, soybağı ilişkisinin kurulmasına imkân veren/ daha kolay imkân veren hukukun veya soybağını evlilik içi soybağı hükümleri uygulanmak üzere kuran hukukun çocuk lehine sonuç vereceği söylenebilir. Son yıllarda soybağı alanında benimsenen çoklu yapıya sahip, farklı durumların göz önüne alındığı bağlama kurallarının temelinde, bu suretle çocuğun menfaatlerini en iyi koruyan hukukun uygulanmasına imkân verileceği varsayımı vardır. Bununla birlikte, bu aşamada, başka bir sorunla karşılaşmak muhtemeldir: Somut olayda, soybağının kurulması veya daha hafif şartlar altında kurulması çocuğun yararına değil, tam aksine, aleyhine sonuç doğurabilir. Örneğin, çocuğun baba tarafından tanınmasını, ananın veya çocuğun rızasına bağlı kılan bir ulusal düzenleme, somut olayda, soybağının bu tür bir şart aranmaksızın kurulmasını mümkün kılan bir başka düzenlemeye göre, çocuğun daha lehine olabilir. Ancak, genel değerlendirme yapıldığında, bağlama kuralının soybağının kurulmasına/ kolay biçimde kurulmasına imkân sağlamasının olumlu olacağı, somut olayda, çocuğun zararına bir sonuç doğması halinde de, kamu düzeni engelinin gündeme gelebileceği söylenebilir.

Bu bağlamda, 5718 sayılı yeni MÖHUK'un soybağının kuruluşuna uygulanacak hukuka ilişkin 16. maddesi, çocuğun menfaatinin ön plâna alındığı basamaklı bir bağlama sistemi öngörmüştür. Mülga 2675 sayılı MÖHUK'tan farklı olarak evlilik içi soybağı/ evlilik dışı soybağı ayrımı gözetilmemiş, soybağının kuruluşu ve hükümleri farklı bağlama kuralları içinde düzenlenmiştir. 2675 sayılı Kanunda, evlilik dışı soybağında, çocuk ile ana arasındaki kişisel ve mâli ilişkiler ananın millî hukukuna, çocuk ve baba arasındaki kişisel ve mâli ilişkiler babanın millî hukukuna tâbi tutulmuştu. Evlilik dışı nesebin kuruluşu da bu kuralın uygulama alanına dahildi. Nesebin düzeltilmesi konusunda, basamaklı olarak babanın düzeltme anındaki millî hukukuna, ananın millî hukukuna, bunlardan hiçbirine göre düzeltme yapılamaması halinde çocuğun millî hukukuna yetki tanınmıştı. Yeni MÖHUK düzenlemesinde, soybağının kurulmasına daha fazla imkân tanıyabilmek amacıyla yine basamaklı bağlanma tercih edilmiş, ancak, çocuğun kişisel hukukuna öncelik verilmiştir. Buna göre, soybağının kuruluşu çocuğun doğum anındaki millî hukukuna, kurulamaması halinde çocuğun mutad meskeni hukukuna tâbidir. Kanun gerekçesinde, "soybağı konusunda milletlerarası yaklaşımın çocuğun üstün menfaatinin ve buna bağlı olarak da onun hukukunun esas alınmasından yana olduğu" belirtilmiştir. Soybağı bu hukuklara göre kurulamıyorsa, sırasıyla, basamaklı olarak, ananın veya babanın millî hukukları (burada alternatifli bağlama söz konusudur), ananın ve babanın çocuğun doğumu anındaki müşterek mutad mesken hukuku ve son olarak çocuğun doğum yeri hukuku uygulanır. Basamaklı bağlama kuralı tercih edildiğinden, belli bir basamaktaki bağlama kuralı uyarınca soybağı kurulduğu takdirde, bir sonraki basamağa gidilmeyecek, o basamaktaki hukuk dikkate alınma-

yacaktır. Yeni MÖHUK düzenlemesinde, soybağının kurulması konusunda alternatif bağlama esas olarak kabul edilmemiştir. Alternatif bağlama kabul edilseydi, çocuğun en lehine olan biçimde soybağı kuran hukukun yetkili olması mümkün olabilirdi. Basamaklı bağlamanın uygulayıcıya kolaylık sağladığı da söylenebilir. Belli bir hukuka göre soybağı kurulduktan sonra, izleyen basamaklarda yer alan bağlama kurallarının yetkili gösterdiği hukuk dikkate alınmayacak, bundan kaynaklanabilecek problemler de yok sayılacaktır. Diğer yandan, alternatifli bağlamanın söz konusu olduğu ananın veya babanın millî hukuku kuralı açısından, çelişkiye yol açmayacak bir uygulama tercih edilmelidir. Şöyle ki, örneğin ananın millî hukukuna göre soybağı kurulabiliyorsa, diğer alternatif dikkate alınmamalıdır[7].

Evlilik içi/ evlilik dışı soybağı ayrımına yeni MÖHUK düzenlemesinde yer verilmediğinden, soybağının düzeltilmesi kurumu da kalkmıştır. Ancak, uygulanacak hukuka göre, Türk hukukunda kabul edildiği gibi, bazı durumlarda (ana ve babanın birbiriyle evlenmesi gibi) evlilik dışı çocuk hakkında evlilik içi soybağı hükümlerinin tatbiki mümkündür. Ayrıca, yine yetkili yabancı hukuk düzeni içinde, soybağının düzeltilmesi kurumuna yer verilmiş olabilir. Hüküm gerekçesinde, "gerek evlilik dışı nesep gerek nesebin düzeltilmesi soybağının kurulmasından başka bir şey değildir" denilmiştir. Belirtilen durumların da, "soybağının kuruluşu" kapsamında ele alınması gerekir. Sonuç olarak, basamaklı bağlama, hem soybağının kuruluşunu, hem de bu kurum kapsamına girmesi gereken soybağının düzeltilmesini düzenleyecektir. Eski düzenlemeden farklı olarak, evlilik dışı soybağı da, paylaştırmalı değil, basamaklı bağlama kuralı uyarınca kurulmaktadır. Öte yandan, MÖHUK m,16/II uyarınca, soybağı hangi hukuka göre kurulmuşsa, iptali de o hukuka tâbidir[8]. Evlilik içi soybağı/ evlilik dışı soybağı arasında ayırım gözetilmemesi ve soybağının kuruluşu ve iptalinin aynı hukuka tâbi kılınması, günümüzde çoğu devlet mevzuatında kabul edilen esaslardır[9].

Soybağının kuruluşu alanında, bu bağın kurulmasını sağlamaya yönelik bağlanmanın kabul edilmesi isabetlidir. İlk basamakta çocuğun millî hukukuna yer verilmesi ise, tartışmaya açıktır. Vatandaşlığın kazanılmasında, ulusal hukuk düzenlerinde kan esasına daha yaygın olarak yer verildiği bir gerçektir. Çocuk, nesep bağıyla bağlı olduğu ana-babasının vatandaşlığını

---

7 Bu konuda bkz. Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer: "Devletler Özel Hukukunda Yapay Döllenme Sonucunda Dünyaya Gelen Çocuk ile Ana ve Baba Arasındaki Nesep İlişkisine Uygulanacak Hukuk Sorunu", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2006, S.17-18, s.44 ("Yapay Döllenme"); Uyanık Çavuşoğlu, "Soybağı", s.317.

8 Soybağının iptali konusunda, MÖHUK m.16'da öngörülen tüm hukukların dikkate alınmasının daha uygun olacağı yönünde görüş için bkz. Uyanık Çavuşoğlu, "Soybağı", s.318.

9 Foyer, s.55.

elde etmekte, soybağının kurulması vatandaşlığın kazanılmasının ön şartı olmaktadır. Çocuğun millî hukukunun belli olması için soybağı kurulması, soybağının kurulması için de (en azından, toprak esasının uygulama bulmadığı hallerde) çocuğun millî hukukunun belirlenmesi gerekli olmakta; böylece bir kısır döngüye girilmesi önlenememektedir. Ancak, çocuğun millî hukukuna göre soybağı kurulamıyorsa, diğer basamaklara gidilecektir. Alman ve İsviçre hukuklarında kabul edilmiş olduğu gibi, soybağının kuruluşunun, öncelikle, çocuğun mutad meskeni hukukuna tâbi tutulmasının daha yerinde olabileceği söylenebilir[10]. Şu husus da göz önünde tutulmalıdır: Anne ve çocuk arasındaki soybağı, çoğu devlette, biyolojik bir olay olan doğuma bağlı olarak kurulmakta, doğumla birlikte, annenin vatandaşı olduğu devletin vatandaşlık düzenlemeleri kan esasını kadın-erkek ayrımı olmaksızın kabul ettiği takdirde, çocuk annenin vatandaşı olduğu devletin vatandaşlığını elde etmektedir. Fransız hukukunda, 2005'ten itibaren, soybağı, evlilik içi/ evlilik dışı soybağı ayrımı gözetilmeksizin, ananın, çocuğun doğumu anındaki kişisel kanununa (millî hukukuna) tâbi kılınmıştır[11]. Bu kural, ananın çocuğun doğal koruyucusu olması, ananın kimliği konusunda genellikle hiçbir tartışma olmaması ile gerekçelendirilmekte; ancak doktrinde sert biçimde eleştirilmekten kurtulamamaktadır[12]. Bu kural yeterli görülmemiş, özel durumlarla ilgili farklı bağlama kurallarına da yer verilmiştir. Ana belli değilse, soybağı çocuğun kişisel kanununa tâbidir[13].

2) Soybağının Hükümlerine Uygulanacak Hukuk Bağlamında Velayet Hakkı Bakımından Dikkate Alınacak Menfaatler

Yeni MÖHUK düzenlemesinde (m.17), soybağının hükümleri, bu çerçevede, velayet de, esas olarak, soybağını kuran hukuka tâbi kılınmıştır. Şu halde,

---

[10] Alman hukuku için bkz. EGBGB m.19/I; İsviçre hukuku için bkz. Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.68. İsviçre hukukunda, söz konusu hükmün, çocuğun ana-babasının yerleşim yerlerinin çocuğun mutad meskeni dışında bulunması halinde, eğer ana-baba ve çocuk aynı devlet vatandaşlığını taşımakta iseler, ortak ulusal hukukun uygulanmasını öngördüğünü kaydetmek gerekir. Alman düzenlemesine göre ise, soybağı, alternatif olarak, ilgili ebeveynin millî hukuku uyarınca da kurulabilir. Çocuğun doğumu anında anne evli ise, evliliğin hükümlerine uygulanan hukuk uyarınca da, soybağı kurulabilir.

[11] Fransız Medenî Kanunu, m.311-14, 1. cümle.

[12] Bu eleştirilerde, özellikle, çocukla baba arasında evlilik dışı soybağının ananın millî hukukuna göre kurulmasının anlamsızlığı, Fransa'da doğmuş ve Fransız vatandaşı olan çocuk hakkında yabancı ananın kişisel kanununu uygulanmasının isabetsizliği üzerinde durulmaktadır. Ayrıca, evlilik içi soybağında, aile içi ilişkilerde kanın-erkek eşitliği kabul edilmiş, henüz kadının aile reisliği hükme bağlanmamışken, ananın kişisel hukukunun üstünlüğü sorgulanmıştır: Bkz. Audit, Bernard: Droit international privé, 4. éd., Paris 2006, s.570-571; Mayer, Pierre/ Heuzé, Vincent: Droit international privé, 9. éd., Paris 2007, s.542.

[13] Fransız Medenî Kanunu, m.311-14, 2. cümle.

soybağının hükümleri alanında da, çocuğun menfaati öncelikli menfaat olarak kabul edilmiş gibi görünmektedir. Ancak, aile birliği, aile içi ilişkilerin bütün olarak aynı hukuka tâbi olması da, yeni düzenlemede göz önüne alınmıştır. Ana, baba ve çocuk aynı devlet vatandaşıysa soybağının hükümlerine bu müşterek millî hukuk uygulanır. Müşterek millî hukuk mevcut değilse, ancak ana, baba ve çocuğun mutad meskenleri aynı ülkedeyse, soybağının hükümlerine müşterek mutad mesken hukuku uygulanır. Soybağının kuruluşunda esas alınan menfaatler ile soybağının hükümleri bakımından gözetilen menfaatler arasında tam bir özdeşlik yoktur. Soybağının kuruluşuna ilişkin bağlama kuralında güdülen temel amaç, Gerekçede belirtildiği gibi, soybağının kurulmasının sağlanmasıdır. Soybağının hükümleri alanında ise, artık kurulmuş bir statü mevcut olduğundan, Gerekçede ifade edildiği gibi, "aile içi ilişkilere uygulanan hukukta bütünlüğün sağlanması"na önem verilmiştir. Velayet de, soybağının bir sonucu olarak yeni MÖHUK m.17 kapsamına girmektedir. Soybağının hükümleri bakımından böyle bir ayrıma gidilmesi isabetlidir. Gerçekten, soybağı, diğer basamaklara göre kurulamamış, sonuçta çocuğun doğduğu devlet hukuku uyarınca tesis edilmiş olabilir. Buna karşılık, ana, baba ve çocuk arasında ortak kişisel hukuk mevcut olabilir. Bu durumda, çocuğun doğduğu devlet hukukunun soybağının hükümlerine, bu kapsamda velayete uygulanması sıkıntı yaratabilecektir. Bu husus, Kanun gerekçesinde de vurgulanmıştır.

Bununla birlikte, Gerekçede aile içi ilişkilere vurgu yapılması, evlilik dışı soybağının göz ardı edilmiş olabileceğini akla getirebilir. Evlilik dışı soybağının hükümlerinin de ana, baba ve çocuğun müşterek kişisel hukukuna tâbi kılınması, tek bir hukukun evlilik dışı soybağını idare etmesinin gerekli görüldüğü anlamına mı gelmektedir? Zira mülga MÖHUK düzenlemesinde, evlilik dışı soybağında, ana ve babanın millî hukuklarına "paylaştırmalı olarak" yetki verilmişti. Evlilik dışı soybağında, aile içi ilişkiler bakımından bütünlüğün sağlanmasına ilişkin menfaat, kanaatimizce, tartışmalı hale gelmektedir. Velayet konusunun, tek bir hukuka tâbi olacak şekilde düzenlenmesi, kuşkusuz, gereklidir. Eski MÖHUK m.17 uyarınca, evlilik dışı nesebin, anne ve baba açısından farklı hukuklara tâbi kılınması, velayetin de iki ayrı hukuk uyarınca düzenlenmesine, iki hukuk düzeninin birbiriyle çelişmesi halinde de uygulanacak hükümler bakımından tutarsızlık ve karmaşaya sebebiyet verebiliyordu[14]. Burada ise, bir "aile" söz konusu değildir. Bu açıdan, çocuk, ana ve babanın müşterek kişisel hukukunun yetkili kabul edilmesinin isabeti tartışılabilir[15].

---

[14] Ayrıntılı tahlil için bkz. Huysal, Burak: Devletler Özel Hukukunda Velayet, İstanbul 2005, s.122 vd.

[15] Evlilik dışı çocuğun velayetine ilişkin olarak çocuğun mutad meskeni bağlama noktasının tercih edilmesi yönünde görüş için bkz. Huysal, s.129.

Boşanmada velayet konusu, boşanmaya ve ayrılığa ilişkin bağlama kuralında (MÖHUK m.14/III) özel olarak düzenlenmiş ve boşanma ve ayrılık sebeplerine ve hükümlerine uygulanan hukuka tâbi tutulmuştur. Eski MÖHUK'ta buna paralel hüküm yer almaktaydı; ancak konunun ayrı bir hükümde düzenlenmesi tercih edilmişti. Değişiklik öze değil, kanun sistematiğine ilişkindir.

Bu çerçevede, velayet hakkına ilişkin bazı uluslararası sözleşmelere kısaca değinilmesi yerinde olacaktır. Esasen, Türkiye'nin taraf olduğu "Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair 1961 Lahey Sözleşmesi", Çocuk Hakları Sözleşmesi yargı kararlarında sıklıkla zikredilmektedir. 1961 Lahey Sözleşmesi mutad meskeni âkit devletlerden birinde bulunan küçükler hakkında uygulandığından, taraf ülkeler arasında önemli uygulama alanına sahiptir[16]. Küçüğün mutad meskeni makamlarının kendi iç hukuklarının öngördüğü tedbirleri alması esasını (m.2) kabul eden Sözleşme, bu esasa çok önemli istisnalar getirmesi nedeniyle eleştirilmiş, Lahey Sözleşmesinin yeknesaklıktan uzak bir sistem benimsediği ifade edilmiştir. Gerçekten, 1961 Sözleşmesi önceliği mutad mesken makamlarına vermekle birlikte, küçüğün millî hukukuna göre kurulan hukukî ilişkilerin tanınmasını öngörmüş (m.3), küçüğün vatandaşı olduğu devlet makamlarının çocuğun menfaatini korumak için koruyucu tedbir almasına cevaz vermiştir (m.4). Tanıma ve tenfiz konusunda da, benzer "yetkilerin yarışması" durumu söz konusudur. Ayrıca, Sözleşme uyarınca kimlerin, hangi hukuka göre "küçük" sayılacağı, Sözleşme kapsamına giren tedbirlerin kapsamı ve niteliği konusunda belirsizlikler, tereddütler giderilememiştir. Türkiye'nin henüz taraf olmadığı "Velayet ve Çocukların Korunmasına İlişkin Tedbirler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Lahey Sözleşmesi" bu sakıncaları gidermek üzere hazırlanmıştır[17]. 1996 Lahey Sözleşmesinde, sözleşmenin, kişi ve konu bakımından kapsamı 1961 Sözleşmesine göre çok daha net olarak ortaya konmuştur. Sözleşme "çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yer makamlarının" (ve bu makamların hukukunun) yetkisini, 1961 Sözleşmesine oranla çok daha kesin biçimde kabul etmiştir. Ancak, geçici ve koruyucu tedbirler, boşanmaya ilişkin özel durumlar ve yetki transferi gibi konularda, bu yetkiye istisna getirilmiştir. Sözleşmede atıf konusu da netlik kazanmıştır[18]. Çocuk lehine çok daha kapsamlı ve sistemli bir koruma düzeni getirmeyi amaçlayan 1996 Söz-

---

[16] Sözleşme şu an itibariyle 13 devlette yürürlükte görünmektedir: http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=39 (1.11.2010). Sözleşme sınırlı bir coğrafî alanda yürürlüktedir.

[17] Sözleşme şu an itibariyle 19 devlette yürürlüğe girmiştir: http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=70 (1.11.2010).

[18] Sözleşmenin 21. maddesinde, (uygulanacak) kanun (hukuk) ifadesinden, ilgili devletin iç hukukunun anlaşılması gerektiği bildirilmiştir.

leşmesi "vatandaşlık" kıstası karşısında "mutad mesken" kıstasının egemenliğini kararlı biçimde tesis etmiş görünmektedir. 1961 Sözleşmesine taraf olmakta isteksizlik gösteren Anglo-Sakson hukuk ailesine mensup devletlerin yeni Sözleşme'ye taraf olmaları da bu faktörle açıklanabilir. "Mutad mesken" kıstası, çocuğun korunması açısından en uygun kıstas olarak kabul edilmektedir. Ancak, Türkiye gibi göçmen veren ülkelerin "mutad mesken" kıstasının egemenliği dolayısıyla 1996 Sözleşmesine ihtiyatla yaklaşacaklarına ilişkin görüş[19], kanaatimizce, günümüzde de geçerliliğini korumaktadır.

III) Soybağının Kuruluşu ile Bağlantılı Bazı Genel Uluslararası Özel Hukuk Sorunları

Bu sorunlar içinde özellikle değinmekte fayda gördüğümüz ikisi, ön sorun ve atıftır. Soybağının kuruluşunda, ana-baba arasındaki evliliğin geçerliliği ön sorun teşkil eder. Evlenmenin geçerliliği, ön sorun olarak, hangi devlet hukukuna tâbi olur? Ön sorunla ilgili bağlama konusunda, özetle, (i) *lex fori*'nin ihtilâf kurallarının esas alınması; (ii) *lex causae*'nin ihtilâf kurallarının esas alınması gibi iki metod önerilmektedir. Bunlara ek olarak, her olayın kendi özelliklerine göre iki metoddan birinin tercih edilmesi gibi bir üçüncü yol da benimsenebilir. Soybağının kuruluşu alanında temel menfaat çocuğun yararı olduğuna göre, evlenmenin geçerliliğini sağlayan hangi metodsa, somut olayda o metodun tercih edilmesi önerilebilir. Buna göre, ön sorun bakımından *lex fori* ve *lex causae*'nin alternatif olarak uygulanması uygundur (*in favorem infantis* bağlanma)[20].

Atıf konusu daha karmaşıktır. Yeni MÖHUK, iade atıf ve devam eden atfın sadece kişiler hukuku ve aile hukuku alanındaki ihtilâflarda dikkate alınacağını hükme bağlamıştır (m.2/III). Soybağının kuruluşu ve hükümleri, kuşkusuz aile hukuku kapsamına girer. Bu durumda, soybağı alanında, iade atfın ve devam eden atfın mutlak biçimde dikkate alınması mı gerekir? Soybağının kuruluşuna ilişkin bağlama kuralı belli bir hukukî sonucun elde edilmesini (soybağının kurulması) gaye edinmiştir. Bağlama kuralına göre tespit edilen hukukun maddî hukuk kurallarına göre soybağının kurulması temin ediliyorsa, yetkili hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının nazara alınması, başka deyişle atfın kabulü söz konusu gayeye ters düşmeyecek mi-

---

[19] Tiryakioğlu, Bilgin: "Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme", Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s.424. 1961 ve 1996 Lahey Sözleşmeleri hakkında ayrıntılı tahlil için ayrıca bkz. Silberman, L. J.: "Co-operative Efforts in Private International Law on Bealf of Children: The Hague Children's Conventions", Recueil des Cours, 2006/V, Tome 323, s.390 vd.

[20] Bkz. bu yönde, Dutoit, s.233; genel açıklama için bkz. Nomer/ Şanlı, s.143.

dir? Eski MÖHUK döneminde, nesebin düzeltilmesiyle ilgili benzer yapıdaki bağlama kuralı (m16) ile ilgili olarak, atfın kabulünün bu hükmün gayesiyle bağdaşmayacağı, *renvoi*'nın anlamına da ters düşeceği, doktrinde ifade edilmişti[21]. Benzer akıl yürütme yeni düzenleme için de geçerli kabul edilmiştir. Buna göre, soybağının kurulmasında, kanunlar ihtilâfı kuralının temel gayesi bunu sağlayan hukuk düzenini bulmaktır. Bu bakımdan, alternatif olarak belirtilmiş bağlama noktalarına göre tespit edilen hukukun maddî hukuk kurallarına göre istenen sonuç elde ediliyorsa, iade atfın veya devam eden atfın dikkate alınmasına ihtiyaç yoktur[22]. Kanaatimizce de, MÖHUK'un, atfın kişiler hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınacağını bildiren m.2/III hükmü amaçsal yoruma tâbi tutulmalıdır. Aksi yönde bir yorum, MÖHUK m.16'nın konuluş gayesine aykırı düşecektir.

IV) Tıp Alanındaki Gelişmelerin Ortaya Çıkardığı Sorunlar Açısından Soybağının Kuruluşuna Uygulanacak Hukuk

Soybağının kurulmasıyla bağlantılı sorunlar içinde, günümüzde en fazla özel çözüm bekleyenlerden ikisi yapay döllenmelerin soybağının tesisine etkisi ve taşıyıcı anneliğin hukukî geçerliliğidir. Tıbbî destekli gebelik olarak anılan yapay döllenme yöntemleri pek çok ülkede patolojik kısırlığa etkili çare olarak kabul görmekte, ancak kanunlarla bu yöntemlere belli kayıtlar getirilmektedir[23]. Örneğin, Türk hukukunda, üremeye yardımcı tedaviden sadece evli çiftler yararlanabilirler. Bu tedavide, eşlere sadece kendi üreme hücreleri uygulanır. Herhangi bir şekilde donör kullanılması, donör kullanılarak embriyo elde edilmesi, adaylardan alınan sperm ve embriyoların başka adaylarda, başka kişilerden alınanların adaylarda kullanılması ve uygulanması[24]; kendilerine üremeye yardımcı tedavi uygulanacak eşlerden alınan yumurta ve spermler ile bunlardan elde edilen embriyoların, Yönetmelikte belirtilen esaslar dışında bulundurulması, kullanılması, nakledilmesi ve sa-

---

21 Nomer./ Şanlı, B.15 (2007), s.154-155.

22 Nomer/Şanlı, s.157; Uyanık Çavuşoğlu, "Soybağı", s.319.

23 Genel inceleme için bkz. Nast, Chantal: "Etablissement de la filiation et maternités de substitution dans certains Etats membres de la CIEC", 7. Congrès de l'Association européenne des officiers de l'état civil, 14 et 15 mai 2007, http://web.lerelaisinternet.com/CIECSITE/Documentation/EVS-Congres7-Gand-14-15mai2007-MeresPorteusesExposeCN-Francais.pdf (1.5.2009).

24 Bkz. Üremeye Yardımcı Tedavi ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik (RG 6 Mart 2010, 27513) m.15/1, m.18/4 ve 5 Bu Yönetmelikle, Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği (RG 21 Ağustos 1987, 19551) yürürlükten kaldırılmıştır. Eski Yönetmelik, inceleme konumuzla ilgili olarak, esas itibariyle, benzer hükümler içermekteydi. 2010'da yürürlüğe giren Yönetmelik, getirilen yasaklara aykırı hareket eden merkez ve kişiler için ağır yaptırımlar öngörmüştür.

tılması yasaklanmıştır[25]. Sonuçta, sperm veya yumurta bağışı (donasyon), taşıyıcı annelik gibi yöntemler yasal kabul edilmemektedir[26]. Fransız hukuku, çocuk sahibi olabilecek yaşta evli çiftlerin veya birlikte yaşayan bekâr çiftlerin (partnerlerin farklı cinsiyette olmaları, en az 2 yıldan beri birlikte yaşamakta olduklarını kanıtlamaları kaydıyla) yapay döllenme imkânından yararlanmalarını öngörür[27]. Ulusal hukuk düzenlerinin, taşıyıcı annelik söz konusu olduğunda genellikle yasaklayıcı veya en azından kısıtlayıcı bir yaklaşım içinde olduğu anlaşılmaktadır. İsviçre, Almanya, İtalya ve İspanya'da, "başkası için gebelik" çeşitli yasalarda yasaklanmıştır[28].

Buna karşılık, bu konuda daha liberal yaklaşım benimseyen, dolayısıyla, çocuk sahibi olmak isteyen çiftler için adeta bir cennet olan ülkeler de vardır. Örneğin, Çernobil Felaketi sonrasında, Ukrayna'da, devletin, çocuk sahibi olmak isteyen çiftlere mümkün olduğu nisbette yardımcı olmaya çalıştığı, çocuk sahibi olmayı kolaylaştıracak her türlü yönteme sıcak baktığı belirtilmektedir. Bu çerçevede, taşıyıcı annelik yasal kabul edilmiş, kurumsal düzeyde düzenlemelere konu olmuştur. Rusya ve Hindistan'da yoksul kesimler için taşıyıcı anneliğin önemli bir kazanç kapısı olduğu ifade edilmektedir[29]. Belçika'da taşıyıcı annelik herhangi bir yasal düzenlemeye (dolayısıyla açık bir yasaklayıcı hükme) bağlanmamıştır. Ancak, soybağı ile ilgili kuralların, çocuğu dünyaya getiren kadını (taşıyıcı anne) "anne" kabul etmesi, taşıyıcı anne evli ise, onun kocasının hukuken "baba" sayılması nedeniyle, bu uygu-

---

[25] Üremeye Yardımcı Tedavi ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik m.18/4.

[26] Yasal olmayan yöntemlerle çocuk sahibi olmak isteyen çiftlerin yurt dışında özellikle Akdeniz menşeli donörlere yöneldiği, her yıl yaklaşık 2000 çiftin Türkiye'den yurt dışına gittiği bildirilmiştir: Bkz. Örnek Büken, Nüket: "Üremeye Yardımcı Tedavi (ÜYTE) Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik ile ilgili Bazı Çıkarımlar", www. huksam.hacettepe.edu.tr/Turkce/SayfaDosya/uremeye_yardimci.doc (28.10.2010).

[27] Fransız Kamu Sağlığı Kanunu (Code de la Santé Publique), madde L. 2141-2. Bir gazete haberinde, Fransız hukukunda kabul edilmiş olan kısıtlamalardan kurtulmak isteyen yalnız kadınların veya lezbiyen çiftlerin çocuk sahibi olabilmek için Belçika ve Hollanda'daki kliniklere başvurdukları, bazılarının da Amerika Birleşik Devletlerinde, sperm bankalarından yararlanma imkânı araştırdıkları dile getirilmiştir: **Le Monde**, 25 novembre 2005. (Bosse-Platière, Hubert: "Le tourisme procréatif", http://www.cairn.info/revue-informations-sociales-2006-3-page-88.htm'den naklen (1.5.2009)).

[28] Ayrıntılı açıklama için bkz. **Etude de la législation comparé n° 182-janvier 2008-La gestation pour autrui**, http://www.senat.fr/lc/lc182/lc182_mono.html (1.11.2010).

[29] Kubiak, Sylvia: "Les aspects juridiques de la gestation pour autrui en droit comparé: international, européen, Pologne, France et Grande-Bretagne", http://www.memoireonline.com/09/09/2715/m_Les-aspects-juridiques-de-la-gestation-pour-autrui-en-droit-compare-international-europeen-Polo2.html (1.11.2010).

lamanın sınırlı kaldığı bildirilmiştir[30]. Hollanda'da, taşıyıcı anne vasıtasıyla yapay döllenme daha ziyade "tıbbî" düzeyde, açık ve ayrıntılı kurallarla düzenlenmiştir. Maddî karşılık vaadiyle yapılmadığı takdirde, bu uygulamaya hukuken "hoşgörü" gösterilmektedir. Hollanda hukukunda da, hukuken, taşıyıcı anne "anne" sıfatı taşımaktadır. Ancak, gametlerin alındığı "genetik" ana-baba ile çocuk arasında evlât edinme yoluyla soybağı tesisine engel getirilmemiştir[31]. Kanada'da, bedel karşılığında taşıyıcı annelik sözleşmesi akdedilmesi federal düzeyde yasaklanmış, ancak bunun dışında kalan hususlarda ve soybağı tesisinin düzenlenmesinde bölgelerin yasama organları serbest bırakılmıştır[32]. ABD'nde, taşıyıcı annelik konusunda federal düzenlemeye gidilmemiştir. Taşıyıcı annelik az sayıda eyalette yasal kabul edilmiş, bunların çoğunda bu konuda bedel karşılığı sözleşme akdedilmesi yasaklanmıştır[33].

Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu bünyesinde hazırlanan bir raporda, Komisyona üye devletlerden sadece İngiltere ve Yunanistan'da taşıyıcı anneliğin yasal düzenlemeye konu olduğu ve buna sınırlı olarak izin verildiği; üye devletlerin büyük çoğunluğunda ise, taşıyıcı anneliğin kanunlarda açıkça yasaklandığı veya sözleşmelere ilişkin genel hükümler çerçevesinde, "kamu düzenine ve ahlâka aykırılık" nedeniyle batıl sayıldığı bildirilmiştir[34]. İngiliz hukukunda, taşıyıcı annelik sözleşmeleri, ister İngiltere'de, ister İngiltere dışında yapılsın, ticari amaçla yapıldığı takdirde batıl kabul edilir. Kanunen, çocuğun annesi onu dünyaya getiren kadındır; donör vasıtasıyla dünyaya gelen çocuğun babası da, tedaviden yararlanan kadının kocasıdır. Taşıyıcı annelik sözleşmelerinde, soybağının, çocukla embriyon, gamet transferi veya yapay döllenme yapılan taşıyıcı anne arasında değil de, gametlerin alındığı çift arasında kurulabilmesi için, bu çiftin evli, en az 18 yaşında olması, taşıyıcı annenin (gerekirse, onun eşinin) bu ilişkinin kurulmasına rıza göstermesi

---

[30] Bkz. Fransız Senatosu adına hazırlanan bilgi raporu: http://www.apgl.fr/documents/senat_mpa_2008_06-02.pdf (1.11.2010), s.25-26.

[31] Ayrıntılı bilgi için bkz. Saarlos, Jan Kees: **European private international law on legal parentage?** (Dissertation to obtain the degree of doctor at the Maastricht University, 1.7.2010), s.16; dn. 30'da anılan Bilgi Raporu, s.26-27.

[32] Soybağı konusunda, bölgeler, genellikle, son sözün taşıyıcı annede olduğunu kabul etmişlerdir. Genetik anne ve babanın argümanları yargı organları bakımından çok ender olarak kabul edilmektedir. Geniş bilgi için bkz. **Etude de la législation comparé n° 182-janvier 2008-La gestation pour autrui.**

[33] Taşıyıcı anneliği kabul eden eyaletlerde, genellikle, yargı kararıyla, gametleri veren ana-babanın nüfus kayıtlarında çocuğun ana-babası olarak belirtilmesine olanak tanınmış, soybağı sorunu, bu suretle, genetik anne ve baba lehine çözüme kavuşmuştur. Geniş bilgi için bkz. **Etude de la législation comparé n° 182-janvier 2008-La gestation pour autrui.**

[34] Nast, s.1. Fransız Senatosu adına hazırlanan bilgi raporunda da, benzer yönde tespitlerde bulunulmuştur: Bkz. http://www.apgl.fr/documents/senat_mpa_2008_06-02.pdf, s.22 vd (1.11.2010).

gerekir. Bunun için, yargı kararı alınması gerekir[35]. Yunan hukuku uyarınca, tıbbî destekli gebelik ve taşıyıcı annelik yargı merciinden izin alınmasına bağlıdır. İznin verilebilmesi için, taşıyıcı anne ve çocuk isteyen çift arasında (çiftin evli olması zorunluluğu yoktur), maddî karşılık olmaksızın akdedilen yazılı anlaşma bulunması, çocuk isteyen kadının çocuk doğuramayacağının tıbben sabit olması gerekir[36].

Türk hukukunda, Üremeye Yardımcı Tedavi ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği hükümlerinden çıkarılacak sonuç, yapay döllenme ve embriyo transferinin sadece evli çiftlerde, bu kişilerin kendi üreme hücrelerinin kullanılması suretiyle uygulanabileceğidir. Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden yararlanacak kişiler, başkalarından yumurta ve sperm alamazlar; bu eşlerden alınan yumurta ve spermler ile bunlardan elde edilen embriyolar başka kişilerde kullanılamaz; dolayısıyla taşıyıcı annelere de nakledilemez[37]. Ayrıca, taşıyıcı annelik sözleşmeleri de, BK 19 gereğince kanuna, ahlâk ve adaba, kamu düzenine aykırı sayılarak batıl kabul edilir[38].

Soybağının kuruluşuna uygulanacak hukuk alanında, *lex fori* tarafından yasaklanan yapay döllenme yöntemleri ve taşıyıcı annelik vasıtasıyla dünyaya gelen çocukların soybağı sorunları günümüzde uluslararası çözüm bekleyen sorunlardır. Gelişen üremeye yardımcı tıbbî tedavi yöntemleri sonucunda dünyaya gelen çocuklar bakımından soybağının kuruluşunun, bu konuya ilişkin genel kurala (m.16) tâbi olduğunu teyit etmek yeterli midir? Vatandaşlığı bağlama noktası olarak esas alan çözümlerin, en çok bu konularda sıkıntı yaratacağı söylenebilir. "Çocuğun millî hukuku" bağlama kuralı açısından, "ana" ve "baba"nın belirsizliği, yetkili hukuk açısından da belirsizliğe sebebiyet verir; zira çocuk vatandaşlığı, esas olarak, soybağıyla bağlı olduğu ana-babası dolayısıyla kazanır. Ana veya babanın millî hukuklarının yetkili kabul edilmesinde de aynı belirsizlik geçerlidir. "Mutad mesken" veya "çocuğun doğum yeri" bağlama noktaları, bu alanda, maksada daha uygun görünmektedir.

Bazı yapay döllenme yöntemlerinin ve taşıyıcı anneliğin ulusal hukuk düzenlerince yasaklanması, yasak getiren devlet vatandaşlarının belirtilen yöntemlere cevaz veren ülkelere gidip bu ülkelerde söz konusu yöntemlerden yararlanmalarına yol açmaktadır. Çocuk özlemi içindeki kadınlar, bu amaçla tek başlarına veya eşlerinden destek alarak ekonomik imkânları seferber et-

---

[35] Surrogacy Arrangements Act, 1985; Human Fertilisation and Embryologie Act 1990 (Nast, s.1-2'den naklen).

[36] 19 Aralık 2002 tarihli, 3089 sayılı Kanun (Nast, s.4'ten naklen).

[37] Bu konuda bkz. Örnek Büken, s.4 vd.

[38] Ayrıntılı inceleme için bkz. Şıpka, Şükran: "Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukukî Sorunlar", http://www.turkhukuksitesi.com/makale_537.htm (3.5.2009).

mekte, hatta hayatlarını tehlikeye atmayı göze almaktadırlar. Somut çözüm bekleyen sorunlardan ikisi üzerinde durmayı uygun görüyoruz : İlk olarak, kendi kişisel hukukunun getirdiği yasaklardan kurtulmak amacıyla, yasaklanan yöntemler sayesinde doğum yapan/ taşıyıcı anne vasıtasıyla doğum yapılmasını sağlayan ebeveyn, doğumla ilgili bildirimde bulunmak durumundadır. Çocuğun anne ve babası olarak kimler bildirilecektir? İkinci olarak, kendi kişisel hukukları uyarınca ana veya baba sayılamayacak kişiler hangi yollarla bu çocukla hukuksal bağ tesis edebilirler?

Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonuna üye devletlerin çoğunluğunda, çocuğu doğuran kadının "ana" olarak nüfus idaresine bildirilmesi ve doğum belgesinde annenin kimliğinin belirtilmesi zorunludur[39]. Türk hukukunda, Nüfus Hizmetleri Kanunu uyarınca, yurt dışında dünyaya gelen çocukların doğumdan itibaren 60 gün içinde dış temsilciliğe bildirilmesi gerekir. Yurt dışındaki bildirimlerin, yabancı makamlardan alınan resmî belge veya raporun dış temsilciliğe verilmesi veya çocuğa konulan adın belirtildiği dilekçe ve ana ile babanın kimlik bilgileri ile nüfusa kayıtlı oldukları yeri gösteren belgelerle birlikte dış temsilciliğe gönderilmesi suretiyle de yapılabilir. Yurt içinde ise, doğumdan itibaren 30 gün içinde bu bildirim nüfus müdürlüğüne yapılmalıdır (Nüfus Hizmetleri Kanunu m.15/I,III). Medenî Kanunun 282. maddesi uyarınca, çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur. Türk hukukunda kabul edilmeyen yapay döllenme yönteminden yurt dışında yararlanılarak gerçekleşen gebeliklerde de, genel kural geçerlidir. Buna göre, çocuğun anası, onu doğuran kadındır. Taşıyıcı anne vasıtasıyla gerçekleşen doğumlarda da, taşıyıcı annenin, çocuğu doğuran kadın olarak, hukuken "ana" vasfına sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Türk hukuk düzeninde, taşıyıcı annelik bağlamında, çocuğun "genetik" annesi (yumurtaların alındığı kadın) "ana" sıfatını taşıyamaz. Evlilik içi nesep karinesine göre de, evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak 300 gün içinde doğan çocuğun babası kocadır (MK m.285). Türk kanunlar ihtilâfı kurallarına göre, soybağına uygulanacak hukukun Türk hukuku olması halinde, bu gibi hususların ve soybağı hukukuna ilişkin diğer hususların göz önünde tutulması gerekir. Anne ve babanın kimliğinin bu kurallara uyulmadan bildirilmesi ve nüfusa kaydın bu yanlış bildirime göre gerçekleşmesi halinde, ilgililerin ihbarıyla, Cumhuriyet Savcısı tarafından nüfus kaydının düzeltilmesi için dava açılabilir.

Bu konularla ilgili temel sorun, yukarıda değinildiği gibi, yetkili hukuku gösteren bağlama kuralının sebebiyet verebileceği belirsizliktir. Soybağının kuruluşunda, ilk plânda çocuğun millî hukukuna yetki tanıyan kural, çocu-

---

[39] Genel inceleme için bkz. Granet, Frédérique: "L'établissement de la filiation maternelle et les maternités de substitution dans les Etats de la CIEC" (Note de synthèse), 20 février 2003 (http://web.lerelaisinternet.com/CIECSITE/Documentation/NotePMA.pdf (5.5.2009).

ğun "ius soli" kuralını geniş biçimde kabul eden bir devlet ülkesinde dünyaya gelmesi halinde sorun yaratmaz. Böyle bir durum mevcut değilse, çocuğun millî hukukunun bilinebilmesi için, çocuğun ana-babasının kimliğinin belli olması zorunludur; bu da ancak soybağına uygulanacak hukukun belirlenmiş olmasıyla mümkündür. Kuralın ikinci basamağında, çocuğun mutad meskeni hukukuna yetki tanınmış olması bu açıdan olumludur; belirsizliği bertaraf edebilecek bir düzenleme getirilmiştir. Daha sonraki basamaklarda alternatifli yetki tanınan "ananın" veya "babanın millî hukuku" kurallarında ve "ana-babanın müşterek mutad mesken hukuku" kuralında, ana ve babanın kimliğinin belirlenmesi sorun yaratır. Burada, bağlama noktasının yorumunun, genel kural gereğince, lex fori'ye göre yapılması gerekir[40]. "Ana" ve "baba"nın kim olacağının da, bağlama noktasının yorumu çerçevesinde, Türk hukukuna göre belirlenmesi uygun olur. "Vatandaşlık" bağlama noktası ise, vatandaşlığı söz konusu olan devletin hukukuna göre tayin edilmelidir[41]. Toparlarsak, yapay döllenmenin ortaya çıkardığı soybağı sorunları için en az belirsizlik yaratacak olan bağlama noktaları çocuğun mutad meskeni[42] ve çocuğun doğduğu yerdir.

Taşıyıcı annelik sözleşmelerinin geçerliliğinin kabul edilmediği, dolayısıyla, genetik annenin değil, sadece çocuğu dünyaya getiren kadının hukuken "ana" sayıldığı ülkelerde, genetik ana-babanın elindeki hukukî imkânlar, çocuğu tanımak veya çocuğu evlât edinmektir. Türk hukukunda, genetik babanın çocuğu MK m.295 hükmü uyarınca tanıması mümkündür. Ancak, taşıyıcı anne evli ise, evlilik içi nesep karinesine göre, taşıyıcı annenin kocası hukuken "baba" sayılır. Bu durumda, genetik babanın çocuğu tanıyabilmesi için, öncelikle, evlilik içi nesebin reddedilmesi gerekir[43]. Ayrıca, Türk hukukunda kabul edilmeyen bir yöntemle, kadının kocasına ait olmayan sperm hücresi ile gerçekleşen gebelikte de, annenin kocasının nesebin reddi davası açması mümkün görünmektedir[44]. Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu üyesi devletlerin çoğunda, çocuğun genetik ana veya genetik ana-baba tarafından evlât edinilmesine (ilgili hukuk düzeninin öngördüğü şartlar çerçevesinde) imkân verildiği görülmektedir[45]. Buna karşılık, Fransız mahkemeleri, genetik annenin, kendi eşinden olan, taşıyıcı anne vasıtasıyla doğmuş çocuğunu evlât

---

[40] Nomer/ Şanlı, s.111.

[41] Nomer/ Şanlı, s.113.

[42] Bkz. bu yönde, Uyanık Çavuşoğlu, "Yapay Döllenme", s.37.

[43] Şıpka, s.3.

[44] Ayrıntılı inceleme için bkz. Uyanık Çavuşoğlu, "Yapay Döllenme", s.46-47.

[45] Bkz. Granet, s.10-12. Başkası için gebeliğin üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin bir parçası olarak kabul edilmesini, soybağının bu yönteme başvuran çiftlerin isteğine göre düzenlenmesini sağlayacak bir kanun teklifi hakkında bkz. http://www.senat.fr/leg/ppl09-234.html (1.11.2010).

edinmesini reddetmektedirler. Gerekçe, "olayda, çocuğun anne tarafından terki sonucunu doğuran bir sözleşmenin icrasının söz konusu olması, bunun da vücut bütünlüğü ve kişiliğin ihlâli anlamına gelmesi" olarak belirtilmiştir. Bu katı tutum Fransız doktrininde eleştirilmektedir. Buna benzer biçimde, çocuğun genetik ana-baba tarafından tanınmasında da engellerle karşılaşılmaktadır[46].

Türk yargı uygulamasında, Fransız hukukundakine benzer bir katı yaklaşım hâkim olabilir mi? Türk hukukunda kabul edilmeyen yapay döllenme yöntemleri ile dünyaya gelen çocuklarla ilgili soybağı sorunları hakkında mahkeme kararına rastlamış değiliz. Ancak, doktrinde, taşıyıcı anne ile anlaşan genetik ana-babanın, Türk hukukunda aranan şartlara uymak kaydıyla çocuğu evlât edinebilecekleri bildirilmiştir[47]. Türk hukuk uygulamasında, evlât edinme yoluyla çocukla genetik ana-baba arasında hukukî ilişki tesisini "dışlayacak" bir fikrî yapıdan, hukukî yaklaşımdan söz etmek zordur. Yabancı unsurlu soybağı sorunlarında, çocukla genetik anne ve/ veya baba arasında evlât edinme işlemi çerçevesinde hukukî ilişki kurulup kurulamayacağı, evlât edinmenin maddî şartlarına uygulanacak hukuka tâbidir (MÖHUK m.18/I,II). Taşıyıcı anneden dünyaya gelen çocuğun genetik ana-baba tarafından tanınması da, soybağının kurulması çerçevesinde ele alınması gereken bir sorundur. Genetik annenin çocuğu tanıması gereği ve tanımanın koşulları alanında, alternatifli olarak, kadının kişisel hukukunun veya çocuğun mutad meskeni hukukunun uygulanması önerilmiştir[48].

V) Soybağının Kurulması ve Hükümlerine Uygulanacak Hukuk Açısından Kamu Düzeni Engeli

Soybağı konusu, bir devletin hukuk düzeni içindeki "aile" algısını çok yakından ilgilendirdiği için, kaçınılmaz olarak "kamu düzeni müdahalesi"nin tartışılmasını (MÖHUK m.5) gerekli kılmaktadır[49]. Konuyu soybağının kuruluşu ve hükümleri (bu bağlamda velayet) açısından iki ayrı kısımda ele almak yerinde olacaktır.

1) Soybağının Kurulması Açısından Kamu Düzeni Müdahalesi

Soybağı alanında, kamu düzeni müdahalesine, artık, sadece ulusal hukuk düzeninin esaslarına "kabul edilemeyecek biçimde" ters düşen yabancı hukukun uygulanmasını bertaraf etmek için değil, çocuğun daha fazla ya-

---

46 Bosse-Platière, s.4 vd.

47 Şıpka, s.4.

48 Uyanık Çavuşoğlu, s.41.

49 Audit, s.582.

rarına olan hukukun uygulanabilmesi için başvurulduğu ifade edilmiştir[50]. Gerçekten, yabancı mahkeme uygulamalarına bakıldığında, soybağının kurulması ve hükümleri konusunda, kamu düzeni müdahalesinin yoğun olarak, "çocuğun menfaatine sonuç doğuran hukukun uygulanmasını sağlayan bir araç" olarak işlev gördüğü anlaşılmaktadır. Bu itibarla, soybağının kurulmasında daha kısıtlayıcı bir yaklaşım benimseyen yabancı hukukun uygulanmasının "kamu düzeni engeli" ile bertaraf edildiği görülmektedir[51]. Soybağının reddi imkânları ile ilgili olarak, lex fori ile soybağının kuruluşuna/ iptaline uygulanacak hukuk arasındaki farklılıklar ise tereddüt konusudur. Fransız doktrininde, soybağının annenin kocası tarafından reddini daha rahat koşullara bağlayan yabancı hukukun uygulanmasının (usul hukukunun "hakikatin" tespitine yönelik temel ilkeleri ihlâl edilmedikçe) bertaraf edilemeyeceği ifade edilmiştir. Soybağının reddini pratikte neredeyse imkânsız kılan yabancı hukuk ise, kamu düzeni müdahalesi ile karşılanabilecektir. Ancak, her durumda, çocuğun yararının gözetileceği de vurgulanmaktadır[52]. Fransız hukukunda, evlilik dışı soybağının kurulması koşulları son yıllarda hafifleştirildiğinden, bu alanda kamu düzeni müdahalesi önemini kaybetmiştir[53]. Buna karşılık, evlilik dışı soybağının kurulmasını son derece zor şartlarda kabul eden yabancı hukukun uygulanmasının, Fransız vatandaşı olan veya mutad meskeni Fransa'da bulunan bir çocuğu ilgilendirdiği ölçüde, kamu düzenine aykırılıktan dolayı bertaraf edildiği mahkeme kararlarından anlaşılmaktadır[54].

Hukuk düzenleri arasındaki farklılıklar yapay soybağı alanında çok belirgindir. Bu farklılıklar hangi durumlarda kamu düzeni engelini gündeme getirebilir? Türk hukukunda, bu husus zamanla mahkeme uygulamalarıyla netleşebilecektir. Doktrinde, yapay döllenmenin kendisine ait olmayan sperm hücresiyle gerçekleşmesine onay veren "koca"nın, sonradan nesebin reddi davası açıp açamayacağı tartışmalıdır. Yetkili yabancı hukukun bu durumdaki bir erkeğin söz konusu davayı açamayacağını öngörmesi halinde, kamu düzeni müdahalesinin gündeme gelip gelmeyeceği hakkında kesin bir yargıya varmak, şu an için zordur. Öte yandan, evlilik dışı beraberliklerde, yapay döllenme ile çocuk dünyaya getiren kadının (genetik baba olmayan) partne-

---

50 Foyer, s.88.

51 Özellikle, Fransız ve Belçika mahkemelerinin vermiş olduğu bazı kararlarda, evlilik dışı çocuk ile babası arasında nesep bağının kurulmasını yasaklayan yabancı hukukun uygulanmasının kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği vurgulanmıştır. Geniş inceleme için bkz. Foyer, s.92 vd.

52 Audit, s.583.

53 Mayer/ Heuzé, s.459. Ancak, biyolojik gerçekliğe saygı ve savunma haklarından yararlanma konusunda yeterli güvence sunmayan yabancı kuralın kamu düzeni müdahalesi ile karşılanabileceği kabul edilmiştir: Bkz. Audit, s.584.

54 Mayer/ Heuzé, s.459.

rinin çocuğu tanımasına veya baba sayılmasına izin veren hukuk düzenleri mevcuttur. Soybağına uygulanacak yabancı hukukta yer alabilecek bu tür hükümlerin kamu düzeni müdahalesine yol açıp açmayacağı da tartışmalı bir konudur. Kanaatimizce, çocuğun biyolojik/ genetik babası olmayan kişinin, evlât edinme gibi bir prosedür uygulanmaksızın, sadece anne ile birlikte yaşaması veya yapay döllenmeyi onaylaması olgusuna dayanılarak "baba" olarak kabul edilmesi, Türk hukukunun dayandığı ilkelerle kolay bağdaşmayacak bir durumdur[55]. Yabancı donör vasıtasıyla yapay döllenmede (örneğin sperm bankasına başvurma yoluyla gebelikte), sperm bağışlayan erkekle çocuk arasında soybağı tesisi de Türk hukukunda henüz özel düzenleme konusu olmamış bir olgudur. Bu durum Fransız hukukunda kesin olarak yasaklanmıştır[56]. Bu itibarla, 3. kişi donör ile çocuk arasında soybağının kurulmasına izin veren yabancı hukukun uygulanmasının kamu düzenine aykırılık teşkil edebileceği Fransız doktrininde ileri sürülmüştür. Ayrıca, Fransız hukukunda taşıyıcı annelik kabul edilmediğinden, yetkili yabancı hukuka göre taşıyıcı annenin "anneliğinin" (çocukla taşıyıcı anne arasında nesep bağı kurulmasının) tamamen yasaklanması halinde, aynı durum söz konusu olabilecektir[57]. Evlilik birliği dışında kalan kişilerden hücre alınması, taşıyıcı annelik gibi uygulamalara Türk hukuku da "mesafeli"dir. Ancak, bu gibi durumlarla ilgili olarak, kamu düzeni müdahalesi hakkında kesin yargıda bulunmak için vaktin henüz erken olduğu kanaatindeyiz.

2) Soybağının Hükümleri, Özellikle Velayet Açısından Kamu Düzeni Müdahalesi

Soybağının hükümleri konusunda, kamu düzeni müdahalesinin sıklıkla gündeme gelebileceği söylenebilir. Velayete ilişkin pek çok Yargıtay kararında çocuğun yararının öncelikli menfaat olarak dikkate alındığı görülmektedir[58]. Bu itibarla, velayet konusunda Türk hukukunda kabul edilen kuralların çocuğun yararına "asgarî koruma" sağladığı, bu koruma düzeyinin altında koruma sağlayan yabancı kural açısından kamu düzeni müdahalesinin, en azından bir değerlendirme unsuru olarak gündeme gelmesinin "muhtemel" olduğu söylenebilir.

---

55 Bu durumun Alman hukukunda da kabul görmediği anlaşılmaktadır. Ayrıntılı inceleme için bkz. Uyanık Çavuşoğlu, "Yapay Döllenme", s.47.

56 Code Civil art. 311-19.

57 Mayer/ Heuzé, s.459.

58 Türk ve Fransız yargı kararlarında, zaman zaman velayet konusunun bütün olarak "kamu düzeninden" sayılması ve bu kurumun lex fori'ye tâbi olduğu yönünde yorumlara rastlanması kaydedilmeye değer bir yaklaşım ortaklığıdır. Bu yönde içtihat hakkında fazla bilgi için bkz. Huysal, s.161-162; Mayer/ Heuzé, s.464. Yargıtay yorumu hakkında geniş inceleme için bkz. Huysal, s.162 vd.

Bu çerçevede, yabancı hukukun uygulanmasının, somut plânda, çocuğun kişiliğine, vücut bütünlüğüne zarar vermesi (örneğin, yabancı kuralın ana-baba tarafından çocuğa terbiye amaçlı şiddet uygulanmasına izin vermesi, çocuğun din seçme özgürlüğünü yadsıması) kamu düzeni müdahalesini haklı kılacaktır[59]. Çocuğun duygusal gelişimi de, çocuğun yararı bakımından göz önüne alınması gereken bir unsurdur. Bu çerçevede, velayet hakkı sahibi olmayan ana veya babanın çocukla kişisel ilişki kurmasının velayet hakkı sahibi tarafından engellenmesine cevaz veren yabancı kuralın uygulanması da, somut olaya göre kamu düzenine aykırılık teşkil edebilir. Kuşkusuz, buna ilişkin değerlendirmede, çocuğun yararı her zaman göz önüne alınmalıdır[60].

Velayete uygulanacak hukukun ana veya baba arasında ayırım gözetmesi, bunlardan birini velayetin sağladığı yetkilerden yoksun bırakması, boşanma sonucunda velayetin, çocuğun yararı gözetilmeksizin eşlerden birine bırakılması gibi durumlarda da kamu düzeni müdahalesi gündeme gelebilir[61].

Soybağının hükümleri açısından, evlilik içi soybağı ile evlilik dışı soybağı arasında ayırım gözeten yabancı hukukun uygulanmasının kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmeyeceği konusu tartışmalıdır. Türk hukuku da dahil olmak üzere, pek çok hukuk düzeninde bu ayrımın oldukça yakın tarihlerde ortadan kalktığı dikkate alınırsa, söz konusu ayrıma yer veren yabancı hukukun kategorik olarak kamu düzeni müdahalesini gündeme getireceği şüphelidir[62].

Sonuç olarak, "çocuğun korunması" amacı, velayet hakkının kapsamı ve icrası konusunda kamu düzeni engelinin sıklıkla etkili olması gibi bir sonuç doğurmaya elverişlidir. Bu nedenle, kamu düzeni müdahalesinin istisnaî nitelik taşıdığını ve her somut olaya göre ayrı değerlendirmede bulunulmasının zorunlu olduğunu gözden kaçırmamak gerekir[63].

Öte yandan, Türkiye'nin taraf olduğu, çocuğun korunmasını konu alan bazı uluslararası sözleşmelerin hükümlerinin mahkemeler tarafından dikkate alınması da, kamu düzeni müdahalesine yakın sonuç meydana getirebilecek bir durumdur[64].

---

59 Huysal, s.158-159.

60 Huysal, s.160.

61 Bu konuda bkz. Huysal,s.161; Audit, s.590.

62 Benzer yaklaşım için bkz. Uyanık Çavuşoğlu, "Yapay Döllenme", s.46.

63 Bkz. bu yönde, Huysal, s.165.

64 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2/513, K.521, 1.10.2003 tarihli kararında, velayet konusunda fikir belirtebilecek bir çocuğun velayetinin, çocuk dinlenmeden, yabancı anneye karşı şiddet kullanan babaya verilmesinin Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m.3, 4 5 vd. ile bağdaşmadığı açıklanmıştır: Bkz. Ekşi,

Sonuç:

Soybağının kurulması ve hükümleri, çocuğun menfaatlerini yakından ilgilendirmesi nedeniyle, uluslararası plânda kendini gösteren düşünsel ve hukuksal gelişmelerden etkilenmeye son derece açık bir alandır. Soybağının kurulması ve hükümlerine ilişkin yeni MÖHUK düzenlemesinde, özellikle soybağının kuruluşuna ilişkin basamaklı bağlamada bu etkilenmenin izlerini görmekteyiz. "Çocuğun yararı"nın korunması amacı bu düzenlemeye damgasını vurmuştur. Soybağı hukuku, ayrıca, tıp alanında meydana gelen teknolojik gelişmelerle toplumun ahlâk anlayışı arasındaki hassas dengenin gözetileceği bir alandır. Farklı hukuk düzenlerini karşı karşıya getiren soybağı uyuşmazlıklarında, kamu düzeni engelinin sıklıkla gündeme geleceği düşünülebilir. Ancak, teknolojik yeniliklerin henüz iç hukukta çok az özel düzenlemeye konu olduğu düşünüldüğünde, bu konuda peşin bir fikre ulaşmak pek kolay gözükmemektedir.

Velayet konusu, çocuğun menfaatlerinin gözetilmesi açısından özel öneme sahiptir ve kamu düzeni engelinin çok zaman gündeme gelmesine sebebiyet verebilir. Türkiye'nin taraf olduğu, genel olarak çocuğun korunmasını amaçlayan uluslararası sözleşme hükümlerinin yargı uygulamasında dikkate alınacağına kuşku yoktur. Türkiye'nin imzalayıp henüz onaylamadığı "Çocuklarla İlgili Kişisel İlişkiler Hakkında Avrupa Sözleşmesi"nin, ileride onaylanması halinde velayetle ilgili pek çok sorunda bu Sözleşme hükümlerinin hesaba katılacağı şimdiden söylenebilir.

Nuray: Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, İstanbul 2007, s.77-78.

Uluslararası Kişi Halleri Komisyonu Tarafından Hazırlanan Türkiye Cumhuriyeti'nin Taraf Olduğu Aile Hukukuna İlişkin Anlaşmalar

*Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL**

Giriş

Uluslararası Kişi Halleri Komisyonu *(La Commission Internationale de l'Etat Civil- CIEC),* şahsın hukuku ve aile hukuku alanında ihtiyaç duyulan uluslararası işbirliğini sağlamak üzere, 1948 yılında Amsterdam'da, hükümetler arası bir kuruluş olarak kurulmuş; 1949 yılında, Belçika, Fransa, Hollanda, Lüksemburg ve İsviçre tarafından tanınmıştır. Bu ülkeler, 25.9.1950 tarihinde Bern'de imzaladıkları bir Protokol ile Komisyon aracılığıyla gerçekleştirilecek doküman teatisinin usulünü; 25.9.1952'de imzaladıkları Ek Protokol ile de diğer devletlerin Komisyon'a katılmaları için uyulması gereken usulü belirlemişlerdir[1]. Bu tarihten sonra, başta Türkiye olmak üzere 16 ülke, Ek Protokol'de öngörülen usule uygun olarak Komisyon' a üye olmuştur[2].

---

* Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

1 Protokol ve Ek Protokol'ün, Fransızca orijinal metni için bkz. http://www.ciec1.org/Presentation.htm.

2 Kurucu ülkeler olan Belçika, Fransa, Lüksemburg, Hollanda ve İsviçre'den sonra katılım tarihine göre bu ülkeler şöyle sıralanmaktadır: Türkiye (1953), Almanya (1956), İtalya (1958), Yunanistan (1959), Avusturya (1961), Portekiz (1973), İspanya (1974), İngiltere (1996), Polonya (1998), Hırvatistan (1999) ve Macaristan (1999). Avusturya, 8.4.2008 itibariyle üyelikten çekildiğinden halen üye sayısı 15'dir (*Note d'information présentée par le secrétariat général*, s.1, http://www.ciec1.org/Presentation.htm).
Komisyonun Tüzüğü'nde (*Règlement de la Commission Internationale de l'Etat Civil*) (m. 4), devletlere veya uluslararası kuruluşlara, kendileri ile ilgili konularda Komisyon'un Genel Kurul toplantılarına katılma hakkı veren «gözlemci- *observateur*» statüsünün de verilebileceği öngörülmüştür. Halen 8 devlet (Güney Kıbrıs, Litvanya, Moldova, Romanya, Rusya, Saint-Siege, Slovenya, İsveç) bu statüdedir.

Komisyon' un amacı, Tüzüğü'nün[3] 1. maddesinde, " *kişi halleri ile ilgili konularda uluslararası işbirliğini ve bu alanda görev yapan resmi memurlar arasında bilgi değişimini kolaylaştırmak ve teşvik etmek*" olarak açıklanmıştır. Kuruluşun, bu amaçla her türlü çalışmalarda bulunacağı, özellikle kişi halleri, ehliyet, aile ve vatandaşlık ile ilgili konularda üye devletlerin mevzuatını uyumlu hale getirmek ve bu devletlerde kişi halleri ile ilgili teknik hizmetlerin iyileştirilmesini sağlamak amacıyla anlaşma tasarıları veya tavsiyeler hazırlayacağı öngörülmüştür. Komisyon, aynı zamanda, bu konularla ilgili olarak üye devletlerin mevzuatından ve mahkeme kararlarından oluşan ve güncellenen bir bilgi merkezi oluşturacak ve üye devletlerin yetkili makamlarına[4] bu bilgileri verecektir[5].

Resmi dili Fransızca olan[6] Komisyon'un merkezi Strasbourg'dadır. Komisyon'un dört organı bulunmaktadır: Genel Kurul, Büro, Başkanlık ve Genel Sekreterlik (Tüzük m. 8)[7]. Bu merkezi organlar yanında, her üye dev-

---

[3] *Règlement de la Commission Internationale de l'Etat Civil* (http://www.ciec1.org/Presentation.htm). Bu Tüzük, Komisyon Genel Kurulu'nun 19.9.2001 Tarihinde Atina'da yaptığı toplantıda kabul edilmiş ve 01 Ocak 2002 Tarihinde yürürlüğe girmiştir (Tüzük m. 32).

[4] Bu makamlar, 1950 Bern Protokolü'nün 2. maddesinde belirtilmiştir. Bu maddeye göre, üye devletlerden herbirinin ilgili bakanlık birimleri, diplomatik misyonları, genel konsoloslukları, konsolosları, konsolos yardımcıları veya konsolosluk ajanları, Komisyon tarafından toplanan belgeleri incelemek üzere Komisyonun Genel Sekreterliği ile yazılaşabilirler.

[5] Diğer yandan, Komisyon'un, bu konularda diğer uluslararası kuruluşlarla işbirliği yapacağı ve kişi hallerini ilgilendiren konularda faaliyet gösteren kuruluşlarla ilişkilerini geliştireceği de ifade edilmiştir (Tüzük m. 1/ f.2). Komisyon bu çerçevede, 1955 yılında Avrupa Konseyi, 1969 yılında Uluslararası Özel Hukuk Hakkında La Haye Konferansı, 1981 yılında Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği ve 1983 yılında Avrupa Ekonomik Topluluğu ile anlaşmalar imzalamıştır. Bu anlaşmaların metni için bkz. http://www.ciec1.org/Presentation.htm.

[6] Komisyonun resmi dilinin Fransızca olduğu Tüzük m. 5 hükmünde belirtilmiştir. Bunun gerekçesi olarak, Komisyonu tanıyan ilk beş devletin tamamında o dönemde *Code Napoleon'* un yürürlükte olması ve Hollanda dışında diğer devletlerin dilinin Fransızca olması hususları gösterilmektedir (MASSIP Jacques, *Présentation de la CIEC: Réalisation et perspectives d'avenir,* in *Colloque CIEC, Questions d'actualité en droit des personnes dan les Etats de la CIEC, Actes du colloque organisé pour marquer les 50 ans d'existence de la CIEC, le 26 mars 1999 à Strasbourg*, http://www.ciec1.org/CadrEtudeColloque.htm, s. 10).

[7] Tüzüğün 2. bölümünde (m. 8- m. 26) bu organların yapısı ve görevleri ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Konvansiyonların ve Tavsiye Kararlarının metinlerini ve bunlar üzerinde yapılacak değişikleri kabul etmekle görevli olan *Genel Kurul,* milli komitelerden ve gerektiğinde üye devletler tarafından bu amaçla tayin edilen uzmanlardan oluşur (Tüzük m.11, m. 10). Milli komitelerin başkanlarından oluşan *Büro*, Komisyon'un diğer organlarının yetkisi dışında kalan, Komisyon ile ilgili her türlü konuda karar alma yetkisine sahiptir (Tüzük m. 16 /

letin kendi ülkesinde oluşturduğu bir milli komite (s*ection nationale*) bulunmaktadır[8].

Komisyon, kuruluşundan bu yana 32 çok taraflı anlaşma kabul etmiştir. Bunların 26 tanesi yürürlüktedir. Bunun yanında, Komisyon' un şimdiye kadar hazırlamış olduğu dokuz adet tavsiye kararı (r*ecommandation*) bulunmaktadır[9].

Gerek anlaşmalar gerekse tavsiye kararları, temel prensipler oluşturmak yerine ulusal komiteler tarafından bildirilen teknik ve pratik sorunlara çözüm getirme amacını taşıdığından genellikle az sayıda ve belirli sorunlara yönelik maddelerden oluşmaktadır[10]. Konvansiyonlarla ulaşılmak istenen iki önemli amaç bulunmaktadır: Şahsın hukuku ve aile hukuku alanında üye

---

f.1). Komisyon'un Başkan ve Başkan yardımcısı Büro tarafından, kendi üyeleri veya istisnai olarak milli komite üyeleri arasından seçilir (Tüzük m. 19). *Başkan*, Komisyonu temsil eder ve Genel Kurul ve Büro toplantılarına başkanlık eder (Tüzük m. 20).Komisyon kararlarını yerine getiren, milli komiteler arası yazışmaları sağlayan, üye devletlerde mevzuat ve içtihat bakımından yaşanan gelişmelerle ilgili yıllık raporlar hazırlayarak Genel Kurula sunan *Genel Sekreter*, Büro tarafından milli komite üyelerinden veya Komisyonun yetkisine giren konularda uzman olan kişilerden 3 yıl için seçilir (Tüzük m. 23, 24, 25).

8 Milli komiteler, üye devleti Komisyon nezdinde temsil etmek, kendi ülkelerinde ve özellikle milli makamlar nezdinde Komisyonun amacını gerçekleştirmeye yönelik faaliyetlerde bulunmak, yeni çalışmalar teklif etmek ve diğer komitelerle, gerektiğinde genel sekreter aracılığıyla, bağlantıları sağlamakla yükümlüdürler (Tüzük m. 6).

9 Bunlar kabul ediliş tarihlerine göre şu şekildedir:
1) 8 Eylül 1967 de Lüksemburg'da kabul edilen, 28 Temmuz 1958 Tarihli Cenevre Konvansiyonu'nun Uygulanmasında Mültecilere Belge Verilmesine ve Bu Belgelerin Tanınmasına İlişkin Tavsiye Kararı,
2) 8 Eylül 1976'da Viyana'da kabul edilen, Evlilik Hukukuna İlişkin Tavsiye Kararı,
3) 3 Eylül 1980'de Münih'de kabul edilen, Güney Doğu Asya Mültecilerinin Teşhisine İlişkin Tavsiye Kararı,
4) 5 Eylül 1984'de Roma'da kabul edilen, Nüfus Kayıtlarının ve Kütüklerinin Aleniyetine İlişkin Tavsiye Kararı,
5) 10 Eylül 1987'de Lizbon'da kabul edilen, Nüfus Kayıtlarının Uyumlaştırılmasına İlişkin Tavsiye Kararı,
6) 8 Eylül 1989'da Patras'da kabul edilen, İltica Talep Edenlere İdari Yardım Konusunda Uluslararası İşbirliğine İlişkin Tavsiye Kararı,
7) 7 Eylül 1990'da Madrid'de kabul edilen, Nüfus Kayıt Örneklerinin Uyumlaştırılmasına İlişkin Tavsiye Kararı,
8) 21 Mart 1991'de Strasburg'da kabul edilen, Nüfus Kayıtlarının Bilgisayar Ortamına Aktarılmasına İlişkin Tavsiye Kararı,
9) 17 Mart 2005'de Strasbourg'da kabul edilen, Şahsın Hukukuna İlişkin Konularda Hile ile Mücadeleye İlişkinTavsiye Kararı.

10 MASSIP, s. 12.

devletlerin maddi hukuklarını uyumlu hale getirmek ve şahsi statü konusunda uluslararası işbirliğini temin etmek[11].

Bu çalışmamızda, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu, Komisyon tarafından hazırlanan anlaşmalardan şahsın hukuku ve aile hukukuna ilişkin olanlar, bu iki genel amaç doğrultusunda sınıflandırmaya tâbi tutulacak ve bu amaçlara ne şekilde hizmet ettikleri konusunda kısa açıklamalarda bulunulacaktır.

I- ÜYE DEVLETLERİN HUKUK SİSTEMLERİNİ YEKNESAK (UYUMLU) HALE GETİRME AMACI TAŞIYAN ANLAŞMALAR

Komisyon tarafından bu amaca hizmet etmek üzere hazırlanan anlaşmalarda, belirli konularda üye devletlerin maddi hukuk kuralları veya kanunlar ihtilafı kuralları veya usul hukuku kuralları açısından yeknesaklık oluşturulmaya çalışılmakta; bazı anlaşmalarda ise bu yeknesaklığın idari işlemlerin gerçekleştirilmesi (nüfus kayıtların tutulması) aşamasında sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir.

A- KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARI AÇISINDAN YEKNESAKLIK SAĞLAMAYA YÖNELİK ANLAŞMALAR

1- Evlilik Dışında Doğan Çocukların Tanınmalarını Kabule Yetkili Makamların Yetkilerinin Genişletilmesi Hakkında 5 Numaralı[12] Anlaşma

Roma'da 14.09.1961 tarihinde imzalanan Anlaşma, Türkiye Cumhuriyeti açısından 21.07.1965 tarihinde yürürlüğe girmiştir[13].

Anlaşma, âkit devletlerin hukuk sistemleri arasında, evlilik dışında doğan çocukların tanınmalarına bağlanan hukuki sonuçlar bakımından görülen farklılıkları dikkate alarak, kişilerin kendi milli kanunlarında tanımaya

---

[11] MASSIP, s. 12; *La Commission Intenationale de l'Etat Civil (CIEC) en bref*, http://www.ciec1.org/Presentation.htm.

[12] Anlaşmalara, Komisyon tarafından hazırlanış tarihine göre sıra numarası verilmiştir. Anlaşmalarla ilgili referans verilirken Anlaşma adı yanında bu numara da belirtilmektedir.

[13] RG 11.5.1964-11700. Anlaşma (*Convention portant extention de la compétence des autorités qualifiées pour recevoir les reconnaissances d'enfant naturels),* Türkiye Cumhuriyeti yanında, Almanya, Belçika, Fransa, Yunanistan, İtalya, Hollanda, İsviçre, Portekiz ve İspanya açısından da yürürlüktedir. Bu Anlaşma'nın ve bundan sonra incelenecek olan anlaşmaların yürürlükte olduğu devletlerin tespitinde, bu çalışmanın yayımlanmasından önce son güncelleştirme işleminin yapıldığı Şubat 2011 tarihi esas alınmıştır.

bağlanan sonuçların diğer âkit devletlerde gerçekleştirilen tanımalarda da sağlanmasını amaçlamaktadır. Bu bağlamda, Anlaşma tanıma işleminin hukuki sonuçlarına uygulanacak hukuku, tanıyanın milli hukuku olarak tespit etmektedir.

Anlaşma, ilk maddesinde "nesepli tanıma" ve "nesepsiz tanıma" kavramlarını tanımlamıştır. Buna göre, ilkinde tanıma beyanında bulunan baba ile çocuk arasında nesep (soybağı) ilişkisi kurulurken ikincisinde böyle bir bağ kurulmaz. Bu ikinci tip tanıma, sadece babanın çocuğa karşı nafaka yükümlülüğünü tesis etmek açısından bir önem taşımaktadır[14]. Anlaşma uyarınca, âkit devletlerden her biri, kendi mevzuatında sadece nesepsiz tanıma kabul edilmiş olsa bile, mevzuatı nesepli tanımayı kabul eden diğer âkit devlet vatandaşlarının kendi ülkesinde nesepli tanıma işlemi yapmasına olanak sağlayacaktır (m.2). Bu hükme paralel şekilde düzenlenen 3.maddede de, mevzuatı sadece nesepli tanımayı kabul eden âkit devletlerin, nesepsiz tanımayı kabul eden diğer âkit devlet vatandaşlarının kendi ülkelerinde böyle bir tanıma işleminde bulunmalarına imkân tanıyacağı belirtilmektedir.

Anlaşmanın bu iki hükmü ile âkit devlet vatandaşlarının, tanıma beyanını diğer âkit devletlerde yapmaları halinde dahi, bu beyanın kendi milli hukukları ile öngörülen hukuki sonuçları doğurmasına imkân tanınmış olmaktadır.

Türk Medeni Kanunu (MK) m. 282/f.2 uyarınca, tanıma ile baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisi kurulmuş olur. Kanun, bu soybağı ilişkisinin sonuçları açısından, evlilik içinde doğan çocuklara nazaran farklı hükümlere yer vermemiştir (MK m. 321 vd). Dolayısıyla Türk Hukuku açısından nesepsiz tanıma mümkün değildir. Ancak Anlaşma uyarınca, kendi milli hukukları nesepsiz tanımaya imkân tanıyan diğer âkit devlet vatandaşları, Türkiye'de tanıma beyanında bulundukları takdirde, tanıdıkları çocukları ile aralarında soybağı ilişkisi kurulmayacaktır. Diğer yandan, bir Türk vatandaşı baba, nesepli tanımayı kabul etmeyen diğer bir âkit devlet ülkesinde tanıma beyanında bulunduğu takdirde, bu tanıma Türk MK ile öngörülen sonuçları doğuracak yani baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisi kurulacaktır.

Diğer yandan, soybağının hükümleri konusunda uygulanacak hukuku belirleyen 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK) 17. maddesinde belirlenen kanunlar ihtilâfı kuralları her zaman, Anlaşmada olduğu gibi tanıyanın milli hukukunun uygulanması sonucuna götürmemektedir. Zira bu madde, soybağının hükümleri konusun-

---

[14] MASSIP Jacques-HONDIUS Frits- NAST Chantal, *Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC),* Texte à jour au 1er avril 2007, Version française, préparée par le Secretariat General de la CIEC en octobre 2007, http://www.ciec1.org/Etudes/CIECKluwerFr.pdf, s. 25.

da uygulanacak hukuku, soybağını kuran hukuk olarak belirlemiştir. Bu hukuk ise MÖHUK m. 16'da öncelikle çocuğun milli hukuku olarak belirlenmiş, bu hukuka göre soybağının kurulamaması halinde çocuğun mutat meskeni hukukunun, bu hukukun da soybağının kurulmasına imkân tanımaması halinde ana veya babanın çocuğun doğumu anındaki milli hukuklarının uygulanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, çocuğun ve babanın aynı devlet vatandaşı olmaları ve soybağının, maddede öngörülen ilk kriter olan çocuğun milli hukuku kriterine göre kurulması halinde, Anlaşmada yer alan "tanıyanın milli hukuku" kriteri ile uyumlu bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bunun dışında, çocuğun milli hukuku ve mutat mesken hukukunun soybağının kurulmasına imkân tanımaması ve soybağının babanın çocuğun doğumu anındaki milli hukukuna göre kurulması halinde de Anlaşma ve MÖHUK arasında bir paralellik sağlanabilecektir[15]. Diğer yandan, baba, çocuk ve annenin aynı devlet vatandaşlığına sahip olmaları halinde soybağının sonuçları bu hukuka göre belirleneceğinden (MÖHUK m. 17/c.2), bu ihtimalde de Anlaşmada öngörülen kanunlar ihtilafı kuralı ile aynı sonuca ulaşılması mümkün olacaktır.

Anlaşma ve MÖHUK m. 17'de öngörülen kanunlar ihtilafı kuralları her zaman örtüşmediğinden, âkit devlet vatandaşları tarafından Türkiye'de gerçekleştirilecek olan tanıma beyanının sonuçları açısından Anlaşma ile öngörülen milli hukuk kuralı uygulanacak; soybağının tanıma dışında bir işlem ile kurulması veya âkit olmayan devlet vatandaşları tarafından tanıma beyanında bulunulması halinde MÖHUK m. 17'de yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının esas alınması gerekecektir.

Anlaşma, tanıma beyanının şekli konusunda da bir kanunlar ihtilafı kuralı içermekte ve hukuki işlemlerin şekli konusunda genel olarak kabul edilen *locus regit actum* (LRA) kuralını bu beyan açısından da kabul etmektedir. Buna göre tanıma beyanı, yapıldığı ülkenin nüfus idaresine veya diğer yetkili makamına, o ülkenin öngördüğü resmi şekilde yapılacaktır. Böyle bir beyan, kişinin milli hukukunun yetkili makamı önünde yapılmış gibi hukuki sonuç doğuracaktır (m.4).

Türk Medeni Kanunu'na göre (m. 295), tanıma beyanının, nüfus memuruna veya mahkemeye yazılı olarak sunulması veya noter tarafından düzenlenen resmî senette veya vasiyetnamede ifade edilmesi gerekmektedir. Anlaşma, tanıma beyanının şekli konusunda, beyanın yapıldığı ülkenin hukukuna

---

[15] Ancak MÖHUK m. 16 hükmünde, babanın, çocuğun doğumu anındaki milli hukukunun esas alınacağı belirtilmiştir. Anlaşmada ise tanıyanın hangi andaki milli hukukunun uygulanacağı belirtilmediğinden, tanıma anındaki milli hukukunun uygulanması gerektiği sonucuna ulaşmak mümkündür. Bu durumda, iki hüküm arasında paralellik sağlanabilmesi için çocuğun doğumu tarihi ile tanıma tarihi arasında babanın vatandaşlığının değişmemiş olması gerekecektir.

yetki verdiğinden, âkit devlet vatandaşları tarafından Türkiye'de yapılacak tanıma beyanları açısından da bu şekil koşullarına uyulması gerekecektir.

Doktrinde, Germen hukukunun etkisinde olan ülkelerin nesepsiz tanıma sistemini terk etmeleri üzerine Anlaşmanın önemini büyük ölçüde kaybettiği belirtilmektedir[16].

2- Yabancı Memleketlerde Yapılan Evlenme Merasiminin Kolaylaştırılmasına Dair 7 Numaralı Anlaşma

Paris'te, 10.6.1964 tarihinde imzalanan Anlaşma, Türkiye Cumhuriyeti açısından 29.5.1968 tarihinde yürürlüğe girmiştir[17].

Anlaşma, vatandaşı olduğu devlet dışında evlenmek isteyen kişilerin, kendileri açısından mevcut evlenme engellerinden muaf tutulabilmelerine imkân tanımaktadır. Buna göre, âkit bir devletin vatandaşı[18], mutat meskeninin bulunduğu diğer bir âkit devletin ülkesinde evlenmek istediğinde, o ülkenin yetkili makamı, *milli kanunu* ile öngörülen hallerde ve koşullarda o kişiyi evlenme engellerinden muaf tutabilir (m.1). Muafiyeti, evlenmenin yapıldığı ülke kanunlarına göre o devlet vatandaşlarına muafiyet tanıma konusunda yetkili olan makam tanıyacaktır. Eğer o ülkede evlenme engellerinden muaf tutma imkânı yoksa o ülkenin herhangi bir makamı bu konuda yetkilendirilir (m.2). Bu şekilde Anlaşma, kişilerin evlenme engellerinden muaf tutulabilmeleri için kendi ülkelerinin yetkili makamlarına başvurmaları gereğini ortadan kaldırmakta ve mutat meskenlerinin bulunduğu ülkede de bu konuda karar alınmasına imkân tanımaktadır.

Türk Hukukunda bazı evlenme engellerinin mahkeme tarafından kaldırılması mümkündür. Şöyle ki, evlenme engellerinden biri olan bekleme süresi mahkeme kararıyla kaldırılabilir (MK m. 132/f.3). Diğer yandan, belirli durumlarda, yasal evlilik yaşını doldurmamış kişilerin evlenmelerine (MK m. 124/f.2) mahkeme tarafından izin verilebilir. Küçük veya kısıtlıların evlenebilmeleri için gerekli olan yasal temsilcinin izninin haklı sebep olmadan verilmemesi halinde de, söz konusu izin mahkeme tarafından verilebilir (MK m. 128).

Anlaşma ve Medeni Kanun'un bu hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, mutat meskeni âkit bir devletin ülkesinde olan bir Türk vatandaşının,

---

16 MASSIP- HONDIUS-NAST, s. 25.

17 RG 22.12.1967-12783. Anlaşma (*Convention tendant à faciliter la célebration des mariages à l'étranger*), Türkiye Cumhuriyeti yanında, Almanya, Hollanda, İspanya ve Yunanistan açısından da yürürlüktedir.

18 Anlaşmanın uygulanmasında âkit devlet vatandaşı terimi, o devletin vatandaşı olan kişileri ve kişisel statü bakımından o devlet hukukuna tâbi olan kişileri kapsamaktadır (m.6).

MK'da yer alan bu hükümler çerçevesinde evlenme engellerinden muaf tutulabilmesi için mutlaka Türkiye'de mahkemeye başvurmak zorunda olmadığı, mutat meskeninin bulunduğu ülkenin yetkili makamının da bu hükümler çerçevesinde kişiye söz konusu muafiyeti tanıyabileceği sonucuna ulaşmak mümkündür. Diğer yandan, mutat meskeni Türkiye'de olan bir âkit devlet vatandaşı, kendi milli hukuku ile öngörülen evlenme engellerinin kaldırılması konusunda mahkemeye başvurarak bu konuda karar alabilecektir.

Anlaşma, evlilik öncesi ilân ile ilgili bir kanunlar ihtilafı kuralına da yer vermiş ve bu konuda münhasıran evlenmenin yapıldığı ülke hukukunun uygulanması gerektiğini kabul etmiştir (m.4). Evlilik öncesi ilân, evlenmenin şekli ile ilgili bir konu olduğundan ve MÖHUK m. 13/f.2 uyarınca evlenmelerin şekil bakımından geçerliliği yapıldığı yer hukukuna tâbi olduğundan, bu konuda Anlaşma ile MÖHUK düzenlemesi birbiriyle uyumludur.

Anlaşmada konsoloslar tarafından evlenme merasiminin gerçekleştirilebilmesi konusunda da bir hüküm yer almaktadır (m.5). Buna göre, âkit devletlerden birinin kanunu evlenmenin dini şekilde yapılmasını zorunlu kılıyorsa, o ülkede görev yapan diğer âkit devletlerin elçilik veya konsolosluk memurları, kendi kanunları izin verdiği takdirde evlenme merasimini gerçekleştirebilir. Ancak bunun için eşlerden en az birinin konsolos veya elçiliğin ait olduğu devletin vatandaşı olması ve eşlerden hiçbirinin evlenmenin yapıldığı ülkenin vatandaşı olmaması gerekmektedir. Bu durumda, ilân açısından da söz konusu konsolosluk veya elçiliğin ait olduğu devletin mevzuatı esas alınacaktır.

Anlaşmanın, devletlerin kendi vatandaşlarını evlenme engellerinden muaf tutma konusunda sahip oldukları yetkiyi yabancı devlet makamlarına devretme konusundaki isteksizlikleri yüzünden çok fazla devlet tarafından imzalanmadığı; zira bazı devletlerde evlenme engellerini kaldırma yetkisinin, hâkimiyetten kaynaklanan bir imtiyaz olarak devlet başkanlarına tanındığı, bu nedenle, bu yetkinin yabancı devletlere devrinin hâkimiyetin devri anlamına geleceği endişesinin duyulduğu ifade edilmektedir[19].

3- Evlenme ile Nesep Düzeltilmesi Hakkında 12 Numaralı Anlaşma

Roma'da, 10.9.1970 tarihinde imzalanan Anlaşma, Türkiye Cumhuriyeti açısından 02.5.1976 tarihinden itibaren yürürlüktedir[20].

---

[19] MASSIP-HONDIUS-NAST, s. 22.

[20] RG 22.09.1975-15364. Anlaşma (*Convention sur la légitimation par mariage*), Türkiye Cumhuriyeti yanında, Avusturya, Fransa, Hollanda, İtalya, Lüksemburg ve Yunanistan açısından da yürürlüktedir.

Anlaşma, evlilik dışında doğan çocukların anne babaları ile soybağı ilişkisinin mümkün olduğu kadar kurulmasını ve bu çocukların soybağı bakımından evlilik içinde doğmuş çocuklarla eşit konumda olmasını sağlamaya yöneliktir. Anlaşmada bu amaçla alternatif bir kanunlar ihtilafı kuralına yer verilmiş ve eşlerden birinin milli hukukuna[21] göre anne babanın evlenmesi ile çocuğun soybağının düzeltilmiş (evlilik içinde doğmuş gibi) sayılması halinde, bu sonucun bütün âkit devletlerde geçerli sayılacağı kabul edilmiştir (m.1).

Bu konuda, soybağının *evlenme ile kendiliğinden* veya *sonradan alınacak bir mahkeme kararı ile* gerçekleşmesi arasında fark gözetilmemiştir (m.1/f.2). Ancak burada söz konusu olan, evlenme ile gerçekleşen nesep düzeltilmesini tespit eden mahkeme kararıdır. Diğer bir ifadeyle, mahkeme kararı, anne babanın evlenmesi ile çocuğun nesebinin düzeltildiğini *tespit eden* bir karar niteliğinde ise bu madde uygulanabilir. Düzeltme işleminin idari bir kararla yapıldığı veya mahkeme kararının, gerçekleşmiş bir hakkı tespit etmekle kalmayıp belirli konularda değerlendirme yapılmasını da gerektirdiği durumlarda bu madde çerçevesinde işlem yapılması mümkün değildir. Örneğin, anne baba öldüğü için çocuğun nesebinin düzeltilemediği durumlarda mahkeme kararı ile çocuğun nesebinin düzeltilmesine imkân tanınmış ise bu karar Anlaşmanın 1. maddesinin kapsamına girmeyecektir[22].

Evlilik dışında doğan çocuğun soybağının, anne babanın evlenmesi ile düzeltilebilmesi için, anne babanın çocuğun gerçek anne babası olduğunun ve evlilik birliğinin geçerli olarak kurulduğunun tespiti gerekmektedir. Anlaşmaya ilişkin Raporda, bu sorunların da ilk madde uyarınca eşlerin milli hukuklarına göre değerlendirilmesi veya bir önsorun olarak görülüp söz konusu hukukların kanunlar ihtilafı kurallarına göre değerlendirme yapılması gerektiğinin ileri sürülebileceği; her halükarda Anlaşmanın amacı, çocuğun soybağının düzeltilmesini sağlamak olduğundan, bu sonucun elde edilmesine yarayacak şekilde yorum yapılmasının uygun olacağı belirtilmiştir[23].

---

[21] Milli hukuktan kasıt, kişinin vatandaşı olduğu devletin hukuku, mülteci veya vatansız kişiler için kişisel statü bakımından tâbi oldukları hukuktur (m.10). Maddede, milli hukukun iç hukuk düzenlemelerinin esas alınacağı belirtilmiş, böylece atıf teorisinin uygulanması engellenmiştir. Anlaşmaya ilişkin Açıklayıcı Rapor'da bunun gerekçesi, atıf teorisinin uygulanması suretiyle nesebin düzeltilmesine olanak tanımayan bir hukuk sistemine ulaşılmasının önlenmesi olarak açıklanmıştır (*Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Rome le 9 septembre 1970*, II, A başlığı altında yapılan açıklamalar. Raporun metni için bkz. http://www.ciec1.org/ListeConventions.htm).

[22] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Rome le 9 septembre 1970*, I, A başlığı altında yapılan açıklamalar.

[23] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Rome le 9 septembre 1970*, II, A başlığı altında yapılan açıklamalar.

Türk MK uyarınca, evlenme ile çocuğun soybağı kendiliğinden evlilik içi doğan çocuklarla eşit konuma geldiğinden ve bunun için ayrıca bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulmadığından, doğrudan nüfus idaresine yapılacak bildirim ile nüfus kaydında gerekli düzeltme işlemi yapılacaktır (MK m. 292/f.1). Çocuğun bu şekilde soybağının kurulmasına itiraz edilmesi mümkündür (MK m. 294). Böyle bir itiraz halinde, kocanın çocuğun babası olup olmadığının mahkemece incelenmesi ve tespit edilmesi gerekmektedir. Bu aşamada, baba ile çocuk arasında soybağının tespiti açısından MÖHUK m. 16'da yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukukun esas alınması uygun olacaktır. Çok fazla alternatif kanunlar ihtilafı kuralına yer vermek suretiyle soybağının mümkün olduğu kadar tesisini sağlamaya yönelik olan bu maddenin uygulanması ile Anlaşmanın amacına uygun bir sonuca ulaşılması mümkün olabilecektir.

Bazı ülkelerin hukuk sistemlerinde, evlenme ile çocuğun soybağının düzeltilebilmesi için evlenmeden önce veya evlilik sırasında eşlerin çocuğu tanımalarına gerek görülebilmektedir. Eşlerin her ikisinin de milli hukukunda böyle bir koşul varsa, çocuğun soybağının düzelebilmesi için bu koşulun gereğinin yerine getirilmesi gerekmektedir. Eşlerden sadece birisinin milli hukukunda böyle bir koşul aranıyor diğerinde aranmıyorsa, bu koşul gerçekleşmeden de çocuğun soybağının düzeldiği kabul edilmelidir[24].

Evlenme ile gerçekleşen soybağının düzeltilmesi sonucunu tüm âkit devletler kabul etmek zorunda olup, kamu düzeni gerekçesiyle dahi buna engel olamazlar (m.3). Ancak Anlaşmanın ikinci maddesinde, âkit devletlere çekince koyma yetkisi tanınmıştır[25]. Bu çekinceyi kullanan devletler, çekince kapsamına giren hususlarda diğer âkit devletlerde gerçekleşen soybağı düzeltilmesini kabul etmeme yetkisine sahiptirler. Türkiye Cumhuriyeti bu çekincelerden hiçbirini kullanmadığından, bunların kapsamına giren durumlarda dahi, âkit bir devlette Anlaşmaya uygun olarak gerçekleşen soybağı düzeltilmesi, Türk Hukuku bakımından geçerli olarak kabul edilecektir.

---

[24] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Rome le 9 septembre 1970,* II, A başlığı altında yapılan açıklamalar.

[25] Anlaşmanın 2.maddesine göre, âkit devletler, şu koşullarda gerçekleşen soybağı düzeltilmesi durumunu kabul etmeme hakkını saklı tutabilirler:
1- Çocuğun evlenen anne babadan olmadığı tespit edilirse,
2- Kendi ülkesinde gerçekleşen evlilik geçersiz ise,
3- Eşlerden en az birisinin kendi vatandaşı olması durumunda evlilik geçersiz ise,
4- Eşlerden en az birisi kendi vatandaşı ise ve çocuk o eşin zinası sonucu doğmuşsa.
Ancak, bu çekincelerin konulabilmesi için çekinceyi koyan devletin milli hukukuna göre bu koşullarda soybağının düzeltilmesi mümkün olmamalıdır.

Anlaşmanın 5. maddesinde, ilk dört maddenin âkit olmayan devletler de dâhil olmak üzere tüm devletlere karşı uygulanacağı belirtilmiştir. Bu hükmün anlamı, söz konusu maddelere göre yetkili olan hukuk, âkit olmayan bir devletin hukuku olsa dahi bu maddelerin uygulanacağı; bu konuda karşılıklılık koşulunun aranmayacağıdır. Dolayısıyla, eşlerin veya çocuğun vatandaşlığı, yerleşim yerleri, mutat meskenleri, evlenmenin yapıldığı veya çocuğun doğduğu yer âkit bir devlette olmasa dahi bu hükümler uygulama alanı bulacaktır[26]. Bu hükümle, âkit devletlerden birisi ile bağlantısı bulunan çocuklar açısından Anlaşma ile öngörülen, diğer çocuklar açısından ise farklı kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasının yol açacağı mantıksız sonuçların önlendiği; bir bağlama kuralı âdil bir çözüm getiriyorsa onun kapsamının genelleştirilmesinin daha uygun olacağı belirtilmiştir[27].

Anlaşma, çocukların soybağlarının mümkün olduğu kadar düzeltilmesini sağlamaya yönelik olduğundan, âkit devletlerin hukuk sistemlerinde yer alan ve soybağının düzeltilmesi bakımından daha elverişli hükümler içeren kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasına engel olmamaktadır (m.5). Buna göre, eşlerin milli hukukları çocuğun soybağının düzeltilmesine imkân vermemesine rağmen, âkit devletlerden birinde eşlerin müşterek yerleşim yeri hukukunun uygulanması gerekiyorsa ve bu hukuka göre çocuğun soybağının düzeltilmesi mümkünse bu kurallar uygulanarak çocuğun soybağı düzeltilecektir.

Ulusal hukuk sistemlerinde, evlilik içi- evlilik dışı soybağı ayrımının ve buna bağlı olarak soybağının düzeltilmesi kavramının kaldırılması ile Anlaşmanın önemi azalmaya başlamıştır[28]. Nitekim Türk Hukukunda 2001 yılında yürürlüğe giren Medeni Kanun ile bu ayırım ortadan kaldırılmış[29]; buna bağlı olarak 5718 Sayılı MÖHUK' da da, evlilik içi- evlilik dışı soybağı ve

---

[26] MASSIP-HONDIUS-NAST, s. 20.

[27] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Rome le 9 septembre 1970*, I, B, 1 başlığı altında yapılan açıklamalar.

[28] MASSIP-HONDIUS-NAST, s. 21. Fransız Hukukunda 1972 yılında, Alman Hukukunda 1970 yılında, İsviçre Hukukunda ise 1978 yılında yapılan yasal değişikliklerle evlilik içi ve evlilik dışı doğan çocukların hukuki statüleri arasındaki farklılıklar ortadan kaldırılmıştır (Bu konuda bkz. AKINTÜRK Turgut, *Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku*, 2.cilt, Yenilenmiş Yedinci Bası, s. 314- 315).

[29] Önceki (743 Sayılı) Medeni Kanun'da, çocuk ile ana-baba arasında nesep ilişkisi, çocuğun evlilik içi veya evlilik dışı doğmasına göre sahih (evlilik içi) nesep ve sahih olmayan (evlilik dışı) nesep olarak iki farklı şekilde düzenlenmiş ve sahih nesepli çocuklar, sahih olmayan nesepli çocuklara nazaran daha avantajlı hükümlere tâbi tutulmuşlardı. Eşitlik ilkesine aykırı görülerek eleştirilen bu durum, Yeni Medeni Kanun ile düzeltilmiştir (Bu konuda bkz. AKINTÜRK, s. 315 vd).

soybağının düzeltilmesi gibi konularla ilgili kanunlar ihtilafı kurallarına yer verilmemiştir[30].

4- Evlilik Dışında Doğan Çocukların Tanınmasına İlişkin 18 Numaralı Anlaşma

Münih'te 05.9.1980 tarihinde imzalanan bu Anlaşma henüz yürürlüğe girmemiştir. Anlaşma, evlilik dışında çocukların tanınmasına ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları içermektedir. Buna göre, tanımanın esas bakımından şartları ve ehliyete ilişkin şartlar, çocuğun veya tanıyanın, işlem anındaki milli hukuku veya mutat meskenin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir (m.1). Tanımanın şekli konusunda ise bu bağlama noktaları yanında alternatif olarak tanımanın yapıldığı yer hukukuna da yetki tanınmıştır (m.2).

Anlaşmada bu kadar çok bağlama noktasının öngörülmesi, evlilik dışında doğan çocukların soybağlarının mümkün olduğu kadar kolay bir şekilde kurulması amacını taşımaktadır[31]. Soybağının kurulmasına ilişkin MÖHUK m. 16 hükmünün düzenleniş şekli, bu maddenin de aynı amaca yönelik olduğunu göstermektedir.

B- MADDİ HUKUK KURALLARI AÇISINDAN YEKNESAKLIK SAĞLAMAYA YÖNELİK ANLAŞMALAR

1- Genel Olarak

Uluslararası anlaşmalarla âkit devletlerin iç hukuklarının birleştirilmesi, gerçekleştirilmesi çok da kolay olmayan bir hedeftir. Özellikle, şahsın hukuku ve aile hukuku gibi, tarihsel geleneklere dayanan ve toplumsal inançlara saygı duyulması gereğinin ağır bastığı alanlarda hukuk sistemleri arasında yakınlaşma sağlanması; borçlar hukuku veya ticaret hukuku gibi alanlara nazaran çok daha zordur[32].

Bu nedenle, Kişi Halleri Komisyonu bünyesinde hazırlanan bu amaca yönelik anlaşmalar çok başarılı olamamıştır. Gerçekten de, devletlerin kendi mevzuatlarında yer alan hükümlere bağlı kalmak istemeleri yüzünden[33], bazı anlaşmalar çok az devlet tarafından imzalanmıştır[34].

---

30 5718 Sayılı MÖHUK, 2675 Sayılı MÖHUK' da yer alan, evlilik içi nesep (m.15), nesebin düzeltilmesi (m. 16) ve evlilik dışı nesep (m.17) ile ilgili maddeleri kaldırarak, soybağının kurulması (m. 16) ve soybağının hükümlerine (m.17) ilişkin birer maddeye yer vermiştir.

31 MASSIP-HONDIUS-NAST, s. 21.

32 MASSIP, s. 12.

33 MASSIP, s. 13; MASSIP-HONDIUS-NAST, s.23.

34 Maddi hukukların birleştirilmesi konusunda, Anlaşmalar yanında, daha esnek ve

Konumuzu oluşturan şahsın hukuku ve aile hukuku alanında maddi hukuk bakımından yeknesaklığı sağlamaya yönelik tek bir anlaşma tespit edilebilmiştir. Aşağıda bu anlaşma hakkında bilgi verilecektir.

2- Evlilik Dışında Doğan Çocukların Anne Bakımından Nesebinin Tesisine Dair 6 Numaralı Anlaşma

12.9.1962 tarihinde Brüksel'de imzalanan Anlaşma, Türkiye Cumhuriyeti açısından 12.01.1966 tarihinden itibaren yürürlüktedir[35]. Anlaşma, evlilik dışında doğan çocuklar ile anneleri arasında soybağı ilişkisinin tesisi konusunda âkit devletlerin mevzuatlarını uyumlu hale getirmeyi amaçlamaktadır.

Anlaşma uyarınca, evlilik dışında doğan bir çocuk ile annesi arasında soybağı ilişkisinin kurulması için annenin çocuğun doğum belgesinde anne olarak belirtilmesi yeterlidir (m. 1). Eğer doğum belgesinde çocuğun annesi gösterilmemişse, anne âkit devletlerden birinin yetkili makamı huzurunda çocuğu tanıyabilir (m.2). Anne, çocuğun doğum belgesinde anne olarak gösterilmesine rağmen âkit olmayan bir devletin mevzuatı gereği tanıma beyanında bulunması gerektiğini ispatlarsa, yine âkit devletlerden birinin yetkili makamı huzurunda bu beyanda bulunabilir (m.3).

Anlaşmanın uygulanabilmesi için, çocuğun veya annenin âkit devlet vatandaşı olması koşulu aranmamaktadır.

Anlaşmanın kabulünden sonra bir çok devletin hukuk sisteminde Anlaşma ile öngörülen hükümlere paralel değişiklikler yapılmış ve çocuğun doğum belgesinde annenin isminin gösterilmesinin anne ile çocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulması için yeterli olacağı kabul edilmiştir.

Anlaşmayı imzalayan devletler arasında yer almasına rağmen Anlaşmanın henüz yürürlüğe girmediği Fransa'da bu konudaki yasal duruma kısaca değinmek yerinde olacaktır. 1972 yılında kabul edilen, soybağına ilişkin hükümlerde değişiklik yapılmasına ilişkin 72-3 Sayılı Kanundan[36] önce, evlilik dışında doğan çocuk ile annesi arasında soybağının kurulabilmesi için an-

---

yapılacak mevzuat değişikliklerinde göz önünde tutulması gereken prensipleri tanımlayan tavsiye kararları (*recommandations*) da rol oynamaktadır (MASSIP-HONDIUS-NAST, s.23).

[35] Anlaşma (*Convention relative à l'établissement de la filiation maternelle des enfants naturels*), Türkiye Cumhuriyeti yanında, Almanya, Yunanistan, Lüksemburg, Hollanda, İsviçre ve İspanya açısından da yürürlüktedir.

[36] http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=3D55485B140650B4AAA3E27311BF2CC4.tpdjo09v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006083907&cidTexte=JORFTEXT000000451869&dateTexte=20110211.

nenin çocuğu tanıması gerekiyordu[37]. Bu Kanun ile Medeni Kanun'un 337. maddesinde yapılan değişiklikle, annenin isminin doğum belgesinde belirtilmesinin annenin çocuğu tanıması anlamına geleceği kabul edilmiştir. 1 Temmuz 2006 tarihinden itibaren yürürlükte olan Medeni Kanun m. 311- 25 hükmünde ise, çocuğun doğum belgesinde annenin belirtilmesinin, anne ile çocuk arasında soybağının tesisi için yeterli olacağı ifade edilmiştir[38]. Ancak, Medeni Kanun m. 326 hükmünde, annenin, doğum sırasında kimliğinin saklı tutulmasını talep edebileceği belirtilmiştir.

Türk Hukukunda, çocuğun evlilik içi veya evlilik dışı doğması arasında ayırım gözetmeksizin, anne ile soybağı ilişkisinin doğumla kurulacağı kabul edilmektedir (MK m. 282). 2001 yılına kadar yürürlükte olan 743 Sayılı Medeni Kanun'da da, evlilik dışında doğan (nesebi sahih olmayan) çocuk ile anne arasında soybağı ilişkisinin doğum ile kurulacağı öngörülmüştü. Dolayısıyla Anlaşmanın Türk Hukuku bakımından yürürlüğe girdiği tarih itibariyle de, Medeni Kanun'da yer alan hükümler Anlaşma hükümlerine uygun bir içeriğe sahipti.

C- ULUSLARARASI USUL HUKUKU ALANINDA YEKNESAKLIK SAĞLAMA AMACI TAŞIYAN ANLAŞMALAR

Bu amaca yönelik tek bir Anlaşma tespit edilebildiğinden aşağıda bu Anlaşma hakkında bilgi verilecektir.

Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkında 11 Numaralı Anlaşma

Lüksemburg'da, 08.9.1967 tarihinde imzalanan Anlaşma, Türkiye Cumhuriyeti açısından 10.12.1977 tarihinden itibaren yürürlüktedir[39].

Anlaşmanın amacı, âkit devletlerden birisinde verilen evlilik bağına ilişkin kararların diğer âkit devletlerde tanınmasını sağlamak, böylece kişilerin bir ülkede boşanmışken diğer ülkelerde halen evli sayılması gibi çelişkili durumların ortaya çıkmasını önlemektir[40].

---

37 MASSIP-HONDIUS-NAST, s. 26.

38 Değişiklik, 4 Temmuz 2005 Tarihli ve 759-2005 Sayılı Kararname ile (*Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 - art. 9 JORF 6 juillet 2005 en vigueur le 1er juillet 2006, http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=78E1AF001528043FCCC13DF013E5805E.tpdjo03v_2?cidTexte=JORFTEXT000000451869&dateTexte=20110303)* gerçekleşmiştir.

39 RG 14.09.1975-15356. Anlaşma (*Convention sur la reconnaissance des décisions relatives au lien conjugal*), Türkiye Cumhuriyeti yanında, Hollanda ve Avusturya açısından da yürürlüktedir.

40 MASSIP-HONDIUS-NAST, s. 30.

Anlaşmanın uygulanabilmesi için, evlilik bağına ilişkin bir kararın[41] âkit devletlerden birisinin yetkili makamı tarafından verilmiş olması ve bu kararın tanınması talebiyle diğer bir âkit devlette dava açılmış olması gerekmektedir (m.1). Dolayısıyla kararın verildiği devletin ve kararın tanınması talebiyle başvuruda bulunulan devletin âkit olması gerekmektedir. Anlaşma, Türkiye Cumhuriyeti, Avusturya ve Hollanda açısından yürürlükte olduğundan, sadece Avusturya ve Hollanda mahkemelerinden veya yetkili makamlarından verilen, evlilik bağına ilişkin kararların tanınmasına ilişkin davalarda Anlaşma hükümleri uygulama alanı bulacaktır[42].

Anlaşmada, evlilik bağına ilişkin kararı veren makamın idari veya yargısal (kazaî) bir makam olması arasında herhangi bir farklılık gözetilmediğinden[43] idari bir makam tarafından verilen evlilik bağına ilişkin yargısal nitelikteki kararlar da Anlaşma çerçevesinde tanınabilecektir[44]. Böylece, tanıma-tenfiz davasına konu olabilecek kararları, "yabancı mahkemelerden" verilen kararlarla sınırlayan ve bu nedenle "idari makamlar" tarafından veri-

---

41 Evlilik bağına ilişkin kararlar, evlilik bağının sona ermesine, gevşetilmesine, yokluğu veya varlığına, geçerliliği veya butlanına ilişkin kararlardır (m.1).

42 "*…Evlilik bağına ilişkin kararların tanınması hakkındaki sözleşme 14.09.1975 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Tenfizi istenen hükmü veren mahkemenin bağlı olduğu devletin bu sözleşmeye iştirak edip etmediği de araştırılmadan hüküm kurulması yerinde değildir*." (2.HD., E. 1998/11732, K. 1998/13640, T. 15.12.1998, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/2hd-1998-11732.htm). Bazı Yargıtay kararlarında, Anlaşmanın ilk maddesine aykırı olarak, Anlaşmanın yürürlükte olmadığı ülke mahkemelerinden verilen boşanma kararları açısından da Anlaşma hükümlerine uygunluk açısından inceleme yapıldığı görülmektedir. Örneğin, 2HD., E. 1999/14514, K.2000/3316, T. 21.3.2000 kararında Alman mahkemesinden verilen boşanma kararı açısından MÖHUK çerçevesinde inceleme yapıldıktan sonra, "*…Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınmasına İlişkin Sözleşmenin 3.maddesinin aradığı tenfiz isteğinin reddi şartlarının da gerçekleşmediği…*" tespit edilmiş ve gerekçede Anlaşmaya da yer verilmiştir (http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/2hd-1999-14514.htm). 2.HD. tarafından verilen iki kararda da yine Alman mahkemeleri tarafından verilen boşanma kararlarının tanınması için gereken koşullar incelenirken Anlaşma hükümlerine referans yapılmıştır (2HD. E. 2004/6723, K. 2004/ 7597, T. 10.6.2004, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/2hd-2004-6723.htm; 2.HD., E. 2006/5084, K. 2006/1142, T. 19.7.2006, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/2hd-2006-5084.htm). Diğer bir Yargıtay kararında ise, yine Anlaşmaya taraf olmayan Belçika mahkemesinden verilen bir kararın tanınmasına ilişkin davada, Anlaşma ile öngörülen tanıma koşullarına göre değerlendirme yapılmıştır (2HD., E.2002/15598, K. 2003/1773, T. 6.2.2003, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/2hd-2002-15598.htm).

43 *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Luxembourg le 8 septembre 1967* (*http://www.ciec1.org/ListeConventions.htm)*, m. 1 ile ilgili açıklamalar; MASSIP-HONDIUS-NAST, s. 30.

44 *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Luxembourg le 8 septembre 1967*, m. 1 ile ilgili açıklamalar.

len boşanma kararlarının tanınmasına engel olan MÖHUK m. 50 vd. hükümlerinin aksine[45], böyle bir sınırlama içermeyen Anlaşma hükümleri uyarınca bu tür kararların tanınması da mümkün olabilecektir.

Anlaşma uyarınca (m.1), tanıma kararı verilebilmesi için aranan koşullar şunlardır:

a- Karar, tanınması istenen devlette, daha önce verilmiş veya tanınmış, kesin hüküm halini almış olan bir kararla bağdaşıyor olmalı,

b- Taraflar, kararı veren makam nezdinde iddia ve savunmalarını ileri sürme imkânı bulmuş olmalı,

c- Karar, tanınması istenen devletin kamu düzenine açıkça aykırı olmamalı[46].

Anlaşmanın 2. maddesinde, kararı veren makamın, kararın tanınacağı devletin uluslararası özel hukuk kurallarına göre yetkili olmamasının kararın tanınmasına engel olmayacağı; ancak her iki eşin de kararın tanınacağı devletin vatandaşı olması durumunda bunun mümkün olabileceği belirtilmiştir. Bu son istisnanın gerekçesi, her iki eşin de kararın tanınacağı devletin vatandaşı olması halinde, uyuşmazlığın o devletin hukuk sistemi ile yakın bağlantılara sahip olduğunun kabul edilmesi, bu nedenle o hukuk sistemi dışında bir kurala dayanarak yabancı mahkemenin kendini yetkili saymasının, tanıma talebinin reddi için haklı bir gerekçe olarak görülmesidir[47].

---

[45] Bu konuda bkz. SAKMAR Atâ, *Devletler Hususi Hukukunda Boşanma*, İstanbul, 1976, s. 216- 218; ÇELİKEL Aysel- ERDEM B.Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Yenilenmiş 10.Bası, İstanbul, 2010, s. 587; NOMER Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, 18.Bası: NOMER-ŞANLI, İstanbul 2010, s. 504- 505.
Nitekim Yargıtay bu gerekçe ile belediye tarafından verilen boşanma kararlarının MÖHUK hükümleri çerçevesinde tanınamayacağına dair kararlar vermiştir (2. HD, E. 1995/3612, K. 1995/4567, T. 13.4.1995; 2. HD. E. 12495, K. 14188, T.28.12.1998. Kararların metni için bkz. SAKMAR Atâ- EKŞİ Nuray- YILMAZ İlhan, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun-Mahkeme Kararları,* Yenilenmiş 3.Bası, s. 273, s.278).

[46] Bu koşulların, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi koşullarını belirleyen MÖHUK m. 54 hükmü ile paralel olduğunu söylemek mümkündür. Gerçekten de kamu düzenine aykırılık (m.54/c) ve savunma haklarının ihlâli (m. 54/ç), MÖHUK açısından da birer tanıma/tenfiz engeli olarak kabul edilmiştir. Diğer yandan, yabancı mahkeme kararının daha önce Türk mahkemesi tarafından verilmiş ve kesinleşmiş bir karar ile çelişkili hükümler içermesi, kamu düzenine aykırılık engelinin kapsamında değerlendirilmesi gereken bir durumdur. MÖHUK m. 54/a hükmünde, tenfize ihtiyaç gösteren kararlar açısından aranan karşılıklılık koşulu ise, Anlaşmaya taraf devletler açısından siyasi karşılıklılık olarak gerçekleşmiş bulunmaktadır.

[47] MASSIP-HONDIUS-NAST, s. 31.

Anlaşmaya göre (m.3), kararın tanınacağı devletin kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan hukuk yerine başka bir hukukun uygulanmış olması da tanıma kararı verilmesine engel olmaz. Ancak iki durumda bu mümkün olabilir:

a- Eşlerin her ikisi veya sadece birisi, kararın tanınacağı devletin vatandaşı ise ve yabancı ülkede açılan dava reddedilmiş ise,

b- Kararın tanınacağı devletin kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken hukuk uygulansa idi farklı bir sonuç elde edilecek idiyse.

İlk istisnanın amacı, bir kişinin yabancı bir ülkede açtığı davanın usulî veya esasa ilişkin gerekçelerle reddedilmesi halinde, kendi ülkesinde o davayı açma hakkının korunmasını sağlamak olarak açıklanmıştır[48]. İkinci istisna ise, usul ekonomisi gerekçeleriyle, o hukuk uygulansaydı dahi sonuç aynı olacak idiyse tanımaya engel olunmasını önleme amacı taşımaktadır[49].

MÖHUK m. 54/b hükmünde, yabancı mahkemenin yetkisinin sadece iki durumda tanıma/tenfiz engeli oluşturabileceği kabul edilmiştir. Bunlardan ilki, yabancı mahkemenin karar verdiği konuda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin bulunması, ikincisi ise yabancı mahkemenin aşırı yetki kurallarına dayanarak kendisini yetkili saymasıdır. Evlilik bağına ilişkin kararların verildiği davalarda Türk mahkemelerinin yetkisini tesis eden kurallar münhasır yetki tesis etmediğinden, Anlaşma çerçevesinde verilen kararların tanınmasına MÖHUK açısından da bir engel bulunmamaktadır. İkinci koşul açısından bir değerlendirme yapıldığında, Anlaşmanın 2. maddesinde öngörülen varsayımda (eşlerin her ikisinin Türk vatandaşı olması) yabancı mahkemenin yetkisinin aşırı yetki kriterlerine dayanarak tesis edildiği, dolayısıyla MÖHUK m. 54/b bendinde yer alan koşul ile paralel bir düzenleme bulunduğu söylenebilir. Ancak kanaatimizce sadece eşlerin her ikisinin de Türk vatandaşı olması, yabancı bir ülke mahkemesinin yetkisinin "aşırı" olduğunu söylemek için yeterli değildir. Özellikle, davanın, eşlerin yerleşim yerlerinin veya mutat meskenlerinin bulunduğu ülke mahkemelerinde açılmış olması halinde, yabancı mahkemenin yetkisinin aşırı yetki olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Bu ihtimalde, Anlaşmanın 2. maddesinin, MÖHUK m. 54/b hükmüne nazaran daha sınırlayıcı bir içeriğe sahip olduğu söylenebilir. Anlaşmanın 13.maddesi, yabancı kararların tanınması bakımından daha elverişli hükümler içeren iç hukuk hükümlerinin uygulanmasına imkân tanıdığından, böyle bir durumda Anlaşma yerine MÖHUK hükümleri uyarınca tanıma kararı verilmesi mümkün olabilecektir.

48 *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Luxembourg le 8 septembre 1967,* m. 3 ile ilgili açıklamalar.

49 *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Luxembourg le 8 septembre 1967,* m. 3 ile ilgili açıklamalar. MÖHUK m. 54'de, yabancı mahkemede görülen davanın esasına uygulanan hukuk ile ilgili bir tenfiz engeli bulunmamaktadır. 2675 Sayılı MÖHUK m. 38/e hükmünde, Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan hukuk yerine başka bir hukukun uygulanmış olması, davalının itirazına bağlı olarak bir tanıma/tenfiz engeli olarak kabul edilmişti. O dönemde bazı Yargıtay kararlarında, bu hüküm,

Yargıtay, bu istisnai hükmün uygulanmasına ilişkin olarak, kararın verildiği yabancı mahkemede o ülke kanunlarının uygulanmasını isteyen tarafın, Türkiye'de açılan tenfiz davasında itirazda bulunmasının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğine karar vermiştir:

"*…Hollanda Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkındaki Sözleşmenin tarafıdır. Tanınması istenilen kararda kamu düzenine açıkça aykırı bir husus bulunmamaktadır. Kaldı ki Hollanda mahkemesinde Hollanda Kraliyet Kanunlarının uygulanmasını isteyen kadının kararın Türkiye'de tanınmasına ilişkin açılan bu davada karşı koyması dürüstlük kuralına aykırıdır. Mahkemece yapılacak iş tanımanın diğer koşulları oluştuğundan davanın kabulüne karar verilmesinden ibarettir*."[50]

Diğer yandan, Yargıtay, Türkiye'de görülmekte olan tenfiz davasında, yabancı mahkemenin Türk Hukukunu uygulamadığı gerekçesiyle itirazda bulunan tarafın bu itirazının dikkate alınabilmesi için, esas davanın görüldüğü yabancı ülke mahkemesinde de aynı itirazın ileri sürülmüş olmasını aramaktadır:

Anlaşma'nın m.3/b hükmüne paralel olarak yorumlanmış ve Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili hukuk uygulansaydı dahi sonucun aynı olacağı hallerde tenfiz kararı verilebileceği kabul edilmişti (2.HD. E.1999/13869, K. 1999/1147, T. 16.2.1999, SAKMAR-EKŞİ-YILMAZ, s. 330; 2HD. E.1997/ 8463, K. 1997/9727, T. 29.9.1997, HUYSAL Burak, *Devletler Özel Hukukunda Velâyet*, İstanbul, 2005, s. 276. Yargıtay'ın benzer yönde kararlarına ilişkin referanslar için bkz. AKINCI Ziya- DEMİR GÖKYAYLA Cemile, *Milletlerarası Aile Hukuku*, İstanbul 2010, s. 69, dipnot 117). 2.HD. tarafından 2008 yılında verilen bir karara konu uyuşmazlıkta ise, Hollanda mahkemesince verilen boşanma kararının tanınmasına ilişkin dava, yabancı ilâmda Türk Hukukunun uygulanmadığı gerekçesiyle reddedilmiş; karar verildikten sonra 5718 Sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girmesi üzerine, 2.HD, bu Kanun'un 54.maddesinde, 2675 Sayılı Kanun'un 38/e maddesindeki koşulun aranmadığını belirterek, "*…hükümden sonra yürürlüğe giren 5718 Sayılı Yasa hükümleri dikkate alınarak delillerin bu çerçevede değerlendirilip ulaşılacak sonuç uyarınca karar verilmek üzere hükmün bozulması*" na karar vermiştir (2.HD., E. 2008/7454, K. 2008/12107, T. 18.9.2008, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/2hd-2008-7454.htm). Oysa Anlaşma Türkiye Cumhuriyeti açısından halen yürürlüktedir. Anlaşma, ancak 21.maddesinde öngörülen prosedüre uygun olarak feshedilebilir. Sonradan kabul edilen genel içerikli bir Kanun ile Anlaşmanın yürürlükten kalktığını söylemek mümkün değildir. Kaldı ki, 5718 Sayılı MÖHUK m. 1/f.2 hükmünde, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklı tutulmuştur. Ancak Anlaşma'nın 13. maddesi, yabancı kararların tanınması bakımından daha elverişli iç hukuk hükümlerinin uygulanmasına imkân tanıdığından, bu maddeye dayanarak tanıma koşulları bakımından Anlaşmaya nazaran daha elverişli nitelik taşıyan MÖHUK m. 54 hükmünün uygulanması düşünülebilir.

[50] 2.HD., E.2004/143, K. 2004/2048, T. 23.2.2004 (http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/2hd-2004-143.htm).

"*….Davalı Hollanda'daki yargılama sırasında Türk Hukukunun uygulanması gerektiği yolunda bir talepte de bulunmamıştır. Bu durumda mahkemece, Hollanda' da verilip kesinleşen boşanma kararının tenfizine karar verilmesi gerekir* " [51].

Aynı anda iki yabancı kararın tanınmasına ilişkin talepte bulunulması halinde, daha önce kesin hüküm etkisini kazanmış olan karar tanınır (m.4). Bu maddede öngörülen durum, birbiriyle çelişkili iki farklı karara ilişkin tanıma taleplerinin aynı anda yapılmasıdır. Bu durumda, verildikleri ülkede kesin hüküm halini aldıkları tarihler dikkate alınarak daha önce kesinleşmiş olan karar tanınacaktır. Bu maddede bahsedilen durum, m. 1/bent 1'de öngörülen durumdan farklıdır. Zira bu son madde, tanıma talebinin ileri sürüldüğü âkit devlette daha önceden kesin hüküm etkisini kazanmış bir hüküm varsa, tanıma kararı verilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Dolayısıyla bu madde açısından, daha önce tanınmış olan kararın verildiği ülkede kesinleştiği tarih önemli değildir. Önemli olan, tanıma talebinin ileri sürüldüğü ülkede daha önce kesinleşmiş olmasıdır. Bu nedenle, örneğin, âkit bir devletin yetkili makamı tarafından verilmiş olan bir karar, aynı konuda daha önce verilmiş bir karar olmasına rağmen, böyle bir kararın varlığı bilinmeksizin tanındı ise, önceki tarihli kararın tanınmasına ilişkin talep m. 1/ bent 1 uyarınca reddedilecektir[52].

Anlaşma kapsamına giren kararların tanınmasına ilişkin taleplerde 1-4. maddelerde öngörülen koşullar dışında bir inceleme yapılamayacağından (m.5) ve bu koşullar da davanın esasına ilişkin bir inceleme yapılmasını gerektirmediğinden, Anlaşmanın MÖHUK gibi *révision au fond* yasağını kabul ettiği söylenebilir.

Anlaşma, her âkit devletin tanıma konusunda yetkili makamı ve izlenecek usulü kendisinin belirlemesini öngörmüştür (m.6). Türkiye Cumhuriyeti tarafından yapılan bildirimde, yetkili makamın Ankara mahkemeleri (Türkçe tercümede yanlışlıkla Adalet Bakanlığı olarak belirtilmiş) olacağı belirtilmiş, ancak tanıma taleplerinin incelenmesinde uygulanmak üzere özel bir yöntem belirtilmemiştir. Bu nedenle, Anlaşma kapsamına giren kararların tanınmasına ilişkin davalar da, MÖHUK' da yer alan hükümler çerçevesinde görülecektir.

Anlaşma, evliliğin sona ermesine ilişkin bir kararın tanınması halinde, tarafların muhtemel evlilikleri açısından bekâr sayılmalarının gerekli oldu-

---

[51] 2.HD. E. 2006/1566, K. 2006/ 2380, T. 27.2.2006 (http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/2hd-2006-1566.htm).

[52] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Luxembourg le 8 septembre 1967*, m. 4 ile ilgili açıklamalar.

ğu düşüncesiyle, 9. madde hükmünü getirmiştir. Buna göre, âkit devletlerden birinde, Anlaşma çerçevesinde evlilik bağının sona ermesine veya iptaline ilişkin bir karar tanındıktan sonra, başka bir devletin hukukunun evliliğin feshine veya sona ermesine imkân tanımaması veya bu kararlara etki tanımaması gerekçesiyle hakkında karar verilen kişilerin yeniden evlenmelerine engel olunamaz[53].

Anlaşma, derdestlik konusunda da bir hüküm içermektedir (m.10).Bu hüküm, daha önce yabancı bir ülke mahkemesinde açılan davanın (aynı taraflar arasında, aynı hukuki sebebe dayanarak ve aynı netice-i talep ile) ikinci kez bir Türk mahkemesinde açılması halinde, derdestlik itirazının ileri sürülemeyeceğine dair genel kuralın bir istisnasını oluşturmaktadır[54]. Söz konusu hükme göre, Anlaşma kapsamına giren kararların verilmesine ilişkin talepler âkit devletlerden birinin makamına iletildikten sonra, aynı konuda, aynı taraflar arasında diğer bir âkit devletin yetkili makamına başvuruda bulunulursa, ikinci olarak talebin yapıldığı makam karar vermekten kaçınacaktır. Dolayısıyla, Anlaşmaya taraf bir devletin mahkemesinde daha önce açılmış ve henüz sonuçlanmamış bir dava varken, Anlaşmaya taraf diğer bir devletin mahkemesinde aynı davanın tekrar açılması halinde, ikinci mahkeme derdestliği dikkate alacak ve davanın esası hakkında karar vermeyecektir[55].

---

[53] Anlaşmanın 18. maddesi, iki konuda âkit devletlere çekince koyma imkânı tanımaktadır. Buna göre, âkit devletler, kendi milli kanunları evliliğin sona ermesine imkân tanımayan kişiler hakkında bu konuda verilmiş kararları tanımamak ve 9. maddeyi sadece evliliğin iptali halinde uygulamak hakkını saklı tutabilirler. Avusturya, Anlaşmayı bu iki çekinceyi de koyarak, Yunanistan, sadece ikinci konuda çekince koyarak, Türkiye ise, bu çekincelerden hiçbirini koymadan imzalamıştır.

[54] Doktrinde genel olarak kabul edilen görüş, MÖHUK m. 41, MÖHUK m. 47 ve uluslararası anlaşmalarla öngörülen düzenlemeler dışında, Türk mahkemesinde açılan davada, aynı davanın daha önce yabancı bir ülke mahkemesinde açılmış olduğu gerekçesine dayanarak derdestlik itirazında bulunulamayacağı yönündedir (Bkz. NOMER Ergin, *Milletlerarası Usul Hukuku,* İstanbul, 2009, s. 84- 85; NOMER-ŞANLI, s. 432-433; AKINCI Ziya, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik*, Ankara, 2002, s. 44 vd.; ŞANLI Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 3.Bası, İstanbul 2005, s. 140- 142; ÇELİKEL-ERDEM, s. 523, s. 544- 545). Doktrinde, bu istisnai durumlarla sınırlı kalmaksızın, yabancı mahkeme tarafından verilecek kararın MÖHUK hükümlerine göre Türkiye'de tenfizinin mümkün olması halinde, davalının derdestlik itirazında bulunabileceğini kabul eden görüşler de bulunmaktadır (KURU Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü,* 6.Baskı, İstanbul, 2001, c. IV, s. 4222). Bu son görüşte olan yazarlardan bir kısmı, ayrıca yabancı mahkemenin davayla yakından bağlantılı olması koşulunun da aranması gerektiğini ileri sürmektedirler (bkz. EKŞİ Nuray, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi,* İstanbul, 2000, s. 204).

[55] "*…Yabancı mahkemede açılmış ve görülmekte olan boşanma davasının sonradan başvurulan devlette derdestliğe esas alınabilmesine imkân veren "Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkındaki Sözleşmeye" Kanada da taraf olmadığı-*

Anlaşmaya göre derdestliğin tespit edilmesi halinde, ikinci olarak davanın açıldığı âkit devletin yetkili makamı, bu konuda en az bir yıllık bir süre belirleme yetkisine sahip olacak ve bu sürenin sonunda ilk talebin yapıldığı makamın henüz karar vermemesi halinde kendisi karar verebilecektir (m.10)[56]. Ancak ikinci talebin yapıldığı makamın, belirlediği süre sonunda davayı tekrar incelemeye başlaması halinde bile, ilk makamın esas hakkında daha önce karar vermesi halinde ikinci makam yine karar vermekten kaçınacaktır[57]. Anlaşmanın orijinal Fransızca metninde bulunmasına rağmen Türkçe tercümesinde belirtilmemiş olan husus, derdestliğin yetkili makam tarafından re'sen (*d'office*) dikkate alınabileceğidir.

Anlaşma, aynı konuda La Haye Konferansı bünyesinde imzalanan ve benzer hükümler içeren[58] bir Anlaşmanın bulunması nedeniyle çok fazla devlet tarafından imzalanmamıştır[59]. Diğer yandan, evlilik birliğinin sona ermesine ilişkin kararların tanınması konusunda Avrupa Birliği'nde de bir Tüzük *(Règlement)* bulunmaktadır[60]. Tüzük, üye devletler arasında daha önceden yapılmış olan ve aynı konuya ilişkin hükümler içeren anlaşmaların yerine geçeceğine dair bir hüküm içerdiğinden, Anlaşmaya taraf olan Birlik üyesi devletler arasında Anlaşma değil Tüzük hükümleri uygulanacaktır[61].

---

na göre, yabancı mahkemedeki boşanma davasının derdestliğe esas alınması doğru bulunmamıştır. O halde derdestlik itirazının reddi ile işin esasının incelenmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır…" (2.HD., E.2009/13541, K. 2010/11899, T. 15.06.2010 (Yargıtay Kararları Dergisi, c. 36, S.9, Eylül 2010, s. 1588- 1589).

56 "*…Taraflar Türk vatandaşıdırlar. Davalı Türk mahkemesinde açılan davada derdestlik itirazında bulunmuştur. Derdest olduğu ileri sürülen ülke de "Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkındaki Sözleşmeye" katılmıştır. Mahkemece yapılacak iş, yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde derdest davanın olup olmadığını öncelikle tespit etmek, derdest davanın varlığının kabulü halinde Sözleşmenin 10/2 maddesi hükmü gereğince işlem yapmaktan ibarettir…"* 2.HD., E.1997/8719, K. 1998/12159, T.11.11.1997 (SAKMAR-EKŞİ-YILMAZ, s. 202-204).

57 *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Luxembourg le 8 septembre 1967*, m.10 ile ilgili açıklamalar.

58 01.7.1970 tarihinde imzalanan ve 24.8.1975 tarihinde yürürlüğe giren, *Boşanma ve Ayrılık Kararlarının Tanınması Hakkında La Haye Konvansiyonu (Convention sur la reconnaissance des divorces et des séparation de corps*). Konvansiyona Türkiye Cumhuriyeti henüz taraf değildir. Konvansiyonun Fransızca metni için bkz. http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=80.

59 MASSIP-HONDIUS-NAST, s. 31.

60 *Règlement (CE) n° 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) n° 1347/2000, (*Journal officiel n° L 338 du 23/12/2003 p. 0001 – 0029).*

61 MASSIP-HONDIUS-NAST, s.31.

D- KİŞİSEL KAYITLARIN TUTULMASINDA YEKNESAKLIK SAĞLAMA AMACI TAŞIYAN ANLAŞMALAR

1- Ad ve Soyadların Nüfus Kütüklerinde Yazılış Şekline İlişkin 14 Numaralı Anlaşma

13.9.1973 tarihinde Bern'de imzalanan bu Anlaşma, Türkiye Cumhuriyeti açısından 16.02.1977 tarihinden itibaren yürürlüktedir[62].

Bir kişinin adı ve soyadı onu teşhis etmeye yarayan en önemli unsurlar olduğundan, o kişiyi ilgilendiren tüm nüfus işlemlerinde, bu işlemler hangi ülkede yapılırsa yapılsın, bu unsurların yeknesak bir şekilde ifade edilmesi önem taşımaktadır[63].

Ad ve soyadına ilişkin bilgilerin üye devletlerde farklı şekillerde kaydedilmesi, kayıtları tutan makamların söz konusu bilgileri kendi dillerine çevirmeye veya fonetik olarak kendi dilleri ile uyumlu hale getirmeye çalışmalarından kaynaklanabilmektedir. Konvansiyon ile bu uygulamalardan kaynaklanabilecek farklılıkların giderilmesi ve bir kişi ile ilgili kayıtların tüm üye devletlerde yeknesak şekilde tutulması amaçlanmaktadır. Bu amaçla, âkit devletlerden birinde bir kişinin nüfus kaydında yeni bir işlem yapılması gerektiğinde, bu işlem için ilgilinin ibraz ettiği ve diğer bir âkit devletin yetkili makamları tarafından düzenlenmiş olan belgelerdeki (nüfus kayıt örneği veya diğer bir belge) ad ve soyadının aynen kullanılması öngörülmektedir.

Konvansiyona göre, ibraz edilen belgenin, kaydın yapılacağı ülkede kullanılan alfabede yer alan harflerle düzenlenmiş olması halinde, ad ve soyadının harfiyen, herhangi bir değişiklik yapılmaksızın ve tercüme edilmeksizin kayda geçirilmesi gerekmektedir (m. 2). Böylece, "u" harfinin "ou" veya "oe" olarak veya "cz" harflerinin "ch" veya "tch" olarak yazılması önlenmiş olacaktır[64]. Belgede, işlemin yapılacağı ülkenin dilinde bulunmayan ayırıcı harf işaretleri varsa bunlar aynen yazılacaktır (m. 2/f.2). Örneğin Türk alfabesinde olan ancak Fransız alfabesinde bulunmayan "ü", "ö", "i" gibi harfler, bunların fonetik ifadesi olan "u", "eu", "ı" harflerine dönüştürülmeden aynen

---

[62] RG 14.8.1975. Konvansiyon (*Convention relative* à *l'indication des noms et prénoms dans les registres de l'état civil)* Türkiye Cumhuriyeti yanında, Almanya, Avusturya, Yunanistan, İtalya, Lüksemburg ve Hollanda açısından da yürürlüktedir.

[63] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale à Interlaken le 14 Septembre 1973*, *(http://www.ciec1.org/ListeConventions.htm)*, Genel Açıklamalar bölümü; MASSIP-HONDIUS-NAST, s. 23.

[64] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale à Interlaken le 14 Septembre 1973*, m.2 ile ilgili açıklamalar.

yazılacaktır. Eğer işlem bilgisayar veya daktilo gibi araçlarla gerçekleştirilir ve bunların klavyesinde söz konusu harfler yer almazsa bu harfler veya gerekli değişiklikler el yazısı ile ilâve edilmek suretiyle kaydedilir[65].

İbraz edilen belgenin, kaydın yapılacağı ülkede kullanılan alfabeden farklı bir alfabe ile düzenlenmiş olması halinde, belgede yer alan ad ve soyadı, mümkün olduğu ölçüde harflerin kaydın yapılacağı ülkenin alfabesine uyarlanması suretiyle kaydedilir. Bu konuda Uluslararası Standartlar Örgütü tarafından tavsiye edilen kurallar varsa[66] onlara uyulması gerekmektedir (m. 3). Aksi takdirde harf çevirisi yapılacak, bunun da mümkün olmaması halinde fonetik uyarlama yapılmak suretiyle kayıt gerçekleştirilecektir.

Hakkında kayıt yapılacak kişi tarafından birden fazla belge ibraz edilmesi ve bu belgelerde ad ve soyadlarının farklı şekillerde yazılmış olması halinde, ilgilinin söz konusu belgelerin düzenlendiği tarihte vatandaşı olduğu devletin resmi makamları tarafından düzenlenen belge esas alınır (m. 4). Kişinin her iki devletin de vatandaşlığına sahip olması halinde, hangi belgenin esas alınacağının tespitinde MÖHUK m. 4/c hükmünden yararlanılması düşünülebilir. Belgelerin hiç birisinin kişinin vatandaşı olduğu devlet tarafından düzenlenmemesi halinde ise, MÖHUK m. 4/a hükmünde vatandaşlık yerine kullanılması öngörülen tamamlayıcı kriterlerden (yerleşim yeri, mutat mesken, dava tarihinde bulunulan yer) yararlanılabilir.

Anlaşma, ad ve soyadların âkit devletlerin kayıtlarında yeknesak bir şekilde yazılmasını sağlamaya yönelik olarak getirdiği hükümlere rağmen bu konuda farklılık ortaya çıkması halinde, bunların giderilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasını ve gerektiğinde âkit devlet makamlarının bu amaçla kendi aralarında haberleşmelerini de öngörmektedir (m.6).

Görüldüğü gibi Konvansiyon sadece ad ve soyadların *yazılış şekli* açısından âkit devletler arasında bir yeknesaklık sağlamayı amaçlamakta olup, *ad ve soyadının tespiti* konusunda âkit devletlerin yürürlükte bulunan kurallarının uygulanmasına engel olmaz (m.1/f.2). Bu nedenle, âkit devletler, bir kişinin adı ve soyadını, kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan hukuka göre belirlerler[67]. Bu hukuka göre belirlenen ad ve soyadının nüfus kayıt-

---

[65] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale à Interlaken le 14 Septembre 1973*, m. 2 ile ilgili açıklamalar.

[66] Bu örgüt, 1955 yılında Kiril alfabesinde yer alan harflerin, 1961 yılında Arap harflerin, 1962 yılında İbranice harflerin, 1968 yılında Yunan alfabesinde kullanılan harflerin Latin alfabesine çevrilmesi konusunda tavsiye kararları hazırlamıştır (*Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale à Interlaken le 14 Septembre 1973*, m.3 ile ilgili açıklamalar).

[67] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale à Interlaken le 14 Septembre 1973*, m. 1 ile ilgili açıklamalar.

larında nasıl ifade edileceği konusunda Konvansiyonda yer alan hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Diğer yandan, Anlaşma, ibraz edilen belgenin düzenlendiği tarihten sonra ad veya soyadında meydana gelen yasal değişikliklerin dikkate alınmasına da engel olmayacaktır (m. 1/f.3). Söz konusu değişikliklerin yasal olarak gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde de kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan hukuk esas alınacaktır.

Türk Hukuku açısından, ad ve soyadı, doğum, evlilik, boşanma, soybağının tespiti, evlat edinme gibi aile hukukuna özgü hukuki ilişki veya işlemlere bağlı olarak kazanıldığı veya kaybedildiği için, gerek ad ve soyadının tespiti, gerekse ad ve soyadında meydana gelen değişikliklerin yasal olup olmadığının belirlenmesi için, bu işlem veya ilişkilerin sonuçlarına uygulanacak hukukun (MÖHUK m. 13/f.3, m. 14/f.1, m. 17, m. 18/f.3) esas alınması gerekmektedir[68]. Anlaşmada yer alan hükümler, bu kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan hukuka göre tespit edilen ad ve soyadının nüfus kütüklerine yazılış şekli açısından esas alınacaktır.

2- Uluslararası Aile Cüzdanı İhdasına İlişkin 15 Numaralı Anlaşma

Paris'de 12.9.1974 tarihinde imzalanan Anlaşma, Türkiye Cumhuriyeti açısından 03.3.1984 tarihinde yürürlüğe girmiştir[69].

Anlaşma ile ekinde öngörülen modele uygun bir Uluslararası Aile Cüzdanı (*Livret de Famille International)* oluşturulması amaçlanmaktadır. Bunun üç amacının bulunduğu ifade edilmektedir[70]: İlk amaç, bu cüzdana sahip kişilerin, tüm âkit devletlerde, kişisel statülerinde meydana gelen değişiklikleri (çocuklarının doğumu, eşlerinin veya çocuklarının ölümü gibi) cüzdana işletmek suretiyle cüzdanın güncelliğini sağlamalarıdır. İkinci amaç, cüzdan sahibi kişilerin yabancı bir ülkeye gitmeleri halinde, o ülke makamlarının bu kişiler ve aile fertleri ile ilgili doğru ve tam bilgilere sahip olmalarına imkân tanınmasıdır. Üçüncü amaç ise aile cüzdanı düzenlenmeyen veya bunlara hiçbir hukuki etki tanınmayan ülkelerde, sadece uluslararası planda değil

---

[68] NOMER-ŞANLI, s. 226; ÇELİKEL-ERDEM, s. 203- 204; TEKİNALP Gülören, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 2007 Tarihli MÖHUK Uyarınca Güncelleştirilmiş 10.Bası, İstanbul 2009, s. 148.

[69] RG 08.01.1984-18275. Anlaşma (*Convention créant un livret de famille international*), İtalya, Yunanistan ve Lüksemburg açısından da yürürlüktedir.

[70] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Nanterre le 11 septembre 1974* (*http://www.ciec1.org/ListeConventions.htm),* Genel Açıklamalar başlıklı bölüm; MASSIP-HONDIUS-NAST, s. 23.

kendi ülkelerinde de etkiye sahip olacak bir aile cüzdanı tesisine olanak tanınmasıdır.

Anlaşma âkit devletlere, bir yandan kendi ülkelerinde evlenen herkese (âkit devlet vatandaşı olmasalar dahi) Anlaşmanın ekinde yer alan örneğe uygun olarak düzenlenen bir aile cüzdanı verme, diğer yandan başka bir aile cüzdanı vermeme yükümlülüğü yüklemektedir (m. 1). Aile cüzdanını, evlenmenin yapıldığı ülke mevzuatına göre evlendirme memuru yetkisine sahip olan kişiler verebilir[71]. Eğer evlenme akdinden hemen sonra aile cüzdanı verilmemişse, akdi yapan veya evlenmeyi tescil eden nüfus memuru ya da eşlerden en az birinin vatandaşı olduğu devletin yetkili makamları tarafından sonradan da verilebilir (m.4).

Aile cüzdanına, eşlerin evliliği, çocukların doğumu gibi asli bilgiler yanında, bunlarda meydana gelen değişiklikler ve düzeltmeler de (boşanma, isim değişikliği, evlât edinme, ölüm gibi) kaydedilir (m. 2/f.1). Bu değişiklikleri nüfus kaydına işleme konusunda yetkili olan kişiler, bunların aile cüzdanına işlenmesi konusunda da yetkilidir (m.2/f.2). Eğer bu değişiklikler söz konusu kişiler tarafından cüzdana işlenmemişse, eşlerden en az birinin vatandaşı olduğu devletin yetkili makamı tarafından da işlenebilir (m. 4/f.2).

Türkiye Cumhuriyeti, gerek aile cüzdanının sonradan verilmesi, gerekse aile cüzdanında sonradan değişiklik veya düzeltme yapılması konusunda yetkili makamları (m.4/f.3), Türkiye'de nüfus memurlukları, yurt dışında ise konsolosluklar olarak belirlemiştir.

Anlaşmanın 5 vd. maddelerinde aile cüzdanının nasıl doldurulacağına ilişkin ayrıntılı hükümler yer almaktadır. Türkiye Cumhuriyeti, Anlaşmayı öngörülen çekincelerden (m.17) hiçbirini kullanmadan imzalamıştır.

Anlaşmayı onaylayan devletlerin sayısının az olmasının gerekçeleri konusunda doktrinde çeşitli değerlendirmeler yapılmıştır[72]. Örneğin Fransa açısından, özellikle küçük yerleşim yerlerinde halkın ve belediye başkanlarının Fransız aile cüzdanına çok bağlı olmalarının ve bu cüzdandan vazgeçerek, bir takım semboller, çok dilde karşılıklar içeren, bu yüzden çok teknik bir belge gibi görünen aile cüzdanını kabul etme konusunda isteksiz davranmalarının etkili olduğu belirtilmiştir. Diğer yandan, birçok devlette aile kavramında meydana gelen değişikliklere bağlı olarak evli olmayan kişilere veya ebeveynlerin her birine ayrı ayrı aile cüzdanı verilmesi mümkün hale gelmişken Anlaşmanın öngördüğü aile cüzdanının sadece evli olan kişilere verilebiliyor olması da bir etken olarak görülmektedir. Son olarak, aile cüz-

---

[71] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Nanterre le 11 septembre 1974,* madde 1 ile ilgili açıklamalar.

[72] MASSIP- HONDIUS-NAST, s. 24.

danı verilmesinin veya bu cüzdanlara kayıt düşürülmesinin hiçbir harca tâbi olmayacağının öngörülmesinin (m. 13), nüfus işlemlerinden harç alınmasını öngören ülkelerin Anlaşmaya katılımı konusunda caydırıcı bir etki yaratmış olabileceği belirtilmektedir.

3- Ahvali Şahsiye Cüzdanlarının Tanınması ve Güncelleştirilmesine İlişkin 24 Numaralı Anlaşma

Anlaşma, 05.9.1990 tarihinde imzalanmış, Türkiye Cumhuriyeti açısından 01.8.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir[73].

Anlaşma uyarınca "ahvali şahsiye cüzdanı", nüfus memurları tarafından kanun gereğince, doğum, evlenme ve ölüme ilişkin asıl bilgilerle bunlara daha sonradan düşülecek şerhleri içermek üzere düzenlenen belgeleri ifade etmektedir (m.1). Bu belgelerdeki asıl bilgiler ve sonradan ilâve edilen şerhler, bunları düzenleyen nüfus memuru tarafından mühürlenip imzalanır (m. 1/f.2).

Kişisel statüye ilişkin bir işlemi (örneğin evlilik) gerçekleştiren âkit devletlerin yetkili makamları, ilgililerin talebi üzerine, diğer bir âkit devletin yetkili makamı tarafından düzenlenmiş olan ahvali şahsiye cüzdanına bu işlemle ilgili kaydı işleyerek belgeyi güncelleştirir (m. 4).

Türkiye Cumhuriyeti Anlaşmayı 11. maddesindeki çekinceyi kullanarak imzalamıştır. Buna göre, nüfus memurları, Türk Hukuku ile öngörülmeyen ve içeriği Türk kamu düzenine aykırı olan güncelleştirme işlemlerini gerçekleştirmeyeceklerdir.

II- ULUSLARARASI İŞBİRLİĞİ SAĞLAMAYA YÖNELİK ANLAŞMALAR

Bu grupta yer alan anlaşmalarda, âkit bir devletin ülkesinde kişisel statü ile ilgili olarak yapılmış olan işlemlerin veya verilmiş olan kararların diğer âkit devletlerde tanınmasını veya geçerli olarak kabul edilmesini sağlama amacı bulunmaktadır[74]. Gerçekten de özellikle ülkeler arası dolaşımı yoğun kişiler açısından, bir ülkede elde ettikleri kişisel statünün diğer ülkelerde geçerli olarak kabul edilmemesi, o kişiler açısından karışıklığa yol açabilir[75].

---

[73] RG 16.03.2004-25404. Anlaşma (*Convention relative à la reconnaissance et à la mise à jour des livrets d'état civil*), Fransa, İspanya ve İtalya açısından da yürürlüktedir.

[74] MASSIP, s. 13; MASSIP-HONDIUS-NAST, s.29.

[75] MASSIP, s. 13; MASSIP-HONDIUS-NAST, s. 29.

Bu karışıklığın önlenmesi ve kişisel statü açısından uluslararası planda tam bir yeknesaklığın sağlanabilmesi için en iyi yöntem şahsın hukuku ve aile hukuku kurallarının birleştirilmesidir. Ancak bu amacın gerçekleşmesi mümkün olmadığından, Komisyon bünyesinde, kişilerin kendilerini veya ailelerini ilgilendiren işlem veya kararların uluslararası bir etkiye sahip olması, böylece, bir ülkede alınan kararların veya yapılan işlemlerin diğer ülkelerde de geçerli olarak kabul edilmesi, bu şekilde kişiler gibi onları ilgilendiren karar veya işlemlerin de uluslararası dolaşımının sağlanması amacına yönelik anlaşmalar hazırlanmıştır[76].

Bu grupta yer alan anlaşmaların bir kısmında, âkit devletlerden birinde, şahsın hukukuna veya aile hukukuna ilişkin olarak düzenlenen belgelerin diğer âkit devletlerde de geçerli olarak kabul edilebilmesi için tasdik işleminden muafiyet, bir kısmında tasdik muafiyetine ek olarak tercümeden de muafiyet öngörülmekte; bazı anlaşmalarda söz konusu işlemi gerçekleştiren idari makamlar ile diğer âkit devletlerin idari makamları arasında işbirliği sağlanması hedeflenmekte; bazı anlaşmalarda ise, âkit devlet makamları tarafından alınan kararların diğer âkit devletlerde tanınması kolaylaştırılmaktadır.

A- KİŞİ HALLERİNE İLİŞKİN İŞLEM ve BELGELERDE TASDİK MUAFİYETİ ÖNGÖREN ANLAŞMALAR

Uluslararası teamül veya yasal düzenlemelerden kaynaklanan bir zorunluluk olarak, bir devletin resmi makamı tarafından düzenlenen bir belgenin diğer bir devletin resmi makamı tarafından kullanılabilmesi için bu belgenin tasdikine, yani belgeyi imzalayan kişinin sıfatının, imzasının veya belge üzerindeki mühür veya damganın doğruluğunu ortaya koymak için yapılan idari bir formaliteye ihtiyaç duyulmaktadır[77].

Türk Hukuku'nda bu formalite, HUMK m. 296 ile öngörülen konsolosluk onayı ile sağlanmaktadır. Bunun yanında, Türkiye Cumhuriyeti'nin de taraf olduğu, La Haye Konferansı tarafından 1961 yılında düzenlenen Anlaşma ile geleneksel tasdik işlemi yerine *apostille* şerhi kullanılması öngörüldüğünden[78] bu Anlaşmaya taraf devletlerin resmi makamları tarafından düzenlenen belgelerde bu şerhin bulunması da yeterli olacaktır.

---

[76] MASSIP-HONDIUS-NAST, s. 29-30.

[77] Aşağıda inceleyeceğimiz 17 numaralı Anlaşmaya ilişkin Açıklayıcı Rapor (*Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Strasbourg le 23 mars 1977, http://www.ciec1.org/ListeConventions.htm)* , s.1.

[78] *Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılmasına Dair La Haye Anlaşması*. Anlaşma, Türkiye Cumhuriyeti açısından da 19.11.1985 tarihinden itibaren yürürlüktedir (RG 16.09.1984-18517). Anlaşma, Şubat 2011 itibariyle 99 devlet tarafından imzalanmıştır.

Kişi Halleri Komisyonu, âkit devletlerde düzenlenen özellikle kişi hallerine ilişkin belgelerin diğer âkit devletlerde herhangi bir tasdik işlemine gerek kalmaksızın kolay bir şekilde geçerliliğini sağlamaya yönelik anlaşmalar hazırlamıştır.

1- Bazı İşlem ve Belgelerin Tasdikten Muaf Tutulması Hakkında 17 Numaralı Anlaşma

15.9.1977 tarihinde Atina'da imzalanan Anlaşma, 01.8.1987 tarihinden itibaren Türkiye Cumhuriyeti açısından yürürlüktedir[79].

Komisyon bünyesinde imzalanan bazı anlaşmalarda (1,2,5,12,15 ve 16 numaralı anlaşmalar) âkit devlet makamları tarafından düzenlenen belgelerin diğer âkit devletlerde herhangi bir tasdik işlemine gerek kalmaksızın kullanılabileceği kabul edilmesine rağmen, uygulamada sık kullanılan, özellikle şahsi statüye ilişkin belgelerin halen tasdik veya benzeri formalitelere tâbi tutulduğunun tespit edilmesi üzerine bu boşluğu doldurmak üzere böyle bir Anlaşmanın hazırlanmasına ihtiyaç duyulmuştur[80].

Anlaşmanın ilk maddesinde, "tasdik" işleminden ne anlaşılması gerektiği, 1961 La Haye Anlaşmasında kullanılan tanımdan hareketle ortaya konulmuştur. Buna göre, tasdik, bir işlem veya belgedeki imzanın doğruluğunun, imza sahibinin ne sıfatla hareket ettiğinin ve gerektiğinde bu işlem veya belgedeki mühür veya damganın ilgili makama ait olduğunun tasdiki anlamına gelir. La Haye Anlaşmasında olduğu gibi, bu Anlaşma açısından da tasdik, belgede yer alan bilgilerin doğruluğunu veya belgeyi düzenleyen makamın yetkisi dâhilinde hareket ettiğini göstermez[81]. Diğer yandan, tasdikin belgenin ispat gücü açısından da herhangi bir etkisi yoktur[82].

Anlaşmanın ikinci maddesi ile âkit bir devletin yetkili makamı tarafından düzenlenen iki kategori belge için, La Haye Anlaşması ile öngörülen *apostille* şerhi de dâhil olmak üzere[83] her türlü tasdik işleminden muafiyet öngörülmektedir:

---

[79] RG 16.01.1987-19343. Anlaşma (*Convention portant dispense de légalisation pour certains actes et documents),* Avusturya, Fransa, Hollanda, İspanya, İtalya, Lüksemburg, Polonya ve Portekiz açısından da yürürlüktedir.

[80] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Strasbourg le 23 mars 1977 (http://www.ciec1.org/ListeConventions.htm),* s. 1.

[81] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Strasbourg le 23 mars 1977*, s.1.

[82] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Strasbourg le 23 mars 1977,* s.1.

[83] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Strasbourg le 23 mars 1977,* s.1.

İlk kategoride, kullanım amacı ne olursa olsun, gerçek kişilerin şahsi statülerine, ehliyetlerine, ailevi durumlarına, vatandaşlıklarına, yerleşim yerlerine veya meskenlerine ilişkin işlem veya belgeler yer almaktadır. İkinci kategoride ise, *evlenme akdinin kurulması veya şahsi statüye ilişkin diğer bir işlemin yapılması için* düzenlenen her türlü belge bulunmaktadır. Görüldüğü gibi, ilk kategoride belgenin ilgili olduğu konu bakımından bir sınırlama bulunmakta, maddede sayılan konulara ilişkin tüm işlem veya belgeler için tasdik muafiyeti öngörülmekte; ikinci kategoride ise belgenin içeriği değil düzenlenme amacı açısından bir sınırlama bulunmaktadır.

Maddede, bu işlem veya belgelerin tasdikten muaf tutulabilmesi için, tasdikin sağladığı garantilerden vazgeçmeyi haklı kılacak bazı koşullar aranmaktadır. Bu koşullar, belgenin, âkit bir devletin makamı tarafından düzenlenmiş olması, bu makamın imzasını, mührünü ve damgasını taşıması ve düzenlenme tarihinin belgede belirtilmiş olmasıdır.

Anlaşmada kullanılan "işlem" ve "belge" kavramlarından ne anlaşılması gerektiği, Anlaşmaya ilişkin Raporda açıklanmıştır[84]. Raporda, "işlem" teriminden, bazı devletlerde, kişi hallerine ilişkin olarak sicile kaydedilen orijinal işlemin, bazılarında ise bu işlemin bir örneğinin veya suretinin anlaşıldığı; Anlaşmada bu terimin, bu ikinci anlamda yani sicile kaydedilen bir işlemin suretini veya örneğini ifade eden belge olarak kullanıldığı; "belge" teriminin ise diğer tüm resmi belgeleri (sertifika, mahkeme kararı, vekâletname, tutanak, rıza beyanı, muafiyet gibi) kapsayacağı belirtilmiştir. Raporda, ayrıca tasdik muafiyetinin, bu belgelerin yetkili makamlar tarafından yapılan tercümeleri açısından da geçerli olduğu vurgulanmıştır.

Anlaşmanın 2. maddesinde öngörülen belgeleri düzenleyen makamların niteliği, yani idari veya yargısal veya başka bir makam olması önemli değildir. Noterler, Anlaşma kapsamına giren, vekâletname, rıza beyanı veya diğer noterlik işlemlerini düzenleme yetkisine sahip olduklarından onlar da yetkili makam olarak kabul edilmelidir[85].

Anlaşmada öngörülen belgelerin diplomatik veya diğer bir resmi yoldan gönderilmediği durumlarda ve belgede yer alan imzanın, mühür veya damganın doğruluğu veya imzalayan kişinin sıfatı konusunda ciddi şüphelerin bulunması halinde, belgeyi düzenleyen makamdan belgenin doğrulanması istenebilir (m.3). Bu istek, Anlaşmanın ekinde yer alan çok dilde düzenlenen matbu form kullanılmak suretiyle gerçekleştirilir (m.4). Doğrulama iş-

---

[84] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Strasbourg le 23 mars 1977*,s.2.

[85] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Strasbourg le 23 mars 1977*,s.2.

lemi ücretsiz yapılır ve cevabı, işlem veya belge ile birlikte doğrudan veya diplomatik yolla mümkün olan en çabuk şekilde geri gönderilir (m.5). Ancak doğrulama işlemi için bu yöntemin kullanılması ihtiyari olup geleneksel doğrulama yöntemlerinin (istinaf, konsüler yöntem, doğrudan yazışma gibi) kullanılması da mümkündür[86].

2- Evlilik Dışında Doğan Çocukların Tanınmalarını Kabule Yetkili Makamların Yetkilerinin Genişletilmesi Hakkında 5 Numaralı Anlaşma

Yukarıda (I-A,1 başlığı altında) incelemiş olduğumuz Anlaşmada, Anlaşma uyarınca yapılan tanıma beyanını içeren ve bunları düzenleyen makamın mühür ve imzasını taşıyan belgelerin aslına uygun örneklerinin, diğer âkit devletlerde herhangi bir tasdik işlemine gerek kalmaksızın kabul edileceğine dair hüküm de bulunmaktadır (m.5).

3- Ahvali Şahsiye Cüzdanlarının Tanınması ve Güncelleştirilmesine İlişkin 24 Numaralı Anlaşma

Yukarıda (I, D, 3 başlığı altında) incelenen Anlaşma uyarınca, âkit bir devletin yetkili makamı tarafından düzenlenen ahvali şahsiye cüzdanları, herhangi bir tasdik veya benzeri formaliteye gerek kalmaksızın, o devlet makamları tarafından düzenlenen nüfus kayıt örnekleri ile aynı ispat gücünden yararlanacaktır (m. 2). Eğer cüzdan, Uluslararası Aile Cüzdanı İhdasına İlişkin Anlaşma uyarınca düzenlenmiş veya Komisyon tarafından onaylanmış kodlama sisteminde yer alan kodları içeriyor ise tercümeye de gerek yoktur. Aksi takdirde bu cüzdanın ibraz edildiği makam, düzenleyen makamdan tercümesini talep edebilir (m.3).

B- KİŞİ HALLERİNE İLİŞKİN İŞLEM ve BELGELER AÇISINDAN TERCÜME ve TASDİK MUAFİYETİ ÖNGÖREN ANLAŞMALAR

Bir ülkede, yabancı bir devletin idari makamı tarafından düzenlenen bir belgeye dayanarak işlem yapılabilmesi için o belgenin resmi tercümesine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu da bir yandan zaman kaybına ve ilâve masrafa, diğer yandan tercümenin sağlıklı bir şekilde yapılıp yapılmadığı konusunda endişe duyulmasına yol açmaktadır[87].

---

[86] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Strasbourg le 23 mars 1977,* s.2.

[87] MASSIP-HONDIUS-NAST, s.33.

Bu nedenle, Komisyon bünyesinde hazırlanan birçok anlaşmada, âkit bir devletin yetkili makamı tarafından düzenlenen idari belgelerin diğer âkit devletlerde kolaylıkla anlaşılmasını sağlamak, böylece tercüme işlemine olan ihtiyacı ortadan kaldırmak için bu belgelerin yeknesak ve çok dilde hazırlanmış matbu formlar kullanılarak düzenlenmesi öngörülmektedir.

1- Yabancı Ülkelerde Kullanılmak Üzere Bazı Nüfus Kayıt Örneklerinin Verilmesi Hakkında 1 Numaralı Anlaşma

Paris'te 27.09.1956 tarihinde imzalanan Anlaşma, Türkiye Cumhuriyeti açısından 16.07.1958 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir[88].

Anlaşmada, doğum, evlilik veya ölüm gibi olayları tespit eden kişi hallerine ilişkin nüfus kayıt örneklerinin, kullanılacakları ülkede tercüme edilmelerine gerek bulunan durumlarda, Anlaşmanın ekinde yer alan çok dilde düzenlenmiş formların 4.maddede öngörülen şekilde doldurulması halinde tercüme edilmeksizin kullanılabileceği kabul edilmiştir (m.1). Düzenleyen makamın mührünü ve imzasını taşıması gereken bu belgeler (m. 3), herhangi bir tasdik işlemine tâbi olmaksızın diğer âkit devletlerde de kabul edileceklerdir (m.5/f.2).

Bu Anlaşma, her ikisine de taraf olan devletler açısından, 08.9.1976 tarihinde Viyana'da imzalanan 16 numaralı Çok Dilde Nüfus Kayıt Örneklerinin Verilmesine Dair Anlaşma ile (m.14) yürürlükten kaldırılmıştır. Bu ikinci Anlaşma, Türkiye Cumhuriyeti açısından 30.6.1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir[89].

1956 tarihli ilk Anlaşmanın uygulanması amacıyla yedi dilde düzenlenen formlar, özellikle vatandaşı olduğu devlet dışında yaşayan kişiler ve onların yaşadıkları ülkelerin yetkili makamları açısından çok büyük kolaylıklar sağlamış ve çok sayıda ülkede kullanılmıştı. Ancak, bir yandan Komisyon'a yeni devletlerin katılımı ve eski Yugoslavya'nın Anlaşmaya taraf olması, ek

---

88 Konvansiyonun Türkçe resmi tercümesi, *Yabancı Memleketlerde Kullanılmak Üzere Verilecek Nüfus Kayıt Hülasası Suretleri Hakkında Anlaşma* şeklinde yapılmıştır (RG 10.04.1958-9881). Konvansiyon (*Convention relative à la délivrance de certains extraits d'actes de l'état civil destinés à l'étranger*), Almanya, Avusturya, Belçika, Bosna-Hersek, Fransa, Hırvatistan, Hollanda, İsviçre, İtalya, Lüksemburg, Makedonya, Portekiz, Sırbistan, Karadağ ve Slovenya açısından da yürürlüktedir.

89 RG 05.02.1985-18657. Anlaşma (*Convention relative à la delivrance d'extraits plurilingues d'actes de l'état civil*), Almanya, Avusturya, Belçika, İspanya, Fransa, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, Portekiz, İsviçre, Slovenya, Hırvatistan, Makedonya, Bosna-Hersek, Sırbistan, Polonya, Karadağ, Moldova ve Lituanya açısından da yürürlüktedir.

dillerin kullanımı ihtiyacını doğurmuştu. Diğer yandan Anlaşma uyarınca kullanılan formlarla 1974 tarihli Uluslararası Aile Cüzdanı İhdasına Dair Anlaşmada kullanılan formlar arasında uyum sağlanmasının da iyi olacağı düşüncesiyle ilk Anlaşmanın revize edilmesi yerine yeni bir Anlaşma hazırlanmasının daha uygun olacağı ifade edilmişti[90].

İkinci Anlaşma, ilk Anlaşmada olduğu gibi, doğum, evlenme veya ölüme ait nüfus kayıt örneklerinin, ilgilinin isteği veya kullanılmasının bir tercümeyi gerektirmesi durumunda, Anlaşmanın ekinde yer alan örnek formlar doldurulmak suretiyle düzenlenmesini öngörmektedir (m.1). Ancak ilk Anlaşma, talepte bulunan kişinin, belgenin tek dilde düzenlenmesi halinde tercümeye ihtiyaç duyulacağını ispat etmesini gerekli kılarken ve bu durumda dahi çok dilde kayıt örneklerinin verilmesini yetkili makamın takdirine bırakırken, ikinci Anlaşma ile bu durumda çok dilde kayıt örneği verilmesi zorunlu kılınmıştır (m.1). Bu değişiklik, ilgililerin çıkarlarının yetkili makamın takdir yetkisine bırakılmaması gereği ile açıklanmıştır[91]. Diğer yandan, ilgilinin bu yönde talepte bulunması halinde de Anlaşma ile öngörülen çok dilde formların düzenlenerek verilmesi zorunludur (m.1). Dolayısıyla ikinci Anlaşma uyarınca, çok dilde form düzenlenmesi için, ilgilinin nüfus kayıt örneğini yabancı bir ülkede kullanacağını ve tercümeye ihtiyaç duyulacağını ispat etmesine gerek bulunmamakta, hatta aynı ülkenin resmi bir makamına sunmak için dahi böyle bir talepte bulunulmasına imkân tanınmaktadır.

İlk Anlaşmada olduğu gibi 1976 tarihli ikinci Anlaşma uyarınca verilen belgeler de, düzenleyen makamın imza ve mührünü taşımak kaydıyla diğer âkit devletlerde herhangi bir tasdik işlemine gerek kalmaksızın geçerli kabul edilecek, belgeyi veren makamın iç hukuku uyarınca düzenlenen belgelerle aynı değerde olacak (m.8) ve bu belgelerden alınan harçlardan daha yüksek harca tâbi olmayacaktır (m.9)[92].

---

[90] Bu ikinci Anlaşmanın hazırlanma gerekçeleri hakkında bkz. *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Francfort le 24 mars 1976 (http://www.ciec1.org/ListeConventions.htm), "A. Genel Olarak"* başlıklı bölüm.

[91] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Francfort le 24 mars 1976,* m.1 ve m.2 ile ilgili açıklamalar.

[92] Harç konusunda ilk Anlaşma, Anlaşma uyarınca düzenlenen belgelerden, belgeyi veren makamın iç hukukuna göre düzenlenen belgelerden alınan harçlarla aynı harçların alınmasını öngörürken (m.6); ikinci Anlaşma, harç konusunda en yüksek sınırın iç hukuk uyarınca verilen belgelerden alınan harçlar olacağını öngörmüştür. Asıl hedeflenen, ister Anlaşma uyarınca, isterse iç hukuk hükümlerine göre düzenlensin bu tür belgelerden hiç harç alınmamasıdır. Ancak âkit devletler açısından bu mümkün olmayınca böyle bir formül oluşturulmuştur (*Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Francfort le 24 mars 1976,* m.7 ve m.10 ile ilgili açıklamalar*).*

2- Evlenme Ehliyet Belgesi Verilmesine Dair 20 Numaralı Anlaşma

Anlaşma, 05.9.1980 tarihinde Münih'de imzalanmış, Türkiye Cumhuriyeti açısından 01.6.1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir[93].

Anlaşma, âkit devletlerin yurt dışında evlenecek vatandaşlarına verecekleri evlenme ehliyet belgeleri açısından yeknesaklık sağlamak ve kişilerin evlenme ehliyetine sahip olduklarının kolay bir şekilde ispat edilmesine imkân tanımak için hazırlanmıştır.

Anlaşmanın ilk maddesi, tüm âkit devletlere, yabancı bir ülkede (âkit olmasa dahi) evlenecek olan ve kendi kanununa göre evlenmek için gerekli koşullara sahip olan vatandaşlarına, Anlaşmanın ekinde yer alan örnek formu doldurmak suretiyle evlenme ehliyet belgesi verme yükümlülüğü getirmektedir.

Âkit devletler, kişisel statü bakımından kendi kanunlarına tâbi olan mülteci ve vatansızlara da bu belgeyi vermekle yükümlüdür (m.2).Maddeye ilişkin açıklamada, mültecilerin ve vatansızların, yerleşim yerlerinin veya mutat meskenlerinin bulunduğu ülkenin vatandaşlarına benzetilmesine yönelik fikrin diğer uluslararası anlaşmalarda da yer aldığı belirtilmiştir[94]. Dolayısıyla "kişisel statü bakımından kendi kanunlarına tâbi olan" ifadesinin, "kendi ülkesinde yerleşim yeri veya mutat meskeni bulunan" kişiler olarak anlaşılması uygun olacaktır. Nitekim vatansız ve mülteciler açısından vatandaşlık yerine kullanılması gereken kriterleri belirleyen MÖHUK m. 4/a hükmünde de, sırasıyla yerleşim yeri, mutat mesken ve dava tarihinde bulunulan ülke kriterlerine yer verilmiştir. Bu nedenle, yabancı bir ülkede evlenmek isteyen ve yerleşim yeri veya mutat meskeni Türkiye'de bulunan vatansız veya mülteciler açısından da evlenme ehliyet belgesinin Türk makamları tarafından verilmesi gerekecektir.

Türkiye Cumhuriyeti, Anlaşmayı onaylarken yaptığı bildirimde (m.8), evlenme ehliyet belgesi verme konusunda, nüfus müdürlüklerinin ve konsoloslukların yetkili olduklarını açıklamıştır.

Evlilik diğer bir âkit devlette kurulacaksa, bu devletin yetkili makamlarının, Anlaşmaya uygun olarak düzenlenen belgeleri kabul etmeleri ge-

---

93 RG 24.10.1988-19969. Anlaşma (*Convention relative à la delivrance d'un certificat de capacité matrimoniale*), Almanya, Avusturya, İspanya, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, Portekiz, İsviçre ve Moldova açısından da yürürlüktedir.

94 *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Munich le 3 septembre 1980,* m.2 ile ilgili açıklamalar.

rekmektedir. Zira kendi vatandaşlarına böyle bir belge verme yükümlülüğü olan devletlerin, diğer devletlerin düzenlediği belgeleri kabul etme yükümlülüğünün de bulunması gerekmektedir[95]. Ancak Anlaşma, evlenmenin yapılacağı yer makamlarına evliliği gerçekleştirme konusunda bir yükümlülük getirmemektedir. Bu makamlar, belgede yer alan verilerin evlenme akdini kurmak için yeterli olmadığı kanısına varırsa ek belge talep edebilir ve evliliğe engel olacak bir durumun tespiti halinde bu işlemi gerçekleştirmeyi reddedebilir[96].

Anlaşmanın ekinde yer alan matbu formda, hem başvuruda bulunan kişi, hem de onun evlenmek istediği kişi ile ilgili bilgiler bulunduğundan, bu kişilerin aynı devlet vatandaşı olması halinde tek bir form doldurulması yeterli olacaktır.

Anlaşma uyarınca düzenlenen belgeler, diğer tüm âkit devletlerde tasdik veya benzeri formaliteye gerek kalmaksızın geçerli olarak kabul edilecektir (m.10).Anlaşmanın eki olan matbu form çok dilde düzenlendiğinden ayrıca tercümeye gerek bulunmamaktadır.

3- Kişi Hallerine İlişkin Belgelerde Kullanılan Kayıtların Kodlanmasına İlişkin 25 Numaralı Anlaşma

06.9.1995 tarihinde Brüksel'de imzalanan anlaşma, 01.12.2004 tarihi itibariyle Türkiye Cumhuriyeti[97] ve Yunanistan açısından yürürlüktedir.

Komisyon bünyesinde hazırlanan ve çok dilde formlar kullanılmasını öngören anlaşmaların Komisyon üyesi olmayan devletler tarafından da imzalanması bu formlarda kullanılan dillerin çoğalmasına yol açmış; ancak formlarda bu yeni ilâveler için yeterince yer kalmayınca formların düzenlenmesinde sorunlar yaşanmıştır. Bunun üzerine formlarda kullanılan her açıklama için şifreli bir kod kullanılması ve bu kodların açıklamalarının Konvansiyonun resmi eki olan sözlükte yer alması fikri geliştirilmiştir[98]. Bu şekilde, kişi hallerine ilişkin belgelerin uluslararası dolaşımı ve anlaşılması kolaylaşmış olacaktır.

---

[95] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Munich le 3 septembre 1980,* m.1 ile ilgili açıklamalar.

[96] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Munich le 3 septembre 1980,* m.1 ile ilgili açıklamalar.

[97] RG 17.06.2003- 25141. *Convention relative au codage des énonciations figurant dans les documents d'état civil*.

[98] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de La Haye le 9 septembre 1994* (*http://www.ciec1.org/ListeConventions.htm*), *"Genel Açıklamalar"* bölümü.

Konvansiyon, 1 numaralı ekinde belirtilen Anlaşmalar[99] ve Tavsiye Kararları[100] çerçevesinde düzenlenmesi gereken formlarda kullanılan terimlere, Anlaşmanın 2 numaralı ekinde yer alan listede belirtilen kod numaralarının verilmesini öngörmektedir (m.1)[101].

Bu çerçevede, Anlaşmanın uygulama alanına giren belgelerde kullanılan terimlere birer kod numarası verilmiş; bu numaralar bir sözlükte gruplandırılmış ve her devletin resmi dilindeki karşılıkları Anlaşmanın ekinde verilmiştir. Bu şekilde, belgenin düzenlendiği dil ne olursa olsun onun içeriğini anlayabilmek mümkün hale gelmiştir. Bu nedenle, âkit devletlerden birinde, bu anlaşmada öngörülen şekilde düzenlenen bir belge, diğer âkit devletlerin nüfus memurları tarafından tercümesi olmaksızın kabul edilecektir (m.2).

Bu Anlaşma, Komisyonun çalışmaları açısından bir dönüm noktası oluşturmuştur. Zira başlangıçta sadece 1 ve 16 numaralı Anlaşmalar çerçevesinde verilen nüfus kayıt örnekleri için öngörülmesine rağmen, Komisyon bünyesinde imzalanan diğer anlaşmaları ve âkit devletlerde verilen diğer belgeleri de kapsayacak şekilde genişletilmesine imkân tanınmıştı[102]. Nitekim sonradan imzalanan 26, 27, 28, 31 ve 32 numaralı anlaşmaların ekinde de kodlama sistemine yer verilmiştir.

---

[99] Bunlar, her ikisi de yukarıda incelenmiş olan, 1 numaralı *Yabancı Memleketlerde Kullanılmak Üzere Verilecek Nüfus Kayıt Hülasası Suretleri Hakkında Anlaşma* ve 16 numaralı Çok Dilde Nüfus Kayıt Örneklerinin Verilmesine Dair Anlaşmadır.

[100] Bunlar, 5 Numaralı *Nüfus Kayıtlarının Uyumlaştırılması Hakkında Tavsiye Kararı* ile 7 Numaralı *Nüfus Kayıt Örneklerinin Uyumlaştırılmasına İlişkin Tavsiye Kararı*dır. Tavsiye kararlarının metinleri için bkz. http://www.ciec1.org/Liste-Recommandations.htm.

[101] Anlaşmanın asıl amacı, Komisyon bünyesinde imzalanan anlaşmalar çerçevesinde yeknesak formlara bağlanmış olan ve diğer âkit devletlerde kullanılmak amacıyla düzenlenen belgeler için kodlama sisteminin geliştirilmesidir. Ancak Anlaşmanın eki olarak düzenlenen sözlük hazırlandıktan sonra, ulusal makamlar tarafından düzenlenen ve uluslararası anlaşmaların uygulama alanına girmeyen belgelerin de bu kodlar kullanılarak veya bunlarda küçük değişiklikler yapılarak kullanılabileceği tespit edilmiş ve âkit devletlere, kendi ülkelerinde kullanılan belgeler açısından da (*document nationaux*) bu kodlama sistemini kullanma imkânı tanınmıştır. Bunun için ilgili devletin, hangi belgeler için bu sistemi kullanacağını, diğer âkit devletlere iletmek üzere, İsviçre Federal Konseyi'ne bildirmesi gerekmektedir. Bu formalite yerine getirildikten sonra, âkit devletler bu şekilde düzenlenmiş formları kabul edeceklerdir (m.1/f.2).

[102] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de La Haye le 9 septembre 1994, "Genel Açıklamalar"* bölümü.

4- Yaşam Belgesi Verilmesine Dair 27 Numaralı Anlaşma

10.9.1998 tarihinde Paris'de imzalanmış olan Anlaşma, 01.9.2004 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti[103] ve İspanya açısından yürürlüğe girmiştir.

Âkit bir devletin ülkesinde oturmayan kişilerin hayatta olduklarının ispatını kolaylaştırmak amacıyla imzalanmış olan Anlaşmanın, daha çok emekli maaşlarının bizzat hak sahiplerine veya onların hayata kalan eş veya çocuklarına ödenmesi konusunda pratik yarar sağlayacağı düşünülmektedir[104].

Anlaşmanın ilk maddesi, tüm âkit devletlere, ülkelerinde oturan kişiler hakkında, diğer âkit devlet makamlarına yaşam belgesi verme yükümlülüğü yüklemektedir. Bu konuda kişinin vatandaşlığı önemli olmadığından, hakkında yaşam belgesi verilecek kişi hiçbir âkit devletin vatandaşı olmasa dahi eğer âkit bir devletin ülkesinde oturuyorsa, o devletin yetkili makamları bu belgeyi vermekle yükümlüdür.

Yaşam belgesi, Anlaşmanın ekinde yer alan matbu form doldurulmak suretiyle düzenlenir (m.5). Belgenin verilme koşulları, belgenin verileceği devletin iç hukuku ile belirlenir (m.3). İç hukuklarda genellikle, belgenin verilmesi, kişinin bizzat belgeyi verecek makama müracaatına bağlanmakta; ancak kişinin hastalığı, yaşlılığı veya diğer meşru sebeplerle hareket etmesinin mümkün olmaması halinde diğer kişilere de bu belgenin verilmesine imkân tanınabilmektedir[105].

Anlaşma uyarınca düzenlenen yaşam belgesi, aksi ispatlanıncaya kadar geçerlidir ve diğer âkit devletler bu belgeyi kabul etmekle yükümlüdür. Ancak bu belgenin, kullanılacağı ülkenin mevzuatı veya uygulamaları ile kabul edilen süreler içinde ibraz edilmesi gerekmektedir (m.2).

Her devlet yaşam belgesi verme konusunda kendi yetkili makamını bildirecektir. Diplomatik veya konsolosluk memurları, görev yaptıkları ülkede yaşayan kendi vatandaşları hakkında, bağlı oldukları devlette kullanılmak üzere yaşam belgesi düzenleyebilirler. Hatta görev yaptıkları ülke mevzuatı engel olmadığı takdirde, yabancılar hakkında da kendi ülkelerinde kullanılmak üzere yaşam belgesi verebilirler (m.4).

Anlaşma uyarınca verilen belgelerde belgeyi düzenleyen kişinin ismi, sıfatı, imzası ve mührü bulunur ve düzenlendiği tarih belirtilir. Belgeler, tüm âkit devletlerde, herhangi bir tercüme, tasdik veya benzeri formaliteye gerek

---

[103] RG 16.03.2004-25404. *Convention relative à la délivrance d'un certificat de vie.*

[104] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale le 10 septembre 1998 à Paris (http://www.ciec1.org/ListeConventions.htm), Genel Açıklamalar* kısmı.

[105] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale le 10 septembre 1998 à Paris,* m. 3 ile ilgili açıklamalar.

kalmaksızın geçerli olarak kabul edilir. Ancak imza veya mührün gerçekliği veya imzalayan kişinin sıfatı konusunda ciddi tereddüt duyulursa, belgeyi veren makamdan doğrulatılabilir (m.11).

C- İDARİ MAKAMLAR ARASINDA BİLGİ DEĞİŞİMİNİ ÖNGÖREN ANLAŞMALAR

İşlem ve belgelerin uluslararası dolaşımı tek başına uluslararası işbirliğini sağlamak için yeterli değildir. Zira her ülkenin kendi yetkili makamı, belirli bir işlemi yapmakta veya karar almakta, bu işlem veya kararlardan diğer ülkelerin yetkili makamları bilgi sahibi olmamaktadır[106]. Diğer yandan, bir işlem yapıldıktan veya bir karar alındıktan sonra onun değiştirilmesi, düzeltilmesi, tamamlanması ihtiyacı ortaya çıkabilir. Her ülkenin makamı kendi yetki alanında kalırsa, bu tür işlemlerin yapılabilmesi için her defasında kişinin bulunduğu ülkeden, düzeltme veya değişiklik yapılması gereken işlemin düzenlendiği veya kararın alındığı ülkeye gitmesi gerekecektir[107].

Bu nedenle, kişilerin kişisel veya ailevi statü ile ilgili işlem ve kararlar açısından yeknesaklığın ve işbirliğinin tam olarak sağlanabilmesi için bu işlem ve kararların diğer devletlerin yetkili makamlarına iletilmesi gerekmektedir.

1- BİLGİ ve BELGELERİN TALEP ÜZERİNE İLETİLMESİNİ ÖNGÖREN ANLAŞMALAR

Bu amaca yönelik tek bir Anlaşma tespit edilebildiğinden aşağıda bu Anlaşma hakkında bilgi verilecektir.

Ahvali Şahsiye ile İlgili Belge Örneklerinin Parasız Verilmesi ve Tasdikten Muaf Tutulması Hakkında 2 Numaralı Anlaşma

26.9.1957 tarihinde imzalanan Anlaşma, Türkiye Cumhuriyeti açısından 14.3.1963 tarihinden itibaren yürürlüktedir[108].

Bu Anlaşma ile âkit devletler, diğer âkit devletlere, bu ülkelerin vatandaşları ile ilgili olarak kendi ülkelerinde düzenlenmiş olan nüfus kayıtlarının örneklerini veya tasdikli suretlerini vermekle yükümlü tutulmuşlardır. Bu belgelerin verilmesine ilişkin talebin idari amaçlı veya fakir veya muhtaç kişilere yardıma yönelik olması gerekmektedir (m. 1).

---

106 MASSIP-HONDIUS-NAST, s. 36.

107 MASSIP-HONDIUS-NAST, s. 36.

108 RG 19.12.1962- 11286. Anlaşma (*Convention relative à la délivrance gratuite et à la dispense de légalisation des expéditions des actes de l'état civil*), Almanya, Belçika, Fransa, Lüksemburg, Hollanda, İsviçre, Avusturya, İtalya ve Portekiz açısından da yürürlüktedir.

Belgelerin verilmesine ilişkin talebin, âkit devletin diplomatik misyon üyesi veya konsolosluğu tarafından üye devletlerin bu konuda yetkili kıldığı makama iletilmesi gerekmektedir. Bu makam, Türkiye açısından, kaydı tutan nüfus memuru olarak belirlenmiştir. Talepte, hangi gerekçe ile belgelerin istendiği sadece "idari" veya "talepte bulunanın fakrühali" ibareleri ile belirtilecektir (m. 2). Bu belgelerin verilmesi, ilgilinin bu devletin vatandaşı olduğunun kabulü anlamına gelmeyecektir (m. 3).

Anlaşma ile verilmesi öngörülen belgelerin herhangi bir tasdik işlemine tâbi tutulmasına gerek yoktur. Dolayısıyla, sadece bunları düzenleyen makamın mührünü ve imzasını taşıması yeterlidir (m. 4).

Anlaşmada, hangi belgelerin Anlaşma kapsamında talep edileceği ve verileceği de ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre, doğum kaydı, bir çocuğun ölü doğduğuna ilişkin kayıt, evlilik dışı doğan çocukların tanınmasına ilişkin kayıt, evlilik, ölüm, boşanma kayıtları ve kişi hallerine ilişkin kararların tesciline ilişkin kayıtlar, Anlaşma kapsamında talep eden makamlara iletilecektir (m. 5).

2- YETKİLİ MAKAMLAR ARASINDA KENDİLİĞİNDEN (TALEP OLMAKSIZIN) BİLGİ DEĞİŞİMİNİ ÖNGÖREN ANLAŞMALAR

a- Evlenme ile Nesep Düzeltilmesi Hakkında 12 Numaralı Anlaşma

Yukarıda (I, A, 3 başlığı altında) incelemiş olduğumuz bu Anlaşma, âkit devletlerin yetkili makamları arasında bilgi değişimini öngören hükümler de içermektedir.

Buna göre, âkit devletlerden birinde bir evlilik işlemi gerçekleştirildiğinde, eğer eşler, ortak bir veya daha fazla çocukları olduğunu ve bu çocuğun (çocukların) doğum belgesinin diğer âkit devletlerden birinde düzenlendiğini bildirirlerse, evlenmenin yapıldığı yerdeki nüfus memuru veya diğer bir yetkili makam, doğrudan veya diplomatik yolla, doğum belgesinin düzenlendiği yerin nüfus memuruna, bu evliliğe bağlı olarak çocuğun nesebinin düzeltildiğinin kayıtlara geçirilmesi konusunda bir bildirimde bulunacaktır[109]. Eğer, nesebin düzeltilmesi, evlenmeden sonra ve bir yargı kararı ile gerçekleşirse, bildirim, yetkili kamusal makamlar aracılığıyla gerçekleştirilir (m. 7). Evlenmenin konsoloslukta gerçekleşmesi halinde bildirimin konsolosluk tarafın-

[109] Çocuğun doğum belgesinin düzenlendiği yer ile tescil edildiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, her iki ülkenin nüfus memuruna da ihbar yapılması gerekecektir (*Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Rome le 9 septembre 1970,* m. 7 ile ilgili açıklamalar).

dan yapılması gerekmektedir[110]. Bildirim, Anlaşmanın ekinde belirtilen, çok dilde düzenlenen matbu form ile yapılır.

Bildirim yükümlülüğünün uygulanması açısından evlenen kişilerin ve çocukların vatandaşlığı önemli olmadığından (m.9), evlenen kişiler veya çocukları âkit devlet vatandaşı olmasalar dahi bu maddede öngörülen bildirimin yapılması gerekmektedir.

b- Kişi Halleri Konusunda Uluslararası Bilgi Değişimi Hakkında 3 ve 26 Numaralı Anlaşmalar

04.9.1958 tarihinde İstanbul'da imzalanan ve Türkiye açısından 08.10.1962 tarihinde yürürlüğe giren 3 numaralı *Ahvali Şahsiye Konusunda Milletlerarası Malumat Teatisi Hakkında Anlaşma*[111], âkit devletlerin ülkesinde nüfus memuru olarak görev yapan kişilere bir yükümlülük yüklemektedir. Buna göre, bu kişiler, düzenledikleri ölüm veya evlilik belgeleri hakkında, sekiz gün içinde, eşlerden her birinin veya ölen kişinin doğduğu yerdeki (bu yerlerin âkit devletlerin ülkesinde olması kaydıyla) nüfus memuruna bilgi vermekle yükümlüdür (m. 1). Bu bilgi, anlaşmanın eki olarak hazırlanan matbu formların doldurularak posta ile gönderilmesi suretiyle iletilir (m. 2)[112].

12.9.1997 tarihinde, Neuchâtel' de, imzalanan 26 numaralı, *Kişi Halleri Konusunda Milletlerarası Karşılıklı Bilgi Verilmesi Hakkında Anlaşma* [113], her iki Anlaşmaya da taraf olan devletler açısından 3 numaralı Anlaşmanın yerini almaktadır (m. 16). Anlaşma, Türkiye Cumhuriyeti ile aynı tarihte Fransa açısından da yürürlüğe girdiğinden, sadece bu iki devletin yetkili makamları açısından 3 numaralı Anlaşma yerine bu Anlaşma uygulanacaktır.

---

[110] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Rome le 9 septembre 1970,* m. 7 ile ilgili açıklamalar.

[111] RG 13.07.1962-11153. Anlaşma (*Convention concernant l'échange international d'informations en matière d'état civil*), Almanya, Belçika, Fransa, Lüksemburg, Hollanda, Avusturya, İtalya, Portekiz, İspanya ve Polonya açısından da yürürlüktedir.

[112] 6 Eylül 1989 tarihinde imzalanan Ek Protokol (Komisyonun 23 numaralı Anlaşması) ile Anlaşma uyarınca yapılması öngörülen bildirimlerin 1 ve 16 numaralı Anlaşmaların ekinde yer alan formlarla veya âkit devletlerin kabul edeceği başka formlarla da yapılabileceği kabul edilmiş; Anlaşmanın ekinde yer alan formların kullanılması durumunda da, bu formlara başka bazı dillerde (İngilizce, İspanyolca, Yunanca ve Portekizce) tercümelerin de eklenmesi kabul edilmiştir. Ek Protokol Türkiye Cumhuriyeti tarafından imzalanmamıştır.

[113] RG 18.03.2004-25406. Anlaşma (*Convention concernant l'échange international d'informations en matière d'état civil)*, Türkiye Cumhuriyeti açısından 01.12.2004 tarihinden itibaren yürürlüktedir.

Bu ikinci Anlaşma, önceki Anlaşma ile öngörülen bildirim yükümlülüğünü daha da genişletmektedir. Gerçekten de, bildirim yükümlülüğü ilk Anlaşmada sadece evlilik ve ölüm olayları için öngörülmesine rağmen, bu son Anlaşmada bunlara ek olarak, tanıma ve boşanma halinde de bildirim yükümlülüğü getirilmektedir[114]. Diğer yandan, ikinci Anlaşma, doğum, evlenme, ölüm ve tanıma işlemlerinde bir düzeltme yapıldığında da, ilgili kişi veya kişilerin doğum yerlerinin (m. 5/f.1) veya ilgili kayıtların tutulduğu (m. 5/f.2) ülkelerin nüfus müdürlüklerine, düzeltilmiş nüfus kayıt örneklerinin gönderilmesini gerekli görmektedir.

Anlaşmanın ilk maddesi, 3 Numaralı Anlaşmadan farklı olarak bildirim yükümlülüğünü, âkit devletlerin sadece *kendi ülkesinde* görev yapan nüfus memurları açısından öngörmemiş, böylece yabancı ülkelerde nüfus memuru olarak görev yapan konsolosluk memurlarını da bildirim yükümlülüğüne tâbi tutmuştur[115].

Diğer yandan, 3 numaralı Anlaşma, âkit devletlere, Anlaşmanın öngördüğü bildirimlerin yapılmasını, ilgilinin o devletin vatandaşı olması koşuluna bağlama yetkisi tanımıştır (m. 1/f.2). Ancak, çifte veya daha çok vatandaşlığa sahip olan ve sınırlar ötesi dolaşan kişilerin sayısının gitgide artması karşısında böyle bir koşulu aramanın yerinde olmayacağı düşüncesiyle 26 numaralı Anlaşmada bu imkân tanınmamış[116]; aksine 6.maddede, hakkında bildirim yapılacak kişinin vatandaşlığının önemli olmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla, ilgili, âkit devletlerden hiçbirisinin vatandaşı olmasa dahi, Anlaşma uyarınca bildirimin yapılması gereken yerler âkit devletlerin ülkesinde bulunuyorsa, bildirim yapılacaktır. Bilgi değişimleri, Anlaşmanın ekinde verilen ve 25 numaralı Anlaşma ile tespit edilmiş olan kodlar kullanılarak hazırlanmış formlar ile gerçekleştirilir.

---

[114] Anlaşmaya göre, bir âkit devletin nüfus memuru, evlilik işlemini nüfusa tescil ettiğinde, eşlerden her birinin doğum yerinin bulunduğu (m.1); bir boşanma (evliliğin butlanı, iptali, yok sayılması gibi evliliği sona erdiren tüm durumlar) kararını tescil ettiğinde, evlenmenin yapıldığı ve eşlerden her birinin doğum yerinin bulunduğu (m.2); bir çocuğun tanınmasına ilişkin işlemi tescil ettiğinde, çocuğun doğum yerinin bulunduğu (m.3), ölüm kaydını işlediğinde, ölen kişinin doğum yerinin bulunduğu, ölen kişi evli ise ayrıca eşinin doğum yerinin bulunduğu ve evliliğin kurulduğu (m. 4) diğer âkit devletlerin nüfus memurlarına buna ilişkin belgelerin birer örneğini, Anlaşmanın ekinde yer alan formları doldurmak suretiyle gönderir.

[115] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de La Haye le 12 septembre 1996 à Rome et complété le 11 septembre 1997 à Neuchâtel* (*http://www.ciec1.org/ListeConventions.htm),* 1. maddeye ilişkin açıklamalar.

[116] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de La Haye le 12 septembre 1996 à Rome et complété le 11 septembre 1997 à Neuchâtel,* 1. maddeye ilişkin açıklamalar.

Anlaşma, âkit bir devletin nüfus müdürü tarafından gerçekleştirilen kayıtların, kendisine ihbarda bulunulan diğer âkit devletler açısından nasıl hukuki sonuç doğuracağı konusunda yeknesak bir düzenleme getirmemiş, ilgili ülkenin mevzuatına gönderme yapmakla yetinmiştir. Gerçekten de Anlaşmanın 7.maddesi, bildirimlerin ve kayıt örneklerinin, gönderilen devletin makamlarınca kendi mevzuatlarına uygun olarak kullanılacağını öngörmektedir. Dolayısıyla, ilgili devletin mevzuatına göre söz konusu kayıtlar, bunları alan nüfus idaresi tarafından kendi ülkesindeki nüfus kaydına bir şerh olarak işlenebilir veya sadece bilgilendirme amaçlı bir ihbar olarak kabul edilebilir[117].

Bu bağlamda, Türk nüfus idarelerinin, âkit bir devletin yetkili makamından kendilerine yapılan ihbarları nasıl değerlendireceklerinin, 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu[118] çerçevesinde belirlenmesi gerekecektir. Kanun'un 35.maddesine göre, "*Kesinleşmiş mahkeme hükmü olmadıkça nüfus kütüklerinin hiçbir kaydı düzeltilemez ve kayıtların anlamını ve taşıdığı bilgileri değiştirecek şerhler konulamaz*". Bu hüküm karşısında, Türkiye'deki nüfus kaydında devam ettiği görülen bir evlilik ile ilgili olarak yabancı bir nüfus idaresinden boşanma veya evliliğin sona ermesine ilişkin bildirimde bulunulsa dahi, nüfus idaresinin bu bildirime dayanarak boşanma veya evliliğin iptalini tescil etmesi mümkün değildir. Nüfus memuru ancak MÖHUK m. 58 uyarınca, söz konusu yabancı mahkeme tarafından verilen boşanma veya evliliğin iptaline ilişkin kararın tanınmasına ilişkin bir Türk mahkemesi tarafından verilen karara dayanarak tescil işlemini gerçekleştirebilir.

Diğer yandan, yurt dışında yapılan evliliklerin Türkiye'deki nüfus kütüklerine tescili için 5490 Sayılı Kanun m. 24/f.2 uyarınca işlem yapılması; tanıma işlemlerinin de m. 28 hükmüne göre gerçekleştirilmesi zorunlu olduğundan, bu işlemlere ilişkin olarak yabancı bir nüfus idaresi tarafından yapılan bildirimlere dayanarak Türkiye'deki nüfus kayıtlarında işlem yapılması mümkün olmayacaktır.

Görüldüğü gibi, Anlaşma uyarınca yapılan bildirimlere dayanarak doğrudan Türkiye'deki nüfus kayıtlarında değişiklik yapılması mümkün olmamakta; yapılan bildirimler sadece bir bilgi niteliğini taşımaktadır. Anlaşma ile amaçlanan yeknesaklığın tam olarak sağlanabilmesi için, en azından mahkeme kararı olmaksızın yapılabilecek nüfusa kayıt işlemleri açısından (evlilik, tanıma, ölüm gibi) yabancı bir nüfus idaresi tarafından yapılan bildirimleri alan nüfus idarelerinin kendiliğinden nüfus kayıtlarında gerekli değişiklikleri yapmaları gibi bir yükümlülük getirilmesi daha uygun olacaktır.

---

[117] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de La Haye le 12 septembre 1996 à Rome et complété le 11 septembre 1997 à Neuchatel,* 7. maddeye ilişkin açıklamalar.

[118] RG 29.04.2006 – 26153.

c- Kişi Halleri Konusunda Elektronik Yolla Uluslararası Bilgi Değişimine İlişkin 30 Numaralı Anlaşma

Anlaşma (*Convention relative à la communication internationale par voie électronique*), 17.9.2001 tarihinde, aralarında Türkiye Cumhuriyeti'nin de yer aldığı altı devlet tarafından imzalanmış, ancak henüz 8.maddesinde öngörülen en az iki devlet tarafından onanmış olma koşulu gerçekleşmediğinden yürürlüğe girmemiştir.

Anlaşma, elektronik iletişim olanaklarında yaşanan gelişmelerden, kişi halleri ve vatandaşlıkla ilgili bilgilerin iletiminde de yararlanılması amacıyla üye devletlerin imzasına açılmıştır.

Anlaşma, âkit devletlere, bilgi verilmesi veya iletilmesi konusunda yeni bir yükümlülük getirmemekte; Komisyon nezdinde şimdiye kadar imzalanmış olan Anlaşmalar uyarınca verilmesi veya iletilmesi öngörülen bilgilerin (m.1) elektronik iletişim imkânları kullanılarak iletilmesine olanak tanımaktadır. Anlaşma, Komisyon tarafından gelecekte hazırlanacak olan, bilgi verilmesi veya iletilmesini öngören anlaşmaları da otomatik olarak kapsayacaktır.

Anlaşmada, söz konusu verilerin iletiminde kullanılmak üzere özel bir yöntem öngörülmemiş, ancak, kullanılacak yöntemlerin taşıması gereken şartlar belirtilmiştir. Buna göre, veri iletimi, iletilen bilgilerin bütünlüğünü ve orijinalliğini, aynı zamanda, iletimin güvenliğini ve gizliliğini sağlayacak şekilde gerçekleştirilmelidir (m. 2). Bu konuya ilişkin Açıklayıcı Rapor' da, bu alanda kullanılan tekniklerin sürekli bir gelişme gösterdiği, ancak, sonradan yaşanacak tüm gelişmelere rağmen, temel vazgeçilmez şartların belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir[119].

Bu şarta uygun olmak kaydıyla, üye devletler, elektronik yolla iletilen verilere, geleneksel yollarla iletilen (kağıt üzerinde yer alan) verilerle aynı hukuki değeri tanıyacaktır (m. 3).

---

[119] Raporda bu şartlara ilişkin kısa açıklamalara da yer verilmiştir. Buna göre, iletilen bilgilerin bütünlüğü ve orijinalliğinin sağlanmasından kastedilen, iletilerin içeriğinin iletim esnasında değiştirilememesi, göndericinin ve alıcının teşhis edilebilmesi ve bu kişilerin, gönderilen ve alınan bilgilerin aynı olduğundan emin olmalarıdır. İletimin güvenliği ve gizliliğinin sağlanmasından kastedilen ise, mesajın, iletim esnasında kaza ile veya bilerek gerçekleşecek her türlü değişikliğe ve bozulmaya karşı korunması ve sadece gönderen ve alıcının erişimine açık olmasıdır (*Rapport Explicatif*, http://www.ciec1.org/ListeConventions.htm, m. 2 ile ilgili açıklamalar).

D- MAHKEME KARARLARININ TANINMASINI KOLAYLAŞTIRMA AMACI TAŞIYAN ANLAŞMALAR

1- TANIMA İÇİN GEREKLİ OLAN TASDİK İŞLEMİNDEN MUAF TUTAN ANLAŞMALAR

Daha önce (II, A, 1 başlığı altında) incelediğimiz 17 numaralı, *Bazı İşlem ve Belgelerin Tasdikten Muaf Tutulması Hakkında Anlaşma,* kapsamına giren konularda verilmiş olan mahkeme kararları açısından da tasdik muafiyeti öngörmektedir.

Anlaşmada öngörülen tasdik muafiyeti, uygulamada en çok yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin davalarda, dilekçe ekinde sunulması gereken belgeler açısından önem taşıyacaktır. Gerçekten de, MÖHUK m. 53 hükmüne göre, gerek tanınması ve/veya tenfizi istenen yabancı mahkeme kararının, gerekse kararın kesinleştiğini gösteren belgenin o ülke makamlarınca usulen onanmış şekilde dilekçenin ekinde mahkemeye sunulması gerekmektedir. Bu hükümde yer alan onay, *apostille* şerhi veya konsolosluk onayı ile sağlanmaktadır[120].

Anlaşma, tasdik muafiyetini mahkemeler tarafından verilen belgeler için de kabul ettiğinden, âkit bir devlet mahkemesi tarafından, Anlaşma ile öngörülen konularda (m.2) verilen mahkeme kararları açısından söz konusu tasdik işlemine gerek kalmayacak, düzenlendiği tarihi, onay, mühür ve imzayı taşıması koşuluyla tasdik şerhi içermeyen mahkeme kararları da tanıma-tenfiz davalarında kullanılabilecektir. Dolayısıyla örneğin, bir Fransız mahkemesi tarafından verilen boşanma kararının tanınmasına ilişkin davada, kararın *apostille* şerhi veya konsolosluk onayı içermeyen aslı sunulabilecektir. Diğer yandan, kararın tercümesi o ülkenin yetkili bir makamı (örneğin noteri) tarafından yapılmışsa, söz konusu tercüme açısından da tasdik şerhine gerek kalmayacaktır.

2- TANIMA KARARINA GEREK OLMADAN MAHKEME KARARLARININ ÂKİT DEVLETLERDE GEÇERLİLİĞİNİ SAĞLAYAN ANLAŞMALAR

a- Ad ve Soyad Değişikliği Hakkında 4 Numaralı Anlaşma

İstanbul'da, 04.9.1958 tarihinde imzalanan Anlaşma, Türkiye Cumhuriyeti açısından 08.10.1962 tarihinde yürürlüğe girmiştir[121].

---

[120] ŞANLI, s. 190; AKINCI- DEMİR GÖKYAYLA, s. 66.

[121] RG 13.07.1962-11153. Anlaşma (*Convention relative au changements de noms et de prénoms*), Almanya, Fransa, Lüksemburg, Hollanda, Avusturya, İtalya, İspanya ve Portekiz açısından da yürürlüktedir.

Anlaşma, yetkili (*idarî veya yargısal*) kamusal makamlar tarafından verilmiş, ad ve soyadı değişikliğine ilişkin nihaî kararların, diğer âkit devletlerde (kamu düzenine aykırı olmamak kaydıyla) kendiliğinden uygulanacağını kabul etmekte ve bu kararların başka hiçbir formaliteye gerek kalmaksızın ilgili kişilerin nüfus kayıtlarının kenarına işleneceğini öngörmektedir (m.1, m. 3).

Anlaşma, kişinin hukuki statüsünde (evlilik, boşanma, evlat edinme, tanıma gibi) meydana gelen değişiklikler veya kayıtlarda yapılan düzeltmeler sonucu gerçekleşen ad-soyad değişikliklerini kapsamına almamakta, sadece yetkili makamlar tarafından alınan kararlar sonucu gerçekleşen değişikliklerle ilgili bir düzenleme içermektedir (m.1).

Anlaşma, âkit devletlere, diğer âkit devlet vatandaşlarının (aynı zamanda kendi vatandaşı oldukları durumlar dışında) ad ve soyadlarında değişiklik yapmama yükümlülüğü de yüklemektedir (m.3). Anlaşma uyarınca, âkit devletlerin, sadece kendi vatandaşları ile kendi ülkesinde yerleşim yeri veya meskeni bulunan vatansızlar veya 1951 Cenevre Anlaşması gereğince mülteci sayılan kişiler hakkında aldıkları ad veya soyad değişikliğine ilişkin nihaî kararlar, diğer âkit devletlerde kendiliğinden icra edilebilir (m.3). Anlaşma uyarınca alınan değişiklik kararının iptal veya feshedilmesi halinde, buna ilişkin kararlar da aynı şekilde diğer âkit devletlerde kendiliğinden uygulanır ve nüfus kaydına işlenir (m.4).

b- Kişi Halleri İşlemlerinin Düzeltilmesi Kararlarıyla İlgili 9 Numaralı Anlaşma

Anlaşma, Paris' te 10.9.1964 tarihinde imzalanmış ve 24.8.1967 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti açısından yürürlüğe girmiştir[122].

Anlaşma, âkit devletlerden birinin yetkili makamı tarafından alınan ve nüfus kayıtlarında yapılan bir hatayı düzeltmeye yönelik kararların (m. 1) diğer âkit devletlere bildirilmesini öngörmektedir. Anlaşmaya göre, bir üye devlette hatalı olarak düzenlenen nüfus kaydında düzeltme kararı almaya yetkili olan makam, sonradan bu hatalı kayda dayanarak diğer âkit devletlerde düzenlenen ve aynı kişiyi veya altsoyunu ilgilendiren işlemlerde yapılan hatayı da aynı kararı ile düzeltme yetkisine sahiptir (m.2/f.1). Bu şekilde, âkit devletlerden birinde alınan düzeltme kararı, ilgili kayıtların bulunduğu diğer âkit devletlerde de herhangi bir formaliteye gerek kalmaksızın uygulanacaktır (m.2/f.2). Bu nedenle, düzeltme kararının alındığı devletin yetkili makamı,

---

[122] RG 21.12.1966-12483. Anlaşma (*Convention relative aux décisions de rectification d'actes de l'état civil*), Almanya, Fransa, Hollanda, İspanya, İsviçre ve Lüksemburg açısından da yürürlüktedir.

bu kararın ve düzeltilen işlemin bir örneğini, kararın uygulanması gereken ülkenin yetkili makamına göndermekle yükümlüdür (m. 2/f.3). Sadece düzeltme kararının ve düzeltilen işlemin sunulması halinde, kararın alındığı ülkenin dışındaki âkit devletlerde tutulan nüfus kayıtlarında gerekli düzeltmeler yapılacaktır (m. 3). Her üye devlet, bu bilgileri göndermeye ve almaya yetkili makamı bildirecek ve bu makamlar kendi aralarında yazışacaklardır (m. 5). Bu makam, Türkiye Cumhuriyeti açısından Adalet Bakanlığı'dır.

Nüfus Hizmetleri Kanunu (NHK) m. 35 hükmüne göre, nüfus kayıtlarında değişiklik yapılması için mutlaka kesinleşmiş mahkeme kararına ihtiyaç bulunduğundan, Türkiye'deki bir nüfus kaydında değişiklik yapılmasına ilişkin kesinleşmiş mahkeme kararı, Anlaşmanın 5.maddesi uyarınca yetkili makam olarak tayin edilen Adalet Bakanlığı aracılığıyla, ilgili hakkında nüfus kayıtlarının tutulduğu diğer âkit devletlerin yetkili makamlarına bildirilecektir. Nüfus Hizmetleri Genel Müdürlüğü veya nüfus müdürlükleri, sadece maddi hataları düzeltme veya tamamlama konusunda yetkili olduğundan (NHK m. 38, m. 39) bu kapsamda alınan kararlar da aynı şekilde diğer âkit devletlerin yetkili makamlarına iletilecektir.

Anlaşma, düzeltme kararının diğer âkit devletlerde uygulanmayacağı bir duruma da yer vermiştir. Buna göre, düzeltme kararı Anlaşmanın sınırlarını aşıyorsa[123] veya kendisi bizzat hata teşkil ediyorsa düzeltme işleminin yapılması âkit devletlerin belirlediği, adli veya idari üst makamın gerekçeli kararı ile reddedilebilir (m. 4). Türkiye Cumhuriyeti bu konuda karar alma yetkisinin mahkemelere ait olduğunu belirtmiştir. Bu karar, düzeltme kararının verildiği devletin yetkili makamına iletilecektir.

c- Evlenme ile Nesep Düzeltilmesi Hakkında 12 Numaralı Anlaşma

Daha önce (I,A,3 başlığı altında) incelemiş olduğumuz Anlaşma, evlilik dışında doğan bir çocuğun, anne babasının sonradan evlenmesi halinde, eşlerden birinin milli hukukuna göre, bu evlilik ile birlikte çocuğun soybağının evlilik içi soybağı olarak kabul edilmesi halinde bu sonucun tüm âkit devletlerde tanınacağını kabul etmektedir (m.1/f.1). Anlaşmada, evlenmeye bağlı olarak gerçekleşen soybağı düzelmesinin mahkeme kararı ile tespit edilmesi gereken durumlarda da bu hükmün uygulanacağı öngörülmektedir (m.1/f.2).

Dolayısıyla, soybağının düzelmesi, evlilik sonrasında alınan bir mahkeme kararı ile gerçekleşmiş olsa dahi nüfus kaydında yapılacak düzeltme için

---

[123] Anlaşmanın 1.maddesinde, düzeltme kararının, ilgilinin kişisel statüsü ile ilgili veya bir asalet unvanını veya onursal sıfatı kullanmaya hakkı olup olmadığının tespitine yönelik olamayacağı, sadece nüfus kaydında yapılan hatanın düzeltilmesine ilişkin olabileceği belirtilmiştir.

ayrıca bir tanıma kararı alınmasına gerek yoktur (m. 6/f.2). Zira Anlaşma uyarınca gerçekleşen soybağı düzeltilmesi, bir mahkeme kararından veya idari bir karardan kaynaklanmamakta, sadece anne babanın evlenmesi ile gerçekleşmektedir. Evlenmeden sonra mahkeme kararı alınması gerekli görülse dahi soybağı bu karar ile düzeltilmemekte, karar sadece evlenme ile gerçekleşmiş olan durumu tespit etmektedir. Âkit devlet nüfus memurlarının nesep düzeltilmesini nüfusa tescil etmeyi reddetmeleri halinde ilgililerin o ülkede dava açarak mahkeme kararı ile tescili sağlamaları da mümkündür[124].

Anlaşma uyarınca, çocuğun doğum kaydının bulunduğu âkit devletin nüfus memuru, soybağı düzelmesinin Anlaşmaya uygun olarak gerçekleştiğini teyit ettikten sonra çocuğun nüfus kaydında gerekli düzeltme işlemlerini gerçekleştirir (m. 6). Burada teyit edilecek husus, soybağı düzelmesinin, Anlaşmanın 1. maddesinde öngörülen koşullara ve varsa 2.maddede öngörülen çekincelere uygun olup olmadığıdır. Eğer nüfus memuru, koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinden emin değilse, bağlı olduğu makama başvurarak denetimin yapılmasını talep edecektir[125]. Eğer kaydın yapılacağı ülke hukukuna göre nüfus idaresi dışında (idari veya adli) bir makam ön denetimi yapıyor, o makamın kararı üzerine nüfus kaydında gerekli düzeltme yapılıyorsa, söz konusu makam tarafından Anlaşmanın koşullarına uygunluk bakımından denetim yapılacaktır. Bu denetim, m.6/f.2 anlamında bir tanıma değildir[126].

Sonuç

Uluslararası Kişi Halleri Komisyonu'nun, aile hukuku alanında âkit devletlerin iç hukuk sistemleri arasında yeknesaklık sağlamaya yönelik anlaşmalarına katılım konusunda, Komisyon üyesi devletler dahi yeterli ilgiyi göstermemiştir. Zira toplumların geleneksel özelliklerinin etkisiyle şekillenen aile hukuku alanında, bu özelliklerin korunması isteği hâkim olmakta ve değişikliklerin benimsenmesi çok kolay olmamaktadır. Türkiye Cumhuriyeti tarafından onaylanmadığı için çalışmamızda değinmediğimiz, *Cinsiyet Değişikliğini Tespit Eden Kararların Tanınmasına Dair* 29 Numaralı ve *Tescilli Birlikteliklerin (partenariat enregistré) Tanınmasına Dair* 32 Numaralı Anlaşmaların onaylanması konusunda devletlerin çekimser davranmalarını bu gerekçe ile de açıklamak kanaatimizce mümkündür.

---

[124] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Rome le 9 septembre 1970*, III, A başlığı altında yapılan açıklamalar (Raporun metni için bkz. http://www.ciec1.org/ListeConventions.htm).

[125] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Rome le 9 septembre 1970*, III, A başlığı altında yapılan açıklamalar.

[126] *Rapport Explicatif adopté par l'Assemblée Générale de Rome le 9 septembre 1970*, III, A başlığı altında yapılan açıklamalar.

Diğer yandan, milletlerarası usul hukuku alanında belirli bir yeknesaklık sağlamayı hedefleyen ve Türk mahkeme kararlarında da uygulamasına rastlanan *Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınmasına Dair Anlaşma*' nın, Türkiye Cumhuriyeti dışında sadece iki devlet açısından yürürlükte olması Anlaşmanın etkinliğini azaltmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti'nin benzer hükümler içeren *Boşanma ve Ayrılık Kararlarının Tanınması Hakkında La Haye Anlaşması'*na taraf olması, Anlaşma ile öngörülen amaçlara ulaşılması açısından çok daha yararlı olacaktır.

Yeknesaklık sağlama amacına yönelik anlaşmaların tersine, Komisyon üyesi olmayan devletler tarafından da onaylanan, âkit devletlerin yetkili makamları arasında işbirliğini sağlamaya yönelik olarak hazırlanan anlaşmaların daha etkin bir şekilde uygulandığını söylemek mümkündür.

Ülkelerarası Evlat Edinme

Sibel ÖZEL, ***

Ülkelerarası evlat edinme meselesi aile hukukunun diğer meselelerine kıyasla daha yeni bir konu olarak ortaya çıkmaktadır.

II. Dünya Savaşından sonra 1970'li yıllara kadar yavaş bir ivme gösteren ülkelerarası evlat edinme vakıaları 1970'lerden sonra hızla artmıştır. Çocukların uzak coğrafi alanlardan ve farklı sosyo-kültürel çevrelerden getirilmesi, ülkelerarası evlat edinme meselesini dünya çapında bir fenomen haline getirmiştir[1].

1980lerle birlikte konunun ciddi insani ve hukuki sorunlar yarattığı anlaşılmıştır. Ulusal ve uluslararası düzeyde hukuki düzenleme eksikliği de bu alanda çok taraflı bir yaklaşım ihtiyacını ortaya koymuştur.

Konunun hassasiyeti hukuki sorunlar yanında insani sorunları da beraberinde getirdiği için uluslararası alanda meselenin ele alınışı bazı ilkelerin önsel olarak kabulünü zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda 1960 yılında İsviçre'nin Leysin kentinde yapılan seminerde ülkelerarası evlat edinmenin temel ilkeleri kararlaştırılmıştır[2]. Bu ilkeler daha sonraki uluslararası metinler için de rehberlik niteliği taşımaktadır.

Benimsenen ilkelerden bazıları şunlardır:

---

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı.

** Öğrencisi ve asistanı olmaktan gurur duyduğum Saygıdeğer Hocam Prof. Dr. Atâ SAKMAR'a sağlıklı ve huzurlu emeklilik günleri diler, her şey için teşekkür ederim.

1 Explanatory Report on the Convention on Protection of Children and Cooperation in Respect of Intercountry Adoption by G. Parra-Aranguren, pr. 6 www. hcch.net (23.04.2009); The Implementation and Operation of the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention: A Guide to Good Practice, s. 21. www.hcch.net (23.04.2009)

2 Bkz. RUHİ, Ahmet Cemal: Türk Hukukunda Evlat Edinme, Ankara 2003, s. 187 vd.

-Evlat edinme çocuğun yararına olmak şartı ile anababa ve yakın akraba bakımlarının yerini doldurmak açısından en iyi seçenektir (1. ilke)

-Bir çocuğun bir kültürden başka bir kültüre götürülmesi her zaman çeşitli riskler taşımaktadır. Bu nedenle çocuğun ülkelerarası evlat edinme işlemine tâbi tutulmasına karar vermeden önce, kendi ülkesinde çocuk için varolabilecek bütün seçeneklerin tam olarak değerlendirilmiş olması gerekmektedir (2. ilke)

-Hukuki olarak evlat edinme işlemi tamamlanmadan önce çocuk ile müstakbel anababanın kültürel yapısını anlayabilecek ve konusunda uzman bir sosyal hizmet bürosuna bağlı bu büronun yönetiminde çalışan bir sosyal hizmet uzmanının denetiminde altı aydan az sürmeyen bir deneme süresi olmalı, daha yetişkin çocukların varlığı durumunda ise bu süre daha uzun olmalıdır (9. ilke)

-Evlat edinmenin her iki ülkede de hukuki geçerliliğe sahip olması gerekmektedir (12. ilke)

Konuyla ilgili rehber ilkeler açısından önemli bir diğer düzenleme de Çocukların Refahı ve Korunması ile Ulusal Düzeyde Evlat Edinme ve Aile Nezdinde Yerleştirmeye İlişkin Sosyal ve Yasal İlkeler Hakkında Birleşmiş Milletler Bildirisidir[3]. Bildiri çocuk açısından birinci derecede önceliğin onun kendi ailesi tarafından bakılıp büyütülmesi olduğunu kabul etmektedir (m. 3).

Çocuğun kendi ailesi tarafından bakımının mümkün ve uygun olmadığı durumlarda çocuğun bakımı aile yakınları tarafından, başka seçeneklercekoruyucu veya evlat edinici- veya gerekli ise uygun bir kurum tarafından üstlenilmelidir (m. 4).

Bir çocuk doğduğu ülkede koruyucu aile veya evlat edinme veya başka türlü bir yerleştirmeye tâbi tutulamıyorsa, milletlerarası evlat edinme, çocuğa bir aile sağlama anlamında iyi bir seçenek olarak düşünülmelidir (m. 17).

Evlat edinme ile ilgili kanunlar çocuk kaçırma veya çocukların kanun dışı yerleştirilmesini yasaklayacak şekilde düzenlenmelidir (m. 19).

Evlat edinme veya yerleştirme işlemleri bu işle ilgilenen kişilerce hiçbir şekilde haksız kazanç aracı haline gelmemelidir (m. 20).

Hiçbir evlat edinme işlemi evlat edinme ile ilgili belgelerin tamam olduğunun ve çocuğun evlat edinilmeye engel halinin olmadığının tespiti yapılmadan değerlendirmeye alınmamalıdır. Çocuğun müstakbel evlat edinenin

---

[3] BM Milletler Genel Kurulunun 3.12.1986 tarihli ve 41/85 sayılı kararı.

ailesine katılabilmesi o ülkeye göçmen olarak gelebilmesi ve ailenin vatandaşlığını alabilmesi için şartların oluşturulması gerekir (m. 22).

Milletlerarası evlat edinmenin kanuni geçerliliğinin ilgili olan iki ülke tarafından da garanti altına alınmış olması gerekmektedir (m. 23).

Bu ilkeler konuyla ilgili uluslararası sözleşmelerde dikkate alınmıştır. Bu alandaki düzenlemeler 1965 tarihli Evlat Edinme ile ilgili Makamların Yetkisi, Uygulanacak Hukuk ve Kararların Tanınmasına Dair Lahey Sözleşmesi[4]; 1967 tarihli Çocukların Evlat Edinmesine Dair Avrupa Sözleşmesi[5]; 1993 tarihli Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesidir[6].

I. 1993 Lahey Sözleşmesi

1993 Lahey Sözleşmesi 1989 tarihli BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 21. maddesine etki tanıyarak ve yine BM Genel Kurulunun 41/85 sayılı kararına atıf yaparak bu alanda benimsenen ilkeleri kabul etmiş ve daha geniş kapsamlı koruma tedbirleri ile ülkelerarası evlat edinme meselesini düzenlemiştir. Bu bağlamda 1993 Lahey Sözleşmesi asgari şartları benimsemiş ancak ulusal hukukları birleştirme hedefi gütmemiştir. Sözleşme evlat edinme ile ilgili farklı hukuk sistemleri arasında işlev görmek üzere şekillenmiştir. Bu açıdan Sözleşme farklı evlat edinme metotlarına izin vermiştir (mahkeme kararı, idari makam kararı veya özel sözleşme gibi)[7].

Sözleşme, başlangıç bölümünde çocuğun asıl ailesinde kalmasının önemini vurgulamış, Menşe Devlette uygun bir aile yoksa o zaman çocuğa ülkelerarası evlat edinme yoluyla bir aile sağlanması gerektiği kabul edilmiştir. Dolayısıyla Sözleşmeye göre âkit devletler çocuğun kendi ailesinde yetişmesi gerektiğini, bu olmazsa ülkedeki diğer yöntemlerin uygulanmasını, ulusal çözüm yöntemlerinin dikkate alınmasından sonra ve sadece çocuğun yüksek menfaatleri bunu gerektiriyorsa ülkelerarası evlat edinmenin düşünüleceğini öngörmüşlerdir.

Çocuğun yüksek menfaatleri kavramı âkit devletleri bazı koruyucu tedbirler almaya mecbur bırakmaktadır. Sözleşmenin başlangıç bölümünde âkit

---

4 The Convention of 15 November 1965 on Jurisdiction. Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoptions. www.hcch.net (23.4.2009).

5 European Convention on the Adoption of Children. http://conventions.coe.int (23.4.2009).

6 Türkiye sözleşmeye taraftır. Türkçe metin için bkz. RG. 19.4.2004-25438.

7 Guide, s. 100.

devletlere çocukların kaçırılmasının, satımının veya ticaretinin önlenmesi ile ilgili olarak koruyucu tedbirler alma yükümlülüğü yüklenmiştir. Buna göre çocuğun asıl ailesinin istismar edilmesi ve baskıya maruz kalması önlenmeli; sadece aileye ihtiyacı olan çocukların evlat edinilmesi sağlanmalı, evlat edinme işleminde mali çıkar elde etme imkanı ortadan kaldırılmalıdır[8].

Sözleşme ülkelerarası evlat edinme ile ilgili kuralları belirlerken, Sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilen evlat edinmelerin bütün âkit devletlerde tanınmasını da sağlamaktadır (m. 1).

Sözleşme mutat meskeni bir Akit Devlette (Menşe Devlet) bulunan bir çocuğun, mutat meskeni diğer bir Akit Devlette (Kabul Eden Devlet) bulunan bir kişi veya eşler tarafından menşe devlette evlat edinildikten sonra veya kabul eden devlette veya menşe devlette yapılacak bir evlat edinme için kabul eden devlete götürülmüş olması, götürülmekte olması veya götürülecek olması hallerinde uygulanacaktır (m. 2(1)). Dolayısıyla Sözleşmenin uygulanabilmesi için hem çocuğun mutat meskeninin bir âkit devlette olması hem de müstakbel evlat edinecek ailenin mutat meskenin bir âkit devlette olması gerekmektedir . Bu noktada tarafların vatandaşlığı önemli değildir [9]. Evlat edinme işlemine aracılık eden Merkezi Makamlar tarafların mutat meskenlerinin bulunduğu ülkenin Merkezi Makamlarıdır[10]. Dolayısıyla Almanya'da mutat meskeni olan Türk vatandaşı bir çocuğun evlat edinilmesi işleminde Menşe ülke çocuğun mutat meskeninin bulunduğu Almanya'dır.

1993 Lahey Sözleşmesi devamlı bir ilişki kuran evlat edinmeler hakkında uygulanmaktadır (m. 2(2)). Çocuk ile anababa arasındaki devamlılık ilişkisi çocuğun yüksek menfaatleri açısından bir zorunluluk olarak görülmektedir. Zira sınır ötesi gerçekleşen bir evlat edinme işleminde hem fiziksel hem de psikolojik olarak çocuğun evlat edinen aile içinde devamlı (sürekli) bir yerinin olması gerekmektedir[11]. Dolayısıyla çocuk ile anababa arasında devamlı bir ilişki kuran bütün evlat edinme modelleri Sözleşme kapsamına dahildir. Bu durumda çocuğun asıl ailesiyle ilişkisinin tümüyle yada kısmen kesilmesine bakılmayacaktır. Buna karşılık evlat edinme adı altında çocuk ile anababa arasında sürekli bir ilişki kurmayan evlat edinmeler de Sözleşme kapsamı dışında kalacaktır[12].

Sözleşmeye göre evlat edinme menşe devlette gerçekleşebileceği gibi kabul eden devlette de gerçekleşebilir. Her iki durumda da menşe devleti yetkili

---

8 Guide, s. 32-33.

9 Explanatory Report, pr. 77.

10 Guide, s. 106.

11 Explanatory Report, pr. 89.

12 Id. pr. 94.

makamları çocuğun evlat edinilmeye uygun olduğunu tespit edecek; çocuğun menşe devlette yerleştirilme imkânlarını inceledikten sonra ülkelerarası bir evlat edinmenin çocuğun yüksek yararına olacağını tespit edecektir. Evlat edinme için zorunlu olan muvafakatleri verecek kişi ve kurumlarla istişare yapılmalı, çocuğun gerçek ailesinin rızasının sonuçları hakkında kendilerine bilgi verilmelidir (m. 4). Sözleşme alınacak muvafakatlerin para veya herhangi bir bedel karşılığı elde edilmemiş olmasını ve muvafakatlerden vazgeçilmemiş olmasını şart koşmakta ve annenin rızasının doğum öncesi alınmasına da izin vermemektedir (m. 4 (c)(3)(4)).

Sözleşmeye göre çocuğun evlat edinilmeye uygun olup olmadığı Menşe ülkesinin vereceği bir karara bağlıdır. Dolayısıyla Sözleşme bu noktada herhangi bir kriter belirlememektedir. Bu durumda tümüyle Menşe Devletinin kendi hukuku uygulanacaktır. Bu hukuk içine kanunlar ihtilafı kuralları da girmektedir[13]. Bu itibarla menşe devleti ülkesi kanunlar ihtilafı kuralları çocuğun evlat edinilebilmesi için gereken şartları milli hukuk bağlamında ele almakta ise o zaman çocuğun vatandaşlığı önem arzedecektir.

Sözleşme evlat edinme işleminin gerçekleşmesi açısından Kabul Eden Devletin yetkili makamlarının da bazı tespitleri yapmış olmasını şart koşmaktadır. Buna göre evlat edinecek olan ebeveynin evlat edinme vasıflarına sahip olduğu; gerekli görüldüğü takdirde evlat edinecek ebeveyn ile istişarede bulunulduğu; çocuğun bu devlete girmesine ve orada sürekli ikamet etmesine izin verilmiş yada verilecek olmasının tespiti gerekmektedir (m. 5).

Sözleşme ülkelerarası evlat edinmenin gerçekleştirilmesi için her Akit Devlette Merkezi Makam tayinini zorunlu kılmıştır (m. 6). Merkezi makamlar yanında yetkilendirilmiş organların da evlat edinme prosedüründe aracılık edebileceği kabul edilmiştir (m. 9,10,11). Ancak yetkilendirilmiş organlar Merkezi Makamların bütün yetkilerine sahip değildir. Madde 7,8,33'deki işlevler yetkilendirilmiş organlarca kullanılmaz[14].

Ülkelerarası evlat edinme işleminde bir Akit Devlette mutat meskeni bulunan kişiler, diğer bir Akit Devlette mutat meskeni olan bir çocuğu evlat edinmek istediğinde kendi mutat meskenlerinin bulunduğu ülkenin Merkezi Makamına başvuracaktır (m. 14).

Kabul Eden devletin Merkezi Makamı başvuruda bulunanların evlat edinme ehliyetine sahip olduğuna kanaat getirirse bu kişilerle ilgili bir rapor hazırlayacak ve Menşe Devleti Merkezi Makamına iletecektir (m. 15).

Menşe devleti Merkezi Makamı çocuğun evlat edinilmeye müsait oldu-

---

[13] Guide, s. 107.

[14] Guide, s. 55.

ğuna kanaat getirirse çocuğun kimliği, ailevi geçmişi, sağlık geçmişi ve özel bir ihtiyacı varsa onun hakkında rapor düzenleyecektir. Raporda çocuğun yetişme koşulları, etnik, dini, kültürel geçmişi göz önünde bulundurulacaktır.

Merkezi Makam çocuk hakkında gerekli muvafakatlerin alındığının tevsikini ve çocuğun yerleştirilme sebepleri hakkındaki raporunu Kabul Eden Devlet Merkezi Makamına yollayacaktır (m. 16).

Evlat edinme prosedüründe çocuğun Menşe Devletinde, evlat edinecek olan ebeveyne teslimi özellik arzettiği için bazı şartlara tâbi tutulmuştur (m. 17):

1. Kabul Eden Devletin Merkezi Makamı evlat edinecek olan ebeveynin muvafakatini almış olmalı

2. Menşe Devlet Merkezi Makamı veya bu devletin hukuku onaylamayı zorunlu kılıyorsa, Kabul Eden Devletin Merkezi Makamı tarafından da karar onaylanmış olmalı

3. Her iki devletin merkezi makamı evlat edinme işleminin yürütülmesi konusunda anlaşmış olmalı

4. Evlat edinecek ebeveynin evlat edinmeye ehliyetli ve elverişli ve çocuğun Kabul Eden Devlete girmesine ve orada sürekli ikametine izin verildiğini tespit edilmelidir.

Ancak bu koşullar sağlanmış ise çocuğun nakli gerçekleşebilecektir. Her iki devletin merkezi makamları bu yer değiştirmenin güvenli ve uygun şartlarda ve mümkünse evlat edinen veya edinecek olan ebeveynin refakatinde gerçekleşmesini sağlayacaktır (m. 19(1)(2)).

Sözleşme evlat edinme işleminin hem Menşe devlette hem de Kabul Eden Devlette yapılabilmesine izin vermiştir. Dolayısıyla evlat edinme işlemi çocuğun Kabul Eden Devlete naklinden önce yapılabileceği gibi, nakilden sonra da yapılabilir. Ancak Menşe devlet, evlat edinme işlemi yapılmadan çocuğun ülke dışına çıkmasına yasak koyabilir (m. 28)[15]. Sözleşme böyle bir yasağa engel olmamıştır.

Buna karşılık çocuğun Kabul Eden Devlete naklinden sonra fakat evlat edinme işlemi yapılmadan önce, Kabul Eden Devletin Merkezi Makamı çocuğun evlat edinecek ebeveynin yanında kalmasının onun yüksek menfaatine uygun olmadığına kanaat getirirse çocuğun aileden alınması, başka bir aileye yerleştirilmesi ve gerekirse Menşe Ülkeye dönmesi dahil her türlü tedbiri alacaktır (m. 21).

---

[15] Guide, s. 100.

Sözleşmenin getirdiği en önemli yeniliklerden biri evlat edinme işleminin âkit devletler arasında otomatik olarak tanınmasıdır. Evlat edinme işleminin yapıldığı devletin yetkili makamı tarafından tevsik edilen bir evlat edinme işlemi diğer âkit devletlerde kanunen tanınacaktır (m. 23(1)). Evlat edinme işlemi hangi ülkede tamamlanırsa o ülkenin yetkili makamı bir uygunluk belgesi düzenleyecektir. Evlat edinen ebeveyne belgenin orjinali verilecek, her iki ülkenin Merkezi Makamına da birer suretleri gönderilecektir. Bazı ülkelerde belge otomatik olarak verilmekte, bazı ülkelerde ise evlat edinenlerin başvurusu gerekmektedir[16].

Kanunen gerçekleşen tanıma ancak kamu düzenine açıkça aykırılık varsa reddedilecektir. Kamu düzenine açıkça aykırılık da çocuğun yüksek menfaatleri dikkate alınarak belirlenecektir (m. 24).

II. Türkiye'nin Sözleşmeye Uyum Amacıyla Çıkardığı Tüzük

Türkiye Sözleşmenin uygulanmasıyla ilgili olarak "Küçüklerin Evlat Edinilmesinde Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük"[17] çıkarmıştır.

Tüzük'de de ülkelerarası evlat edinmede kabul edilen genel ilke tekrar edilmiş ve öncelikle çocuğun kendi ülkesinde evlat edinilmesi benimsenmiştir. Ülkesinde evlat edinilecek veya yanına yerleştirilecek kişi ya da eşler bulunmadığı takdirde ülkelerarası evlat edinme sözkonusu olacaktır.

Tüzük Sözleşmede öngörülen merkezi makam olarak Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Çocuk Hizmetleri Dairesi Başkanlığını öngörmüştür.

Türkiye'de ikamet eden bir küçüğü evlat edinmek isteyenler yerleşim yeri yurt dışında olan Türk vatandaşları ya da yabancı devlet vatandaşları ise Kabul Eden Devletin merkezi makamına başvuracaktır. Türkiye'de bir yıldan fazla süreyle oturma izni almış olan yabancı ülke vatandaşları ise bulundukları yerin İl Müdürlüğüne yazılı olarak başvuruda bulunacaktır (Tüzük m. 5). Uygulamada yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşları da evlat edinme başvurularını doğrudan Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğüne yapmaktadırlar. Ancak Lahey Sözleşmesine göre yurt dışında yaşayan Türk vatandaşları yaşadıkları ülkenin Merkezi Makamına durumu bildirmelidir.

---

16 Guide, s. 90.

17 RG. 15.3.2009-27170.

Türkiye'de evlat edinme başvurularının çok olması ve uzun süre beklenmesi nedeniyle 1.9.2004 tarihinden itibaren yapılan başvurularda yurt dışında yaşayan Türk vatandaşları da dahil olmak üzere yabancı ülke vatandaşlarının yanına Lahey Sözleşmesinde belirtilen koşulları taşıyan yani Türkiye'de evlat edinilemeyen çocuklar yerleştirilmektedir.

Türkiye'de aile yanına yerleştirilemeyen çocuklar

1. Çeşitli doğum kusurları olan (tavşan dudaklı, yarık damaklı gibi) çocuklar

2. Sürekli tedavi gerektiren sağlık sorunları olan (kalp, böbrek rahatsızlığı gibi) çocuklar

3. Çeşitli özürleri (fiziksel, zihinsel vb) olan çocuklar

4. Yaşının büyük olması ve kardeşinin bulunması nedeniyle evlat edinilemeyen çocuklar

olmaktadır.

Ancak 3 yaşından büyük çocukları evlat edinecek ailelerde eşlerden birinin Türkçe bilmesi şartı aranmaktadır. Bunun yanında okul dönemine başlamış çocukların hem aile yaşantısına, hem anne baba adaylarına, hem de sosyal çevre ve yeni bir dile uyum sağlama konusundaki güçlükleri nedeniyle başka bir ülkeye gönderilmeleri konusu daha ayrıntılı incelenmekte ve her durumda onaylanmamaktadır.

Yabancı ülke vatandaşı olup Türkçe bilmeyen kişiler yaşlarının da uygun olması halinde yalnızca 0-3 yaş grubu çocukları evlat edinebilmektedirler.

Türkiye'deki bir çocuğun evlat edinilmesi başvurusu yapıldığında Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü, Kabul Eden Devletin Merkezi Makamından evlat edinecek kişi ve eşler hakkında sağlık geçmişleri, sosyal çevreleri, evlat edinme sebepleri, evlat edinme ehliyetine sahip ve elverişli oldukları, ülkelerarası evlat edinmeyi üstlenme yeteneklerinin bulunduğunu ve evlat edinmek istedikleri çocukta aradıkları özellikleri belirten sosyal inceleme raporu ile dayandığı belgelerin yer aldığı dosyanın hazırlanmasını talep etmektedir (Tüzük m. 16(3)).

Kabul Eden Devletin Merkezi Makamının başvuruda bulunan kişilerin yanına evlat edinilmek üzere küçük yerleştirilmesinde sakınca bulunmadığını onaylaması halinde dosya sıralamaya alınmaktadır (Tüzük m. 16(4)).

Başvurularda yerleşim yeri yurt dışında olan Türk vatandaşları ile doğumla Türk vatandaşı olup da İçişleri Bakanlığından aldıkları izinle vatan-

daşlıktan çıkanlar ve evlat edinilecek küçük ile dil birliği ve kültürel yakınlığı bulunan kişi ve eşlere sıralamada öncelik verilecektir (Tüzük m, 16(4)).

Türkiye'deki Merkezi Makam da evlat edinmenin uygunluğu ile ilgili bir rapor hazırladıktan sonra küçüğün teslimi sözkonusu olacaktır. Ancak bundan önce Sosyal Hizmet ve Çocuk Esirgeme Kurumu ile Kabul Eden Devletin Merkezi Makamı arasında küçüğün evlat edinilmesi konusunda bir anlaşma sağlanmış olmalıdır (Tüzük m. 16(8)).

Tüzük küçüğün evlat edinecek olan kişi veya aileye yerleştirilmesinde geçici bakım sözleşmesinin imzalanmasını öngörmektedir. Geçici bakım sözleşmesi evlat edinme başvurusu uygun görülen kişilerin yanına küçük yerleştirilmeden önce bu kişilerle imzalanan sözleşmeyi ifade etmektedir. Bu sözleşmenin imzalanmasından sonra evlat edinilecek küçük en az bir yıl süreyle bakım ve eğitimi için uygun görülen kişi veya eşlerin yanına yerleştirilecektir (Tüzük m. 11). Bir yıllık geçici bakım sözleşmesi imzalandıktan sonra Merkezi Makam yani Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü gözetim ve denetiminde küçük evlat edinecek kişi veya eşlere teslim edilecektir (Tüzük m. 17) Evlat edinecekler geçici bakım sözleşmesi ile birlikte yurt dışına çıkmadan önce İl Müdürlüğüne bilgi vereceklerdir. İl Müdürlüğü durumu Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna iletecektir. Çocuk Esirgeme Kurumu da gidilen ülkenin (kabul eden devlet) Merkezi Makamı ile işbirliği yaparak izlemede bulunacaktır.

Küçük evlat edinecek olanların refakatinde güvenli ve uygun koşullarda Kabul Eden Devlete gönderilecektir (Tüzük m. 17(2)).

Bu bir yıllık izleme süreci içinde Kabul Eden Devletin Merkezi Makamından evlat edinilecek küçük için gerekirse yasal temsilci tayini istenebilir. Bu temsilcinin yetkisi sağlık ve eğitim konularının takibi yetkisi ile sınırlıdır (Tüzük m. 17(3)).

Sözkonusu 1 yıllık izleme süresi içinde evlat edinecek kişi veya eşler Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ve Kabul Eden Devletin Merkezi Makamının bilgisi olmaksızın yerleşim yerlerini değiştiremezler ve onay almaksızın da ülke dışına çıkamazlar (Tüzük m. 17(4)).

Küçüğün evlat edinecek kişi yada ailenin yanında sürekli kalmasının onun yüksek menfaatine uygun olmadığı tespit edildiğinde Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kabul Eden Devletin Merkezi Makamından küçüğün aileden geri alınmasını ve öncelikle geçici bakımının sağlanmasını isteyecektir. Kabul Eden Devlet ülkesi içinde öncelik verilerek yanına yerleştirilecek başka kişi veya aile yoksa küçüğün Türkiye'ye güvenli bir şekilde dönmesi sağlanacaktır (Tüzük m. 18(1)).

Türkiye'de yaşayan kişilerin yabancı ülkeden evlat edinmek istemeleri halinde de başvuru yapacak kişiler bulundukları yerin İl Müdürlüğüne yazılı olarak müracaat edeceklerdir. İşlemler Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ile küçüğün bulunduğu ülkenin Merkezi Makamının işbirliği yapılarak tamamlanacaktır (Tüzük m. 19).

III. Sözleşme Dışı Ülkelerarası Evlat Edinme

Sözleşme kapsamı dışında kalan evlat edinme işlemleri hangi ülkede yapılıyorsa o ülkenin hukuku çerçevesinde gerçekleşecektir. Bu durumda önemli olan husus yabancı ülkelerde gerçekleşen evlat edinme işlemlerinin Türkiye'de tanınması meselesidir. Bu noktada Nüfus Hizmetleri Kanunu[18] gerekli düzenlemeleri yapmıştır. Yurt dışında yabancı makamlar önünde yapılan evlat edinme işlemleri asli şartlar bakımından Türk mevzuatına uygun olmak şartıyla Türkiye'de geçerlidir (m. 30(1)). Türk mevzuatı içinde MÖHUK m. 18 de yer almaktadır. Ancak yabancı ülkede yapılan evlat edinme işlemi Türkiye'de otomatik olarak tanınmayacaktır. Bunun için ayrıca Türk mahkemesinden bir tanıma kararının alınması şarttır. Nüfus K'na göre evlat edinme olaylarına ilişkin yabancı adli veya idari makamlarca verilen ve o ülkenin hukukuna göre kesinleşmiş veya kesin hüküm gibi sonuç doğuran karar ve belgelerin Türkiye'de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz veya tanıma kararına bağlıdır (m. 30(2)). Ancak MÖHUK'daki tanıma ve tenfizden farklı olarak sadece kesinleşmiş mahkeme kararları değil, kesin hüküm gibi sonuç doğuran idari belgelerin de Türkiye'de tanınması mümkün hale gelmiştir.

---

[18] RG. 29.4.2006-26153.

İnternet Alan Adlarının (Domain Names) Kullanımından Doğan Haksız Rekabet Halleri ve Uygulanacak Hukuk

*Ayşe İpek SARIÖZ**

I. Giriş

Günümüzde ticari faaliyetler, gerek ulusal gerekse uluslararası piyasalar açısından mümkün olduğu kadar geniş bir alanda etkili olabilmek amacıyla, internet üzerinden gerçekleştirilen işlemler vasıtasıyla yürütülmektedir. Bu yeni teknoloji ticari hayat açısından gün geçtikçe artan bir öneme sahip olmakta, ticari hayatı adeta hakimiyeti altına almaktadır. İnternet üzerinden yapılan işlemler gittikçe yaygınlaşmakta ve hızla gelişen bu teknoloji doğası gereği kendine özgü bir takım yeni ve karmaşık hukuki ilişki ve sorunların doğmasına yol açmaktadır.

Bu bağlamda ortaya çıkan elektronik ticaret kavramı birçok ülkede yeni hukuki düzenlemelerin yapılmasına da neden olmuştur. Zira internet, dünyanın herhangi bir yerinde yaşayan kişilerin ortak bir alanda iletişim kurmalarını sağlamakta ve bu yönüyle geleneksel ticari hayatın gereklerinden apayrı kural ve düzenlemelerin yapılmasını gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda, alan adları ile ilgili açıklamalardan önce, kısaca internet ve elektronik ticaret kavramlarından bahsetmek gerektiği düşüncesindeyiz.

İnternet (*interconnected network*), birden fazla haberleşme ağının (*network*) birlikte meydana getirdikleri metin, resim, müzik, grafik ve benzeri dosyalar ile bilgisayar programlarını kısaca tüm insanlık bilgisinin ve yaratımının paylaşıldığı ve bilgisayarlar arasında karşılıklı olarak iletildiği bir ağdır.[1] İnternet ağına bağlı bilgisayarlar birbirleriyle bir takım sayı ve proto-

---

* Arş. Gör., Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

1 **Ali Osman Özdilek**, İnternet ve Hukuk, 1. Basım, Papatya Yayıncılık İstanbul 2002, s.13; **Philippe Gilliéron,** Les noms de domaine: Possibilités de protection et de résolution des conflits, Revue de droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence, Zurich (=sic!) 2/2000, s. 71-83, makalenin inter-

koller yardımı ile iletişim kurarlar (*TCP/IP*[2] *Protokolleri*). Bu şekilde internet üzerinden bir bilgisayardan diğerine elektronik posta gönderimi, haber grupları ve forumlar oluşturmak, video konferanslar düzenlemek, bilimsel eğitim için gerekli verileri paylaşabilmek, reklam ve tanıtım faaliyetlerinde bulunmak ve çeşitli ticari amaçlarla bazı hizmetler sağlamak gibi pek çok şey yapılabilmektedir. Konumuz açısından önemli olan internet üzerinden yapılan ticari işlemlerdir.

Elektronik ticaret, yazı, ses ve/veya görüntü şeklindeki verilerin, elektronik ortamda işlenmesi ve iletilmesi suretiyle gerçekleştirilen ticari işlemlerin bütünü olarak tanımlanmaktadır.[3] Gündelik hayattaki ticari faaliyetlerin kapsamı da göz önünde tutulacak olursa, elektronik ticaret kavramı, "mal ve hizmetlerin, gelir elde etmek amacıyla, internet ve dolayısıyla elektronik (sanal) ortamda el değiştirmesi" olarak ifadesini bulmaktadır.[4]

Elektronik ticaret, ticari aktörlerin internet üzerinde kendi adlarına kurdukları siteler vasıtasıyla yapılmaktadır. Dünyanın her yerinden internet ağına (*world wide web*) bağlanabilen bilgisayar kullanıcıları, internette var olan siteler ve bu sitelerin içerdiği sayfalar üzerinden istedikleri işlemleri yapabilmekte ve aradıkları ürün ya da hizmete erişebilmektedir. Çalışmamızın konusunu oluşturan alan adları işte bu site ve sayfalara erişim açısından önem taşımaktadır. Elektronik ortamda gerçekleştirilen ticaretin kaynağını oluşturduğu hukuki sorunlardan birçoğu alan adlarının kullanımından doğmaktadır.

---

net erişim adresi: http://bccc.ch/medias/Articles_BCCC/PG-A-E6E7-2000-sic-Les_noms_de_domaine.pdf.

[2] **Özdilek**, s. 16; TCP (Transmission Control Protocol) /IP (Internet Protocol) internet ağında kullanılan tüm protokollerin oluşturduğu ortak kümeye verilen genel isimlendirmedir; TCP ve IP isimleri yalnız başlarına küme içinde birer protokol adıdır. Teknik açıdan bakıldığında, TCP/IP ve internet hemen hemen aynı anlama gelmeye başlamıştır. IP bilgisayarlar arasında veri iletişimini sağlar.

[3] **Hatice Özdemir Kocasakal**, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, Vedat Kitapçılık İstanbul 2003, s. 5.

[4] **Özdemir Kocasakal**, s. 9. UNCITRAL (United Nation Commission on International Trade Law) Elektronik Ticaret hakkındaki Model Kanunun (1996) 1.maddesinde de ticari faaliyetten bahsedilmiş ve ticari faaliyetin, sözleşmesel olup olmadığına bakılmaksızın ticari niteliği haiz tüm ilişkilerden doğan bütün meseleleri kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği ifade edilerek ticari faaliyete ilişkin bazı örnekler verilmiştir: *"any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road".*

İnternet alan adlarını ele alacağımız bu çalışma içerisinde öncelikle alan adlarının tanımı ve özelliklerinden daha sonra alan adının haksız kullanımı sonucu ortaya çıkan ve haksız rekabet hükümlerine aykırılık teşkil eden durumlardan ve son olarak da bu gibi durumlarda uygulanacak hukukun tespitine ilişkin değerlendirmelerden bahsedeceğiz.

II. ALAN ADININ TANIMI ve HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Alan Adının Tanımı ve Özellikleri

Alan adları başlangıçta sadece internet erişimini kolaylaştırmak için düşünülmüşken, sonradan ticari alanda iş yerini belirleyen bir kimlikle eş değer hale gelmiştir.[5] Bu nedenle alan adının hem ticari hem de hukuki değeri gün geçtikçe artmaktadır.

Alan adı, teknik olarak, internetin sağladığı hizmetlerden sadece biri olan *world wide web*'e (*www*) dahil bir bilgisayarın (*web server*) bir çeşit adresidir. Bu anlamda alan adları internet sayfalarına ulaşmak için kullanılan ve bu sayfaları birbirlerinden ayırmaya yarayan adreslerdir.[6] *World wide web*, internete bağlı çeşitli bilgisayarların ortak bir dilde (*Hypertext Markup Language - HTML* formatında) sundukları bilgi içeriklerinden yani ağ (*web)* sitelerinden oluşmaktadır.[7] İnternete bağlı her sitenin kendisine özgü bir adresi vardır. Bunlar IP adresi olarak adlandırılır ve bilgisayarlar arasında iletişim yapılırken veri paketlerinin adreslenmesinde kullanılırlar. Bir adres 32 bitlik bir sayıdır. 32 bitlik IP adresleri gösterimi ve yazımı kolay olsun diye, aynı zamanda ağ yönetimi için sağladığı kolaylıklardan dolayı her biri noktalarla ayrılan 8 bitlik dört parçaya bölünmüştür. Kullanıcı düzeyinde sayısal IP adreslerini akılda tutmak çok zordur. Bu nedenle IP adresleri "*Domain Name System*" (*DNS - Alan Adları Sistemi*) ile simgesel olarak isimlendirilmiştir.[8]

---

[5] **Tekin Memiş,** Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar, makaleye erişim adresi: www.teknoturk.org/docking/yazilar/tt000116-yazi.htm. *(Yazarın internette yayımladığı bu makalesinde sayfa numaralandırılması yapılmadığı için, sayfa sayısına atıf yapılamamaktadır.)*

[6] **Christiane Féral-Schuhl,** Cyber Droit, 3ème Edition, Dalloz Paris 2002, s. 233, **Matthias Stecher,** Unfair Competition and Trademarks on the Internet, Kluwer Academic Publishers, London 1999, s. 5.

[7] **Füsun Nomer,** İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler İle Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, s. 396.

[8] Örneğin 179.23.45.0 adresine simgesel olarak "itu.edu.tr" adı verilirse bunu akılda tutmak kullanıcı açısından daha kolay olacaktır (**Özdilek**, s. 128). **Memiş'e göre**, *"teknik bakımdan alan isimlerinin birbiri ile karışması veya birden fazla alan*

Sonuç olarak, Alan Adları Sistemi, okunması ve akılda tutulması kolay olan ve genelde aranan adres sahipleri ile ilişkilendirilebilen simgesel isimlerle yapılan adreslemede karşılığı olan IP adreslerini bulan ve kullanıcıya veren sistem; alan adı ise bu IP adreslerine verilen isimdir.[9]

Alan adları Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD.) Ulusal Bilim Vakfı'nın (NSF) finansörlüğü ile çalışan Network Solutions Inc. (NSI) tarafından tahsis edilmektedir. IP adresleri ise, 1997 yılından itibaren, yine ABD.'de İnternet Tahsisli Sayılar Kurumu (*Internet Assigned Numbers Authority - IANA*) tarafından verilmektedir. Bu iki kuruluşun yetki alanı, Kuzey ve Güney Amerika, Sahra Afrikası ve Karayipler'dir. Avrupa'da ise alan adlarının tahsisi RIPE (*Réseaux Internet Protocol Européens*) tarafından yapılırken, bu iş Asya – Pasifik bölgesinde APNIC (*Asia - Pacific Network Information Center*) yürütmektedir.[10]

Alan adları iki dereceden oluşmaktadır. Alan adları, bir yandan ".com", ".org", ".net" gibi birinci derece alan adlarından (*Top Level Domain - TLD*), diğer yandan kişilerin sanal adresini oluşturan ikinci derece alan adlarından (*Secondary Level Domain - SLD*) oluşmaktadır.[11] Alan Adları Sisteminde, ".com", ."edu", ".org" ve ".net" altındaki tüm ikinci derece alan adlarının tahsisi NSI tarafından yapılmaktadır.[12] Örneğin "gsu.edu.tr" alan adında ".edu.tr" birinci derece alan adını, "gsu" ikinci derece alan adını oluşturmaktadır.

Alan adları iki tür adlandırma sistemine tabidirler. Belli bir ülkeye aidiyeti ifade eden ülke kodlarını içeren alan adları (*Country Code Top Level Domain-ccTLD*) ve ülke kodu içermeyen sadece alan adı sahibinin niteliğini gösteren kodu içeren alan adları (*Generic Top Level Domain-gTLD*) vardır.[13]

---

isminin kaydedilebilmesi mümkün değildir. Çünkü her bir alan isminde mevcut harf karakterleri, bir sayısal karakteri temsil etmektedir. Aslında gerçek internet adresi, telefon numaraları gibi birer sayıdan ibarettir. Numaralandırılmış adresler olan bu sayılar yazıldığı zaman ilgili ana sayfanın bilgisayarına (server) bağlanılmaktadır. Fakat numaraların kullanımı ve hatırlanmasının zorlukları düşünülerek bu sayısal adresler "alan ad"larına dönüştürülmektedir. Herhangi bir alan ismi yazıldığı an, bilgisayar bunu otomatik olarak sayılara çevirir ve ilgili sayfaya bağlanır."

9 **Özdilek**, s. 128.

10 **Gürsel Öngören**, İnternet Hukuku, Öngören Hukuk Yayınları, İstanbul 2006, s. 182; **Özdilek**, s. 128.

11 **Gilliéron,** s. 71; **Matthew Edward Searing,** "What's in a Domain Name?": A Critical Analysis of the National and International Impact on Domain Name Cybersquatting, Washburn Law Journal Vol. 40 2000, s. 113-114, dn. 31.

12 **Öngören**, s. 182.

13 **Nomer,** s. 397.

Belli bir ülkeye aidiyeti ifade eden ülke kodlarını içeren alan adları birçok ülkede, sadece o ülkelerdeki yetkili kuruma başvurmak ve o kurum nezdinde tescil ettirmek suretiyle edinilebilmektedir. Türkiye için ülke kodu ".tr"dir ve ".tr" altında yer alan alan adlarının verilmesinde ve tescilinde yetkili kuruluş Ortadoğu Teknik Üniversitesi'dir (ODTÜ Bilgi İşlem Daire Başkanlığı, Alan Adı Servisi). Örneğin Almanya için ülke kodu ".de", Fransa için ülke kodu ".fr", İsviçre için ülke kodu ise ".ch"dir.[14]

Ülke kodu içermeyen alan adlarına ise dünyanın neresinde olursa olsun isteyen herkes tarafından, alan adı verilen herhangi bir kuruluşa internet ortamında başvurarak sahip olunabilir. Bunların özelliği sadece alan adının sahibinin niteliğini göstermeleridir. Örneğin, ticari kuruluşlar için kod ".com", bireyler için ".nom", eğitim ve araştırma kurumları için ".edu", resmi kuruluşlar için ".gov", askeri kurum ve kuruluşlar için ".mil" ve vakıf ve sivil toplum örgütleri gibi diğer kuruluşlar için ".org"dur. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki bu alan adları tüm dünyada kullanılan alan adlarıdır. Örneğin Türkiye Cumhuriyeti Başbakanlığı'nın internet *web* sitesinin alan adı "basbakanlik.gov.tr"dir.

Bugün üzerinde uzlaşılan husus, birinci derece alan adlarında (*TLD*), kamu yararının bulunması nedeni ile bu konunun uluslararası bir sistem çerçevesinde düzenlenmesi; ikinci derece alan adlarında (SLD) ise yapısal sistem açısından ülkelerin tercihleri doğrultusunda hareket etmesidir. İnternet Alan Adı Sisteminin (İAAS) özel sektöre transferi hususunda bu iki çalışma arasında bazı farklar vardır ve konu dünyada halen tartışılmaktadır. Alan adları kayıt/tahsisinin, kar amacı gütmeyen tek bir kurum tarafından mı yoksa birbirleriyle rekabet eden kar amaçlı bir grup şirket tarafından mı yapılacağı sorusu halen çözüme kavuşturulamamıştır.[15]

Alan adlarının tahsisi hiyerarşik bir yapı tarafından yapılmaktadır. En alt kademede müşterileri için alan adları veren şirketler olarak kayıt kurumları vardır. Onların üzerinde ".com", ".edu" ve benzeri tüm ulusal birinci derece alan adlarını veren gerçek kayıt kurumları bulunmaktadır. Bunlar alan adlarının kaydını yapan asıl kurumlardır.

Türkiye'de alan adı tahsisleri ile ilgili olarak çalışan ODTÜ bünyesinde alan adının tahsisi açısından bazı kurallar öngörmektedir.[16] Buna göre, alan adı başvurusu sırasında başvuran tarafından verilen bilgiler gizli tutulmaz. Bu bilgiler, *https://www.nic.tr* adresinde yer alan "Alan Adı Sorgulama" ve "Sorumlu Sorgulama" linkleri aracılığıyla kamuya açıktır. Alan adı başvuru-

---

[14] **Nomer,** s. 397.

[15] **Öngören**, s. 183.

[16] Alan adı tahsisi "*www. nic. tr*" *web* adresinden yapılmaktadır. Alan adının tahsisi ile ilgili kurallar da "*www.nic.tr/forms/politikalar.pdf*" adresinde belirlenmiştir.

su yapan kişi ya da kuruluş yaptığı alan adı seçiminden sorumludur. Başvuruyu yapan, seçilen alan adının başka bir birey ya da kuruluşun haklarını ihlal etmediğini ve alan adı kapsamında yapılan işler için Türkiye Cumhuriyeti yasalarına uyacağını taahhüt eder.

".tr" alan adları, tahsis aşamasında, "Belgeli" ve "Belgesiz" olarak iki kategoride sınıflandırılmaktadır. Başvurular NIC-tr *web* sayfaları aracılığı ile yapılır. "Belgesiz" alan adları (web.tr, gen.tr, name.tr, tel.tr, vb.) başvurularında alan adı tahsisi anında gerçekleşir. "Belgeli" alan adları (com.tr, info.tr, biz.tr, net.tr, org.tr vb.) başvuruları ise, ".tr" Alan Adı Yönetimi'nce bu dokümanda yer alan kurallar kapsamında değerlendirilerek sonuçlandırılır. Belgeye dayalı olarak tahsis edilen alan adları için ilgili kuruluşça ".tr" Alan Adı Yönetimi'ne iletilen belgeler değerlendirilirken; ilgili belgede yer alan marka, ticaret unvanı vb.'nin "ayırt edici" ve "esas unsurunu" oluşturan ibareler esas alınır. İlgili unvan veya markanın yardımcı unsurunu oluşturan ve faaliyet alanı ya da sektörü vb. tanımlayan unsurlar esas unsur olarak değerlendirilmez. Örneğin; "ÖRNEK Tekstil Yatırım İthalat İhracat Sanayi Ticaret A.Ş." ayırt edici ve esas unsuru oluşturan "ornek.com.tr" ya da "ornektekstil.com.tr" alan adını alabilir. "tekstil.com.tr", "ithalat.com.tr", "ihracat.com.tr", "ticaret.com.tr" alan adlarını alamaz.

Alan adı başvurusu yapan kuruluşların, başvurdukları belgeye dayalı tahsis edilen alan adının, resmi tescillerindeki veya tescil belgesi olarak kabul edilen belgedeki unvanlarına uygun olması gerekmektedir.[17] Kuruluş adının kısaltması dahi olsa, resmi tescile uygun olmayan başvurularda, başvurulan alan adına ait tescile sahip olan kuruluşlar tarafından yapılacak itirazların olumlu cevaplandırılacağı, başvuran kuruluşa başvuru sırasında bildirilir.[18] 3. kişi ve kuruluşların itiraz hakkının söz konusu olabildiği bu

---

[17] Marka tescil belgesi için başvuru yapmış fakat başvurusu sonuçlanmamış kuruluşlara başvurdukları alan adı, tescil başvuruları sonuçlanana değin geçici olarak verilir. 3. kişilerin itiraz hakkının söz konusu olduğu bu tür alan adı tahsislerinde; tahsis edilen alan adı, bu itiraza olanak tanınması için kamuya duyurulmak amacıyla 6 ay süre ile ağ (*web)* üzerinde yer alan itiraz askısında ilan edilir. Bu süre içinde yapılabilecek bir itirazın Uyuşmazlık Çözüm Kurulunca (UÇK) geçerli kabul edilmesi; ya da süre sonunda marka tescil başvurusunun olumsuz sonuçlanması ya da kesinleşmiş marka tescilinin ".tr" Alan Adı Yönetimi'ne iletilmemesi durumlarında, geçici olarak tanımlanmış olan alan adı geri alınır. Söz konusu alan adı için ilgili kuruluşa geri ödeme yapılmaz. Ancak, (UÇK'nın kararı ile) alan adının 2 (iki) yıl süre ile aktif olarak kullanılması ve bu dönem içinde haklı bir itiraz bildirilmemesi durumunda, marka başvurusunun tescille sonuçlanıp sonuçlanmadığına bakılmaksızın, alan adı "Nic.tr" kayıtlarında yer alan alan adı sahibi kişi ya da kuruluşa kayıtlı olarak kalabilir (".tr" Alan Adları Politikalar, Kurallar ve İşleyiş, Sürüm 5.1.1, 19 numaralı kural; internet erişim adresi: https://www.nic.tr/forms/politikalar.pdf).

[18] Başvurulan ve tahsisi yapılan alan adlarının kullanımında, kişi/kuruluşun faaliyet alanı ile uyum gözetilmesi ilgili başvuran kişi/kuruluşun sorumluluğundadır.

tür alan adı tahsislerinde; tahsis edilen alan adı, bu tür itirazlara olanak tanınması için kamuya duyurulmak amacıyla 6 ay süre ile *NIC-tr web* sayfalarında yer alan itiraz askısında ilan edilir. Bu süre içinde herhangi bir itiraz gelmemesi durumunda, ilgili alan adı kesinleşmiş olarak tahsis edilir. Gerek 6 aylık itiraz askısı süresi boyunca, gerekse de itiraz askı süresi bitiminden sonra oluşabilecek herhangi bir itiraz, UÇK (Uyuşmazlıklar Çözüm Kurulu) tarafından değerlendirilir ve karara bağlanır.

Görüldüğü üzere ODTÜ alan adı tahsisi açısından yeni ve çok kapsamlı düzenlemeler getirmiştir.[19] Yukarıda da ifade edildiği üzere alan adı tahsisi açısından benimsenen yeni kurallar uyarınca, bundan böyle tahsisi talep edilen alan adının, talebi yapan kişi veya kuruluşun ismi veya tescilli markası ile ilişkili olması şart koşulmamaktadır. Bunun yerine daha esnek şartlar öngörülmekle beraber, *"alan adının, çağrıştırdığı bir olgu ya da kavram nedeni ile diğer kişi/kuruluşlarla haksız rekabet, kişilik haklarına saldırı, hak ihlali vb. durumların oluşmasına neden olacak içerik barındırması gibi aleni ve kararın gecikmesinde sakınca bulduğu durumlard,a DNS Çalışma Grubu'nun alan adı erişiminin geçici olarak durdurulması konusunda yetki kullanabileceği"* ifade edilmektedir.[20] Bu demek oluyor ki, alan adlarının tahsisinde, talep edilen alan adının tescilli bir marka veya ticaret ünvanı veya işletme adı gibi ayırt edici işaretlerle benzerlik taşıyıp taşımadığı olgusu tahsisin reddine yönelik bir sebep teşkil etmemekle beraber, haksız rekabet, kişi haklarının ihlali gibi durumlar açısından açık bir hukuka aykırılık halinin varlığında alan adı erişiminin durdurulması için belli bir takdir yetkisi de saklı tutulmaktadır.

Yukarıda ana hatlarıyla açıklamaya çalıştığımız alan adlarının tahsisinde benimsenen bu yeni ve esnek düzenleme, eskisine nazaran, haksız reka-

---

(".tr" Alan Adları Politikalar, Kurallar ve İşleyiş, Sürüm 5.1.1, 22 numaralı kural; internet erişim adresi: https://www.nic.tr/forms/politikalar.pdf) .

[19] ODTÜ alan adı tahsisine dair önceki düzenlemelerinde daha katı kurallar benimsemekte, alan adı taleplerini, başka kurumların isimlerinin alınmaması açısından incelenmekte ve kurumların sadece kendi ticari isimleri ile doğrudan ilgili alan adını kayıt ettirebilecekleri, jenerik alan adlarının verilmeyeceğini kabul etmekteydi. Bu nedenle özellikle tahsisi talep edilen alan adının, talebi yapan kişi veya kuruluşun ismi veya tescilli markası ile ilişkili olmasının şart koşulması, tahsis edilen alan adlarının başkalarının haklı olarak kullandığı marka, ticaret ünvanı ve işletme adı gibi ayırt edici ad ve işaretlerle benzerlik taşıması ve bu yolla haksız rekabetin ortaya çıkmasını engellemekteydi. Ancak, **Nomer'e göre** (s. 405) ODTÜ'nün eski düzenlemesi içerdiği katı lurallar ve bürokrasinin fazlalığı nedeniyle eleştirilmekte, alan adı tescil ettirmek isteyen kişiler ODTÜ'den ".tr" birinci derece alan adı yerine ABD'de NSI tarafından verilen ".com" altındaki alan adlarını almayı tercih etmekteydiler.

[20] ".tr" Alan Adları Politikalar, Kurallar ve İşleyiş, Sürüm 5.1.1, 22 numaralı kural; internet erişim adresi: https://www.nic.tr/forms/politikalar.pdf.

bet, marka ve kişilik hakları ihlallerine daha açık bir sistemi ortaya koymaktadır. Bu nedenle, söz konusu sistem açısından alan adlarının hukuki niteliği daha önemli bir hal almıştır.

B. Alan Adının Hukuki Niteliği

Alan adlarının hukuki niteliğinden bahsetmeden önce bir noktayı belirtmekte fayda görmekteyiz. İnternet ağının herhangi bir sahibi yoktur. Diğer bir ifade ile, internet üzerinde bir mülkiyet hakkı ve bu hakkın sahibi olarak bir maliki mevcut değildir. İnternet ağının belli bir ülkeye ait olmaması nedeniyle, internet ağının tamamında geçerli olacak bir hukuk sisteminin mevcut olduğu da söylenemez. Bu nedenle çeşitli ülkelerde var olan internetle ilgili kanuni düzenlemelerin yürürlük alanı düzenlemeyi yapan ülke ile sınırlı kalmaktadır.[21]

Bu durum alan adları için de geçerlidir, yani alan adlarının hukuki niteliği de ülkeden ülkeye değişim gösterebilmektedir. Bununla beraber alan adları açısından geçerli olan ortak bir kuralın varlığından bahsedilmektedir : Bir alan adı, sadece ilk başvuran, diğer bir ifade ile alan adını adına ilk tescil ettiren kişi tarafından kullanılabilmektedir (ilk gelen alır prensibi).[22] Alan adının tahsisinden sonra ikinci bir kişinin aynı alan adını tescil ettirerek bunu internette kullanması mümkün değildir. Buna karşılık aynı kişi ya da kuruluşun birden fazla alan adı olmasına da bir engel yoktur. Bu ilke, esas itibariyle ülke kodu içermeyen alan adları yani *gTLD* seçiminde geçerlidir.[23]

Zaten alan adının kullanımı ile ilgili sorunlar da yukarıda açıkladığımız kurallardan doğmaktadır. Özellikle, alan adlarının "ilk gelen, alır" prensibi uyarınca dağıtılması, tanınmış marka ve işletme ünvanlarının hakkı olmayan kişiler tarafından kullanılmasına, dolayısıyla parazit rekabete sebebiyet vermiştir.[24] Buna göre, başkasına ait ve o kişi ya da kuruluşun haklı olarak sahip olduğu ve kullandığı tescilli marka, ticaret ünvanı, işletme adı veya o kişinin ismi, bir başkası tarafından alan adı olarak alınmakta ve bu durum gerek haksız rekabet ve gerekse yukarıda sayılan ayırt edici işaretlerin tabi olduğu yasal düzenlemeler açısından hukuka aykırılıklara neden olmaktadır. Zaten bu durumun örneklerine geçmişte sıkça rastlanmış, ünlü marka ve isimlerin bu marka ve isimlerle ilgisiz kişilerce tescil ettirilerek bunların asıl sahiplerine çok yüksek meblağlar karşılığı satılarak haksız kazançlar elde edildiği *(domain grabbing / cybersqauatting)* görülmüştür.[25]

---

21 **Nomer,** s. 398.

22 **Nomer,** s. 399; *"First come, first served"*.

23 **Nomer,** s. 399.

24 **Féral-Schuhl**, s. 234.

25 **Nomer,** s. 399; **Öngören Gürsel**, s. 181; **Özdilek Ali Osman**, s. 130.

Ülkeyle bağlantılı alan adları açısından ise durum farklıdır. Her ülkenin yetkili kurumu kendi kuralları çerçevesinde alan adı tahsis ve tescil etmekte ve bu kurumlardan alınan alan adlarının korunması veya bu alan adlarına karşı koruma milli mahkemelerde sağlanabilmektedir.[26]

Memiş'e göre, alan adları ile marka ve işletme adları arasında ortaya çıkan sorunların temelinde "marka tescil sistemi" ile "alan adı tescil sistemi" arasında bir bağlantının olmaması yatmaktadır. Marka tescili, genel olarak coğrafi alan bazında bir kamu kurumu tarafından yürütülmekte iken, alan adlarının dağıtımı, herhangi fonksiyonel bir sınırlama olmaksızın –halen yukarıda da açıkladığımız ODTÜ alan adı tahsis sisteminde olduğu gibi, alan adı satışı için anlaşılan- kamu kurumu niteliğinde olmayan kurum veya firmalar tarafından yürütülmektedir. Aynı şekilde ticaret hukuku anlamında bir kişiye ait olan ayırt edici işaretlerin (ticaret ünvanı, işletme adı vb.) ve gerçek kişilere ait isimlerin hukuki statüsü ile alan adlarının hukuki statüsü birbirinden farklıdır. Tescil sistemindeki uyumsuzluk, gerçek ve tüzel kişilere ait isimlerle alan adlarının statülerinin farklılığı, tanınmış marka ve işletme veya gerçek kişilerin isimlerinin hakkı olmayan üçüncü kişiler tarafından haksız olarak kullanılabilmesi imkânını ortaya çıkarmaktadır.[27]

Alan adı etrafında ortaya çıkan hukuki sorunların çözümünde ilk ele alınması gereken husus, alan adlarının hukuki niteliğidir. Alan adının bir "ad" olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği doktrinde tartışılmıştır.[28] Yukarıda da açıklandığı üzere, alan adları teknik olarak internet ağına bağlı bir bilgisayarın adresi ya da kodudur, bu nedenle alan adının teknik anlamda bir kişi ya da kurumu tanıtma işlevi de yoktur.[29] Ancak konu, alan adının sadece teknik tanım ve özellikleri üzerinden ele alınamaz. Zira, alan adlarının ticari anlamda kullanım amacı ve internet kullanıcılarının alan adlarına yüklediği işlev, alan adlarının teknik açıdan sahip oldukları özelliklerin hukuki açıdan çok daha farklı yorumlanmasına yol açmaktadır.

---

[26] **Nomer,** s. 399.

[27] **Memiş,** Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar*;* **Féral-Schuhl**, s. 242. Bu durum bazı yazarlar tarafından *"domain name grabbing"* olarak da adlandırılmaktadır (Bkz. **Stecher,** s. 7) Ancak literatürde aynı anlamda kullanılsa da, bu iki terimin birbirinden farklı anlamlar taşıdığı da ifade edilmektedir (Bkz. **Bozbel Savaş,** İnternet Alan Adlarının (Domain Names) Korunmasında ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) Tahkim Usulü, s. 55, dipnot (dn.) 1.)

[28] **Memiş,** Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar, *"Burada bir hukuk kişisinin özelliklerini taşıyıp taşımadığı şüpheli olduğu için bilgisayarın bir hukuk süjesi olarak değerlendirilemeyeceği dolayısı ile de alan isminin, bir isim olarak kabul edilemeyeceği görüşü savunulmaktadır."*

[29] **Nomer,** s. 400.

Memiş'e göre isim, niteliği itibari ile kişilerin tanınmasını sağlayan bir ifade olmakla birlikte dış dünyada bir bilinci ve ekonomik alanda da bir varlığı temsil etmektedir. İsim, mutlaka iletişim kurulabilecek bir gerçek veya tüzel kişi ile bağlantılıdır. Alan adları da, aslında iletişimin ana unsuru olan bilgisayarı ifade etmemekte, bu yönüyle bilgisayarlar aracılığıyla başkaları ile iletişime geçen bir kişi ya da organizasyonu göstermektedir. Alan adının bir eşya ismi olması halinde bile durum değişmez. Örneğin, "Audi" ismi bir araba markasını göstermekle birlikte, internet ortamında bir arabayı değil, onu üreten firmayı göstermektedir.

Bu gerekçelerle alan adı, Medeni Kanun (MK.) anlamında bir isim niteliğini haizdir ve MK. m. 25'in korumasından faydalanmaktadır.[30] Kaldı ki, isim hakkına sağlanan koruma, sadece kişilere sağlanmış bir koruma da değildir. Bazen bu korumadan eşyalar da faydalanmaktadır. Şunu ifade etmek gerekir ki, internet kullanıcıları kimin *web* sitesini arıyorlarsa o kişi ya da kuruluşun ismini veya markasını "alan adı" olarak farz edip ona göre arama yapmaktadırlar. İnternet kullanıcısı bakımından alan adının işlevi şirket, kurum, organizasyon veya bireylerin internet ortamındaki hem isim hem de adresleri olarak nitelendirilebilir.[31] Diğer bir ifade ile, bir firma, kişi ya da kurumun alan adı, internet kullanıcısının gözünde o kişi ya da firmanın ticaret unvanı, markası gibi belirleyici bir unsur haline gelmiştir.[32]

Bu durum karşısında, alan adlarının bir tescilli marka, ticaret unvanı veya işletme adı gibi ayırt edici bir işaret olarak nitelenip nitelenemeyeceği sorusu önem kazanmaktadır. Doktrinde bir çok yazara göre, alan adlarının,

---

[30] **Memiş,** Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar, *"Alan isminin hukuki niteliği üzerinde yapılan tartışmanın temelini alan isminin teknik özelliği oluşturmaktadır. Alan isimlerinin gerçekte birer sayıdan ibaret olmaları, alan isimlerinin medeni hukuk anlamında bir isim değil de telefon numaraları gibi birer sayı olduğu nitelemesinin yapılmasına sebep olmuştur. Alman Mahkemeleri'nin verdiği bazı kararlarda alan isminin Medeni Kanun anlamında bir isim niteliği taşımadığına karar verilmiştir. Söz konusu kararda alan isminin teknik niteliğinden etkilenilmiş ve alan isminin adres veya telefon numaraları gibi bir nitelik taşıdığı belirtilmiştir. Bu görüşe göre telefon numarası ve adresler ise herkesin kullanımına açık olan işaretler olup, bunlardaki benzerlikler bir iltibas tehlikesi oluşturmazlar. Fakat mahkemenin bu kararında savunduğu düşünceler kanaatimce kabul edilemez. Öncelikle bir alan isminin sadece teknik özelliğine dayanılarak hukuken bir niteleme yapmak doğru değildir. Internet kullanıcıları, alan isimlerinin karşılık geldiği sayı kombinasyonlarını değil, alan isimlerini bilmekte, kullanmakta ve ilgili web sitesini bu şekilde tanımlamaktadır. Alan ismi doğrudan web sitesinin kurucusunu temsil etmekte ve hukuken isim niteliğini taşımaktadır. Alan isminin hukuken isim niteliği taşıdığı görüşü, mahkeme uygulamalarında da bugün yaygınlık kazanmıştır".*

[31] **Nomer,** s. 400.

[32] **Özdilek**, s. 131.

tescilli marka, ticaret unvanı veya işletme adı gibi ayırt edici ad ve işaret olarak işlev gördüğü kabul edilmeli ve hukuken de bu kategoriye dahil edilmelidir.[33] İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da, internet alan adlarının mal ve hizmet sunan kişi ve işletmelerin menşeini gösterdiği ifade edilmektedir. Bu noktadan hareketle alan adlarının "isim ve tanıtma vasıtası işlevi gören işaretler" arasında olduğu hükme bağlanmıştır.[34] Alan adlarının ticari işletmenin marka ve patent gibi gayrimaddi unsurlarından biri olduğu da belirtilmekte; bu anlamda alan adlarının fikri, sınai ve ticari mülkiyet kavramına dahil olduğu dile getirilmektedir.[35]

Kanaatimizce de, alan adlarının da marka, işletme adı ve ticaret unvanı gibi ayırt edici bir işaret olduğu açıktır. Bu anlamda alan adları ticari bir isim olarak kabul edilmelidir. Zira, günümüzde alan adlarının büyük bir reklam ve pazar gücüne sahip olduğu kuşkusuzdur. İnternet üzerinden yürütülen elektronik ticaret, yukarıda da açıklandığı üzere tüm dünyadan erişilebilen *web* siteleri vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir. İnternet üzerinde bir *web* sitesini diğerinden ayıran yegâne unsur alan adıdır. İnternet kullanıcıları istedikleri *web* sitesine ulaşmak için sadece alan adlarına dikkat etmekte ve bunları akıllarında tutmaktadırlar. Şayet alan adını ayırt edici bir işaret olarak kabul etmezsek, gittikçe geniş ve önemli bir ticari alan niteliği kazanan elektronik ticareti gündelik hayatta var olan ticari kurallardan ayırmış oluruz ve bu durumda alan adlarının hiçbir hukuki korumadan da faydalandıramayız. Böyle bir ihtimalde, ortaya çıkacak ihlaller de hukuk güvenliğini

---

[33] **Nomer,** s. 401; **Özdilek**, s. 131; **Memiş,** Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar.

[34] **Nomer,** s. 401; **Bernard Dutoit,** Droit international privé suisse: Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, Helbing&Lichtenhahn 4 ème édition revue et augmentée Bâle-Genève-Munich, s. 488-489; **ATF 126 III 239** (karar almanca olarak kaleme alınmıştır, karar metnine ulaşım için bkz. http://jumpcgi.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_similar_documents&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2010&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&docid=atf%3A%2F%2F126-III-239&rank=1&highlight_docid=atf%3A%2F%2F126-III-239%3Afr&number_of_ranks=248&azaclir=clir)
"*Les noms de domaine sur le réseau Internet doivent se différencier suffisamment des signes distinctifs de tiers protégés de manière absolue et respecter les règles en matière de loyauté du droit de la concurrence. "*

[35] **Nomer,** s. 401 – 402. Yazara göre, alan adları ticari işletmenin devrinde, 6102 sayılı ve 13.01.2011 tarihli Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK.) m. 11/f. 3 hükmü (Eski TTK. m. 11/f. 2) anlamında ticari işletmenin işletilmesi için sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarından biri olarak kabul edilmeli ve devir sözleşmesinde aksine bir hüküm olmadığı sürece ticari işletmeye dahil sayılmalıdır.
Ayrıca, alan adları, Ticari İşletme Rehni Kanununun 3. maddesinin c bendi uyarınca ticari işletme rehnine dahil edilecek bir unsurdur.

zedeleyici sonuçların doğmasına yol açacaktır. Hukukun korumaması gereken bu tür sonuçların ortaya çıkmasını engellemek için, alan adlarının da marka ve diğer ayırt edici işaretler gibi koruma altına alınması gerektiğinde bir şüphemiz yoktur.

Alan adlarının korunması her ülkenin hukuk sistemlerinde farklı kanun ve hükümlerle sağlanmaktadır. Bu nedenle, alan adlarının kullanımı sonucunda ortaya çıkacak hukuki sorunlar açısından Türk Hukukunda yer alan maddi hukuk düzenlemelerinden de kısaca bahsetmek gerektiği düşüncesindeyiz.

III. ALAN ADI KULLANIMININ HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDEORTAYA ÇIKARDIĞI HUKUKİ SORUNLAR

A. Genel Olarak

Alan adlarının hukuki niteliği üzerinde bir görüş birliğine vardıktan sonra, bunların hangi hallerde ve hangi hükümler çerçevesinde korunması gerektiği konusunu ele almak gerekmektedir. Yukarıda da değindiğimiz üzere, alan adları ile ilgili hukuki sorunlar "alan adının kullanımının haksız olduğu" iddiasının ileri sürülmesi ile ortaya çıkmaktadır. Özellikle başkalarına ait tescilli marka, işletme adı ve ticaret unvanı gibi ayırt edici işaretlerin ve isimlerin üçüncü kişilerce alan adı olarak tescili ve kullanılması önemli hukuki uyuşmazlıkların doğmasına neden olmuştur. Bu gibi durumlarda marka veya diğer ayırt edici işaretlerin sahibinin başvurabileceği bazı hukuki imkânların varlığından bahsetmek gerekecektir. Bunun yanında, ayırt edici işaret niteliği olan bir alan adının aynı zamanda bir marka niteliği kazanıp kazanamayacağı, kazanacaksa bu durumda uygulanması gereken kuralların ne olacağı konusunda da farklı düşünceler ifade edilmiştir.

Alan adları ile ilgili doğrudan herhangi bir hukuki düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte alan adı ile ilgili olarak ortaya çıkan problemlerin çözümlenmesinde mevcut kanunlarda bulunan ilgili hükümlerden faydalanılabilir.[36] Alan adının kullanımı, Türk Hukuku açısından, özellikle haksız rekabet, marka ve isim haklarının korunması ile ilgili hükümler açısından ele alınmaktadır.[37] Çalışmamızın konusu, alan adlarının kullanımı sonucu doğan

---

[36] **Mustafa Can/Tekin Memiş**, Elektronik Ortamda Haksız Rekabet Halleri, makaleye erişim için bkz. www.basarmevzuat.com/dergi/2004-09/a/04.htm

[37] Yargıtay 11.Hukuk Dairesi (HD.).'nin E. 2007/1687 K. 2008/4071 sayılı ve 28.03.2008 tarihli kararı uyarınca, *"alan adlarına ilişkin bir yasal düzenleme bulunmadığından, alan adının korunan bir işareti ya da hakkı ihlal etmesi halin-*

uyuşmazlıkların Ticari İşletme Hukuku çerçevesinde düzenlenen haksız rekabet hükümleri açısından değerlendirilmesidir. Bu nedenle, alan adlarının marka veya isim hakkı sahiplerine tanınan korumadan faydalandırılması ile ilgili olarak kısaca birkaç noktaya değinmek gerektiği düşüncesindeyiz.

Tescilli bir markanın aynısının veya benzerinin üçüncü kişilerce ticari yaşamda kullanılması, mesela ticaret unvanında kullanılması marka hakkına tecavüz teşkil etmektedir.[38] Başkasına ait tescilli bir markanın aynısının veya benzerinin aynı veya benzer mal veya hizmetler için ve ticari amaçla alan adı olarak kullanılması halinde de durum aynıdır. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (MarKHK.) 9. ve 61.maddeleri tescilli markalar açısından bir koruma sağlamaktadır.[39] Aynı KHK.'nin 8.maddesi uyarınca, tanınmış markalar bakımından aynı veya benzer mal ve hizmetlerin mevcudiyeti şartı aranmamaktadır.

556 sayılı MarKHK.'nin "marka sahibinin taleplerini" düzenleyen 62. maddesi uyarınca, marka sahibinin marka hakkına tecavüz niteliğindeki fiillerin durdurulmasını talep etme hakkı bulunmaktadır. Bu durumda, marka haklarını ihlal eden alan adları iptal edilmelidir.

---

de TTK'nın 56. vd. maddelerine dayalı haksız rekabetin tespiti ve önlenmesi davası açılması mümkündür ve alan adı tahsisine yetkili kuruluş bu yetkisini kanundan almadığından dolayı, tahsis edilen alan adının sicilden terkin edilinceye kadar olan kullanımında haksız rekabet oluşturması mümkündür."
Türk Mahkemeleri tarafından yapılan bu yorum Fransız Mahkemelerince de benimsenmektedir. Örneğin, Marsey Asliye Hukuk Mahkemesi ise bir kararında, eski bir çalışan tarafından ayrıldığı işyerinin ticaret ünvanı ve markasının alan ismi olarak kullanılmasının, söz konusu marka ve ünvanlardan kendi lehine haksız bir kazanç sağlaması gerekçesiyle bu durumun haksız rekabet teşkil ettiğine karar vermiştir. Nanter Asliye Hukuk Mahkemesi de kararlarında, "lancomeparis.com" yerine, "lancome.com" ve "lorealparis.com" yerine "loreal.com" gibi alan adlarının kullanılmasının kullanıcılar gözünde karışıklığa sebebiyet vermesi gerekçesiyle haksız rekabet oluşturduğunu belirtmiştir **(Féral-Schuhl,** s. 255-256'dan naklen).

[38] **Nomer,** s. 408.

[39] Marka hakkı sahiplerinin alan adı kullanımlarına karşı korunması açısından ön plana çıkan önemli bir düzenleme olan ve Amerika Birleşik Devletleri Kongresi tarafından 29.11.1999 tarihinde kabul edilen "Alan Adlarının Haksız Kullanımına Karşı Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanun (*Anticybersquatting Consumer Protection Act*)" uyarınca, başkasının markası ile aynı olan veya benzerlik taşıyan bir alan adını tescil ettiren veya kullanan veya söz konusu alan adının kullanımı sonucu fayda elde etmeyi amaçlayan kötüniyetli kişiler marka hakkı sahibine karşı hukuken sorumludurlar. *Anticybersquatting Consumer Protection Act (*ACPA) hakkında daha geniş bilgi ve içtihatlar için bkz. **Searing,** s. 119 vd. Ayrıca bkz. **Peter Burkard,** Remedies Against Unlawful Domain Names: A Comparaison of Recent DevelopmentsUnder US and German Law, makaleye erişim için: http://www.burkardlaw.com/nss-folder/unlawfuldomainnames1/Remedies.PDF.

Tescil edilmemiş bir marka, 556 sayılı MarKHK. kapsamında korunamamaktadır. Bu durumda aşağıda açıklanacak olan TTK. kapsamındaki haksız rekabet hükümlerine başvurma olanağının mevcut olduğunu hatırlatmak isteriz.

Tescilli markalara tanınan koruma dışında, isim hakkı sahiplerinin de haksız alan adı kullanımlarına karşı korunması mümkündür. Zira, isimlerin gerçek ve tüzel kişileri birbirinden ayırt etmede kullanıldığı ve ismin korunmasında aynı zamanda bir kamu menfaatinin olduğu bilinmektedir. Bir başkasına ait bir ismi kullanan ve bu isim üzerinde korunmaya değer bir hakkı bulunmayan kimsenin bu kullanımı korunmamalıdır. Başkasına veya başkasının ürettiği bir mal ve hizmete ait ismi, alan adı olarak kullanan kimsenin, kimlikte bir yanılmaya sebep olacağı için bu kullanımı kabul edilmemelidir .

İsim üzerindeki hak, kişilik haklarındandır. Medeni hukukta gerek gerçek kişilere gerekse tüzel kişilere ait isimlere tecavüz halinde, söz konusu isimlerin koruması sağlanmıştır.[40] Gerçek ya da tüzel kişi "şahıs isimleri" Türk Hukukunda MK.'nın 24 ve 25. maddeleri ile korunmaktadır. MK.'nın 24. maddesine göre, *"Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır".* MK.'nın 25. maddesinde ise kişilik haklarına saldırıda bulunulan kişinin sahip olduğu dava hakları sayılmaktadır.

B. Haksız Rekabet Hükümleri Açısından

Alan adlarının tahsisi açısından, tescil edilen bir alan adının bir kez daha kaydının mümkün olmadığından, yani herhangi bir alan adından dünyada sadece bir tane bulunduğundan bahsetmiştik. Ayrıca, alan adı tahsis ve tescilinde önceliğin ilk başvuran kişiye tanındığını da ("ilk gelen alır" ilkesi) dile getirmiştik.

Bununla beraber, işletme sahipleri alan adı seçiminde, doğal olarak, kendi işletme adlarını veya varsa tescilli markalarını alan adı olarak kullanmayı tercih etmektedirler. Bu nedenle, kendi işletme adını veya markasını alan adı olarak kullanmak isteyen ve bunda ekonomik açıdan haklı yararı bulunan kişilere, söz konusu alan adlarının tescili ve kullanımı açısından öncelik tanınması gereklidir. Aksi bir durumda, gerek işletme adı veya markası başka bir kimse tarafından alan adı olarak kullanılan gerçek hak sahibi işletmenin (rakibin), gerekse alan adının aslında gerçek hak sahibine ait olduğunu

---

[40] **Memiş,** Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar. *Yazar, konu ile ilgili birçok Alman Mahkemesi kararını örnek göstermiştir.*

düşünen müşteri ve tüketicilerin ekonomik menfaatleri etkilenmiş olacaktır. Ekonomik rekabeti zedeleyen bu tür haksız alan adı kullanımlarının engellenmesi gerektiği şüphesizdir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, Türk Hukukunda doğrudan alan adlarının kullanımı ile ilgili kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle alan adlarının kullanımından doğan haksız rekabet ihlalleri ile ilgili TTK.'da düzenlenen hükümler uygulama alanı bulmaktadır. Bilindiği üzere, halen yürürlükte olan 29.06.1956 tarih ve 6762 sayılı TTK. (Eski TTK.)[41], Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde 13.01.2011 tarihinde kabul edilen 6102 sayılı TTK.[42] ile 01.07.2012 tarihinden itibaren yürürlükten kalkacaktır.

Gerek Eski TTK.'nın, gerekse TTK.'nın haksız rekabet ile ilgili hükümlerinin kabulünde İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'ndan esinlenilmiştir.[43] 30.09.1943 tarihli İsviçre Federal Haksız Rekabet Kanunu'nu 01.03.1988 tarihinde yürürlükten kaldıran Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun (İsv. HRK.)[44] 1. maddesinde, Kanunun amacı belirtilmiştir. Buna göre, "ilgili tüm tarafların menfaatine dürüst ve bozulmamış bir rekabet ortamının yaratılması amaçlanmaktadır". İsv. HRK.'nın 2. maddesinde ise, haksız rekabetin tanımı yapılmaktadır. Buna göre, *"rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya diğer şekillerdeki dürüstlük kurallarına aykırı davranışlar veya ticarî uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır."* Bu tanım, aynen TTK.'nın 54. maddesinde de yer almaktadır.

TTK.'nın 55. maddesinde ise, haksız rekabet oluşturan başlıca birkaç davranış ve uygulamanın sayılması yoluna gidilmiştir. Alan adlarının haksız kullanımı, genel hüküm niteliğindeki TTK.'nın 54. maddesi çerçevesinde değerlendirilmekle beraber, çoğu zaman TTK.'nın 55. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin 4. alt bendinde düzenlenen "*başkasının iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak (iltibasa yol açmak)"* suretiyle haksız rekabetin doğmasına neden olunduğu görülmektedir. Bu nedenle, alan adlarının haksız kullanımını anılan iki düzenleme çerçevesinde değerlendirmek gerektiği düşüncesindeyiz.

---

41 Resmi Gazete (R.G.) 09.07.1956; bkz. http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/997.html.

42 R.G. 14.02.2011; bkz. http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110214-1-1.htm.

43 **Reha Poroy/Hamdi Yasaman,** Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 13. Bası, Vedat Kitapçılık İstanbul 2010**,** s. 312.

44 Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (RS 241) entrée en vigueur le 01.03.1988. Kanun metni için bkz. http://www.admin.ch/ch/f/rs/c241.html.

Öncelikle, haksız rekabetin özel bir görünümü olan ve başkalarına ait ad, unvan veya iş ürünleri ile karıştırılmaya yol açacak alan adı tahsis ve kullanımından doğan iltibas haline ilişkin açıklamalarda bulunmak daha doğru olacaktır. Zira, iltibas yaratmak suretiyle haksız rekabete yol açılabilmesi birtakım şartların varlığına bağlıdır. Bu şartlar yerine gelmediği takdirde, genel hüküm niteliğindeki haksız rekabet yasağına başvurmak gerekecektir.[45]

1. Alan Adı Tahsis veya Kullanımının İltibasa Neden Olması

Eski TTK.'nın 57. maddesinin 5. bendi uyarınca, *"başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticaret işletmesiyle iltibaslar meydana getirmeye çalışmak veya buna müsait bulunan tedbirlere başvurmak, hususiyle başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla iltibasa meydan verebilecek surette, ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak veyahut iltibasa meydan veren malları, durumu bilerek veya bilmeyerek, satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmak"* haksız rekabet teşkil eder. İltibas yolu ile haksız rekabete yol açılması ile ilgili düzenlemeler ile esas olarak, başkasının emeğinden ve bu emeğe dayalı olarak yaratılan müşteri çevresinden, bir ürün veya hizmet hakkında söz konusu müşteri çevresinde yaratılmış olan ün, tanınırlık ve itibardan haksız bir biçimde faydalanılmasının engellenmesi amaçlanmaktadır. Kanunda, "bir kişinin haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka veya işaret" ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadedeki "haklı olarak kullanım" söz konusu ad, unvan, marka veya işaretin tescil ettirilmiş olması gerektiği anlamına gelmemektedir. Bir ad, unvan, marka veya işaretin bir kimse tarafından ilk defa kullanılması haklı kullanım koşulunu yerine getirmektedir.[46] Burada önemli olan iltibas konusu unsurun belirli bir müşteri çevresi tarafından ayırt edilebilir bir özelliğe sahip olmasıdır.[47] İltibasın var olup olmadığının tesbitinde ise söz konusu müşteri çevresinde orta zekalı bir alıcının yanılgıya düşme olasılığı araştırılır.[48]

Doktrinde de ifade edildiği üzere, başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla iltibasa meydan verebilecek

---

45 **Gilliéron,** s. 76-77.

46 **Oğuz İmregün,** Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 13. Bası Filiz Kitabevi İstanbul 2005, s. 83; **Ömer Teoman** (**Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Aslan Kaya/Füsun Nomer Ertan**), Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık İstanbul 2010 (Teoman, (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku) N.), s. 460; **M. Edmond Martin-Achard,** La loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 Décembre 1986, Payot Lausanne 1988, s. 53.

47 **Martin-Achard,** La LCD du 19.12.1986, s. 53.

48 **İmregün**, s. 83; **Poroy/Yasaman,** s. 338.

şekilde alan adı kullanmak klasik bir iltibas halini oluşturur.[49] Tescilli olmayan bir markanın alan adı olarak seçilmesi halinde de şartları oluşmuşsa haksız rekabet davası açılabilme imkânı mevcuttur. Ticari işletmelerin, yazışmalarında, reklamlarında, antetli kağıtlarda kendilerinin ticari unvanlarından başka ticari unvanlar kullanması veya tescilli markalarından başka markaları belirtmesi, açık bir haksız rekabet hali teşkil etmektedir.

Alan adı olarak kullanılan ve başkasına ait tescil edilmemiş marka ve diğer ticari isimlerin kullanılması, bir yanılmaya yol açmalıdır veya yanılma tehlikesi bulunmalıdır. Yanılma veya yanılma tehlikesinin varlığına, kullanılan alan adının bütünü göz önünde tutularak karar verilmesi gerekmektedir. Alan adı olarak kullanılan isimlerin, işyeri hakkında yanlış ve yanıltıcı nitelikte olması durumu da haksız rekabete konu olabilir. Yukarıda anılan durumların varlığı halinde TTK.'nın 56. maddesinde belirtilen davalar açılabilir, haksız rekabetin men'i ve özellikle alan adının iptali istenebilir.

Tescilli marka, ticaret unvanı, işletme adlarının haksız bir biçimde alan adı olarak kullanımından başka, bir de internet alanında ün kazanmış, internete özgü alan adlarının başkaları tarafından iltibasa meydan verecek şekilde marka, ticaret unvanı, işletme adı olarak kullanılması ihtimali mevcuttur. Bu ihtimalde de TTK. anlamında bir haksız rekabetin varlığından bahsetmek gerekecektir.[50] Zira, alan adlarının ayırt edici ve bir ticari işletmeyi tanımlayıcı özelliğinin olduğu şüphesizdir. Günümüzde bazı işletmeler ticari faaliyetlerini yalnızca internet üzerinden gerçekleştirmektedirler. Bu durumda söz konusu işletmelerin ticari faaliyetlerini sürdürdükleri internet sitelerine ulaşımı sağlayan yegâne araç, ilgili sitelerin alan adlarıdır. Bu nedenle, böyle bir durumda söz konusu alan adının, üçüncü bir kişi tarafından iltibasa meydan verecek şekilde marka veya ticaret ünvanı olarak kullanımının haksız rekabet hükümleri çerçevesinde engellenmesi gereklidir.

2. Alan Adı Tahsis veya Kullanımının Genel Haksız Rekabet Yasağı Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Bir alan adının tahsis veya kullanımı her zaman iltibasa yol açacak nitelikte olmayabilir. Özellikle bir kişiye ait ayırt edici işaret ile alan adının (tescilsiz marka veya ticaret ünvanı ya da işletme adının) karışıklığa ve yanılmaya yol açacak şekilde aynı veya benzer olmaması ve fakat yine de söz

---

[49] **Nomer,** s. 407; **Özdilek**, s. 137.

[50] **Nomer,** s. 407; **Özdilek**, s. 137; Yazarlar burada "amazon.com" örneğini vermektedirler. Özdilek'e göre, *"nasıl ki tanınmış bir marka -sonradan tescil edilmiş olsa bile- iltibas yaratan marka karşısında korunabiliyorsa, alan adlarının da aynı şekilde korunabilmesi gerekmektedir."*

konusu alan adı tahsis veya kullanımının ekonomik açıdan haksız bir yarar sağlaması durumunda genel hüküm niteliğindeki TTK.'nın 54. maddesine başvurmak mümkün olabilecektir.[51]

Üç dereceden oluşan bir alan adı söz konusu olduğunda, üçüncü derece alan adının, başka bir marka, ticaret ünvanı ya da daha önce tescil edilen bir alan adının ikinci derecesiyle aynı veya benzer olması ihtimali bu çerçevede değerlendirilebilir. Örneğin, www.admin.ch ile www.admin.TF.ch iki ayrı alan adıdır. Ancak, iki farklı alan adında da aynı ayırt edici işaret kullanılmıştır. Bu işaret, bir alan adının ikinci derecesini, diğer alan adının ise üçüncü derecesini oluşturmaktadır.[52] Görüldüğü üzere, böyle bir durumda iki farklı alan adı söz konusudur ve ikinci alan adının iltibasa neden olup olmadığı da tartışmalıdır. Böyle bir durumda, iltibas ile ilgili özel düzenlemeye dayanılamadığı takdirde, genel haksız rekabet yasağına başvurulması mümkün olacaktır.

Bundan başka, bir siteye ulaşmak için kullanılan arama motorlarına yazılan ve o sitenin ad veya içeriğine ilişkin bilgi sunan etiketler *(meta tags)* içinde de başkasına ait bir ayırt edici işaret veya alan adı kullanılabilir. Bu şekilde internet kullanıcılarının yanıltılarak başka bir internet sitesine yönlendirilmeleri sağlanabilir. Örneğin, www.google.com adresinden ulaşılan arama motoruna, www.amazon.com alan adı ile ulaşılan internet sitesinin ikinci derece alan adı olan "amazon" ifadesini *"meta tag"* olarak seçerek, internet kullanıcısının arama motoruna "amazon" yazdığı takdirde karşısına gelen sonuçlar arasında yer alan ve bu şekilde internet kullanıcısını kendi

---

[51] Yargıtay 11.HD. www.interfarma.com.tr alan adının marka olarak tescili isteminin TPE tarafından reddi üzerine açılan dava sonucunda verdiği E. 2005/2631 ve K. 2006/2520 sayılı ve 13.03.2006 tarihli bir kararında, *"her ne kadar Dairemizin önceki uygulaması aynı markanın hem ticaret hem de hizmet markası olarak ayrı kişiler adına tescil edilebileceği yolunda ise de, bu uygulamanın özellikle ticaret ve hizmet sınıfları kapsamındaki bazı mal ve hizmetlerin birbiri ile iç içe geçmiş olduğu durumlarda markaların karıştırılması olasılığı karşısında yeniden gözden geçirilmiş ve özellikle halkın karıştırma ihtimali bulunması halinde benzerlik ve iltibasın varlığının kabul edilebileceği şeklinde değiştirilmiş olmasına, somut uyuşmazlıkta ise davacının tescil başvurusunda bulunduğu 35 inci sınıf hizmetlerin "ithalat, ihracat ve acentelik hizmetleri, ticari ve sınai ürünler için eksperlik hizmetlerini", davalının tescilli markasının ise ticaret sınıfındaki "ilaç" emtiasını kapsaması karşısında Dairemizin son uygulamasındaki kabulü göre dahi tarafların markalarını kullanacakları mal ve hizmetlerin birbiri ile iç içe geçmiş mal ve hizmetlerden olmaması nedeniyle benzerlik ve iltibasın bulunmadığının kabulünün gerekmesine göre,..."* denilmektedir. Böyle bir durumda, yani sunulan mal ve hizmetler açısından iltibasın gerçekleşmesi için aranan şartların var olmadığı ihtimalinde dahi, aynı veya benzer alan adlarının kullanımı sonucunda haksız rekabete yol açılabilmektedir. Bu nedenle, genel hüküm niteliğindeki haksız rekabet yasağına başvurma imkânının tanınması gereklidir.

[52] **Gilliéron,** s. 77, dn. 57.

internet sitesine yönlendiren kişiler de haksız rekabete yol açmaktadırlar. Böyle bir durumda, haksız rekabete yol açan kişinin alan adı "amazon" ifadesini içermeyecektir; ancak yine de bu kişi www.amazon.com alan adının ününden haksız bir biçimde faydalanmış olacak ve böylece haksız bir kazanç sağlayarak haksız rekabete yol açmış olacaktır.[53] Söz konusu örnekte de, iltibastan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bu nedenle haksız rekabet yasağının düzenlendiği genel hükme başvurmak gerekecektir.

Cins ve meslek isimlerinin alan adı olarak tescil edilmesi halinde de birtakım hukuki sorunlar ortaya çıkmaktadır. Sorun, bu tür alan adlarını kullanan kimselerinin haksız bir avantaj elde etmeleri, rakip işletmeler karşısında haksız üstünlük sağlamaları nedeniyle doğmaktadır.[54] Cins veya meslek isimlerini içeren bir alan adı alındıktan sonra, alan adını alan kişi ya da kuruluşun rakipleri bu alan adlarını kullanamamakta ve müşteri kitlesinin (internet kullanıcılarının) ilk yöneldiği *web* sayfası bu tür alan adlarını kullanan kimselerin sayfaları olmaktadır. Bu durum bir çok sakınca doğurmaktadır.[55] Genel isimler veya meslek isimleri kamu hizmeti yapan bir kurumun kullanacağı alan adları da olabilir. Bu şekilde alınan alan adları da iptal edilmektedir.[56] Genel kavramlar, cins isimleri ve meslek isimlerinin alan adı

---

[53] **Gilliéron,** s. 77

[54] Örneğin, apple (elma) cins ismi elma ile ilgili ürünler (meyva suları vb.) bakımından cins ismidir; ancak teknolojik ürünler açısından cins ismi değildir. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (MarKHK.) m. 7/ (c) bendi ve m. 23 hükmü uyarınca, bir kelimenin cins ismi olup olmadığı tescil edildiği mal ve hizmetlere göre belirlenir.

[55] **Can/Memiş**, Elektronik Ortamda Haksız Rekabet Halleri, www.basarmevzuat.com/dergi/2004-09/a/04.htm : *"Alman ve Avusturya hukuk sistemlerinde belirli bir mal, cins veya hizmetler için kullanılan işaretler ve adlandırmalar marka olarak tescil edilememektedir (Avusturya Marka Himaye Kanunu m. 4 f.1 Alman Markalar Kanunu m. 8 f. 2, nr.1). Cins ve meslek isimlerinin alan isimleri olarak kullanılması halinde ise bu hukuk sistemlerinde doktrin ve mahkeme içtihatları markalara ait söz konusu hükmün alan isimlerine de uygulanması gerektiği yolundadır".*
"Ayrıca mahkeme kararları ve doktrinde savunulan görüşlere göre, özellikle meslek isimleri ve genel kavramların kullanılması hali haksız rekabet halinin de bir türünü oluşturduğu gerekçesi ile bu tür alan isimlerinin kaydının silinmesi gerekmektedir. Bu görüşlerin yasal gerekçesini ise Alman Haksız Rekabet Yasası m. 1 ve m. 3 ile Avusturya Haksız Rekabet Yasası'nın 2. maddeleri oluşturmaktadır. İsviçre Hukukunda da alan isimleri etrafında meydana gelen bu tür uyuşmazlıkların markalar hukuku ve haksız rekabet kuralları çerçevesinde çözümlendiği görülmektedir."

[56] **Can/Memiş**, Elektronik Ortamda Haksız Rekabet Halleri, www.basarmevzuat.com/dergi/2004-09/a/04.htm : *"Bir mahkeme kararında "bahnhof.de" (istasyon.de) alan ismi üzerinde Alman Demiryolları'nın öncelikli bir hakkı bulunmaktadır ve bu yüzden bu alan ismi başkaları tarafından kullanılamaz[137]. Bir diğer kararda ise "amtsgericht.de" (sulh mahkemesi.de) alan ismi altında internet kullanıcıları-*

olarak kaydedilmesi halinde ortaya çıkan sorunun haksız rekabet hükümleri uyarınca mı marka haklarını koruyan hükümler uyarınca mı çözümlenmesi gerektiği konusu da tartışmalıdır.[57]

Markalarla ilgili düzenlemelerin yapıldığı 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin (MarKHK.) 7. maddesi "marka tescili için geçerli olan red sebeplerini" saymaktadır. Bu maddenin (d) bendi uyarınca, *"ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar"* tescil edilmez. Bir markanın diğerlerinden ayırt edici olması, iltibasa sebebiyet verip vermediği ve özgünlüğü gibi hususlarda önemli olan esas unsurdur.[58] Kanun koyucu, MarKHK.'nin 7. maddesinde düzenlemiş olduğu hükümlerle, marka olarak kullanılacak kelime ve işaretlerin haksız rekabete yol açmasını engellemek istemiştir. Zira, bu tür kelime ve işaretleri marka olarak kullanan kimseler, rakipleri karşısında haksız bir üstünlük elde edeceklerdir.[59]

Ancak, konu haksız rekabet hükümleri içerisinde de çözüme kavuşturulabilir. Mahkeme kararlarında ise genel kavram ve meslek isimlerinin kullanılması ile ilgili çok sayıda uyuşmazlık görülmüş, bunlardan bir kısmında haksız rekabet kuralları ile çözüme ulaşılırken bazılarında da marka hukukunda yer alan hükümlerin uygulanması ile çözüme gidilmiştir.[60]

---

nın ve halkın mahkemeye ait kararları görmeyi bekledikleri için bu ismin alan ismi olarak kullanımı yasaklanmıştır."

57 **Memiş,** Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar.

58 **Memiş,** Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar.

59 **Memiş,** Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar, Yazara göre, bu hüküm gereği, "terzi", "baklava", "Konya fırın kebabı", "tuhafiye", "kuyumcu" vb. kelimeler marka olarak tescil edilemeyecekleri gibi, herkesin kullandığı genel isimler, kavramlar da marka olarak tescil edilemeyeceklerdir. Hatta yabancı dilde cins ve vasıf bildiren kelimeler, emtianın cins ve vasfını bildiren ad ve işaretler de tescil edilemezler.

60 **Can/Memiş**, Elektronik Ortamda Haksız Rekabet Halleri; **Memiş,** Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar. Yazara göre, *"MarKHK m. 7'de marka olarak kaydedilemeyecek isimler ile genel kavramlar arasında bir ayrım yapılmalı ve bir çözüm arayışına girilmelidir. Marka hukukunda özel bir madde ile marka olarak kaydedilemeyeceği hükmünden haksız rekabetin varlığını tespit etmede faydalanılmalıdır. MarKHK m.7'nin amacı da haksız rekabetin önlenmesidir. MarKHK m. 7'de yer alan isimler, yani meslek isimleri, tasviri işaretler ve ürün isimlerinin alan adı olarak kullanımı halinde haksız rekabetin varlığı kural olarak kabul edilmelidir. Alan adının dağıtımında ise bu husus re'sen göz önünde tutulmalı ve bu tür isimler kaydedilmemelidir. Bu tür isimleri kaydettirmek isteyenler için mutlaka bu alan adlarına, örneğin "avukat.com.tr" alan adına "yılmaz" ilavesi ile "yılmazavukatlık.com.tr" gibi ayırıcı özelliğe sahip ilaveler yaptırılmalı ve daha sonra kayıt yapılmalıdır."*

Kanaatimizce, genel isim, cins veya meslek isimlerinin alan adı olarak alınması halinde ortaya çıkacak sorunun çözümünde haksız rekabet hükümlerine mi markanın korunması ile ilgili hükümlere mi gidileceği sorusu somut olaya göre değerlendirilmelidir. Diğer taraftan, söz konusu hükümlerin kümülatif olarak uygulanması da mümkündür. Zira genel isim, cins veya meslek isimlerinin alan adı olarak kullanımı, bir kişinin MarKHK. ile korunan haklarını ihlal etmekte ve aynı zamanda da haksız rekabete yol açmakta ise, markanın korunması ile ilgili hükümler ile haksız rekabet hükümlerinin birlikte uygulanması söz konusu olabilecektir.[61] Ancak şunu da unutmamak gerekir ki, haksız rekabet hükümlerinin uygulama alanı markanın korunması hakkındaki hükümlere nazaran daha geniştir. Zira, kural olarak, tescil edilmemiş olan bir markanın MarKHK. hükümleri ile korunması mümkün değildir. Tescil edilmeyen bir markanın ve yine diğer ayırt edici nitelikteki isim ve işaretlerin alan adı olarak seçilmesi halinde haksız rekabet hükümlerine göre korunması mümkündür; fakat bunun için de yukarıda da değindiğimiz haksız rekabeti oluşturan şartların gerçekleşmiş olup olmadığına bakılır. Kanımızca, bu anlamda mümkün olduğu kadar geniş bir koruma alanı yaratılmalıdır. Şayet, ortada korunması gereken bir marka olmasa dahi, cins veya meslek isimlerinin kullanımı ile haksız bir kazanç veya menfaat sağlanıyorsa söz konusu alan adı iptal edilmelidir. Zira haksız rekabet hükümlerinin koruduğu esas menfaat, piyasadaki rekabet ortamının hukuka uygun bir şekilde işlemesidir. Bu açıdan dikkate alınması gereken şey piyasa üzerinde doğan somut sonuçtur.

Alan adının kullanımında uygulamada ortaya çıkabilecek en önemli sorunlardan biri de, aynı ismi, markayı, ticaret unvanını ya da ayırt edici ad ve işareti kullananlar arasında çıkacaktır. 556 sayılı MarKHK. uyarınca, tanınmış marka olmadıkça, aynı marka farklı mal ve hizmetler bakımından farklı işletmelerce kullanılabilmekte, gerçek kişi ticaret unvanları da tescil edildiği sicil çevresi dışında başkalarınca kullanılabilmektedir.[62] Buna karşılık bir alan adı sadece bir kişi ya da kuruluşa verilebilmektedir. Bu durumda aynı mal veya hizmetler için aynı marka veya ticaret unvanına sahip kişilerden hangisi tahsisini istediği alan adını kullanabilecektir? Alan adlarının tahsisi açısından, marka, ticaret unvanı ya da işletme adı gibi ayırt edici işaretlerden biri diğerine üstün tutulabilir mi?[63]

---

[61] Tabii bu durum ancak, yukarıda bahsedilen -teknolojik ürün markası olarak tescil edilebilecek olan- "apple (elma)" örneğinden anlaşılacağı üzere, tescil edildiği mal ve hizmet grubundan tamamen farklı bir cins isminin tescili halinde mümkün olacaktır.

[62] **Nomer,** s. 411.

[63] Örneğin bir kişi "ipek" işaretini ticaret unvanı olarak tescil etttirmiş, başka bir kişi ise aynı işareti marka olarak tescil etttirmiş olabilir. Bu durumda bu kişilerden yalnız biri "ipek.com.tr" alan adını alabilecektir. Bu kişi de "ilk gelen alır" ilkesi uyarınca alan adı için ilk talepte bulunan kişi olacaktır.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında[64], kanun koyucunun niteliği birbirinden farklı iki işaretin (ticaret unvanı ile markanın) aynı olması durumunda hangisinin öncelik taşıyacağı konusunda herhangi bir düzenleme getirmediğini, her iki işaretin de aynı değere sahip olduğunu, isim üzerindeki hak ile marka hakkı ve haksız rekabet kuralları arasındaki ihtilafın her somut olayda mevcut çıkarların tartılması ile çözümlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Türk Hukukunda da farklı ayırt edici ad ve işaretlerin birbirlerine karşı üstünlüğü kabul edilmemiştir. Farklı ad ve işaretler arasında iltibasın varlığı halinde, söz konusu işareti haklı bir sebebe dayalı olarak ilk kullanan kim ise, bu kimsenin hakkı diğerlerine üstün tutulmaktadır.[65]

Memiş 'e göre[66], bu tür uyuşmazlıkların çözümünde ilk önce alan adının dayandığı markalar, ticari ünvanlar veya isimler arasında yanıltma tehlikesinin giderilmesi ve öncelik prensiplerinin irdelenmesi gerekmektedir. Öncelik ilkesi, herhangi bir alan adını ilk kaydettiren kimsenin bu alan adını kullanmaya hak sahibi olduğunu ifade etmektedir. Kullanılan alan adları arasında meydana çıkabilecek uyuşmazlıklarda alan adlarından birinin öncelik hakkına sahip olduğu belirlenir veya diğer alan adı yanıltma tehlikesi dolayısıyla bu yanılmayı giderme ile yükümlü bulunursa bu takdirde alan adları arasındaki uyuşmazlık da buna göre çözümlenebilmektedir. Fakat öncelik prensibinin hakkaniyete uygun bir şekilde uygulanabilmesi, önceliğe sahip olan hakkın aynı zamanda da hukuk tarafından daha korunmaya değer bir hak konumunda bulunmasına bağlıdır. Kanımızca da, bu tür uyuşmazlıkların çıkması halinde, haksız rekabetin doğup doğmayacağı somut olayın gösterdiği özelliklere bakılarak değerlendirilmelidir. Zira, alan adının tescili ve kullanımı açısından hangi kişiye öncelik tanınacağı ancak somut olayın özelliklerine göre belirlenebilecektir.

---

64 **ATF 125 III 91,** kararın Fransızca metni için bkz. http://relevancy.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE-125-III-91&lang=fr&zoom=OUT&system=clir
« Dans de telles hypothèses, le législateur n'a pas introduit de règle de prééminence lorsque des lois protégeant des signes de nature différente se chevauchent, car tous ces droits sont de même valeur. Ce n'est donc pas parce que la demanderesse possède un droit d'exclusivité conféré par la LPM que celui-ci prime tous les autres droits de nature à entrer en conflit avec la marque déposée.
Selon la jurisprudence, les collisions entre droit au nom (ou à la raison de commerce) d'une part et droit des marques et de la concurrence déloyale d'autre part ne peuvent être résolues de façon schématique au moyen de règles uniformes. Il est nécessaire, dans chaque cas particulier, de peser les intérêts en présence, afin de parvenir à la solution la plus équitable possible. »

65 **Nomer,** s. 413.

66 **Memiş,** Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar.

Yargıtay tarafından verilen ve iki ayrı işletmenin de ticaret ünvanında yer alan ifadenin alan adı tahsisi açısından ortaya çıkardığı sorunlar ile ilgili verdiği bir kararda, başkasının ticaret ünvanında yer alan ibarenin alan adı olarak kullanımı sonucu haksız rekabetin doğduğuna hükmedilmiştir.[67]

IV. ULUSLARARASI ALANDA HAKSIZ REKABETE YOL AÇAN ALAN ADI KULLANIMLARINA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA UYGULANACAK HUKUK

A. Genel Olarak

Yukarıda bahsi geçen, alan adının kullanımından doğan hukuki sorunların hangi yollarla ve hangi kuralların uygulanmasıyla çözümleneceği hususu milli ve milletlerarası hukukun önemli konularından birini oluşturmaktadır. Özellikle internetin tüm dünya üzerinde, herkesin ulaşabildiği ortak bir alan yaratması konunun uluslararası boyutunu ön plana çıkarmaktadır. Biz de, çalışmamızın bundan sonraki kısmında, alan adları kullanımından doğan uluslararası haksız rekabet halleri ile ilgili uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak hukuk ile ilgili açıklamalarda bulunmaya çalışacağız.

Günden güne artan internet kaynaklı hukuki sorunlar, hukukçuları bu konu üzerinde düşünmeye itmektedir. İnternetin kendine özgü özellikleri, ortaya çıkan sorunların çözümünde alışılagelmiş yöntemlerin uygulanması açısından bazı güçlükler doğurmakta; geleneksel kuralların dışında bir "siberhukuk *(cyberdroit)*"un yaratılması ihtiyacı ön plana çıkmaktadır. Ancak halihazırda, internet yoluyla gerçekleştirilen ve failin hukuki sorumluluğuna yol açan fiiller ile ilgili olarak tüm dünyada uygulanabilecek kuralların var olmaması ve farklı ülke hukuklarının yeknesaklaştırılamaması nedeniyle,

---

[67] Yargıtay 11.HD'nin E. 2007/1687 K. 2008/4071 sayılı ve 28.03.2008 tarihli kararı: *"Somut uyuşmazlıkta, davacı adına tescilli ticaret unvanının ayırt edici eki "M... Proje" davalı adına tescilli ticaret unvanının ayırt edici eki ise "m..." sözcükleridir. Bu bakımdan, davalının unvandaki "m..." sözcüğü yerine davacı unvanının esaslı unsuru olan "m... proje" ibaresini alan adıtanıtma vasıtası olarak kullanması TTK'nın 56. vd. maddeleri uyarınca haksız rekabet oluşturur.*
Her ne kadar, davalıya tahsis edilen "M... Proje.com.tr" alan adı yargılama sırasında ODTÜ Alan Adı Yönetimi tarafından iptal edilmiş ise de, söz konusu tahsisin iptaline rağmen, davalı gazetede yayımlanan iş ilanlarında elektronik yazışma adresi olarak "M... Proje" ibaresini kullanmaya devam ettiğine göre, davacının anılan ibarenin kullanımının haksız rekabet oluşturduğunu mahkeme kararıyla tespiti ve önlenmesini istemekte hukuki yararı bulunmaktadır. Bu bakımdan alana adı tahsisi iptal edildiğinden konusu kalmayan haksız rekabete yönelik dava hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına ilişkin mahkeme kararı gerekçesi yerinde değildir."

çalışmamız Türk Milletlerarası Özel Hukuku'nda düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralları ışığında uygulanacak hukukun tespiti ile ilgili değerlendirmeleri konu almaktadır.

Öncelikle, Türk Hukuku açısından bir uyuşmazlığın milletlerarası özel hukukun uygulama alanına girebilmesi için, söz konusu uyuşmazlığın özel hukuka ilişkin olması ve bir veya birden çok hukuk düzeni ile temas halinde bulunması, yani bir yabancılık unsuru taşımasının gerekli olduğunu hatırlatmak isteriz.[68] Zira, 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK.)[69]1. maddesi uyarınca, *"yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk"* MÖHUK. tarafından düzenlenmektedir. Temelde bir haksız fiil olarak nitelendirilen haksız rekabet uyuşmazlıklarının özel hukuk uyuşmazlığı olduğu konusunda şüphe yoktur.

Haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklar açısından yabancılık unsuru, uyuşmazlığın taraflarından birinin yabancı olması, uyuşmazlığa konu fiilin yabancı bir ülkede gerçekleşmiş olması veya söz konusu fiilin sonuçlarının yabancı bir ülkede doğmuş olması şeklinde karşımıza çıkabilir. Örneğin, yabancı bir şirket tarafından Türk piyasalarını etkileyecek bir haksız rekabet fiilinin işlenmesi halinde, Türk hakimi MÖHUK.'da yer alan kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak durumundadır. Yine failin Türk vatandaşlığına sahip gerçek veya tüzel bir kişi olduğu ve Türkiye'nin de aralarında bulunduğu birden fazla ülkenin piyasasını etkileyen haksız rekabet hallerinde, zarar yerinin Türkiye dışında gerçekleşmesi halinde de yabancılık unsuru taşıyan bir haksız rekabet hali söz konusu olacaktır. Haksız rekabet fiilinin Türkiye dışında işlenmesi ve bu fiil sonucunda Türk piyasalarının etkilenmesi de yine kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını gerektiren bir durumdur.

Haksız fiilin internet yoluyla işlenmesi, başlı başına yabancılık unsurunun varlığına işaret etmemektedir. Alan adı ihlalinin yapıldığı *web* sitesine Türkiye dışındaki ülkelerden de ulaşılabiliyor olması gerekmektedir.[70] Ancak internetin arz ettiği (bir internet sitesine ulaşımı sağlayan servis sağlayıcının veya sunucunun farklı ülkelerde bulunması ve bu ülkelerden hizmet vermesi, bir internet sitesine farklı sunuculardan erişilebilmesi gibi)[71] birtakım tek-

---

[68] **Uyanık Çavuşoğlu Ayfer,** İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk, Prof.Dr. Engin Nomer'e Armağan, MHB, Yıl 22, Sayı: 2, 2002, s. 974.

[69] R.G. 12.12.2007; bkz. http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/27683.html.

[70] **Uyanık Çavuşoğlu,** s. 974. Bir internet sitesine sadece Türkiye'den erişilebilme ihtimalinde, sadece Türk piyasalarını etkileyen, fail ve mağdurunun Türk vatandaşı olduğu haksız rekabet hallerinde yabancılık unsuru bulunmayacaktır.

[71] Sunucu, internete bağlanmaya yarayan, herhangi bir ağ üzerinde bir programı

nik özelliklerden dolayı, bir internet sitesine Türkiye'den ulaşılamaması veya söz konusu internet sitesine Türkiye dışındaki ülkelerden ulaşılamaması pek de mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle alan adlarının kullanımı sonucu ortaya çıkan haksız rekabet hallerinde Türk Hukuku açısından yabancılık unsurunun gerçekleşmiş olması kuvvetle muhtemeldir.

Çalışmamızın konusu, alan adlarının haksız rekabete meydan verecek şekilde kullanımı halinde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespitidir. Daha evvel de belirttiğimiz üzere, haksız rekabet fiilleri öncelikle birer haksız fiildir. Ancak MÖHUK.'da, haksız fiillere uygulanacak hukuku belirleyen genel hüküm niteliğindeki kanunlar ihtilafı kuralından başka, haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk ile ilgili olarak özel bir kanunlar ihtilafı kuralına yer verilmiştir. Bu nedenle, yalnızca alan adlarının haksız rekabete yol açması halinde uygulanacak olan özel kanunlar ihtilafı kuralı ile ilgili açıklamalarda bulunmakla yetineceğiz.[72]

---

veya bir bilgiyi farklı kullanıcılara/sistemlere paylaştıran/dağıtan donanım veya yazılıma verilen genel isimdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. www.pclabs.com.tr. İnternet kullanıcıları bu sunucular üzerinden bağlantı sağlayabilmektedirler. İnternet servis sağlayıcıları, ana sunucuya bağlanmak amacıyla geçiş sunucusu olarak hizmet veren aracı unsurlardır (**Uyanık Çavuşoğlu,** s. 971; **Özdemir Kocasakal,** s. 14). İnternet servis sağlayıcıları internete erişim açısından en önemli unsurlardan biridir. Bir internet servis sağlayıcısı aynı zamanda sunucu olabilir (**Uyanık Çavuşoğlu,** s. 971).

[72] MÖHUK'un haksız fiillere uygulanacak hukuku belirleyen 34. maddesinde bağlama noktası olarak "haksız fiiilin işlendiği yer" ve "haksız fiil sonucu zararın meydana geldiği yer" hukuklarının uygulanacağı belirtilmiştir. Alan adları ile ilgili uyuşmazlıkların internet üzerinden gerçekleştiği göz önüne alınacak olursa, madde metninde belirtilen "haksız fiilin işlendiği yer", "zararın meydana geldiği yer" gibi kavramların belirlenmesi bazı güçlükler yaratmakta ve somut olaya göre bu "yerler"in belirlenmesi kendine has bazı özellikler göstermektedir. Haksız fiilin işlendiği yer, alan adını adına tahsis ettiren kişi ya da kuruluşun (yerleşim yeri, mutad meskeni ya da işyerinin) bulunduğu yer veya alan adını tahsis eden kuruluşun bulunduğu yer ya da bu alan adının ifade ettiği *web* sitesinin *"host"* edildiği sunucuların *(server)* bulunduğu yer veya söz konusu *web* sitesinin izlenebildiği yer olabilir. Konu ile ilgili tartışmalar ve ayrıntılı açıklamalar ile ilgili olarak bkz. **Uyanık Çavuşoğlu,** s. 977 vd; **Ayşe İpek Sarıöz**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 139 vd.

B. Haksız Rekabete Uygulanacak Hukuk ile İlgili Değerlendirmeler

1. Alan Adı Kullanımının Belirli Bir veya Birden Çok Ülke Piyasasını Etkilediği Haksız Rekabet Halleri

20.05.1982 tarih ve 2675 sayılı Eski MÖHUK. haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk ile ilgili herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralı içermemekteydi. Bu nedenle, haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklarda da haksız fiillere uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı (Eski MÖHUK. m. 25) uygulama alanı bulmaktaydı.[73] Ancak, bu durum 5718 sayılı MÖHUK.'un kabulü ile değişmiştir.

5718 sayılı MÖHUK.'un 37. maddesi haksız fiilin özel bir görünümü olan haksız rekabet hallerinde uygulanacak hukuku belirlemektedir. Anılan maddenin 1. fıkrası uyarınca, *"haksız rekabetten doğan talepler, haksız rekabet sebebiyle piyasası doğrudan etkilenen ülke hukukuna tâbidir."* Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, *"haksız rekabet sonucunda zarar görenin münhasıran işletmesine ilişkin menfaatleri ihlâl edilmişse, söz konusu işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağı"* belirtilmektedir.

MÖHUK.'nun 37. maddesinin 1.fıkrası, haksız rekabet sonucu bütün piyasanın etkilenerek haksız fiil zararının oluştuğu durumları, ikinci fıkra ise bütün piyasanın değil sadece belirli bir işletmenin haksız rekabet sonucu etkilenerek zarara uğraması -rakibin işçilerini ayartma, rüşvet, endüstriyel casusluk, şirket sırrını ifşa etme veya sözleşmenin ihlaline neden olma gibihalini düzenlemiştir.[74] Haksız fiillere uygulanacak hukukun tespitinde genel olarak kabul gören fiilin işlendiği yer hukuku (*lex loci delicti*) uygulamasının özellikle "mesafeli haksız fiiller"e ilişkin uyuşmazlıklar açısından doğru sonuçlara yol açmadığından hareketle ikinci bir bağlama noktası olarak "haksız fiil sonucu doğan zararın meydana geldiği yer" kriteri uygulanmaya başlamıştır. Uluslararası anlamda haksız rekabete yol açan fiiller niteliği gereği "mesafeli haksız fiiller" içinde yer aldığından, haksız rekabete yol açan fiillere uygulanacak hukukun belirlenmesinde, haksız fiiller açısından uygulama alanı bulan "zararın meydana geldiği yer" kriterinin özel bir görünümü olan "haksız rekabet fiili sonucunda piyasası etkilenen yer (ülke)" kriteri bağlama noktası olarak kabul edilmektedir.[75]

---

[73] **Aysel Çelikel/ Bahadır Erdem,** Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 10. Bası, Beta Yayınları İstanbul 2010, s. 389.

[74] **Çelikel/Erdem**, s. 410; **Ergin Nomer**, Devletler Hususi Hukuku, 16. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul 2008, s. 348.

[75] **Bilgin Tiryakioğlu,** Genel Olarak Haksız Fiiller, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve

MÖHUK.'un 37. maddesinin 1. fıkrasında korunan menfaat, sadece rakiplerin ekonomik çıkarlarını kapsamamaktadır. Bu hüküm ile aynı zamanda rekabete katılan herkesin ekonomik çıkarları, yani piyasanın kendisi korunmaktadır. Alan adlarının haksız kullanımı, söz konusu alan adı vasıtasıyla erişim sağlanan internet sitesinin ticari olarak hedef aldığı ülke piyasalarının haksız rekabet sonucu ekonomik açıdan etkilenmesine yol açmaktadır. Burada, sadece kendisine ait (marka, ticaret ünvanı veya işletme adı gibi) ayırt edici işaretin başkası tarafından alan adı olarak kullanıldığı kişinin ekonomik mağduriyetinden bahsedilemeyecektir. Zira, alan adları zaten tüm piyasa aktörlerinin (diğer rakip işletmeler, müşteriler ve tüketicilerin) belirli bir internet sitesine erişiminin sağlanması amacıyla kullanılmaktadır. Burada fail, rakip işletme, müşteri ve tüketicileri yanıltarak ticari kazanç elde etmek istemektedir. Bu nedenle, alan adlarının başkalarının haklı olarak sahip oldukları ve ticari açıdan değer arz eden ayırt edici işaretler ile iltibas yaratarak veya herhangi diğer bir biçimde haksız rekabete yol açan kullanımından doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk, alan adının bu şekilde kullanımından etkilenen piyasa (ülke) hukukudur.

Alan adı kullanımının birden fazla ülke piyasasında haksız rekabete yol açması halinde ise, bu ülke hukukları ayrı ayrı uygulama alanı bulacaktır. MÖHUK.'un 37. maddesinin 1. fıkrasında, haksız rekabet sonucunda birden fazla ülke piyasasının etkilenmesi halinde, kanun hükmünün ne şekilde uygulanması gerektiğine dair bir açıklamada bulunulmamıştır. MÖHUK.'un haksız rekabet ile ilgili kanunlar ihtilafı kuralının kabulünde esinlenilen 18.12.1987 tarihli İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun[76] (İsv. MÖHK.) 136. maddesinde de herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak doktrinde ağırlıklı olarak taraftar bulan görüş uyarınca, haksız rekabet fiilinden birden fazla ülke piyasasının etkilenmesi halinde söz konusu ülkelerin hepsinin haksız rekabet hükümleri ayrı ayrı uygulama alanı bulacaktır. Bu durum doktrinde "birden çok ülke hukukunun dağıtılmış (*mosaique*) şekilde uygulanması şeklinde tanımlanmaktadır.[77] Bu bağlamda haksız re-

---

Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr.Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2, İstanbul 2010, s. 214-215.

[76] Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291); bkz. http://www.admin.ch/ch/f/rs/c291.html.

[77] **Thomas Kadner Graziano,** La responsabilité délictuelle en droit international privé européenne, Helbing&Lichtenhahn (Bâle-Genève-Munich)/Bruylant (Bruxelles)/LGDJ (Paris) 2004, s. 88; **Andrew Dickinson,** The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations, Oxford University Press New York 2008, s. 330; **Simon Othenin-Girard,** Les actes illicites dans le projet de règlement européen sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles (Rome II), Quelques points de divergence et de convergence avec la LDIP, Mélanges en

kabet fiilinin sonuçları her bir ülke piyasası için ayrı ayrı ele alınacak ve uyuşmazlıktan doğan talepler her bir ülke hukukunun maddi hukuk hükümlerinin uygulanması yoluyla çözüme kavuşturulacaktır. Bir internet sitesine dünyanın her yerinden erişilebileceği gerçeği karşısında, başkasına ait ayırt edici bir işareti alan adı olarak kullanan failin haksız rekabetten etkilenen farklı ülke hukuklarının ayrı ayrı uygulanması sonucu ortaya çıkacak duruma katlanmasını beklemek yanlış olmayacaktır.

Böyle bir durumda, birden çok ülke hukukunun haksız rekabetle ilgili maddi hukuk hükümlerinin uygulanmasının bazı sorunlara yol açabileceği düşünülebilir. Özellikle söz konusu ülke hukuklarının birbiriyle çelişen hükümler içermesi halinde ne yapılması gerektiği sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu sorun farklı talepler için ayrı ayrı incelenebilir. Haksız rekabet nedeniyle tazminat hakkının doğup doğmadığı veya doğacak tazminat taleplerinin miktarı ile ilgili olarak her bir ülke piyasasında doğan zarar için o ülke hukukunun öngördüğü tazminat miktarlarına hükmedilir. Haksız rekabet fiilinin önlenmesi ve etkilerinin ortadan kaldırılması talebiyle açılan davalarda ise, yine farklı ülke piyasaları açısından ilgili ülke hukukunun ayrı ayrı uygulanması yoluyla çözüme ulaşılmalıdır.

Bir alan adının haksız kullanımı sonucu ortaya çıkan haksız rekabet uyuşmazlıklarında, MÖHUK.'un 37. maddesinin 1. fıkrası uyarınca uygulanacak hukukun belirlenmesi açısından, alan adı kullanımı sonucunda bir veya birden fazla ülke piyasası üzerinde doğan etkinin "doğrudan, esaslı ve öngörülebilir" bir etki olması gerektiği ifade edilmektedir.[78] Uygulanacak hukukun belirlenmesinde dikkate alınması gereken husus, somut uyuşmazlığa konu ekonomik sonucun, yani haksız rekabet fiilinin meydana getirdiği zararın, ani ve derhal doğan veya doğabilecek olan etki sonucunda meydana gelip gelmediğidir. Piyasa üzerinde doğan basit, ikincil ve önemsiz etkilerin dikkate alınamayacağı belirtilmiştir.[79] Haksız rekabetin doğmasına neden olan etkinin doğrudan ve esaslı olması, çoğu zaman söz konusu etkinin fail tarafından öngörülebilir bir etki olması sonucunu yaratacaktır. Ancak, özellikle internet yoluyla gerçekleştirilen ve belirli bir veya birden fazla ülke piyasasını etkileyen haksız rekabet fiilleri ile ilgili olarak, piyasa üzerinde doğan etkinin

---

L'Honneur de François Knoepfler, Helbing&Lichtenhahn Bâle-Genève-Münich 2005, s. 77; **François-Jerôme Danthe,** Le droit international privé suisse de la concurrence déloyale, Thèse de Licence et de Doctorat présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, Imprimerie Chabloz Tolochenaz&Lausanne 1998, s. 96; **Dutoit,** , s. 484.

78 **Danthe,** s. 85-87.

79 **Dutoit,** s. 485. MÖHUK.'un 37. maddesinde düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralının uygulanması açısından, haksız rekabete yol açan etkinin özellikleri ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Sarıöz,** s. 124 vd.

fail tarafından öngörülebilir olması gerektiğini kabul etmek pek de mümkün değildir. Aksi takdirde, haksız rekabet faili gereksiz bir biçimde avantajlı konuma getirilerek, ilgili piyasa üzerinde doğan etkinin sonuçlarına başka bir ülke hukukunun uygulanması (ki bu hukukun hangi ülke hukuku olacağı da tartışmalıdır) söz konusu olacaktır. Bu durum fail ile haksız rekabet fiilinin meydana getirdiği sonuç arasında dengesizlik yaratılmasına yol açacaktır.

MÖHUK.'un 37. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralı 11.07.2007 tarihli ve 864/2007 sayılı Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu (Roma II) Tüzüğü'nde[80] de yer almaktadır. Tüzüğün 6. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, haksız rekabete rekabet ilişkisinin veya tüketicilerin ortak menfaatlerinin etkilendiği veya muhtemelen etkileneceği yer hukuku uygulanır.[81] Tüzüğün belirli bir veya birden fazla ülke piyasasını etkileyen haksız rekabet halleri ile ilgili olarak benimsediği bağlama noktası İsv. MÖHK. ve MÖHUK. ile paralellik arz etmektedir. Bu göre, kullanılan alan adının bir veya birden fazla ülke piyasasında faaliyet göstermekte olan bir işletmeye ait ayırt edici işaret ile aynı veya benzer olması ya da yukarıda anlatıldığı üzere, iltibas dışında herhangi bir biçimde söz konusu alan adının kullanımı sonucu haksız rekabete neden olunması halinde, piyasası etkilenen ülkelerde meydana gelen sonuçlar açısından her bir ülke hukuku ayrı ayrı uygulama alanı bulacaktır.

2. Alan Adı Tahsisinin Belirli Bir Ticari İşletmenin Ticari Menfaatlerini Zedeleyecek Biçimde Haksız Rekabete Yol Açması

Yukarıda açıkladığımız üzere, başkasına ait ayırt edici bir işaretin alan adı olarak kullanımı ve söz konusu alan adı vasıtasıyla internet üzerinden herhangi bir *web* sitesine erişimin sağlanması halinde, ilgili *web* sitesine ulaşılabilen ülkelerde ortaya çıkan ekonomik sonuçların neden olduğu uyuşmazlıklarda, piyasası haksız rekabet nedeniyle etkilenen ülke hukukları uygulama alanı bulacaktır. Aslında alan adlarının haksız rekabete yol açacak biçimde kullanımı çoğunlukla bu şekilde gerçekleşmektedir. Ancak, alan adı kullanımının belirli bir veya birden fazla ülke piyasasını değil, sadece belirli bir işletmenin ticari menfaatlerini zedelediği haller de söz konusu olabilir.

---

[80] Règlement (CE) No: 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles (Rome II); bkz. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:199:0040:01:FR:HTML.

[81] **Zeynep Derya Tarman,** Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu (Roma II) Tüzüğü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, Sayı: 2, Yıl 2008, s. 207.

Örneğin, bir alan adının yalnızca daha sonra gerçek hak sahibine yüksek meblağlar karşılığında satımı amacıyla tescil ettirilmesi fakat kullanılmaması ve daha sonra gerçek hak sahibinin kendi işletme adı/markası/ticaret ünvanını içeren bu alan adını tescil ettirememesi halinde *(domain grabbing-cybersquatting),* yalnızca ilgili hak sahibi işletmenin ticari menfaatlerini etkileyen bir haksız rekabet halinden bahsedilebilir. Şayet, gerçek hak sahibi, kendi ayırt edici işareti ile hiç ilgisi olmayan başka bir alan adını kullanmak durumunda kalırsa, bu durumda da ticari bir kayba uğrayacağı açıktır. Ancak bu kayıp yalnızca söz konusu mağdur işletme nezdinde doğacaktır. Zira, haksız olarak tescil edilen alan adı kullanılmamakta, piyasa aktörleri bu şekilde bir kullanım sonucunda yanıltılmamakta ve sonuç olarak tüm piyasayı etkileyen bir haksız rekabet haline sebep olunmamaktadır.

Bu gibi bir durumda, MÖHUK.'un 37. maddesinin 2. fıkrası uyarınca "zarar gören işletmenin işyerinin bulunduğu yer hukuku" uygulama alanı bulacaktır. MÖHUK.'un haksız rekabet ile ilgili kanunlar ihtilafı kuralının kabul edilmesinde İsv.MÖHK.'dan esinlenildiğini belirtmiştik. Ancak İsv.MÖHK.'un 136. maddesinde, haksız rekabet sonucu belirli bir işletmenin zarar görmesi halinde söz konusu işletmenin "merkezinin" bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı belirtilmektedir. MÖHUK.'un m.37/f. 2 hükmünün gerekçesinde, zarar gören işletmenin "merkezi" yerine "işyerinin" bulunduğu yer hukukunun seçilmesinin nedeni hakkında herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Ayrıca, mağdur işletmenin birden fazla ülkede işyeri bulunması halinde, hangi ülke hukukunun uygulanacağı da ayrı bir tartışma konusudur.

Haksız rekabet fiilinin sadece belirli bir işletmenin ticari menfaatlerini zedelemesi halinde, bu şirketin "şahsı" ile en yakın ilişkili hukukun yani şirketin "esas işyerinin bulunduğu yer" hukukunun uygulanmasının daha doğru olacağı düşüncesindeyiz.[82] MÖHUK.'un iş sözleşmelerine ve eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuku belirleyen 27 ve 29. maddelerinde yer verilen "esas işyeri" kavramının ise, MÖHUK. m. 9'da yer alan "idare merkezi hukuku" olarak yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir.[83] Bu durumda, alan adının haksız bir biçimde tescil ettirildiği fakat kullanılmadığı ve gerçek hak sahibine belirli bir meblağ karşılığında satılmaya çalışıldığı ve gerçek hak sahibinin zarar gördüğü hallerde, zarar gören işletmenin merkezinin bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır.

MÖHUK'un 37. maddesinin 2. fıkrasında yer alan bu hüküm, Roma II Tüzüğü'nün 6. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmektedir. Roma II Tüzüğü

---

[82] MÖHUK.'un 37. maddesinin 2. fıkrası uyarınca belirlenecek olan hukukun "zarar gören işletmenin hukuku" olduğu ifade edilmektedir (**Gülören Tekinalp,** Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Vedat Kitapçılık İstanbul 2009, s. 450.

[83] **Tekinalp,** s. 404.

m. 6/f. 2 hükmü, belirli bir rakibin menfaatlerini etkileyen eylemler bakımından tıpkı MÖHUK.'da yer alan düzenlemede olduğu gibi, ayrı bir kanunlar ihtilafı kuralı getirmektedir. Yine MÖHUK'un 37. maddesinde kabul edildiği üzere, burada da bağlama noktası olarak etkilenen piyasa kriteri yerine, başka bağlama noktalarının kabul edildiği görülmektedir. Buna göre, Tüzüğün 6. maddesinin 2. fıkrası kapsamına giren haksız rekabet hallerine, haksız fiillere ilişkin genel kural (Roma II Tüzüğü'nün 4. maddesi) uygulanacaktır.

Tüzüğün 4. maddesine göre, öncelikle haksız fiilin nerede işlendiğine bakılmaksızın, zararın meydana geldiği yer hukuku uygulama alanı bulacaktır. Zararın meydana geldiği yer ise, haksız rekabet sonucu mağdur olan işletmenin ekonomik olarak kayba uğradığı yer olarak yorumlanabilir. 4. maddenin 2. fıkrasında, haksız rekabet faili ile mağduru olan kişilerin (işletmelerin) mutad meskenlerinin aynı ülkede olması durumu söz konusu olacaktır. 4. maddenin 2. fıkrasında sadece "mutad mesken" kavramından bahsedilmekte; Tüzüğün 6. maddesinde haksız rekabet ilişkisinin tarafı olan işletmeler açısından geçerli olabilecek herhangi bir açıklama yapılmamaktadır. Ancak kanımızca, haksız rekabet faili ile mağduru olan işletmelerin tüzel kişi olabilecekleri ihtimalinden hareketle, burada tüzel kişiler açısından idare merkezinin esas alınması daha doğru olacaktır. Son olarak, 4. maddenin 3. fıkrası uyarınca, haksız rekabet ilişkisinin faili ile mağduru arasında önceden -sözleşme gibi- haksız rekabet fiili ile sıkı ilişkili olan bir hukuki ilişkinin varlığı halinde, söz konusu hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun haksız rekabet fiili açısından da uygulama alanı bulacağı düzenlenmektedir. Anılan hukukun haksız rekabet fiili ile herhangi bir bağlantı sağlamaması halinde ise bu hukukun sadece tarafların daha evvel aralarında var olan hukuki ilişkiye uygulanacağı açıktır.

Doktrinde Tüzüğün m. 6/f. 2 hükmünün yerinde olduğu, zira zarar gören ve zarar veren kişilerin özel menfaatlerinin etkilenen piyasa kriterinin geçerli olmasını haklı kılmadığı ifade edilmektedir.[84] Gerçekten de Tüzük kapsamında, belirli bir işletmenin ticari menfaatlerini etkileyen haksız rekabet fiillerinin, hiçbir özelliği olmayan haksız fiiller ile aynı çerçevede değerlendirildiği görülmektedir. Bu açıdan, alan adını haksız bir biçimde tescil etttiren kişi (*domain grabbing* faili) ile zarar gören kişinin (yani haksız rekabet ilişkisinin tarafı olan işletmelerin) mutad meskenlerinin (tüzel kişiler için idare merkezlerinin) aynı ülkede olması halinde, bu ülke hukuku uygulama alanı bulacaktır. Diğer taraftan, alan adını haksız biçimde tescil ettiren kişi ile bu durum sonucunda zarara uğrayan kişi arasında, haksız rekabet fiilinin işlenmesinden önce, herhangi bir ilişki olması -ki bu ilişki genelde akdî bir ilişki olabilmektedir- ve bu ilişkinin haksız rekabet fiili ile sıkı ilişkili olması ihti-

---

84 **Tarman,** s. 208.

malinde, söz konusu hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun haksız rekabet fiilinin doğurduğu sonuçlara da uygulanacağını hatırlatmak isteriz.

Sonuç

İnternetin, diğer alanlarda olduğu gibi, ticari hayatta da kilit bir role sahip olması, ticari işletmelerin kendi tanıtım ve reklamlarını kendi *web* siteleri üzerinden yapmak istemeleri alan adlarının sahip olduğu önemi günden güne arttırmaktadır. İnternet alan adları ile ilgili karşılaşılan hukuki sorunların sayısı da bu durum ile orantılı olarak çoğalmaktadır. Bu nedenle, internet alan adlarının kullanımından doğan hukuki sorunların mümkün olduğu kadar çabuk ve etkili bir şekilde çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

Görüldüğü üzere, alan adları ile ilgili hukuki uyuşmazlıklar alan adlarının tescil ve kullanımından kaynaklanan haksız fiil türleri ve özellikle de haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklar etrafında yoğunlaşmaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere, alan adları ile ilgili uyuşmazlıkların çözümü açısından kanunlar ihtilafı kurallarının belirlenmesinde bazı güçlüklerle karşılaşılmaktadır. Doktrinde, internet üzerinden işlenen haksız fiilere uygulanacak hukukun, yukarıda açıklamaya çalıştığımız bağlama noktalarını düzenleyen milletlerarası kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması ile belirlenemeyeceğini, tek çözüm yolunun milletlerarası işbirliği ile gerçekleştirilecek bir "siberhukuk"un yaratılması ve bu çerçevede yeknesak kuralların düzenlenmesi gerektiğini ifade eden görüşler de mevcuttur. Bu anlamda çeşitli çalışmalar da yapılmaktadır. Ancak halihazırda böyle bir "siberhukuk"un var olmadığından hareketle, klasik kanunlar ihtilafı kurallarının internet aracılığıyla gerçekleştirilen fiil ve işlemlere uyarlanması gerektiği ve bu şekilde sonuca ulaşılabileceği de bir gerçektir.

Diğer taraftan, *"domain grabbing"*e karşı etkin mücadelede 1999 yılı sonunda yürürlüğe giren ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) tahkim usulü çok büyük bir rol oynamaktadır. ICANN tahkim usulünde, hem çabukluk hem de dava masraflarının nispeten düşük olması, rağbet görmesindeki en büyük etkendir. ICANN tahkim usulü Türkiye'de de ticari kuruluşlar arasında tanınmaya ve kullanılmaya başlanmıştır.

Tüm bu açıklamalar ışığında, dünya üzerinde bütün ülkelerde uygulanacak maddi ve usul hukuku kurallarının düzenlenmesinin mümkün olabileceğini ancak bu sonuca ulaşıncaya kadar ICANN tahkim usulünün, bazı eksiklikleri olmakla birlikte, alan adları ile ilgili sorunları çözmede en kısa ve en etkili çözüm yolu olması nedeniyle uygulama alanının mümkün olduğu kadar genişletilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Kaynakça

Bozbel Savaş, İnternet Alan Adlarının (Domain Names) Korunmasında ICANN Tahkim Usulü, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara 2006.

Burkard Peter, Remedies Against Unlawful Domain Names: A Comparaison of Recent DevelopmentsUnder US and German Law, 5 W.Va.J.L.&Tech. 1, December 1, 2000; makaleye erişim için bkz. http://www.burkardlaw.com/nss-folder/unlawfuldomainnames1/Remedies.PDF.

Can Mustafa / Memiş Tekin, Elektronik Ortamda Haksız Rekabet Halleri; makaleye erişim için bkz.www.basarmevzuat.com/dergi/2004-09/a/04.htm.

Çelikel Aysel / Erdem Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 10.Bası, İstanbul 2010.

Danthe François-Jerôme, Le droit international privé suisse de la concurrence déloyale, Thèse de Licence et de Doctorat présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, Imprimerie Chabloz Tolochenaz&Lausanne 1998.

Dickinson Andrew, The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations, Oxford University Press New York 2008.

Dutoit Bernard, Droit international privé suisse: Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, Helbing&Lichtenhahn 4ème édition revue et augmentée Bâle/Genève/Munich.

Gilliéron Philippe, Les noms de domaine: Possibilités de protection et de résolution des conflits, Revue de droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence, Zurich (=sic!) 2/2000.

Graziano Thomas Kadner, La responsabilité délictuelle en droit international privé européenne, Helbing&Lichtenhahn (Bâle-Genève-Munich)/Bruylant (Bruxelles)/LGDJ (Paris) 2004.

İmregün Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 13. Bası Filiz Kitabevi İstanbul 2005.

Martin-Achard M. Edmond, La loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 Décembre 1986, Payot Lausanne 1988.

Memiş Tekin, Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar, makaleye erişim için bkz. www.teknoturk.org/docking/yazilar/tt000116-yazi.htm.

Nomer Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 16. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul 2008.

Nomer Füsun, İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler İle Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, s. 395 – 418.

Othenin-Girard Simon, Les actes illicites dans le projet de règlement européen sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles (Rome II), Quelques points de divergence et de convergence avec la LDIP, Mélanges en L'Honneur de François Knoepfler, Helbing&Lichtenhahn Bâle-Genève-Münich 2005, s. 69 – 92.

Öngören Gürsel, İnternet Hukuku, Öngören Hukuk Yayınları, İstanbul 2006.

Özdemir Kocasakal Hatice, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, Vedat Kitapçılık, 1. Bası, İstanbul 2003.

Özdilek Ali Osman, İnternet ve Hukuk, Papatya Yayıncılık, 1. Basım, İstanbul 2002.

Poroy Reha / Yasaman Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 13. Bası, Vedat Kitapçılık İstanbul 2010.

Sarıöz Ayşe İpek, Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme,Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Tez Referans No: 403919.

Searing Matthew Edward, "What's in a Domain Name?": A Critical Analysis of the National and International Impact on Domain Name Cybersquatting, Washburn Law Journal Vol. 40 2000.

Soysal Tamer, İnternet Alan Adları Sistemi ve Tahkim Kuruluşlarının UDRP Kurallarına Göre Verdikleri Kararlara Eleştirel Bir Yaklaşım, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 21 Yıl: 2006/2, s. 481 – 507.

Stecher Matthias, Unfair Competition and Trademarks on the Internet, Kluwer Academic Publishers, London 1999.

Tarman Zeynep Derya, Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu (Roma II) Tüzüğü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, Sayı: 2, Yıl 2008, s. 193 – 221.

Tekinalp Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Vedat Kitapçılık İstanbul 2009.

Teoman Ömer (**Ülgen Hüseyin / Helvacı Mehmet / Kendigelen Abuzer / Kaya Aslan / Nomer Ertan Füsun**), Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık İstanbul 2010.

Uyanık Çavuşoğlu Ayfer, İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk, Prof. Dr. Engin Nomer'e Armağan, MHB, Yıl 22, Sayı: 2, 2002, s. 967 - 997.

Fransız Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

Ebru ŞENSÖZ / Begüm ŞERMET***

Giriş

Milletlerarası alanda ilişkilerin artması ile ülkelerarası gerek ticari gerekse kişi hallerine ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar da artmıştır. Buna paralel olarak, bu uyuşmazlıkların taraflardan birinin mahkemesinde çözülmesi neticesinde verilen kararın, diğer taraf ülkesinde de aynı hukuki etkiye sahip olması ve icrası için yabancı ülke mahkemelerine yapılan tenfiz başvuruları da artmıştır. Yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'de tanınması ve tenfizi Türk hukukunda ayrıntılı bir biçimde incelenmiştir. Ancak Türk mahkemelerinden alınan kararın Fransa'da tanınması ve tenfizi Fransız hukukuna tabidir. Bu nedenle, Türk hukukundan daha farklı tanıma ve tenfiz sistemi kabul eden Fransız hukukunun da incelenmesi önem arzetmektedir. Ancak, Avrupa Birliği'ne üye devlet mahkemelerinden verilen kararların tanınması ve tenfizine ilişkin olarak Fransa'da uygulanan Brüksel Tüzüklerinin Türk mahkemelerinden verilen kararların tanınması ve tenfizine uygulanması sözkonusu olmayacağından, bu Tüzükler çalışmamızda ele alınmayacaktır.

Çalışmamızda, Fransız tanıma ve tenfiz hukukunu düzenleyen kaynaklar, tenfize tabi mahkeme kararları, tenfiz (etkililik) şartları, tenfizden bağımsız olarak yabancı mahkeme kararlarının Fransa'da doğurduğu etkiler, özellikle kişi hal ve ehliyetine ilişkin yabancı mahkeme kararlarının Fransa'da, hiçbir kontrole tabi tutulmaksızın, doğrudan etki doğurması ve kontrol usulleri ayrıntılı olarak incelenmiştir.

---

* Arş. Gör. Dr., Galatasaray Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Programı öğrencisi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

** Arş. Gör., Galatasaray Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı öğrencisi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

I. FRANSIZ HUKUKU'NDA TANIMA VE TENFİZE İLİŞKİN KAYNAKLAR

Fransız hukukunda, iç hukuktaki düzenlemeler, çok geniş kanuni bir çerçeve oluşturan genel düzenlemeler niteliğindedir. Yabancı bir mahkeme kararı tenfiz davası neticesinde, Fransız mahkemesince icra edilebilir olduğu açıklanmadıkça, icrai hiçbir işleme konu olamaz (Yeni Fransız Medeni Usul Kanunu -*Nouveau Code Procedure Civile-NCPC* m. 509; Fransız Medeni Kanunu-*Code Civil-CC* m. 2123)[1]. Tenfize ilişkin iç hukuktaki bir diğer düzenleme icra usulüne ilişkin reform getiren 9 Temmuz 1991 tarihli Kanun'da yer almaktadır. Kanun'un 3. maddesi uyarınca, "*Yabancı mahkeme kararları ve yabancı işlemlerin icra etkisi, tenfiz davası ile tenfiz edilebilir oldukları açıklandığında kabul edilebilir*". Hukuki teşkilata ilişkin Kanun'un L. 311-11. maddesi uyarınca ise, "*Yabancı kararların ve resmi işlemlerin tenfizi davalarında, tek hakimden teşekkül eden Asliye Hukuk Mahkemesi görevlidir*".

Fransa'da, yabancı mahkeme kararlarının etkilerine ilişkin hukuk kaynaklarının başında sözleşmeler gelmektedir[2]. Fransa, yabancı kararların tanınmasına ilişkin olarak, Brüksel ve Lugano Sözleşmelerinin (*La Convention de Bruxelles, La Convention de Lugano*)[3] yanı sıra, iki taraflı ve çok taraflı

---

[1] **NCPC art. 509:** "(*Yabancı mahkeme kararları) ve yabancı makam işlemleri (acte public étrangers), kanunda öngörülen durumlarda ve şekilde Fransız Cumhuriyeti'nde icra edilebilir*". Aynı yönde Fransız Medeni Kanunu m. 2123, Fransız mahkemelerince yabancı kararın icrai etkisi açıklanmadıkça ipotek yapılamaz.

[2] **Kessedjian Catherine:** L*a Reconnaissance et L'Exécution des Jugements Etrangers En France – Hors Les Conventions de Bruxelles et de Lugano (s.185-215)*, Edt. WALTER, Gerhard/ BAUMGARTNER, Samuel P., Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Outside the Scope of the Brussels and Lugano Conventions, Kluwer Law International, The Hague, Civil Procedure in Europe, Volume 3, 2000, s. 185.

[3] Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel Konvansiyonu 1968 tarihinde nihai halini almış ve 1973 yılında AT ülkeleri arasında yürürlüğe girmiştir. Brüksel Konvansiyonu, kural olarak yalnızca üye devletler arasında uygulanmakla beraber, üçüncü ülke statüsünde bulunan ülkeler de Topluluğa üye olmadan Konvansiyon'a taraf olabilirler. Örneğin, 1959 yılında Stockholm Anlaşması'na dayanılarak kurulan EFTA (*European Free Trade Association*) ülkeleri (İzlanda, İsviçre, Norveç, Liechtenstein) Lugano Konvansiyonu'nun imzalanması ile Brüksel Konvansiyonu'na taraf olmuştur. Lugano Konvansiyonu, Brüksel Konvansiyonu'nda yer alan hükümlerin tekrarı niteliğinde olduğundan, Paralel Konvansiyon olarak adlandırılmaktadır. Lugano Konvansiyonu ile Brüksel Konvansiyonu arasındaki en önemli fark, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD)'nın Lugano Konvansiyonu hükümlerini ön sorun (*preliminary ruling*) olarak yorumlama yetkisinin olmamasıdır. Buna karşılık, Konvansiyon ortak yorumu sağlayacak hükümler getirmiştir.

sözleşmelere de taraftır. Çok taraflı milletlerarası sözleşmelerin bazıları, belirli bir konudaki kararların tanınması ve tenfizine dair hükümler içerir[4]. Bu sözleşmelere örnek olarak; 19 Ekim 1996 tarihli, 'Velayete ve Çocukların Korunmasına İlişkin Tedbirler Hakkında Uygulanan Hukuka, Tanımaya, Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme' gösterilebilir[5]. Fransız Hukuku'nda bütün milletlerarası sözleşmeler derhal uygulama alanı bulur[6]. Fransız hakimi tarafından, milletlerarası sözleşmenin uygulanması için iç hukuka dahil edilmesine ilişkin yasal bir düzenleme yapılmasına gerek yoktur.

Milletlerarası sözleşmeler ile iç hukuk arasındaki ilişki hususunda, Fransız Anayasası'nın 55. maddesi yol göstericidir (**La Constitution art. 55**). Buna göre, iç hukuk ile sözleşme farklı düzenlemeler içeriyorsa, sözleşme hükümleri uygulanır. İç hukuk sözleşmeye nazaran daha elverişli hükümler içerse dahi, daha elverişli hükümler içeren iç hukukun uygulanmasına müsaade eden özel bir şart sözleşmede bulunmadıkça, sözleşme uygulanır[7]. Fransa'nın taraf olduğu iki taraflı sözleşmelerde böyle hükümler bulunmamaktadır. Buna karşın, 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi haricinde, çok taraflı milletlerarası sözleşmelerde böyle hükümler bulunmaktadır[8].

Türkiye ile Fransa arasında yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin iki taraflı adli yardım sözleşmesi bulunmamaktadır. Ancak, Türkiye ile Fransa'nın akit olduğu çok taraflı milletlerarası sözleşmeler bulunmaktadır. Örneğin,"Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisi ve Uygulanacak Kanuna Dair 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi, 1980 tarihli Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi ve 1980

---

4 30 Ekim 1999 tarihli milletlerarası yetki ve yabancı kararların etkilerine ilişkin La Haye Sözleşmesi yeterli sayıda devletin imzasını toplayamadığından henüz yürürlükte değildir. Bkz. **Von Mehren, Arthur T.**: *La rédaction d'une convention universellement acceptable sur la compétence judiciaire internationale et les effets des jugements étrangers: Le projet de la Conférence de La Haye peut-il aboutir?*, s.65-100, Revue Critique De Droit International Privé, 90 (1) Janvier-Mars 2001, Lagarde Paul/Ancel Bertrand/ Muir Watt, Horatia, Dalloz, Paris, 2001, s. 85.

5 Türkiye bu Sözleşmeye taraf değildir.

6 **Kessedjian,** s 186.

7 **Kessedjian,** s. 186.

8 **Bureau, Dominique/ Muir Watt, Horatia**: *Droit International Privé*, Tome I, Partie Générale, Presses Universitaires De France, 1re Ed, Paris 2007, s. 53; **Lagarde**, **Paul:** *La Condition de réciprocité dans l'appréciation des traités internationaux: son appréciation par le juge interne*, RCDIP, 1975, s. 31; P. **Francescakis, P. :** *Remarques critiques sur le rôle de la Constitution dans le conflit entre le traité et la loi interne devant les tribunaux judiciaires*, RCDIP, 1969, s. 425; **Kessedjian,** s. 186, dn.5. Temel hak ve özgürlükleri koruyan örneğin AİHS her zaman uygulanması gereken sözleşmelerdendir. Bkz. **Bureau/Muir Watt**, T.I, s. 57.

tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesi'ne her iki devlet de taraftır. Bu nedenle, bu sözleşmelerin uygulama alanına giren konularda sözleşme hükümlerine göre yabancı mahkeme kararları Fransa'da tanınıp tenfiz edilecektir. Türkiye'nin ve aynı anda Fransa'nın taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler, Türk hukukunda ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu nedenle, çalışmamızda bu sözleşmelere yer verilmeyecektir.

II. YABANCI MAHKEME KARARININ UNSURLARI

Yabancı mahkeme kararının tanımlanması hususunda, içtihatta açık bir tanıma yer verilmiş olmamakla beraber, Fransız Yüksek Mahkemesi, zımni olarak yabancı mahkeme kararını tanımlamıştır[9]. Buna göre, yabancı mahkeme kararı; özel hukuka ilişkin, kesinleşmiş ve yabancı egemenlik adına karar veren mahkeme ya da makam tarafından verilmiş olan karardır.

A) Kararın Özel Hukuka İlişkin Olması

Fransız Hukuku'nda tanıma ve tenfize konu olan kararlar, esasen hukuki ve ticari nitelikli kararlardır. Kamu hukukuna ilişkin, başka bir deyişle, idari ve cezai konulara ilişkin kararların ve yabancı vergi kararlarının tanıma ve tenfize konu olmaları mümkün değildir[10]. Ancak, Fransa'nın taraf olduğu, idari ve cezai konulara ilişkin yabancı mahkeme kararlarının icrasına izin veren iki taraflı sözleşmeler mevcuttur[11]. Ancak yabancı ceza kararlarında hukuki konulara ilişkin kararlar var ise bunlar da tenfiz edilebilir[12]. Malvarlığına ilişkin olan ve olmayan kararların tanınmaları mümkündür. Yabancı bir mahkeme kararının tanınması için bir ihtilafa ilişkin olması gerekmez.

---

9 **Kessedjian,** s. 187.

10 **Loussouarn, Yvon/ Bourel, Pierre/ Vareilles-Sommières, Pascal de:** *Droit International Privé*, 9e édition, Dalloz, Paris 2007, s. 738, no. 492-8; **Mayer, Pierre/Heuzé, Vincent**: *Droit International Privé*, 9. Edition, Paris 2007, s. 266, no. 361; **Bureau/Muir Watt,** T.I, s. 225, 228-231; **Kessedjian,** s. 188; **Holleaux, Dominique/ Foyer, Jacques/ La Pradelle, Géraud de Geouffre de:** *Droit İnternational Privé*, Paris, 1987, s.422, no.911; **Audit, Bernard:** *Droit International Privé*, 4e Ed, Economica, Paris, 2006. s. 369, no. 456; **Niboyet, Marie-Laure/ La Pradelle, Géraud de Geouffre de:** *Droit International Privé*, Paris, 2007, s. 467-468, no. 639. **Meyzaud-Garaud, Marie-Christine**: *Droit İnternational Privé*, Paris, 2002, s. 145. Ancak yabancı kamu hukukuna ilişkin kararların olgu ve delil etkileri dikkate alınır (Bkz. **Audit**, s. 370, no. 456).

11 **Batiffol, Henri/Lagarde, Paul:** *Traite de Droit International Privé*, 7e edition, Tome II, Paris, 1983, s. 554-556, no.714.

12 **Courbe, Patrick**: *Droit International Privé*, 2 edition, Dalloz, Paris, 2003, s. 168, no.322.

Çekişmeli ve çekişmesiz yargı kararları tanıma ve tenfiz bakımından aynı şekilde sonuç doğurur[13]. Kararın hangi makam tarafından verilmiş olduğu önemli değildir. Kararın niteliği önemlidir[14]. Örneğin, idari bir makam tarafından verilen boşanma, nafaka vb. kararlar da tanınıp tenfiz edilebilir[15].

B) Kararın Yabancı Bir Mahkeme ya da Makam Tarafından Verilmiş Olması

Tenfiz davasına konu olacak kararların başında yabancı mahkeme kararları gelmektedir. Bunun yanı sıra, yargılama yetkilerine sahip yabancı bir idari makamın verdiği kararlar da, Fransız hukuku anlamında bir yargılama neticesinde verilmiş kararlar gibi sonuç doğurur[16]. 1953 tarihli Fransız Temyiz Mahkemesi'nin **Rivière** kararının konusu, Ekvator valiliğinin verdiği boşanma kararıdır[17]. Yabancı bir makamın yargılama yetkisine sahip olup olmadığı, yargılamanın tabi olduğu yabancı kanun uyarınca tespit edilir. Örneğin, İngiliz hukukunda, uygulanan Tayland hukukunun yargılama yetkisi verdiği, Londra'daki Tayland Elçiliği kişi halleri memuru önünde biri Tayland diğeri Fransız vatandaşı eşlerin beyanı ile evliliğin sona erdirilmesine ilişkin yabancı kararın geçerliliği kabul edilmiştir[18].

Fransa'da dini makamların kararları, mahkeme kararı olarak kabul edilmemektedir. Bununla beraber, yabancı kanun tarafından kendisine yargılama yetkisi bahşedilmiş bir yabancı dini otoritenin verdiği kararlar, yabancı mahkeme kararı olarak kabul görmektedir[19]. Ancak, bunun için, söz konusu dini otoritenin Fransa'da bulunmaması gerektiği kabul edilmektedir[20].

---

13 **Bureau/Muir Watt,** T.I, s. 232; **Holleaux/Foyer/La Pradelle,** s. 424, no.914.

14 **Mayer/Heuzé**, s. 266, no. 361; **Mélin, François**: *Droit International Privé, Conflits De Jurisdictions – Conflits De Lois*, Paris, 2002, s. 62.

15 **Bureau/Muir Watt,** T.I, s. 226; **Audit,** s. 370, no. 456; **Deruppé, Jean:** *Droit İnternational Privé*, 14e Ed., Mémentos Dalloz, Paris, 2001, s. 117.

16 **Bureau/Muir Watt,** T.I, s. 225; **Kessedjian,** s. 188; **Niboyet/La Pradelle**, s. 467, no. 638; **Mélin**, s. 66; **Meyzaud-Garaud,** s. 144; **Loussouarn/Bourel/Vareilles-Sommières**, s.735, no. 492-5.

17 **Niboyet/La Pradelle**, s. 467, no. 638.

18 **Kessedjian**, s. 188-189 ve dn. 14. TGI Paris, 19 mayıs 1990, RCDIP 1991.391, note H. Muir Watt.

19 **Courbe, Patrick:** *Le Divorce,* Editions Dalloz, 2004, s. 122; **Niboyet/La Pradelle**, s. 467, no. 638; **Kitic, Susan**: *Droit International Privé*, Paris, 2003, s.121; **Mélin**, s. 66; **Meyzaud-Garaud**, s. 144.

20 Paris'teki haham mahkemesi (rabinnique) tarafından verilen boşanma kararına Fransız mahkemeleri etki tanımayı reddetmiştir. Cour de Cass. Civ. 1re, 15 temmuz 1982, RCDIP, 1983.300, note Bischoff; JDI 1983.595, note Lehmann, Receuil Dalloz, 1983.431, note Agostini (Bkz. **Kessedjian**, s. 188, dn. 13).

Resmi işlemler de, tanıma ve tenfize konu olabilmektedir (NCPC m.509). Söz konusu işlemin resmi niteliği, tabi olduğu yabancı kanun tarafından tespit edilir. Her halükarda, işlemin niteliğinin, Fransız hukukunun resmi işlemler için öngördüğü niteliklerle bağdaşması gerekmektedir[21].

C) Yabancı Egemenlik Adına Verilmiş Bir Karar Olması

Yabancı bir kararın Fransa'da tanıma – tenfize konu olabilmesi için yabancı bir egemenlik adına verilmiş olması gerekmektedir. Buna göre; bir devletin egemenliğini taşımayan topraklarda verilmiş olan kararlar Fransız hukuku anlamında yabancı mahkeme kararı sayılmaz[22]. Buna karşılık; Monaco, San Marin ve Liechtenstein mahkemelerinde verilmiş olan kararlar, söz konusu devletlerin uluslararası kişiliği haiz olmaları nedeniyle, yabancı mahkeme kararı olarak kabul edilirler. Milletlerarası mahkemelerden verilmiş kararlar tenfize tabidir[23].

D) Kararın Kesinleşmiş Olması

Yabancı bir mahkeme kararının tenfize konu olabilmesi için gereken unsurlardan bir diğeri, kararın kesinleşmiş olmasıdır. Buna göre, kanun yollarına başvuru imkanının tüketilmiş olması ya da kanun yollarına başvuru için öngörülen sürelerin dolmuş olması gerekmektedir. Bu hususta karar vermeye yetkili olan hukuk, söz konusu yabancı mahkemenin hukukudur[24]. Nafaka kararları gibi, değişen koşullar uyarınca yeniden yargılamaya konu olabilecek kararlar dahi, Fransa'da tanıma ve tenfize konu olabilirler[25].

III. YABANCI MAHKEME KARARININ FRANSA'DA ETKİLİLİK ŞARTLARI

Yabancı bir kararın Fransa'da etki doğurabilmesi için, tanıma ve tenfiz ülkesi olan Fransa'da kabul edilmiş kontrol şartlarını taşıması gereklidir[26].

---

[21] **Mélin**, s. 66.

[22] Örneğin, Fransız Temyiz Mahkemesi pek çok kararında Andorra Krallığı'nda alınan kararların yabancı egemenlik adına verilmiş kabul edilemeyeceklerini hüküm altına almıştır (Bkz. **Loussouarn/Bourel/Vareilles-Sommières**, s.736-737, no. 492-6-7). Ayrıca bkz. **Mayer/Heuzé**, s. 266, no. 359; **Bureau/Muir Watt,** T.I, s. 225; **Kessedjian,** s. 189; **Holleaux/Foyer/La Pradelle,** s. 422, no.909; **Audit,** s. 368, no. 454; **Niboyet/La Pradelle**, s. 466, no. 638; **Kitic**, s. 121; **Fulchiron, Hugues/ Nourissat, Cyril**: *Travaux Dirigés De Droit International Privé*, Paris, 2007, s.191; **Meyzaud-Garaud**, s. 145.

[23] **Batiffol/Lagarde**, s. 551-554, no.713.

[24] **Kessedjian,** s. 190.

[25] **Kessedjian,** s. 190.

[26] **Peroz, Hélène**: *La Reception Des Jugements Etrangers Dans L'Ordre Juridique*

Fransız hukukunda içtihatta açıklanan yabancı mahkeme kararlarının uygunluk şartları tenfize ilişkindir[27]. 7 Şubat 1964 tarihli **Munzer kararına** kadar, tenfiz hakimi yabancı ülkede yargılanan davayı yeniden ele almaktaydı. 'Revizyon sistemi' olarak adlandırabileceğimiz bu sistem uyarınca, yabancı ülkede karara bağlanan dava, Fransa'da yeniden esasa girilerek inceleme konusu yapılmaktaydı. Söz konusu karar ile davanın yeniden esasa girilerek incelenmesi yasağı, diğer bir ifadeyle yerindelik denetimi (révision au fond) yasağı getirildi ve yabancı mahkeme kararının uygunluk şartları beş kriter şeklinde belirlendi[28]. Buna göre; yabancı bir mahkeme kararının Fransa'da tenfiz edilebilmesi için, kararı veren yabancı mahkemenin yetkili olması, yabancı mahkeme önünde izlenen usule uygun hareket edilmiş olması, Fransız kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukukun uygulanmış olması, milletlerarası kamu düzenine uygunluk ve kanuna karşı hilenin bulunmaması gerekmektedir. Birçok ülkede kabul edilmesine rağmen, Fransız hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde, siyasi bir şart olarak kabul edildiğinden, karşılıklılık şartı aranmamaktadır[29]. Söz konusu beş kriter 4 Ekim 1967 tarihli **Bachir kararı** ile dörde indirilmiştir[30]. Yabancı mahkeme önünde izlenen usule uygunluk kriteri, milletlerarası kamu düzenine uygunluk kriteri içinde değerlendirilmeye başlanmıştır. Söz konusu karar ile bu iki kriterin birleştiğini görmekteyiz. Son olarak, 20 Şubat 2007 tarihli **Cornelissen kararı** ile yabancı mahkeme kararının tenfizi için

---

Français, Préface de Gaudemet- Tallon, Hélène, L.G.D.J., Bibliothèque De Droit Privé, No.430, Paris, 2005, s.134.

27 **Monéger, Françoise:** *Droit International Privé*, Paris, 2007, s. 207, no. 596.

28 **Batiffol/Lagarde**, s. 593-595, no. 729; **Gutmann, Daniel:** *Droit International Privé*, Paris, 2007, s.273, no. 320; **Kesedjian**, s. 191; **Holleaux/Foyer/La Pradelle,** s. 431, no.940; **Audit**, s. 375-387, no. 465-479; **Niboyet/La Pradelle**, s. 479, no. 657; **Courbe**, s.169, no.328; **Kitic,** s.122; **Meyzaud-Garaud,** s. 146-147; **Deruppé,** s. 116; **Loussouarn/Bourel/Vareilles-Sommières**, s.743, no. 494.
Cour de Cassation Chambre Civile 1re, 7 Şubat 1964 tarihli *Munzer* kararı için bkz. RCDIP 1964, s. 344, note Batiffol, JDI 1964.302, note Goldman. Munzer kararından önce kişi hal ve ehliyetine ilişkin kararlarda esastan inceleme yasağı, Cour de Cass. Civ. 28 şubat 1860 tarihli Bulkley kararı ile kabul edilmiştir. Bu karar ile, esasen, kişi hal ve ehliyetine ilişkin kararların Fransa'da tenfiz olmaksızın doğrudan etki doğurması kabul edilmiştir. Bkz. **Ancel, Bertrand/ Lequete, Yves:** *Les Grands Arrêts De La Jurisprudence Française De Droit International Privé*, 5e Ed., Dalloz, 2006, **GA** no. 4 (s.30-38).

29 **Batiffol/Lagarde**, s. 592-593, no. 728; **Audit**, s. 373-374, no. 463; **Mayer/Heuz**é, s. s. 267-271, no. 364-366; **Meyzaud-Garaud,** s. 148.

30 **Batiffol/Lagarde**, s. 561, no. 717; **Mayer/Heuzé,** s.271, no.366; **Gutmann**, s. 274, no. 321; **Kessedjian,** s. 191. Cour de Cassation Chambre 1re Civile, 4 Ekim 1967, *Bachir*, Bkz. RCDIP 1968, s. 98 note Paul Lagarde; JDI 1969, s. 102 note Goldman, Receuil Dalloz, 1968 s. 95 note Mezger; **Holleaux/Foyer/La Pradelle,** s. 432, no.941; **Audit**, s. 385, no. 477; **Niboyet/La Pradelle**, s. 479, no. 657; **Courbe**, s. 175, no. 341; **Kitic,** s. 122; **Mélin**, s. 69; **Meyzaud-Garaud,** s. 148.

öngörülen şartlar üçe indirilmiştir[31]. Buna göre; yabancı hakimin dolaylı yetkisi, Fransız milletlerarası kamu düzenine uygunluk ve kanuna karşı hilenin olmaması aranan kriterler olarak belirlenmiştir. Fransız kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukukun ihtilafa uygulanmış olması kriteri bu karar ile ortadan kaldırılmıştır. Tarihi gelişimini kısaca ortaya koyduğumuz yabancı mahkeme kararlarının etkililik şartlarının beş kriter şeklinde ayrıca incelenmesi yerinde olacaktır.

A) Yabancı Hakimin Milletlerarası Yetkisi

Yabancı hakimin yetkisi, dolaylı yetki olarak adlandırılmaktadır ve gerek doktrinde, gerekse içtihatta pek çok tereddüt ve tartışmaya sebep olmuştur[32]. 6 Şubat 1985 tarihli **Simitch kararına** kadar, yabancı mahkemenin yetkisi hususunda, Fransız hukukunun yetkili kıldığı mahkemede davanın görülmüş olması gerektiği kabul ediliyordu; bu karar ile bu şart ortadan kaldırılmıştır[33] ve yetki konusunda üç kural ortaya çıkmıştır[34]. Buna göre, ilk olarak, Fransız yetki kuralları ihtilafa ilişkin olarak Fransız mahkemelerine münhasır yetki vermemiş olmalıdır. İhtilafın çözümü için başvurulan mahke-

---

[31] **Monéger,** s. 207, no. 596. **Niboyet/La Pradelle**, s. 479, no. 657.
Cornelissen kararı için bkz. RCDIP, 96 (2), avril-juin 2007, s.420-434, note Bertrand Ancel, Horatia Muir Watt, **Receuil Dalloz Sirey** 2007, s. 115, note L. D'Avout et S. Bollée; **Gazette Palais** 29 Nisan/3 Mayıs, s. 2 note M.L. Niboyet.

[32] **Monéger,** s. 208, no. 597. Yabancı mahkemenin dolaylı yetkisi hakkında bkz. **Batiffol/Lagarde**, s. 562-572, no. 718-721.

[33] **Monéger**, s. 208, no. 598; **Kessedjian,** s. 192. **Holleaux/Foyer/La Pradelle,** s. 432, no.942; **Niboyet/La Pradelle**, s. 480, no. 659; **Kitic,** s. 123-125; **Meyzaud-Garaud,** s. 149, 150.
Simitch kararı için bkz. Cour de Cassation, Chambre Civile 1re, 6 Şubat 1985, *Simitch*, **GA** no. 70 (s.624-638); **RCDIP** 1985, s. 369, la chronique de **Francescakis, Ph**.: L*e Contrôle de la compétence du juge étranger après l'arrêt "Simitch" de la Cour de Cassation,* (s.243-272)*,* Revue Critique De Droit International Privé, (edt.) Batiffol, Henri/ Francescakis, Ph. / Lagarde, Paul/ Lequette, Yves/ Loussouarn, Yves/ Simon-Depitre, Marthe, Edition SIREY, Paris, 1985, s. 243-272; JDI 1985.460, note Huet; Receuil Dalloz, 1985.469, note Massip.
Smitch kararından sonra, 6 Şubat 1987 tarihli Fransız Temyiz Mahkemesi kararı ile, Cezayir vatandaşı ve evliliklerini Cezayir'de gerçekleştiren eşlerden Cezayir'de evlilik içi çocuğu ile ikamet eden kadın tarafından açılan dava neticesinde boşanmaya hükmeden Cezayir mahkemelerinin yetkisi kabul edilmiştir (Civ.1, 6 Şubat 1987, Receuil Dalloz, 1987.467, note J. Massip, RCDIP 1988.337, note Lequette, JDI 1988.435, 2eme espèce, note Jacquet) Bkz. **Kessedjian**, s. 194 ve dn. 32.

[34] **Loussouarn/Bourel/Vareilles-Sommières,** s.748, no. 495-5; **Monéger,** s. 208, no. 598. **Kessedjian**, s. 192; **Niboyet/La Pradelle**, s. 480-484, no. 660-663; **Courbe,** s.172, no.333. Bu kararda Fransa'da ikamet eden Amerikan vatandaşı kocaya karşı, İngiltere'de ikamet eden İngiliz vatandaşı eşin İngiliz mahkemesinden aldığı boşanma hükmünün Fransız mahkemesinde tenfizi incelenmiştir. Bkz. **Courbe**, s. 172, no. 333-334; **Kitic,** s. 124-125; **Mélin**, s. 69-70.

me ile ihtilaf arasında karakteristik bir bağlantı olması gerekmektedir. Son olarak, yabancı mahkemeye tarafların başvurusu hileli olmamalıdır.

Münhasır yetki; ihtilafın konusundan veya Fransız Medeni Kanunu'nun 14. ve 15. maddeleri (**CC. art. 14, 15**) uyarınca davacının ya da davalının Fransız vatandaşı olmasından kaynaklanabilir[35]. Fransız Medeni Kanunu'nun 14. maddesi uyarınca, '*Fransa'da ikametgahı bulunmayan yabancı, bir Fransız ile Fransa'da imzaladığı sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin ifası için Fransız mahkemeleri önünde dava edilebilir.*' Kanunun 15. maddesi uyarınca ise, '*Bir Fransız, bir yabancı ile yabancı ülkede imzaladığı sözleşmeden doğan yükümlülükleri için Fransız mahkemeleri önünde dava edilebilir.*' Fransız Temyiz Mahkemesi, taraflardan birinin Fransız vatandaşı olmasından doğan yetkinin, ilgili tarafça yabancı mahkemenin yetkisinin kabul edilmemesi durumunda Fransız mahkemeleri için münhasır yetki teşkil edeceğini kabul etmiştir. Buna göre, Fransız vatandaşı olan tarafça kabul edilmiş yabancı mahkemeye yetki veren bir yetki anlaşması varsa ya da yabancı ülkede açılan davada yetki itirazı yapılmamış ve davalı bu davada kendisini savunmuşsa veya Fransız vatandaşı olan taraf bir tahkim şartına rıza göstermişse yabancı mahkemenin yetkisinin kabul edildiği anlaşılır[36]. Bu durumda, Fransız mahkemelerinin münhasır yetkisinin doğmadığı kabul edilir. Simitch kararı, münhasır yetkinin ne olduğunu belirtmemiştir[37]. Bu husus, tartışılmaktadır. Fransız Medeni Kanunu'nun 14. ve 15. maddelerince öngörülen durumlarda Fransız mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu kuralı, 23 Mayıs 2006 tarihli **Prieur kararı** ile terk edilmiştir[38].

Simitch kararı ile ortaya konulan ikinci kural, ihtilaf için başvurulan mahkeme ile ihtilaf arasında karakteristik bir bağlantı olması gerektiğidir. 'Karakteristik bağlantının'ne olduğu Fransız Temyiz Mahkemesi tarafından açıklanmamaktadır[39]. Bununla beraber, kavramın tanımlanması bakımından Simitch kararı yol göstericidir. Karara göre, beş bağlantı noktası karakteristik bağın varlığına işaret edebilir. Bunlar; evliliğin yapıldığı ülke, eşlerin

---

35 **Monéger**, s. 208, no. 599; **Kessedjian,** s. 193; **Holleaux/Foyer/La Pradelle,** s. 435-441, no.951-966.

36 **Kessedjian,** s. 193.

37 **Monéger,** s. 208, no. 599.

38 **Monéger,** s. 208, no. 599; **Niboyet/La Pradelle**, s. 482, no. 661; **Loussouarn/Bourel/Vareilles-Sommières**, s.749, no. 495-6. Münhasır yetkinin tesis edildiği haller Brüksel I Tüzüğü'nün 22.maddesinde sayılan haller, zayıf olan tarafın korunması amacıyla, iş sözleşmeleri, sigorta sözleşmelerinde kabul edilen yetki kuralları, münhasır yetki veren yetki anlaşmaları ile Fransa'da bulunan gayrimenkullerin aynına ilişkin davalardır. Bkz. **Courbe**, s. 172-174, no. 335-340. Karar için bkz. **JDI** 2006, s. 1377, note Chalas, **RCDIP** 2006, s. 870, note Gaudemet-Tallon.

39 **Monéger**, s. 208, no. 600; **Kessedjian,** s. 194.

müşterek ikametgahlarını belirledikleri yer, davalı eşin mallarının bir kısmının bulunduğu ülke, davacının vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu ülke ve davacının dava esnasında ikamet ettiği ülkedir. Fransız Temyiz Mahkemesi'nin içtihadları incelendiğinde, ihtilaf ile başvurulan mahkeme arasındaki bağın yokluğu sebebiyle kararı veren mahkemenin yetkisizliği sonucuna ulaşılması istisnaidir[40].

Yetkiye ilişkin üçüncü kural, yabancı mahkemeye başvurunun hileli olmaması gerektiğidir[41]. 1964 tarihli Munzer kararı ile 2007 tarihli Cornelissen kararı, hem milletlerarası yetki hem de kanunlar ihtilafı kuralları bakımından hileyi kabul etmiştir[42]. Buna göre; yabancı hakime, Fransız yargılamasının sonuçlarından kurtulmak maksadıyla başvurulmuş ise, yabancı kararın Fransa'da tenfiz edilmesi mümkün olmayacaktır.

B) Yabancı Mahkeme Önünde İzlenen Usule Uygunluk

Yukarıda da belirtildiği üzere, 4 Ekim 1967 tarihli Bachir kararı ile, yabancı hakim önünde izlenen usule uygunluk kriteri, Fransız milletlerarası kamu düzeni ve savunma hakları ile bağdaştığından milletlerarası kamu düzeni kavramı içinde incelenmeye başlanmıştır[43]. Böylece, söz konusu karar öncesi beş kriter olarak belirlenmiş olan etkililik şartları bu karar sonrası dörde indirilmiştir.

C) Fransız Milletlerarası Kamu Düzenine Aykırılık

Yabancı bir mahkeme kararının Fransa'da tenfiz edilebilmesi için öngörülen koşullardan bir diğeri kamu düzenine uygunluktur. Burada söz konusu olan, Munzer kararından itibaren tüm içtihatlarda açıkça belirtildiği üzere, Fransız milletlerarası kamu düzenidir *(ordre public international français)*[44].

1967 tarihli Bachir kararında belirtildiği üzere de, yabancı bir kararın tanınması bakımından kamu düzeni müdahalesi esasa ya da usule ilişkin olabilir[45].

---

[40] **Loussouarn/Bourel/Vareilles-Sommières,** s. 750, no. 495-8.

[41] **Audit**, s. 378, no. 469.

[42] **Monéger,** s. 208, no. 601; **Niboyet/La Pradelle**, s. 483, no. 663.

[43] **Batiffol/Lagarde**, s. 573-577, no. 723; **Gutmann,** s. 274, no. 321; **Audit**, s. 381-382, no. 474; **Courbe**, s. 174-175, no.341; **Kitic**, s. 126; **Loussouarn/Bourel/Vareilles-Sommières,** s. 761, no. 498.

[44] **Kessedjian,** s. 196; **Holleaux/Foyer/La Pradelle,** s. 443, no.972; **Audit**, s. 385-386, no. 477-478; **Niboyet/La Pradelle**, s. 486, no. 666; **Courbe,** s. 176, no.345; **Kitic**, s. 126; **Mélin**, s. 71; **Meyzaud-Garaud,** s. 151.

[45] **Courbe**, s. 176, no. 345; **Kessedjian**, s. 196.

Esasa ilişkin kamu düzenini tanımlayan yasal bir hüküm bulunmamaktadır[46]. Kamu düzeni, zaman içinde içtihat ile gelişen bir kurumdur. Yabancı mahkeme kararının kamu düzenine uygunluğu araştırılırken, yabancı kararın Fransa'da etkilerini doğurduğu an esas alınır[47]. Fransız hukuk düzeninin temel prensiplerine aykırılık durumunda yabancı kararın tenfizi reddedilir. Esasa ilişkin kamu düzenine uygunluğun tespitinde, kamu düzeninin yumuşatılmış etkisi (*effet attenué de l'ordre public international*) saklıdır. Temeldeki yabancı ülkede meydana gelmiş hukuki ilişkinin etkilerinin ya da yabancı hakim tarafından uygulanan hukukun etkilerinin Fransız kamu düzenine aykırı olması halinde dahi, yabancı kararın tanınması anlamında, kamu düzeninin müdahalesi sözkonusu olmaz[48]. Hatta, yabancı ülkede kazanılmış hakların, doğrudan Fransız hakimi tarafından açıklanması isteniyorsa, daha toleranslı davranılır. Yabancı kararın sadece hüküm kısmının, sonuçlarının Fransa'da doğuracağı etkilerinin Fransız milletlerarası kamu düzenine aykırı olup olmadığı incelenir[49]. "Kamu düzeninin 'yumuşatılmış etkisi" prensibi, Bulkley kararında kabul edilmiş daha sonra, **1953** tarihli **Rivière ve daha sonra 1983 tarihli Rohbi kararında** da Fransız Temyiz Mahkemesi tarafından hatırlatılmıştır[50]. Buna göre, milletlerarası kamu düzeni, iç hukukta kabul edilen kamu düzenine nazaran daha az müdahalecidir. Kamu düzeni daha ziyade aile hukukuna ilişkin konularda yabancı mahkeme kararlarına müdahale etmektedir. Boşanma, Fransız hukukunda kamu düzeninin en az müdahale ettiği konulardandır[51]. Boşanmanın Fransız hukukunda tanınmadığı dönemlerde dahi, yabancı bir ülkede hile olmaksızın alınmış boşanma kararları Fransa'da tanınmıştır (28 Şubat 1860 tarihli Bulkley kararı)[52]. Benzer şekilde, anlaşmalı boşanmanın Fransa'da henüz kabul edilmediği dönemlerde (1975 tarihli kanun öncesi), bu şekilde yabancı ülkede alınmış kararların Fransa mahkemelerinde tanındığını görmekteyiz[53]. Hilesiz olarak yurtdışında yapılan poligamik (çok eşli) evliliğin malvarlığına ilişkin sonuçları, Fransa'da tanınır. Eğer kocanın mirası Fransız hukukuna tabi ise, kocanın

---

46 **Kessedjian,** s. 197.

47 **Courbe**, s. 177, no. 349.

48 Cass. Civ. 1, 6 Şubat 1987, RCDIP 1988, s. 337, note Lequette. **Kessedjian**, s. 197 ve dn. 42.

49 **Kessedjian**, s. 197.

50 **Loussouarn/Bourel/Vareilles-Sommières**, s.765, no. 499-3; **Mayer/Heuzé**, s. 284, no. 383-1; **Monéger,** s. 209, no. 603; **Holleaux/Foyer/La Pradelle,** s. 444, no.974; **Kitic**, s. 129. Cass. Civ. 1re, 3 Kasım 1983, *Rohbi,* RCDIP, 1984, s. 325, note Fadlallah, JDI, 1984, note Kahn.

51 **Kessedjian,** s. 197.

52 **Courbe**, s. 177, no. 348.

53 Civ. 1, 17 Nisan 1953, Rivière, RCDIP 1953.412, note Batiffol, JDI 1953.860, note Plaisant. **Kessedjian**, s. 198.

iki eşine de kocasının mirasına başvuru hakkı tanınır. Homoseksüel evliliklerin sonuçları ya da tescil edilmiş hayat ortaklığının sonuçları da Fransa'da tanınır[54]. Bu durum, her boşanma kararının tanınacağına işaret etmemektedir. Örneğin, Fransa'da gerçekleştirilmiş bir evliliği, öncesinde dini nikah kıyılmadığı gerekçesi ile sona erdiren bir yabancı mahkeme kararı Fransa'da tanınmamıştır[55].

Eşler arasında eşitlik ilkesi (AİHS'ne ek 22 kasım 1984 tarihli ve 7 nolu protokolün 5.maddesi), çocuğun üstün yararı ilkelerine aykırı verilmiş yabancı kararlar usule ilişkin kamu düzeni bakımından müdahale sebebidir. Tek taraflı talaklar, AİHS'ne ek 7 nolu protokolün 5.maddesinde ifadesini bulan, eşler arasında eşitlik ilkesine aykırı olduğundan Fransa'da etki doğurmazlar[56]. Kamu düzeninin yumuşatılmış etkisinin kabulü ile tek taraflı olsa dahi talak ile boşanma, eşlerin müşterek milli hukuka sahip olmaları kaydıyla bu hukukun talak ile boşanmayı kabul etmesi, yabancı mahkemenin hilesiz olarak seçilmesi, karara uygulanan hukukun hilesiz olması[57], savunma haklarının tanınması ve kadının parasal haklarını teminat altına almasına müsa-

---

[54] **Kessedjian**, s. 197. Hollanda'da tescil edilmiş hayat ortaklığına ilişkin 1 Ocak 1998 tarihli kanun yürürlüktedir. Fransa'da böyle bir kanun tasarısı vardır.

[55] **Kessedjian,** s. 198; **Courbe**, s. 177, no. 348.TGI Paris, 7 nisan 1981, JDI 1982, 699, note M.L. Niboyet.

[56] **Courbe**, *Le Divorce*, s. 124; **Courbe**, s. 178, no. 350; **Mélin**, s. 71; **Meyzaud-Garaud,** s. 151; **Monéger,** s. 210-210, no.603-604; **Niboyet/La Pradelle**, s. 12, no. 25; **Mélin**, s. 71; **Meyzaud-Garaud,** s. 151; **Monéger,** s. 210, no.604.
1994 tarihli *E.M.C.* kararı ile, ikisi de Fransa'da ikamet eden Fas vatandaşı eşlerden birine haber verilmeden Fas'da verilen boşanma kararı, bir taraftan, AİHS'ne ek protokol 7 m. 5'te ifadesini bulan eşler arasında eşitlik ilkesine aykırılık, diğer taraftan Fransa ile Fas arasındaki 5 Ekim 1957 tarihli iki taraflı sözleşmenin 16/b ve 10 Ağustos 1981 tarihli sözleşmenin 13/1 maddesine aykırılık nedeniyle, Fransa'da tanınmamıştır (**Kitic**, s. 127). Bu konuda ayrıca bkz. 8 Kasım 2005 tarihli AİHM kararı (RCDIP 96 (2), octobre-decembre 2007, s. 907; JDI 2006, s.1172 note M.Eudes).
Diğer Fransız Temyiz Mahkemesinin kararları: Cour de Cassation Chambre 1re Civile, 11 Mart 1997, Receuil Dalloz 1997, s. 400, note Marie-Laure Niboyet, JDI 1998, s. 110, note Ph. Kahn; Cour de Cassation 1re Civile, 17 şubat 2004 (RCDIP 2004, s. 423, note P.Hammje, JDI 2004, s. 1200, note L. Gannagé, Receuil Dalloz, 2004, s. 824, conculusion Cavarroc ve s.815, chr. P.Courbe).
Eşlerin savunma haklarına riayet edilmediği için tanınması reddedilen talak kararları için bkz. Cass. Civ. 1re, 6 Temmuz 1990, *Akla* kararı (RCDIP 1991, s. 593, 1re espece, note P.Courbe, Receuil Dalloz, 1990, sommaire s. 263, obs. B.Audit); 1 Temmuz 1994, RCDIP 1995, s. 103 note J. Deprez, 2e esp); 12 Temmuz 2001, Droit Famille Juillet-Aout 2002, 2e espece note M. Farge, Bull.Civile I no. 217).

[57] Civ. 1, 16 Temmuz 1988, JDI 1989, s. 63, note Moneger, RCDIP 1989, s. 734, note Niboyet-Hoegy; Civ. 1, 6 ve 26 haziran 1990, RCDIP 1991, s. 593, note P.Courbe; Versailles 27 Şubat 1992 ve Paris 22 nisan 1992, RCDIP 1993, s. 473, note H. Muir Watt. (Bkz. **Kessedjian**, s. 198, dn. 52)

ade etmesi koşullarını gerçekleştirdiği takdirde Fransa'da tanınır[58]. Ama bu kural eşlerin müşterek milli hukuka sahip olması ve milli hukukların evlilik bağının bu şekilde sona erdirilmesine müsaade etmiş olması halinde uygulanır. Eğer eşlerden biri Fransız vatandaşı olmak için vatandaşlık değiştirmiş ise, artık açıklanan bu talak Fransa'da tanınamaz[59]. Çifte vatandaşlık durumunda ise çözümler kesin değildir ve zorluk arzeder[60].

Soybağına ilişkin olarak 1972 tarihli Kanun çok önemlidir çünkü bu Kanun ile daha önce kamu düzenine aykırı olduğu için kabul edilmeyen soybağına ilişkin bir çok kararın tanınmasına izin verilmiş, evlilik dışı doğan çocukların tanınmasına ilişkin kararlar da tanınmaya başlamıştır[61]. Fransa'da bu davanın açılması için öngörülen süreden sonra yurtdışında açılan davalarda verilen kararların, sırf Fransa'da kabul edilen süreden sonra davanın açılmış olması nedeniyle, tanınması engellenemez[62]. Aynı şekilde çocuğun doğumundan itibaren çocuğa nafaka ödenmesine hükmeden yabancı kararların tanınması da Fransız kamu düzenine aykırı değildir[63].

Velayet konusunda ise, çocuğun menfaati dikkate alınmaksızın yalnızca yaş ve cinsiyete dayanılarak verilmiş olan yabancı kararlar tanınmamaktadır[64]. Soybağını başka belgeler olmaksızın sadece annenin beyanına göre kuran yabancı kararların milletlerarası kamu düzenine uygunluğu araştırılmıştır[65].

---

[58] **Kessedjian,** s. 198. Bu konuda bakınız Cass. Civ. 1re, 3 Kasım 1983, *Rohbi,* RCDIP, 1984, s. 325, note Fadallah, JDI, 1984, note Kahn; Civ. 25 Şubat 1986, RCDIP 1987, s. 103, note Moneger, Civ. 6 haziran 1990, Receuil Dalloz, 1990, 263, RCDIP 1991, s. 593, 1ere espece, note Courbe. Yeni tarihli Cass. Civ. 1re, 3 Temmuz 2001, DIP 2001, s. 704, note L. Gannagé ; (bkz. **Kitic**, s. 129, dn. 2; **Mélin**, s. 71).

[59] Civ.1, 22 Nisan 1986, JDI 1987, s.629, note Kahn, RCDIP 1987, s.374, note Courbe; Civ. 1, 17 Mayıs 1993, RCDIP, note P. Courbe. Genel olarak Talak'a karşı Fransız hukuku hakkında bkz. **Fadlallah, Ibrahim**: *Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français?*, p. 17-29, Revue Critique De Droit International Privé, Batiffol, Henri/Francescakis, Ph./Lagarde, Paul/Lequette, Yves/ Loussouarn, Yves/ Simon-Depitre, Marthe, Edition SIREY, Paris, 1981, s. 17 vd.

[60] TGI Paris 27 Eylül 1990, s. 91, note Y. Lequette (Bkz. **Kessedjian**, s. 198, dn. 54).

[61] Civ.1, 23 Kasım 1976, JDI 1977, s. 504, RCDIP 1977, s. 746, note Foyer.

[62] TGI Paris, 12 Mart 1979, RCDIP 1980, s. 832 ve TGI Paris 9 Mayıs 1980, RCDIP 1980, s. 603, note Foyer (**Kessedjian**, s. 199, dn. 56).

[63] Civ.1, 16 Şubat 1982, Bull. No.69 (**Kessedjian**, s. 199, dn. 57).

[64] **Holleaux/Foyer/La Pradelle,** s. 444, no.974; **Courbe**, Le Divorce, s. 118; **Kitic**, s. 129, 130; **Kessedjian**, s. 199, dn. 58. TGI Paris 1 Temmuz 1974 tarihli karar), RCDIP 1975, s. 255, note Foyer, JDI 1975, s. 525, note Lequette; Civ. 1, 30 Ocak 1979, JDI 1979, s. 393, note D. Mayer, RCDIP 1979, s. 629, note Lequette.

[65] Cour de Cassation, Chambre 1ere Civile, 6 Mart 1984, **RCDIP**, 1985, s. 108, note G. Droz; **Niboyet/La Pradelle**, s. 487, no. 666.

Uluslararası evlat edinmeye ilişkin 1 Ekim 1998 tarihi itibariyle Fransa'da yürürlüğe giren 29 Mayıs 1993 tarihli La Haye Sözleşmesi uluslararası evlat edinme konusunda akit devletler arasında asgari işbirliğini sağlamıştır. 6 Şubat 2001 tarihinde Fransa'da kabul edilen bir kanunla, Medeni Kanun hükümleri arasına (m. 370-3 ve 4) evlat edinmeye ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı ile (m.370-5) yurtdışında gerçekleştirilen evlat edinmelerin Fransa'da etkisine ilişkin kurallar konulmuştur. Böylelikle, Fransız Medeni Kanunu'nun 370-5.maddesine göre, geri dönülemez bir şekilde tamamen (asıl ailesiyle) önceki soybağını kesen şekilde yabancı ülkede usulüne uygun olarak yapılan evlat edinmeler, tam evlat edinme şeklinde; diğerleri, basit (gevşek) evlat edinme şeklinde Fransa'da etkilerini doğuracaktır[66].

Malvarlığına ilişkin konularda kamu düzeninin devreye girmesi nadiren görülmektedir. Fransa'da tacir olmayanlar için iflasın kanunen öngörülmediği dönemlerde, tacir olmayan kimse hakkında iflas kararı veren yabancı mahkeme kararları kamu düzeni müdahalesi ile karşılaştıklarından tanınmaları söz konusu olmamaktaydı[67]. Ancak, artık tacir olmayanlar için iflası öngören kanuni düzenleme Fransa'da mevcuttur.

Usule ilişkin kamu düzeni bakımından, yabancı yargılamada davalının savunma haklarına riayet edilip edilmediği esas alınır. 1964 tarihli Munzer kararı ile yabancı kararın esastan yeniden görüşülmesi usulü terk edilmiş ve artık sadece yabancı ülkede izlenen usule uygunluk, tarafların dinlenilmiş olmaları ve savunma haklarına riayet edilmiş olunması koşullarının kontrolü ile yetinilmeye başlanmıştır[68]. 1967 tarihli **Bachir kararı** ile yabancı mahkemede izlenen usule uygunluk kriteri kamu düzeni unsuruna dahil edilmiştir[69]. Usule ilişkin kamu düzenine aykırılık kavramı, özellikle milletlerarası sözleşmelerle, milletlerarası nitelik kazanan Fransız hukukunun temel prensiplerine aykırılık olarak kabul edilmektedir. Yabancı ülkede izlenen usulün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinde tanımlanan 'adil yargılanma hakkı' gözetilerek tamamlanması gerekmektedir[70]. Bu hak gözetilme-

---

66 **Niboyet/La Pradelle**, s. 14-15, no. 30, 32. Fransa'da tam evlat edinmeye ilişkin yabancı kararın basit evlat edinme şeklinde hüküm doğuracağına ilişkin TGI Lelun, 16 Aralık 1970 tarihli kararı, Paris istinaf mahkemesi tarafından bozulmuştur (14 Aralık 1971, RCDIP 1973, s. 703, note Jacques Foyer) Bkz. **Mayer/Heuzé**, s. 313, no. 425;, Paris istinaf mahkemesi tarafından bozulan, 14 Aralık 1971, RCDIP 1973, s. 703, note Jacques Foyer.

67 **Kessedjian,** s. 199.

68 **Gutmann**, s. 277, no.326; **Monéger,** s. 209, no. 604. Cour de Cassation Chambre Civile 7 Ocak 1964, Munzer kararı, **GA** no.41; **Courbe**, *Le Divorce,* s. 124; **Mélin**, s. 68.

69 **Batiffol/Lagarde**, s. 579-582, no. 725; **Holleaux/Foyer/La Pradelle,** s. 444, no.976; **Niboyet/La Pradelle**, s. 489-494, no. 670-675; **Mélin**, s. 69, 71.

70 **Mayer/Heuzé**, s. 285, no. 384-1; **Monéger,** s. 210; **Courbe**, s. 176, no. 346; **Nibo-**

den (örneğin taraflara kendisini savunması için yeterli bir süre tanınmadan) izlenen bir usul sonucu verilen bir yabancı mahkeme kararı, usule ilişkin kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşır ve tanınmaz.

Davalıya tebligatın ihtilafa bakan mahkemenin usulüne uygun ve zamanında yapılmış olması gerekmektedir. İhtilafa bakan mahkemenin usulüne uygun bir biçimde tebligat yapılıp yapılmadığı, uluslararası tebligat durumunda Fransa'da kabul edilen kuralların ve ihtilafı çözen mahkemenin ülkesinde kabul edilen kurallar bağdaştırılarak takdir edilir. Tebligatın şekli uygun olsa dahi, tebligatın davalıya ulaşması ve kendisine teslim edilen tebligat evrakının anlayacağı dilde olması[71] önem arzetmektedir. Demek ki, tanıma ve tenfiz hakimi bu konuda somut bir inceleme yapmalıdır[72].

Çekişmeli bir şekilde halli gereken uyuşmazlık, çekişmesiz olarak karara bağlanmışsa, bu karar Fransa'da etki doğurmaz[73]. Ancak Almanya'daki tek taraflı ödeme tedbirleri gibi, karar, konu itibariyle çekişmesiz verilebilecekse ve diğer şartları sağlıyorsa Fransa'da tanınır.

İhtilafı karara bağlayan mahkemenin Fransız hukukundan farklı ispat şekillerine dayanarak karar vermesi kural olarak yabancı kararın tanınmasını engellemez. Ancak, diğer delillerle ispatlanmayan sadece davacının ya da usulle ilgili üçüncü kişinin tanıklığı ile verilen kararlar Fransa'da etki doğurmaz[74]. Aynı şekilde, davalının yokluğunu, iddiayı kabule eş tutan bir yabancı mahkeme kararı da Fransız kamu düzenine aykırıdır[75].

Fransız Yargıtayı, gerekçesiz bir kararı, tanıma şartlarının mevcudiyetinin tespitine yarayacak diğer belgelerin de yokluğunda, milletlerarası kamu düzenine aykırılık nedeniyle tanımaz[76].

---

yet/La Pradelle, s. 486-487, no. 666. Bu konudaki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı için bkz. 13 Şubat 2001 tarihli Pellegrini kararı, **Niboyet/La Pradelle**, s. 486-487, no. 666, dn.70; **Meyzaud-Garaud,** s. 151; **Loussouarn/Bourel/ Vareilles-Sommières,** s. 762, no. 498-1.

71 Ancak bu konuda Fransız hakimi çok katı değildir. Anlamadığı dilde kendisine tebligat yapılan davalının tebligatı reddetmesi gerektiği savunulmaktadır. Bir kere kabul ettikten sonra, artık karara kendisine anladığı dilden tebligat yapılmadığını ileri sürerek karşı çıkamaz.

72 **Kessedjian**, s. 200.

73 **Kessedjian**, s. 201, dn. 69.

74 **Kessedjian**, s. 201-202. Özellikle soybağını kuran kararlar açısından uygulanan bir kuraldır. Civ. 1, 19 Aralık 1979, RCDIP 1974, s. 534, note Wiederkehr, JDI 1974, s. 616, obs. Huet

75 Civ.1, 10 Mart 1982, RCDIP 1982, s. 724, note Mezger. **Kessedjian**, s. 202.

76 Civ. 1, 17 Ekim 1972, RCDIP, 1973, s. 556, note Francescakis; 17 Mayıs 1978, JDI 1979, s. 380, note D. Holleaux; TGI Paris, 18 Ocak 1980, RCDIP, 1981, s. 113, note

Aynı konuda ve aynı taraflar arasında her ikisi de uygunluk şartlarını taşıyan ve Fransa'da etki doğurması istenen ancak birbirleri ile çelişik iki yabancı kararın, Fransa'da tanınması talep edildiğinde öncelik prensibi (*prior tempore potior jure*) geçerlidir[77]. Önce verilmiş olan karar, uygunluk şartlarını taşıyorsa Fransa'da tanınır ve tenfiz edilir. Çelişki, iki kararın hüküm sonucunda olmalıdır. Görüldüğü üzere, kesin hüküm etkisinin dikkate alınmasında, öncelik prensibi kabul edilmiştir. Kararın hangisinin önce olduğu ise, hüküm tarihine (hükmün kesinleştiği tarih) göre tespit edilmektedir[78].

Ancak, birbirleri ile çelişkili aynı taraflar arasında ve aynı konudaki kararlardan birinin Fransa'da verilmiş olması veya Fransa'da daha önce tanınmış olması durumunda verilecek cevap değişmektedir. Fransa'da aynı konuda ve aynı taraflar arasında daha önce verilmiş bir mahkeme kararı ile çelişik yabancı mahkeme kararı veya Fransa'da daha önce tanınmış bir mahkeme kararı ile çelişik sonraki yabancı mahkeme kararı Fransa'nın milletlerarası kamu düzenine aykırılık nedeniyle, tanınamaz (öncelik prensibi)[79]. **İlgili taraflar ileri sürmese dahi,** daha önce Fransa'da verilmiş veya tanınmış karar sonraki yabancı kararın tanınmasını engeller (NCPC m.125). Hakim bu durumu re'sen dikkate alır.

D. Holleaux (**Kessedjian**, s. 202, dn. 79) ; Civ. 1, 9 Ekim 1991, Polypétrol kararı, RCDIP 1992, s. 516 note Kessedjian; JDI 1993, s. 157 **(Kitic**, s. 126; **Kessedjian**, s. 202, dn. 79); Cour de Cassation, Chambre 1ere Civile, 28 Kasım 2006 bkz. **Niboyet/La Pradelle**, s. 487, no. 666, dn. 68'den naklen.

77 **Mayer/Heuzé**, s. 326, no. 326; **Kitic**, s. 140.

78 **Kitic**, s 140. Ancak hüküm tarihi ile kastedilen, kesin hüküm etkisinin doğduğu anın dikkate alınması yönündedir. Bkz. **Niboyet/La Pradelle**, s. 489-490, no. 671. LDIP uyarınca, kural olarak, yabancı kararın tanınması için kesinleşmesi gerektiğinden, kararın kesinleştiği an, kesin hüküm etkisini kazandığından zaman bakımından önceliğin tespitinde dikkate alınır. Sözleşmelere göre, kararın tanınması ve tenfizi için kesinleşmesi koşulu aranmadığından zamana göre öncelik tespitinde, kararın verildiği zaman dikkate alınır (**Gaudemet-Tallon**, Conventions, s. 273).

79 **Muir Watt**, s. 212; **Mayer/Heuze**, s. 326, no.450; **Loussouarn/Bourel/Vareilles-Sommaires**, s. 766-767, no. 499-4; **Holleaux/Foyer/La Pradelle**, no.997; **Courbe**, *Le Divorce*, s. 124; **Niboyet/La Pradelle**, s. 489-492, no. 670-673; **Kitic**, s. 140; **Meyzaud-Garaud,** s. 151. 15 Mayıs 1963 tarihli Patino kararında, (Cour de Cassation Civile 1re, 15 Mayıs 1963, *Patino,* RCDIP 1964, note Lagarde; JDI 1963, s. 1016 note Malaurie) daha önce verilmiş Fransız mahkeme kararına aykırı yabancı mahkeme kararı Fransız milletlerarası kamu düzenine aykırılık nedeniyle tanınmamıştır. Daha yakın tarihli, Cour de Cassation, Chambre 1ere Civil, 19 Mayıs 1976 tarihli Fransız Temyiz Mahkemesi kararında, daha önce verilmiş olan boşanmaya ilişkin yabancı mahkeme kararına sonra verilmiş Fransız boşanma kararı karşısında öncelik tanınmıştır (Bkz. **Niboyet/La Pradelle**, s. 491, no 672).

Fransa'da, sonradan verilmiş olan kararların önceliği tartışmalıdır[80]. Kural olarak, sonradan da verilmiş olsa, Fransa'da verilmiş veya Fransa'da tanınmış yabancı mahkeme kararının mevcudiyeti, önceden verilmiş yabancı kararın Fransa'da tanınmasını engellemez[81]. Fransa'da sonradan verilen kararın yabancı ülkede önceden verilen kararın tanınmasını engelleyebilmesi için, Fransa'da lehine karar verilen kişinin, tenfiz davasında bunu ileri sürmesi gerekir.

Ancak, yabancı ülkede önceden verilmiş karar, hile ile elde edilmiş ise, bu karara öncelik tanınmaz.

Aynı taraflar arasında ancak farklı ihtilaflara ilişkin davalarda aynı sorunun cevabı aranıyorsa öncelik prensibi aynı şekilde uygulanır. Örneğin, evlilik birliğinin geçersizliğine ilişkin Wrède kararında, iki yabancı karar mevcut olup, ilki birinci evliliği ikincisi ikinci evliliği geçersiz saymaktadır. Fransız Temyiz Mahkemesi ilk karara öncelik tanıyarak, ilk evliliği geçersiz kabul etmiştir[82].

Fransa'da aynı talebe ilişkin olarak daha önce dava açılmış ve devam ediyorsa, bu dava yabancı mahkemeden verilen kararın Fransa'da tanınmasına engel olur mu veya bu karar Fransa'daki derdest davada kesin hüküm itirazı olarak ileri sürülerek, davayı sonlandırabilir mi? Eğer yabancı karar, doğrudan kesin hüküm etkisi doğuran kararlar kategorisinden bir karar ise ve uygunluk şartlarını taşıyorsa (hile yoksa), doğrudan tanınır ve kesin hüküm nedeniyle, Fransa'da aynı konuda aynı taraflar arasında açılacak olan yeni davalar dinlenmez[83]. Ancak malvarlığına ilişkin açıklayıcı kararlar, doğrudan etki doğurmazlar. Bu nedenle, bu kararların, görülmekte olan davada veya müstakil bir tenfiz davasında tenfiz şartlarını taşıdığı Fransız mahkeme kararı ile tespit edilmekçe, kesin hüküm itirazı olarak kabul edilemez[84].

---

80 **Courbe**, s. 178, no. 349.

81 **Loussouarn/Bourel/Vareilles-Sommières,** s. 767, no. 499-4.

82 **Loussouarn/Bourel/Vareilles-Sommières,** s. 768, no. 499-5.

83 **Batiffol/Lagarde**, s.588-590, no. 727; ***idem***, s. 618, no. 742; **Niboyet/La Pradelle**, s. 493, no. 674; **Holleaux/Foyer/La Pradelle**, no.997; **Mayer/Heuzé**, s. 324, no. 448; **Kitic**, s. 141.
Yabancı ülkede boşanma davası açılmış ve dava reddedilmiş olabilir ancak Fransa'da başka bir sebebe dayanarak yeni bir dava açılmış ise, bu davada önceki karar kesin hüküm etkisine sahip olamaz (**Mayer/Heuzé**, s. 325, no. 448).
Diğer taraftan, Fransa'da daha önce boşanmaya ilişkin dava açılmış ve devam ederken, yabancı bir ülkede daha sonra dava açılmış ve karar alınmış ise, bu durumda, önce başvurulan hukuk düzeninin önceliğinin kabul edileceği, Fransa ile imzalanmış birçok iki taraflı anlaşmalarda ve Yargıtay kararlarında kabul edilmiştir (Cass. Civ. 13 nisan 1976, JDI 1977, s. 99, note Huet).

84 **Niboyet/La Pradelle**, s. 493, no. 674.

Fransa'da aynı anda derdest tenfiz davası ve esasa ilişkin dava olması durumunda, bu davaların birbirini etkileyip etkilemediği de ayrıca ele alınmalıdır. Eğer tenfiz davası, Fransa'da daha önce açılmış ise, öncelikle incelenmelidir (*Negrotto kararı*)[85]. Eğer tenfiz kararı verilir ise, kesin hüküm nedeniyle, Fransa'da esasa ilişkin davaya devam edilemez, böylelikle çelişkili kararların ortaya çıkması engellenmiş olur. Fransa'da esasa ilişkin derdest dava, tenfiz davasından önce açılmış ise, yabancı kararın tenfizi davası reddedilmelidir[86].

D) Fransız Kanunlar İhtilafı Kurallarının Yetkili Kıldığı Hukukun Uygulanması

Yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi bakımdan, Fransız kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukukun ihtilafa uygulanmış olması kriteri arkaik ve istenmeyen bir unsur olarak görülmektedir[87]. Yetkili hukuk denetlendikten sonra, söz konusu hukukun somut olaya doğru uygulanıp uygulanmadığının denetimi tenfiz hakimi tarafından yapılmamaktaydı. Fransız kanunlar ihtilafı kurallarının yetkilendirdiğinden farklı bir hukuk ihtilafa uygulanmış olsa dahi uygulanan hukuk Fransız hukukunun yetkili kıldığı hukuk ile benzer hükümler içeriyorsa ya da her iki halde de aynı somut sonuca ulaşılıyorsa Fransız hakimi tarafından tenfiz kararı verilmekteydi[88]. Daha önce milletlerarası sözleşmelerle ortadan kaldırılmış olan ve doktrinde gereksiz görülen bu şart, Cornelissen kararı ile ortadan kaldırılmıştır[89]. Buna göre, Fransız hukukunda artık, yabancı bir yargılamada Fransız kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukukun uygulanmış olması, kararın tenfizi için bir şart olarak aranmaz.

E) Kanuna Karşı Hile

Munzer kararında belirtildiği üzere, yabancı bir yargılamada kanuna karşı hile yapılmış olması, kararın Fransa'da etki doğurmasına engel teşkil

---

85 Cass. Civ. 10 mars 1914, Negrotto, DP 1917, 1.137, note Valéry, RDIP 1914, s. 449 (**Niboyet/La Pradelle**, s. 493, no. 674; **Mayer/Heuzé**, s. 325, no. 449).

86 **Niboyet/La Pradelle**, s. 493, no. 674; **Mayer/Heuzé**, s. 325, no. 449; **Kitic**, s. 141-142. Cass. Civ. 10 Mars 1914, Negrotto, DP 1917, 1.137, note Valéry, RDIP 1914, s. 449.

87 **Batiffol/Lagarde,** s. 582-587, no. 726; **Kessedjian,** s. 195; **Audit**, s. 383-385, no. 475-476. Farklı görüşte ve Cornelissen kararının eleştirisi için bkz. **Loussouarn/Bourel/Vareilles-Sommières,** s. 758-760, no. 496-8.

88 **Courbe**, s.175-176, no. 344; **Kitic**, s. 127-128; **Mélin**, s. 70-71; **Meyzaud-Garaud,** s. 150-151; **Deruppé**, s. 119.

89 **Mayer/Heuzé**, s. 287, no. 385; **Monéger,** s. 207, no. 596; **Niboyet/La Pradelle**, s. 484, no. 664. Farklı görüşte, **Loussouarn/Bourel/Vareilles-Sommières,** s. 758, no. 496-7.

eder. Kanuna karşı hile, usule ya da esasa ilişkin olabilir[90]. Fransa'da boşanmanın mümkün olmadığı bir dönemde, boşanmayı kabul eden bir hukuka tabi olabilmek maksadıyla vatandaşlığın değiştirilmiş olması kanuna karşı hile kabul edilerek yabancı ülkede verilmiş olan boşanma kararının tanınmasına engel teşkil etmiştir (18 Mart 1878 tarihli **Princesse de Beauffremont kararı**)[91]. Burada söz konusu olan bağlama noktasının hile ile değiştirilmesidir. Tenfiz hakimi, yabancı yargılamada uygulanan hukukun hile ile tespit edilip edilmediğini ve benzer şekilde uyuşmazlığı karar bağlayan mahkemenin yetkisinin hile tesis edilip edilmediğini denetler[92]. Kararın hile ile alınmış olup olmadığının kontrolünde, esasen, tarafın hileli davranışı olmasaydı, böyle bir kararın alınamayacağı veya daha farklı bir kararın alınacağı tespit edilir[93]. Daha avantajlı bir boşanma kararı almak için, tatile gidilen bir yerde dava açılmış olması veya mutad meskenin hileli olarak değiştirilmesi bu duruma örnektir[94]. Fransız Temyiz Mahkemesi bir kararında, Nevada devletinin Reno hakimi tarafından iki Kanadalı'nın boşanmasına ilişkin kararın tenfizini, Kanada kanunlarına karşı hile nedeniyle reddetmiştir[95]. *Akla* kararında ise, eşiyle birlikte Fransa'da ikamet eden kadının kocasına karşı evlilik giderlerine katılması için açtığı davada, koca, kendi ülkesinde talak ile aldığı boşanma kararını Fransız mahkemesine sunmuştur. Fransız Temyiz Mahkemesi, , hileli bulduğu yabancı kararın tenfizini reddetmiştir[96]. Fransız Temyiz Mahkemesi, hile ile Cezayir ve Fas'ta alınmış talak ile boşanma kararlarını tenfiz etmemektedir.

Yabancı mahkeme kararının kontrolü sonucunda olumlu bir sonuca ulaşılırsa ve tenfiz kararı verilirse, bu karar, Fransa'da, icrai etkinin yanı sıra,

---

90 **Batiffol/Lagarde**, s. 590-591, no. 727; **Kessedjian,** s. 195; **Niboyet/La Pradelle**, s. 488-489, no. 668-66.

91 **Audit**, s. 386, no. 479, dn. 2; **Kessedjian,** s. 196. Karar için bkz. Cour de Cassation Chambre de requetes, 18 Mart 1878, Princesse de Beauffremont, Receuil Sirey,Receuil General des lois et arrets 1978, I, s. 193, note Labbé**.**

92 **Monéger,** s. 210, no. 605; **Holleaux/Foyer/La Pradelle,** s. 446-448, no.984-991. **Niboyet/La Pradelle**, s. 488-489, no. 668-669; **Kitic**, s. 130-131.

93 **Kessedjian**, s. 196.

94 **Courbe**, *Le Divorce*, s. 125. **Niboyet/La Pradelle**, s. 488-489, no. 668-669.

95 Cour de Cassation, Chambre 1re Civile, 11 temmuz 1977, Giraux kararı. Bkz. **Courbe**, s. 178, no. 351.

96 Cour de Cassation, Chambre 1re Civile, 6 haziran 1990, *Akla* kararı (RCDIP 1991, s. 593, 1re espece, note P.Courbe, Receuil Dalloz, 1990, sommaire s. 263, obs. B.Audit). Aynı yönde, Cass. Civ. 1re, 4 Mayıs 1994 tarih, RCDIP 1995, s. 103 note Deprez; Cass. Civ. 1re, 1 mart 1988, RCDIP 1989, s. 721, note A. Sinay-Citermann; Receuil Dalloz, 1988, s. 486, note J. Massip. Bkz. **Monéger,** s. 208, no. 601-602; **Courbe**, s. 179, no. 352; **Mélin**, s. 72; **Meyzaud-Garaud,** s. 152, **Loussouarn/ Bourel/Vareilles-Sommières**, s. 751, no. 495-9.

kesin hüküm etkisi (CC m.1351) kazanır[97]. Kesin hükmün olumsuz etkisi, Fransa'da aynı taraflar arasında aynı konuda yeni bir davanın açılamaması; olumlu etkisi ise, yabancı hakimin kararda açıkladığı hukuki sonuçlara tanıma ve tenfiz ülkesinde maddi etki (*efficacité substantielle*) (kesin delil etkisi) tanınmasıdır[98]. Bunun yanı sıra, tüm kararların, tenfizden bağımsız olarak sahip olduğu[99] etkiler de aşağıdaki bölümde incelenmektedir.

IV. YABANCI MAHKEME KARARININ TENFİZDEN BAĞIMSIZ ETKİLERİ

Fransız içtihadı, tüm yabancı mahkeme kararlarının tenfizden doğmayan bazı etkilerinin tanınması noktasına gelmiştir[100]. Bunlardan biri, yabancı mahkeme kararının mevcudiyeti olgusunun, tenfiz olmaksızın dahi, var olduğudur[101]. Buna karşın, yabancı mahkeme kararının mevcudiyeti olgusunu tesbit etmek, Fransız hukuku tarafından mahkeme kararlarına bağlanan tüm etkilerin tenfiz olmaksızın tanınması anlamına gelmez[102]. Bu etkilerden sadece kesin hüküm etkisi ve icrai etki tenfizi gerektirir, çünkü bunlar devletin egemenlik hakkının bir ifadesi olan yargısal fonksiyonun ifadesi olarak görülür[103]. Yabancı mahkeme kararları da genel olarak tüm hukuki işlemler ve hukuki olgular gibi, göz ardı edilemez ve tenfizden bağımsız olarak etki doğurur[104]. Öncelikle, yabancı mahkeme kararı, esas olarak, sonuçları yabancı ülkelerde de ileri sürülebilen bir olgudur ve Fransız hakimi, onaylamasa

---

97 **Batiffol/Lagarde**, s. 618, no. 742; **Courbe**, s. 184, 185, no. 366-370; **Niboyet/La Pradelle**, s. 494-495, no. 676-677; **Meyzaud-Garaud,** s. 152-153.

98 **Holleaux/Foyer/La Pradelle**, no. 927; **Niboyet/La Pradelle**, s. 455, no. 627-628.

99 **Niboyet/La Pradelle**, s.454, no. 626.

100 **Batiffol/ Lagarde**, s. 612, no.738; **Muir Watt, Horatia:** *Remarques sur les effets en France des jugement étrangers indépendamment de l'exaquatur*, dans: Mélanges dédiés à Dominique Holleaux, Litec, 1990, s. 301.

101 **Batiffol/Lagarde**, s. 612, no.739; **Courbe**, s. 186, no. 371.

102 **Batiffol/Lagarde,** s. 613, no. 739.

103 **Batiffol/Lagarde,** s. 613, no. 739.

104 **Batiffol/Lagarde**, s. 613, no.739. *"La Notion d'efficacite"* kavramı için bkz. **Foyer, Jean:** *De L'Autorité De La Chose Jugée en Matière Civile*, thèse Paris, 1954, s. 109 vd. Bu kavramın yabancı mahkeme kararları için de kullanılması hakkında bkz. **Alexandre**, **Danièle:** *Les Pouvoirs du Juge de l'Exaquatur*, LGDJ, Paris 1971, s. 152 vd.; *Les Effets des Jugements etrangers independants de l'exaquatur*, **Travaux du Comite Français droit international privé**, 1975-1977, s. 51 vd.; **Francescakis et Lucas**, Repertoire Dalloz de Droit International voir Jugement Etranger n.19; yabancı mahkeme kararı hakkında bu kavramın kullanımı için 9 Aralık 1974 R.1975.504 note Mezger, J. 1975.534 note Ponsard (Bkz. **Batiffol/Lagarde**, s. 613, no.739-1).

dahi, sonuçlarını dikkate almak zorundadır. İkinci olarak, yabancı mahkeme kararı, Fransız mahkemesinde kullanılabilen, en azından Fransız hakiminin takdirine sunulabilen bir araçtır (*instrumentum)*. Son olarak, yabancı mahkeme kararı, bir yargısal işlemdir (*acte de jurisdictio)*. Karar açıklayıcı da olsa inşai de olsa, tarafların haklarını belirlediği için, her koşulda yeni bir durum yaratır. Yabancı mahkeme tarafından belirlenmiş olan taraf hakları, özel olarak kişi hal ve ehliyetine ilişkin mahkeme kararları sözkonusu olduğunda ancak diğer tüm durumlarda da, Fransız hakimi tarafından mevcudiyeti kabul edilebilecek bir olgu teşkil eder[105]. Ancak, tüm yabancı kararların, normatif değerine bağlı olmayan, olgu etkisi, delil etkisi ve belge etkisi, hiçbir kontrole ve tenfize tabi olmaksızın, kişi hal ve ehliyetine ilişkin kararların Fransa'da doğrudan (kesin hüküm etkisi dahil) etki doğurması ile de karıştırılmamalıdır. Nitekim, bu kararların Fransa'da etki doğurması, ileri sürülemezlik (tanımama davası) ile de engellenebilir. Oysa, aşağıda bahsedilen yabancı kararın olgu, belge ve delil etkisi kendiliğinden kararın kendisinde mevcuttur[106].

A) TÜM KARARLARIN TENFİZDEN BAĞIMSIZ DOĞURDUĞU ETKİLER

1) Olgu Etkisi (Haklı sebep)

Yabancı mahkeme kararının bazı etkilerinin tanınması için tenfiz prosedürünün işletilmesine gerek yoktur[107]. Yabancı mahkeme kararı, varlığı ve maddi sonuçları inkar edilemez bir olgu teşkil eder[108]. Mahkeme kararlarının olgu etkisi ise, haklı sebep kavramı altında sentezlenebilir[109]. Yabancı bir ka-

---

[105] **Batiffol/Lagarde**, s. 613, no. 739.

[106] **Courbe**, s. 186, no. 371; **Muir Watt, Horatia:** *Le mythe de "l'effet de titre": le statut des jugements étrangers dans le contentieux du provisoire* (p.347-355), dans: Mélanges en L'Honneur De Jean Buffet, La procédure en tous ses états, Paris, 2004, s. 349; **Fulchiron/Nourissat**, s. 192; **Holleaux/Foyer/La Pradelle**, no. 1013; **Deruppé**, s. 117; **Péroz**, s. 61-63.

[107] **Gutmann,** s. 278, no. 328.

[108] Bu kavram ilk kez Bartın tarafından ileri sürülmüş olup, genel bir tespite ilişkindir. Tüm hukuki işlemler kendine özgü etkiler doğuran bir olgudur. Bkz. **Bartın, E.:** *Etude sur les effets internationaux des jugements*, Paris 1907; **Bartın, E**: *Le jugement etranger considere comme un fait*, Clunet 1924, s.857, **Péroz** s.60, dn.232'den naklen; **GA** no.4, s. 31; **Batiffol/Lagarde**, s. 613, no. 740; **Muir Watt**, s. 349. Ayrıca bkz. **Gutmann,** s. 272, no. 319; **Audit**, s. 372, no. 461; **Meyzaud-Garaud**, s. 155; **Loussouarn/ Bourel/Vareilles-Sommières,** s. 740, no. 493-1.

[109] **Lerebours-Pigeonnière, M. Paul/ Loussouarn, Yvon**, Droit International Privé, Précis Dalloz, 9e Ed., Paris, 1970, s. 309.

rar, taraflardan birinin Fransa'da açacağı davanın sebebini oluşturabilir[110]. İhtilafın esasına uygulanan hukuk kuralından bağımsız olarak karar bir olgu niteliğindedir. Bu sebeple, karar tenfiz edilmese dahi bir olgu değerini haizdir. Örneğin, bir borçlu için, yabancı bir mahkeme kararı mücbir sebep teşkil edebilir[111]. Bu durumda karar tenfiz edilmese dahi, mücbir sebep yetkili hukuk tarafından kendisine bağlanan tüm sonuçları üretecektir. Diğer bir açıdan, bir yabancı mahkeme kararı, tarafların sözleşmenin ifasına yönelik anlaşmalarının haklı sebebini teşkil edebilir. Bu durumda da, kararın tenfizinden bağımsız olarak haklı sebep teşkil etme olgusu inkar edilemez[112]. Paris Mahkemesinde anne tarafından açılan velayet davası sonucu verilen bir kararda[113], çocuğun velayetinin önce babaya sonra anneye verildiği İngiliz mahkemesi kararlarının çocuğun menfaati bakımından yarattığı olgu etkisi kabul edilmiştir.

2) Delil Etkisi

Yabancı bir mahkeme kararının (yazılı bir belge olarak kabulü ile) Fransız mahkemeleri önünde 'delil gücünden' bahsedilebilir. Buna göre; Fransız hakimi, yabancı yargılamada hakimin kararını temellendirmek için ele aldığı unsurlara (gerekçelere) ipucu ya da kanı değeri yükleyebilir[114]. Yabancı kararın içinde yer alan çeşitli unsurlar, örneğin, ikametgah, tarafların vatandaşlığı, hukuki işlemin yapıldığı yer, bir sözleşmenin imzalanmış olması, bir malın teslim edilmiş olması Fransız mahkemelerince delil olarak kullanılabilir[115]. Özellikle yabancı bir boşanma kararı ile tespit edilmiş olan zina delili kullanabilir. Yabancı mahkeme kararının delil gücü de, olgu etkisinde olduğu gibi kararın tenfizinden bağımsız olarak sonuç doğurur. Ayrıca, tanınması ve tenfizi mümkün olmayan yabancı mahkeme kararlarının içeriğinde ortaya konulan bazı bilgilerin delil olarak kullanılması mümkündür[116].

---

[110] **Courbe**, s. 187, no. 372; **Mélin**, s. 66; **Batiffol/Lagarde**, Tome II, s. 613, no. 741.

[111] **Mayer/Heuzé,** s. 328, no. 456; **Kessedjian,** s. 210; **Kitic**, s. 139.

[112] **Audit**, s. 371, no. 459.

[113] Cour de Paris, 8 Temmuz 1971, **RCDIP**, 1971, s. 771, note Topor; **Niboyet/La Pradelle**, s. 462, no. 632.

[114] **Batiffol/Lagarde**, no.741; **Mayer/ Heuzé,** s. 327, no. 453; **Audit**, s. 372, no. 460; **Niboyet/La Pradelle**, s. 463, no. 633; **Kitic**, s. 139; **Meyzaud-Garaud**, s. 156; L**oussouarn/Bourel/ Vareilles-Sommières,** s. 741, no. 493-3; **Péroz**, s.62, no.89.

[115] **Meyzaud-Garaud**, s. 15; **Courbe,** s. 187, no. 373-374.

[116] Fransız doktrininde, bazıları yabancı mahkeme kararının her türlü delil gücünü reddetmiştir. Bkz. **La Pradelle/Niboyet**, *Decison Jugement Etranger*, n. 205. Ama Fransız Temyiz Mahkemesi, genel bir tutum kabul etmiştir ve tenfiz edilmiş yabancı mahkeme kararının içeriğindeki bilgileri takdiri delil olarak kullanmaktadır. Bkz. **Batiffol/Lagarde**, s. 615, no. 741'den naklen.

3) Belge Etkisi

Belge etkisi, delil gücünden farklı olarak, yabancı mahkeme kararının gerekçesi ile değil, doğrudan kararın kendisi (hüküm) ile ilgilidir[117]. Yabancı kararın içeriğinin uygunluğu denetlenmeksizin, bir hukuksal belge olarak, yabancı karar etki doğurur[118]. Fransız Temyiz Mahkemesi'ne göre, bir kimseyi borcunu ödemeye mahkum eden bir karar, alacaklının borçlunun iflasını istemesine ya da bir tedbir kararını uygulamasına müsaade eden bir belge teşkil eder[119]. Belge etkisi nedeniyle, yabancı karar, mahkemede ispat vasıtası olarak kullanılabilir ve delil etkisine sahip olabilir ancak mahkeme bu belge ile bağlı değildir[120].

B) KİŞİLERİN HAL VE EHLİYETİNE İLİŞKİN KARARLARIN TENFİZDEN BAĞIMSIZ DOĞURDUĞU HUKUKİ ETKİLER (KESİN HÜKÜM ETKİSİ)

Fransız Medeni Kanunu'nun 2123. maddesi (**CC. art. 2123**) ile Yeni Usul Kanunu'nun 509. maddesi (**NCPC art. 509**) uyarınca, yabancı bir mahkeme kararının Fransız mahkemeleri tarafından icra edilebilir olduğu açıklanmadığı müddetçe karar Fransa'da icrai işleme konu olamaz[121]. Bunu sağlamaya yönelik olan dava 'tenfiz davasıdır'. Bununla beraber, yukarıda da açıklandığı üzere, yabancı mahkeme kararının bazı etkilerinin doğması için kararın tenfizine ihtiyaç duyulmamaktadır[122]. 28 Şubat 1860 tarihli *Bulkley* kararı ile 9 Mayıs 1900 tarihli *Wrède* kararında, Fransız Yüksek Mahkemesi, 'kişilerin hal ve ehliyetine (hukuki durumuna) ilişkin' olan (inşai ve açıklayıcı nitelikteki) yabancı mahkeme kararlarının tenfiz olmaksızın etki kazanmalarını (***de plano*** etki) kabul etmiştir[123]. Bulkley kararında, Fransız Yüksek

---

[117] **Mayer/ Heuzé,** s. 328, no. 454; **Batiffol/Lagarde**, s. 615-617, no.741; **Niboyet/La Pradelle**, s. 463-464, no. 634. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Muir Watt, Horatia:** *Le mythe de "l'effet de titre": le statut des jugements étrangers dans le contentieux du provisoire*, dans: Mélanges en L'Honneur De Jean Buffet, La procédure en tous ses états, p.347-355, Paris, 2004.

[118] **Bureau/Muir Watt,** T.I, s. 236.

[119] **Loussouarn/Bourel/Vareilles-Sommières,** s. 741, no. 493-4.

[120] **Courbe**, s. 187, no. 373-374; **Kitic**, s. 139; **Mélin**, s. 66.

[121] **Mayer/ Heuzé,** s. 297, no. 399; **Monéger,** s. 203, no. 580.

[122] **Gutmann,** s. 278, no. 328.

[123] **Batiffol/Lagarde,** s. 618, no.742; **Mayer/Heuzé,** s. 297, no. 399; **Gutmann,** s. 278, no. 328; **Monéger,** s. 203, no. 581; **Courbe**, s. 187-189, no. 375-380 (s. 188, no. 376); **Kitic**, s. 132-133; **Muir Watt,** s. 354-355; **Mélin**, s. 67; **Meyzaud-Garaud**, s. 155; **Deruppé**, s. 117-118.
Cass. Civ., 24 şubat 1860 tarihli Bulkley kararı için bkz. **GA** no. 4, Receuil Sirey 1960, I, s. 210.

Mahkemesi, kendi ülkesinde boşanan yabancının boşanma kararını tenfiz etmeksizin Fransa'da yeniden evlenmesine izin vermiştir[124]. Bu kararda inşai etki söz konusudur. Bulkley kararı ile Fransa'da kişi hal ve ehliyetine ilişkin inşai nitelikteki yabancı kararlara tenfiz edilmeksizin hukuki etki tanınması kabul edilmiştir. Bu karardan sonra, Fransa'da kişilerin medeni durum ve ehliyetine ilişkin yabancı mahkeme kararlarının, tenfiz edilmeksizin, etki doğurduğuna ilişkin önemli bir içtihat gelişmiştir[125]. Wrède kararı benzer bir karar teşkil eder. Kararda belirtildiği üzere, "Yasal ve kesin olarak açıklanmış evliliğin iptali hem eşler hem de üçüncü kişileri etkiler. K*işilerin durumu, kamu düzenini ağır ihlal edecek ve ailenin temelinde esaslı soruna neden olacak şekilde belirsiz kalamaz*". Bu nedenle, Wrède kararı ile kişi hal ve ehliyetine ilişkin açıklayıcı nitelikteki yabancı mahkeme kararlarının Fransa'da tenfiz edilmesizin etki doğurduğu kabul edilmiştir[126]. Evliliğin iptali ve çocuğun tanınmasının iptali, boşanma kararının reddi gibi kararlar da açıklayıcı etki doğurur ve tenfiz edilmeleri gerekmemektedir. Daha sonra, 11 Nisan ve 1 Mayıs 1945 tarihli kararlar ile Fransız Yüksek Mahkemesi soybağına ilişkin yabancı kararların da doğrudan etkisini kabul etmiştir[127].

Fransız hukukunda, iç hukukta, inşai kararların açıklayıcı kararlardan farklı etkisi vardır. Evliliğin sona ermesi, bir taşınmazın ihalesi herkese karşı (*erga omnes)* yeni bir durum yaratır. Ancak açıklayıcı kararlar sadece taraflar arasında etkisi olan kararlardır. Uluslararası düzen içerisinde, yarattıkları yeni bir durum bakımından inşai kararların tanınması bir gerekliliktir, nitekim bu kararların taşıdıkları sonuçları reddetmek kolay değildir. Bulkley kararı ile, tenfiz gerekmeksizin bu kararlara Fransız hukukunda etki tanınacağı kabul edilmiştir. Bu içtihadın kişi hal ve ehliyetine ilişkin açıklayıcı kararlara kadar uzanmasını açıklamak ise daha zordur. Ama bu türden açıklayıcı kararlar da verildikleri ülkede olduğu gibi, milletlerarası düzende hukuki etki tanınması gereken kararlardır. Bu düşünce, önce doktrinde sonra Yargıtay kararlarında özellikle Wrède kararında yansımasını bulmuştur[128].

Cass. Civ. 9 Mayıs 1900 tarihli Wrède kararı için bkz. **GA** no. 10 (s.79-93); JDI, 1900, s. 613; Receuil Sirey, 1901, I, s. 185.

[124] **Batiffol/Lagarde**, s. 617, no. 742; **Gutmann,** s. 278, no. 328; **Monéger**, s. 203, no. 581; **Niboyet, Marie-Laure/ La Pradelle, Géraud de Geouffre de:** *Droit International Privé*, Paris, 2007, s. 458, no.630-1.

[125] **Batiffol/Lagarde**, s. 617, no. 742; **Holleaux/Foyer/La Pradelle,** s. 457, no.1009; **Audit**, s. 388, no. 482; **Loussouarn/Bourel/Vareilles-Sommières,** s. 777, no. 502.

[126] **Holleaux/Foyer/La Pradelle,** s. 457, no.1009; **Audit**, s. 388, no. 482; **Niboyet/La Pradelle,** s. 459, no.630-1; **Courbe**, s. 188, no. 376; **Loussouarn/Bourel/ Vareilles-Sommières,** s. 777, no. 502.

[127] **Meyzaud-Garaud**, s. 156.

[128] **Batiffol/Lagarde**, s. 620, no. 743.

Kurucu ve açıklayıcı kararlar, kişinin hukuki durumunu tespit eder ve bu da sadece taraflar arasında değil, herkese karşı ileri sürülebilen yeni bir olgudur. Milletlerarası özel hukukta, kişilerin hal ve ehliyetine ilişkin yabancı mahkeme kararlarını da "tüm ilgililer" herkese karşı ileri sürebilir[129].

Fransız Temyiz Mahkemesi, 3 Mart 1930 tarihli ***Dame Hainard*** kararında, genel olarak, etkileri kısıtlayarak, "kişilerin hal ve ehliyetlerine ilişkin olarak verilen kararların, mallar üzerinde maddi icra işlemlerine veya üçüncü kişiler hakkında zorlayıcı tedbirlere yer vermiyor ise, Fransa'da tenfizden bağımsız olarak etkilerini doğurabileceğini" onaylamıştır[130]. Bu durum, sadece kişi hal ve ehliyetine ilişkin inşai kararlar için değil, kişi hal ve ehliyetine ilişkin açıklayıcı kararlar için de geçerlidir. Yani, boşanma kararı, ayrılık kararı, evlat edinme kararları ve soyadı değişikliğini açıklayan inşai nitelikteki yabancı kararlar gibi, hukuki işlemlerin yokluğunu açıklayan evlenmenin iptali, çocuğun tanınmasının iptali, boşanma kararının reddi gibi kişi hal ve ehliyetine ilişkin açıklayıcı kararlara da Fransa'da tenfiz olmaksızın etki tanınır[131]. Boşanma kararı, tenfiz olmadan, Fransa'da yeniden evlenmeye izin verir, böylelikle çok eşlilik engellenir[132]. Ayrılık kararı tenfiz olmadan boşanma kararına dönüştürülebilir[133]. Nitekim, ayrılık ile boşanma kararının konusu farklıdır. Ayrılığa ilişkin yabancı mahkeme kararı tanınır. Ayrılığa ilişkin yabancı mahkeme kararı Fransa'da yeni bir boşanma davasına engel teşkil etmez.

Her iki kararda da, yabancı mahkeme kararının (Bulkley kararında boşanma, Wrède kararında ise evliliğin iptali kararları söz konusu) hukuki etki doğurabilmesi için icra edilecek herhangi bir maddi hukuki işleme ihtiyaç duyulmamaktadır[134]. Söz konusu yabancı mahkeme kararları, mallar üzerinde icrai işlem veya üçüncü kişileri zorlayıcı tedbirleri[135] gerektirmez. Kişilerin

---

[129] **Batiffol/Lagarde,** s. 620, no. 743; **Fulchrion/Nourissat**, s. 192.

[130] **Batiffol/Lagarde**, s. 617, no. 742, dn. 3; **Courbe,** s. 188-189, no. 377, 380; **Courbe**, *Le Divorce*, s. 119-121; **Niboyet/La Pradelle**, s. 460, no.630-3; **Mélin**, s. 67; **Meyzaud-Garaud**, s. 156; **Loussouarn/Bourel/Vareilles-Sommières,** s. 777, no. 502.
Cour de Cassation Chambre des Requêtes, 3 Mart 1930 tarihli ***Dame Hainard***, **Receuil Sirey** 1930, I, s.377 note Niboyet, **Revue de DI** 1931, s. 329 note Niboyet; **JDI** 1930, s. 981. Bkz. **Batiffol/Lagarde**, s. 617, no. 742, dn. 3; **Courbe**, *Le Divorce*, s. 119-121; **Niboyet/La Pradelle**, s. 460, no.630-3; **Mélin**, s. 67; **Meyzaud-Garaud**, s. 156; **Loussouarn/Bourel/Vareilles-Sommières,** s. 777, no. 502.

[131] **Batiffol/Lagarde**, s. 618, no. 742; s. 620, no. 742, s. 627, no. 747.

[132] **Batiffol/Lagarde**, s. 618, no. 742.

[133] **Batiffol/Lagarde**, s. 618, no. 742.

[134] **Gutmann,** s. 279, no. 328.

[135] Kişileri zorlayıcı tedbirler, örneğin, bir kişinin belli bir işlemi, belli bir davranışı

hukuki durumlarını tespite ilişkindirler ve üçüncü kişileri zorlayıcı etkileri bulunmamaktadır. Boşanma kararı ile birlikte nafaka borcunun ödenmesine ve velayete ilişkin bir yabancı mahkeme kararında olduğu gibi, üçüncü kişileri zorlayıcı etkiye sahip kararların Fransa'da icra edilmek istenmeleri halinde tenfiz edilmeleri gerekmektedir[136]. Çocukların korunmasına ilişkin hükümler içeren boşanma kararları veya kadının eski eşinin soyadını kullanmasını yasaklayan boşanma kararlarının da tenfizi gerekir[137]. Fransız hukukunda nafakanın kaldırılması davasında, boşanmaya ilişkin yabancı kararda yer alan nafakaya ilişkin kararın tenfizi gerekmez. Fransız hukukunda, olumsuz etkiler doğurmak için (*effet negatifs*) tenfiz istemek faydasızdır.

30 Ocak 1912 tarihli Fransız Temyiz Mahkemesi kararı[138] ile kişilerin hal ve ehliyetine ilişkin kararlar dışında, tüm inşai kararlara da *de plano* etki tanınması kabul edilmiştir. Nitekim, bütün (malvarlığına ilişkin olmayan kişi hal ve ehliyetine ilişkin kararlar ile malvarlığına ilişkin olan) inşai kararlar, icrai işlem olmaksızın tanınabilecek yeni bir hukuki durum yaratırlar. Örnek olarak, bir şirkete temsilci (kayyım atanması) ya da tasfiye memuru atanmasına ilişkin olan kararlar inşai kararlardır ve bu kararların hukuki etki doğurabilmeleri için tenfiz edilmeleri gerekmez[139]. Yine, bir şirketin feshine ilişkin bir yabancı karar da tenfiz olmaksızın Fransa'da hukuki etki doğurabilir[140]. Satışın iptali gibi yabancı mahkeme kararlarına da doğrudan hukuki etki tanınır[141].

---

yapmasına dayanan kararlardır. Örneğin, bir gazetecinin bir kararı yayınlaması veya düzeltme yayınlaması kararı. Bu kararlar tenfizi gerektirir. **Batiffol/Lagarde**, s. 627, no. 747.

136 **Batiffol/Lagarde**, s. 627, no. 747; **Mayer/Heuzé,** s. 297, no. 399; **Gutmann,** s. 278, no. 328; **Meyzaud-Garaud**, s. 156; **Deruppé**, s. 118.

137 **Batiffol/Lagarde**, s. 627, no. 747.

138 **Loussouarn/Bourel/Vareilles-Sommières,** s. 777, no. 502; **Batiffol/Lagarde**, s. 620, no. 742. Bu kararda, konkordatodan sonra müflisin mallarının yeni bir şirkete devrolduğunu ve müflisin haklarının bu şirket tarafından kullanılacağını açıklayan İsviçre mahkeme kararının hukuki etkisi, müflis şirketin haklarının yeni şirkete devrolduğunu kanıtlayan bir belge olarak, Fransız Temyiz Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Bu kararda, yabancı karar, müflisin haklarının yeni şirkete devrinin ispat aracı olarak kabul edilmiş, ancak, bu devir yabancı mahkeme kararından doğduğundan, aslında Fransız Temyiz Mahkemesi tenfiz olmaksızın yabancı karara etkilerini tanımıştır.

139 **Batiffol/Lagarde**, s. 618, no. 742; **Courbe**, s. 189, no. 378. Kişi hal ve ehliyetine ilişkin inşai ve açıklayıcı kararlar dışında, malvarlığına ilişkin inşai kararların da doğrudan tanınacağı hakkında bkz. **Fulchiron/Nourissat**, s. 192 ve Cass. 1re Civile, 6 temmuz 1967, *Shapiro,* GA no. 4&7, RCDIP 1969, s. 75, note J.Deprez; JDI 1967, s. 890, note J.-D. Bredin.

140 **Batiffol/Lagarde**, s. 618, no. 742.

141 **Batiffol/Lagarde**, s. 620, no. 742; L**oussouarn/Bourel/Vareilles-Sommières,** s. 742, no. 493-5.

Bir sözleşmenin yokluğunu açıklayan bir karar ise malvarlığına ilişkin açıklayıcı bir karardır ve hukuki etki doğurması için tenfiz edilmesi gerekmemektedir. Ancak doktrinde baskın görüşe göre[142], malvarlığına ilişkin (açıklayıcı) kararlar, aranan etki ne olursa olsun (icrai etki ya da kesin hüküm etkisi), her zaman tenfiz prosedürüne tabidirler[143]. Fransız mahkeme içtihatları incelendiğinde de, malvarlığına ilişkin inşai nitelikteki kararlara *de plano* etki tanınırken, açıklayıcı kararlar bakımından aynı eğilimin olmadığı görülmektedir.

Kişilerin ehliyetsizliğine ilişkin yabancı kararlar, tenfiz olmaksızın, Fransa'da hukuki etki doğurur. Mahkeme kararının verildiği ülkede kesinleşip etkilerini doğurduğu tarih itibariyle, Fransa'da da hukuki etkisi kabul edilir. Bu tarihten sonra ehliyetsiz kişinin yaptığı hukuki işlemler yok hükmündedir[144]. Üçüncü kişiler bakımından bu durumda bir tehlike söz konusudur. Bu kişiler kişinin ehliyetsiz olduğunu bilmemektedirler. Bu nedenle üçüncü kişilerin yararına bu kararların ticaret sicilinde yayınlanması veya nüfus idarelerince yayınlanması gerekir. Bunun sonucu olarak, Fransa'da yayınlanmayan yabancı karar ihmal edilebilir[145].

Ehliyetsizlerin korunmasına ilişkin olarak vasi tayin eden yabancı mahkeme kararlarına da tenfiz olmaksızın Fransa'da hukuki etki tanınır. Vasi böylelikle yetkilerini Fransa'da kullanabilir[146]. Mirası idare yetkisi veren kararlar veya müflisin malları için atanan kayyım kararlarına da Fransa'da hukuki etki tanınır. Tüm bu kararlar yeni bir hukuki durum yaratır ve bu durumlar, tenfiz olmaksızın Fransa'da etki doğurur. Böylece, yabancı mahke-

---

142 **Mayer/ Heuzé,** s. 297, no. 399; **Niboyet/La Pradelle**, s. 460, no. 630-3; **Fulchiron/Nourissat**, s. 193; **Mélin**, s. 67; **Deruppé**, s. 118. Fransa'da etkililik şartları tanıma ve tenfiz için aynıdır.

143 **Mayer/ Heuzé,** s. 297, no. 399; **Holleaux/Foyer/La Pradelle,** s. 458, no.1012; **Audit**, s. 390, no. 484; **Loussouarn/Bourel/Vareilles-Sommières,** s. 784, no. 503-2. Malvarlığına ilişkin açıklayıcı nitelikteki yabancı kararların doğrudan kesin hüküm etkisinin tanınması Negrotto kararı ile reddedilmiştir (Cas.Civ. 16 haziran 1905, *Negrotto*, JDI 1905.1014).
Buna karşılık, Fransız hukukunda doktrinde malvarlığına ilişkin açıklayıcı kararların doğrudan tanınabileceğine ilişkin görüş de savunulmaktadır. İlk defa, Cass. Civ. 1re, 9 Aralık 1974, *Locautra,* (RCDIP 1975.504, note Mezger, JDI 1975.534, note Ponsard) kararı ile sözleşmenin yokluğuna dair malvarlığına ilişkin açıklayıcı kararın kesin hüküm etkisi doğrudan kabul edilmiştir. Brüksel Konvansiyonu ile bu etkiler doğrudan kabul edilmektedir: Bkz. **Muir Watt**, s. 348, dn. 11; s. 355; **Loussouarn/Bourel/Vareilles-Sommières,** s. 783-785, no. 503-1 vd.

144 **Batiffol/Lagarde**, s. 622, no. 744; **Courbe**, *Le Divorce*, s. 119-121.

145 Bkz. **Batiffol/Lagarde**, no. 491 (2), Lizardi Kararı.

146 **Batiffol/Lagarde**, s. 622, no. 744.

me kararı ile tayin edilen vasi Fransa'da hukuki işlem yapabilir veya bir dava açabilir ancak bu yabancı kararlar icrai etki doğuran hukuki işlemlere imkan vermezler[147]. Örneğin, miras alacağı hakkında, miras idarecisi, açılan davada davalı sıfatına sahiptir.

İflası açıklayan kararlara da, bu müflisin ehliyetsizliğini ortaya koyan bir durum olduğundan, Fransa'da doğrudan etki tanınması teklif edilmiştir. Fransız içtihadı ile haklı olarak bu durum reddedilmiştir. Çünkü Fransa'da müflis hiçbir şekilde ehliyetsiz değildir. Yeni bir ticari faaliyetle uğraşabilir. Bu açıklayıcı iflas kararı, sadece, müflisin mallarının haczedilemezliğini ve iflas alacaklılarına karşı müflisin haklarının kullanılmasını ifade eder. İflas kararları ile ortaya çıkan bu yeni durum tenfiz olmaksızın tanınır ve yeni bir temsilci atandığında, bu kişi Fransa'da yetkilerini kullanabilir, özellikle bir hukuk davası açabilir veya koruyucu hukuki işlemler yapabilir[148]. Yabancı ülkede atanan temsilci, müflisin borçlusuna karşı yeni bir dava açabilir ancak müflisin mallarının satışını isteyemez. Alınan tedbirin müflisin Fransa'da bulunan eşyaları üzerindeki etkisi ise, ancak tenfizden sonra ortaya çıkar[149].

Kişi hal ve ehliyetine ilişkin yabancı mahkeme kararlarının Fransa'da tenfiz olmaksızın doğurduğu hukuki etki, "kesin hüküm etkisi"dir ve yabancı ülkede etkilerini doğurduğu andan itibaren Fransa'da da bu etkiler doğar[150]. Kesin hükmün olumsuz etkisi olarak, Fransa'da açılan boşanma davasında, yabancı mahkemeden verilen boşanma kararı ileri sürüldüğünde, -tanınamazlığı davacı tarafından ispatlanmadıkça (tanımama davası)- bu dava kesin hükmün varlığı nedeniyle Fransa'da görülemez. Kesin hükmün olumlu etkisi bakımından ise, evlilik bağı, yabancı ülkede kararın verildiği andan itibaren sona ermiştir[151]. Ayrıca, Fransa'da yabancı ülkede daha önce verilmiş bir karar kesin hüküm etkisine sahip olmuş ise, ilkiyle çelişik ikinci karar Fransa'da etki doğurmaz. Ancak bu kesin hüküm etkisi geçicidir[152]. Şöyle ki, Fransa'da kişi hal ve ehliyetine ilişkin tenfiz olmaksızın doğrudan etki doğuran bu kararın, Fransa'da etkili olabilmesi için uygunluk şartlarının doğmadığına ilişkin, aşağıda açıklanacak olan, bağımsız bir ileri sürülemezlik

---

147 **Batiffol/Lagarde**, s. 623, no. 744; **Mélin**, s. 67.

148 **Batiffol/Lagarde,** s. 624-626, no. 745-748; **Courbe,** s. 188, no. 377.

149 Fransız Temyiz Mahkemesinin bir kararında, milletlerarası iflasa ilişkin bir kararın geçmişe etkili olarak tenfizine karar verilmiştir (Cass.Civ. 1re, 25 Şubat 1986, *Kleber,* RCDIP 1987.341 note Huet). Ayrıntılı bilgi için bkz. **Batiffol/Lagarde**, s. 623-626, no. 744-748.

150 **Holleaux/Foyer/La Pradelle,** s. 458, no.1011.

151 **Batiffol/Lagarde**, s. 631-632, no. 751.

152 **Courbe**, *Le Divorce,* s. 121.

davası açılabilir veya görülmekte olan davada böyle bir kararın Fransa'da etkili olması için uygunluk şartlarını taşımadığı ileri sürülebilir[153].

Sonuç olarak, özetle, Fransız hukukunda inşai veya açıklayıcı nitelikteki tüm kişi hal ve ehliyetine ilişkin kararlar ile malvarlığına ilişkin inşai kararlara doğrudan etki tanınır. Malvarlığına ilişkin açıklayıcı kararlar ile kişiler ve eşyalar üzerinde icrai işlem yapılmasını gerektiren kişi hal ve ehliyetine ilişkin kararların tenfizi gerekir. Fransız hukukunda, kişi hallerine ilişkin, örneğin, soyadı değişikliği, gaiplik, evlat edinme, boşanma, soybağının kuruluşu, çocuğun tanınmasının iptali gibi kararlar tenfiz edilmeksizin etki doğurur. Bununla birlikte, ehliyete ilişkin, kişinin ehliyetsizliğini açıklayan kararlara doğrudan etki tanınır ve ehliyetsiz kişinin yaptığı hukuki işlemler tenfiz gerekmeksizin yok hükmündedir. Aynı şekilde yabancı bir kararla atanan vasinin yetkileri Fransa'da önceden bir tenfize gerek olmaksızın doğrudan tanınır. Aynı şekilde malvarlığına ilişkin inşai kararlar örneğin, yabancı bir kararla atanan, kayyım, tasfiye memurunun yetkileri Fransa'da tenfiz olmaksızın tanınır. Bu kişiler koruyucu işlemler yapabilir ve dava açabilir. Ancak velayet, nafaka gibi kişi ve eşyalar üzerinde icrai işlemler gerektiren kararların tenfizi gerekir[154].

V. YABANCI MAHKEME KARARLARININ KONTROL USULLERİ

Fransız hukukunda, revizyon sisteminden kontrol sistemine geçilmiştir[155]. Yabancı kararın kontrolü, bağımsız bir dava şeklinde açılan tenfiz davası veya tanımama davası olarak mümkündür. Bunun dışında, görülmekte olan davada, yabancı bir kararın uygunluk şartlarının kontrolü sözkonusu olabilir.

A) Bağımsız Bir Dava ile Kontrol

Bu kontrol usulü ile ifade edilmek istenen, Fransız mahkemelerinde bir dava açmak suretiyle yabancı mahkeme kararının etkilerinin Fransa'da tanınmasının veya tanınmamasının talep edilmesidir.

a) Tenfiz Davası

1. Tenfizin Amacı ve Kabul Edilebilirliği

---

[153] **Courbe**, *Le Divorce,* s. 121; **Mélin**, s. 68.

[154] **Courbe**, s. 189, no. 379.

[155] Kontrol sistemi için bkz. **Alexandre**, **Danièle***: Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, LGDJ, Paris, 1971.

Tenfiz, öncelikle yabancı mahkeme kararının Fransa'da icra edilebilmesine imkan tanır[156]. Gerek kişilerin hukuki durumuna gerekse malvarlığına ilişkin kararlar, diğer bir deyişle tüm kararlar tenfiz davasına konu olabilir. 3 Mart 1930 tarihli bir Fransız Temyiz Mahkemesi kararına göre, *'yabancı mahkeme tarafından verilen kişilerin durumuna ve ehliyetine ilişkin kararlar Fransa'da tenfizden bağımsız olarak etkilerini doğurur. Ancak, bu kararlar eşya hakkında maddi icrai bir hukuki işlem gerektiriyorsa ya da üçüncü kişileri zorlayıcı bir etki doğuruyorsa tenfiz gereklidir'*[157]. 1980 tarihli bir başka kararda ise, doktrinde kabul edildiği gibi, tüm faydalı amaçlar için tenfiz davası açılabileceği belirtilmiştir[158]. Menfaati olan herkes diğer tüm kişilere karşı tenfiz davası açabilir. Asıl davanın tarafı olmayan bir kimse tarafından açılan ya da asıl davanın tarafı olmayan bir kimseye karşı açılan tenfiz davasında, davayı açmadaki menfaatin ispatı daha belirgin bir şekilde olmalıdır[159].

2. Tenfiz Davasında Usul

Fransa'da tenfiz davaları bakımından görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemeleridir *(Tribunal de Grande Instance- TGI)*. Dava tek hakimle, çekişmeli olarak görülür[160].

Yabancı mahkeme kararının Fransa'da icrasına karar verilmesi konusunda tüm Fransız mahkemeleri milletlerarası yetkiyi haizdir[161]. Borçlunun Fransa'da mallarının bulunması yetkinin tesisi bakımından değil, tenfiz davası açmada menfaatin bulunup bulunmaması bakımından gereklidir. Davalının mutad meskeni kriteri Fransız mahkemelerinin yer bakımından yetkisi açısından büyük önem taşır. Tenfiz icrai etkiye yönelikse davacının söz konusu kararı icra edeceği yer mahkemesinde de dava açılabilir[162]. Davalının Fransa'da mutad meskeni yoksa, 'adaletin iyi yönetilmesi' dikkate alınarak seçim yapılmalıdır.

---

156 **Monéger,** s. 205, no. 589.

157 **Mayer/Heuzé,** s. 304, n. 410; **Monéger,** s. 205, no. 589; **Gutmann**, s. s. 273, no.319; **Loussouarn/Bourel/Vareilles-Sommières,** s. 777, no. 502. Bkz. Cour de Cassation, Chambre des requetes, 3 Mart 1930, *Dame Hainard*, bkz. dn. 131.

158 **Monéger,** s. 205, no. 590. Karar için bkz. Cassation 1ere civile, 3 Ocak 1980, *Garino*: **JDI,** 1980, s. 341, note A.Huet.

159 **Batiffol/Lagarde**, s. 599, no. 731; **Mayer/ Heuzé,** s. 307, no. 413.

160 (Code de L'organisation Judiciaire m. L.311-11). **Batiffol/Lagarde,** s. 595-598, no. 730; **Mayer/Heuzé**, s. 305, no.410; **Monéger,** s. 205, no. 588; **Kitic,** s. 133; **Mélin**, s. 72; **Meyzaud-Garaud,** s. 152.

161 **Mayer/ Heuzé,** s. 308, no. 415.

162 **Mayer/ Heuzé,** s. 308, no. 416.

Tenfiz davasının konusu, tenfizi talep edilen "karar"dır, ihtilaf değildir[163]. Tenfiz hakimi tarafından, yabancı kararın kontrolü, uygunluk şartlarının gerçekleştiğinin tespitine ilişkindir. Munzer kararında belirtilen hakimin bu görevi, tarafların kararın uygunsuzluğunu ileri sürmemesi halinde dahi, hakimin re'sen bu kontrolü yapması gerekliliğini ortaya koyar. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemediği konularda (*droit de libre disposition*), tüm içtihatlarda bu prensip kabul edilmiştir[164]. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konularda verilmiş (malvarlığına ilişkin) kararlarda, eğer davalı, kararın uygunluğuna itiraz etmez ise, hakimin, tüm şartları re'sen dikkate almayacağı, yeni içtihatlarda kabul edilen eğilimdir. Bir kararında, Fransız Temyiz Mahkemesi, uygulanan hukuka, yabancı mahkemenin yetkisine ve izlenen usule ilişkin itiraz yok ise, malvarlığına ilişkin kararın tenfizine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir[165]. Bu eğilimin, tarafların iradesine uygun olduğu ve NCPC m.12/3'e de uygun olduğu kabul edilmektedir[166]. Ancak, Fransız milletlerarası kamu düzenine uygun olmayan veya hile ile alınmış bir yabancı kararın tenfizini hakim reddetmelidir[167].

Davalı yabancı kararın uygunluğuna itiraz ederse, kararın uygun olduğunu ispat yükü davacıdadır. Davalı tarafından itiraz konusu edilen uygunluk şartının gerçekleştiğini ispat eden yeterli deliller davacı tarafından sunulamaz ise, tenfiz kararı verilemez. Eğer davalı tarafından, malvarlığına ilişkin kararların tenfizine, hiçbir itiraz yok ise, hakim tüm uygunluk şartlarını re'sen incelemez[168]. Hakim, yabancı kararın tenfizine veya tenfizin reddine karar verir. Tenfize konu olan kısım kararın hüküm kısmıdır. Hakim, hükmün kısmen tenfizine karar verebilir ancak esastan inceleme yasağı nedeniyle, yabancı kararın hüküm kısmının değiştirilmesi mümkün değildir[169]. Ayrıca, tenfize konu olan ihtilafın uzantısı niteliğindeki talepler, tenfiz davası içinde ileri sürülemez. Tenfiz ile esasa ilişkin davanın, aralarında bir bağlantı bulunmadığından, birleştirilmesinin mümkün olmadığı savunulmaktadır[170]. Ancak, yabancı karar verildikten sonra ortaya çıkan olgular (ödeme, yeni bir tazmi-

---

[163] **Meyzaud-Garaud,** s. 153.

[164] Mayer/Heuze, s. 314, no. 431. Civ. 9 kasım 1971, RCDIP, 1972, s. 314, note D. Holleaux; Civ. 7 aralık 1976, Receuil Dalloz, 1977, IR 101. Soybağına ilişkin Paris 23 şubat 1967, RCDIP 1967, s..567 note Jacques Foyer.

[165] Civ.1er, 3 Temmuz 1969, RCDIP, 1971, s. 743, note Holleaux, JDI 1970, s. 317 note Kahn (Bkz. **Kitic**, s. 134, no. 2; Mayer/Heuze, s. 315, no. 431).

[166] **Kitic**, s. 134.

[167] **Kitic**, s. 135.

[168] Cas. Civ. 1re, 17 ekim 1972, RCDIP 1973, s. 556, note Francescakis. **Kitic**, s. 135; Mayer/Heuze, s. 314-315, no. 430-431.

[169] **Kitic**, s. 135-136; **Mélin**, s. 72; **Meyzaud-Garaud,** s. 154.

[170] **Kitic**, s. 135; **Mayer/Heuzé**, s. 309, no. 420; **Meyzaud-Garaud,** s. 154.

nat hakkı, nafaka alacaklısının gelirindeki düşüş) dikkate alınır. Böyle durumlarda, kararın esasına ilişkin inceleme yapılmadığı kabul edilmektedir[171].

Fransız hukukunda, tenfiz kararı, bir eda kararı olup, yabancı karara kesin hüküm etkisi ve icrai etki bahşeder. Yabancı karar, Fransa'da, verildiği ülkede sahip olduğu etkiden daha fazlasını doğurmaz[172]. Eğer yabancı karar verildiği ülkede iptal edilmiş, daha sonra Fransa'da tenfiz kararı verilmiş ise, bu karar kadük hale gelir[173].

Tenfizin reddi kararı, kesin hüküm niteliğinde olup, aynı kararın tenfizi için yeni bir tenfiz davası açılmasına engel olur[174], ancak esasa ilişkin yeni bir dava açılmasına engel olmaz. Nitekim, tenfiz davasının konusu ile esasa ilişkin davanın konusu farklıdır[175].

b) Tanıma davası (İleri Sürülebilirlik)

Fransız Temyiz Mahkemesi'nin yakın tarihli bir kararıyla kabul edildiği üzere, tenfiz davasında, tenfiz talebi, icrai etkiden bağımsız olarak sadece kararın uygunluk şartlarının taşıdığının tespiti, kararın kesin hüküm etkisinden faydalanmak amacına yönelik olarak şekillendirilebilir. Tanıma davası (***action en opposobilite ou reconnaissance***) diyebileceğimiz bu davaların amacı, kararın Fransa'da uygunluğunun tanınmasıdır. Bu dava, açıklandığı üzere, tenfiz davası ile iç içe geçmiştir. Fransız Temyiz Mahkemesi, 1.Hukuk Dairesi'nin 3 Şubat 1980 tarihli *Garino* kararı ile, tüm amaçlarla, sadece icrai etki amacıyla değil, kararın uygunluğunun tanınması amacıyla da, tenfiz davasına başvurmak mümkündür[176]. Eğer hakim, uygunluk şartlarının mevcudiyetini tespit ederse, yabancı karara kesin hüküm etkisi tanımış olur. Kişi hal ve ehliyetine ilişkin doğrudan etki doğuran kararların geçici kesin hüküm etkisi, uygunluk kontrolü neticesinde, kesin olarak tanınmış olur. Ancak kararın uygun olmadığı tespit edilirse, karar Fransa'da tüm etkilerden yoksundur ve tenfizi istenemez (1951, *Weiller* kararı).

İleri sürülebilirlik (tanıma) davası neticesinde verilen karar, bir tespit kararı olup, yabancı karara yalnızca herkese karşı ileri sürebileceği kesin

---

[171] **Mayer/Heuzé**, s. 310-311, no.422-423.

[172] **Kitic**, s. 136-137; **Mayer/Heuzé**, s. 312-314, no.425-428.

[173] **Kitic**, s. 135-136.

[174] Civ. 1re, 22 ekim 2002, **RCDIP** 2003, s. 299, note Pataut.

[175] **Mayer/Heuzé**, s. 314, no. 428.

[176] **Mayer/Heuzé**, s. 313, no. 427; **Courbe**, s. 192, no. 389-390.; **Kitic**, s. 137 ve dn. 1. Civ.1re, 19 aralık 1995, *arrêt BCCI Paris*, RCDIP 1996, s. 714, note Gaudemet-Tallon; Civ.1re, 3 Ocak 1980, *arrêt Garino*, JDI 1980, s. 597, note Holleaux. Bkz. **Kitic**, s. 137; **Mayer/Heuzé**, s. 313, no. 427.

hüküm etkisi bahşeder. Bu karar ile eşyalar üzerinde hiçbir icrai işlem yapılamaz veya kişileri zorlayıcı tedbirler alınamaz, bu türden kararlar sadece kararın tanınmasına yöneliktir[177].

c) Tanımama (İleri Sürülemezlik-*action en inopposabilite ou non-reconaissance*) Davası

Tenfiz davası kural olarak, yabancı mahkemede açılan davayı kazanan ve söz konusu mahkeme kararını Fransa'da icra etmek isteyen kimse tarafından açılır. Tanımama davası ise, tenfiz davasının aksine, yabancı hakim nezdinde davayı kaybeden tarafından açılır ve bu davada, yabancı mahkeme kararının uygunsuzluğunun diğer bir ifade ile Fransa'da ileri sürülemezliğinin tespiti talep edilir[178]. Menfaati varsa, üçüncü bir kişi de tanımama davası açabilir[179]. Tanımama davası, tespit davası niteliğindedir. Bu dava, tenfize tabi bir kararın Fransa'da ileri sürülemeyeceğinin tesbiti veya Fransa'da doğrudan etkisini doğuran kararların aslında ileri sürülebilirlik şartlarını gerçekleştirmediğinden Fransa'da ileri sürülemeyeceğinin tesbiti için açılabilir[180]. Fransız Yüksek Mahkemesi, 22 Ocak 1951 tarihli **Weiller kararında**, bu yönde bir talebi kabul etmiştir[181]. Bu davada davacı, eşinin Nevada'da aldığı boşanma kararının kendisine karşı ileri sürülemeyeceğinin tespitini Fransız mahkemesinden talep etmiştir. Tanımama davası kural olarak, tüm kararlara ilişkindir. Tanımama davasında, tenfiz davasında incelenen uygunluk şartları ve izlenen usul aynıdır[182].

Yargılama sonucunda açıklanan karar, kesin hüküm etkisi doğurur. Buna göre, eğer dava kabul edilirse, ileri sürülemezliği açıklanan kararın tenfizinin talep edilmesi imkansız hale gelir. Ayrıca, söz konusu kararın görülmekte olan bir davada kesin hüküm ya da kesin delil olarak ileri sürülebilmesi imkanı da ortadan kalkar. Eğer dava reddedilirse, karar tanınmış olur. Ancak, bu sonucun oluşabilmesi için yargılama esnasında yapılan uygunluk

---

[177] Civ.1re, 19 aralık 1995, arrêt BCCI Parsi, RCDIP 1996, s. 714, note Gaudemet-Tallon; Civ.1re, 3 Ocak 1980, arrêt Garino, JDI 1980, s. 597, note Holleaux. Bkz. **Kitic**, s. 137; **Mayer/Heuzé**, s. 313, no. 427.

[178] **Mayer/Heuzé,** s. 302, no. 407; **Monéger,** s. 206, no. 591.

[179] **Holleaux/Foyer/La Pradelle,** s. 470, no.1035 (Cour de Cassation Chambre Civile, 22 Ocak 1951, Weiller; Civil I, 10 Şubat 1971; Civile I 3 Şubat 1982).

[180] **Audit**, s. 396, no. 496; Courbe, s. 119-121, 126-128; **Fulchiron/Nourissat**, s. 196; **Batiffol/Lagarde**, s. 629, 633, no. 749 ve 753.

[181] Karar için bkz. **GA,** no. 24-25 (s.220-231)**; RCDIP** 1951, s. 167, note Francescakis. **Batiffol/Lagarde**, s. 629, no. 748; **Mayer/Heuzé,** s. 302, no. 407; **Monéger,** s. 206, no. 592; **Courbe**, s. 191-192, no. 387; **Loussouarn/Bourel/Vareilles-Sommières,** s. 781, no. 502-6.

[182] **Holleaux/Foyer/La Pradelle,** s. 470, no.1035, 1038; **Kitic**, s. 138.

kontrolünün tam olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, tanımama davası yabancı kararın tüm uygunluk şartlarını taşımaması ileri sürülerek açılmış ise, kontrolün tam olduğundan bahsedilir. Aksi takdirde, kontrol tam değilse, davanın reddi halinde yabancı mahkeme kararının tanınmış olduğundan bahsedemeyiz[183].

Tanımama davasının reddine ilişkin karar, tanıma kararı ile aynı etkileri doğurmaz. Nitekim, tanımama davasında yalnızca bir itiraz sebebi ileri sürülmüş olabilir ve bu yönden kararın uygunluğu tespit edilerek dava reddedilmiş olabilir[184].

B) Görülmekte Olan Davada Yapılan Kontrol

Yabancı bir mahkeme kararının tenfiz prosedürü takip edilmeksizin tanınması mümkündür (*demande de reconnaissance incidente)*. Özellikle kişinin medeni halinin nüfusa kaydedilmesi bu şekilde gerçekleşir. Görülmekte olan bir davada yabancı mahkeme kararının etkililiğinin kesin hüküm itirazı ve kesin delil olarak ileri sürülmesi mümkündür[185]. Bu durumda görülmekte olan davada yapılan kontrol söz konusu olur. Fransa'da görülmekte olan bir davada yapılan kontrolün (***controle incident***) en sık görüldüğü örnek, evlilik masraflarının dağıtılmasına ilişkin davadır[186]. Bu davada, yabancı ülkede boşanma kararı almış olan eş, söz konusu kararı gerekçe göstererek davanın kabul edilemez olduğunu ileri sürer. Burada başvurulan hakim kararı takdir eder. Görülmekte olan davada yabancı karar tenfiz olmaksızın kendisine bağlanan kesin hüküm ve kesin delil etkisi nedeniyle ya kesin delil olarak ileri olarak ileri sürülür ya da kesin hüküm itirazı olarak ileri sürülür. Böyle bir davada yabancı karar kesin delil olarak ileri sürülmektedir. Yabancı kararı kullanacak hakim kontrol şartlarını inceler[187]. Bu davada hakim yabancı kararın uygunluğunu tespit edip kararın tanınmasına karar verebilir ancak bu davada verilen tanıma kararının etkisi görecelidir, sadece bu dava için geçerlidir. Görülmekte olan davada tanınan kararın uygunluk şartlarının taşımadığını ileri süren taraf, özel olarak, tanımama davası açmalıdır[188].

---

[183] **Mayer/ Heuzé,** s. 316, no. 432; **Holleaux/Foyer/La Pradelle,** s. 471, no.1039; **Fulchiron/Nourissat**, s. 194-195; **Deruppé**, s. 120.

[184] **Mayer/Heuzé**, s. 316, no. 432.

[185] **Bureau/Muir Watt**, s. 212, no. 219; **Holleaux/Foyer/La Pradelle,** s. 471-473, no.1040-1043; **Courbe**, *Le Divorce*, s. 126; **Kitic**, s. 137. Kesin hüküm hakim tarafından NCPC m. 125 uyarınca, re'sen dikkate alabilir (**Mayer/Heuzé**, s. 300-302, no.403-406).

[186] **Monéger,** s. 206, no. 594.

[187] **Deruppé**, s. 120.

[188] **Kitic**, s. 138; **Mayer/ Heuzé,** s. 315, no. 432; **Fulchiron/Nourissat**, s. 195.

a) Kesin Delil Etkisi

Yabancı mahkeme kararının tenfizden bağımsız etkilerinin incelendiği bölümde belirtildiği üzere, Fransız hakimi, yabancı mahkeme kararına en azından ipucu ya da kanı değeri yükleyebilir. Tenfiz prosedüründen geçmeden yabancı mahkeme kararına etki tanınması görülmekte olan davada kararın ileri sürülmesi ile mümkün olur. Kendisine karşı açılan boşanma davasının reddi için davalı eşin evliliğin butlanına hükmeden yabancı mahkeme kararının tanınmasını talep etmesi, yabancı mahkeme kararının kesin delil teşkil etmek üzere ileri sürülebileceği durumlara örnek olarak gösterilebilir[189]. Babaya karşı nafaka talebi ile açılan davada yabancı mahkemenin verdiği soy bağını kuran kararın kesin delil olarak ileri sürülmek suretiyle tanınmasının talep edilmesi de benzer bir örnek teşkil eder.

b) Kesin Hüküm İtirazı

Yeni Fransız Medeni Usul Kanunu'nun 125. maddesi uyarınca (**NCPC art. 125**), yabancı mahkemede karara bağlanan bir konu Fransa'da tekrar yargılamaya konu edilirse, davalı ya da **hakim** tarafından, kesin hüküm itirazının dayanağı olarak yabancı kararın tanınması yoluna başvurulur[190]. Kesin hüküm itirazının kabul edilebilmesi için yabancı kararın, verildiği mahkemenin hukukuna göre kesin hüküm kuvvetine sahip olması gerekir. Fransız içtihadına göre, yabancı ülkedeki davanın sonuçlandırılmasından sonra ortaya çıkan ya da sonradan keşfedilen sebepler olmadıkça yeni sebeplerle aynı ihtilafa ilişkin Fransa'da dava açılması mümkün değildir[191].

Örneğin, kişi hal ve ehliyetine ilişkin yabancı mahkeme kararlarının Fransa'da tenfiz olmaksızın doğurduğu hukuki etki, "kesin hüküm etkisi"dir ve yabancı ülkede etkilerini doğurduğu andan itibaren Fransa'da da bu etkiler doğar. Örneğin, Fransa'da açılan boşanma davasında, yabancı mahkemeden verilen boşanma kararı ileri sürüldüğünde, -tanınamazlığı davacı tarafından ispatlanmadıkça (tanımama davası)- bu dava kesin hükmün varlığı nedeniyle Fransa'da görülemez[192]. Fransa'da yabancı ülkede daha önce verilmiş bir karar kesin hüküm etkisine sahip olmuş ise, ilkiyle çelişik ikinci karar Fransa'da etki doğurmaz.

---

189 **Mayer/ Heuzé,** s. 301, no. 404.

190 **Mayer/ Heuzé,** s. 300, no. 403.

191 **Mayer/ Heuzé,** s. 301, no. 403.

192 **Batiffol/Lagarde**, s. 631-632, no. 751.

Sonuç

Fransız hukukunda, tanıma ve tenfiz ayrı bir kanun ile düzenlenmemiş, Fransız Usul Kanunu'nda yer alan hükümler ile düzenlenmiş ve özellikle tenfiz şartlarını belirleyen Fransız içtihadı olmuştur. Ayrıca, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bakımından, devletler umumi hukukuna ait ve politik bir şart olan karşılıklık şartının aranmaması da ilgi çekicidir. Munzer kararı ile belirlenen tenfiz şartları şunlardır: Kararı veren yabancı mahkemenin yetkili olması, yabancı mahkeme önünde izlenen usule uygun hareket edilmiş olması, uluslararası kamu düzenine uygunluk ve kanuna karşı hilenin bulunmaması. Türk hukukunda ise, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu ile tanıma ve tenfiz hukuku düzenlenmiş, kanunda sayılı tenfiz şartları mutlak olarak kabul edilmiştir. İçtihat ve doktrin ancak tanıma ve tenfiz şartlarının uygulanmasına ışık tutar.

Fransız hukukunda, özellikle, inşai ve açıklayıcı nitelikteki kişi hal ve ehliyetine ve aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının Fransa'da, tenfiz ve tanıma olmaksızın, başka bir deyişle, hiçbir denetime tabi tutulmaksızın, etki doğurması ilgi çekicidir. Bu türden kararların, verildikleri ülkede etkilerini doğurduğu andan itibaren, Fransa'da doğrudan doğurduğu kesin hüküm etkisi, ancak, davayı kaybeden veya hukuki menfaati olan kimseler tarafından, ileri sürülemezlik davası (action en inopposobilité) açarak engellenebilir. Görüldüğü üzere, Fransız hukukunda, yabancı mahkeme kararının tanınması için bağımsız bir tanıma davası açılması usulü kabul edilmemiştir. Ancak, yabancı mahkeme kararının icrai etki dışında sadece kesin hüküm etkisine başvuruluyorsa, veya Fransız Hukuku'nda aranan uygunluk şartlarını taşıdığının tespiti isteniyorsa ileri sürülebilirlik davası (action en opposabilité ou reconnaissance) açılabilir. İcrai etkinin arandığı her durumda ise, tenfiz davası (action en exaquatur) açılır. Her tür karar için ileri sürülemezlik davası açılabilir. İcrai bir kararın tenfiz şartlarından yalnızca biri nedeniyle (örneğin kamu düzeni) Fransa'da ileri sürülemeyeceği ileri sürülemezlik davasında konu edilebilir. Böyle bir dava kabul edilir ise, artık tenfizi istenemez. Ancak, dava kabul edilmezse, kararın diğer tenfiz şartlarını taşıyıp taşımadığının denetimi için yine de tenfiz davası açılması gereklidir.

Fransız hukukunda karşılıklılık şartının kabul edilmemiş olması ve özelikle inşai ve açıklayıcı nitelikteki aile hukukuna ve kişi hal ve ehliyetine ilişkin kararların doğrudan etki doğurması ve ileri sürülemezlik davası açılabilmesi durumlarının zaman içerisinde Türk milletlerarası özel hukukunda da yasal bir zemine kavuşturulmasını temenni ederiz. Nitekim, özellikle, gerçek kişilerin aile hukukuna ve kişi hallerine ve ehliyetine ilişkin kararlarının örneğin boşanma kararının, verildiği andan itibaren, her iki ülkede de hukuki etkiye sahip olması çok önemlidir ve bu kararlarla ortaya çıkan hukuki durumun reddedilmesi kolay olmamalıdır.

Bibliyografya

Alexandre, Danièle: *Les Pouvoirs du Juge de l'Exaquatur*, LGDJ, Paris, 1971.

Ancel, Bertrand/ Lequete, Yves: *Les Grands Arrêts De La Jurisprudence Française De Droit International Privé*, 5e Ed., Dalloz, 2006.

Audit, Bernard: *Droit International Privé*, 4e Ed, Economica, Paris, 2006.

Bartın, E.: *Etude sur les effets internationaux des jugements*, Paris 1907.

Batiffol, Henri/Lagarde, **Paul:** *Traite de Droit International Privé*, 7e édition, Tome II, Paris, 1983.

Bureau, Dominique/ Muir Watt, Horatia: *Droit International Privé*, Tome I, Partie Générale, Presses Universitaires De France, 1re Ed, Paris 2007.

Courbe, **Patrick**: Droit International Privé, 2e Edition, Dalloz, Paris, 2003.

Courbe, Patrick: *Le Divorce,* Editions Dalloz, Paris, 2004.

Deruppé, Jean: Droit İnternational Privé, 14e Ed., Mémentos Dalloz, Paris, 2001.

Fadlallah, Ibrahim: *Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français?*, p. 17-29, Revue Critique De Droit International Privé, Batiffol, Henri/ Francescakis, Ph. / Lagarde, Paul/ Lequette, Yves/ Loussouarn, Yves/ Simon-Depitre, Marthe, Edition SIREY, Paris, 1981.

Francescakis, Ph.: *Le Contrôle de la compétence du juge étranger après l'arrêt "Simitch" de la Cour de Cassation, Revue Critique De Droit International Privé, (edt.) Batiffol, Henri / Francescakis, Ph. / Lagarde, Paul / Lequette, Yves / Loussouarn, Yves / Simon-Depitre, Marthe*, Edition SIREY, Paris, 1985.

Fulchiron, Hugues/ Nourissat, Cyril: *Travaux Dirigés De Droit International Privé*, Paris, 2007.

Gutmann, Daniel: *Droit International Privé*, 5e édition, Paris, 2007.

Holleaux, Dominique/ Foyer, Jacques/ La Pradelle, Géraud de Geouffre de: *Droit İnternational Privé*, Paris, 1987.

Foyer, Jean: *De L'Autorité De La Chose Jugée en Matière Civile*, thèse Paris, 1954.

Kessedjian, Catherine: L*a Reconnaissance et L'Exécution des Jugements Etrangers En France – Hors Les Conventions de Bruxelles et de Lugano (s.185-215)*, Edt. WALTER, Gerhard/ BAUMGARTNER, Samuel P., Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Outside the Scope of the Brussels and Lugano Conventions, Kluwer Law International, The Hague, Civil Procedure in Europe, Volume 3, 2000.

Kitic, Susan: *Droit International Privé*, Paris, 2003.

Lagarde, **Paul:** *La Condition de reciprocité dans l'appreciation des traités internationaux: son appréciation par le juge interne*, RCDIP, 1975

De La Pradelle, A./ P. Niboyet, J., Répertoire De Droit International, Volume 1 (1924)-10 (1931) Et Supplément (1934), Receuil Sirey, Paris, 1924-1934.

Lerebours- Pigeonnière, M. Paul/ Loussouarn, Yvon: Droit International Privé, Précis Dalloz, 9e Ed., Paris, 1970.

Loussouarn, Yvon/Bourel, Pierre/ Vareilles-Sommières, Pascal de, *Droit International Privé,* Dalloz, 9e Ed., 2007.

Mayer, Pierre/Heuzé, Vincent: *Droit International Privé*, 9e édition, Paris 2007.

Mélin, François: *Droit International Privé, Conflits De Jurisdictions – Conflits De Lois*, Paris, 2002.

Meyzaud-Garaud, Marie-Christine: *Droit İnternational Privé*, Paris, 2002.

Monéger, Françoise: *Droit International Privé*, Paris, 2007.

Muir Watt, Horatia: *Le mythe de "l'effet de titre": le statut des jugements étrangers dans le contentieux du provisiore*, dans: Mélanges en L'Honneur De Jean Buffet, La procédure en tous ses états, p.347-355, Paris, 2004.

Muir Watt, Horatia: *Remarques sur les effets en France des jugement étrangers indépendamment de l'exaquatur*, dans: Mélanges dédiés à Dominique Holleaux, Litec, 1990.

Niboyet, Marie-Laure/ La Pradelle, Géraud de Geouffre de: *Droit International Privé*, Paris, 2007.

Peroz, Hélène: *La Reception Des Jugements Etrangers Dans L'Ordre Juridique Français*, Préface de GAUDEMET- TALLON, Hélène, L.G.D.J., Bibliothèque De Droit Privé, No.430, Paris, 2005.

Von Mehren, Arthur T., *La rédaction d'une convention universellement acceptable sur la compétence judiciaire internationale et les effets des jugements étrangers: Le projet de la Conférence de La Haye peut-il aboutir?*, pp.65-100, Revue Critique De Droit International Privé, 90 (1) janvier-mars 2001, Lagarde Paul/Ancel Bertrand/ Muir Watt, Horatia, Dalloz, Paris, 2001.

Les Effets des Jugements etrangers independants de l'exaquatur, **Travaux du Comite Français droit international privé**, 1975-1977.

Francescakis et Lucas, Repertoire Dalloz de Droit International voir Jugement Etranger.

Journal de Droit International

Receuil Dalloz

Receuil General des Lois et Arrets (Receuil Sirey)

Revue Critique de Droit International Privé

Tamamen veya Kısmen Deniz Yoluyla Uluslararası Eşya Taşınması Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin Yetki Bölümüne İlişkin Düzenlemesi

*Zeynep Derya TARMAN**

I. Giriş

Tamamen veya Kısmen Deniz Yoluyla Uluslararası Eşya Taşınması Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Rotterdam Kuralları)[1], 23 Eylül 2009 tarihinde Hollanda'nın Rotterdam şehrinde imzalanmıştır[2]. Küreselleşme sonucu konteyner trafiğindeki büyük artış ve deniz yoluyla eşya taşınmasına ilişkin yasal düzenlemelerin çağın gerisinde kalması, 1924 Lahey

---

* Yrd. Doç. Dr., LL.M. Koç Üniversitesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı. E-posta: ztarman@ku.edu.tr.

1 Tamamen veya Kısmen Deniz Yoluyla Uluslararası Eşya Taşınması Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (*United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea)*. Bu çalışmada "Rotterdam Kuralları" olarak anılmıştır. Rotterdam Kuralları'nın İngilizce metni için bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/transport_goods/2008 rotterdam_rules.html.
Rotterdam Kurallarının Türkçe çevirisi için bkz. Süzel Cüneyt/Damar Duygu, Kısmen veya Tamamen Deniz Yoluyla Eşyanın Milletlerarası Taşınması Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Rotterdam Kuralları), BATİDER Cilt XXVI, Sayı 2, Haziran 2010, s. 149-240. Ayrıca bkz. Özçelik Bayraktaroğlu Gülüm, Eşyanın Tamamen ya da Kısmen Deniz Yoluyla Uluslararası Taşınmasına Dair Sözleşmeler Hakkında Taslak Konvansiyonun Uygulama Alanının Belirlenmesi, Doç. Dr. Halûk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, s. 167-193.

2 Rotterdam Kuralları, m.94/f.1 uyarınca, onay, onama, kabul ya da katılıma ilişkin 20. senedin depo edilmesinin ardından 1 yıllık sürenin dolmasını takip eden ayın ilk günü yürürlüğe girecektir. Ocak 2011 itibariyle 23 devlet tarafından imzalanan Rotterdam Kuralları henüz hiçbiri tarafından onaylanmamıştır. Bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/transport_goods/rotterdam_status.html

Kuralları'nın[3], 1924 Lahey Kuralları'nın Tadiline İlişkin 1968 Protokolü'nün (Lahey/Visby Kuralları)[4] ve denizci ülkeler tarafından pek rağbet görmeyen 1978 Hamburg Kuralları'nın[5] gözden geçirilmesini gerekli kılmıştır.

Rotterdam Kuralları, taşıma sözleşmesine konu olan taşımanın bütünüyle deniz taşıması olması durumunda uygulanabileceği gibi, deniz taşımasının yanı sıra, başka vasıtalarla yapılan taşımaların varlığı halinde de uygulama alanı bulacaktır. Taşıyan ile taşıtan arasındaki taşıma sözleşmesinin esasına ilişkin birçok hüküm getiren Rotterdam Kuralları'nın 14. bölümü usule ilişkin düzenlemeler getirmektedir. Esasa ilişkin bir uyuşmazlık çıktığında hangi mahkemelerin yetkili olduğu, 'münhasır[6]' bir yetki sözleşmesinin hangi şartların varlığı halinde geçerli olduğu ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konuları 14. bölümde düzenlenmiştir. Milletlerarası olaylarda davacının yabancı devlet mahkemeleri arasında kendisi için en uygun mahkemeyi arayıp bulması ve davasını seçtiği mahkemede açması son derecede önemlidir. Davacı başvurduğu mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarından istifade ile uyuşmazlığının belirli bir maddi hukuka tabi tutulmasını temin edebilmektedir. Bu nedenle, taraflar bir uyuşmazlığı kendileri için en uygun yer mahkemesinde çözmek konusunda çaba sarfetmektedirler. Her bir taraf, davası için birçok yetkili mahkeme arasında münhasıran kendi menfaatini düşünerek seçim yapabilme imkanına sahiptir (*forum shopping*[7]).

---

[3] Konişmentoya İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Konvansiyon (*Convention on the Unification of Certain Rules Relating to Bills of Lading*). Bu çalışmada "Lahey Kuralları" olarak anılmıştır. Lahey Kuralları'nın Türkçe çevirisi için bkz. Erçin/Akkiprik/Ünsal, Konişmentoya Müteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki Milletlerarası Sözleşme'nin Çevirisi, Gündüz Aybay Armağanı, İstanbul 2004, s. 203-216.

[4] Konişmentoya İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Konvansiyonun Değiştirilmesine İlişkin Protokol (*Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading).* Bu çalışmada Lahey Kuralları'nın Visby Protokolü ile değişik hali "Lahey-Visby Kuralları" olarak anılmıştır.

[5] Deniz Yoluyla Eşya Taşınmasına Dair Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (*United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea*). Bu çalışmada "Hamburg Kuralları" olarak anılmıştır. Hamburg Kuralları'nın İngilizce metni için bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/transport_goods/Hamburg_rules.html. Hamburg Kurallarının Türkçe çevirisi için bkz. Tahir Çağa, Birleşmiş Milletler Denizde Eşya Taşıma Konferansı, BATİDER, C. X (1979), S.12, s. 323-352.

[6] 'Münhasır yetki' kavramı, usul hukukunda kullanılan münhasır yetki kavramından farklıdır. Milletlerarası usul hukukunda, belirli bir uyuşmazlık hakkında sadece belirli bir devlet yargısının karar verme yetkisi var ise, o devlet mahkemelerinin 'münhasır' yetkisinden söz edilir. Bkz. Nomer/Şanlı, s. 456.

[7] Davacının davası için birçok yetkili mahkeme arasında münhasıran kendi menfaatini düşünerek seçim yapabilmesi imkanı İngilizce'de '*forum shopping*' olarak

Rotterdam Kuralları taslakları, uzlaşılamadığı gerekçesiyle yetkiye ilişkin bir bölüme yer vermemiştir. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu Taşıma Hukuku Çalışma Grubu raporları[8], münhasır yetki şartlarının kabul edilip edilmeyeceği, kabul edilecek ise bunların üçüncü kişileri bağlayıp bağlamayacağı, bağlayacaksa hangi koşullarda bağlayacağı konusunda çok farklı görüşler olduğunu ortaya koymaktadır. Sadece yetkiye ilişkin hükümlerin içeriğinde değil, aynı zamanda bu hükümlerin tüm ülkeler için bağlayıcı olup olmayacağı noktasında da bir uzlaşmaya varılması ihtiyacı gündeme gelmiştir[9]. Nihayet III. Çalışma Grubu'nun Ekim 2007 tarihindeki 20. oturumunda[10], yetkiye ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmamasının devletlerin seçimine bağlı olduğu ve buna ilişkin seçimin her zaman yapılabileceği kabul edilmiştir. Bu çözüm tarzının, devletleri Rotterdam Kuralları'nı kabul etmek yönünde teşvik edeceği düşünülmüştür. 14. bölüm, bir devletin Rotterdam Kuralları'nın 91. maddesi uyarınca, yalnızca söz konusu bölüm ile bağlı olacağına ilişkin bir beyanda bulunması halinde uygulanır. Diğer bir ifadeyle, Rotterdam Kuralları'nı yetki bölümü hariç olmak üzere onaylamak mümkündür. Bu çalışmanın konusu, yetkiye ilişkin 14. bölümü (m.66-74) incelemektir. Bu kapsamda, hangi mahkemelerin yetkili olduğu, münhasır yetki anlaşmalarının geçerlilik şartları, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konuları ele alınacaktır.

II. Lahey ve Visby'den Hamburg'a: Milli Hukuktan Uluslararası Düzenlemelere

1924 Lahey Kuralları'ndan önce, birçok ülke yüke ilişkin sorumluluğu iç hukuk kuralları ile düzenleme yoluna gitmiştir. ABD dahil olmak üzere bu ülkelerden bazıları, yük taşıma sözleşmelerine ilişkin düzenlemelerinde, yetki konusuna değinmemiş, bu konunun çözümünü uygulanacak milli hukuka bırakmıştır[11].

---

ifade edilir. Bkz. *Nomer E./Şanlı C.:* Devletler Hususi Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2010, s. 463.

8 UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) III. Çalışma Grubu'nun Oturum Raporları (Report of Workig Group III) için bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/transport_goods/rotterdam_travaux.html.

9 Baatz Yvonne/ Debatista Charles/ Lorenzon Filippo/ Serdy Andrew/ Staniland Hilton/ Tsimplis Michael, The Rotterdam Rules: A Practical Annotation, Londra 2009 [The Rotterdam Rules: A Practical Annotation], s. 233.

10 III. Çalışma Grubu'nun 20. Oturum Raporu (15-25 Ekim 2007, Viyana), A/CN.9/642 (2007) [20. Oturum Raporu], par. 202-205, 216-218.

11 Sturley Michael, Forum Selection and Arbitration Clauses Under Section 3 (8) of the U.S. Carriage of Goods by Sea Act: Statutory Intent and Judicial Interpretation in *Ship's Operation and Freedom of Contract: Second International Conference on Maritime Law* 141, Piraeus: Piraeus Bar Association (2000).

Buna karşılık, Avustralya, Kanada[12] ve Yeni Zelanda gibi başka ülkeler, yetki anlaşmasının uygulamasını sınırlamayı tercih etmişlerdir. Bu tarz iç hukuk düzenlemelerinin varlığına rağmen, Lahey Kuralları'nı hazırlayanlar bilinçli bir tercihte bulunarak yetki konusuna yer vermemişlerdir[13]. Lahey Kuralları, yetki konusunu açıkça düzenlememiş olmasına rağmen, bazı mahkemeler, taşıyanların sözleşme yoluyla sorumluluklarını sınırlamalarını yasaklayan m.3/f.8 hükmünün[14] yetki anlaşmalarına da uygulanacağı yönünde kararlar vermişlerdir. Bazı mahkemeler ise, bu hükmü tüm yetki anlaşmalarının yasaklanması gerektiği yönünde yorumlamışlardır[15]. Zira taşıyan, davacının taleplerine birtakım engeller koymak yoluyla sorumluluğunu büyük ölçüde sınırlayabilmektedir. Buna karşılık, bazı mahkemeler daha ılımlı bir yaklaşımı kabul etmişlerdir. Yetki anlaşmalarına m.3/f.8 kapsamında kural olarak izin verildiği, ancak davacının sorumluluğunun daha sınırlı olduğu bir hukuk sisteminin uygulanmasına neden olan yetki anlaşmalarının geçersiz olduğu yönünde karar vermişlerdir[16]. Yetki konusu, Lahey/Visby Kuralları'nın müzakereleri sırasında tekrar gündeme gelmiştir. Tartışmalar sonucunda, Lahey/Visby Kuralları'nın tarafların sorumluluğunu düzenleyen esasa ilişkin kurallara yer vermesi, buna karşılık yetki konusunu milli hukuka bırakması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Hamburg Kuralları, deniz yoluyla eşya taşınması kapsamında yetki konusunu düzenleyen ilk uluslararası rejimdir. Yükle ilgili davacının, davasını seçeceği bir yer mahkemesinde açmasına izin veren yeni bir hüküm kabul

---

[12] Örneğin, 1910 tarihli 'Eşyanın Su Yoluyla Taşınmasına İlişkin Kanada Kanunu', Kanada yükleme limanındaki bir mahkeminin yetkisini kaldıran veya sınırlayan bir yetki anlaşmasının geçersiz olacağına ilişkin bir hükme yer vermiştir. Bkz. *Water Carriage of Goods Act* 1910, 9-10 Edw. 7, ch. 61, par. 5 (Kanada). Bu hüküm yürülükten kalkmış olsa dahi bugün, birçok ülkede yüke ilişkin tarafın münhasır bir yetki anlaşmasının varlığına rağmen başka bir yer mahkemesinde dava açmasına izin veren iç hukuk düzenlemeleri bulunmaktadır. Bkz. Maritime Liability Act 2001, ch. 6, par. 46 (Kanada)

[13] Comité Maritime International (CMI). Uluslararası Denizcilik Komitesi, Londra Konferansı, Ekim 1992, s. 405-407 (Bulletin no.57). Michael Sturley (Ed.), The Legislative History of the Carriage of Goods by Sea Act and the Travaux Préparatoires of the Hague Rules (1990), s. 415-417, s. 421.

[14] Lahey/Visby Protokolü, Lahey Kuralları m.3 (8) hükmünü değiştirmemiştir.

[15] Belçika mahkemeleri ve ABD alt derece mahkemeleri bu yorumu kabul etmişlerdir. Bkz. Michael Sturley, Jurisdiction and Arbitration under the Rotterdam Rules, Uniform Law Review, s. 948, dn. 12 [Sturley, Jurisdiction and Arbitration].

[16] Örnek mahkeme kararları için bkz. İngiltere Yüksek Mahkemesi ve ABD Yüksek Mahkemesi kararları: *Hollandia*, [1983] A.C. 565, 574-575 (1982); *Vimar Sequros y Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528, 540-541 (1995). Bkz. Sturley, Jurisdiction and Arbitration, s. 948, dn. 13; Michael Sturley, Jurisdiction under the Rotterdam Rules, s.3 (http://www.rotterdamrules2009.com/cms/index.php?page=text-speakers-rotterdam-rules-2009).

edilmiştir (Hamburg Kuralları m.21). Buna göre, davacı, taşıyan veya taşıma sözleşmesi ile önemli derecede ilişkisi bulunan mahkemeler arasından birini seçebilecektir. Bu liste, taşıyanın esas işyerini, yükleme ve boşaltma limanlarını ve taşıma sözleşmesinde belirtilen herhangi bir mahkemeyi içermektedir. Rotterdam Kuralları'nın yetkiye ilişkin hükümleri, Hamburg Kuralları'nın yetkiye ilişkin hükümlerinden etkilenmiş olsa da, ikisi arasında önemli farklar söz konusudur. Örneğin, Rotterdam Kuralları Hamburg Kuralları'nın aksine, belirli şartlar altında münhasır (kesin) yetki anlaşmalarına izin vermektedir. Dolayısıyla Rotterdam Kuralları taraf iradesine sınırlı olmakla beraber daha büyük bir önem vermektedir[17].

III. Rotterdam Kuralları Müzakerelerinde Yetki Bölümü Kapsamındaki Tartışmalar

Yukarıda da belirtildiği üzere, Rotterdam Kuralları taslakları uzlaşılamadığı gerekçesiyle yetkiye ilişkin bir bölüme yer vermemiştir. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), bu konuya ilk değindiğinde, yetkiye ilişkin bir hükmün yararlı ve hatta bazılarına göre kaçınılmaz olduğu konusunda baskın bir görüş söz konusuydu[18]. Ancak Rotterdam Kuralları'nın bu konuya yer vermemesi gerektiğini düşünenler de vardı. Bir sene sonra, UNCITRAL bu konuya odaklanmışken, Rotterdam Kuralları'nın bu konuya yer vermesi ve tartışmaların Hamburg Kuralları'ndaki model üzerinden yapılması gerektiği çoğunluk tarafından ifade edilmiştir[19]. Müzakereler sırasında birçok devletin, yetki konusunun düzenlenmesi gerektiği konusunda görüş bildirdikleri ancak bu görüşlerin kendi içerisinde çatıştığı tespit edilmiştir. Bir tarafta, taşıyanın menfaatlerini koruyan İngiltere'nin de dahil olduğu devletler[20] ve endüstri grupları, diğer taraftaysa yükle ilgili tarafın menfaatlerini koruyan devletler ve endüstri grupları yer almaktaydı. Doğal olarak, bu iki farklı grubun yetkiyi düzenleyecek olan hükümlerden beklentileri de farklıydı. Taşıyanın tarafında olanlar, yetki anlaşmasına izin veren hükümlere sıcak bakmakla beraber bunların düzenlenmesini doğru bulmamışlardır. Buna karşılık, yükle ilgili tarafın menfaatlerini kollayan grup, Rotterdam Kuralları'nın Hamburg Kuralları'nı (m.21) takip

---

[17] Lahey/Visby, Hamburg ve Rotterdam Kurallarının karşılaştırmalı incelemesi için bkz. Francesco Berlingieri, A Comparative Analysis of the Hague-Visby Rules, The Hamburg Rules and The Rotterdam Rules (http://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/Berlingieri_paper_comparing_RR_Hamb_HVR.pdf).

[18] III. Çalışma Grubu'nun 9. Oturum Raporu (15-26 Nisan 2002, New York), U.N. Doc. A/CN.9/510 (2002) [9. Oturum Raporu], par. 61.

[19] III. Çalışma Grubu'nun 11. Oturum Raporu (24 Mart-4 Nisan 2003, New York), U.N. Doc. A/CN.9/526 (2003), [11. Oturum raporu], par. 158.

[20] İngiltere ve Kuzey İrlanda'nın görüşleri için bkz. U.N. Doc. A/CN.9/WG.III/WP.59 (28 Kasım-9 Aralık 2005, Viyana).

etmesini ve yükle ilgili davacının davasını seçeceği bir mahkemede açmasına izin vermek suretiyle korunması gerektiği üzerinde durmuşlardır. Bunun yanı sıra, taşıyan ile taşıtan menfaatleri arasında daha ılımlı bir yaklaşım benimseyenler de olmuştur[21].

Yetki bölümüne ilişkin tartışmalar, Avrupa'daki hukuki durum karşısında daha da karmaşık bir hal almıştır. Zira Avrupa Birliği yetki konusunu üye ülkeleri arasında düzenlemektedir[22]. Üye ülkeler, bu konuda uluslararası bir sözleşme müzakere etme yetkisine sahip değildirler. Bu konuda Avrupa Komisyonu tek başına yetkilidir. Dolayısıyla Rotterdam Kuralları müzakerelerine aktif olarak katılan bazı devletler, yetkiye ilişkin tartışmalara ancak Avrupa Birliği'nin kendi iç toplantılarına katılmak suretiyle katkıda bulunabilmişlerdir. Buna karşılık, Rotterdam Kuralları'nın diğer bölümlerinin tartışıldığı toplantılara katılmayan Avrupa Komisyonu, yetki bölümüne ilişkin müzakerelerin ana oyuncularından biri olmuştur.

Yetki bölümü bakımından çözüm, her konuda anlaşmaya varmanın imkansız olduğunu kabul etmek suretiyle hukuku olabildiğince yeknesaklaştırmak olmuştur. UNCITRAL, derdestlik gibi bazı konulara hiç yer vermeyerek, yetkiye ilişkin hiçbir uzlaşmaya varmayan devletleri de kapsayacak bir çözüm yolu benimsemiştir. Yetkiye ilişkin 14. bölümün en önemli maddesi, Rotterdam Kuralları'nı onaylayan devletlere bu bölüm ile bağlı olup olmama konusunda karar verme özgürlüğü tanıyan 74. maddesidir. *Opt in* adı verilen bu uygulama[23], bu konuya ilişkin farklı görüşte olan devletlerin uzlaşabilmeleri için tek mümkün çözüm yolu olarak görülmüştür.

---

[21] ABD önerisi için bkz. U.N. Doc. A/CN.9/WG.III/WP.34 (6-17 Ekim 2003, Viyana), par. 30-35.

[22] Hukuki ve ticari konulardaki mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi ve yetki hakkındaki 44/2001 Sayılı ve 22.12.2000 Tarihli AT Tüzüğü [Brüksel I Tüzüğü].

[23] Madde 74 uyarınca kabul edilen *opt-in* uygulamasının başka bir alternatifi olan *opt-out* uygulaması da UNCITRAL tarafından değerlendirilmiştir. *Opt-out* uygulamasının kabul edilmesi durumunda, bu bölüm ile bağlı olmak isteyen değil, istemeyen devlet beyanda bulunmak durumundadır. Bkz. U.N. Doc. A/CN.9/WG. III/WP.81(16-27 Nisan, New York, 2007), par. 77, 81. Yetki bölümü bakımından *opt out* uygulaması, Avrupa Birliği'ne üye ülkeler bakımından işleri daha da zorlaştıracaktır. Zira Avrupa Komisyonu yetki konusunda münhasıran yetkilidir. Bkz. 20. Oturum Raporu, par. 203. Komisyon temsilcileri, *opt-out* uygulaması kabul edilecek olursa, her üye ülkenin Rotterdam Kuralları'nı onaylamadan önce, yetkiye ilişkin bölümü daha sonra *opt out* edecek olsa dahi, Avrupa Komisyonu'nun iznini almak durumunda kalacağını belirtmiştir. Buna karşılık, *opt-in* uygulaması kabul edilecek olursa Rotterdam Kuralları'nın onay aşamasında, yetki bölümü dahil olmadığından Avrupa Komisyonu'nun iznine ihtiyaç olmayacaktır. Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin Rotterdam Kuralları'nı olabildiğince kolay onaylamalarına imkan sağlamak üzere m.74'te yer alan *opt-in* uygulamasının kabul edilmesine karar verilmiştir. Bkz. 20. Oturum Raporu, par. 202-205, 216-218.

Yetkiye ilişkin 14. bölüm ile bağlı olmak isteyen devlet, m.91 uyarınca ayrıca resmi bir beyanda bulunmalıdır. Birçok devlet, muhtemelen Rotterdam Kuralları'nı onayladığı aşamada bu bölüme ilişkin beyanda bulunacaktır. Ayrıca m.91/f.1 bu tarz bir beyanın her zaman yapılabileceğini, m.91/f.5 ise yapılmış olan beyanın her zaman geri alınabileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla bir devlet Rotterdam Kuralları'nı onaylamakla beraber, yetki bölümüne ilişkin beyanını erteleyebilir. Buna ek olarak, bu bölüm hakkında vermiş olduğu kararı her zaman gözden geçirip daha önce reddettiği bölümü kabul edebilir ya da daha önceden seçtiği bölüm ile bağlı olmaktan vazgeçebilir. Bir devlet, ayrıca bir beyanda bulunmadıkca Rotterdam Kuralları'nı onaylamak suretiyle 14. bölüm ile bağlı olmayacaktır. Bu bölüm ile bağlı olmayan bir devletin mahkemesi, yetkili olup olmadığını iç hukukuna göre tespit edecektir.

IV. Yetki Bölümü (14. Bölüm)

A. Genel Kural: Taşıyana Karşı Açılan Davalar

Rotterdam Kuralları'nın 66. maddesi, davacının taşıyana karşı yüke ilişkin davasını seçtiği bir mahkemede açabileceğine ilişkin genel bir kural kabul etmiştir. Bu yaklaşım, Hamburg Kuralları'nın 21. maddesi ile paralellik taşımaktadır[24]. Rotterdam Kuralları'nın 66. maddesi, davacının taşıyana karşı dava açabileceği yer mahkemelerini saymıştır. Bu maddenin taşıma sözleşmesinin m.67 veya m.72 uyarınca münhasır (kesin) yetkili bir mahkeme öngörmesi halinde uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir. Rotterdam Kuralları'nın 67. maddesi, miktar sözleşmelerine; 72. maddesi, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra yapılan anlaşmalara veya davalının yetki itirazında bulunmadığı hallere ilişkindir. Bunun yanı sıra 66. madde, tahkime ilişkin 15. bölümün uygulandığı durumlarda da önem taşımaz. Münhasır yetki anlaşmasının veya bir tahkim anlaşmasının bulunmadığı durumlarda, davacı taşıyana karşı 66. maddede sayılan yetkili mahkemelerden herhangi birinde dava açabilir.

---

[24] Rotterdam Kuralları'ndan farklı olarak, Hamburg Kuralları m. 21(b), sözleşmenin kurulduğu yer mahkemesinin yetkili olacağını belirtmektedir. Rotterdam Kuralları'nda bu mahkemeye yer verilmemesinin nedeni, sözleşmenin kurulduğu yer mahkemesinin sözleşmenin ifası ile ilgisiz bir yer mahkemesi olması ve elektronik ortamda kurulan sözleşmelerde, sözleşmenin kurulduğu yerin tespitinin yaratacağı zorluk ile açıklanmıştır. Bkz. III. Çalışma Grubu'nun 14. Oturum Raporu, (29 Kasım-10 Aralık 2004, Viyana), U.N. Doc. A/CN.9/572 (2004), [14. Oturum Raporu], par. 125.

1.Yetkili Mahkeme

Yetkili mahkeme, m.1/f.30 uyarınca taraf bir devlette yer alan ve o ülkenin iç hukuk kurallarına göre uyuşmazlık konusunda yetkili olan mahkemedir. İç hukuka göre birden fazla mahkeme belirli bir olayda yetkili olabilir. Federal bir sistemde, iç hukuk hem federal mahkemelere hem de bölgesel mahkemelere yetki verebilir. Aynı şekilde, iç hukuk kuralları genel yetkili mahkeme ile özel yetkili mahkeme arasında davacıya bir seçim hakkı tanıyabilir. Rotterdam Kuralları, bu soruların cevabını tamamen iç hukuka bırakmıştır.

Yetkili mahkeme tanımı özellikle 66. madde açısından önem taşımaktadır. Zira söz konusu madde, davacıya yalnızca taraf devlette yer alan mahkemelerden birini seçme hakkı tanımaktadır[25]. Amaç, davacının 66. maddeye dayanarak taşıyanı, Rotterdam Kuralları'na taraf olmayan bir devletin mahkemesine götürmesini engellemektir. Tanıma göre, Rotterdam Kuralları'na taraf olmayan bir devlet mahkemesi yetkili olmayacaktır. Yetkili mahkemeyi taraf bir devlet mahkemesi ile sınırlayan bu tanım, yetkiye ilişkin Rotterdam Kuralları ile Hamburg Kuralları arasındaki en önemli farklardan biridir[26].

2. Rotterdam Kuralları'nın 66. maddesinde Sayılan Yer Mahkemeleri

Belirli bir uyuşmazlıkta dava açılabilecek mahkemelerin listesi somut olaydaki hukuki işleme bağlıdır. Bazı durumlarda liste oldukça kısadır. Hukuki işlemin Rotterdam Kuralları'na taraf olan yalnızca tek bir devlet ile bağlantısı olması durumunda, listede yer alan mahkemelerden yalnızca bir tanesinde dava açılabilecektir. Bazı hukuki işlemler bakımından ise davanın açılabileceği mahkemelerin sayısı daha fazla olabilecektir. Dava açılabilecek yer mahkemeleri, hukuki işlem ile ilişkili olma esasına göre belirlenmiştir ve 66. maddede aşağıdaki gibi sıralanmıştır:

1. Taşıyanın yerleşim yeri;
2. Taşıma sözleşmesinde kararlaştırılan teslim alma yeri (*place of receipt*);
3. Taşıma sözleşmesinde kararlaştırılan teslim yeri (*place of delivery*);
4. Yükün gemiye ilk yüklendiği liman veya gemiden en son boşaltıldığı liman mahkemeleri;

---

[25] Bkz. 14. Oturum Raporu, par. 114-115.

[26] Sturley, Jurisdiction, s. 10.

5. Taşıtan ile taşıyan arasındaki sözleşmede taşıyana karşı Rotterdam Kuralları çerçevesinde doğabilecek taleplerin karara bağlanması için belirlenen yetkili mahkeme veya mahkemeler.

a. Taşıyanın Yerleşim Yeri

Rotterdam Kuralları m. 66 (a) (i), davacının taşıyana karşı taşıyanın yerleşim yerindeki yetkili bir mahkemede dava açma hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Rotterdam Kuralları m. 1/f.29, somut olayın şartlarına bağlı olarak yerleşim yerini tanımlamaktadır. Gerçek kişi bakımından yerleşim yeri, o kişinin vatandaşlığına bakılmaksızın mutad meskenidir. Dolayısıyla Londra'da oturan bir Yunan vatandaşının yerleşim yeri Londra'dır. Tüzel kişiler bakımından yerleşim yeri, sayılan üç yerden birisidir: (1) hangisi uygulanabilirse, resmi yer veya kuruluş yeri veya merkez olarak tescil edilen yer, (2) idare merkezinin bulunduğu yer, (3) esas işyerinin bulunduğu yer. Tüzel kişilerin yerleşim yeri tanımlanırken "*hangisi uygulanabilirse*" ifadesine yer verilmesi, hukuk sistemlerinin tüzel kişinin tabiyetini farklı bağlama noktalarına göre tespit etmelerinden kaynaklanmaktadır.

Günümüzde ticari gemi sahiplerinin çok azı gerçek kişidir. Uygulama açısından tanım, tüzel kişilerin yerleşim yeri açısından önem taşımaktadır. Resmi yer veya kuruluş yeri veya merkez olarak tescil edilen yerin alternatif oldukları söylenebilir. Madde 1/f.29 uyarınca, taşıyanın birden fazla yerleşim yeri olabilir. Çoğunlukla bir şirketin kuruluş yeri, merkezinin bulunduğu yerden veya esas işyerinin bulunduğu yerden ayrılacaktır. Taşıyanın birden fazla yerleşim yerinin olduğu durumlarda, davacı, davasını yerleşim yerlerinde bulunan mahkemelerden herhangi birinde açabilecektir.

Pek çok olayda, taşıyanın yerleşim yerinin hukuki işlem ile herhangi bir bağlantısı yoktur: Örneğin, Avustralya'dan Amerika'ya yapılan bir taşımada, taşıyanın Avrupa'da ikamet etmesinde olduğu gibi. Buna rağmen, genel yetki kuralı olarak kabul edilen davalının yerleşim yerinin 66. maddedeki listeye dahil edilmesi isabetli olmuştur. Amaç, yüke ilişkin davaların taşıyanın öngörebileceği bir yer mahkemesinde açılmasını sağlamaktır. Hukuki işlem o yer ile sıkı ilişkili olmasa dahi, taşıyanın kendi yerleşim yerinde davalı olarak savunma yapmasını beklemek yerindedir. Bunun yanı sıra, taşıyanın yerleşim yeri, mahkeme kararının icrası aşamasında davalı açısından bir kolaylık sağlayacaktır. Zira çoğu olayda, davalı, mahkeme kararını taşıyanın yerleşim yerinde icra edecektir.

b. Teslim Alma Yeri

Rotterdam Kuralları m. 66 (a) (ii), davacının taşıyana karşı taşıma sözleşmesinde kararlaştırılan yetkili teslim alma yeri mahkemesinde dava

açabileceğine yer vermektedir. Hamburg Kuralları, teslim alma yerini dava açılabilecek yer mahkemeleri listesine dahil etmemiştir (Bkz. Hamburg Kuralları m.21). Bu fark, Rotterdam Kuralları'nın çok şekilli (*multimodel)* taşımayı kapsayan geniş bir uygulama alanı olmasından kaynaklanmaktadır. Hamburg Kuralları *'port-to-port'* denilen limandan limana taşımayı düzenlediğinden ayrıca karada bir teslim alma yeri söz konusu olmayacaktır. Zira Hamburg Kuralları bakımından yükleme limanı ve eşyanın teslim alındığı yer aynı yere tekabül etmektedir. Rotterdam Kuralları, tüm taşıma sözleşmesine uygulanacağından çok şekilli (*multimodel)* taşımayı içeren bir sözleşmede teslim alma yeri, yükleme limanından farklı bir yer olabilir. Bu nedenle, bu yer mahkemesine m.66'da ayrıca yer verilmiştir[27].

Üzerinde durulması gereken başka bir nokta şudur: Teslim alma yeri ile kastedilen, yükün fiilen teslim alındığı yer değildir, taşıma sözleşmesinde kararlaştırılan teslim alma yeridir. Rotterdam Kuralları, taşıma sözleşmesinin ifasını değil, taşıma sözleşmesinin kendisini esas almaktadır. Uygulamada, taşıma sözleşmesinde kararlaştırılan teslim alma yeri ile yükün gerçekten teslim alındığı yer kaçınılmaz olarak aynı yer olmaktadır. Taşıtan, yükü sözleşmede kararlaştırılan teslim alma yerinden başka bir yerden teslim almak isteyebilir. Bu durumda, taşıtan genellikle teslim alma yeri konusunda taşıyan ile yeni bir anlaşma sağlamaya çalışır. Sözleşme tadil edildikten sonra, kararlaştırılan teslim alma yeri ile yükün gerçekten teslim alındığı yer tadil edilen sözleşme çerçevesinde aynı yer olacaktır.

c. Teslim Yeri

Rotterdam Kuralları m. 66 (a) (iii), davacının taşıyana karşı sözleşmede kararlaştırılan teslim yerindeki yetkili mahkemede dava açabileceğini belirtmektedir. Hamburg Kuralları, teslim yerine mahkemeler listesinde yer vermemiştir. Teslim alma yerinde belirtildiği gibi, bu fark Rotterdam Kuralları'nın çok şekilli (*multimodel)* taşımayı da içeren geniş uygulama alanından kaynaklanmaktadır[28]. Tüm taşımayı kapsayan Rotterdam Kuralları'nda, çok şekilli (*multimodel)* taşımadaki teslim yeri, pekala boşaltma limanınından farklı bir yer olabilir. Bu açıdan teslim yeri m.66'daki listeye ayrıca ilave edilmiştir.

Teslim yeri ile kastedilen, yükün fiilen teslim edildiği yer değildir, önceden taşıma sözleşmesinde kararlaştırılan teslim yeridir. Sözleşmenin gerçekten ifa edildiği yer değil, taşıma sözleşmesinde kararlaştırılan teslim yeri esas alınmıştır. Bu ayrım, uygulamada taşıyanın yükü sözleşmede ka-

---

[27] Sturley, Jurisdiction, s. 14.

[28] Sturley, Jurisdiction, s. 17.

rarlaştırılan yerden başka bir yerde teslim etmesi halinde önem taşır. Zira taraflar, yeni bir teslim yeri kararlaştırmak suretiyle sözleşmelerini tadil etmemişlerse, m.66 (a) (iii) uyarınca, davacı yükün fiilen teslim edildiği yerde değil, taşıma sözleşmesinde kararlaştırılan teslim yeri mahkemesinde dava açabilir.

d. Yükleme ve Boşaltma Limanı

Rotterdam Kuralları m. 66 (a) (iv), davacının taşıyana karşı ilk yükleme ve son boşaltma limanında dava açabileceğini belirtmektedir. Hamburg Kuralları da yükleme ve boşaltma limanlarının bulunduğu yer mahkemelerinin yetkili olduğunu kabul etmiştir. UNCITRAL, hazırlık çalışmaları sırasında 66. maddedeki listede liman yeri mahkemelerine yer verip vermeme konusunu tartışmıştır[29]. Bazı delegeler, teslim alma yeri ile teslim yerinin belirlendiği '*door-to-door*' olarak adlandırılan kapıdan kapıya bir taşıma söz konusu ise, taşıma sözleşmesinin bütününün göz önüne alınması gerektiğini ve ilave olarak liman yeri mahkemelerine m.66'da yer vermenin uygun olmayacağını ifade etmişlerdir[30]. Bu görüşe göre, limanlar sadece limandan limana bir taşımada yani limanların teslim alma ve teslim yeri olması halinde önem taşımaktadır. Ancak kapsamlı tartışmalardan sonra[31], UNCITRAL yükleme ve boşaltma limanlarının pratik yararlar nedeniyle m.66'daki listeye ilave edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Zira kayıp veya zarar, çoğunlukla yükün limanda işlem görmesi sırasında meydana gelmektedir. Limanların elverişli birer mahkeme yeri olmasının diğer bir nedeni ise, tüm ilgili tarafların, tanıkların ve diğer ispat araçlarının o yerde bulunmasıdır. Bunun yanı sıra, liman, çoğunlukla yükle ilgili davacının taşıyan ve deniz kısmını ifa eden tarafa karşı beraber dava açabileceği tek yerdir[32]. Rotterdam Kuralları m. 66 (a) (ii)-(iii)'de sayılan teslim alma ve teslim yeri, sözleşmede kararlaştırılan teslim alma ve teslim yeridir. Bunun yanı sıra, uygulama alanına ilişkin m.5/f.1(b) ve (d)'de belirtilen limanlar da sözleşmede belirtilen limanlardır. Buna karşılık, m.66 (a)(iv), yükün fiilen yüklendiği ve boşaltıldığı limanları esas almaktadır. Yükün fiilen yüklendiği ve boşaltıldığı limanlar ile sözleşmede kararlaştırılan limanlar çoğunlukla aynı olacaktır, ancak bir fark olması durumunda, fiili liman yerindeki mahkemenin daha elverişli bir mahkeme ola-

---

[29] Bkz. *U.N. Doc. A/CN.9/WG.III/WP.56 (28 Kasım-9 Aralık 2005, Viyana), Art. 75(c); U.N. Doc. A/CN.9/WG.III/WP.32(3-14 Mayıs 2004, New York), par. 72.*

[30] III. Çalışma Grubu'nun 15. Oturum Raporu (18-28.Nisan 2005, New York), U.N. Doc. A/CN.9/576 (2005) [15. Oturum Raporu], par. 121.

[31] 14. Oturum Raporu, par. 120, 128; 15. Oturum Raporu, par. 121; III. Çalışma Grubu'nun 16. Oturum Raporu (28 Kasım-9 Aralık 2005 Viyana), U.N. Doc. A/CN.9/591 (2005), [16. Oturum Raporu], par. 10-13, 17.

[32] Bkz. Bölüm IV/C.

cağı düşünülmüştür. Bunun yanı sıra, m.66 (a) (iv), yalnızca gemiye yükün ilk yüklendiği limana ve yükün gemiden son boşaltıldığı limana yer vermektedir. Dolayısıyla deniz yolculuğunun bir aktarma içermesi durumunda aktarma limanı m.66 (a) (iv) kapsamında değerlendirilemez[33].

e. Kararlaştırılan Mahkeme

Rotterdam Kuralları m. 66 (a)'da sayılan yer mahkemelerine ek olarak, davacı davasını m.66(b) uyarınca taşıyan ile taşıtan arasındaki anlaşmada kararlaştırılan yetkili mahkemede açabilir. Bir taşıma belgesinde yer alıp 14. bölüm uyarınca münhasır (kesin) olarak tanımlanamayan bir yetki anlaşması, münhasır olduğuna dair bir ifadeye yer vermiş olsa dahi, davacıya yalnızca ek bir mahkemede dava açma hakkı tanımaktadır. Tarafların belirli bir yerdeki tüm mahkemelerin yetkili olduğuna dair bir anlaşma yapmalarına bir engel yoktur. Nitekim madde metni de yetki anlaşmasında birden fazla yetkili mahkemenin belirlenmesine imkan verecek şekilde kaleme alınmıştır.

Taşıyanın yerleşim yerinde olduğu gibi, yetki anlaşması ile belirlenen mahkemenin hukuki işlem ile sıkı bir ilişkisi olmayabilir: Örneğin, Avustralya'dan Amerika'ya yapılan bir taşımada yetkili mahkeme olarak Avrupa'daki bir mahkemenin belirlenmesinde olduğu gibi. Buna rağmen taraflarca kararlaştırılan mahkemenin m.66'daki listeye dahil edilmiş olması isabetlidir. Uygulamada, taşıma belgesinde mahkemeyi belirleyen taraf taşıyan olmaktadır. Bundan dolayı, taşıyanın davayı bizzat kendisinin seçtiği yerde savunmasını beklemek yerindedir. Bunun yanı sıra, taşıyan bir sözleşme ilişkisine girerken belirlenmiş olan mahkemeye de rıza göstermiş olacağından, davanın kararlaştırılmış yer mahkemesinde görülmesi taşıyan açısından öngörülebilir olacaktır.

B. Münhasır (Kesin) Yetki Anlaşmalarının Uygulanması

Genel bir yetki kuralı getiren m.66, taşıma sözleşmesinin 14. bölüm kuralları uyarınca münhasır bir yetki anlaşması içermesi durumunda uygulanmayacaktır. Dolayısıyla hangi durumlarda bir yetki anlaşmasının münhasır nitelikte olduğunun tespiti zorunludur. Hamburg Kuralları, yalnızca uyuşmazlık çıktıktan sonra akdedilen yetki anlaşmalarının münhasır nitelikte olduğunu kabul etmektedir. Rotterdam Kuralları ise, bu dar uygulama alanını genişleterek, belirli şartların varlığı halinde münhasır yetki anlaşmalarına izin vermektedir.

---

[33] Bkz. 16. Oturum Raporu, par. 15.

1.Miktar Sözleşmeleri (*Volume Contracts*)

Rotterdam Kuralları m.67, miktar sözleşmesi taraflarının uyuşmazlık doğmadan önce münhasır bir yetki anlaşması akdetmelerine izin vermektedir. Bunun için taraflar öncelikle belirlenen mahkemenin münhasır yetkili olduğu konusunda anlaşmalıdırlar (m.67/f.1). Dolayısıyla bir mahkemenin münhasır yetkili olduğu belirtilmeden yetkili olduğuna ilişkin bir hükmün kabul edilmesi bu şartı yerine getirmeyecektir. Yetki anlaşmasının münhasır olduğunun belirtilmesi dışında, dört ek şartın da yerine getirilmesi gerekir ki, davacının m. 66 uyarınca sahip olduğu dava açacağı mahkemeyi seçim hakkı bertaraf edilmiş olsun.

(1) Yetki anlaşması bir miktar sözleşmesinde yer almalıdır (m.67/f.1a).

(2) Miktar sözleşmesi, tarafların adlarını ve adreslerini açıkça belirtmelidir (m.67/f.1a).

(3) Miktar sözleşmesi (i) karşılıklı müzakere edilmiş olmalıdır [m.67/f.1a(i)] veya (ii) münhasır bir yetki anlaşması olduğuna ilişkin açık bir ibare içermeli ve söz konusu yetki anlaşmasını içeren miktar sözleşmesinin ilgili bölümlerini belirtmelidir [m.67/f.1a(ii)].

(4) Yetki anlaşması, Rotterdam Kuralları'na taraf bir devletin bir veya birden fazla mahkemesini açıkça belirtmelidir (m.67 /f.1b).

Yukarıdaki ek şartlardan birincisi ve üçüncüsü, miktar sözleşmelerinde Rotterdam Kuralları'nın bertaraf edilmesine ilişkin m.80/f.2'deki şartlar ile örtüşmektedir. Nasıl ki Rotterdam Kuralları'ndan ayrılma yalnızca miktar sözleşmesi bakımından geçerli ise, münhasır bir yetki anlaşmasının da miktar sözleşmesinde yer alması gerekir. Aynı şekilde nasıl ki m.80/f.2(b), karşılıklı müzakere etme veya miktar sözleşmesinde açık bir ibare içerme gibi bir şartı öngörüyorsa, m.67 de münhasır yetki anlaşmasının sonuç doğurması için aynı koşulların yerine getirilmesini şart koşmaktadır. Yetki anlaşması, taraflar arasında müzakere edilmiş olmalı veya kesin yetkili bir mahkemenin kararlaştırıldığı hususu açıkça belirtilip anlaşmayı içeren miktar sözleşmesinin ilgili bölümlerine yer verilmelidir. İkinci ve dördüncü şartlar ise, 80. madde kapsamında aranmayan, yetki bölümüne özel ek şartlardır. Miktar sözleşmesinin taraflarının adlarının ve adreslerinin açıkça belirtilmesi koşulunun aranmasının nedeni, hiç kuşkusuz tarafların kimliğinin belirlenmesi konusundaki güçlükleri önlemektir. Bu husus, doğru tarafa karşı doğru mahkemede iki yıllık zamanaşımı süresi[34] içerisinde davanın açılması açısından önem taşımaktadır[35]. Son olarak, yetki anlaşması, Rotterdam Kuralları'na

[34] Bkz. Rotterdam Kuralları m. 62.

[35] The Rotterdam Rules: A Practical Annotation, s. 217.

taraf bir devletin bir veya birden fazla mahkemesini açıkça belirtmelidir (m.67 /f.1b). Mahkemelerin açıkça belirtilmesine ilişkin bu şartı üç açıdan incelemek gerekir:

(1) Yalnızca Rotterdam Kuralları'na taraf olan bir devletin mahkemesi m.67 çerçevesinde münhasıran yetkili olabilir. Zira bu madde ancak 'yetkili' mahkemeler ile sınırlı m.66 (b) hükmüne uygun olarak seçilen mahkemelere uygulanır (m.67/f.1). Yetkili mahkeme ile kastedilen, mahkemenin Rotterdam Kuralları'na taraf bir devlette bulunmasıdır[36]. Bunun yanı sıra, m.67/f.1(b), kararlaştırılan mahkemenin Rotterdam Kuralları'na taraf devlet mahkemeleri ile sınırlı olduğu hususunu tekrar etmiştir. Nasıl ki davacı, taşıyanı Rotterdam Kuralları'nı uygulamayacak bir mahkemeye götürmek üzere m.66'ya dayanamazsa, taşıyan da m.67'ye dayanarak davacıyı Rotterdam Kuralları'nı uygulamayacak bir mahkemeye götürememelidir.

(2) Yetki anlaşmasında taraf bir devletin mahkemeleri veya taraf bir devletin belirli bir veya birkaç mahkemesi belirtilebilir.

(3) Birden fazla mahkeme belirtme esnekliği sağlanmış olmasına rağmen, münhasır bir yetkinin söz konusu olması için tüm mahkemelerin tek bir devlette yer alması gerekir. Taraflara, Rotterdam Kuralları'na taraf A veya B ülkesi mahkemelerinde dava açma konusunda seçim hakkı tanıyan bir anlaşma m.67 kapsamında münhasır bir yetki anlaşması olarak değerlendirilemez[37].

Tüm bu şartların varlığı halinde, miktar sözleşmesinin tarafları arasındaki bir davada münhasır yetki anlaşması uygulanır. Dolayısıyla yüke ilişkin davacının m.66 çerçevesinde dava açacağı mahkemeyi seçme hakkı ortadan kalkar.

2. Üçüncü Kişiler

Münhasır yetki anlaşmaları, bazı durumlarda miktar sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişiler bakımından da bağlayıcıdır. Burada üçüncü kişi ile kastedilen, konişmentonun devredildiği kişiler ve yüke ilişkin davacıların sigorta taleplerini karşılayan sigortacılardır. Buna karşılık, deniz kısmını ifa eden taraf (*maritime performing party*) olarak nitelendirilen yük boşaltma işçileri, terminal operatörleri veya limanda faaliyet gösteren kamyon sürücüleri üçüncü kişi kapsamına girmez[38].

---

[36] Yetkili mahkemenin tanımı için bkz. Rotterdam Kuralları m.1/f.30.

[37] The Rotterdam Rules: A Practical Annotation, s. 218.

[38] The Rotterdam Rules: A Practical Annotation, s. 220.

Madde 67/f.2, miktar sözleşmesine taraf olmayan bir kişinin münhasır yetki anlaşması ile bağlı olması için m.67/f.1'de yer alan şartlara ek dört şart kabul etmiştir. Bu dört şart, hükmün uygulama alanını oldukça sınırlamaktadır. İlk şart, yetki anlaşmasının m.66 (a) bendinde sayılan yer mahkemelerinden birini belirtmesidir (m.67/f.2a). Seçilen mahkemenin, taşıyanın yerleşim yeri, sözleşmede kararlaştırılan teslim alma yeri, sözleşmede kararlaştırılan teslim yeri, malların gemiye yüklendiği liman veya gemiden boşaltıldığı liman yeri mahkemesi ile aynı yerde olması gerekir. Uygulamada, bu şartı yerine getiren mahkeme, genellikle taşıyanın yerleşim yeri mahkemesi olmaktadır. Miktar sözleşmeleri tabiatları gereği, birbiriyle bağlantılı olmakla beraber çeşitli güzergahları içeren taşımaları kapsamaktadır. Tek bir miktar sözleşmesi kapsamındaki çeşitli taşımaların farklı teslim alma yerleri, farklı yükleme ve boşaltma limanları ve de farklı teslim yerleri olmaktadır. Bundan dolayı, birçok miktar sözleşmesinde taşıyanın yerleşim yeri dışında her bir taşıma için belirli bir mahkeme yeri belirlemek imkansızdır. Sadece taşıyanın yerleşim yeri her hukuki işlem bakımından aynı yerde bulunmaktadır. İkinci şart ise, miktar sözleşmesinde yer alan yetkiye ilişkin anlaşmanın taşıma belgesinde veya elektronik taşıma kaydında yer almasıdır (m.67/f.2b). Yetki sözleşmesine atıfta bulunulması yeterli değildir[39]. Üçüncü olarak, miktar sözleşmesinin tarafı olmayan kişinin münhasır yetki anlaşması ile bağlı olabilmesi için kendisine iki hususun zamanında ve uygun bir şekilde bildirilmesi gerekir: (1) Davanın açılacağı mahkeme ve (2) belirlenen mahkemenin yetkisinin münhasır olduğu hususu (m.67/f.2c). Burada dikkat çeken nokta, söz konusu şartın bildirilmesinin yeterli olmasıdır; m.80/f.5(a) hükmünden farklı olarak, rıza aranmamaktadır[40]. UNCITRAL, m.80 kapsamında daha yüksek bir koruma standartına ihtiyaç olduğu sonucuna varmıştır. Yetkili mahkeme seçimi, önemli olmakla beraber usule ilişkin bir konu olduğundan bildirim şartı yeterli görülmüştür[41]. Üçüncü kişiye yapılacak bildirimin içeriği sorun yaratmayacaktır. Zira miktar sözleşmesi, mahkemeyi açıkça belirtecek ve genellikle münhasır bir yetki anlaşması olduğuna dair açık bir beyan içerecektir. Üçüncü kişiye yapılacak bildirimde, bu beyana yer verilecektir. Sorun yaratabilecek husus, bildirimin zamanında ve uygun yapılıp yapılmadığı noktasında ortaya çıkabilir. Bildirimin içeriği, büyük ölçüde somut olayın şartlarına tabi olacaktır. Bildirimin yükün alıcısı olan üçüncü kişiye, hukuki işlem ile bağlanmadan önce yapılması gerekir ki, üçüncü kişinin gerektiğinde anlaşmaya itiraz etme imkanı olsun. Son olarak ise, davanın görüldüğü mahkemenin üçüncü kişinin münhasır yetki anlaşması ile bağlı olduğu hususunu

---

[39] Sturley, Jurisdiction, s. 25.

[40] Rotterdam Kuralları'ndan ayrılma konusunda yapılan anlaşma, kural olarak yalnızca miktar sözleşmesinin taraflarını bağlar, meğer ki üçüncü kişi bu ayrılmaya ilişkin bilgilendirilmiş ve buna açıkça rıza göstermiş olsun (m.80/f.5).

[41] Bkz. 16. Oturum Raporu, par. 32.

kabul etmesi gerekir (m.67/f.2d). Dolayısıyla, münhasır bir yetki anlaşmasının rızası olmayan üçüncü bir kişiye karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği hususu son analizde milli hukuka tabi olacaktır[42]. Bu konu, genellikle üçüncü kişi alıcının, talebini taşıyana karşı m.66 uyarınca seçmiş olduğu bir mahkemede ileri sürmesi aşamasında tartışılacaktır. Davalı taşıyanın, münhasır yetki anlaşmasının m.67/f.2 uyarınca üçüncü kişiyi bağladığı iddiasına dayanarak, mahkemenin yetkisine itirazda bulunması halinde davacı tarafından seçilen mahkeme, kendi yetkisi hakkında karar verecektir[43]. Madde 67/f.2 (d) uyarınca, söz konusu mahkeme, münhasır yetki anlaşmasının rızası olmayan üçüncü kişiyi bağlayıp bağlamadığı hususuna karar verirken kendi milli hukukunu uygulamak zorundadır[44]. Yetki anlaşmalarının üçüncü kişiyi bağlayabileceğini kabul eden ülkeler bakımından, m.67'deki diğer şartların yerine getirilmiş olup olmadığı ayrıca incelenecektir. Ancak rızası olmayan üçüncü kişiye karşı münhasır bir yetki anlaşmasının ileri sürülmesini kabul etmeyen hukuk sistemleri bakımından m.67'nin diğer şartları önem taşımayacaktır[45]. Milli hukuku üçüncü kişinin münhasır yetki anlaşmaları ile bağlanmasını kabul etmeyen devletler, 14. bölümün yetkiye ilişkin diğer hükümleri ile bağlı olmakla beraber, 67. madde, bu devletler bakımından miktar sözleşmesinin tarafları ile sınırlı olmak kaydıyla uygulanabilecektir.

3. Uyuşmazlık Sonrası Anlaşma

Yetkiye ilişkin 14. bölümün en az tartışılan maddesi, münhasır yetki anlaşmalarına iki halde izin veren 72. maddesidir. Rotterdam Kuralları m. 72/f.1 uyarınca, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra, taraflar, bu uyuşmazlığı herhangi bir yetkili mahkemede çözme konusunda anlaşabilirler. Aynı hüküm Hamburg Kuralları'nda da yer almaktadır (m.21/f.5). Uyuşmazlık sonrası akdedilen yetki anlaşmaları, herhangi bir şekle tabi değildir[46]. Rotterdam Kuralları m.72/f.1, uyuşmazlık sonrası açıkça akdedilen anlaşmaları kabul etmektedir, ancak taraflar uyuşmazlığın belirli bir mahkemede çözümü konusunda zımnen de anlaşabilirler. Yetkiye ilişkin bir anlaşma olmamasına rağmen, davalının iç hukuk kurallarına göre yetki itirazında bulunmaması durumunda, davalının zımni yetki anlaşmasının bir tarafı olduğu kabul edilir. Madde 72/f.2, uyuşmazlık sonrası akdedilen bu zımni anlaşmaların ta-

---

42 Sturley, Jurisdiction, s. 27.

43 Sturley, Jurisdiction, s. 27.

44 Bkz. 16. Oturum Raporu, par. 30.

45 Bkz. 16. Oturum Raporu, par. 31.

46 Bazı anlaşmaların yazılı olmasını şart koşan m.3, m.66, m.67 ve m.80'e atıfta bulunmasına karşın 72. maddeye bu tarz bir atıfta bulunmamaktadır.

nınması için ilave edilmiştir[47]. Davalının mahkemenin yetkisi konusunda bir itirazda bulunmaması halinde, mahkeme yetki kazanmış olur.

C. Deniz Kısmını İfa eden Taraf (*Maritime Performing Party*)

Yukarıdaki açıklamalar, taşıtan ile sözleşmesel bir ilişki içinde olan tarafa yani taşıyana karşı açılan davalara ilişkindir. Ancak birçok taşıma sözleşmesinde, taşıyanın kendisi taşımaya ilişkin ifayı gerçekleştirmemekte, bunun yerine ifanın en azından bir kısmını yerine getirmek üzere başka kişilerle alt sözleşmeler akdetmektedir. Rotterdam Kuralları m. 19, yüke ilişkin davacının zararını doğrudan yüke fiilen zarar veren kişiden talep etmesine izin vermektedir. Diğer bir ifadeyle, deniz kısmını ifa eden sorumlu taraflara karşı doğrudan dava açma hakkı tanımaktadır. Bunun sonucu, 14. bölüm bu davalar bakımından da yetki konusuna yer vermektedir.

1. Deniz Kısmını İfa Eden Tarafa Karşı Açılan Davalar

Deniz kısmını ifa eden tarafa karşı açılacak davalar bakımından yetkili mahkemeler m.68'de iki bentte sayılmıştır. Taşıyana karşı açılan davalardaki yetkili mahkeme listesini (m.66), deniz kısmını ifa eden kişiler bakımından kabul etmek isabetli değildir, çünkü taşıma sözleşmesi ile ilişkili bir yerin ifa eden taraf ile hiçbir bağlantısı olmayabilir. Örneğin, Berlin'den Şikago'ya gerçekleştirilen çok şekilli *(multimodel)* taşımada, yükün teslim alındığı yerin (Berlin), boşaltma limanındaki yük boşaltma işçisinin fiili ile hiçbir ilgisi yoktur. Bu nedenle m.68 deniz kısmını ifa eden tarafa karşı açılacak davalarda hangi mahkemelerin yetkili olduğuna dair ayrı bir liste içermektedir. Buna göre, davacı deniz kısmını ifa eden tarafa karşı aşağıdaki yer mahkemelerinde dava açabilir:

(a) Deniz kısmını ifa eden tarafın yerleşim yeri; veya

(b) Yükün deniz kısmını ifa eden taraf tarafından teslim alındığı, yükün deniz kısmını ifa eden taraf tarafından teslim edildiği veya deniz kısmını ifa eden tarafın yükle ilgili faaliyetlerini gerçekleştirdiği liman.

Deniz kısmını ifa eden tarafa karşı açılan davalardaki yetkili mahkeme sayısı (m.68), taşıyana karşı açılan davalardaki yetkili mahkeme sayısından (m.66) daha azdır. Zira taşıyanın listesinde yer alan mahkemelerden bazıları, deniz kısmını ifa eden taraf bakımından bir anlam ifade etmemektedir. Deniz kısmını ifa eden taraf, yükü yükleme limanında teslim alacağından, bu

---

[47] Bkz. 16. Oturum Raporu, par. 62, 65-69; Sturley, Jurisdiction, s. 29.

kişiler bakımından yükün teslim alındığı yer ile yükleme limanı örtüşecektir. Aynı şekilde, deniz kısmını ifa eden taraf bakımından teslim edilen yer ile boşaltma limanı aynı yer olacaktır. Son olarak, uyuşmazlıkların çözümü için sözleşmede kararlaştırılan yer mahkemesi (m. 66b), deniz kısmını ifa eden taraf açısından uygulama alanı bulmayacaktır. Zira deniz kısmını ifa eden taraf, taşıyan ile alt sözleşme akdeden kişidir. Taşıtan ile doğrudan sözleşmesel bir ilişkisi söz konusu olmadığından yetki anlaşması akdedecek imkâna da sahip değildir[48].

Deniz kısmını ifa eden tarafın Rotterdam Kuralları'na taraf olmayan bir devlette ikamet ettiğini ve ifa ettiğini düşünecek olursak, m.68 uyarınca hiçbir mahkeme yetkili olmayacaktır[49]. Böyle bir durumda, Rotterdam Kuralları yükle ilgili davacıya deniz kısmını ifa eden tarafa karşı hangi mahkemede dava açacağı konusunda bir çözüm getirmemektedir. Uygulamada, yükle ilgili davacı, deniz kısmını ifa eden taraftan Rotterdam Kuralları'na taraf olmayan devlet mahkemesinde talepte bulunacaktır. Bu durumda, davanın Rotterdam Kuralları uyarınca karara bağlanması söz konusu olmayacaktır. Ancak bu sonuç, deniz kısmını ifa eden tarafın Rotterdam Kuralları'na taraf hiçbir devlet ile ilişkili olmaması nedeniyle isabetlidir. Yük boşaltma işçileri, terminal operatörleri veya depocular gibi deniz kısmını ifa eden taraf, taşıma sözleşmesinde yer alan münhasır yetki şartı ile de bağlı değildir. Nitekim m.69, deniz kısmını ifa eden kişilerin, başka bir yer mahkemesinde dava edilemeyeceklerini açıkça belirtmektedir.

2. Davaların Birleştirilmesi ve Geri Çekme

Rotterdam Kuralları m.66 ve m.68, taşıyana ve deniz kısmını ifa eden tarafa karşı açılacak davalarda, yetkili mahkemeleri belirten ayrı ayrı listelere yer vermişlerdir. Halbuki, davacı çoğunlukla her iki davalıya karşı tek bir dava açmak isteyecektir. Davacı, bu davayı ortak bir mahkeme bulunması şartıyla her iki listede yer alan bir mahkemede açabilir (m.71/f.1). Örneğin, deniz kısmını ifa eden tarafın yükleme veya boşaltma limanlarından herhangi birinde faaliyette bulunması halinde, bu liman - Rotterdam Kuralları'na taraf bir devlette bulunması koşuluyla - her iki listede yer alacaktır. Ancak m.66 ile m.68'de sayılan mahkemelerin örtüşmesi her zaman söz konusu olmayabilir. Her iki listede yer alan bir mahkeme bulunmaması durumunda, davacı davasını her iki davalıya karşı 68. maddenin (b) bendinde belirtilen deniz kısmını ifa eden tarafın işini ifa ettiği limanın bulunduğu yer mahkemesinde açmak zorundadır. Buna karşılık, münhasır bir yetki anlaşması söz

---

[48] Sturley, Jurisdiction, s. 30.

[49] Bkz. 16. Oturum Raporu, par. 43.

konusu ise m.71/f.1 uygulama alanı bulmaz. Münhasır bir yetki anlaşması, deniz kısmını ifa eden kişileri bağlamayacaktır, meğer ki taraflar uyuşmazlık çıktıktan sonra yetki konusunda anlaşmış olsun. Madde 67'de sayılan şartları taşıyan münhasır bir yetki anlaşması bulunması durumunda, bir bölünme söz konusu olacaktır. Taşıyana karşı yetki anlaşması uyarınca taraf devlet A'da bir dava ve deniz kısmını ifa eden kişiye karşı taraf devlet B'de ayrı bir dava görülecektir[50].

Taşıyan, taraflar arasında m.67'ye uygun akdedilmiş münhasır yetki anlaşması uyarınca kararlaştırılan mahkemede sorumsuzluğun tespiti davası açabilir veya deniz kısmını ifa eden kişi uyuşmazlık çıktıktan sonra m.72 uyarınca kararlaştırılan münhasır yetkili mahkemede dava açabilir. Böyle bir münhasır yetki anlaşması olmaması durumunda, Rotterdam Kuralları, taşıyanı veya deniz kısmını ifa eden kişiyi dava edecek kişinin m.66 veya 68 uyarınca sahip olduğu seçim hakkından mahrum kalmasını önlemek amacıyla bir düzenleme getirmiştir (m.71/f.2). Buna göre, taşıyanın veya deniz kısmını ifa eden tarafın, sorumsuzluğun tespiti davası veya herhangi başka bir dava açması halinde, davalının talebi ve 66. veya 68. maddede belirlenen mahkemelerden birini seçmesi üzerine davacı davasını geri çekecektir.

D. Tanıma ve Tenfiz

Hamburg Kuralları'ndan farklı olarak, Rotterdam Kuralları tanıma ve tenfize ilişkin bir madde içermektedir. Ancak madde tanıma ve tenfizi kolaylaştırıcı bir yönteme yer vermemiş olduğundan bir anlam ifade etmemektedir. Rotterdam Kuralları m.73/f.1 uyarınca, Rotterdam Kuralları çerçevesinde (Rotterdam Kuralları'na) taraf bir devlet mahkemesi tarafından verilen bir karar, (Rotterdam Kuralları'na) taraf başka bir devlette, o devletin iç hukukuna uygun olarak tanınacak ve tenfiz edilecektir. Bunun için her iki taraf ülkenin 14. bölüm ile bağlı olduklarını beyan etmeleri gerekir. Bir mahkeme, kendi hukukundaki tanıma ve tenfiz engellerine dayanarak tanıma ve tenfizi reddedebilir (m.73/f.2)[51]. Rotterdam Kuralları m.73/f.3, yetkiye ilişkin 14. bölümün Rotterdam Kuralları'na taraf olan bölgesel ekonomik işbirliği örgütlerin, tanıma ve tenfize ilişkin kurallarının uygulanmasını etkilemeyeceğini belirtmektedir. Avrupa Birliği'nin 14. bölüm ile bağlı olacağını beyan etmesi halinde, 14. bölümün tanıma ve tenfize ilişkin hükümleri Avrupa Birliği'ne üye ülkeler arasında Avrupa Birliği Tüzüğü ile çelişmediği ölçüde uygulanacaktır.

---

[50] The Rotterdam Rules: A Practical Annotation, s. 227.

[51] 16. Oturum Raporu, par.71; 20. Oturum Raporu, par. 199.

V. Sonuç

Yetkiye ilişkin 14. bölüm, endüstrinin ihtiyaçları göz önünde tutularak uygulamaya yönelik pragmatik bir yaklaşımla hazırlanmıştır. Bu bölüm hükümleri, 91. madde uyarınca, yalnızca bu bölüm ile bağlayıcılığına tabi olacağını beyan eden taraf devletleri bağlayacaktır. Bu beyan her zaman yapılabileceği gibi her zaman geri de alınabilir. Bu durumun en büyük sakıncası, uluslararası alanda yeknesaklaştırmayı hedefleyen Rotterdam Kuralları'nın taraf devletler arasında farklılıklara neden olmasıdır. Hamburg Kuralları'nda yer almayan bu *opt-in* uygulamasına yer verilmiş olması eleştirilebilir. Ancak bu noktada Rotterdam Kuralları'nın hazırlık çalışmalarına damgasını vuran genel prensiplerden biri olan, geniş bir uzlaşma ortamı yaratılması ilkesini hatırlatmakta fayda vardır. Hazırlık aşamasında, bazı devletler yetkiye ilişkin bölümün tamamen çıkarılmasını, diğer bir grup devlet ise yetkinin mutlaka Rotterdam Kuralları'nın kapsamına alınması gerektiğini savunmuştur. Bu iki zıt görüş ancak *opt-in* uygulamasına izin vermek yoluyla uzlaştırılabilmiştir. Çalışma grubu tarafından ortaya konabilecek başka hiçbir çözüm, bu derece geniş bir uzlaşmayı sağlayamazdı. Yetkiye ilişkin bölüme ihtiyari olarak dahil olma uygulaması kabul edilmemiş olsaydı, Rotterdam Kuralları'nın doğumu dahi tehlikeye girebilirdi. Her ne kadar bazı devletler, yetki bölümüyle bağlı olacaklarını beyan etmeyecek olurlarsa da, o devletlerin yalnızca Rotterdam Kuralları'na taraf olmaları dahi, Rotterdam Kuralları'nın başarılı olması açısından önemli bir adım olacaktır. Böylelikle, Rotterdam Kuralları deniz ticareti alanında eşyanın taşınmasını düzenleyen kuralların yeknesaklaştırılmasında önemli bir uluslararası belge olma özelliğini kazanacaktır. Rotterdam Kuralları'nın uluslararası başarılı bir düzenleme olarak değerlendirilmesi, hiç kuşkusuz öncelikle yeteri sayıda devlet tarafından taraf olunmasına ve başta denizci devletler olmak üzere etkin bir şekilde uygulanmasına bağlıdır.

Türk Vatandaşı ile Evli Kişilerin Yabancılar Hukuku Problemleri

*Bilgin TİRYAKİOĞLU**

Giriş

Türk yabancılar hukukunda, Türk vatandaşları ile evli olan yabancılar prensip itibarıyla diğer yabancıların tâbi olduğu hukukî rejim içinde yer almaktadır. Bazı kanunlardaki istisnaî hükümler bir yana bırakılacak olursa, bu kişiler bir Türk vatandaşı ile evli olup olmadıklarına ve bu evliliklerinin ne kadar süredir devam ettiğine bakılmaksızın diğer yabancılar ile aynı sınırlamalara tâbi bulunmaktadır. Yine, istisnaî bazı durumlar dışında, Türk vatandaşı ile evli yabancıların Türk yabancılar hukuku bakımından tâbi olacakları hukukî statünün tesbitinde, ne kadar süreden beri Türkiye'de ikamet ettiklerinin de bir rolü bulunmamaktadır. Burada sözü edilen yabancılar bir Türk vatandaşı ile evli olan, ancak Türk vatandaşlığını da taşımayan yabancılardır. Türk vatandaşlığını kazanmış bir kişi bakımından zaten her hangi bir sınırlama söz konusu olmamaktadır.

Bu bildiride, "Türk Vatandaşı ile Evli Kişilerin Yabancılar Hukuku Problemleri" başlığı altında, ilk olarak bir Türk vatandaşı ile evli yabancının Türkiye'de tâbi olacağı hukukî muamele hakkında mevcut durumu ele alacağız. İkinci olarak, bu gibi kişileri diğer yabancılardan daha farklı bir hukukî statüye sokmanın gerekli olup olmadığı konusundaki görüşümüzü ortaya koyacağız. Son olarak, bu konudaki sıkıntıların aşılması yönünde çözüm önerilerimize yer vereceğiz.

I- Mevcut Hukukî Durum

Bu başlık altında, Türkle evli yabancıların, yabancılar hukukunda tâbi olduğu hukukî statü incelenirken, özellikle bu kişilerin diğer yabancılara

* Prof. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

göre daha elverişli bir statüde bulunmasının gerekli olduğu üç ayrı konu üzerinde duracağız: İkamet, çalışma hakkı, taşınmaz mal edinme ve miras.

A) İkamet

Yabancıların Türkiye'de ikamet etmeleri ile ilgili temel düzenleme, Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanunda[1] yer almaktadır. Bu Kanunun ikamet tezkereleri ile ilgili hükümlerinde, Türkle evli olan yabancı eşler hakkında istisnaî bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla beraber, İçişleri Bakanlığının Türkle evlenen yabancıların ikamet tezkereleri ile ilgili genelgesi uyarınca, bir Türk ile evlenen yabancıya idarece belirlen sürelere göre valiliklerce re'sen ikamet tezkeresi verilmektedir. Türk vatandaşı ile evli olan yabancılara tanınan ikamet izin süreleri, bir Türkle evli olan yabancının A veya B grubu ülke vatandaşı olmasına göre değişmektedir.

A Grubu ülke vatandaşlarının ikamet süreleri kadın-erkek ayrımı yapılmaksızın tespit edilmiştir. Buna göre Türk vatandaşı erkek veya kadınla evli olanlardan ilk kez ikamet izni alacaklara, vize türlerine bakılmaksızın, ilk etapta üç, devamında da beşer yıllık sürelerle re'sen ikamet izni verilecektir[2].

A grubu ülke vatandaşlarının boşanması hallerinde ise, en az üç yıl evli kalınarak ikamet izni alındığı takdirde, ikamet tezkereleri beşer yıllık sürelerle re'sen uzatılacaktır. Şayet evli kalma süresi üç yıldan az ise, yabancının talebi, boşanma ilâmı ve valilik görüşü ile birlikte İçişleri Bakanlığına intikal ettirilecek ve alınacak talimata göre işlem yapılacaktır.

B grubu ülke vatandaşlarının ikamet süreleri ise kadın-erkek ayrımına bağlı olarak tespit edilmiştir. Türk vatandaşı kadınla evli yabancı erkeklerden ilk kez ikamet izni alacaklara, vize türlerine bakılmaksızın, ilk etapta bir, ikinci ve üçüncü uzatmalarda ikişer, devamında da beşer yıllık sürelerle re'sen ikamet izni verilecektir. Türk vatandaşı erkek ile evli yabancı kadınlara vize türlerine bakılmaksızın ilk etapta iki, akabinde üç, devamında da beşer yıllık sürelerle re'sen ikamet izni verilecektir[3].

B grubu ülke vatandaşlarının (erkek veya kadın) boşanmaları halinde, en az beş yıl evli kalınarak ikamet izni alınmış ise, ikamet tezkereleri beşer yıllık sürelerle re'sen uzatılacaktır. Sayet evli kalma süresi beş yıldan az ise, yabancının talebi, boşanma ilâmı ve valilik görüşü ile birlikte İçişleri Bakanlığına intikal ettirilecek ve alınacak talimata göre işlem yapılacaktır[4].

---

1 15.07.1950 tarih ve 5683 sayılı Kanun, RG.24.07.1950-7564.

2 Çicekli, Bülent: Yabancılar ve Polis, Ankara 2003, s.86 ve dn.99.

3 Çiçekli, sh 87 ve dn, 100, 101 ve 102.

4 Çiçekli, s.87 ve dn. 103.

Yukarıda yapılan açıklamaların açıkça ortaya koyduğu gibi, oturma izinleri bakımından Türkle evli yabancılar için, özel bir düzenleme yapılmış olmakla beraber, bu düzenlemeler, özellikle batı Avrupa ülkelerinin sağlamış olduğu kolaylıklardan çok uzaktadır. Dolayısıyla, bir Türkle evlenip Türkiye'de belirli bir süre ikamet eden ve halen evli olan kişilerin daimî oturma izni almaları ya da yerleşme hakkına kavuşmaları söz konusu değildir. Öte yandan, Türkle evli olduğu için Türkiye'de yaşayan bir yabancının ikamet tezkeresi alırken ödemekle yükümlü olduğu harçlar bakımından diğer yabancılardan bir farkı bulunmamaktadır.

Bu durum, özellikle Türk vatandaşı ile evliliğinden çocukları olan ve bu evlilik belirli bir süre devam ettikten sonra ölüm ya da boşanma ile sona eren evililkler bakımından, sağ kalan eşin yanı sıra, ortak çocuklar bakımından da sıkıntılar yaratmaktadır. Türk vatandaşı ebeveynini ölüm nedeniyle kaybeden, ya da velayet Türk vatandaşı olan ebeveyne verilmediği için ondan ayrı yaşamak zorunda kalan küçük çocuk, birlikte yaşadığı ve bakımına muhtaç olduğu ebeveyinin yabancı olması nedeniyle, örneğin ebeveyninin Türkiye'de oturma izni alamaması durumunda ebeveyni ile birlikte Türkiye'yi terke zorlanmış olacaktır.

B) Çalışma Hakkı

Türkle evli bulunan yabancı eşler, çalışma hakları bakımından da genel olarak yabancılara uygulanan kurallara tâbi bulunmaktadır. Yabancılara yasaklanmış bulunan meslek ve sanatlar ile çalışma alanları, Türkle evli olan yabancı eşler bakımından da geçerlidir. Bu kişiler, kendilerine diğer yabancılardan daha farklı muameleye öngören bir kaç istisnaî düzenleme dışında, çalışma hakları bakımından herhangi bir özel işleme tâbi tutulmamaktadır. Yabancılara yasak olan meslek ve faaliyetleri yapamazlar, yabancılara yasaklanan alanlarda çalışamazlar ve çalışma izni veya vizesi bu kişiler için de geçerlidir. Türk yabancılar hukukunda, çalışma hakkı bakımınadn, Türk vatandaşı ile evli olan yabancı eşler ile ilgili tek istisnaî durum çalışma vizesi ile ilgili süreler bakımından kabul edilmiştir. Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun[5], çalışma izni veya vizesi alma koşulundan Türkle evli bulunan yabancı eşleri muaf tutmamıştır. Bununla birlikte, söz konusu Kanunun 8. maddesinde, verilecek olan çalışma izinlerinin süresi bakımından öngörülmüş olan bazı istisnalar söz konusudur. "İstisnai Haller" başlığını taşıyan 8. madde kapsamına giren yabancılar bakımından, söz konusu Kanunda öngörülmüş olan sürelere bağlı kalınmaksızın çalışma vizesi verilebilmektedir. Maddenin (a) bendinde yer alan gruba Türk vatadaşı ile evli olan yabancı kişiler girmektedir. Bu hüküm uyarınca,

---

[5] 27 Şubat 2003 tarih ve 4817 Sayılı Kanun: RG. 6.3.2003-25040.

> *"Bir Türk vatandaşı ile evli olan ve eşiyle Türkiye'de evlilik birliği içinde yaşayan veya evlilik birliği en az üç yıl sürdükten sonra sona ermiş olmakla birlikte Türkiye'de yerleşmiş olan yabancılar ile bunların Türk vatandaşı eşinden olan çocuklarına"*

bu kanunda öngörülen sürelere tâbi olmaksızın çalışma izni verilebilir. Burada sözü edilen çocukların, Türk vatandaşı eşten olup da Türk vatandaşlığını kazanmış olan, ancak evliliğin sonra ermesi nedeniyle Türk vatandaşlığını da kaybetmiş olan çocuklar[6] olduğunu düşünüyoruz. Aksine bir yorum, ebeveyninden biri Türk, diğeri yabancı olan Türk vatandaşı kişilerin çalışması için, Kanunun çalışma izni getirdiği, ancak bu iznin süreleri bakımından onlara bazı kolaylıklar sağlamış olduğu sonucuna varmamızı gerekirirdi. Böyle bir sonuç ise, bir Türk vatandaşına, ebeveyninden birinin yabancı olması nedeniyle, hukuken yabancı olarak muamele yapmak, ancak diğer ebeveyni de Türk vatandaşı olduğu için, onu diğer yabancılara göre biraz daha elverişli muameleye tâbi tutmak anlamına gelirdi.

Kanunun 8. maddesindeki hükümle ilgili olarak, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin[7] 44. maddesinde, istisnaî düzenlemeye tâbi olmanın koşulları hakkında açıklama getirilmektedir. Buna göre, Türk vatandaşı ile evli olan ve eşiyle Türkiye'de evlilik birliği içinde yaşayan yabancılardan, ikamete ilişkin süre koşulu aranmaksızın Türkiye'de kanunî olarak bulunanlar, doğrudan Bakanlığa çalışma izni başvurusunda bulunabilirler. Evli kalma süresi üç yılı doldurmadan evliliğin sona ermesi veya evliliğin aile birliği kurmak amacıyla yapılmadığının belirlenmesi durumunda, çalışma izin belgesi geçerliliğini kaybeder. Bu belge ile çalışmaya devam edilmesi, kaçak çalışma ve çalıştırma kapsamında değerlendirilir. Bakanlık, bu kapsamda verdiği çalışma belgelerine bu konuyla ilgili bilgilendirici kayıtları düşer. Uygulama Yönetmeliğinin 45. maddesine göre, bir Türk vatandaşı ile olan evlilik birliği en az üç yıl sürdükten sonra sona ermiş olmakla birlikte, Türkiye'de yerleşmiş olan yabancıların çalışma izinleri, Türkiyede kanunî olarak bulunmaları kaydıyla istisnaî olarak verilebilir.

YÇİHK ve Uygulama yönetmeliğinde sözü geçen yerleşmiş yabancı kavramı, gerek Pasaport Kanunu, gerek YİSHK'da yer almayan bir kavramdır. Türk yabancılar hukukunda, uzun süreli ikamet eden yabancılar için, diğer ülke hukuklarında yer alan "daimî oturum hakkı", "daimî yerleşim hakkı" gibi kavramlar yer almamaktadır. Türk yabancılar hukuku, ikamet izinleri bakımından bir yabancıyı Türkiye'deki ikamet süresi ne kadar uzun olursa olsun geçici bir konumda kabul etmektedir.

---

6 Çiçekli, Bülent: Yabancıların Çalışma İzinleri, Ankara 2004, s. 48.

7 RG. 29.08.2003-25214.

C) Taşınmaz Edinme ve Miras Hakkı Bakımından

Türkle evli yabancı eşler taşınmaz edinme ve miras hakkı bakımından da diğer yabancılar ile aynı statüde bulunmaktadır. Bu kişiler, taşınmaz edinme ve miras bakımından Tapu Kanununun 35. maddesindeki sınırlamalara ve diğer kanunlardaki sınırlayıcı hükümlere tâbidir. Bu kişiler için herhangi bir istisnaî düzenleme bulunmadığı için, özellikle 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Yeni Medeni Kanunun 255/I, 279, 652. maddelerinde aile konutu ile ilgili düzenlemelerin eşe sağlamış olduğu bazı hakların kullanılması bu kanunlardaki sınırlayıcı hükümler nedeniyle engellenmiş olmaktadır.

Medeni Kanunun 255. maddesinin ilk fıkrasına göre eşlerden birinin ölümü halinde, paylaşma konusu olan mallar arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konut varsa sağ kalan eş bunlar üzerinde kendisine miras ve paylaşmadan doğan hakkına mahsup edilmek ve yetmezse bir bedel eklenmek suretiyle mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir. Eğer bir Türkle evli olan yabancı bir eş, böyle bir talepte bulunursa ve yabancı eşin mensup olduğu ülke ile Türkiye arasında karşılıklı işlem bulunmuyorsa, hâkimin sağ kalan yabancı eşin talebi yönünde bir karar vermesi, Tapu Kanunun 35. maddesine aykırılık oluşturacaktır.

Eşler arasında mal ortaklığı rejiminin kabul edilmiş olduğu hallerde mal rejiminin sona ermesi ve tasfiyesi başlığı altında yer alan Medeni Kanunun 279. maddesi, eşlerin birlikte yaşadıkları konut veya ev eşyasının ortaklık mallarına dahil olması halinde, sağ kalan eşe, payına mahsuben bunların mülkiyetinin kendisine verilmesini isteme hakkına sahip olacağını öngörmektedir. Sağ kalan eşin yabancı olması ihtimali çerçevesinde, yine Tapu Kanunundaki sınırlamalar, sağ kalan eşin bu hakkını kullanılmasına engel teşkil edebilecektir.

Benzer şekilde, mirasın paylaşılması ile ilgili olarak 652. maddenin uygulanması da, aile konutu bakımından eşin yabancı olması halinde sorun yaratacaktır. Söz konusu madde, eşlerden birinin ölümü halinde, tereke malları arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konutun olması halinde, sağ kalan eşe, bunlar üzerinde kendisine miras hakkına mahsuben mülkiyet hakkı tanınmasını isteme hakkını tanımıştır. Sağ kalan eşin yabancı olması halinde, yine bu hakkın kullanılması Tapu Kanununun 35. maddesindeki hükümler nedeniyle engellenmiş olacaktır.

Bu üç örneğin ortaya koyduğu gibi, Medeni Kanunun sağ kalan eşe, değişik durumlarda aile konutunun mülkiyetinin tanınması ile ilgili olarak verdiği hakların, sağ kalan eşin yabancı olması durumunda, bu konuda istisnaî bir düzenleme getirilmediği için, Tapu Kanunu ve diğer kanunlardaki sınırlayıcı hükümler nedeniyle kullanılamaması ihtimali ortaya çıkmaktadır.

II- Türkle Evli Yabancı Eşlerin Farklı Bir Statüye Tâbi Olması Gerekliliği

Türk yabancılar hukukunda Türkle evli yabancılar bakımından özel düzenleme getirilmemiş olması, bu kişilerin yukarıda örnekleri verildiği gibi, Türkiye'de bazı sorunlar yaşamasına neden olmaktadır. Bu sorunlara yanıt aranırken iki hususun gözetilmesi gerekir: Her seyden önce, bir Türkle evli olmak, yabancıyı tamamen farklı bir hukukî statüye sokma ya da söz konusu yabancıya vatandaşla tam anlamıyla eş bir statü tanınması için bir gerekçe oluşturmamalıdır. İkinci olarak, Türkle evli yabancıya diğer yabancılardan daha farklı bir hukukî statünün sağlanmamış olması, bu kişileri Türk vatandaşlığını kazanma yoluna zorlamamalıdır. Bir Türkle evlenip, bu evlilik nedeniyle Türkiye'de yaşayan yabancıların, bazı haklarını daha rahat kullanabilmelerinin tek yolunun Türk vatandaşlığını kazanma olarak ortaya çıkması kabul edilemez bir durumdur. Zira, bir ülkenin vatandaşlığını kazanmak, o ülke vatandaşıları ile evli olan yabancıların yaşadığı bazı yabancılar hukuku sorunlarını aşmak için bir araç olmamalı, kişinin özgür seçiminin bir sonucu olmalıdır.

Bu iki hususun göz önünde tutulması, Türkle evli yabancılar için getirilecek yabancılar hukuku düzenlemelerinin hassas bir dengeyi sağlaması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Bir yandan, evliliğin genel olarak yabancılar ile ilgili sınırlamaların aşılmasının yolu olarak kullanılmasının önüne geçilmelidir. Öte yandan, bir Türkle evli olan yabancının bu evlilik nedeniyle Türkiye'de yaşamlarının kolaylaştırılması, dolayısıyla diğer yabancılardan daha farklı bir muameleye tâbi olmaları gerekir.

Soruna bu açıdan yaklaştığımızda Türkle evli yabancıların Türkiye'deki hukukî statüleri bakımından iki temel konunun, hukukî düzenlemelerin oluşturulmasında önem taşıdığını görmekteyiz: Evliliğin danışıklı bir evlenme olup olmadığı ve evlilik süresi. Dolayısıyla, Türkle evli yabancının yaptığı evliliğin danışıklı evlilik olmadığı durumlarda evlilik süresince yabancı eşin diğer yabancılardan farklı bir statüye sahip olması âdil bir çözüm olacaktır. Bu ihtimal çerçevesinde, evlilik devam ettiği sürece yabancı eş, kendisine tanınan farklı statünün sağladığı kolaylıklardan yararlanabilmelidir. Evliliğin belirli bir süre devam etmesi ve bu süre zarfında yabancı eşin genel olarak yabancıların tanınan haklara tâbi tutulması, belirlenen sürenin geçmesinden itibaren ise, eşe farklı bir statü tanınması aile birliğini sarsabilecek sonuçlar doğurabileceğinden tercihe şayan değildir. Süre şartı, ancak evliliğin sona ermesi halinde, yabancı eşin farklı statüyü devam ettirip ettiremeyeceği sorusu bakımından önem taşımalıdır. Dolayısıyla, evliliğin sona ermesi halinde, yabancı eşin sahip olduğu haklardan yaralanmaya devam edebilmesi için evliliğin belirli bir süre devam etmesi koşulu aranabilir. Ayrıca, yabancının Türk

vatandaşı ile yapmış bulunduğu evlilikten olan çocuklar varsa, bu durumda, farklı statünün her durumda devam etmesi gerekir.

III- Çözüm Önerileri

Evliliğin yabancılar hukuku sorunlarını aşmak için yapılan danışıklı bir evlilik olması ihtimali ileri sürülerek Türkle evli olan yabancı eşleri, genel olarak yabancıların tâbi olduğu statüye sokmak, söz konusu yabancının, evliliğinin gereği olarak Türkiye'de yaşamasını, çalışmasını ve bazı haklara sahip olmasını zorlaştırmak anlamına gelecektir. Bu nedenle evliliğin danışıklı bir evlilik olduğunun tespit edilmesi ile ilgili kıstasların belirlenmesi ve bu kıstaslar uyarınca evliliğin danışıklı bir evlilik olduğunun tespit edilmesinden sonra yabancı eşin hukukî statüsünün genel olarak yabancı statüsüne sokulması daha isabetli ve âdil bir çözüm olarak görünmektedir.

Bu çerçevede iki kıstas önem taşımaktadır: Eşlerin fiilen birlikte yaşaması ve evlilik süresi. Evlilik devam ettiği sürece eşlerin fiilen birlikte yaşaması danışıklı evlilik ihtimalini ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle, evlilik birliği içinde fiilen birlikte yaşamak, yabancı eşin farklı bir statüye sahip olması için yeterli kabul edilmelidir. Evlilik süresi ise, sona eren evliliklerden sonra yabancı eşin sahip olacağı statü bakımından önem taşımaktadır. Evliliğin sona ermesi halinde süre koşulu getirilirken evliliğin ne şekilde sona erdiği belirleyici rol oynamaktadır. Ölümle sona erme halinde, Türkiye'de kalmayı ve yaşamayı seçen yabancı eş için her hangi bir süre koşulunun aranmaması adil bir çözüm olarak görülmektedir. Evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde ise, yabancı eşin boşanma sonrasında evlilik süresince sahip olduğu farklı statüyü koruması bakımından evliliğin belirli bir süre devam etmesi koşulu aranmalıdır. Bu sürenin üç yıl veya daha az bir süre olarak tespit edilmesinin uygun olduğunu düşünüyoruz. Zira üç yıllık süre, bir Türk vatandaşı ile evli olan yabancı eşin Türk vatandaşlığını kazanması için Türk Vatandaşlığı Kanunun 5. maddesinde öngörülmüş olan evli kalma süresidir. Türk vatandaşlığının kazanılması için yeterli görülen evlilik süresinin üç yıl olarak belirlendiği bir hukuk sisteminde, bir Türk vatandaşı ile evli bulunan yabancı eşe yabancılar hukuku alanında bazı kolaylıkların sağlanması için daha uzun bir süre belirlemek tutarsız bir yaklaşım olurdu. Bu nedenle üç yıl devam ettikten sonra boşanma yoluyla sona eren evlilikler bakımından yabancı eşlerin, evlilik süresince sahip oldukları farklı statüyü devam ettirme imkânına sahip olmaları gerekir.

Bu önerimiz çerçevesinde ikamet tezkereleri bakımından yabancı eşe evli kaldığı süre boyunca geçerli olacak bir ikamet tezkeresinin verilmesi, evliliğin ölümle sona ermesi halinde, yabancı eşe daimi oturma izninin ve-

rilmesi, evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde, eğer evlilik üç yıl devam ettikten sonra sona ermiş ise aynı şekilde daimi oturma izni verilmesi uygun olacaktır.

Çalışma hakkı bakımından ise daimî oturma hakkına sahip olan yabancı eşlere, süreye bağlı olmaksızın çalışma izninin verilmesi uygun bir çözüm olarak görünmektedir.

Yabancı eşin, Türk vatandaşı ile yapmış olduğu evlilikten olma çocuk veya çocukların bulunması halinde, yabancı eşin, birlikte yaşama ve evlilik süresi konusunda herhangi bir sınırlama getirilmeksizin farklı statüsünü, bu çocukların yararı göz önünde tutularak devam ettirmesinin yerinde bir çözüm olacağını düşünmekteyiz.

Aile konutu bakımından ise, Medeni Kanunun eşe sağladığı hakların kullanılmasını teminen, yabancı eşlerin taşınmaz edinmesi ile ilgili sınırlamaların uygulanmayacağına dair özel bir düzenlemenin getirilmesini öneriyoruz.

Yukarıda tartışılan üç alan dışındaki alanlarda da, Türk vatandaşı ile evli bulunan yabancıların, diğer yabancılardan daha farklı bir hukukî statüye sahip olmaları gerektiğini düşünüyoruz. Diğer alanlar bakımından da, yabancı eşe farklı bir statünün sağlanması, fiilen birlikte yaşama ve evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde, en az evliliğin üç yıl sürmesi koşullarına bağlanabilir.

Milletlerarası Usul Hukukunda Dava Etmeme Emrine (Anti-Suit Injunction) İngiliz Hukuku, Brüksel Konvansiyon Rejimi ve Türk Hukuku Çerçevesinde Genel Bir Bakış

*Hakan TÜFEKÇİ**

Giriş

Kaynağını İngiliz Hukukundan alan "anti-suit injunction"[1] - Türkçe yaklaşık ifadesi ile "dava etmeme emri"[2] - Kıta Avrupa Hukuku (*Civil Law)* sistemine sahip olan devletlere yabancı olan[3] ve fakat İngiliz Hukukundan neş'et etmiş Müşterek Hukuk (*Common Law)* sistemi dahilindeki devletlerce uygulanan usul hukuku anlamında bir çeşit tedbir kavramıdır. Dava etmeme emri, en basit tanımı ile, iki taraf arasındaki bir uyuşmazlıkta, bir tarafın diğer taraf aleyhine mahkemeden talepte bulunarak ve bu taraf için yabancı bir mahkemede dava açmamasını, şayet dava açmış ise, buna devam etmeme-

---

* Av., İstanbul Barosu. Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi.

1 Müşterek Hukuk (*Common Law*) sisteminde Türkçe "emir" anlamına gelen "Order" ve "Injunction" kavramlarının ayrımında, "Order"ın bir yapma emri şeklinde pozitif bir eylemi, "Injunction"ın ise bir yapmama emri şeklinde ki negatif bir eylemi ifade ettiğini söyleyebiliriz.

2 Serdar Acar ise "anti-suit injunction" karşılığını Türkçe olarak "anti-dava tedbiri" olarak vermektedir. Bkz. **Serdar Acar**, Son Gelişmeler Işığında "Anti-Suit Injunction", Prof.Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Istanbul 2007, Cilt II, s.1609. Türkçe diğer alternatif bir karşılık olarak "dava karşıtı emir" kullanılmıştır. Bkz. **Bilgehan Yeşilova**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İzmir 2008, s.419. Biz çalışmamızda "anti-suit injunction" kavramının karşılığı olarak "dava etmeme emri" ifadesini kullanmayı daha uygun buluyoruz.

3 Yabancı mahkemeden kastolunanın illa da başka bir devlet mahkemesi olarak algılanmaması gerekir; nitekim New York State Mahkemesi'nin Hudson Nehri'nin karşısındaki New Jersey State Mahkemesi'ni ve benzer şekilde bir Kanada Ontario Bölge (Province) Mahkemesi'nin, bir Kanada British Columbia Bölge Mahkemesi'ni yabancı mahkeme olarak addebileceği belirtiliyor. Bkz. **Peter B. Carter**, Anti-Suit Injunctions in Private International Law, s.1 çevrimiçi http://europainstitut.de/euin/schrift/download/368.pdf (son ziyaret 18.11.2009).

sini mahkeme kararı ile emreden (bu karar, bir ara karar da – *interlocutory* – olabilir) bir tedbir türü olarak açıklanabilir[4].

Tanımdan da anlaşılacağı üzere - her ne kadar mahkeme kararlarında dava etmeme emrinin başka bir ülke mahkemesinin salahiyetine değil ve fakat o mahkemede dava açan ve davasını sürdüren taraf aleyhine teşkil edilmiş bir tedbir türü olduğu beyan edilse de[5]- bu tedbir türü, devletlerin yargılama salahiyetleri üzerinde ciddi etkileri haiz bir usuli kavramdır.

Konuya tahkim merkezli yaklaştığımızda, dava etmeme emrinin kısıtlayıcı etkisi sebebiyle milletlerarası tahkim çevrelerince çok iyi bilindiğini söyleyebiliriz. Nitekim tahkim anlaşmasına taraf olan fakat daha sonra bunu ihlal eden tarafa karşı diğer taraf bu etkili "silaha" sıkça sarılmaktadır.

Bu noktada kısaca yabancı bir mahkemede muhtemelen beklenmedik şekilde bir dava ile karşılaşan tarafın başvurabileceği alternatif yolların neler olacabileceğini tespit etmek doğru olacaktır. Böyle bir durumla karşılaşan davalı taraf kendisini ilgili yabancı mahkemede savunabilir, davayı takipten tamamen kaçınabilir, başka bir ülkede aynı konuda karşı dava açabilir veya farklı diğer usuli işlemler gerçekleştirebilir.

Eğer davacı tarafın kendisine karşı dava açılan mahkemede ciddi malvarlığı varsa, bu durumda davalı taraf için ilgili mahkemede kendisini savunması sonunda haklı çıkması pek muhtemel olsa dahi zaman ve ciddi maddi kayba sebebiyet verecektir. Zira, eğer kendisine karşı dava açılan ülkede bir malvarlığı yoksa ve olması da pek olası değilse, bu durumda aleyhine verilen hükmün uygulanabilirliği pek mümkün olmadığından, ilgili yabancı mahkemede davayı takip etmemesi salık verilebilir. Son olarak başka bir ülkede aynı konuda dava açması durumunda derdestlik itirazı (*lis alibi pendens*) mevzu bahis olabilecektir. Yine burada da dava için harcanan ücretlerin geri dönüşü de zor gözükmektedir[6].

Başta belirttiğimiz gibi dava etmeme emri, Kıta Avrupa Hukuk sistemine dahil ülkelere yabancı bir kavramdır. Zira, doğrudan tatbikatı huku-

---

4 **Peter Gross**, "Anti-Suit Injunction and Arbitration", Lloyds Maritime and Commercial Law Quarterly, 2005, s. 10-11.

5 Ellerman Lines Ltd. v. Read [1928] 2 KB 144. Burada Scrutton JL veciz ifadesini tercüme etmeden aynen aktarmak istiyoruz: "(…) the English Courts... do not, of course, grant an injunction restraining the foreign Courtfrom acting; they have no power to do that; but they can grant an injunction restraining a British subject who is fraudulently breaking his contract,and who is a party to proceedings before them, from making an application to a foreign Court for the purpose of reaping the fruits of his fraudulent breach of contract.".

6 **Peter B. Carter**, s.2-3.

kumuzda ve diğer Kıta Avrupa Hukuk sistemlerinde olmayan bu kavramın doğru anlaşılması ehemmiyet arz etmektedir. Bu amaçla ve öncelikle dava etmeme emrinin, menşeinin İngiliz hukuku olması[7], uygulamada dava etmeme emirlerinin büyük bir bölümünün İngiliz Mahkemeleri tarafından verilmesini, İngiltere'nin AB üyesi iki Müşterek Hukuk sistemi devletinden biri olması (diğeri Güney Kıbrıs Rum Kesimi)[8] ve siyasi, ekonomik ve hukuki anlamda diğer üye devletlerini etkileyen mümeyyiz konumu sebebiyle, bu hukuk nazariyesi ve tatbiki çerçevesinde açıklanmaya çalışılacaktır[9].

Bu anlamda İngiliz doktrininden ve İngiliz hukuk sisteminin içtihat hukuku *(case-law)* ekseninde gelişmesi sebebiyle büyük oranda mahkeme içtihatlarından yararlanma yoluna gidilecek; akabinde İngiliz Mahkemeleri tarafından verilen dava etmeme emirleri, AB Hukuku kapsamında ve özellikle Brüksel Konvansiyonu ve bunun AB iç hukukunun bir parçası olan Brüksel I Tüzüğü çerçevesinde özetle değerlendirilecektir. Takiben dava etmeme emirleri, tahkim eksenli olarak, yine Brüksel Konvansiyonu muvacehesinden tetkik edilip, hususen İngiliz Lordlar Kamarası'nın ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Allianz SpA and Anothers v. West Tankers Inc. (The "Front Comor")[10] kararı incelenecektir. Doğal olarak İngiliz Mahkemeleri ve başka Müşterek Hukuk sistemi devleti mahkemeleri tarafından verilen dava etmeme emirlerinin özellikle bazı AB ülkeleri tarafından nasıl karşılandığına kısaca değindikten sonra, Değerlendirme ve Sonuç bölümünde dava etmeme emirlerine karşı muhtemel Türk hukuku uygulamasının nasıl olabileceği yönünde görüşler bildirilecektir.

---

7 Dava etmeme emirlerinin başka bir ülke devlet mahkemesinin salahiyetine karışmamasının, bir "İngiliz sanatı" olarak nitelendirilmesi ile ilgili olarak bkz. **Clare Ambrose**, Can Anti-Suit Injunctions Survive European Community Law?, International and Comparative Law Quarterly, Londra Nisan 2003, C.52 S.2, s.40.

8 Güney Kıbrıs hukuku hakkında detaylı bilgi için Bkz. **Dennis Campbell** (Ed.), Introduction To Cyprus Law, New York 2000.

9 Anti-suit injunction uygulamasına en ciddi muhalefetin AB olduğu noktasında bkz. **D.Rhidian Thomas**, Arbitration agreements and anti-suit injunctions under EC Regulation 44/2001 Allianz SpA and Another v West Tankers Inc. (The Front Comor), The Journal of International Maritime Law, Londra 2009 C. 15 S. 2, s. 123; **Acar**, s.1611.

10 Müşterek Hukuk sistemlerinde, denizcilikle ilgili davalarda ayrıca ilgili olaydaki gemi ismi de davanın adı olarak anılabilir. Örneğin çalışmamızın ilerleyen sayfalarındaki esasen bir gemi ismi olan "Front Comor" kararında söz konusu olduğu gibi.

I. İNGİLİZ HUKUKU UYGULAMASINDA DAVA ETMEME EMRİ

1. Genel Olarak

İngiliz Mahkemeleri, bir ülkede başlayan veya sürmekte olan bir davada, bu davanın haksız bir şekilde ilgili ülke mahkemesinde açıldığını telakki ederek ve oluşabilecek adaletsizliği bertaraf etmek adına, dava etmeme emri verme noktasında kendisini yetkili kılabilir[11]. *Elderman Lines Ltd.* kararında da[12] belirtildiği üzere dava etmeme emri sadece *in personam (*kişiye münhasır*)* olarak yabancı ülke mahkemesinde dava açan veya davasını sürdüren taraf aleyhine verilebilen ve yabancı mahkemenin salahiyetine dair herhangi bir hüküm içermeyen bir tedbir türüdür. Her ne kadar, doktrinde dava etmeme emri için, uluslararası platformda farklı devlet mahkemeleri arasında azami nezakete özen göstermeleri ilkesi (*comity doctrine*) gereği yabancı devlet mahkemesinin yetkisine karışılmadığı belirtilse de bizatihi İngiliz mahkeme kararları dolaylı olarak bu sonucun geçerliliğini kabul etmektedirler[13].

Tarihi geçmişini 19. yüzyıldaki English Court of Chancery'de (İngiltere'deki hak ve nesafet kurallarını [equity law] uygulayan mahkeme) bulan dava etmeme emri, ilk olarak, bizatihi İngiltere sınırları dahilinde hakkaniyet ve nesafet hukukunun (*equity law),* müşterek hukuka *(common law)* nazaran öncelikle uygulanmasını temin amacıyla, daha doğrusu, belli bir ihtilaf vukuunda adalet ve nesafet gereği müşterek hukukun ilgili ihtilafa uygulanmasını engellemek için kullanılmıştır[14].

Daha sonra hukuki düzenlemelere konu olan dava etmeme emri için 1981 tarihli Yüksek Mahkeme Kanunu[15] m.37/1'de mahkemenin adaletin sağlanması ve hakkaniyet adına önüne gelen her davada bir hüküm (emir) ile kesin veya geçici tedbirler verebileceğini kabul etmiştir[16]. Benzer şekilde 1996 tarihli Tahkim Kanunu[17] m.44'te paralel hükümler dercedilmiştir[18].

---

11 **Julian Wilson**, Anti-Suit Injunctions, Journal of Business Law, Londra Eylül 1997, s.424 ; benzer nitelikte bkz. **Lawrence Collins** (Ed.), Dicey and Morris on the Conflict of Laws, Londra 2000, s. 414 , **Clare Ambrose**, s.404.

12 Bkz. yuk. dn. 4.

13 South Carolina Insurance Co. v. Assurantie Maatschappij "De Zeven Provincien" [1987] AC 24.

14 Bkz. **Gross**, s. 11 , **Ambrose**, s.404.

15 Supreme Court Act,1981.

16 Section 37(1) of the Supreme Court Act 1981 "The High Court may by order (whether interlocutory or final) grant an injunction...in all cases in which it appears to the court to be just and convenient to do so.".

17 Arbitration Act, 1996.

18 Section 44 of the Arbitration Act 1996.

Görüldüğü üzere, İngiliz hukukunda dava etmeme emri, mahiyeti itibariyle mahkemenin geniş takdir yetkisine dayanan ve onun tarafından verilen bir tedbir kararı, daha açık bir ifade ile bir tedbir emridir. Fakat mahkemenin dava etmeme emri verirkenki bu geniş takdir yetkisinin sınırlandırılması, bunun bir takım kriterlere tabi kılınması hukuk güvenliği açısından elzemdir. Nitekim İngiliz Mahkemeleri dava etmeme emri verirken buna ilişkin hukuki şartları çok sıkı bir şekilde irdelemekte ve fakat uygun şartların mevcudiyetinde ise bu tedbiri uygulamaktan kaçınmamaktadır.

İngiliz Mahkemeleri tarafından verilen dava etmeme emirleri aleyhine, hükmolunan tarafça büyük oranda uyulmasının sebebi, aksine davranışın İngiliz Mahkemeleri'ne saygısızlık (contemp of court) anlamı taşıyacağı ve bunun cezai yaptırımları da bünyesinde taşıyan müeyyideler içermesidir. Bu yaptırımlar, para cezası olabileceği gibi hapis cezası ve hatta doğrudan mahkeme kararına itaatsizlik eden tarafın malvarlığına el koyma şeklinde de olabilir[19].

2. Şartları

a. Salahiyete İlişkin Şartlar

İngiliz mahkemeleri davalı tarafı dava etmeme emri ile başka bir devlet mahkemesinde dava açmamasını veya açmış olduğu davasını sürdürmemesini, ancak ve ancak aleyhine dava etmeme emri istenen (kararın muhatabı olan) tarafın İngiliz Hukukunun *in personam* sorumluluğunda/yetkisinde olduğu hallerde verebilir[20]. Bu bağlamda örnek olarak, bu aleyhine dava etmeme emri istenen tarafın:

- İngiltere'de bulunuyor olması;

Court powers exercisable in support of arbitral proceedings:
(1) Unless otherwise agreed by the parties, the court has for the purposes of and in relation to arbitral proceedings the same power of making orders about the matters listed below as it has for the purposes of and in relation to legal proceedings.
(2) Those matters are:
(...)
(e) the granting of an interim injunction...

[19] **Sandrine Giroud**, Anti-Suit Injunction in International Commercial Arbitration and the Brussels I Regulation Perspectives from the West Tankers Inc. Case, Geneva 2008 s. 2 ; Acar, s. 1611; **Wilson**, s. 426.

[20] Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v. Lee Kui Jak [1987] A.C. 59, H.L. Lord Goff'un 892 de ki açıklamaları, Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd [1993] 1 Lloyd's Rep. 291.

- Bizatihi kendisinin veya yetkili temsilcisinin, mevcut dava muamelelerini yerine getirmesi veya kendisine yapılan tebligatları alması;
- Uyuşmazlık halinde uygulanacak hukuk olarak İngiliz hukukunda mutabık kalınması;
- *Long-Arm* yakıştırılması yapılan İngiliz Mahkemeleri'nin[21] 1998 tarihli Hukuk Muhakemesi Kuralları'nın (Civil Procedure Rules 1998) öngördüğü diğer durumlar örnek olarak gösterilebilir[22].

Yukarıda saydıklarımızdan ayrı telakki edilebilecek diğer bir kıstas ise İngiliz Mahkemeleri'nin doğal forum (*natural forum, forum conveniens*) olma durumudur. Bu durumun menfi ifadesi ile "*forum non conveniens* doktrininde mahkeme, dava ile daha yakın irtibata sahip ve davayı görmeye daha uygun diğer bir ülke mahkemesi bulunduğu için milletlerarası yetkisinden feragat etmektedir. Bu doktrin, uluslararası yetki çatışması veya çakışmasının olduğu durumlarda yani birçok ülke mahkemesinin aynı uyuşmazlıkta milletlerarası yetkiye sahip olduğu durumlarda uygulama alanı bulur."[23]. İngiliz Mahkemelerinde dava etmeme emri talep eden taraf, yabancı mahkemenin uygun bir mahkeme olmadığını ispatlayacağı gibi, ayrıca İngiliz mahkemelerinin bazı istisnalar dışında – uygun forum olduğunu da ispatlamalıdır[24].

b. Hukuki Yarar

İngiliz mahkemelerinin adaletsizliği bertaraf etmek adına ve hakkaniyete münasip şekilde dava etmeme emri vermesi için yukarıda saydığımız usuli koşullar dışında ayrıca bir hukuki yarar da bulunması gerekir. Zira dava etmeme emri sayesinde davalı tarafa başka bir ülke mahkemesine dava açmama veya davasını devam ettirmeme emri verilmektedir. Bu emir, her ne kadar davalı taraf aleyhine *in personam* verilen tedbir olarak şeklen gözükse de aslında yabancı ülke mahkemesinin yargılama salahiyetine gayri resmi bir şekilde karışma olarak rahatlıkla değerlendirilebilir. Nitekim İngiliz Mahke-

---

21 **Acar**, s.1610 ; **Yeşilova**, s.423.

22 **Wilson**, s.425; J. Wilson'ın makalesinin yayım tarihi olan 1997'den sonra 1998'de İngiltere'de Civil Procedure Rules 1998 yürürlüğe girerek daha evvelki Rules of the Supreme Court'u ilga etmiştir. Daha evvel Order 11 of Rules of the Supreme Court'da sayılan bu haller şu an için genel olarak 1998 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kuralları (Civil Procedure Rules 1998), Bölüm 6.20 de görülebilir. Bkz. **Yeşilova**, s.421.

23 **Nuray Ekşi**, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul Şubat 2000 s.60 ; Ayrıca "forum conveniens" ve "forum non conveniens" kavramları için bkz. **Ziya Akıncı**, Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik, Ankara 2002, s. 27-32.

24 **Jonathan Hill**, International Commercial Disputes, Londra 1998, s. 324.

meleri de yabancı ülke mahkemelerinin dava etmeme emrini kendi yargılama salahiyetlerine müdahale, bu mahkemelere karşı saygısızlık olarak algılayabileceğini öngörmüş[25] hatta bunu itiraf da etmişlerdir. Bu noktada hukuki yararın göstergesi olarak iki ana kritere başvurmak yerinde olacaktır.

İlk olarak, yabancı ülke mahkemesinde davalı tarafından başlatılan veya devam ettirilen yargılama muamelelerinin davacı taraf için kötü niyetli olması (vexatious) veya zarar verme kastı (oppressive) taşımasıdır[26].

Aleyhine dava etmeme emri istenen davalı tarafça yabancı ülke mahkemesinde açılan davanın kazanılmasının pek muhtemel olmaması, diğer tarafın taciz edilmesi veya sataşılması ve hatta hakkında karar verilen konu için tekrar muhakeme yapılmasına girişilmesi gibi haller İngiliz Mahkemelerince kötü niyetli hareketlere örnek olarak gösterilmektedir[27].

İngiliz Mahkemeleri, zarar verme kastı taşıyan durumlar için ise yabancı bir mahkemede hakkaniyete aykırı olarak dava açan veya davasını sürdüren tarafın bu davranışının dava etmeme emri talep eden için ne derece hakkaninete aykırı olduğunu ölçmektedir. Eğer yabancı mahkemede dava açan veya bunu sürdüren taraf için, açtığı veya sürdürdüğü bu davada meşru (*legitimate*) bir avantajı olsa bile, bu durumda İngiliz Mahkemeleri tarafın yararına (avantajına) dahi olsa onu bu şekilde hareket etmekten alıkoyamaz[28]. Burada önemli olan soru, hangi avantajın (yararın) meşru olup olmadığı noktasında toplanmaktadır .Bu açıdan değerlendirdiğimizde, yabancı yargılamanın sun'i bir karaktere sahip olmaması gerektiğini söyleyebiliriz[29]. Örneğin, tarafça yabancı mahkemeden sadece sorumsuzluğunun tespitini isteyip bunu sadece aşikar bir şekilde *forum shopping* olarak yapıyorsa burada bir zarar verme kastı vardır[30]. Ne var ki, dava etmeme emrinin verilebilmesi için bunu talep eden taraf, adaletin sağlanması adına, diğer tarafın yabancı mahkemede usuli yargılama işlemleri yapmaması gerektiğini gerekçelendirmelidir[31].

---

[25] Lord Portarlington v. Soulby [1834] 3. My. and K. 104, World Pride Shipping Ltd v. Daiichi Chuo Kisen Kaisha (The "Golden Anne") [1984] 1 Lloyd's Rep 489 , South Carolina Co v Assurantie Maatshappij de Zeven Provincien NV [1987] AC 24, s. 40.

[26] South Carolina Co v Assurantie Maatshappij de Zeven Provincien NV [1987] AC 24 s. 40, Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v. Lee Kui Jak [1987] A.C. 59 **Wilson**, s.427; "vexatious, oppresive, unconscionable" terimlerinin türkçe karşılıkları için Bkz. **Acar**, s.1610. Bu iki hal için kimi zaman "insafsızca" (unconscionable) ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. **Acar**, s.1611.

[27] **Wilson**, s.428.

[28] Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v. Lee Kui Jak [1987] A.C. 59.

[29] Smith Kline v. Bloch [1983] 1 W.L.R 730, Simon Engineering v. Butte Mining [1996] 1 Lloyd's Rep. 91.

[30] Sohio v. Gatoil [1989] 1 Lloyd's Rep. 588.

[31] **Wilson**, s.428.

Taraflardan herhangi biri sözleşmedeki münhasır yetki veya tahkim klozunu ihlal ederse, o zaman ortada zaten kötü niyetli ve zarar verme kastı taşıyan bir durum söz konusudur. İngiliz Mahkemesi taraflar arasındaki bir sözleşmede tahkim klozu olmasına rağmen İtalya Mahkemelerinde dava açmış taraf aleyhine dava etmeme emri vermiştir. Nitekim İngiliz Mahkemesi burada tahkim anlaşmasına taraf olan ve fakat sonradan bunu ihlal eden tarafın kısıtlanmasından imtina edecek herhangi bir neden olmadığını belirtmiştir. İlgili *The Angelic Grace*[32] davasında, ihtilaf donatan ile çarterer arasında çıkmıştır. Donatan İngiltere'de yargılama işlemlerine başlayarak, mahkemeden, çarterer ile olan uyuşmazlığın Londra'da tahkim edilmesi gerektiğine ve çartererin uyuşmazlığı başka bir yer mahkemesine götürmemesi için dava etmeme emri talep etmiştir. İngiltere'de başlayan bu yargılama işlemlerinin çarterere tebliği üzerine, bu defa çarterer İtalya'da yargılama işlemlerine başlar. Akabinde, çarterer İngiliz Mahkemeleri'ne başvurarak, donatan ile akdettikleri tahkim sözleşmesinin kapsamını ve ilgili uyuşmazlığın tahkime konu olup olmadığını sorar. Mahkeme uyuşmazlığa ilişkin tüm iddia ve karşı iddiaların tahkimle çözümlenmesi gerekmediğine hükmeder. Buna rağmen, çarterer İtalya'da yargılama işlemlerine devam ederek, tahkim sözleşmesini açıkça ihlal eder. Mahkeme bunun üzerine dava etmeme emri verir fakat çarterer hükmü İstinaf Mahkemesi'ne götürür. İstinaf Mahkemesi de, açık münhasır yetkili tahkim hükmüne rağmen çartererin İtalya'da yargılama işlemlerine girişmesini, bu işlemi gerçekleştiren tarafın açıkça kötü niyetini yansıttığını belirtmiştir. Benzer şekilde, münhasır yetki klozuna rağmen Yunan Mahkemeleri'nde dava açan taraf için İngiliz Mahkemeleri, diğer tarafın talebi neticesinde dava etmeme emrine hükmetmiştir[33].

c. Yabancı Mahkemede Davanın Takip Edilmemesi

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız şartların oluştuğu durumlarda, bir tarafça İngiliz Mahkemelerine başvurularak, diğer tarafın yabancı mahkemede yargılama işlemlerine devam etmemesini temin için dava etmeme emrinin talep edildiği hallerde, bu talebi yapan taraf, yabancı mahkemede ihtilafın esasına ilişkin olarak usuli işlemler yapmış ise, dava etmeme emri talebi reddedilecektir. Nitekim bu durumda artık dava etmeme emri talep eden tarafın yabancı mahkemenin yetkisini kabul ettiği kabul edilmektedir.

Bu konuya ilişkin *Marc Rich & Co. A.G. v. Societa İtaliana Impianti P.A. (The "Atlantic Emperor")*[34] davasını kısaca özetlemek gerekirse, Impianti

---

[32] Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. v. Pagnan S.P.A., (The "Angelic Grace") 1 Lloyd's Rep. 87.

[33] Continental Bank N.A v. Aeakos Compania Naviera S.A. [1994] 1 W.L.R 588.

[34] Marc Rich & Co. A.G. v. Societa İtaliana Impianti P.A. (The "Atlantic Emperor") (No.2.) [1992] 1 Lloyd's Rep. 624.

şirketi Marc Rich şirketine 1987 yılı içerisinde İran ham petrolü satmıştır. Bahse konu ham petrol Atlantic Emperor gemisine yüklenerek Marc Rich'e gönderilmiştir. Marc Rich şirketi gönderilen ham petrolü teslim aldıktan sonra, ham petrolün su ile karışık olduğunu, bu sebeple sözleşmede belirtilen vasıfları taşımadığını (bu durumu biz ayıplı ifa olarak değerlendiriyoruz) iddia etmiştir. Ayrıca bu ihtilaftan dolayı davanın İngiliz hukukuna göre Londra Tahkimi'nde çözümlenmesi gerektiğini belirtmiştir.

18 Şubat 1988 tarihinde, Impianti şirketi, Cenova Mahkemesi'nde, bu ayıplı ifadan dolayı sorumlulu olmadığına dair menfi tespit davası açmıştır. Akabinde, 29 Şubat 1988 tarihinde, Marc Rich kendi hakemini atayarak, Impianti şirketinden de kendi hakemlerini atamasını istemiştir. Bu talep üzerine, Impianti şirketi hakem atamasında bulunmamış ve Marc Rich şirketi de ilgili 1950 sayılı İngiliz Tahkim Kanunu gereği Londra Ticaret Mahkemesi'nden atamayı yapmasını ve Impianti'ye mahkeme tarafından yapılacak hakem ataması ile ilgili bir müzekkere yazılmasını istemiştir. Mahkeme de bunu kabul etmiştir[35].

8 Temmuz 1988 tarihinde ise, Impianti Londra Ticaret Mahkemesi'ne başvurarak, taraflar arasındaki ihtilafın İtalya'da çözümlenmesi gerektiğinden bahisle, mahkemenin verdiği hakem atamasına ilişkin müzekkere yazılmasına dair kararın kaldırılmasını talep etmiştir. Mahkeme bu talebi reddetmiş ve akabinde Impianti şirketi bu kararı bir üst mahkeme olan İstinaf Mahkemesi'nde temyiz etmiştir. İstinaf Mahkemesi önündeki bu konu hakkında karar vermek için öncelikle tahkim klozu ile akalı olarak Brüksel Konvansiyonu m.1'i de dikkate alarak, ATAD'a muhtelif sorular sormuştur. Bu zaman dilimi içinde Marc Rich firması ise Cenova Mahkemesi'nin yetkisizliğini, bu mahkeme önünde öne sürmüş, 22 Kasım 1988 yılında ise İtalyan Yargıtay'ına başvurarak Impianti şirketi ile aralarında bir tahkim anlaşması olduğunu belirtmiş, bu sebeple İtalyan Mahkemeleri'nin ilgili ihtilafta yetkisiz olduğuna dair karar verilmesini talep etmiştir[36].

25 Ocak 1991 yılında, İtalyan Yargıtay'ı Marc Rich'in bu talebini çeşitli hukuki gerekçelere dayanarak reddetmiştir. Bunun üzerine Marc Rich şirketi, 14 Mayıs 1991 tarihinde Cenova Mahkemeleri'nde layiha vererek haklılığını savunmuş ve buna bağlı duruşmalar 4 Haziran ve 2 Temmuz 1991 yıllarında görülmüştür. Bu arada ATAD, Brüksel Konvansiyonu'nun tahkimle ilgili bir istisna taşıdığından ihtilafa uygulanmayacağına karar vermiştir. Bu karar üzerine Marc Rich şirketi, 29 Ekim 1991 yılında İngiliz Mahkemeleri'ne başvurarak, Impiati şirketinin tahkim sonuna kadar, Cenova Mahkemeleri'nde-

---

35 *The Atlantic Emperor,* age, s.1.

36 *The Atlantic Emperor,* age, s.1.

ki derdest davaya devam etmemesini temin amacıyla dava etmeme emri talep etmiştir[37].

Mahkeme bu talebi, Marc Rich şirketinin, 14 Mayıs 1991 tarihli layihası ile Cenova Mahkemesi'nin yetkisini bir anlamda kabul ettiği gerekçesiyle reddetmiştir. Nitekim Marc Rich şirketinin, Cenova Mahkemesi'nin yetkili olmadığını iddia ettiğini, bir durumda ayrıca ihtilafdaki esasa ilişkin konularda herhangi bir layiha verilmesine ve bu konulara girilmesine gerek olmaması gerektiğini, bu davranışıyla Marc Rich şirketinin Cenova Mahkemesi'nin yetkisini açıkça ve gönüllü olarak kabul ettiğini belirtmiştir[38].

Marc Rich şirketi, bu red kararı üzerine İstinaf Mahkemesi'ne gitmişse de mahkeme, Marc Rich şirketinin 22 Kasım 1988 yılında İtalyan Yargıtay'ında yaptığı talebin, sadece yetki itirazını içerdiğinden bu talebin İtalyan Mahkemeleri'nin yetkisini kabul anlamına gelemiyeceğini ve fakat şirketin 14 Mayıs 1991 tarihinde layihası ile Cenova Mahkemesi'ne yaptığı başvurunun ise esasa ilişkin iddiaları ve savunmaları ihtiva etmesi nedeniyle ve bu durumda artık Marc Rich şirketinin Cenova Mahkemesi'nin kararıyla bağlı olduğu gerekçesiyle reddetmiştir[39].

Görüleceği üzere, eğer dava etmeme emrini talep eden taraf, yabancı mahkeme önünde (yetki itirazı dışında) usuli işlemler gerçekleştirirse, bu durumda İngiliz Mahkemeleri, ihtilaf konusunun dava etmeme emri şartlarını taşıdığını kabul etse dahi, sadece bu emri talep eden tarafça yabancı mahkemede usuli işlemler yapıldığından bahisle, dava etmeme emri talebini reddedebilecektir[40].

II. BRÜKSEL KONVANSİYON REJİMİ KARŞISINDA DAVA ETMEME EMİRLERİ

1. Genel Olarak

AB'nin önceki oluşum şekli olan AET'ye üye devletlerin mahkemeleri arasındaki salahiyet hususu, Brüksel Konvansiyonu[41] hükümleri çerçevesin-

---

37 *The Atlantic Emperor,* age, s.1.

38 *The Atlantic Emperor,* s.1.

39 Ayrıca bkz. A/S D/S Svenborg v. Wansa [1997] 2 Lloyd's Rep. 183 ; Markel International Company Limited v. Mrs P.M.M. Craft and 2 others [2006] EWCH 3150 (Comm).

40 **Hill** (1), s.333.

41 Orjinal ismi ile 27 Eylül 1968 tarihli "Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters of 27 September 1968". Orjinal İngilizce metin için çevrimiçi bkz. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:EN:HTML

de düzenlenmiştir[42]. Daha sonra AB, Brüksel Konvansiyon rejimini iç hukukuna alarak Brüksel I Tüzüğü'nü kabul etmiştir.

Brüksel Konvansiyonu'nun ana hedefi, o zamanki AET'ye üye devletler arasındaki ekonomik etkinliği arttırmak ve tek bir pazar yaratmak için, yine bu devletler arasındaki yargı salahiyetlerini eş güdümlemek ve paralel yargılamaların (*parallel litigation*) önüne geçmektir. Brüksel Konvansiyonu, AET üyesi devletler nezdinde yetkili mahkemenin tespitine dönük ve ayrıca bu üye devletler dahilindeki devlet mahkemeleri arasında tanıma ve tenfize ilişkin hükümleri sistematize ederek vaz'etmiştir. Lugano Konvansiyonu[43] da aynı gerekçelerle, Brüksel Konvansiyonu hükümlerine paralel düzenlemeler getirerek[44] Brüksel Konvansiyon rejimi altında bulunan devletlere ek olarak, EFTA'yı da[45] kapsayacak şekilde bu rejimi genişletme amacını gütmüştür[46].

AB, 2000 yılı içerisinde, Brüksel Konvansiyonu'nu kendi iç hukuku haline getirmeye karar vererek, bunun sonucunda Brüksel I Tüzüğünü kabul etmiştir. İlave etmemiz gerekir ki, Brüksel I Tüzüğü, Brüksel Konvansiyonu'nun ötesinde "*forum contractus*", "tüketici uyuşmazlıklarında yetki", "derdestlik (*lis pendes*)" gibi konularda daha gelişmiş hükümler vaz'etmiştir. Brüksel I Tüzüğü, Brüksel Konvansiyonu'nun amaçlarına ilaveten hukuk ve ticari konulara dair mahkeme kararlarının Avrupa Birliği ülkelerinde serbestçe dolaşımını da düzenlemektedir[47].

Brüksel Konvansiyonu[48] özellikle ilk üç kısımda taşıdığı hükümler nede-

---

42 Brüksel ve Lugano Konvansiyonları için bkz. **Akıncı**, s.109-111.

43 Orjinal ismi ile 16 Eylül 1988 tarihli "Convention of 16 September 1988 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters". Orjinal İngilizce metin için bkz. http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/c-textes/lug-idx.htm

44 Her iki Konvansiyonun da, taraf devletler arasında diğerlerinin mahkemelerinde verilecek kararlara ilişkin karşılıklı güven ilkesine dayandığına ilişkin bkz. **Acar**, s.1616.

45 Avrupa Serbest Ticaret Birliği orjinal ismi ile European Free Trade Association (EFTA) o zamanki adıyla Avrupa Ekonomik Topluluğu'na alternatif bir örgüt olarak 1960 yılında Avustrya, İngiltere, Norveç, Portekiz, İsveç, İsviçre ve Danimarka tarafından kurulmuştur. Şu an sadece Norveç, İsviçre, İzlanda ve Lihtenştayn EFTA üyesi devletler olarak kalmışlardır. Diğer eski EFTA ülkeleri AB üyesi olmuşlardır.

46 Lihtenştayn, Lugano Konvansiyonu'nun tarafı olmadığından hükümlerine de tabi değildir.

47 **Giroud**, s.5.

48 Çalışmamızda, Brüksel Konvansiyonu için geçerli olacak hususların Brüksel I Tüzüğü için de geçerli olacağını belirtmek isteriz. Bu sebeple, herhangi bir düzenleme için yaptığımız atıf, diğeri için de geçerli olacaktır.

niyle dava etmeme emirlerini etkileyebilecek niteliktedir. Bu babda, ilk kısım Konvansiyonun yetki alanını düzenlerken, ikinci kısımda Konvansiyonun düzenlediği yargı salahiyetinin muhtevası ve üçüncü kısımda ise tanıma ve tenfiz hükümleri Konvansiyon tarafı üyeler için yekneksaklığın sağlanması için düzenlenmiştir. Konvansiyonun ana amaçlarından olan, aynı taraflarca, aynı konuda açılan davalarda farklı üye devlet mahkemelerinin çelişkili kararlar vermesinin önüne geçilmesi, ancak Konvansiyon m.21'in[49] (Brüksel I Tüzüğü m.28) geniş yorumlanması ile giderilebilecek mahiyettedir. İlgili maddede, eğer aynı konu ve aynı taraflarca farklı üye devletlerde dava açılmışsa, ilk dava açan mahkemenin vereceği kararın diğer mahkemeler için bağlayıcı nitelikte olacağı belirtilmiştir.

2. Overseas Union Insurance Ltd. v. New Hampshire Insurance Co. Davası

ATAD, *Overseas Union Insurance Ltd. v. New Hampshire Insurance Co.*[50] davasında ilk başvurulan mahkemenin yetkili olması gerektiği konusunda tarafların ikametgâhlarını ve salahiyetine temel teşkil edebilecek argümanlara bakmadan kabul etmiştir. Bu davada mahkeme, ikinci başvurulacak mahkemenin hiçbir şekilde ilk başvurulacak mahkemeden birinci başvurulan mahkemenin yetkili olup olmadığına karar verilmesi noktasında daha elverişli bir konumda olamayacağını vurgulamıştır[51]. Bazı yazarlar bu karar üzerine, artık İngiliz Mahkemelerinin, Konvansiyonun kapsamı dahilinde olmak şartıyla, mutlak İngiliz Hukuku salahiyetine girdiğini düşündüğü bir ihtilafın başka bir ülke mahkemesine götürülmemesi veya götürülmüşse devam edilmemesi doğrultusunda dava etmeme emri veremeyeceğini ifade etmişlerdir[52].

---

[49] Brüksel Konvansiyonunun 21. Maddesi:
"Aynı taraflar arasında ve aynı dava sebebini içeren işlemler farklı akit devletlerin mahkemelerine getirildiklerinde, ilk el koyan mahkemeden başka herhangi mahkeme ilk el koyan mahkemenin yetkisi kuruluncaya kadar bu işlemleri kendi kararıyla durduracaktır.
İlk el koyan mahkemenin yetkisi kurulmuşsa, ilk el koyan mahkemeden başka herhangi bir mahkeme o mahkeme lehine yetki reddinde bulunacaktır."; **Ata Sakmar/Nuray Ekşi**, "Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü", Ergin Nomer'e Armağan, İstanbul 2003.

[50] Overseas Union Insurance Ltd. v. New Hampshire Insurance Co.Case C-351/89 [1991] ECR I-3317.

[51] Case C-351/89 [1991] ECR I-3317.

[52] **Hill** (1), s. 336 ; **Ambrose** (1), s.414.

3. Continental Bank NA v. Aeakos Compania Naviera SA Davası

Continental Bank NA v. Aeakos Compania Naviera SA[53] davasında Aeakos firması tarafından aralarındaki uyuşmazlık konusu dava öncelikle Yunan Mahkemeleri'nde açılmıştır. Fakat Continental bankası, açılan bu davanın taraflar arasındaki sözleşmede yer alan uyuşmazlık durumunda İngiliz Mahkemelerine yetki veren klozun ihlali olduğunu belirterek, İngiliz Mahkemeleri'nden Aeakos firmasına *in personam* yönlendirilmek üzere ve bu tarafın Yunan Mahkemeleri nezdinde davaya devam etmemesini temin amaçlı, dava etmeme emri talep etmiş ve İngiliz Mahkemesi de bunu kabul etmiştir. İngiliz Mahkemesi buna gerekçe olarak, Konvansiyon m.17'nin[54] (Brüksel I Tüzüğü m.23), Konvansiyon m.21'e nazaran öncelikli uygulama alanı olduğunu belirtmiştir. Buna ilaveten, davanın Yunan Mahkemelerinde görülmesi durumunda, bunun "kötü niyet" (vexatious) ile "zarar verme kastı" (oppressive) ile dava açılması hallerine örnek teşkil ettiğini belirterek gerekçelendirmiştir. Yargıç Steyn LJ ilgili kararında özetle "eğer ilk başvurulan mahkeme, yargı çevresini belirlemede mutlak yetkili görülürse, bu takdirde tarafların tamamen özgür iradeleri ile seçmiş oldukları münhasır yetkili yargı çevresi külliyen göz ardı edilecektir." demektedir. Yargıç Steyn LJ kararını gerekçelendirirken, *Kloeckner & Co AG v. Gasoil Overseas Inc.*[55] davasına atıf yaparak, bu davadaki "münhasır yetki konusunda en isabetli kararı verecek mahkemenin sözleşmede tarafların seçtiği yetkili mahkeme olduğu" hükmünü kararına mesnet etmiştir. Görüldüğü gibi Aeakos davasında Yunan mahkemeleri her ne kadar Konvansiyon m.21 anlamında ilk başvurulan mahkeme olmuş olsa da, İngiliz Mahkemeleri Konvansiyon m.17 bağlamındaki münhasır yetki hükmünün öncelikli uygulanması gerektiğini belirterek, Continental bankası lehine, Aeakos firmasının Yunan Mahkemeleri nezdinde davaya devam etmemesini temin için bu firmaya dava etmeme emri verilebileceğine hükmetmiştir[56].

4. Gasser v. MISAT Davası

ATAD tarafından incelenen *Gasser v. MISAT*[57] davasında ihtilaf bir satış sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Aralarında vuku bulan uyuşmazlık

---

[53] Continental Bank NA v. Aeakos Compania Naviera SA [1994] 1 WLR 588.

[54] Brüksel Konvansiyonu m.17 ile iki tarafın bir akit devletinde uyuşmazlığın çözümü için yetkili kılındığı durumları düzenlemektedir.

[55] Kloeckner & Co AG v. Gasoil Overseas Inc. [1990] 1 Lloyd's Rep. 175.

[56] Continantal Bank davasında Yargıç Steyn LJ, "The Filiatra Legacy" davasındaki Yargıç Saville J'e atıf yaparak " Brüksel Konvansiyonu'nda hiçbir hükmünün münhasır yetkili mahkeme icrasına matuf İngiliz Mahkemeleri'nin tarafından verilecek dava etmeme emrine muhalif olmadığını" belirtmiştir.

[57] Erich Gasser G.M.B.H. v. Misat Srl , Case C-116/02 [2004] 1 Lloyd's Rep. 222.

neticesinde ilk olarak alıcı MISAT Roma'da yargılama işlemlerine girişmiş ve akabinde de satıcı Gasser Avusturya'da aynı şekilde muhakeme işlemlerine başlamıştır. Satıcı, alıcı ile aralarındaki satım sözleşmesi gereği, Brüksel Konvansiyonu m.17 anlamında münhasır yetkili mahkemenin Avusturya mahkemeleri olduğunu dermeyan etmiş olsa da, alıcı bunun hukuki gerçeği yansıtmadığını beyan etmiş ve bu sebeple Avusturya Mahkemeleri'nce ATAD'a diğer soruların yanında aşağıdaki sualleri, Konvansiyon'un uygulanmasının açıklığa kavuşturulması amacıyla yöneltilmiştir:

- Kendisine ilk başvuru yapılan mahkemeden (Konvansiyon m.21) başka bir devlet mahkemesi, Konvansiyon m.17 ışığında eğer taraflar arasında münhasır yetkili kılınmışsa, bu ikinci başvurulan taraflarca sözleşme gereği münhasır yetkili olması kararlaştırılan mahkeme, ilk başvuru yapılan mahkemenin yetki ile ilgili kararını ele alabilir mi?

- İlk başvurulan devlet mahkemesinde (Konvansiyon m.21) yargılamanın çok uzun sürmesi ve bu sebeple diğer tarafın bu durumdan ciddi anlamda zarar görmesi halinde, taraflar arasında sözleşmede belirtilen münhasır yetkili mahkemede dava açılmasına cevaz verilebilir mi[58]?

ATAD bu sorulara karşılık, yukarıda değindiğimiz İngiliz İstinaf Mahkemesi'nin Aeakeos davasında Konvansiyon m.17'nin, Konvansiyon m.21'e nazaran öncelikle uygulanması gerektiğine dönük içtihadına muhalif şekilde:

- Sonradan (ikinci) başvurulan mahkemenin ilk mahkeme kararını açıklayana dek herhangi bir yargılama işlemi yapmamasını, eğer ilk başvurulan mahkeme yetki konusunda kendisinin salahiyetini uygun görürse, bu durumda sonradan (ikinci) başvurulan mahkemenin ilk başvurulan mahkeme lehine davayı reddetmesi gerektiğini,

- İtalyan Mahkemeleri'nin (ilk başvurulan mahkeme olarak), taraflar arasındaki örneğin İngiliz Mahkemeleri'nin münhasır yetkili olacağına dair sözleşme şartının geçerli bir madde olup olmadığı konusunda karar vermeye yetkili olduğunu,

- Konvansiyon m.21'in herhalükarda öncelikle uygulanması gereken bir hüküm olduğunu, hatta stratejik olarak bir tarafın ilk başvurulan mahkemedeki yargılama sürecinin ciddi anlamda uzun sürmesinden istifade edebilecek olması ve bunun diğer taraf için ciddi zararlara sebebiyet vermesinin bunu değiştiremeyeceğini, Konvansiyon'a taraf devletlerin, diğer taraf devletletin hukuk sistemlerine ve adalet mercilerine güven duymaları gerektiğini belirtmiştir[59].

---

[58] Erich Gasser G.M.B.H. v. Misat Srl, age, s.1.

[59] Erich Gasser G.M.B.H. v. Misat Srl, age, s.13,14.

Adalet Divanı ayrıca karara dayanak yaklaşımını, kesinlik, paralel yargılamaların önüne geçmek ve ikinci başvurulan mahkemenin hiçbir zaman ilk başvurulan mahkemeden yetki ile ilgili konuda daha iyi karar veremeyeceği argümanlarıyla gerekçelendirmiştir[60].

5. Turner v. Grovit Davası

Dava etmeme emrini, Brüksel Konvansiyonu çerçevesinde tahkim perspektifli değerlendireceğimiz bir sonraki bölüme geçmeden önce İngiliz Lordlar Kamarası'nın ve ATAD'ın *Turner v. Grovit*[61] kararlarını incelemek yerinde olucaktır.

Kısaca ilgili davayı özetleyecek olursak, bir avukat olan Gregory Paul Turner 1990 yılında döviz bürosu işleriyle uğraşan bir grup şirkette çalışmaya başlamıştır. Davalılardan İsmail Grovit (birinci davalı) ise Belçika'da ikamet eden bu şirketler grubunun sahibidir. Paul Turner işe grubun Londra'daki şirketlerinde başlamış daha sonra ise davalı grup şirketlerinden İrlanda merkezli fakat İngiltere'de de tescil olunan Harada Ltd. şirketinin (ikinci davalı) bordrosuna girmiştir. 1996 yılına geldiğimizde, Paul Turner İspanya'ya yerleşmek istediğini şirkete beyan etmiş ve mevcut aynı şartlarda işe devam etmek koşuluyla iş akdi devam ettirilmiştir. Paul Turner'ın, bu zaman zarfında grup şirketleri ve İsmail Grovit ile araları açılmış, sonradan iş akti feshedilmiştir. Bunun üzerine Paul Turner İngiltere'ye dönerek Harada Ltd. şirketine karşı iş aktinin haksız yere feshedilmesinden dolayı dava açmıştır. Davalı şirket bu davada, Paul Turner'ın iş aktinin feshedildiği zamanda İngiltere'de değil ve fakat İspanya'da çalıştığından bahisle (sözleşmenin ifa yeri olduğunu dermeyan ederek) İngiliz Mahkemeleri'nin yetkisine itiraz etmiştir. İngiliz Mahkemeleri'nin yetkisizliğine alternatif bir argüman olarak da, davanın Harada Ltd.'nin asıl merkezinin İrlanda'da olması sebebiyle İrlanda'da veya İsmail Grovit'in asıl ikametgahının Belçika olduğunu belirterek Belçika'da açılması gerektiğini beyan etmiştir. Fakat İstinaf Mahkemesi bu iddiaları yerinde görmeyerek reddetmiştir. Akabinde İş Mahkemesi, Paul Turner lehine tazminata hükmetmişse de bunu takiben Harada Ltd. ve grubun İspanya ayağındaki şirketi Changepoint SA (üçüncü davalı) Madrid Mahkemeleri'nde Paul Turner'ın iş sözleşmesi gereği çalışma borcunun ifa yerinin İspanya olduğunu öne sürerek, Paul Turner'a karşı iş akdini ihlal ettiğinden dolayı dava açmışlardır. Madrid Mahkemeleri, bu davada yargılama yetkisinin olduğunu kabul ederek, yargılamaya başlamıştır. Fakat Paul Turner, Madrid Mahkemelerinin yetkisini kabul etmeyerek davayı takipten imtina etmiş ve İspanya'da devam eden yargılamanın hakkın kötüye kullanımı

---

60 Erich Gasser G.M.B.H. v. Misat Srl, age, s.9.

61 Turner v. Grovit [2001] UKHL 65, Case C-159/02 [2004] 2 Lloyd's Rep. 169.

olduğuna müsteniden Londra Mahkemelerine başvurarak, üçüncü davalının Paul Turner aleyhine Madrid Mahkemeleri'nde başlatmış olduğu davaya devam etmemesi; birinci ve ikinci davalınında, [kendi kontrollerindeki] üçüncü davalının, Madrid Mahkemeleri'ndeki davasını devam etmemesinin sağlanması amacıyla, bir dava etmeme emri talep etmiştir[62].

Paul Turner'ın bu talebi *ex parte (tek taraflı beyanla)* kabul edilse de, daha sonra nöbetçi hakim tarafından bozulmuş fakat Turner'ın başvurusu üzerine İstinaf Mahkemesi (Court of Appeal), İspanya'da devam eden yargılamanın tamamen İngiltere'deki muhakeme sürecine sekte vurmak amacıyla başlatıldığını ve İspanya'da başlatılan yargılama konusunun İngiltere'deki ile aynı olduğunu, bu sebeple İspanya Mahkemeleri'nin Brüksel I Tüzüğü m.28 (Konvansiyon m.21) gereğince yetkisizliğine karar vermesi gerektiğini belirtip, davacı Paul Turner lehine dava etmeme emri verilmesine hükmetmiştir. Davalılar İstinaf Mahkemesince verilen dava etmeme emri üzerine Madrid'de başlattıkları yargılamayı takip etmekten vazgeçerler ve dava etmeme emrine karşı İngiliz Mahkemelerinin Brüksel I Tüzüğü (Konvansiyonu) çerçevesinde dava etmeme emri veremeyecekleri iddiası ile Lordlar Kamarası'nda dava açarlar.

Lordlar Kamarası'ndaki yargıçlardan Lord Hobhouse kararında, genel olarak dava etmeme emrinin tarihi derinliklerinden başlayarak, bu tedbirin hangi şartlar altında alınabileceğini bizim yukarıda ilk bölümde açıklamaya çalıştığımız zaviyeden tetkik etmiş ve özellikle dava etmeme emri kavramının terminolojik olarak yanlış anlamaya müsait olduğunu, nitekim burada yabancı mahkemenin yetkisinin sorgulanmadığını vurgulayarak, bu tedbirin sadece karşı tarafa *in personam* olarak yöneltidiğini belirterek *SNI Aerospatiale v. Lee Kui Jak*[63] davasındaki Lord Goff'un dava etmeme emrinin *in personam* olarak yöneltildiği kişiye karşı ancak icra edilebildiği ölçüde etkili olabileceğine hükmetmiştir. Lordlar Kamarası kararında her ne kadar İstinaf Mahkemesince dava etmeme emri verilmesinin uygunluğuna dair gerekçeleri sıralamışsa da ATAD'a:

İngiliz Mahkemelerinin, davalı taraf aleyhine, bu tarafın kötü niyetle ve görülecek dava için uygun mahkemenin İngiliz Mahkemeleri olduğunu bile bile, bunu baltalamak gayesiyle yabancı mahkeme önünde dava açacağına veya bunu takip edeceğine dair davacı tarafa gözdağı vermesi durumunda, dava etmeme emri vermesi halinde, bu hususun Brüksel Konvansiyon rejimine aykırılık teşkil edip etmeyeceği sorulmuştur[64].

---

62 Turner v. Grovit, age, s.1.

63 SNI Aerospatiale v. Lee Kui Jak [1987] AC 871.

64 Turner v. Grovit, age, s.1.

Adalet Divanı, Brüksel Konvansiyonu'na (benzer şekilde Lugano Konvansiyonu'na) taraf devletler arasında diğerlerinin mahkemelerinden verilecek kararlar için karşılıklı güven ilişkisinin mevcudiyetini öncelikle vurgulamıştır. Konvansiyon, akit devletlerden birinin mahkemesinin yetkisinin diğer bir taraf devletindeki mahkeme tarafından gözden geçirilmesine izin vermemektedir[65]. ATAD, yabancı bir mahkemeye davanın götürülmemesi şeklindeki bir emri, Konvansiyon rejiminin ruhuna aykırı ve yabancı mahkemenin yetkisine bir müdahale olarak görmektedir[66]. "Söz konusu müdahale, bunun sadece dolaylı olduğu ve yabancı devlette işlem başlatan davalı tarafından [dava etmeme emrini veren devletteki] işlemlerin sekteye uğratılmasının önlenmek istenmesi ile haklı çıkarılamaz. Şöyle ki, davalının irdelenen davranışının suistimali havi olduğu konusunda verilen hüküm, işlemlerin diğer devletin mahkemesine getirilmesinin uygunluğuna ait bir değerlendirme ima eder. Böyle bir değerlendirme, ... [yukarıda işaret edilen] Konvansiyon'un desteklediği karşılıklı güven prensibine ve [Konvansiyon'un] bir mahkemeyi bu davada uygulama alanı bulunmayan özel hususlar hariç, diğer bir üye devlet mahkemesinin yetkisini gözden geçirmekten yasaklamasına aykırıdır."[67] Bir an olsun verilen dava etmeme emrinin, önüne dava gelen mahkemenin kendi usuli yetki sahasındaki bir işlem olduğu düşünülse dahi, ulusal usuli hükümlerin asla Brüksel Konvansiyonu'nun öngördüğü ruhu ve sistemi zayıflatıcı nitelikte olmaması gerektiği akıldan çıkarılmamalıdır.[68] "Sonuç olarak, ulusal mahkemeye verilen cevap, Konvansiyon'un bir taraf devlet mahkemesinin bir tedbir vermek sayesinde bir tarafı diğer taraf devletin bir mahkemesinde kanuni işlemler başlatmak veya devam ettirmekten yasaklamasını, bu taraf mevcut işlemleri sekteye uğratmak açısından kötü niyetli davransa bile, önlediği şeklinde yorumladığı olmalıdır.[69]".

ATAD, vermiş olduğu bu kararda da dava etmeme emrine karşı olan yüzünü açıkça göstermiştir. Nitekim bu karar konuyla ilgilenen hukukçularca sürpriz olarak karşılanmamıştır. Zira dava etmeme emrinin Konvansiyon rejimi karşısındaki pozisyonu bir süredir tartışmalıydı[70]. Karar gereğince, İngiliz Mahkemeleri'nde devam eden yargılama işlemlerini etkisiz hale getirmek için kötü niyetle İspanyol mahkemelerinde muhakemeye başlayan davalı tarafın, işbu kötü niyeti ancak ve ancak İspanyol mahkemelerinin belirleyebileceği bir durumdur. Nitekim bu hal, Konvansiyon'a taraf devletler arasındaki

---

65 Turner v. Grovit, age, s.2.

66 Turner v. Grovit, age, s.2.

67 **Acar**, s.1617.

68 Turner v. Grovit, age, s.2.

69 **Acar**, s.1617-1618.

70 **Andrew Dickinson**," A Charter for Tactical Litigation in Europe?", Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, Londra 2004,Part 3, s.273.

karşılıklı güven ilkesine uygunluk teşkil etmektedir. Adalet Divanı ayrıca, dava etmeme emrinin sadece *in personam* bir etkisinin olmadığı, yabancı ülke mahkemesinin yetkisine dolaylı olarak müdahale edildiğini belirtilmek suretiyle, davalının kötü niyetli olması halinde dahi bu müdahalenin Konvansiyon rejimine aykırılık teşkil ettiğini ifade etmiş, bu hallerde de dava etmeme emri verilemeyeceğini hüküm altına almıştır.

III. BRÜKSEL KONVANSİYONU IŞIĞINDA TAHKİM VE DAVA ETMEME EMRİ

Bu bölümde *Allianz SpA (önceki adıyla Riunione Adriatica di Sicurta SpA) v. West Tankers Inc. ("The Front Comor")*[71] davasını İngiliz Lordlar Kamarası ve ATAD kararları ışığında değerlendirilip, bu kararların ileride vuku bulacak diğer uyuşmazlıklara etkisi gösterilmeye çalışılacaktır.

Konu olayda West Tankers Inc. şirketinin maliki olduğu Front Comor gemisi, 2000 yılının Ağustos ayında Erg Petroli SpA şirketine çartera verilmiştir. Gemi Siracusa'da bulunduğu esnada Erg şirketine ait iskeleye çarparak, hasara sebebiyet vermiştir. West Tankers şirketi ile Erg şirketi arasında yapılan çarter sözleşmesinde Londra tahkiminin ihtilaf vukuunda nihai çözüm mercii olduğu belirtilmiştir. Erg şirketi, iskeledeki zarar sebebiyle öncelikle kendi sigorta şirketi olan Riunione Adriatica di Sicurta SpA'ya sigorta limiti kapsamındaki kayıplarını karşılamış ve bu miktarın üzerindeki zararları için çarter sözleşmesi hükmüne istinaden Londra Tahkimi'ne başvurmuştur.

Erg şirketinin iskele zararlarını, sigorta bedeli ölçüsünde karşılayan sigorta şirketi Riunione Adriatica di Sicurta SpA (dava sırasında ismi değişerek Allianz SpA olmuştur.), 2003 yılı Temmuz ayında West Tankers Inc. şirketi aleyhine Siracusa Mahkemesi'nde İtalyan Medeni Kanunu m.1916 uyarınca sigorta tazminatı ödediği Erg şirketinin halefi sıfatıyla ve ayrıca Brüksel I Tüzüğü m.5(3)'e göre (Brüksel Konvansiyonu m.5(3)) dava açmıştır. Bunun üzerine, 2004 yılının Eylül ayında West Tankers şirketi, sigorta şirketi aleyhine Londra'da İngiliz İstinaf Mahkemesine başvurarak mahkemenin

---

[71] Allianz SpA (formerly Riunione Adriatica di Sicurta SpA) v. West Tankers Inc. ("The Front Comor") [2007] UKHL 4 , Case C-185/07 [2009] 1 Lloyd's Rep. 413 ; **Adrian Briggs**, "Fear and Loathing in Syracuse and Luxemburg ", Lloyd's Maritime and Commercial Quarterly, Londra 2009, Part 2, s. 161-166.; **Richard Fentiman**, "Arbitration and Anti-Suit Injunctions in Europe", Cambridge Law Journal, Londra 2009, s.278-281; **Jonathan Hill**, "Anti-Suit Injunctions and Arbitration", Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, Londra 2006, Part 2, s. 166-171 ; **Oliver Browne/Philip Clifford**, "Lost at Sea or a Storm in a Teacup? Anti-Suit Injunctions After West Tankers", International Arbitration Law Review, Londra 2009, s. 19-22.

Siracusa'da açılan davadaki ihtilafın çarter sözleşmesinden kaynaklandığını ve sigorta şirketinin halefiyet yolu ile, dava açması gereken yerin ancak Londra Tahkimi olduğunu deklare etmesini istemiştir. West Tankers İngiliz İstinaf Mahkemesi'nden ayrıca sigortacılar aleyhine, Siracusa Mahkemesi'nde başlatmış oldukları davaya devam etmemeleri için dava etmeme emri talep etmiştir. Sigorta şirketi bu talebe itiraz ederek *Turner v. Grovit* kararına göre İngiliz Mahkemeleri'nin böyle bir karar veremeyeceğini belirtmiş, ayrıca *Through Transport v. New India*[72] kararının hatalı bir şekilde verildiğini iddia etmişlerdir. Yargıç Colman, 2005 yılının Mart ayında verdiği kararında, hem İtalyan hukuku ve hem de İngiliz hukuku muvacehesinde sigorta şirketinin, Erg şirketine halefiyeti suretiyle bu şirketin, West Tankers şirketi ile akdettiği çarter sözleşmesinde bulunan Londra Tahkimi klozu ve İstinaf Mahkemesi'nin daha önce verdiği *Through Transport v. New India* kararı ile bağlı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme devamla, sigorta şirketinin davasını Siracusa Mahkemesi'nde devam etmemesi amacıyla sigorta şirketi aleyhine dava etmeme emri vermiştir. Mahkeme bu kararında münhasır tahkim klozu karşısında Brüksel I Tüzüğü m.1(2)(d)gereği Brüksel rejiminin tahkime uygulanamayacağını belirtmiştir.

Dava daha sonra temyiz edilerek İngiliz Lordlar Kamarası'na gönderilmiştir. Lordlar Kamarası ise ATAD'a:

-İngiliz Mahkemeleri'nin taraflar arasındaki sözleşmede tahkim klozu olmasına rağmen, bunu ihlal eden tarafa yabancı mahkemede dava açmamasını veya açılan davaya devam etmemesini emretmesinin Brüksel I Tüzüğü ile uyuşup uyuşmadığını sormuştur[73].

Lord Hoffmann, Lordlar Kamarası'nın bu kararında adeta ATAD'a sorulan yukarıdaki sualden beklediği cevapları da işler[74]. Bu zaviyeden, *Gasser v. MISAT* ve *Turner v. Grovit* davalarına atıf yaparak, bu davalarda Brüksel I Tüzüğü'nün üye devletler arasındaki yetkili mahkemeler için yeknesak hükümler koyduğunu belirterek, West Tankers davasının bu davalardan farklı olduğunu, zira bu olayda tahkim sözleşmesi ihlalinin bahis mevzu olduğundan, Brüksel I Tüzüğü m.1(2)(d)'de tahkimin, Brüksel rejiminin uygulama sahası dışında kaldığı belirtilmiştir.

---

[72] Through Transport Mutual Insurance Association (Eurasia) Ltd. v. New India Assurance Co.Ltd. [2004] EWCA Civ. 1598 (CA). İlgili kararın Türkçe özeti için bkz. **Acar**, s.1621-1623.

[73] Allianz SpA (formerly Riunione Adriatica di Sicurta SpA) v. West Tankers Inc. (The "Front Comor") [2007] UKHL 4.

[74] **Stephen V. Berti**, "Are Anti-Suit Injunctions in Support of Arbitration compatible with EC Regulation 44/2001?", Melanges en L'honneur de Pierre Tercier, 2008, s.739.

Lord Hoffmann, ilgili kararında çeşitli mahkeme kararlarına atıf yaparak, tahkim sözleşmesinin bir tarafça ihlali durumunda ihlal eden taraf aleyhine, dava etmeme emri verilmesinin Brüksel I Tüzüğü'ne aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir.

Lord Hoffmann son olarak "eğer AB üyesi devletler, tahkim sözleşmesi ihlali karşısında tahkimin yapılmasını sağlayacak tedbirleri almaktan aciz kalırlarsa, bilinmelidir ki bu tedbiri alacak başka devletler vardır" uyarısında bulunmuştur[75].

ATAD, kendisine İngiliz Lordlar Kamarası tarafından sorulan ve yukarıda atıfta bulunduğumuz soruya cevap olarak; İngiliz Mahkemeleri'nin taraflar arasındaki sözleşmede tahkim klozu bulunmasına rağmen, bunu ihlal eden tarafa karşı, yabancı mahkemede dava açmamasını veya açılan davaya devam etmemesini emretmesinin Brüksel I Tüzüğü ile uyuşmadığına hükmetmiştir[76].

ATAD, daha önceki *Turner v. Grovit* ve *Gasser v. MISAT* davalarında İngiliz Mahkemeleri tarafından verilen dava etmeme emirlerinin, devlet mahkemeleri önünde görülen davalar için (litigation) Brüksel rejimine aykırı olduğuna zaten karar vermişti, fakat ATAD, ilgili West Tankers kararı ile bunu - her ne kadar Brüksel I Tüzüğü'nün 1(2)(d) maddesi tahkimi Brüksel rejimi kapsamında tutmuş olsa da – tahkimi de içine alacak şekilde genişletmiştir.

ATAD, her ne kadar ihtilafın ana konusunun (*subject matter*) tahkim klozu olduğunu belirtip, bunun da Brüksel rejimi dışında telakki edilmesi gerektiğini belirtmiş olsa da, sonuçları itibariyle bu durumda dava etmeme emri verilmesinin Brüksel rejiminin etkinliğini sekteye uğratacağını öngörerek, özellikle yabancı mahkemenin kendi yetkisini tespit etmesinin engellenmesinin kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir. Devamla, eğer Siracusa Mahkemesi'nde görülen davanın konusu, Brüksel rejiminin temin ettiği salahiyet sınırları içerisinde değerlendirilebilirse (ki olayımızda çarpmanın hukuki anlamda haksız fiil telakki edilerek Brüksel I Tüzüğü ve Konvansiyon m.5(3) kapsamında değerlendirilmektedir) bu durumda tahkim anlaşmasının geçerliliği de dahil olmak üzere yargılama yetkisi konusunda karar vermeye

---

[75] Allianz SpA (formerly Riunione Adriatica di Sicurta SpA) v. West Tankers Inc. ("The Front Comor") [2007] UKHL 4, Lordlar Kamarası bu kararında özellikle New York, Singapur ve Bermuda gibi diğer tahkim merkezlerinin anti-suit injunction tedbirleri AB üyesi devletler nezdinde yasaklansa dahi bunun adı geçen tahkim merkezlerini etkilemeyeceğini ve bu sebeple AB Mahkemelerini anti-suit injunction verme yönünde engellemenin bir anlamı olmadığını beyan etmiştir.

[76] Allianz SpA (formerly Riunione Adriatica di Sicurta SpA) v. West Tankers Inc. ("The Front Comor") Case C-185/07 [2009] 1 Lloyd's Rep. 413. s.6,7.

yetkili mahkeme Siracusa Mahkemesi olduğunu belirtmiştir[77]. Ayrıca dava etmeme emri ile yabancı mahkemenin kendi yargılama yetkisinde karar verilmesinin (dolaylı da olsa) önüne geçilmesi, Brüksel rejimi ile sağlanan temel prensiplerden her mahkeme kendi yargılama yetkisini kendisi tayin eder hükmüne de tezat oluşturarak, Turner v. Grovit davasında açıklanan AB ile üye devletler arasındaki hukuki güveni de zedelediği belirtilmiştir[78].

IV. BAZI AB ÜLKELERİNDE DAVA ETMEME EMRİ UYGULAMALARI

Bu bölümde muhtelif ülke mahkemelerince (Müşterek Hukuk sistemine dahil devlet mahkemeleri) verilen dava etmeme emirlerinin, bu türde tedbirlere muhalif AB[79] üyesi devletlerin yetkili otoritelerince nasıl reaksiyon gösterildiğini özetle açıklamaya çalışıcağız.

1. Belçika ve Lüksemburg Hukukları

Şüphe yok ki Müşterek Hukuk sisteminin ürünü olan dava etmeme emri kavramının Kıta Avrupa Hukuk sistemlerinde benimsenmesi pek güçtür. Öyle ki, Brüksel Hukuk Mahkemesi (Brussels Civil Court) 1989 yılında verdiği bir kararında, bir Amerikan Mahkemesi tarafından verilmiş dava etmeme emrini tanımayı, bu usuli emri (tedbiri) AİHS m.6'ya ve ayrıca kamu düzenine (AİHS m.6 ile birlikte değerlendirerek) aykırı bulmuş ve reddetmiştir[80]. Buna benzer şekilde, Lüksemburg Temyiz Mahkemesi de 1988 senesine ait bir kararında dava etmeme emri kurumunun Lüksemburg hukukuna ait bir kavram olmadığına hükmedip, talebi doğrudan reddetmiştir[81].

2. Alman Hukuku

Almanya'da gerçekleşen bir dava ise hayli ilginçtir. Burada taraflardan biri, diğer taraf ile aralarındaki sözleşmede ihtilafların Londra Uluslararası

---

77 Allianz SpA (formerly Riunione Adriatica di Sicurta SpA) v. West Tankers Inc. ("The Front Comor") Case C-185/07 [2009] 1 Lloyd's Rep. 413. s.6.

78 Allianz SpA (formerly Riunione Adriatica di Sicurta SpA) v. West Tankers Inc. ("The Front Comor") Case C-185/07 [2009] 1 Lloyd's Rep. 413 ; Davanın özeti için bkz. **Clare Ambrose**, Allianz SpA (formerly Riunione Adriatica di Sicurta SpA) v. West Tankers Inc. ("The Front Comor"),International Maritime and Commercial Law Yearbook 2009, Londra 2009, s.25.

79 **Thomas**, s. 123 ; **Acar**, s.1611.

80 **Gilles Cuniberti**, The Execution of the Anti-Suit Injunction, 20 Ekim 2009, çevrimiçi http://conflictoflaws.net/2009/the-execution-of-the-anti-suit-injunction/ (son ziyaret 18.11.2009) ; Aynı konuda Bkz. **Carter**, s.3. Burada yazarlar Mahkeme kararının detayını Civ.Bruzells, 18 dec 1989, R.W. 1990-1991, p.676 olarak vermekteler.

81 **Carter**, s.3.

Tahkim Mahkemesi'nde (the London Court of International Arbitration) çözüleceğinin belirtilmiş olmasına rağmen, bu tarafın aleyhinde Krefeld Bölge Mahkemesinde (Landgericht Krefeld) dava açması üzerine İngiliz İstinaf Mahkemesine başvurarak Krefeld Bölge Mahkemesi'nde, dava açan taraf aleyhine dava etmeme emri verilmesini talep etmiş ve İstinaf Mahkemesi de bu talebi yerinde bularak, kabul etmiştir. Bu dava etmeme emrinde özetle, Krefeld Bölge Mahkemesi'nde dava açan tarafın, bu davasına devam etmesi ve başka herhangi bir mahkemede de aynı konu muvacehesinde dava açması yasaklanmıştır. Bunun üzerine, dava etmeme emrinin tebliği için başvurulmuş olsa da, Alman Merkez Otoritesi, (German Central Authority) bu talebin 1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi (Hague Convention of 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters) m.13'e aykırı bularak reddetmiştir. Nitekim ilgili maddenin ilk fıkrasının Türkçe tercümesi "Talep edilen Devlet işbu Sözleşmeye uygun olarak yapılan bir tebliğ isteğinin yerine getirilmesini ancak egemenlik veya güvenliğini zedeleyici bulduğu takdirde reddedebilir."[82] şeklindedir. Akabinde, dava etmeme emrinin uygulanmasını talep eden taraf Düsseldorf Bölge İstinaf Mahkemesi'ne dava açarak, ilgili tebliğin sağlanmasını talep etmiştir. Düsseldorf İstinaf Mahkemesi verdiği kararında dava etmeme emrinin, her ne kadar Alman devleti veya mahkemeleri aleyhine verilmemiş olsa da bu tedbirin (emrin) Almanya'da Uluslararası Sözleşmelere de uygun olarak, sadece Alman Medeni Usul Hükümleri'nin hükümferma olacağını, Alman Mahkemeleri'nin uygun yargılama yeri olup olmadığına kendilerinin karar verebileceğini ve başka ülke mahkemeleri tarafından verilecek kararlara riayet edilip edilmeyeceğinin de yine bizatihi Alman Mahkemeleri'nin belirleyebileceğini açıklayarak, konu dava etmeme emrinin Almanya'nın egemenliğini ihlal ettiğini vurgulamıştır. Bu sebeple dava etmeme emrinin tebliğini reddetmiştir. Kararda ayrıca, dava etmeme emrinin *in personam* verilmiş bir karar olsa da, dolaylı olarak aleyhine karar verilen tarafın, Almanya Mahkemeleri'ne başvurmasını engelleyebileceğine işaret edilerek, bunun da Alman Anayasası'nda hüküm altına alınan, kişilerin serbestçe hak arama özgürlüklerini kısıtladığı[83] vurgulanmıştır[84].

Daha yeni tarihli *Phillip Alexander Securities and Futures Limited ile diğerleri (Bamberger, Theele, Kefer, Riedel, Franz and Gilhaus)*[85] davasında ise,

---

82 Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. Resmi Gazete 17 Haziran 1972 Sayı:14218.

83 Kararın İngilizce metninde "arama özgürlüklerinin altının oyulduğu" (to have free access to the German courts is undermined) belirtilmektedir. Re the Enforcement of an English Anti-Suit Injunction, [1997] International Litigation Procedure,s.320.

84 Re the Enforcement of an English Anti-Suit Injunction, [1997] International Litigation Procedure, s.320-324.

85 Phillip Alexander Securities and Futures Limited v. Bamberger, Theele, Kefer,

Philip Alexander şirketi ile davalılar arasında her ne kadar uyuşmazlıkların Londra Tahkiminde görüleceği hükmü olsa da tüketici konumundaki davalılar, Alman Mahkemeleri'ne başvurarak, Philip Alexander şirketine tazminat davaları açmışlar ve bir kısmını da sonuçlandırmışlardır. Bu zaman dilimi içerisinde, aynı konudaki kimi ihtilafları, şirket tahkime götürerek kazanmıştır. Bunun üzerine, Philip Alexander şirketi Londra Tahkimi'nde lehine sonuçlanan kararların varlığına istinaden Almanya'da aleyhine devam ettirilen davaları engellemek adına İngiliz Mahkemeleri'nden dava etmeme emri talep etmiş ve bu kabul edilmiştir. Alman resmi otoriteleri, dava etmeme emrinin tebliğine, bunun Alman egemenliğinin ihlaline yol açacağından bahisle izin vermemiş ve reddetmiştir[86].

3. Fransız Hukuku

Fransa'da ise çok kısa bir süre önce verilen bir Yargıtay (Cour de Cassation) kararı dava etmeme emrine Fransız Hukuku bakışının değiştiğini gösterir niteliktedir. Fakat bu karara geçmeden önce *Stolzenberg v. Daimler Chrysler Canada Inc.* kararındaki *obiter* hükmünü açıklamakta fayda olacağını düşünüyoruz.

Fransız Yargıtayı'nın önüne gelen bu olayda asıl tartışılan konu, Londra İstinaf Mahkemesi tarafından Stolzenberg aleyhine verilen Mareva Injunction (Mareva Emri) ihtiyati tedbirinin Fransız Hukuku kapsamında tenfiz-i kabil olup olmadığıdır. Fransız Yargıtayı, Londra İstinaf Mahkemesi tarafından verilen ihtiyadi tedbirin, asıl davadaki borçlu (davalı) Stolzenberg üzerinde hiçbir temel hakkını zedelemediği ve fakat sadece onun borç oranı tutarınca malvarlığı haklarını alacaklı (davacıya) lehine kısıtlamasına sebebiyet vermesi ve bunun dava etmeme emrindeki durumun aksine Fransız devletinin egemenliğini zedelemediğini gerekçe göstererek, tenfiz-i kabil olduğuna karar vermiştir. Görüldüğü gibi bu karar da Fransız Yargıtayı, *obiter* hüküm sevkederek, dava etmeme emrinin, Fransız devletinin egemenliğine müdahale olduğunu öngörmüş, olası dava etmeme emrinin tenfizinin kabil olmadığını belirtmiştir[87].

Fransız Yargıtay'ının 14 Ekim 2009 tarihli yeni bir kararında ABD'nin Georgia Eyalet Mahkemesi tarafından, tamamen medeni ve ticari bir uyuş-

---

Riedel, Franz and Gilhaus [1997] International Litigation Procedure 73, aynı konuda Bkz. **Carter**, s.3.

[86] Phillip Alexander Securities and Futures Limited v. Bamberger, Theele, Kefer, Riedel, Franz and Gilhaus, age, s.2.

[87] Stolzenberg v. Daimler Chrysler Canada Inc., [2005] International Litigation Procedure 24,s. 266-268.

mazlığa ait münhasır yetkili mahkeme klozuna istinaden verilen dava etmeme emrinin tenfiz edilebilirliğinin tespitinin, Fransa'da Versailles İstinaf Mahkemesince reddedilmesi üzerine İstinaf Mahkemesi'nin bu kararını bozmuştur. Konu olayda Amerikalı In Zone Brands Inc. ile Fransız In Zone Brands Europe distribütörlük sözleşmesi yapmışlar ve bu sözleşmeye Amerika Georgia Eyaleti hukukunun uygulanacağı belirterek ayrıca uyuşmazlık halinde münhasır yetkili mahkeme olarak da yine Amerika Georgia Eyaleti Mahkemeleri'nin yetkili olduğunu dercetmişlerdir. Sözleşme bir süre sonra taraflarca feshedilmiş ve bunun üzerine Fransız In Zone Brands Europe ve onun müdürü, Amerikan In Zone Brands Inc. şirketine karşı Nanterre Ticaret Mahkemesi'nde dava açmışlardır. Bunun üzerine In Zone Brands Inc. şirketi Cobb Üst Mahkemesi'nden (Superior Court of Cobb), In Zone Brands Europe ve onun müdürünün Fransa'da yargılamaya devam etmemelerini emreden bir dava etmeme emri almıştır. In Zone Brands Inc. şirketi, akabinde bunun tenfizi kabil karar olduğunun tespitini istemişse de Versailles İstinaf Mahkemesi'nce bu talep, dava etmeme emrinin devletin egemenliğine yönelik bir konu olduğunu belirterek, az önce bahsolunan Stolzenberg kararındaki *obiter* hükmünü emsal göstermiş ve AİHS m.6'yı da ayrıca değerlendirerek, dava etmeme emrinin tenfizini reddetmiştir. Bir üst merciye taşınan davada Fransız Yargıtayı ise dava etmeme emrinin, bu anlamda tenfize elverişliliğini:

- Georgia Eyaleti Mahkemeler'inin münhasır yetkisinin taraflarca kabul edildiğinden bahisle, yargılamanın Amerika'da yapılmasını talep eden tarafın bu talebinde herhangi stratejik bir mesnet yoktur,

- Bahse konu dava etmeme emrinin mahkemeye başvuruyu engellemesi söz konusu değildir, nitekim Georgia Mahkemesi kendi yargılama salahiyeti çerçevesinde ve sadece iki tarafça da akit olunan hangi mahkemenin seçilmiş olduğunun tenfizi noktasında konuyu değerlendirmiştir

- Dava etmeme emirlerinin AB müktesabatına aykırı olmadığı ve önceden varolan bir borcun yerine getirilmesinin tenfizi kapsamında kamu düzenini ihlal teşkil etmezler.

açıklamaları ile tespit etmiştir[88].

---

[88] Gilles Cuniberti, French Court Agrees with U.S. Anti-Suit Injunction, http://conflictoflaws.net/2009/french-court-agrees-with-u-s-anti-suit-injunction/ çevrimiçi (son ziyaret 18.11.2009); aynı konuda **Cuniberti** (1).

V. TÜRK HUKUKU AÇISINDAN DAVA ETMEME EMİRLERİ

Bir an için dava etmeme emri ile kısıtlanan tarafın bir Türk kişisi olduğunu düşünelim ve kısıtlamanın da Türk yargısında görülmekte olan bir dava ile ilişkili olduğunu varsayalım. Bunun TC Anayasası'nın açık bir şekilde ihlali olduğunda şüphe olmamalıdır, zira Hak Arama Hürriyeti (Anayasa m.36), Kanuni Hakim Güvencesi (Anayasa m.37), Adil Yargılama Hakkı (AİHSm.6) dava etmeme emrinin Türkiye'de uygulanmasına ve hatta böyle bir yabancı mahkeme kararının Türkiye sınırları içinde bir Türk sujesine tebligatı söz konusu ise, bu tebligata engel teşkil etmektedir[89].

Bunun yanında, örneğin Türk Mahkemeleri tarafından herhangi bir şekilde dava etmeme emri verilebilip verilemeyeceğini tartışacak olursak, bu konuda Yargıtay 11.HD.'nin[90] bir kararını özetlememiz yerinde olacaktır. Bu kararda, davacılar vekili, müvekkilerinden Telsim A.Ş. ile davalılar arasında değişik tarihlerde ekipman temini, kredi ve teknik bakım anlaşmaları yapıldığını belirterek, Telsim A.Ş. ile davalılar arasında vuku bulabilecek uyuşmazlıklarda İsviçre Hukuku'nun uygulanması ve ihtilafların İsviçre'de Hakem Heyeti önünde çözümlenmesinin kabul edildiğini ifade etmiştir. Buna rağmen davalıların, sözleşmelerin bu hükümlerini hiçe sayarak, yurt dışındaki kimi mahkemelere başvurarak (bu mahkemelere örnek olarak İngiltere, ABD, Bermuda, Almanya, Fransa, Channel Islands mahkemelerini sayabiliriz), davacı gerçek kişiler aleyhine bu kişilerin ilgili ülkelerdeki şahsi malvarlıkları üzerine tedbir konulduğunu dava dilekçesinde beyan etmiştir. Bunun üzerine davacı müvekkili ilk derece mahkemesinden, Telsim A.Ş. ile davalılar arasında akdedilen değişik tarihli sözleşmeler nedeniyle doğan veya doğabilecek ihtilafların hallinde yetkili merciin sözleşme şartları doğrultusunda İsviçre ve Hakem Kurulu olduğunun ve bu ihtilaf nedeniyle davalıların İsviçre'de Hakem Heyeti'ne başvurmaları gerektiğinin tesbitine, davacı gerçek kişiler hakkında ABD Güney New York Bölge Mahkemesi'nde açılmış davanın ve bununla bağlantılı olarak çeşitli devlet mahkemelerinde açılan ihtiyadi tedbir davalarının batıl olduğunun tesbiti ile açılan davalar nedeniyle arasında akdedilmiş bulunan sözleşme ile ilgili bütün iddia ve isnatların ancak sözleşme taraflarına karşı ileri sürülebileceğinin ve ancak sözleşmenin taraflarının davacı ve davalı olabileceğinin tespitine, Telsim A.Ş. ile davalılar arasındaki ihtilaflar İsviçre'de Hakem Heyeti'nin kararlarına bağlı olduğundan, diğer ülkelerde açılan davaların İsviçre'de ki hakem davasının sonucunu beklemesi, açılan davaların, başlatılan işlemlerin durdurulmasına, ihtiyati tedbir/hacizlerin infazının durdurulmasına karar verilmesini talep etmiştir.

---

[89] Bu babda Anayasa'nın ayrıca Egemenlik (madde 6), Yargı yetkisi (madde 9), Mahkemelerin Bağımsızlığı (madde 138) hükümlerini de hatırlatmak gerekir.

[90] Yargıtay 11.HD. 1.11.2004 tarih ve E. 2004/1141, K. 2004/10544 sayılı kararı.

İlk derece mahkemesi olan Küçükçekmece 1.Asliye Hukuk Mahkemesi[91], yabancılık unsuru taşıyan bir kısım olaylarda MÖHUK m.27[92] ve HUMK m.16'nın koşullarının mevcudiyeti halinde yargı yetkisinin ülkenin egemenlik hakkına ilişkin olması nedeniyle Türk Mahkemeleri'nde olduğu, birçok yabancı ülke mahkemelerinde görülmekte olan davalarda ve bu davalarla ilgili ihtiyadi tedbir ve haciz kararlarının, tedbir kararı ile durdurulmasının mümkün olmadığı, bu nedenle davacı tarafından ileri sürülen taleplerin mahkemenin yetki alanı içinde olmadığından yetki yönünden reddine karar vermiştir.

Davacının yukarıdaki ilk derece mahkemesinin kararını temyiz etmesi üzerine, Yargıtay 11.HD., davaya konu uyuşmazlığın sözleşmelerden değil, yabancı devlet mahkemesinde görülmekte olan davada mahkemece verilen karardan kaynaklanmasına ve yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'de uygulanabilmesinin ancak tanıma ve tenfiz istemleri sonucu verilecek kararla mümkün bulunmasına, buna göre davacıların ileri sürdükleri hususların o aşamada tartışılması gerekeceğinden, bu davayı açmakta bu aşamada davacıların hukuki yararları da olmadığından bahisle, temyiz talebini reddetmiştir.

Bu karardan da anlaşılacağı üzere, Türk Mahkemeleri'nin Kıta Avrupa hukuk sisteminin bir üyesi ve takipçisi olarak önüne gelen dava etmeme emri taleplerini reddedeceğini söyleyebiliriz.

VI. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Memleketimizin de içinde bulunduğu Kıta Avrupa Hukuk sistemine son derece yabancı olan ve Müşterek Hukuk sisteminin mucidi İngiliz hukukundan filizlenmiş, kendisi de bizatihi İngiliz sanatı olan dava etmeme emrinin şartlarının gerçekleştiği anda aleyhine yöneldiği tarafın yabancı mahkemede dava açmamasını veya açılmış olan davaya devam etmemesini emretmesi, mahkeme kararlarında ve doktrinde her ne kadar bu usuli tedbir kurumunun *in personam* olduğu belirtilse de, buna aykırı hareketlerin çeşitli yaptırımlara bağlanması ve ayrıca genel olarak dolaylı şekilde yabancı mahkemenin yargı yetkisine müdahale düşüncesini özellikle Kıta Avrupa Hukuk sistemini benimsemiş hukukçuların zihinlerinde oluşturmaktadır.

Brüksel Konvansiyonu (benzer nitelikteki Lugano Konvansiyonu) ve daha sonraki şekliyle Brüksel I Tüzüğü, AB'ye üye devletler arasında hukuki

---

[91] 17.10.2003 tarih ve E. 2002/1987 K. 2003/900 sayılı karar.

[92] 2675 sayılı MÖHUK m.27 ile "Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisini" düzenlemektedir. Bu hüküm aynı şekilde yürürlükteki 5718 sayılı MÖHUK m.40'ta da öngörülmüştür.

güveni sağlamaya yönelik önemli bir adımdır. ATAD, *Turner v. Grovit*, *Gasser v. MISAT* ve son olarak *Allianz v. West Tankers* kararları sonucunda Brüksel rejiminin bugün gelmiş olduğu noktada, artık İngiliz Mahkemeleri'nin Brüksel rejimi kapsamında herhangi bir şekilde dava etmeme emri veremeyeceğini söyleyebiliriz.

Nitekim ATAD, bir kurum olarak dava etmeme emrine geçit vermeyişi, Müşterek hukuk sistemi dışında kalan AB üyesi devlet mahkemelerinin, dava etmeme emri karşısındaki tutumlarını yansıtmaktadır. Yine de bu mevcut durumun paradoksal bir şekilde değişmesi gündeme gelebilir, nitekim Fransız Yargıtayı'nın son kararı dava etmeme emrinin uygulanmasına yönelik önemli bir işarettir.

Türk Mahkemeleri'nin de yukarıda açıkladığımız anayasal, kanuni hükümler ve Yargıtay 11.HD'nin Telsim A.Ş. ile ilgili kararı ışığında dava etmeme emirlerini kabul etmeyeceği açıktır.

Sonuç olarak, dava etmeme emirlerinin, bugün dünyanın büyük kısmında ekonomik sebeplerle kullanılan bir milletlerarası usul hukuku silahı olduğunu söyleyebiliriz[93]. Brüksel rejimi dahilinde bu tedbir türünün şimdilik üye ülkeler dahilinde hareket sahasını yitirdiği düşünülse de, Brüksel rejimi dışında kalan *forumda*, her zaman için böyle bir tedbir ile karşılaşma durumu söz konusu olabilecektir. Bu amaçla yapılması gereken, Türk hukuk sisteminin de bir parçası olduğu Kıta Avrupa Hukuk sistemi ile Müşterek Hukuk sistemlerini bu konuda uyuma sokacak bir düzenlemenin hayata geçirilmesi olmalıdır[94].

Kaynakça

A. Bilimsel Eserler

Acar Serdar, Son Gelişmeler Işığında "Anti-Suit Injunction", Prof.Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul 2007, C.II

Akıncı Ziya, Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik, Ankara 2002, s. 27-32

Ambrose Clare, (1) Can Anti-Suit Injunctions Survive European Community Law?, International and Comparative Law Quarterly, Londra Nisan 2003, C.52 S.2

---

93 **Acar**, s. 1648.

94 Brüksel I Tüzüğü'nün gözden geçirilmesine ilişkin olarak AB Komisyonu'nun Teklif Açıklaması (Green Paper) için bkz. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0175:FIN:EN:PDF

(2) Allianz SpA (formerly Riunione Adriatica di Sicurta SpA) v. West Tankers Inc. ("The Front Comor"), International Maritime and Commercial Law Yearbook 2009, Londra 2009

Berti Stephen V., "Are Anti-Suit Injunctions in Support of Arbitration compatible with EC Regulation 44/2001?", Melanges en L'honneur de Pierre Tercier, 2008

Briggs Adrian, "Fear and Loathing in Syracuse and Luxemburg ", Lloyd's Maritime and Commercial Quarterly, Londra 2009, Part 2

Browne Oliver / Clifford Philip, "Lost at Sea or a Storm in a Teacup? Anti-Suit Injunctions After West Tankers", International Arbitration Law Review, Londra 2009

Campbell Dennis (Ed.), Introduction To Cyprus Law, New York 2000

Carter Peter B., Anti-Suit Injunctions in Private International Law, çevrimiçi http://europainstitut.de/euin/schrift/download/368.pdf

Collins Lawrence (Ed.), Dicey and Morris on the Conflict of Laws, Londra 2000, s. 414

Cuniberti Gilles, (1) French Court Agrees with U.S. Anti-Suit Injunction, http://conflictoflaws.net/2009/french-court-agrees-with-u-s-anti-suit-injunction/

Dickinson Andrew," A Charter for Tactical Litigation in Europe?", Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, Londra 2004,Part 3

Ekşi Nuray, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul Şubat 2000

Fentiman Richard, "Arbitration and Anti-Suit Injunctions in Europe", Cambridge Law Journal, Londra 2009

Giroud Sandrine, Anti-Suit Injunction in International Commercial Arbitration and the Brussels I Regulation Perspectives from the West Tankers Inc. Case, Geneva 2008

Gross Peter, "Anti-Suit Injunction and Arbitration", Lloyds Maritime and Commercial Law Quarterly, 2005

Hill Jonathan, (1) International Commercial Disputes, Londra 1998

(2) Anti-Suit Injunctions and Arbitration", Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, Londra 2006, Part 2

Sakmar Ata/Ekşi Nuray, "Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü", Ergin Nomer'e Armağan, İstanbul 2003

(2) The Execution of the Anti-Suit Injunction, 20 Ekim 2009, çevrimiçi http://conflictoflaws.net/2009/the-execution-of-the-anti-suit-injunction/

Thomas D.Rhidian, Arbitration agreements and anti-suit injunctions under EC Regulation 44/2001 Allianz SpA and Another v West Tankers Inc. (The "Front Comor"), The Journal of International Mairitime Law, Cl. 15 Sayı 2 Mart-Nisan 2009

Wilson Julian, Anti-Suit Injunctions, Journal of Business Law, Londra Eylül 1997

Yeşilova Bilgehan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İzmir 2008

B. Elektronik Kaynaklar

http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/c-textes/lug-idx.htm

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:EN:HTML

www.lexisnexis.com

www.westlaw.com

Kısaltmalar

AB	:	Avrupa Birliği
AET	:	Avrupa Ekonomik Topluluğu
AİHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ATAD	:	Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
Bkz. / bkz.	:	Bakınız
Brüksel I Tüzüğü	:	Avrupa Birliği Konseyi'nin EC 44/2001 No'lu Tüzüğü
Brüksel Konvansiyonu/ Konvansiyon	:	1968 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel Konvansiyonu
C.	:	Cilt
dn.	:	Dipnot
Ed.	:	Editör
EFTA	:	The European Free Trade Association (*Avrupa Serbest Ticaret Birliği*)
HD	:	Hukuk Dairesi
HUMK	:	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
Lloyd's Rep.	:	Lloyd's Reports
m.	:	Madde
MÖHUK	:	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
S.	:	Sayı
s.	:	Sayfa
yuk.	:	Yukarıda
TC	:	Türkiye Cumhuriyeti

*Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Evliliği ve Evlilik Dışı Birliktelikleri**

*Candan YASAN***

I. Giriş

A. Genel Olarak

Günümüzde birçok ülke hukuku, aynı cinsiyetten iki kişinin birlikteliğini, evlilik veya evlilik dışındaki hukukî ilişkiler yoluyla düzenlemiş bulunmaktadır[1]. Ülkelerin siyasî, sosyal ve ekonomik şartlarındaki farklılıklar, aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerinin hukuk sistemlerinde farklı şekilde düzenlenmesine ve bu birlikteliklere birbirinden farklı hüküm ve sonuçların bağlanmasına sebep olmuştur. Buna göre, aynı cinsiyetten iki kişi arasındaki birlikteliğin, hayat ortaklığı, kayıtlı hayat ortaklığı ve evlilik olmak üzere üç farklı yolla hukuk sistemlerinde düzenlendiğini ifade edebiliriz.

Aynı cinsiyetten iki kişi arasındaki birlikteliğin düzenlenmesinin ilk yolu olan hayat ortaklığı (*concubinage*, *unregistered cohabitation*), ortak bir yaşamı paylaşma amacı taşıyan iki kişinin, herhangi bir şekil şartına bağlı olmadan kurdukları, fiilî bir durum teşkil eden ve belirli bir süreklilik arz

---

* Söz konusu çalışma, Prof. Dr. Atâ Sakmar Onuruna düzenlenen "Uluslararası Aile Hukuku Sempozyumu" kapsamında sunmuş olduğum, "Uluslararası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Evliliği ve Evlilik Dışı Birliktelikleri" başlıklı tebliğin, makale olarak yayımlanması amacıyla gözden geçirilmesi suretiyle hazırlanmıştır.

** Arş. Gör., İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı.

1 Toplumsal yapıdaki değişimlere uygun düşecek hukukî düzenlemelerin yapılması ihtiyacı sonucunda aile kurumuna yeni hukukî kalıplar oluşturulduğu yönünde bkz. **Ian Dey/Fran Wasoff**, "Mixed Messages: Parental Responsabilities, Public Opinion and The Reforms of Family Law", International Journal of Law, Policy and The Family, S. 20, 2006, s. 225.

eden düzenli bir birlikteliktir[2]. Hukuk düzenleri bu ilişkiye, sınırlı bir alanda hüküm ve sonuçlar bağlamaktadır[3].

Aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliğinin düzenlenmesinin ikinci yolu, kayıtlı hayat ortaklığıdır (*partenariat enregistré*, *enregistered partnership*, *eingetragene lebenspartnerschaft*). Kayıtlı hayat ortaklığı, aynı cinsiyetten iki kişinin, evlilik dışında bir yolla ortak yaşamlarını düzenlemek amacıyla, resmî bir sicile tescil sonucu kurulan ve kanun tarafından öngörülen hak ve yükümlülükleri doğuran bir hukukî ilişkidir[4]. Bu ilişkiye, evliliğin hüküm ve sonuçlarına oldukça benzer hukukî sonuçlar bağlanmaktadır. Birçok ülke

---

2 **Alain Bénabent,** Droit civil, La famille, Paris, 2001, s. 295; **Gérard Cornu**, Droit civil, La famille, Paris, 2003, s. 83; **Franz Werro**, Concubinage, mariage et démariage, Berne, 2000, s. 40 vd. ; **M. Argun Köteli**, Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, İstanbul, 1991, s. 100; **Zeynep Özlem Üskül Engin**, Hukuk Sosyolojisi Açısından Türkiye'de Evlenmenin Evrimi, İstanbul, 2008, s. 283-284.

3 Hukuk sistemlerinin, hayat birlikteliğine oldukça sınırlı alanda hüküm ve sonuçlar bağlaması karşısında, çalışmamızda aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerini, kayıtlı hayat ortaklığı ve evlilik ekseninde incelemeyi tercih etmiş bulunmaktayız.

4 **Kees Waaldijk**, "Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners: Comparative overview & Comparative analysis", (Comparative overview), http://www-same-sex.ined.fr/pdf/DocTrav125/05Doc125Analysis.pdf, s. 38; **Guillaume Kessler**, Les partenariats enregistrés en droit international privé, Paris, 2004, s. 3; **Cornu**, s. 103.
Kayıtlı hayat ortaklığı, aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerinin hukuk düzenleri tarafından tanınması yönündeki talepleri ile toplumun bu birliktelikleri kabul derecesi arasındaki uzlaşma sonucu ortaya çıkmış yeni bir kurumdur. Aynı cinsiyetten kişilerin evliliğinin henüz öngörülmediği dönemlerde kanunkoyucu, bir hukuk politikası tercihi olarak evliliğe ikame bir model tesis ederek, aynı cinsiyetten kişilerin fiilî birlikteliğine hukukî bir çerçeve çizmiştir. Böylelikle evliliğin bir kadın ile bir erkek arasında kurulabilen bir birliktelik olma özelliği korunmuş, ancak aynı cinsiyetten kişilerin fiilî birlikteliğine, evliliğin doğurduğu sonuçlara oldukça benzer sonuçlar bağlanmıştır. Bunun sonucu olarak aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliği üzerinde hukukî ve sosyal bir denetim uygulanması ve bir yaşam ortaklığı kuran eşlere hukukî bir koruma sağlanmıştır. Bu hususta bkz. **Sébastien de Benalcázar**, Pacs, mariage et filiation: Étude de la politique familiale, Paris, 2007, s. 111; **Georges Khairaliah**, "Les 'partenariats organisés' en droit international privé (Propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité), Revue Critique du Droit International Privé, C. 89, S. 3, 2000, s. 317; **François Rigaux/Marc Fallon**, Droit international privé, 3e édition, Brüksel, 2005, s. 580; **Alain Devers**, Le concubinage en droit international privé, Paris, 2004, s. 8; **Jean Hauser**, "Aujourd'hui et demain, le PACS", Revue Juridique Personnes et Famille, Novembre 1999, s. 56; **Caroline Harnois/Juliane Hirsch**, "Note sur le développements en droit interne et droit international privé sur la cohabitation hors mariage, y compris partenariat enregistrés", Document Préliminaire no: 11 de Mars 2008, Conférence de La Haye de Droit International Privé, http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd11f2008.pdf, s. 22; **Cornu**, s. 103; **Kessler**, s. 18; **Waaldijk,** s. 79; **Üskül Engin**, s. 335.

hukukunda kayıtlı hayat ortaklığı kurmuş tarafların, yasal mirasçı sıfatıyla mirasçılığı öngörülmüş; birlikte evlât edinmeleri kabul edilmiş ve bu ilişkinin sona ermesine bağlı olarak tarafların nafaka ve tazminat yükümlülüğü düzenlenmiştir.

Aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliğinin düzenlenmesinin son yolu ise evliliktir. Aynı cinsiyetten kişilerin evliliği, esasen var olan bir kurumun, toplumsal hayatın şartları gereği gözden geçirilip, aynı cinsiyetten çiftleri de kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesini ifade etmektedir[5]. Bazı istisnalar dışında, kuruluşu, hüküm ve sonuçları ile sona ermesi bakımından aynı cinsiyetten kişilerin evliliği ile farklı cinsiyetten kişilerin evliliği arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.

Buna göre, 7.6.1989 tarihinde Danimarka, "*Lov om registreret partnerskab*" kanununu kabul etmiş ve aynı cinsiyetten iki kişi arasındaki birlikteliği, kayıtlı hayat ortaklığı yoluyla düzenleyen ilk ülke olmuştur. Günümüzde, on beş ülkenin iç hukukunda ve dört ülkenin kısmi hukukunda aynı cinsiyetten iki kişinin, kayıtlı hayat ortaklığı kurma imkânları bulunmaktadır[6].

Hollanda ise bir adım daha öteye giderek, 21.12.2000 tarihinde kabul edilen ve 1.4.2001'de yürürlüğe giren "*De Wet Openstelling Huwelijk*" kanunu uyarınca, aynı cinsiyetten olan çiftlere evlenme hakkı tanıyan dünyadaki ilk hukuk düzeni olmuştur. Bugün için, yedi ülke hukuku ile iki ülkenin kısmi hukukunda, eşcinsel evlilikler düzenlenmiş bulunmaktadır[7].

---

5 **Mark Bell**, "Holding Back the Tide? Cross-Border Recognition of Same-Sex Partnerships within the European Union", European Review of Private Law, S. 5, 2004, Kluwer Law International, s. 615; **Michael Coaster**, "Same Sex Relationships: A Comparative Assesment of Legal Developments Across Europe", European Journal of Law Reform, C. 4, S. 4, Kluwer Law International 2002, s. 593.

6 Danimarka'yı takiben, Norveç, İsveç, İzlanda, Fransa, Belçika, Hollanda, Almanya, İsviçre, Birleşik Krallık, Finlandiya, Çek Cumhuriyeti, Lüksemburg, Slovenya, Macaristan, İspanya (Basque, Cantabria, Kanarya Adaları, Estremadura, Madrid, Valencia, Balearic Adaları), Arjantin (Buenos Aires), Amerika Birleşik Devletleri (Kaliforniya, New Jersey, Vermont ve Connecticut) ve Kanada (Quebec), eşcinsellere kayıtlı hayat ortaklığı kurma hakkı tanımışlardır.

7 Hollanda'dan sonra, Belçika, İspanya, Norveç, Kanada, Güney Afrika, Amerika Birleşik Devletleri'nin Massachusets ve Kaliforniya eyaletleri, Kanada'nın Quebec bölgesi ile Portekiz ve Arjantin eşcinsel evliliği düzenleyen diğer hukuklar olmuşlardır.
Belirtmek gerekir ki İsrail hukukunda, İsrail Yüksek Mahkemesi'nin 21.11.2006 tarihli kararı uyarınca Kanada'da evlenen aynı cinsiyetten kişilerin evliliğinin İsrail'de tanınması kabul edilmiştir (İsrail Yüksek Mahkemesi, *Ben-Ari / The Director of the Population Administration in the Ministry of the Interior* kararı, 21 Kasım 2006, HCJ 3045/05; Kararın İngilizce özeti için bkz. http://legalminds.lp.findlaw.com/list/queerlaw/msg06299.html).
Yurtdışında yapılan eşcinsel evliliklerin mahkeme kararı aracılığıyla tanınmasını

Aile hukukuna ilişkin meselelerin, uluslararası alanda gerçekleşmesinin olağan bir hâle gelmesi karşısında, oldukça yeni ve güncel bir konu olan aynı cinsiyetten kişilerin birliktelikleri, milletlerarası özel hukuk açısından da önemli sonuçlar doğurmaktadır[8]. Bu sonucun bilinciyle hareket eden yabancı hukuk sistemleri, aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığı ile evliliğini düzenleyen maddî hukuk kurallarının kabulünden sonra, söz konusu ilişkilere özgü kanunlar ihtilâfı kuralları öngörmüşlerdir. İsviçre, Belçika ve Alman hukukunda düzenlenen kanunlar ihtilâfı kurallarını, bu çerçevede örnek olarak gösterebiliriz[9].

---

kabul eden Brezilya hukukunda ise 5.5.2011 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı uyarınca eşcinsel çiftlerin, farklı cinsiyetten eşlerle aynı haklara sahip olmaları sağlanmıştır. Söz konusu karara ilişkin olarak bkz. http://www.bbc.co.uk/news/world-13304442.

Buna karşılık Fransa Anayasa Mahkemesi 28.1.2011 tarihli kararında, Fransız Medeni Kanunu'nun evliliğin farklı cinsiyetten iki kişi arasında kurulabileceğine ilişkin hükümlerinin (Fransız MK m. 75, m. 144), Anayasa'nın eşitlik ilkesine ve evlenme hakkına aykırı olmadığına karar vermiştir (Conseil Constitutionel, Décision no: 2010-92 QP c du 28 janvier.2011). Söz konusu karar için bkz. http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2011/2010-92-qpc/decision-n-2010-92-qpc-du-28-janvier-2011.52612.html.

8 **John Murphy**, "The Recognition of Same-Sex Families in Britain: The Role of Private International Law", International Journal of Law, Policy and Family, 2002, s. 185; **Katharina Boele-Woelki**, "What Comparative Family Law Should Entail", Utrecht Law Review, Special on Current Debates in Family Law Around Globe, C. 4, S. 2, June 2008, s. 4-5.

9 İsviçre hukukunda aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığını düzenleyen 18.6.2004 tarihli *Lpart* uyarınca İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda ("LDIP") değişiklik yapılmıştır. Buna göre İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'na kayıtlı hayat ortaklığı başlıklı 3a bölümü eklenerek, Kanun'un 65a ilâ 65d maddeleri arasında söz konusu ilişkiye özgü, yeni kanunlar ihtilâfı kuralları öngörülmüştür. Ayrıca aynı cinsiyetten kişilerin evliliğinin, İsviçre maddî hukukunda düzenlenmemiş olmasına karşın, Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrasında, aynı cinsiyetten kişilerin evliliğine ilişkin bir kanunlar ihtilâfı kuralı öngörülmüştür. Söz konusu hükümde, yabancı bir ülkede aynı cinsiyetten kişiler arasında geçerli bir şekilde kurulmuş olan bir evliliğin, İsviçre hukukunda kayıtlı hayat ortaklığı olarak tanınacağı düzenlenmiştir. İsviçre hukukundaki söz konusu kanunlar ihtilafı kuralları hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Andreas Bucher**, Le couple en droit international privé, Paris, 2004, s. 181-192; **Fritz Sturm**, "Das Schwulen-und Lesben-IPR Im Schweizerischen Entwurf Eines Partnerscahftsgesetzes", MHB, Y. 23, S. 1-2, 2003, s. 673 vd.; **Sedat Sirmen**, "Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Düzenlenişi", AÜHFD, C: 58, S: 4, 2009, s. 851-852.

1.10.2004 tarihinde yürürlüğe giren yeni Belçika Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 4. Bölümü'nde, 58 ilâ 60. maddeler arasında kayıtlı hayat ortaklığına ilişkin kanunlar ihtilâfı kuralları düzenlenmiştir. Söz konusu kurallarda, tescil yeri hukukunun yetkisi (*lex loci registrationis)* kabul edilmiştir. Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. **André Huet**, "La séparation des concubins en droit internationale

B. Türk Hukukunda Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri

1. Türk Maddi Hukuku Açısından Konunun Değerlendirilmesi

Aynı cinsiyetten iki kişinin evliliği ve kayıtlı hayat ortaklığı, Türk hukukunda mevcut olmayan ve Türk hukukuna yabancı olan müesseselerdir[10]. Hukukumuzda eşcinsel birliktelikler düzenlenmediği gibi, iki eşcinselin birlikte yaşamalarına da kanunlarımız uyarınca herhangi bir hukukî sonuç bağlanmamıştır.

Türkiye'nin sosyal ve ahlâki yapısının, eşcinsel birlikteliklere hukukî sonuç bağlanılmasına uygun olmadığı ileri sürülmektedir. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.5.1999 tarihli kararındaki[11] karşıoy yazısında,

---

privé", Études offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, s. 539, 547.
Nitekim, Belçika maddî hukukunda aynı cinsiyetten kişilerin evliliği düzenlendikten sonra, evliliğe ilişkin kanunlar ihtilâfı kuralları gözden geçirilerek, aynı cinsiyetten kişilerin evliliğine ilişkin bir takım özel düzenlemelerde de bulunulmuştur. Bu düzenlemelerden en önemlisi, Belçika Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 46. maddesinin 2. fıkrasındaki, aynı cinsiyetten kişilerin evliliği bakımından kamu düzeninin olumsuz etkisini düzenleyen özel nitelikteki hükümdür. Söz konusu hüküm uyarınca, eşlerden birinin aynı cinsiyetten kişilerin evliliğine izin veren bir ülkenin vatandaşı olması veya mutad meskeninin bu ülkede bulunması hâlinde, birinci fıkra ile yetkili kılınan ve aynı cinsiyetten kişilerin evliliğine izin vermeyen yabancı hukuk uygulanmayacaktır. Bu hususta ayrıntılı olarak bkz. **Jean-Yves Carlier**, "Le Code Belge de droit international privé", Revue Critique du Droit International Privé, C. 94, S. 1, 2005, s. 31; **Aude Fiorini**, "New Belgium Law On Same-Sex Marriage and Its PIL Implications", International and Comparative Law Quartely, C. 52, 2003, s. 1046 vd.; **Rigaux/Fallon**, s. 522; **Sirmen**, s. 843, 845-846.
Alman hukukunda da kayıtlı hayat ortaklığına ilişkin maddî hukuk kurallarını düzenleyen LpartG'nin kabulünden sonra, Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'na ("EGBGB") § 17b hükmü eklenerek, kayıtlı hayat ortaklığı hakkında kanunlar ihtilâfı kuralları öngörülmüştür. EGBGB § 17b, f. 1'de, kayıtlı hayat ortaklığının kuruluşunun, genel hükümlerinin, eşlerin malvarlığına ilişkin sonuçlarının ve sona ermesinin, tescil yeri ülkesinin maddî hukukuna tâbi olduğu düzenlenmiştir. EGBGB § 17b, f. 4'te, Alman kamu düzenini korumak amacıyla özel bir hüküm kabul edilmiştir. Söz konusu düzenlemede, yabancı bir ülkede kurulmuş kayıtlı hayat ortaklığının hüküm ve sonuçlarının, Alman maddî hukukunun öngördüğü hüküm ve sonuçlar ile sınırlı olduğu kabul edilmiştir. Ayrıntılı olarak bkz. **Karsten Thorn**, "The German Conflict of Law Rules on Registered Partnerships", Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe, (Ed. Katharina Boele-Woelki/Angelika Fuchs), Antwerp-Oxford-New York, 2003, s. 162 vd.; **Kessler**, s. 300 vd.; **Sirmen**, s. 846-847.

[10] Türk hukukunda yalnızca transseksüellerin hukukî durumu düzenlenmiş ve ameliyat ile karşı cinsiyete geçen kişilerin nüfus kayıtlarının değiştirilmesi için dava açabilecekleri kabul edilmiştir (MK m. 40).

[11] Y. HGK, T. 26.5.1999, E. 9-307, K. 467 (http://www.kazanci.com.tr).

aynı evde "karı koca hayatı" sürdüren iki erkek arasındaki ilişkinin, bir metres hayatı olduğu, bu ilişkinin temelinin yasalarımız tarafından korunmadığı, bunun Türk toplumunun ahlâk yapısına uymayan, ahlâka aykırı bir birliktelik olduğu ifade edilmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 21.6.1982 tarihinde verdiği bir kararda ise eşcinsellik, toplumun asla hoş görmeyeceği, hastalık derecesine varan bir alışkanlık olarak nitelendirilmiştir[12].

Aynı cinsiyetten iki kişinin evliliği, Türk hukukuna hakim olan evlilik anlayışına ve evliliğin kurucu unsuru olarak kabul edilen eşler arasında cinsiyet farkının bulunması koşuluna aykırıdır[13]. Dolayısıyla Türk hukukunda aynı cinsiyetten iki kişinin evlenmesi söz konusu değildir ve böyle bir evlilik yok hükmündedir[14]. Yoklukla hükümsüz olan böyle bir ilişkiden, aile hukukuna özgü herhangi bir hüküm ve sonuç da doğmayacaktır.

Aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığı da Türk hukukuna yabancı bir müessesedir. Türk hukukunda kayıtlı hayat ortaklığı yapısına yakın veya benzer bir müessese mevcut değildir. Farklı cinsiyetten kişilerin dahi, evlilik dışında bir yolla birlikte yaşamaları Türk hukukunda düzenlenmemiştir[15]. Türk aile hukukunda ilişki tiplerinin sınırlı sayıda olması (*numerus clausus*) ilkesi karşısında kişilerin, Kanun'da sayılan aile hukuku

---

[12] Y. 2. HD, T. 21.6.1982, E. 5077, K. 5531 (http://www.kazanci.com.tr). Söz konusu karar hakkında ayrıca bkz. **Burak Huysal**, Devletler Özel Hukukunda Velâyet, İstanbul, 2005, s. 162-163.
Bununla birlikte Yargıtay'ın 22.2.2000 tarihli kararında (Y. 4. HD, T. 22.2.2000, E. 10478, K. 1598 - http://www.kazanci.com.tr) ilk derece mahkemesinin, yukarıda aktarılan kararlardan ayrılan bir görüşüne rastlanmaktayız. İlk derece mahkemesi kararında, "*Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerde aynı cinsiyetten eşlerin, farklı cinsiyetten olan eşlerle medenî ve sosyal açıdan eşit haklara sahip olması yönünde yasal düzenlemeler yapılmaktadır. Cinsel yönelime dayalı ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler, Avrupa Parlementosu gündemindedir ve bu ülkelerde eşcinsellere hukukî himaye sağlanmaktadır*." ifadelerine yer vermiştir.

[13] **Feyzi Necmeddin Feyzioğlu**, Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 1986, s. 96; **Selâhattin Sulhi Tekinay**, Türk Aile Hukuku, Yedinci Baskı, İstanbul, 1990, s. 108; **Kemal Oğuzman/Mustafa Dural**, Aile Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Bası, İstanbul, 1998, s. 88; **Bilge Öztan**, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara, 2004, s. 321; **Turgut Akıntürk**, Türk Medenî Hukuku, C. 2, Aile Hukuku, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul, 2006, s. 195; **Mustafa Dural /Tufan Öğüz/Alper Gümüş**, Türk Özel Hukuku, C. II, Aile Hukuku, İstanbul, 2005, s. 72.

[14] **Oğuzman/Dural**, s. 89; **Öztan**, s. 320; **Akıntürk**, s. 197; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 79.

[15] **Gülören Tekinalp,** Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, Güncelleştirilmiş 10. Bası, İstanbul, 2009, s. 137; **Gülören Tekinalp/Ergin Nomer/Ayşe Odman**, International Encylopedia of Laws, Turkey, Hague, 2001, s. 171.

ilişki tipleri dışında, yeni bir ilişki kurması mümkün değildir[16]. Dolayısıyla Medenî Kanunu'muzda hiç düzenlenmemiş bir ilişki tipi olan kayıtlı hayat ortaklığı veya buna benzer bir ilişkinin kurulması söz konusu değildir. Ayrıca Kanun'da kayıtlı hayat ortaklığı gibi bir ilişki öngörülmediğinden, tarafların böyle bir ilişkiyi tescil ettirecekleri resmî bir sicil de Türkiye'de mevcut değildir. Aynı cinsiyetten iki kişinin, kayıtlı hayat ortaklığına yakın veya benzer bir ilişki kurması ve bu ilişkiyi Türkiye'deki yetkili makam önünde resmî bir sicile tescil ettirmeleri mümkün olmadığından, Türk hukuku uyarınca kayıtlı hayat ortaklığı kurulması söz konusu değildir.

2. Türk Milletlerarası Özel Hukuku Açısından Konunun Taşıdığı Önem

Aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerinin Türk hukukuna yabancı olması ve hukukumuzda bu ilişkilere özgü kanunlar ihtilâfı kurallarının öngörülmemiş olması, söz konusu ilişkilerden kaynaklanan ve yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların, Türk mahkemelerinin önüne gelmesine engel değildir[17].

Örneğin, Belçika'da yaşayan ve Türk vatandaşı olan bir erkeğin, Belçika vatandaşı olan başka bir erkekle Belçika'da bir evlilik yapması ve daha sonra tarafların Türkiye'de bir ev satın alarak, hayatlarını burada sürdürmeleri gibi bir olasılık her zaman için mümkündür. Böyle bir olasılıkta, taraflardan birinin ölümü hâlinde sağ kalan tarafın, yasal mirasçı sıfatıyla Türkiye'deki taşınmaz üzerinde miras hakkına sahip olup olamayacağı hakkında bir uyuşmazlık Türk mahkemeleri önüne geldiğinde, yabancılık unsuru taşıyan ve Türk milletlerarası özel hukukunu ilgilendiren bir uyuşmazlıkla karşı karşıya kalınacağı açıktır.

Yabancılık unsuru, uyuşmazlığa bakan mahkeme açısından gerçekleşe-

---

[16] Aile hukukuna hâkim olan ilişki tiplerinin sınırlı sayıda olması ilkesi, borçlar hukukundan farklı olarak aile hukukunda kişilerin kurabileceği ilişkilerin, kanun tarafından öngörülmüş ilişkiler ile sınırlı olmasını ifade etmektedir. Dolayısıyla bu alanda kişilere irade serbestisî tanınmamıştır. Ayrıca taraflar, kural olarak kanunda sayılan ilişki tiplerinin içeriğini de değiştiremezler (tipe bağlılık). Bu hususta bkz. **Feyzioğlu**, s. 14-15; **Oğuzman/Dural**, s. 4; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 3-4; **Akıntürk**, s. 10-11; **Öztan**, s. 17; **Hüseyin Hatemi**, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, Özellikle BK m. 65 Kuralı, İstanbul, 1976, s. 383.

[17] Türk milletlerarası özel hukuku açısından kayıtlı hayat ortaklıkları bakımından bu görüşte bkz. **Tekinalp/Nomer/Odman**, s. 171.
Aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığının ya da evliliğinin, hâkimin hukukunda mevcut olmayan müesseseler olmasına karşın, hâkimin bu ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklarla her zaman karşı karşıya kalabileceği hakkında bkz. **Paul Lagarde**, "Préface", Les partenariats enregistrés en droit international privé, **Kessler**, s. VII'den naklen. Aynı görüşte bkz. **Rigaux/Fallon**, s. 580.

cek olan nisbî bir kavram olduğundan[18], Türk mahkemesi önüne gelen aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığı, somut olayın özelliklerine göre tespit edilecektir. Bu hususta sınırlayıcı bir sayım yapılması mümkün olmayacaktır. Ancak, bir birliktelik kurmuş aynı cinsiyetten tarafların vatandaşlığı, birlikteliğin kurulduğu yer, tarafların yerleşim yeri ya da mutad meskeninin bulunduğu yer açısından yabancılık unsurunun gerçekleşebileceğini ifade edebiliriz[19].

MÖHUK[20] m. 1, f. 1 gereğince, "Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir". Buna göre yabancılık unsuru taşıyan aynı cinsiyetten kişilerin evliliği ve kayıtlı hayat ortaklığından doğan uyuşmazlıklarda, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin belirlenmesi, uygulanacak yetkili hukukun tespiti ve bu uyuşmazlıklarla ilgili yabancı devlet mahkemelerinden alınmış kararların tanınması ve tenfizi bakımından, MÖHUK uygulama alanı bulacaktır.

II. Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birlikteliklerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

A. Vasıflandırma Problemi

Yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlık mahkeme önüne geldiğinde, mahkemenin esasa uygulanacak hukuku tespit etmeden önce çözümlemesi gereken ilk sorun, söz konusu uyuşmazlığın esasını incelemek için yetki-

---

[18] **Nuray Ekşi**, "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na Göre Anlamı", MHB, Y. 12, S. 1-2, 1992, s. 3; **Nuray Ekşi**, Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, İstanbul, 2004, s. 57; **Cemile Demir Gökyayla**, Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri), Ankara, 2005, s. 273.

[19] Bununla birlikte diğer hukukî ilişki veya olaylarla karşılaştırıldığında, aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığının ve evliliğinin sınırlı sayıda yabancı ülke hukukları tarafından düzenlenmiş olmasının, bu ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların yabancılık unsuru taşıması olasılığını arttırdığı yönünde bkz. **Ian Curry-Sumner,** All's Well That Ends Registred?, The Substantive and Private International Law Aspects of Non-Marital Registered Relationships in Europe, Antwerp-Oxford, 2005, s. 317; **Kessler**, s. 197.

[20] RG. 12.12.2007/26728.

li olup olmadığını belirlemektir[21]. Mahkeme, mevcut uyuşmazlık hakkında milletlerarası yetkisinin bulunmadığına karar verirse, davaya bakmayı yetksizlik sebebiyle reddedecektir. Bu bağlamda aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerinden kaynaklanan yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından çözümlenmesi gereken ilk problem, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin olacaktır.

Mahkeme, önüne gelen bir uyuşmazlığa uygulanacak yetki kurallarını tespit edebilmek ve bu suretle söz konusu uyuşmazlığı çözümlemek bakımından yetkili olup olmadığını belirleyebilmek için, öncelikle önündeki uyuşmazlığın hangi hukukî müesseye ait olduğunu tepit etmelidir[22]. Mahkemenin yapacağı bu tespit, bir vasıflandırma faaliyetidir ve vasıflandırmanın *lex fori*'ye göre yapılacağı genel olarak kabul edilmektedir[23]. Türk mahkemesi de uyuşmazlığın konusu olan hukukî ilişkiyi *lex fori* Türk hukukuna göre vasıflandıracaktır.

Ancak aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığı ve evliliği, Türk maddî hukukunda düzenlenmemiş müesseseler olduklarından, Türk hukukunda bu konuda bir yetki kuralı da mevcut değildir[24]. Bu durum, Türk hukukunda düzenlenmeyen müesseseler bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin ne şekilde belirleneceği sorusunu karşımıza çıkarmaktadır.

Konuya ilişkin olarak doktrindeki bir görüş, Türk hukukunda belirli bir müessesenin bulunmayışının, milletlerarası yetkiyi reddetmek için yeterli bir sebep teşkil etmeyeceğini kabul etmektedir[25]. Buna göre, Türk hukukunda bulunmayan bir müessese söz konusu olduğunda, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, uyuşmazlığın türü açısından belirli bir ayrım yapılmaksızın taraflar arasında doğan tüm uyuşmazlıklarda, MÖHUK m. 40'ın

---

21 **Ergin Nomer**, Devletler Hususî Hukuku, 16. Bası, İstanbul, 2008, (Nomer/Şanlı), s. 91; **Nuray Ekşi**, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Baskı, İstanbul, 2000, (Milletlerarası Yetki), s. 17; **Bahadır Erdem**, "22.11.2001 Tarihli Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi", MHB, Y. 22, S. 2, 2002, s. 149; **Ziya Akıncı**, Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik, Ankara, 2002, s. 23.

22 **Aysel Çelikel/Bahadır Erdem**, Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul, 2010, s. 419; **Nomer/Şanlı**, s. 325; **Ekşi**, Milletlerarası Yetki, s. 33.

23 **Nomer/Şanlı**, s. 338; **Çelikel/Erdem**, s. 415; **Akıncı**, s. 18; **Tekinalp/Nomer/Odman**, s. 182.

24 Aynı sonucun trust açısından da geçerli olduğu hakkında bkz. **Ekşi**, Milletlerarası Yetki, s. 34, dn. 134.

25 Bu görüşte bkz. **Ekşi**, Milletlerarası Yetki, s. 35.

yaptığı atıf sonucunda HUMK m. 9, f. 1'de (HMK m. 6, f. 1) düzenlenen genel yetki kuralı uyarınca tesis edilecektir[26].

Kanaatimizce, Türk hukukunda mevcut olmayan müesseseler bakımından doktrinde ileri sürülen bu görüş, aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığı ve evliliğinden doğan uyuşmazlıklar hakkında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin belirlenmesi açısından da kabul edilebilir. Milletlerarası özel hukuk kurallarının, bir müessesenin hâkimin hukukunda mevcut olup olmadığına bakmaksızın, o müessese ile ilgili yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkları çözümlemek üzere oluşturulduğu[27] ve hâkimin, belirli bir hayat ilişkisinin kendi hukukunda tanınmaması sebebiyle reddetmemesi gerektiği[28] unutulmamalıdır. Buna göre, aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığı veya evliliği gibi bir müessesenin Türk hukukunda bulunmayışı, konu itibarıyla Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin bulunmadığının ileri sürülmesi için yeterli bir sebep teşkil etmeyecektir. Böylelikle söz konusu uyuşmazlıklara ilişkin Türk mahkemelerinin yetkisi, aşağıda incelenecek olan esaslar çerçevesinde tesis edilebilecektir.

B. Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birlikteliklerine İlişkin Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tesisinde Kullanılacak Yetki Kuralları

Milletlerarası yetkiyi düzenleyen MÖHUK m.40'ın iç hukukumuzdaki yetki kurallarına yaptığı atıf sonucunda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, iç hukukumuzdaki yer itibarıyla yetki kuralları uyarınca belirlenir. Böylelikle iç hukukumuzda yer itibarıyla yetkili olan bir mahkeme, yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta milletlerarası yetkiye de sahip olacaktır[29].

MÖHUK'un 40. maddesinin yaptığı atıf uyarınca HMK m. 6, f. 1'de düzenlenen genel yetki kuralı, aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerinden doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis edecektir. Buna göre, aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığı ve ev-

---

[26] Lex fori'ye yabancı olan müesseseler ile ilgili uyuşmazlıklar için hâkimin hukukunda özel yetki kuralları bulunamayacağından, mahkemenin genel yetki kuralından hareketle milletlerarası yetkisini belirleyeceği hususunda bkz. **Ekşi**, Milletlerarası Yetki, s. 35.

[27] **Kessler**, s. 86.

[28] **Çelikel/Erdem**, s. 89.

[29] MÖHUK'un 40. maddesinin iç hukukumuzdaki yetki kurallarına yaptığı atıf, başta HMK olmak üzere, MK ve diğer kanunlarda düzenlenen yetki kurallarını ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde kabul edilen yetki hükümlerini kapsamaktadır. Bu hususta bkz. **Çelikel/Erdem**, s. 477; **Ekşi**, Milletlerarası Yetki, s. 45-46; **Erdem**, s. 153.

liliğinden doğan tüm davalarda, davalının yerleşim yerinin dava tarihinde Türkiye'de bulunması halinde Türk mahkemesi milletlerarası yetkiye sahip olacaktır. Ayrıca Türkiye'de yerleşim yeri bulunmamasına karşın davalının Türkiye'de mutad meskeni bulunması halinde, HMK m. 9, f. 1 uyarınca aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerinden kaynaklanan davalarda Türk mahkemeleri milletlerarası yetkiye sahip olacaktır.

MÖHUK m. 40'ın iç hukukumuza yaptığı gönderme neticesinde, HMK başta olmak üzere diğer kanunlarda düzenlenen özel yetki kuralları da Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisinde kullanılmaktadır[30]. Buna karşılık, evlilik birliğine ilişkin olan veya evlilik birliğinden kaynaklanan davalar bakımından iç hukukumuzda kabul edilen özel yetki kurallarının[31], aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığı ve evliliğinden doğan yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda uygulanarak, bu kurallar uyarınca Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis edilmesinin mümkün olmayacağı kanaatindeyiz. Zira Anayasa m. 142 gereği mahkemelerin yetkisi kanunla düzenlenmektedir ve yetki kurallarının kıyas yolu ile uygulanması imkânı bulunmamaktadır[32]. Dolayısıyla Türk hukukuna hakim olan evlilik anlayışına uygun olarak öngörülen özel yetki kurallarının, aynı cinsiyetten kişilerin evliliği veya kayıtlı hayat ortaklığına özgü uyuşmazlıklar bakımından uygulanması söz konusu değildir.

Bununla birlikte aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığı veya evliliğinden kaynaklanan ve ancak *lex fori* uyarınca yapılacak vasıflandırma neticesinde uyuşmazlığın soybağına, evlât edinmeye, yardım nafakasına veya mirasa ilişkin olması hâlinde, söz konusu davalara ilişkin olarak iç hukukumuzda düzenlenen özel yetki kurallarının, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisinde kullanılabileceği kanaatindeyiz. Zira bu durumda uyuşmazlık aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığı veya evliliği ile ilişkili olsa da, *lex fori* Türk hukuku uyarınca yapılacak vasıflandırma neticesinde uyuşmazlığın konusu soybağına, velâyete, evlât edinmeye, yardım nafakasına veya mirasa ilişkin olacaktır. Dolayısıyla iç hukukumuzda söz konusu davalara ilişkin olarak mahkemelerin yetkisini düzenleyen özel yetki kuralları, aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerinden kaynaklanan bu gibi uyuşmazlıklarda devreye girebilecektir. Buna göre aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerinden doğan soybağına ilişkin davalarda MK m. 283, evlât edin-

---

30 **Çelikel/Erdem**, s. 479; **Ekşi**, Milletlerarası Yetki, s. 45; **Erdem**, s. 158.

31 Söz konusu özel yetki kuralları, MK m. 168'de boşanma ve ayrılık davaları, MK m. 177'de boşanmadan sonra açılacak nafaka davaları, MK m. 207'de eşler arasındaki mal rejimine ilişkin davalar ve MK m. 201'de ise evlilik birliğinin korunmasına yönelik olarak alınacak tedbirlere ilişkindir.

32 **Baki Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt I, Altıncı Baskı, İstanbul, 2001, s. 381.

meye ilişkin davalarda MK m. 315, yardım nafakası bakımından MK m. 316 ve mirasa ilişkin uyuşmazlıklarda HMK m. 11 ve MK m. 576'nın öngördüğü esaslar dahilinde Türk mahkemeleri milletlerarası yetkiye sahip olabilecektir.

MÖHUK m. 41 uyarınca aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığı veya evliliğinden doğan yabancı unsurlu bir davada Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkiye sahip olabilmesi, öncelikle söz konusu hukukî ilişkilerden kaynaklanan davanın, kişi hâllerine ilişkin bir dava olarak vasıflandırılmasına bağlıdır. Türk hukukunda kişi hâlleri ile kastedilen, bir kişinin şahsî statüsünü ortaya koyan durumlardır ve kişinin hal ve ehliyeti, aile hukuku ve kişiler hukuku kapsamına giren meseleler, kişi hâllerine ilişkin konular olarak değerlendirilmektedir[33]. Aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığı ve evliliği, eşlerin kişisel durumu üzerinde etkili olduğundan, bu ilişkilerden kaynaklanan bir davanın, kişi hâllerine ilişkin olarak yorumlanabileceği kanaatindeyiz[34]. Böylelikle aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliğinden kaynaklanan bir davada, davacı veya davalının Türk vatandaşlığına sahip olması hâlinde MÖHUK m. 41 uyarınca Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi doğacaktır.

Aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerinden kaynaklanan ve ancak Türkiye'de bulunan bir taşınmazın aynına ilişkin olan uyuşmazlıklarda ise HMK m. 12 gereği taşınmazın bulunduğu yerdeki Türk mahkemesinin yet-

---

[33] **Nomer/Şanlı**, s. 407; **Akıncı**, s. 48; **Ekşi**, Milletlerarası Yetki, s. 152.

[34] Aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerini şahsî statüye ilişkin bir konu olarak kabul eden doktrindeki görüşler için bkz. **Bucher**, s. 182 vd.; **Devers**, s. 35; **Kessler**, s. 76; **Curry-Sumner**, s. 324 vd.; **Khairaliah**, s. 323; **Hugues Fulchiron**, "Parenté, parentalité, homoparentalité, A propos de l'arrêt de la première Chambre Civile du 24 février 2006", Receuil Dalloz, S. 24, 2006, s. 900 vd.
Nitekim, Türk doktrininde hayat ortaklığı açısından ileri sürülen bir görüş, söz konusu ilişkide taraflar arasındaki bağlılık evlilikteki kadar sıkı olmamasına rağmen, bu ilişkinin taraflar arasındaki şahsî bağlılığa dayanması sebebiyle konunun şahsî statüye ilişkin olduğunu belirtmektedir. Bu görüşte bkz. **Nomer/Şanlı**, s. 229.
Bununla birlikte Fransız hukukunda, Fransız Medenî Kanunu m. 515-1'de kayıtlı hayat ortaklığının bir sözleşme teşkil ettiği açıkça düzenlenmiş ve bu düzenlemeye dayanarak, kayıtlı hayat ortaklığının bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak yorumlanması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşte bkz. **Françoise Dekeuwer-Défossez**, "PACS et famille, Retour sur l'analyse juridque d'un contrat controversé", Revue trimestrielle de droit civil, Juillet-Septembre 2001, s. 529; **Hauser**, s. 9.
Ancak sebebi kişi hâllerine ilişkin olsa dâhi, kayıtlı hayat ortaklığı kurmuş veya evlenmiş aynı cinsiyetten eşlerin şahsî durumu üzerinde etkisi bulunmayan eşler arasındaki maddî ve manevî tazminat davaları, mal rejimine ilişkin davalar ve nafaka davaları kişi hâllerine ilişkin davalardan olmadığı kabul edilerek, hükmün kapsamı dışında bırakılmalıdır. Maddî ve manevî tazminat davalarının, evlilikte mal rejimine ilişkin davalar ile nafaka davalarının kişi hâllerine ilişkin davalar olarak kabul edilemeyeceği hakkında bkz. **Nomer/Şanlı**, s. 407; **Akıncı**, s. 48.

kisi münhasır olacaktır. Bu bağlamda aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığı veya evliliğinden doğan ve ancak miras hukukuna veya taraflar arasındaki mal rejimine ilişkin olan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın konusunun Türkiye'de bulunan bir taşınmazın aynına ilişkin olması hâlinde, HMK m. 12 uyarınca taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi münhasır yetkiye sahip olacaktır.

III. Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birlikteliklerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukuk

A. Vasıflandırma Problemi

Aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığı ve evliliğinden kaynaklanan yabancı unsurlu uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespit edilebilmesi için çözümlenmesi gereken ilk problem, bağlama konusunun vasıflandırılmasıdır[35]. Yukarıda da ifade edildiği üzere, yabancı hukuklarda düzenlenen aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerinin Türk hukukunda mevcut olmaması, söz konusu ilişkilerin milletlerarası özel hukuk açısından vasıflandırılmasına engel teşkil etmeyecektir[36].

Türk hukukunda bir görüş[37], kayıtlı hayat ortaklığının aynı cinsiyetten ya da farklı cinsiyetten kişiler arasında kurulmuş olması bakımından bir ayrım yapmaksızın ve bu ilişkinin hangi hukuk uyarınca vasıflandırılacağını açıkça belirtilmeksizin, kayıtlı hayat ortaklığı hakkında kıyas yoluyla evliliğe ilişkin kanunlar ihtilâfı kurallarının, çocukların soybağı açısından soybağına uygulanacak hukuku gösteren kuralların uygulanabileceğini; malvarlığına ilişkin hakları düzenleyen anlaşmaların ise sözleşme statüsü içerisinde değerlendirilebileceğini belirtmektedir.

Yine Türk hukukunda ileri sürülen bir diğer görüş[38] ise aynı cinsiyetten kişilerin evliliği ve kayıtlı hayat ortaklığının *lex fori* uyarınca vasıflandırılarak, evlilik olarak nitelendirilmesinin ve bu suretle MÖHUK'taki evliliğe ilişkin bağlama kuralı olan MÖHUK m. 13'ün kıyas yoluyla dahi olsa uygulanmasının muhtemel olmadığını ifade etmektedir.

---

35 **Kessler**, s. 6; **Curry-Sumner**, s. 317-318.

36 Kayıtlı hayat ortaklığı açısından bu yönde bkz. **Tekinalp/Nomer/Odman**, s. 171. Bu bağlamda örneğin trust da Türk hukukunda düzenlenmemiş bir hukukî ilişki olmasına karşın, bu sebebe dayanılarak milletlerarası özel hukukta trust'ın vasıflandırılmaması ve trust'ın reddi gibi bir sonucun söz konusu olmadığı yönünde bkz. **Çelikel/Erdem**, s. 83, 91; **Nomer/Şanlı**, s. 304-305.

37 Bu görüşte bkz. **Tekinalp**, s. 138; **Tekinalp/Nomer/Odman**, s. 171.

38 Bu görüşte bkz. **Sirmen**, s. 856-857.

Türk hukukunda bağlanma konusunun vasıflandırılmasının *lex fori*'ye göre yapılması genel olarak kabul görmesine karşın, vasıflandırmanın mümkün olduğunca esnek bir biçimde ele alınarak, her somut olayın özelliklerine göre bağlanma konusunun vasıflandırılmasına uygulanacak hukukun belirlenmesi yönündeki eğilimin[39], konumuz açısından uygun bir çözüm yolu sunacağı kanaatindeyiz.

Zira Türk mahkemeleri önüne gelen yabancı unsurlu bir davada, aynı cinsiyetten iki kişi arasındaki evliliğin iptalinin talep edilmesi söz konusu olabileceği gibi, yabancı bir ülkede evlenmiş aynı cinsiyetten kişilerden birinin diğerine karşı nafaka ya da mal rejimine ilişkin bir talepte bulunması da mümkün olabilir. Bu uyuşmazlıklar, aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliği ile ilişkili olsa da, her uyuşmazlıktaki somut olayın ve bu olaydaki hayat ilişkilerinin birbirinden farklı olduğu açıktır. Dolayısıyla her bir somut olay kendi özellikleri çerçevesinde ele alınarak, vasıflandırmaya uygulanacak hukukun belirlenmesinin yerinde bir çözüm sunacağı düşüncesindeyiz.

Buna göre, aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığı ve evliliğinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık konusu hukuki ilişki *lex fori* uyarınca vasıflandırılarak, uyuşmazlığın soybağı, velâyet, nafaka, evlât edinme ve mirasa ilişkin olduğu tespit edildiği takdirde, söz konusu uyuşmazlıklar hakkında MÖHUK'ta öngörülen bağlama kurallarının (MÖHUK m. 16, 17, 18, 19 ve m. 20) uygulanması suretiyle yetkili hukuk tespit edilebilecektir[40].

Buna karşılık, aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığının veya evliliğinin geçerli olup olmadığına ya da böyle bir ilişkinin eşlerin soyadı üzerindeki sonuçlarına ilişkin bir uyuşmazlıkta, uyuşmazlığa konu hayat ilişkisinin vasıflandırmasının *lex fori* uyarınca uyarınca yapılması hâlinde, Türk maddî hukukunda mevcut olmayan bir ilişkinin hukukî niteliğinin tespiti problemi ortaya çıkacaktır[41].

---

[39] Vasıflandırmanın mümkün olduğunca esnek bir şekilde ele alınması gereken bir mesele olduğu hakkında bkz. **Çelikel/Erdem**, s. 89-90.

[40] Bu suretle tespit edilecek yetkili yabancı hukukta kayıtlı hayat ortaklığı gibi bir hukuki ilişkinin mevcut olmaması hâlinde, her somut uyuşmazlığa göre bir çözüm yolunun benimsenmesi gerektiği İsviçre doktrininde ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, kayıtlı hayat ortaklığından kaynaklanan mirasa ilişkin bir uyuşmazlıkta, LDIP'de yer alan mirasa ilişkin kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca yetkili olan yabancı hukukta kayıtlı hayat ortaklığı gibi bir ilişkinin mevcut olmaması hâlinde miras statüsünü düzenleyen LDIP'nin 90 ilâ 91. maddelerinin, mirasçıları miras hakkından mahrum etmek amacıyla düzenlenmediği; yetkili yabancı hukukta kayıtlı hayat ortaklığının mevcut olmaması hâlinde, bu ilişkinin evlilik olarak yorumlanması ve evlilik birliğinde eşlerden birinin ölümü üzerine sağ kalan eşe miras hakkı tanıyan yabancı hukukun maddi hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşte bkz. **Bucher**, s. 201.

[41] Vasıflandırmanın *lex fori*'ye göre yapılması ve *lex fori*'de söz konusu hayat ilişkisi-

Bu durumda, mukayeseli hukuk kavramlarını göz önüne alarak *lex fori* vasıflandırma yapılması -uluslararasılaştırılmış *lex fori*- ve Türk hukukundaki mevcut hukukî kategorileri mukayeseli hukuka göre yorumlayıp, genişleterek somut hayat ilişkisinin hukukî niteliğinin tespit edilmesinin uygun bir çözüm olacağı kanısındayız[42].

Bu yöntem uyarınca yapılacak vasıflandırma neticesinde aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerinin şahsî statüye ilişkin, yeni bir hukukî ilişki olarak yorumlanabileceği görüşüne katılmaktayız[43]. Zira aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığı ve evliliği, taraflar arasındaki şahsî bağlılığa dayanan ve tarafların kişi hâllerine ilişkin sonuçları olan ilişkilerdir[44].

---

nin bulunmaması hâlinde, hâkimin kendi hukukundaki temel prensip ve kavramlara riayet etmek suretiyle, mevcut ilişkiyi hangi hukukî nitelik altında değerlendireceğinin saptaması gerektiği yönünde bkz. **Henri Batiffol/Paul Lagarde**, Traité de droit international privé, Tome 1, 8e Édition, Paris, 1993, s. 487; **Cyril Nourissat/Alain Devers**, "Le partenariat homosexuel devant la Cour de justice des Communautés européennes", Receuil Dalloz, S. 42, 2001, s. 3386.
Buna göre aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliğinin *lex fori* uyarınca vasıflandırılması tercih edildiğinde hâkim, söz konusu ilişkileri Türk maddî hukuku uyarınca yorumlarken, Türk hukukunda kabul edilmiş temel prensiplerle bağlı olacaktır. Nitekim, Türk hukukunda evliliğin farklı cinsiyetten iki kişi arasında kurulabilen bir ilişki olması yönündeki temel prensip, aynı cinsiyetten kişilerin evliliğinin Türk hukukunda bir evlilik olarak yorumlanmasını engelleyecektir. *Lex fori* vasıflandırmanın tercihi halinde ortaya çıkacak bu sonucun, aynı cinsiyetten kişilerin evliliğinin düzenlenmediği bir hukukta, bu tip evliliklerin benimsenmesi anlamına geleceği görüşünde bkz. **Fulchiron**, s. 901; **Devers**, s. 96; **Kessler**, s. 114.
Ayrıca, yabancı unsurlu aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerinin *lex fori* uyarınca vasıflandırılarak, evlilik olarak nitelendirilmeyeceği görüşünde bkz. **Sirmen**, s. 857.

42 Aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerinden doğan uyuşmazlıklarda uluslararasılaştırılmış *lex fori* vasıflandırmanın tercih edilebileceği görüşünde bkz. **Devers**, s. 22; **Curry-Sumner**, s. 334; **Sirmen**, s. 838-839.

43 Bu görüşte bkz. **Fulchiron**, s. 902; **Curry-Sumner**, s. 334 vd.; **Kessler**, s. 76 vd.; **Devers**, s. 102 vd.

44 Nitekim, Türk doktrininde hayat ortaklığı açısından ileri sürülen bir görüş, söz konusu ilişkide taraflar arasındaki bağlılık evlilikteki kadar sıkı olmamasına rağmen, bu ilişkinin taraflar arasındaki şahsî bağlılığa dayanması sebebiyle konunun şahsî statüye ilişkin olduğunu belirtmektedir. Bu görüşte bkz. **Nomer/Şanlı**, s. 229.
Kanaatimizce, kayıtlı hayat ortaklığı ile evliliğe nazaran çok daha sınırlı bir ilişki olan hayat birlikteliğinin şahsî statü içerisinde değerlendirilmesi kabul edildiği takdirde, aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığı ile evliliğinin de şahsî statüye ait bir konu olarak yorumlanması yerinde olacaktır.

B. MÖHUK'taki Evliliğe İlişkin Kanunlar İhtilâfı Kurallarının Kıyas Yoluyla Uygulanması

Şahsî statüye ilişkin bir konu olarak değerlendirdiğimiz söz konusu ilişkiler hakkında, bu ilişkilere özgü Türk hukukunda düzenlenmiş kanunlar ihtilâfı kuralı mevcut değildir. Nişanlanmaya ilişkin MÖHUK m. 12 ile evliliğe ilişkin MÖHUK m. 13, Türk hukukuna hâkim olan evlilik anlayışına uygun olarak, farklı cinsiyetten kişilerin nişanlanma ve evliliğine ilişkin hükümlerdir. Dolayısıyla kayıtlı hayat ortaklığı ve aynı cinsiyetten kişilerin evliliği hakkında, mevcut bağlama kurallarının yorumlanması suretiyle konumuza ilişkin uyuşmazlıklara cevap veren, olaya uygulanabilir bir hüküm mevcut olmadığından, ortada bir kanun boşluğu bulunduğu kanaatindeyiz.

Hâkimin iç hukukta kanun boşluğunu doldurmak için kullandığı usul, prensip olarak milletlerarası özel hukukta da uygulanır[45]. MK m. 1, f. 2'de kabul edilen prensip uyarınca, milletlerarası özel hukukta kanun boşluğu bulunan durumlarda hâkim, önce örf ve adet hukukuna başvuracak, burada bir çözüm bulamazsa kendisi kanunkoyucu gibi hareket ederek bir kural ortaya koyacak ve uyuşmazlığı bu kurala göre çözümleyecektir[46]. Buna göre aynı cinsiyetten kişilerin birliktelikleri hakkında örf ve adet hukukunda uygulanabilecek bir kural bulunmadığından, söz konusu hukuk boşluğunu doldurmak için hâkimin kendisi kanunkoyucu gibi hukuk yaratarak, kanunkoyucu yerine aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığı ve evliliğine uygulanabilecek bir kanunlar ihtilâfı kuralı oluşturacaktır.

Hâkim, kanunkoyucu gibi davranarak bir kanunlar ihtilâfı kuralı yaratırken, çözmek zorunda olduğu uyuşmazlığın ağırlık noktasını belirlemek ve bu ilişkideki menfaatleri tespit edip, değerlendirmek zorundadır[47]. Ancak bu sayede söz konusu ilişki, milletlerarası özel hukuk adaletini tesis edecek en uygun hukuk düzenine bağlanabilir[48]. Milletlerarası özel hukuk adaletini sağlayacak en uygun hukukun belirlenmesinde ise milletlerarası özel hukuka ait menfaatler[49] olarak adlandırılan belirli kıstaslar rol oynamakta-

---

[45] **Nomer/Şanlı**, s. 89.

[46] Kanun boşluğu doldurulması hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Kemal Oğuzman/Nami Barlas**, Medenî Hukuk, 14. Bası, İstanbul, 2007, s. 84 vd.; **Rona Serozan**, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul, 2005, s. 109.

[47] **Nomer/Şanlı**, s. 89-90; **Oğuzman/Barlas**, s. 91; **Serozan**, s. 112 vd.

[48] **Nomer/Şanlı**, s. 89. Bir kanunlar ihtilâfı kuralının her şeyden önce hakkaniyet niteliğine sahip olduğu ve kanunkoyucunun yaptığı gibi hâkimin de yaratacağı kanunlar ihtilâfı kuralı ile bu hakkaniyeti gerçekleştirmek zorunda olduğu hakkında bkz. **Nomer/Şanlı**, s. 89.

[49] Kegel tarafından yapılan ayrım uyarınca kanunlar ihtilâfı kuralarının oluşturulmasında, taraf menfaati, işlem menfaati, düzen menfaati, maddî özel hukuk menfaati ve devlet menfaati olmak üzere beş farklı menfaat söz konusudur. Bu konuda

dır[50]. Şahsî statüye ilişkin uyuşmazlıklarda taraf menfaati önem taşımaktadır[51]. Nitekim şahsî statüyü ilgilendiren uyuşmazlıklarda taraf menfaati esas alınarak, kişinin en sıkı ilişkide bulunduğu hukuk olan kişisel hukukunun (*lex personalis*) uygulanması prensip olarak kabul edilmektedir[52].

Buna göre şahsî statüye ilişkin bir konu olarak değerlendirdiğimiz aynı cinsiyetten kişilerin birliktelikleri hakkında oluşturulacak kanunlar ihtilâfı kuralının, taraf menfaatini esas alarak düzenlenmesi gerekmektedir. Zira ancak bu sayede milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanması söz konusu olacaktır. Hâkim, aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığı ve evliliğine ilişkin taraf menfaatini esas alarak kanunlar ihtilâfı kuralı oluştururken, kıyas yoluna başvurabilecektir[53].

Bu durumda kıyas yoluyla yararlanılacak hükümlerin, MÖHUK'taki evliliğe ilişkin kanunlar ihtilâfı kuralları olacağı kanaatindeyiz. Zira aynı cinsiyetten kişilerin birliktelikleri, tek eşlilik, süreklilik, sadakat yükümlülüğü gibi özellikleri ile hüküm ve sonuçları açısından "klasik" evlilik ile benzer

---

ayrıntılı olarak bkz. **Nomer/Şanlı**, s. 16 vd.; **Çelikel/Erdem**, s. 32 vd.; **Tekinalp**, s. 23 vd.

50 **Nomer/Şanlı**, s. 16; **Çelikel/Erdem**, s. 32; **Tekinalp**, s. 22.

51 **Nomer/Şanlı**, s. 16; **Çelikel/Erdem**, s. 32; **Tekinalp**, s. 23.

52 Kişinin en sıkı ilişkide olduğu kişisel hukukunun, kişinin millî hukuku, yerleşim yeri hukuku ve mutad mesken hukuku olduğu kabul edilmektedir. Bu hususta bkz. **Nomer/Şanlı**, s. 16; **Çelikel/Erdem**, s. 34; Tekinalp, s. 23; **Batiffol/Lagarde**, s. 461. Bununla beraber birden çok kişinin söz konusu olduğu ve bu kişilerin eşit değerde menfaati bulunan ilişkilerde, her iki taraf için de objektif ve eşitlik esasına dayalı bir yöntemin benimsenmesi gerektiği ifade edilmektedir; bkz. **Çelikel/Erdem**, s. 33. Özellikle aile hukukuna ilgilendiren ilişkilerde, tarafların eşit derecede korunmaya değer menfaatleri bulunduğundan, bu tip ilişkilerde taraflardan birinin menfaatini diğerinden üstün tutmak yerine, her iki taraf için de müşterek bir hukukun uygulanması tercih edilmektedir; **Çelikel/Erdem**, s. 33; **Tekinalp**, s. 23.

53 Hâkimin hukuk yaratırken kullanacağı imkânlardan biri olan kıyas metodu, kanunda benzer durumları düzenlemek için öngörülen, ancak hâkimin önündeki somut meseleyi kapsamayan bir hükümden yararlanılmasını ifade etmektedir; bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 94.
Bu kapsamda tıpkı iç hukukta olduğu gibi milletlerarası özel hukukta da hâkimin hukuk yaratırken, kıyas yolundan yararlanabileceği kabul edilmektedir. Muvakkat Kanun zamanında, Türklerin kişisel statülerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında öngörülmüş açık bir bağlanma kuralının düzenlenmemiş olmasından kaynaklanan boşluğun, Muvakkat Kanun m. 4'teki yabancıların kişisel statülerini düzenleyen kuralın kıyasen uygulanması yoluyla doldurulması kabul edilmişti. Bu hususta bkz. **Nihal Uluocak**, Kanunlar İhtilâfı (Yasama Yetkisi Kuralları), İstanbul, 1971, s. 13-14; **Ergin Nomer**, "Yabancıların "Ahkâmı Şahsiyesi" (Statut Personel) ve Terekesi İle İlgili İhtilâflarda Türk Kanunlar İhtilâfı sisteminin Gelişimi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, s. 495 vd.

amaç ve nitelikler taşımaktadır. Bunun yanında MÖHUK'taki evliliğe ilişkin kanunlar ihtilâfı kurallarının taraf menfaati esas alınarak düzenlenmiş kurallar olması, aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığı ve evliliği hakkında bu kuralların kıyasen uygulanmasını mümkün kıldığı düşüncesindeyiz[54]. Bu şekilde, Türk milletlerarası özel hukukundaki mevcut boşluğun, MÖHUK m. 13, m. 14 ve m. 15'in kıyasen uygulanması suretiyle doldurularak, yetkili hukukun belirlenebileceği sonucuna ulaşmaktayız[55].

---

[54] Evliliğe ilişkin kanunlar ihtilâfı kurallarının, kayıtlı hayat ortaklığı hakkında kıyasen uygulanması imkânının bulunduğu hakkında bkz. **Tekinalp**, s. 138; **Tekinalp/Nomer/Odman**, s. 171.
Kayıtlı hayat ortaklığının aynı cinsiyetten kişiler arasında söz konusu olmasının, bu ilişkiden doğan uyuşmazlıklar hakkında evliliğe ilişkin kanunlar ihtilâfı kurallarının kıyasen uygulanmasını engellemeyeceği görüşünde bkz. **Dominique Jakob**, "Die eingetragene Lebenspartnerschaft im internationalen Privatrecht", s. 197 vd., (**Bucher,** s. 182, dn. 762'den naklen).
Nitekim, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun kayıtlı hayat ortaklığına ilişkin 65a maddesinde, söz konusu ilişkinin genel hükümleri ve sona ermesi hakkında, evliliğin genel hükümleri ile boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuku düzenleyen kanunlar ihtilâfı kurallarının kıyasen uygulanarak, yetkili hukukun tespit edileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. **Bucher**, s. 203-209.
Buna karşılık Türk hukukunda konuya ilişkin bir görüş, mevcut boşluğun MÖHUK m. 13'ün kıyasen uygulanması yoluyla doldurulabilmesi için kıyas yapmayı mümkün kılan benzerlik unsurlarının bulunması gerektiğini, Türk hukukuna hakim olan evlilik anlayışına uygun olarak düzenlenen MÖHUK m. 13'teki kuralın aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerine kıyas yoluyla uygulanması imkanının bulunmadığını savunmaktadır. Bu görüşte bkz. **Sirmen**, s. 858-860, 866. Bu görüşteki yazar, MK m. 1 uyarınca mevcut hukuk boşluğunun doldurulmasında, evliliğin yapıldığı yer (*lex loci celebrationis*) ve tescil yeri (*lex loci registrationis*) ile birlikte vatandaşlık ya da yerleşim yeri bağlama noktalarının kullanıldığı, bir bağlama kuralının oluşturulmasını önermektedir. Bu hususta bkz. **Sirmen**, s. 868-869.

[55] Belirtmek gerekir ki MÖHUK m. 13, f. 2'nin kıyasen uygulanması suretiyle aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığının şeklen geçerliliği hakkındaki yetkili hukukun tespitinde, bu ilişkinin yapıldığı yer hukuku olarak, tescil yeri hukukunun (*lex loci registrationis*) dikkate alınması gerekecektir. Nitekim, tescil yeri hukukunun, hukukî işlemlerin şekli hakkında geçerli olan işlemin yapıldığı yer hukukunun (*locus regit actum*) uygulanması anlamına geldiği ve kayıtlı hayat ortaklığının kişisel statüye ilişkin bir konu olarak kabul edilmesine karşın, söz konusu ilişkinin şeklen geçerliliğinde taraf menfaati yerine işlem menfaatinin esas alındığı hakkında bkz. **Huet**, s. 539, 547.
Ayrıca, kişisel statüye ilişkin olduğunu kabul ettiğimiz aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, Türk milletlerarası özel hukukunda kişiler ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarla sınırlı olmak üzere kabul edilen atfın da dikkate alınması gerekecektir (MÖHUK m. 2, f. 3). Nitekim, söz konusu uyuşmazlıklarda atfın dikkate alınmasının olumlu sonuçlar verebileceği ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. **Sirmen**, s. 861-862.

C. Kamu Düzeninin Müdahalesi

1. Genel Olarak

Milletlerarası özel hukukta şahsî statüyü ilgilendiren konularda, özellikle de aile hukukuna ilişkin meselelerde, kamu düzeninin müdahalesi oldukça önemli bir role sahiptir[56]. Bunun temel sebebi, şahsî statüye ilişkin meselelerin, sosyal, ahlâki ve dinî sebeplerle ülkeden ülkeye büyük farklılıklar göstermesidir[57].

Konuya bu açıdan bakıldığında, ülkelerin maddî hukuk kurallarında büyük farklılıklar bulunan, henüz hukuk düzenlerinin bir uzlaşmaya varamadığı ve Türkiye'nin de aralarında bulunduğu pek çok ülke hukuku tarafından kabul edilmeyen aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerinden kaynaklanan yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda, MÖHUK m. 5'te düzenlenen kamu düzeninin müdahalesi önemli bir uygulama alanına sahip olacaktır[58].

Bilindiği üzere MÖHUK m. 5, kanunlar ihtilâfı kurallarının gösterdiği yetkili yabancı hukukun belirli bir hükmünün mevcut olaya uygulanmasının yaratacağı somut sonucun, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, söz konusu yabancı hukuk hükmünün uygulanmayacağını ve gerekli görülen hallerde Türk hukukunun uygulanacağını öngörmektedir[59].

---

[56] **Simon Othenin-Girard**, La réserve d'ordre public en droit international privé suisse, Personnes-Famille-Successions, Neuchâtel, 1999, s. 606; **Kessler**, s. 202;

[57] **Kessler**, s. 202.

[58] Tıpkı poligamik evlilikler veya tâlâk gibi aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerinin de milletlerarası özel hukukta kamu düzeninin müdahalesinin söz konusu olabileceği yeni bir alan teşkil ettiği yönünde bkz. **Kessler**, s. 201.
Ayrıca, aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerinin düzenlenmediği hukuklarda, söz konusu birlikteliklerden doğan uyuşmazlıklara uygulanan yabancı hukuka kamu düzeninin müdahalesi ve bunun sonuçlarının, poligamik evlilikler ve tâlâk paralelinde incelendiğini ifade edebiliriz. Bu hususta bkz. **Kessler**, s. 213 ve s. 213, dn. 61-65'te belirtilen diğer yazarlar.

[59] **Erdoğan Göğer**, Devletler Hususî Hukuku, Üçüncü Bası, Ankara, 1975, s. 96; **Cemile Demir Gökyayla,** Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni, Ankara, 2001, (Kamu Düzeni), s. 23; **Uluocak**, s. 220-221; **Nomer/Şanlı**, s. 160; **Çelikel/Erdem**, s. 149; **Tekinalp**, s. 38; **Bucher**, s. 17.
Türk hukukunun temel ilkeleri, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükler, Türk ahlâk ve adap anlayışı, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışı ile genel hukuk politikası, milletlerarası alanda kabul edilmiş genel ilkeler ve hukuk prensipleri ile dürüstlük kuralına dayanan kuralların, Türk kamu düzeninin genel çerçevesini çizdiği ifade edilmektedir. Bu hususta bkz. **Atâ Sakmar**, Devletler Hususî Hukukunda Boşanma, İstanbul, 1976, s.130-131; **Aydanur Gürzumar**, "Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri", MHB, Y. 14, S. 1-2, 1994, s. 22; **Çelikel/Erdem**, s. 163-164;

Ancak yabancı bir hukukun, Türk hukukundan farklı bir düzenlemeye sahip olması Türk kamu düzeninin müdahalesi için yeterli değildir[60]. Ayrıca yabancı hukukun bir bütün olarak Türk kamu düzenine aykırı olması da bir önem taşımaz[61]. Öte yandan, bir olay veya ilişkinin, belirli bir ülkenin kamu düzenini ilgilendirmesi için, o olay veya ilişki ile söz konusu ülke arasında belli bir bağlantının bulunması gerekir[62]. Buna göre somut olay veya ilişkinin Türkiye ile ilişkisi ne kadar yoğunsa, Türk kamu düzeninin müdahale etme ihtimalinin de o ölçüde artacaktır[63].

Bununla birlikte kamu düzeninin özünde hâkimin takdirine bağlı olan, sınırları belirsiz, genel bir kavram olması, aynı cinsiyetten kişilerin birliktelikleri nden kaynaklanan yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından, kamu düzeninin tehlikeli bir müdahale aracı olduğunu ortaya koymaktadır. Zira böyle özelliklere sahip olan ve hâkimin takdirine bağlı olan bir müdahale yöntemi katı bir anlayışla uygulanır ve sınırları genişletilirse, aynı cinsiyetten kişilerin birliktelikleri gibi bir ilişkiden kaynaklanan her hususun, Türk kamu düzenine aykırılık sebebiyle hukukî sonuç doğurmaktan mahrum kalacağı açıktır[64]. Bu sebeple, aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığı ve evliliğinden kaynaklanan her bir olayın münferit olarak ele alınarak, yetkili yabancı hukukun belirli bir hükmünün mevcut olaya uygulanması neticesinde ortaya çıkacak her bir somut sonucun, Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığının incelenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz[65].

Buna göre aynı cinsiyetten iki kişi arasında yabancı bir ülkede geçerli bir şekilde kurulmuş ve eşlerin millî hukukuna göre geçerli olan bir evliliğin, *for* ülkesinin kamu düzenine aykırı sayılarak, böyle bir ilişkinin kendisinin geçersiz olduğu kabul edilebilir. Ancak aynı cinsiyetten iki kişi arasındaki evlilik yabancı bir ülkede geçerli bir şekilde yapıldıktan sonra, uygulanacak yabancı hukukun eşlerden biri lehine malvarlığına ilişkin sonuçları olan miras veya nafaka gibi bir hak tanıması hâlinde, bu yabancı hukukun uygulanması

Demir Gökyayla, Kamu Düzeni, s. 27; **Nomer/Şanlı**, s. 168; **Göğer**, s. 99-100; **Uluocak,** s. 218-219.

60 **Nomer/Şanlı**, s. 163; **Çelikel/Erdem**, s. 161; **Demir Gökyayla,** Kamu Düzeni, s. 37.

61 **Nomer/Şanlı**, s. 163; **Çelikel/Erdem**, s. 161; **Gürzumar**, s. 37; **Demir Gökyayla**, Kamu Düzeni, s. 37.

62 **Bernard Audit**, Droit international privé, Paris, 1997, s. 272; **Nomer/Şanlı**, s. 175; **Gürzumar**, s. 25; **Bucher**, s. 18; **Othenin-Girard**, s. 211; **Kessler**, s. 218.

63 **Nomer/Şanlı**, s. 175; **Gürzumar**, s. 25¸ **Audit**, s. 272; **Bucher**, s. 18; **Othenin-Girard**, s. 211; **Kessler**, s. 218 vd.; **Sirmen**, s. 870.

64 Bu konuda katı bir kamu düzeni anlayışı benimsenmemesi gerektiği görüşünde bkz. **Tekinalp**, s. 137-138; **Tekinalp/Nomer/Odman**, s. 171.

65 Bu yönde bkz. **Bucher**, s. 65-66; **Othenin-Girard**, s. 441; **Kessler**, s. 213.

ile ortaya çıkacak sonuç, taraflardan biri lehine nafaka veya miras hakkı tanınmasıdır ve bu sonuç, *for* ülkesinin kamu düzenine aykırı görülmeyebilir[66]. Zira bu durumda, kamu düzeninin konusu değişmiştir. Bir başka deyişle, artık aynı cinsiyetten iki kişi arasındaki evliliğin geçerliliği değil, yetkili yabancı hukukun bu ilişki için öngördüğü çeşitli sonuçların *for* ülkesinin kamu düzenine aykırı olup olmadıkları değerlendirilmektedir.

2. Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birlikteliklerine Uygulanacak Yabancı Hukuka Türk Kamu Düzeninin Müdahalesi ve Sonuçları

Aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığı ile evliliğinin kuruluşu hakkındaki uyuşmazlıklarda, MÖHUK m. 13'ün kıyasen uygulanması neticesinde, bu ilişkilerin maddî ve şeklî şartları açısından geçerlilikleri yabancı bir hukuka tâbi olabilir. Kanaatimizce, maddî ve şeklî şartları açısından aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerini geçerli olarak kabul eden yabancı hukukun somut hükmünün uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuç, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olacaktır[67].

Zira evliliğin farklı cinsiyetten iki kişi arasında kurulması, Türk hukukunun temel prensiplerinden biridir. Aynı cinsiyetten iki kişinin evliliğine izin veren bir yabancı hukuk hükmü, Türk hukukunun temel bir prensibine aykırılık taşıyacaktır. Bunun yanında kanunkoyucu tarafından öngörülmediği sürece kayıtlı hayat ortaklığı veya buna benzer başka hiçbir hukuki ilişkinin evliliğe benzetilemeyecek olması, tarafların kayıtlı hayat ortaklığı kurmalarına izin veren yabancı hukukun ilgili hükmünün de Türk hukukundaki temel ilkelere aykırılık taşıdığını göstermektedir. Böylelikle söz konusu ilişkileri geçerli olarak kabul eden yabancı hukukun uygulanması, MÖHUK m. 5'te düzenlenen kamu düzeninin olumsuz fonksiyonuyla engellenecek ve bu ilişkiler geçersiz olarak kabul edilecektir[68].

Buna karşılık aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerinin hüküm ve sonuçlarına ilişkin bir uyuşmazlıkta Türk kamu düzenine aykırılığın konusu, aynı cinsiyetten iki kişi arasındaki ilişkinin geçerliliği değil, söz konusu ilişkiden doğan hak ve yükümlülükler olacaktır. Bu durumda, aynı cinsiyetten iki kişi arasındaki birlikteliğin kendisinin Türk kamu düzenine aykırı olup olmaması değil; bu birliktelikten ortaya çıkan sonuçların, Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı tespit edilmelidir.

---

66 Bu hususta bkz. **Bucher**, s. 65-66; **Othenin-Girard**, s. 441; **Kessler**, s. 213.

67 Bu görüşte bkz. **Sirmen**, s. 871.

68 İsviçre hukukunda da aynı cinsiyetten kişilerin evliliğini geçerli kabul eden yabancı hukukun kamu düzeni müdahalesiyle bertaraf edileceği hakkında bkz. **Bucher**, s. 65-66.

Buna göre, prensip olarak aynı cinsiyetten kişilerin birliktelikleri geçerli olarak kabul edilmese de yetkili yabancı hukukun uygulanmasıyla bu ilişkilerin doğuracağı bazı sonuçlar, Türk kamu düzenine tahammül edilemez derecede aykırı olmayabilir. Özellikle tarafların Türkiye ile sıkı bir ilişki içinde olmadığı hallerde, yetkili yabancı hukukun uygulanmasıyla, nafakaya veya tazminata hükmedilmesi ya da mal rejimine ilişkin bir karar alınması veya taraflardan biri lehine yasal miras hakkı tanınması gibi, yalnızca o birlikteliğin tarafları arasında malvarlığını ilgilendiren sonuçların ortaya çıkmasının, Türk kamu düzenine açıkça aykırılık taşımayacağı düşüncesindeyiz[69]. Yabancı hukukun malvarlığına ilişkin olarak öngördüğü ve taraflar arasında hukukî etkilerini doğuracak bu gibi sonuçlardan, aynı cinsiyetten tarafları mahrum bırakacak şekilde katı bir kamu düzeni anlayışı benimsenmesinin, herhangi bir fayda yaratmayacağı, adalet anlayışına hizmet etmeyeceği ve bu durumda Türk kamu düzeninin korunmaya değer bir menfaati bulunmayacağı kanaatindeyiz.

Ayrıca, söz konusu ilişkileri geçerli olarak kabul eden yabancı hukukun uygulanması, Türk kamu düzeninin müdahalesiyle engellenecek olsa da bu ilişkilerin sona ermesine ilişkin bir uyuşmazlıkta MÖHUK m. 14 aracılığıyla tespit edilen yabancı hukukun uygulanmasının, Türk kamu düzenine aykırı bir sonuç yaratmayacağı; yetkili yabancı hukukun uygulanarak, bu ilişkilerin Türk hâkimi tarafından sona erdirilebileceği düşüncesindeyiz[70]. Zira, söz konusu ilişkilerin varlığının kamu düzenine aykırı oldukları kabul edildiği takdirde, asıl bunların sona erdirilmesinde Türk kamu düzeninin korunmaya değer bir menfaati bulunacaktır.

Aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yetkili olan yabancı hukukun, çocukların soybağı, velâyet veya evlât edinilmesine ilişkin hükümlerinin uygulanmasıyla meydana gelecek somut sonuç bakımından ise kamu düzenine aykırılık, çocuğun üstün menfaatinin korunması çerçevesinde değerlendirilecek bir konu olacaktır[71]. Bu bağlamda

---

[69] Türk hukukunda bir görüş, milletlerarası özel hukukun bir tolerans hukuku olduğunu vurgulayarak, Türkiye dışında tamamlanmış hukuki durumların ve kazanılmış hakların Türkiye'de tanınmasında, Türk kamu düzeninin müdahalesinin olağanüstü istisnai olması gerektiğini savunmakta ve Türkiye dışında kurulup, kurulduğu yerde geçerli olan bir eşcinsel birliktelikle ilgili nafaka talebinin, Türk kamu düzeni müdahalesine uğramaması gerektiğini son derece isabetli şekilde belirtmektedir. Bu görüşte bkz. **Sirmen**, s. 872.

[70] Aynı cinsiyetten kişilerin evliliğinin sona ermesine ilişkin olarak uygulanan yabancı hukukun İsviçre kamu düzenine aykırı olmayacağını ve İsviçre mahkemelerinin bu hukuku uygulayarak, sona ermeye ilişkin bir karar verebileceği hakkında bkz. **Bucher**, s. 66.

[71] Bu görüşte bkz. **Devers**, s. 404 vd.; **Bucher**, s. 202.
Hâkimin çocuğun yararı yerine, göreceli bir toplum yararı anlayışını benimsemesinin kabul edilemeyeceği hakkında bkz. **Huysal**, s. 164.

soybağının kurulması, çocuğun yararına hizmet etmektedir. Bir birliktelik kurmuş aynı cinsiyetten kişilerden biri ile çocuk arasındaki soybağının kurulmasını sağlayan yabancı hukukun uygulanmasının kamu düzenine aykırılık sebebiyle engellenmesi ve bu suretle kamu düzeninin adeta bir müeyyide olarak uygulanması, kanaatimizce çocuğun yararına hizmet eden bir anlayış olmayacaktır[72].

Sonuç

Aynı cinsiyetten kişilerin birliktelikleri, yabancı hukuklarda yoğun bir şekilde tartışılan ancak üzerinde henüz uzlaşmaya varılmamış hukuki ilişkilerdir. Buna karşılık günümüzde şahsi statüyü ilgilendiren ilişkilerin uluslararası bir alanda gerçekleşmesi olağan bir hâl aldığından, aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliğinden kaynaklanan ve birden çok hukuk düzenini ilgilendiren uyuşmazlıklar ortaya çıkabilecektir. Bunun sonucu olarak aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığı ve evliliği, yabancılık unsuru taşıyarak, milletlerarası özel hukukun konusu içine gireceklerdir.

Aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığı ve evliliği Türk hukukuna yabancı kavramlar olup, Türk hukukunda söz konusu ilişkilere özgü kanunlar ihtilâfı kuralları da bulunmamaktadır. Buna karşılık söz konusu birlikteliklerinden kaynaklanan ve yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların Türk mahkemeleri önüne gelmesi her zaman için mümkündür. Türk mahkemeleri önüne gelen ve yabancılık unsuru taşıyan böyle bir uyuşmazlık, Türk milletlerarası özel hukukunu ilgilendirecek ve MÖHUK uygulama alanı bulacaktır.

Her ne kadar aynı cinsiyetten kişilerin birliktelikleri hukuk sistemleri açısından yeni bir konu olsa da bu birlikteliklerin milletlerarası özel hukuk açısından doğurduğu sorunlar karşısında, milletlerarası sözleşmeler alanında da gelişmeler yaşanmaktadır. Milletlerarası Kişi Hâlleri Komisyonu tarafından hazırlanan ve 5.9.2007 tarihinde Münih'te imzaya açılan "*Kayıtlı Hayat Ortaklıklarının Tanınması Hakkında Sözleşme*" ("*Convention sur la Reconnaissance des Partenariats Enregistrés*"), bu alanda hazırlanan ilk milletlerarası sözleşmedir[73]. Söz konusu Sözleşme henüz yürürlüğe girmemiştir. Ancak Sözleşme ile ulaşılmak istenen amaç, bu müessesenin hukuken düzenlendiği ülkelerde kurulan, iptal edilen veya sona erdirilen bir kayıtlı hayat ortaklığının geçerliliğinin ve bu Sözleşme kapsamında öngörülen sonuçlarının,

---

[72] Aynı görüşte bkz. **Bucher**, s. 202.

[73] Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu (CIEC) tarafından hazırlanan 32 numaralı Sözleşme'nin tam metni için bkz. http://ciec1.org/ListeConventions.htm.

akit devletlerde de bu müessese hukuken düzenlenmemiş olsa dahi tanınmasını sağlamaktan ibarettir[74].

Bu bağlamda Türkiye'nin bu Sözleşme'ye taraf olmasının Türk kamu düzenine aykırı sonuçların doğmasını önleyebileceği düşüncesindeyiz. Zira Türkiye'nin bu Sözleşme'ye taraf olması durumunda, Türk hukukunda kayıtlı hayat ortaklığı gibi bir müessesenin bulunmaması ve kamu düzeni müdahalesiyle geçerli olarak kabul edilmemesine karşın, bu ilişkinin bir evlilik engeli olarak dikkate alınması mümkün olacaktır. Böylelikle halihazırda kayıtlı hayat ortaklığı ilişkisi içinde bulunan bir kişinin, Türkiye'de üçüncü bir kişiyle bir evlilik yapmak istemesi durumunda, tescil yeri hukuku tarafından öngörülmesi kaydıyla mevcut hukukî durumunun Türkiye'de bir evlilik engeli olarak değerlendirilmesi sağlanarak, çok eşli ilişkiler gibi Türk kamu düzenine aykırı bir sonucun doğması engellenebilecektir.

Kaynakça

Akıncı Ziya, Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik, Ankara, 2002.

Akıntürk Turgut, Türk Medenî Hukuku, C. 2, Aile Hukuku, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul, 2006.

Batiffol Henri/ agarde Paul, Traité de droit international privé, Tome 1, 8e Édition, Paris, 1993.

Bell Mark, "Holding Back the Tide? Cross-Border Recognition of Same-Sex Partnerships within the European Union", European Review of Private Law, S. 5, 2004, Kluwer Law International.

Bénabent Alain, Droit civil, La famille, Paris, 2001.

Benalcázar Sébastien de, Pacs, mariage et filiation: Étude de la politique familiale, Paris, 2007.

Boele-Woelki Katharina, "What Comparative Family Law Should Entail", Utrecht Law Review, Special on Current Debates in Family Law Around Globe, C. 4, S. 2, June 2008.

Bucher Andreas, Le couple en droit international privé, Paris, 2004.

Carlier Jean-Yves, "Le Code Belge de droit international privé", Revue Critique du Droit International Privé, C. 94, S. 1, 2005.

Coaster Michael, "Same Sex Relationships: A Comparative Assesment of Legal Developments Across Europe", European Journal of Law Reform, C. 4, S. 4, Kluwer Law International 2002.

---

74 **Harnois/Hirsch**, s. 54.

Cornu Gérard, Droit civil, La famille, Paris, 2003.

Curry-Sumner Ian, All's Well That Ends Registred?, The Substantive and Private International Law Aspects of Non-Marital Registered Relationships in Europe, Antwerp-Oxford, 2005.

Çelikel Aysel/ rdem Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul, 2010.

Dekeuwer-Défossez Françoise, "PACS et famille, Retour sur l'analyse juridque d'un contrat controversé", Revue trimestrielle de droit civil, Juillet-Septembre 2001.

Demir Gökyayla Cemile, Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri), Ankara, 2005.

Demir Gökyayla Cemile, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni, Ankara, 2001, (Kamu Düzeni).

Devers Alain, Le concubinage en droit international privé, Paris, 2004.

Dey Ian / Wasoff Fran, "Mixed Messages: Parental Responsabilities, Public Opinion and The Reforms of Family Law", International Journal of Law, Policy and The Family, S. 20, 2006.

Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Alper, Türk Özel Hukuku, C. II, Aile Hukuku, İstanbul, 2005.

Ekşi Nuray, "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na Göre Anlamı", MHB, Y. 12, S. 1-2, 1992.

Ekşi Nuray, Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, İstanbul, 2004.

Ekşi Nuray, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Baskı, İstanbul, 2000, (Milletlerarası Yetki).

Erdem Bahadır, "22.11.2001 Tarihli Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi", MHB, Y. 22, S. 2, 2002.

Feyzioğlu Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 1986.

Fiorini Aude, "New Belgium Law On Same-Sex Marriage and Its PIL Implications", International and Comparative Law Quartely, C. 52, 2003.

Fulchiron Hugues, "Parenté, parentalité, homoparentalité, A propos de l'arrêt de la première Chambre Civile du 24 février 2006", Receuil Dalloz, S. 24, 2006.

Göğer Erdoğan, Devletler Hususî Hukuku, Üçüncü Bası, Ankara, 1975.

Gürzumar Aydanur, "Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri", MHB, Y. 14, S. 1-2, 1994.

Harnois Caroline/Hirsch Juliane, "Note sur le développements en droit interne et droit international privé sur la cohabitation hors mariage, y compris partenariat

enregistrés", Document Préliminaire no: 11 de Mars 2008, Conférence de La Haye de Droit International Privé, http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd11f2008.pdf.

Hatemi Hüseyin, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, Özellikle BK m. 65 Kuralı, İstanbul, 1976.

Hauser Jean, "Aujourd'hui et demain, le PACS", Revue Juridique Personnes et Famille, Novembre 1999.

Huet André, "La séparation des concubins en droit internationale privé", Études offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002.

Huysal Burak, Devletler Özel Hukukunda Velâyet, İstanbul, 2005.

Kessler Guillaume, Les partenariats enregistrés en droit international privé, Paris, 2004.

Khairaliah Georges, "Les 'partenariats organisés' en droit international privé (Propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité), Revue Critique du Droit International Privé, C. 89, S. 3, 2000.

Köteli M. Argun, Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, İstanbul, 1991.

Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt I, Altıncı Baskı, İstanbul, 2001.

Murphy John, "The Recognition of Same-Sex Families in Britain: The Role of Private International Law", International Journal of Law, Policy and Family, 2002.

Nomer Ergin, Devletler Hususî Hukuku, 16. Bası, İstanbul, 2008, (Nomer/Şanlı).

Nomer Ergin, "Yabancıların "Ahkâmı Şahsiyesi" (Statut Personel) ve Terekesi İle İlgili İhtilâflarda Türk Kanunlar İhtilâfı sisteminin Gelişimi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı.

Nourıssat Cyril/Devers Alain, "Le partenariat homosexuel devant la Cour de justice des Communautés européennes", Receuil Dalloz, S. 42, 2001.

Oğuzman Kemal/Dural Mustafa, Aile Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Bası, İstanbul, 1998.

Oğuzman Kemal/Barlas Nami, Medenî Hukuk, 14. Bası, İstanbul, 2007.

Othenin-Girard Simon, La réserve d'ordre public en droit international privé suisse, Personnes-Famille-Successions, Neuchâtel, 1999.

Öztan Bilge, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara, 2004.

Rigaux François/Fallon Marc, Droit international privé, 3e édition, Brüksel, 2005.

Sakmar Atâ, Devletler Hususî Hukukunda Boşanma, İstanbul, 1976.

Serozan Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul, 2005.

Sirmen Sedat, "Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Düzenlenişi", AÜHFD, C: 58, S: 4, 2009.

Sturm Fritz, "Das Schwulen-und Lesben-IPR Im Schweizerischen Entwurf Eines Partnerscahftsgesetzes", MHB, Y. 23, S. 1-2, 2003.

Tekinalp Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, Güncelleştirilmiş 10. Bası, İstanbul, 2009.

Tekinalp Gülören/Nomer Ergin/Odman Ayşe, International Encylopedia of Laws, Turkey, Hague, 2001.

Tekinay Selâhattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, Yedinci Baskı, İstanbul, 1990.

Thorn Karsten, "The German Conflict of Law Rules on Registered Partnerships", Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe, (Ed. Katharina Boele-Woelki/ Angelika Fuchs), Antwerp-Oxford-New York, 2003.

Uluocak Nihal, Kanunlar İhtilâfı (Yasama Yetkisi Kuralları), İstanbul, 1971.

Üskül Engin Zeynep Özlem, Hukuk Sosyolojisi Açısından Türkiye'de Evlenmenin Evrimi, İstanbul, 2008.

Waaldijk Kees, "Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners: Comparative overview & Comparative analysis", (Comparative overview), http://www-same-sex.ined.fr/ pdf/DocTrav125/05Doc125Analysis.pdf.

Werro Franz, Concubinage, mariage et démariage, Berne, 2000.

Kısaltmalar

Bkz. / bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
CIEC	:	Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu (Comission Internationale de l'État Civil)
dn.	:	Dipnot
E.	:	Esas
Ed.	:	Editör
EGBGB	:	Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch)
f.	:	Fıkra
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
HMK	:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	:	Karar
LDIP	:	İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (Loi fédérale sur le droit international privé)

m. : Madde
MHB : Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MK : Medenî Kanun
MÖHUK : Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
par. : Paragraf
RG. : Resmî Gazete
S. : Sayı
s. : Sayfa
T. : Tarih
vd. : Ve devamı
Y. : Yargıtay

Milletlerarası Tahkimde Gizlilik

*Candan YASAN**

Giriş

Tahkimde duruşmaların üçüncü kişilere kapalı olması ve hakem kararlarının kural olarak yayımlanmaması, uyuşmazlığın gizlilik içinde çözümlenmesi olanağını taraflara sunmaktadır. Tahkimin taraflara sunduğu bu avantaj, milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin tercih edilmesinin önemli nedenlerinden birini teşkil etmektedir[1].

---

* Arş. Gör., İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

1 **Ziya Akıncı,** Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007, par. 27; **Ziya Akıncı,** Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994, (Tenfiz), s. 44; **Ergin Nomer/Nuray Ekşi/Günseli Öztekin Gelgel**, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2003, s. 14; **Cemal Şanlı**, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2005, s. 222; **Ergun Özsunay**, "Tahkim Yargılamasında Mahremiyet", İBD, 2004/2, s. 541; **Zeynep Derya Tarman**, "Tahkim ve Gizlilik", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008/1, s. 305; **Süleyman Dost**, Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Ankara 2006, s. 25; **Armağan Ebru Bozkurt Yüksel**, "Fikri Mülkiyet Uyuşmazlıklarında Tahkim", BATİDER, Haziran 2009, C. XXV, S. 2, s. 347; **Philippe Fouchard/Emmannuel Gaillard/Berthold Goldman**, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec 1996, par. 1132; **Julian D. M. Lew/Loukas A. Mistelis/Stefan M. Kröll**, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, par. 1-26; **Alan Redfern/Martin Hunter**, Law and Practice of International Commercial Arbitration, London 1991, s. 23; **Claude R. Thomson**, "Confidentiality in Arbitration: A Valid Assumption? A Proposed Solution!", Dispute Resolution Journal, 2007, C. 62, S. 2, s. 1; **Michael Pryles**, "Confidentiality", The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration, Ed.: **Lawrence W. Newman/ Richard D. Hill**, Bern 2004, s. 415; **Fabrice Fages**, "La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière", Revue de l'Arbitrage, 2003/1, s. 6; **Yves Fortier**, "The Occasionallay Unwarranted Assumption of Confidentaility", Arbitration International, 1999/2, (Kluwer Arbitration), s. 131; **Keith Uff/ Kyriaki Noussia**, "On the Protection of Arbitral Proceedings: A Comparative Approach of the Position in England, Australia, U.S.A and Canada", Essays in Honour of Konstantinos D. Kerameus, C. I, Brussel, 2009, s. 1467; **José Rosell**, "Arbitration v. State Courts: Arbitration Confidentiality Challenged by The State Courts", Milletlerarası tahkim Semineri, 10 Mart 2003, s. 84.

Gizliliğin tahkimle mündemiç olduğu ve tahkimin doğası gereği mutlak bir gizlilik sağladığı, milletlerarası tahkim uygulamasında uzun yıllar boyunca tartışmasız bir şekilde kabul edilmiştir[2]. Günümüzde ise tahkimin, mutlak ve genel bir gizlilik yükümlülüğü öngörmediği ifade edilmeye başlanmıştır[3]. Tahkimde duruşmaların üçüncü kişilere kapalı olmasının, tahkimin *per se* gizli olması sonucunu doğurmadığı, duruşmaların gizliliği ile tahkimin gizliliğinin birbirinden farklı anlamlar taşıdığı ileri sürülmektedir[4].

Milletlerarası tahkimde gizlilik konusunu ele alan bu çalışma, tahkimin gizli olma özelliğini ve bu gizliliğin sınırlarının incelenmesini amaçlamaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde, milletlerarası tahkimde gizlilik prensibinin temelleri açıklanacaktır. İkinci bölümde, tahkimde gizlilik kavramı ele alınacak ve tahkimin gizliliği prensibinin istisnaları ortaya konulacaktır. Üçüncü bölümde, gizlilik yükümlülüğünün kapsamı, konu, kişi ve zaman bakımından ele alınacaktır. Dördüncü bölümde, tahkimde gizliliğin sağlanması amacıyla kullanılabilecek yöntemler değerlendirilecektir. Beşinci bölümde ise gizlilik yükümlülüğünün ihlalinin doğuracağı sonuçlar açıklanacaktır. Çalışma, sonuç bölümü ile tamamlanacaktır.

---

2 **Hans Bagner**, "Confidentiality- A Fundamental Principle in International Commercial Arbitration", Journal of International Arbitration, 2001/2, s. 243; **Ronald Bernstein**, Handbook of Arbitration Pratctice, London 1998, s. 193; bu görüşteki diğer yazarlar için bkz.: **Gabrielle Kaufmann-Kohler/Blaise Stucki**, International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practionners, Kluwer Law International, 2004, s. 90; **Rosell**, s. 84.

3 Bu görüşte bkz.: **Andreas Furrer**, "The Duty of Confidentiality in International Arbitration", Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Zürich 2008, s. 802; **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 91; **Dost**, s. 25; ayrıca bu görüşte bkz.: **Furrer**, s. 803, dn. 5'te belirtilen diğer yazarlar.

Nitekim tahkimin milletlerarası ticari uyuşmazlıkların olağan çözüm yolu halini alması karşısında hangi sebebe istinaden devlet yargılamasına nazaran tahkimin daha gizli bir şekilde yürütülmesi gerekliliğinin sorgulanmasına ihtiyaç duyulduğu ifade edilmektedir. Bu görüşte bkz.: **Yves Derains**, "Evidence and Confidentiality", ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2009 Special Supplement, s. 57.

4 Bu yönde bkz.: **Eric Schwartz**, "Comments in The New 1998 ICC Rules of Arbitration: Proceedings of the ICC Conference Presenting the Rules", ICC International Court of Arbitration Bulletin, 1997, Special Supplement, s. 70 (**Fortier**, s. 2, dn. 5'ten naklen); **Eric Loquin**, "Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage", Revue de l'Arbitrage, 2006/2, s. 334-335; **Paul D. Friedland**, Arbitration Clauses for International Contracts, Juris Publishing, 2004, s. 10; **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 91; **Fortier**, s. 3; ayrıca bu görüşte bkz.: **Serge Lazareff**, "Confidentiality and Arbitration: Theoretical and Philosophical Reflections", ICC International Court of Arbitration Bulletin, Confidentiality in Arbitration, 2009 Special Supplement, s. 84, dn. 23'te belirtilen diğer yazarlar.

I. Milletlerarası Tahkimde Gizlilik Prensibinin Temelleri

A. Milletlerarası Ticari Tahkimin Gizli Olmasının Sebepleri

Teşebbüsler arasında meydana gelen uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinde görülmesi, onların ticari sırlarının, mali durumlarının ve tüm iç ilişkilerinin gözler önüne serilmesine yol açmaktadır[5]. Devlet mahkemelerinde yargılamanın kural olarak aleni olması, yargılama gizli yapılsa dahi dava dosyalarının herkesin erişimine açık olması ve mahkeme kararlarının herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın yayımlanması, tarafların gizli kalmasını istedikleri tüm bilgilerin aleniyet kazanması anlamına gelmektedir.

Oysa ki ekonomik hayatın aktörlerinin, bir uyuşmazlığa taraf oldukları bilgisi dahi onların çoğu kez ticari itibarlarını zedeleyebilmekte; rakiplerine karşı güç kaybetmelerine yol açmaktadır[6]. Nitekim ticari kaygılar sebebiyle, hiçbir teşebbüs ihtilaflı bir firma olarak bilinmeyi arzu etmemektedir.

Ayrıca ticari sırlar, teşebbüslerin rakipleri karşısında başarıya ulaşmalarında belirleyici rol oynamakta ve bunların korunması, teşebbüsler için büyük önem arz etmektedir. Görülmekte olan bir uyuşmazlıkta tarafların ticari sırlarının, mali durumlarının ve tüm iç ilişkilerinin aleni hale gelmesi, onların benzer taleplerle davalı veya davacı oldukları başka uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın tarafı olan kişilerin de bu bilgileri öğrenmesi ve bunları kendi yararlarına kullanabilmesi sonucunu doğurmaktadır[7]. Bunun yanında bu bilgilerin öğrenilmesi, taraflar üzerinde çoğu kez bir baskı yaratarak, onlar arasındaki gerilimi arttırmakta ve uyuşmazlığın çözümlenmesini güçleştirmektedir[8].

Bütün bu faktörler, devlet mahkemesinde görülen bir uyuşmazlıkta, uyuşmazlık kendi lehine sonuçlanan tarafın dahi önemli ölçüde zarar görme-

---

5 **Yavuz Alangoya**, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973, s. 19; **Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes**, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2009, s. 670; **Redfern/Hunter**, s. 27.

6 **François Dessemontet**, "Arbitration and Confidentiality", The American Review of International Arbitration, 1996, s. 300; **Redfern/Hunter**, s. 27; **Bozkurt Yüksel**, s. 347.

7 **Cindy G. Buys**, "The Tension Between Confidentiality and Transparency in International Arbitration", The American Review of International Arbitration, 2003, (LexisNexis), s. 2.

8 **Christina Knahr/August Reinisch**, "Transparency Versus Confidentiality in International Arbitration-The Biwater Compromise", The Law and Practice of International Courts and Tribunals, 2007/6, s. 109-110.

sine yol açmaktadır[9]. Bu sonucu önlemek isteyen taraflar, uyuşmazlıkların tahkimde çözümlenmesi konusunda anlaşmaktadır[10].

B. Yatırım Tahkiminde Gizlilik

1. Yatırım Tahkimi Açısından Gizlilik Prensibinin Değerlendirilmesi

Devletin ticari hayatın önemli aktörlerinden biri haline gelmesi sonucunda devlet veya devlet birimlerinin taraf olduğu tahkimlerin artmış olması, tahkimin gizli olma özelliğini bir ölçüde ortadan kaldırmaktadır[11]. Zira devletin taraf olduğu tahkimlerde kamunun menfaatlerinin de bir anlamda yargılamaya dâhil olması, bunların gizlilik açısından diğer milletlerarası ticari tahkimlerden farklı olarak ele alınmasına yol açmaktadır[12].

Devletin taraf olduğu tahkimlerde görülen uyuşmazlıkların ve bunlar sonucu verilecek kararların, o devletin vatandaşlarının menfaatlerini doğrudan doğruya etkileyecek olması, tahkimin mutlak gizliliğine yönelik "şeffaflık" taleplerine meşru bir zemin hazırlamaktadır[13]. Bunun sonucu olarak devletin yer aldığı tahkimlerde, gizlilik prensibi ile kamu yararı arasında bir denge kurulması gerekliliği ortaya çıkmaktadır[14]. Ayrıca, yatırım tahkimlerinin şeffaflaşması, ev sahibi devletleri, yabancı yatırımcıya karşı yapacakları haksız muamelelerden de caydıracaktır[15].

---

[9] **Philippe Cavalieros**, "La confidentialité de l'arbitrage", Gazette Palais, 15 Décembre 2005, S. 346, s. 6; **Lazareff**, s. 82; **Buys**, s. 2.

[10] Tahkimin gizli olma özelliğinin, fikri haklara ilişkin uyuşmazlıklarda tahkimin tercih edilmemesinin bir sebebi olarak ele alınması hakkında bkz.: **Bozkurt Yüksel**, s. 348 ve dn. 52.

[11] Bu yönde bkz.: **Abby Cohen Smutny/Kristen M. Young**, "Confidentiality in Relations to States", "Confidentiality in Relation to States", ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2009, Special Supplement, s. 73; **Derains**, s. 57.

[12] **Loukas Mistelis**, "Confidentiality and Third Party Participation: *UPS. v. Canada and Methanex Corp. v. USA*, International Investment Law and Arbitration, Ed.: Todd Weiler, 2005, s. 170; **Lazareff,** s. 90.

Nitekim devletin yer aldığı tahkimlerin mutlak gizliliği, kamuoyunda "*kapalı kapılar ardındaki adalet*", "*kirli çarşafların kamuoyu önünde* yıkan*maması"* ve hatta "*tahkim terörü"* algısına yol açabilmektedir. Bu yönde bkz.: **Gabrielle Kaufmann-Kohler**, "In Search of Transparency and Consistency: ICSID Reform Proposal", Transnational Dispute Management, November 2005, C. 2, S. 5, s. 1; **Feyiz Erdoğan**, Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Ankara 2004, s. 31.

[13] **Michela Chirichiello**, "Confidentiality and Public Interest in Mixed International Arbitration", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, McGill University, 2003, s. 9; **Derains**, s. 57; **Kaufmann-Kohler**, s. 1.

[14] **Mistelis**, s. 175; **Lazareff,** s. 90; **Smutny/Young**, s. 73.

[15] **Barton Legum**, "Lessons Learned From NAFTA: The New Generation of U.S.

ICSID ve NAFTA tahkimleri, yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların büyük ölçüde şeffaf olarak çözümlendiği bir tahkim uygulaması sunmaktadır. Milletlerarası ticari tahkimlerden farklı olarak ICSID tahkiminde duruşmalar kameraya kaydedilmekte, uyuşmazlığın niteliği, tarafları, hakemlerin kimlikleri hakkındaki bilgiler ve taraflar aksi yönde anlaşmadıkça hakem kararlarının Dünya Bankası'nın internet sitesinde yayımlanması söz konusu olmaktadır[16]. NAFTA tahkiminde de hakem kararlarının büyük bir kısmına internet üzerinden ulaşılabilmektedir[17].

Bunun yanında ICSID Tahkim Kuralları'nda 2006 yılında yapılan revizyonun, ICSID tahkiminin şeffaflaşması yönünde önemli bir adım teşkil ettiği ifade edilmektedir[18]. ICSID Tahkim Kurallarının gözden geçirilen 32 (2) maddesi uyarınca, tarafların itirazı bulunmadıkça hakemler, ICSID Sekreteryasının da görüşünü aldıktan sonra taraflar, taraf vekilleri, tanıklar ve tahkimde görevli olanlar dışındaki üçüncü kişilerin, duruşmaların tümüne veya bir bölümüne katılmalarına izin verebilmektedirler[19]. Bunun sonucu olarak, ICSID tahkiminde yargılamanın kural olarak aleni olduğu ifade edilmektedir[20].

Ayrıca, ICSID Tahkim Kuralları'na 2006 revizyonu sonucunda eklenen 37 (2) maddesi, uyuşmazlığın tarafı olmayan ve ancak dava konusu ile ilgili önemli menfaatleri bulunan üçüncü kişilerin, belirli koşulların bulunması şartıyla, uyuşmazlığa ilişkin yazılı dilekçelerini hakem heyetine sunmalarına olanak sağlamaktadır. Böylelikle, milletlerarası ticari tahkimlerden farklı olarak ICSID tahkimi, uyuşmazlığın tarafı olmayan üçüncü kişilerin, *amicus curiae* sıfatıyla duruşmalarda bulunabilmeleri ve uyuşmazlıkla ilgili yazılı savunmalarını sunmaları söz konusu olmaktadır.

Ancak ICSID tahkimi bakımından kanımızca daha da ilginç olan husus, 2006 yılındaki söz konusu revizyon öncesinde *Aguas Argentinas et al. / Argentine Republic*[21] davasında hakemlerin, tarafların da onayını almak

---

Investment Treaty Arbitration", ICSID Review Foreign Investment Law Journal, 2004, C. 19, S. 2, s. 349 vd.; **Lazareff,** s. 93.

16 Bkz.: http://www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm.

17 Bkz.: http://www.naftaclaims.com.

18 Bu görüşte bkz.: **Kaufmann-Kohler**, s. 1; **Buys**, s. 6.

19 2006 yılında ICSID Tahkim Kuralları'nda yapılan revizyon öncesi söz konusu hükümde, "tarafların onay vermesi halinde" hakemlerin bu yönde bir yetkilerinin bulunduğu belirtilmekteydi. Bu hususta bkz.: **Lazareff,** s. 91; **Smutny/Young**, s. 74; **Kaufmann-Kohler**, s. 3.

20 Bu görüşte bkz.: **Brigitte Stern**, "Un petit pas de plus: l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre Etat et investisseur", Revue de l'Arbitrage, 2007/3, s. 42.

21 ICSID, *Aguas Argentinas et al. / Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/03/19,

suretiyle üçüncü kişilerin dilekçelerini kabul etmiş olmalarıdır. Söz konusu davada, su ve kanalizasyon alanında faaliyet gösteren yabancı yatırımcılarla Arjantin arasındaki uyuşmazlığın, o bölgede yaşayanların menfaatleri ile temel hak ve hürriyetlerini doğrudan ilgilendirdiğine karar veren hakemler, ICSID Tahkim Kuralları'nın 44. maddesine dayanarak, üçüncü kişilerin yargılama dostu sıfatıyla dilekçelerini kabul etmiştir[22].

Tüm bu gelişmelere karşın, devletin taraf olduğu yatırım tahkimlerinde gizlilik perdesinin tamamen kalktığını ifade etmenin isabetli olmayacağı kanaatindeyiz. UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre gerçekleştirilen ve tıpkı ticari tahkimler gibi yürütülen çok sayıda *ad hoc* yatırım tahkimi bulunmaktadır[23]. Ayrıca, aşağıda ele alacağımız kamu yararı ilkesi, tahkimin gizli olma özelliğinin önemli bir istisnasını teşkil etse de kamu yararı ile tahkimin gizliliği arasında bir menfaat dengesi kurulmasının şart olduğu düşüncesindeyiz.

Nitekim *Biwater Gauff / Tanzania*[24] davasında yatırım tahkiminin gizliliği meselesine, şeffaflık ve yargılamanın bütünlüğü perspektifinden bakılmıştır. Kararda Tanzanya'da atık su arıtma sisteminin işletmesini yapan ve Tanzanya hukukuna göre kurulmuş şirket ortakları olan yabancı yatırımcılar, hakemler tarafından düzenlenen görüşme tutanaklarının kendilerinin onayı olmadan internette yayımlandığını fark ederek, hakemlerden uyuşmazlıkla ilgili bilgilerin açıklanmaması yönünde tedbir kararı talep etmişlerdir. Hakemler, yatırım tahkimlerinin şeffaflaşması yönünde güçlü bir eğilim söz konusu olsa da duruşmaların gizliliğinin sağlanması bakımından önemli sebeplerin bulunduğunu belirtmişlerdir. Uyuşmazlıkla ilgili bilgilerin açıklanmasının öncelikle hakemlerin icazetine bağlı bulunduğuna işaret eden hakemler, davanın devamı esnasında uyuşmazlıkla ilgili belgelerin yayımlanmasının, yargılamanın bütünlüğüne zarar vereceğini ifade etmişlerdir. Bu gerekçeyle hakemler, davanın devamı esnasında uyuşmazlıkla ilgili hiçbir belgenin açıklanmaması gerektiğine karar vermişlerdir[25].

Order in response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae, 19.5.2005, (http://www.icsid.worldbank.org/ICSID/index.jsp).

[22] Nitekim bu kararı takiben, *Aguas de Santa Fe.et al. / Argentine Republic* davasında da hakemler, üçüncü kişilerin dilekçelerini kabul etmişlerdir. Bu karar için bkz.: ICSID, *Aguas Argentinas et al. / Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17, Order in response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae, 17.3.2006, (http://www.icsid.worldbank.org/ICSID/index.jsp).

[23] **George Burn/Alison Pearsall**, "Exceptions to Confidentiality in International Arbitration", ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2009 Special Supplement, s. 33.

[24] ICSID, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. / United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 3, 29.9.2006, (http://ita.law.uvic.ca/documents/Biwater-PONo.3.pdf).

[25] *Biwater Gauff / Tanzania* kararı hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz.: **Knahr/Reinisch**, s. 103 vd.

2. Yatırım Tahkimindeki Şeffaflık Eğiliminin Milletlerarası Ticari Tahkimlere Teşmili Meselesi

Yatırım tahkimleri açısından söz konusu olan şeffaflık eğiliminin, milletlerarası ticari tahkimlere teşmilinin mümkün olmadığı görüşüne katılmaktayız[26]. Zira milletlerarası ticari tahkimde kamunun menfaatinin her koşulda söz konusu olmaması, onu devletin taraf olduğu yatırım tahkiminden net bir şekilde ayırmaktadır.

Yatırım tahkimlerinde şeffaflık, kamunun ve yabancı yatırımcının korunması açısından haklı bir menfaate hizmet etse de ticari tahkimler bakımından bu yönde korunmaya değer bir menfaat kural olarak mevcut değildir. Aksine, ticari tahkimin taraflarının, tahkimin gizliliğinin korunması yönünde menfaatleri bulunmaktadır. Nitekim ICC Tahkim Kuralları uyarınca yürütülen tahkimlerde, üçüncü kişilerin *amicus curiae* sıfatıyla tahkim yargılamasına müdahalesi de kabul edilmemektedir[27].

Ancak somut olayın şartları gereği kamu yararının ve aşağıda inceleyeceğimiz diğer istisnai hallerin söz konusu olduğu durumlarda, milletlerarası tahkimde gizlilik perdesinin belirli sınırlar çerçevesinde aralanabileceği görüşünü taşımaktayız.

II. Milletlerarası Tahkimde Gizlilik Kavramı

A. Tanım

Milletlerarası tahkimde gizlilik, tahkimin varlığı da dâhil olmak üzere tahkime konu mevcut uyuşmazlıktan kaynaklanan veya onunla ilişkili olan, tahkim süresince hazırlanıp, sunulmuş, kullanılmış, ortaya çıkmış veya açıklanmış her türlü bilgi ve belge ile hakemlerin verecekleri kararların, üçüncü kişilere açıklanmaması olarak tanımlanmaktadır[28]. Ayrıca gizlilik, tahkimdeki duruşmaların, yalnızca hakemler, taraflar, taraf vekilleri ile taraflar ve hakemlerin belirlediği tanık, bilirkişi, tercüman gibi kişiler dışında, üçüncü kişilere kapalı olarak yapılmasını da ifade etmektedir[29].

Buna göre, tahkimin gizliliği ilkesi birbirinden farklı iki hususu bünyesinde barındırmaktadır. Bunlar, **(i)** uyuşmazlık ve tahkimle ile ilgili her türlü

---

[26] Bu görüşte bkz.: **Lazareff**, s. 93. Farklı görüşte bkz.: **Buys**, s. 6-7.

[27] Bu yönde bkz.: **Lazareff**, s. 91.

[28] **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 90; **Lew/Mistelis/Kröll**, par. 1-26; **Mistelis**, s. 173; **Buys**, s. 2; Özsunay, s. 522; **Tarman**, s. 313, s. 315.

[29] **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 90; **Lew/Mistelis/Kröll**, par. 1-26; **Mistelis**, s. 173; **Furrer**, s. 809; **Buys**, s. 2; Özsunay, s. 522; **Tarman**, s. 313.

bilgi ve belgenin üçüncü kişilere açıklanmaması; **(ii)** duruşmaların üçüncü kişilere kapalı olarak yapılmasıdır. Böylelikle tahkim yargılamasında adaletin, gizlilik içinde tesis edilmesi söz konusu olmaktadır[30].

B. Tahkimin Doğasından Kaynaklanan Gizlilik Yükümlülüğü

Tahkimin gizli olma özelliği, tahkimin var olma nedeni -*raison d'être*- olarak nitelendirilmektedir[31]. Tarafların, aralarındaki uyuşmazlıkların tahkimde çözümlenmesi yönünde anlaşmalarının, uyuşmazlığın yalnızca o taraflar arasında, üçüncü kişilere kapalı olarak çözümlenmesi hakkında zımni bir anlaşmayı da içerdiği kabul edilmektedir[32].

Dolling Baker / Merrett & Another[33] kararında İngiliz İstinaf Mahkemesi, tahkimin doğası gereği tarafların gizlilik yükümlülüklerinin bulunduğunu belirtmiştir. Kararda, "*tarafların, tahkim yargılaması için hazırlanan veya kullanılan hiçbir belgeyi, başka bir amaçla kullanmamak yönünde tahkimin doğasından kaynaklanan zımni bir gizlilik yükümlülüklerinin bulunması gerektiği*" vurgulanmıştır.

Ali Shipping[34] kararında tahkimin gizliliğinin, tahkimde duruşmaların aleni olmamasının bir sonucu olarak değerlendirerek, "*gizlilik yükümlülüğünün tahkim anlaşmasında zımnen bulunduğuna karar vermiş; ancak somut olayın şartlarına göre bu yükümlülüğün istisnalarının söz konusu olabileceğini*" belirtmiştir.

---

30 **Lazareff**, s. 83.

31 **Loquin**, s. 323; **Lazareff**, s. 81.

32 Bu görüşte bkz.: **Hakem Seriki**, "Confidentiality in Arbitration Proceedings: Recent Trends and Developments", Journal of Business Law, 2006, May, (Westlaw), s. 2; **Lukas F. Wyss**, "How to Protect Business Secrets in International Commercial Arbitration", International Arbitration Law Review, 2009, (Westlaw), s. 3; **Lazareff**, s. 83; **Loquin,** s. 352.

İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında ifade edildiği gibi, "*tahkimin gizliliği, tarafların, yalnız ve yalnızca kendi aralarında doğan uyuşmazlıkların tahkimde* çözümlenmesi yönünde *anlaşmalarından ileri gelmektedir".* Bkz.: High Court of Justice, *Oxford Shipping Co. Ltd. / Nippon Yusen Kaisha (The Eastern Saga),* 1984, (**Lazareff**, s. 84'ten naklen).

33 Court of Appeal, *Dolling Baker / Merrett & Another*, 1991, 2 All E.R. 890, (**Antonias Dimolitsa,** Institutional Rules and National Regimes Relating to the Obligation of Confidentiality on Parties in Arbitration, International Court of Arbitration Bulletin, Confidentiality in Arbitration, 2009 Special Supplement s. 18'den naklen).

34 Court of Appeal, *Ali Shipping Corporation / Shipyard Trogir*, (1997), EWCA Civ 3054, 19.12.1997, (http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1997/3054.html).

Emmott / Michael Wilson & Partners Ltd[35] kararında ise İngiliz Mahkemesi, "*tahkimin doğası gereği tarafların zımnen gizlilik yükümlülüklerinin bulunduğunu, bu yükümlülüğün bir maddi hukuk kuralı olduğu, ancak somut olayın şartları uyarınca bu yükümlülüğün istisnalarının var olabileceğini*" kabul etmiştir.

Paris İstinaf Mahkemesi de *Ojjeh*[36] kararı ile gizliliğin, milletlerarası tahkimin bir ilkesi olduğunu kabul etmiştir. Söz konusu karar, Londra'da verilen bir hakem kararının Fransa'da iptaline ilişkindir. Mahkeme, hakem kararının iptalini reddederken, "*gizli kalması gereken bir çok hususun, yetkisiz mahkemede açılmış olan iptal davası sonucunda ifşa edildiğini belirterek, iptal davası açan tarafın tazminat sorumluluğuna*" karar vermiştir[37]. Söz konusu kararın sonuçlarına, aşağıda gizlilik yükümlülüğünün ihlali bölümünde ayrıca değinilecektir.

C. Tahkimin Gizli Olma Özelliğinin Sorgulanması

Doktrinde bazı yazarlar, tahkimde duruşmaların üçüncü kişilere kapalı olmasının, tahkimin *per se* gizli olması sonucunu doğurmadığını, duruşmaların gizliliği ile tahkimin gizliliğinin birbirinden farklı anlamlar taşıdığını ileri sürmektedir[38]. Buna göre, aralarındaki uyuşmazlığın tahkimde çözümlenmesi hakkında anlaşan tarafların, duruşmaların gizli olacağı yönünde bir beklenti içinde olabilecekleri, ancak yalnızca bu beklentiye dayanılarak tahkim yargılamasında yer alan tüm tarafları bağlayıcı nitelikte zımni ve genel anlamda bir gizlilik yükümlülüğünün söz konusu olamayacağı ifade edilmektedir[39].

Tahkim anlaşması yapıldığı sırada, tahkimin gizli olması yönünde taraflar arasında zımni de olsa bir irade uyuşması içinde oldukları ispatlanabildiği takdirde, tarafların gizlilik yükümlülüğünün bulunduğundan bahsedilebilecektir[40]. Zımni de olsa bu yönde bir irade uyuşmasının söz konusu olmadığı durumlarda, tarafların yalnızca yargılamanın bütünlüğü ile dürüstlük kuralının gerektirdiği ölçüde gizlilik yükümlülüklerinin bulunduğu ifade edil-

---

35 Court of Appeal, *Emmott / Michael Wilson & Partners Ltd*, [2008] EWCA Civ 184, (Westlaw).

36 Cour d'Appel de Paris, *Aita / Ojjeh*, 18.2.1986, (**Lazareff**, s. 85'ten naklen).

37 Söz konusu kararın değerlendirilmesi için bkz.: Özsunay, s. 555; **Lazareff**, s. 85.

38 Bu görüşte bkz.: **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 91; **Furrer**, s. 810; **Loquin**, s. 334-335; **Fortier**, s. 3; **Friedland**, s. 10; **Schwartz**, , s. 70 (**Fortier**, s. 2, dn. 5'ten naklen).

39 Bu yönde bkz.: **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 91; **Friedland**, s. 11.

40 Bu yönde bkz.: **Loquin**, s. 335; **Furrer**, s. 810.

mektedir[41]. Bu bağlamda, taraflar arasında gizlilik yükümlülüğü konusunda bir anlaşmanın veya uygulanacak tahkim kurallarında bu yönde bir düzenlemenin mevcut olmadığı hallerde, duruşmaların üçüncü kişilere kapalı olmasına dayanılarak, tarafların gizlilik yükümlülüklerinin bulunduğundan söz edilemeyecektir[42]. Dolayısıyla, tahkimde tarafların gizlilik yükümlülüğü, duruşmaların üçüncü kişilere kapalı olmasına değil; taraflar arasındaki anlaşmaya bağlı olmaktadır[43].

Nitekim, bazı devlet mahkemeleri de tarafların, tahkimin doğasından kaynaklanan zımni bir gizlilik yükümlülüklerinin bulunmadığını kabul etmişlerdir. Bu bağlamda Avustralya Yüksek Mahkemesi tarafından 1995 yılında verilen *Esso / Plowman* kararı[44], tahkimin gizliliği prensibini tartışmaya açan ilk önemli kararı teşkil etmektedir.

Esso / Plowman kararına konu olan somut uyuşmazlık, Esso şirketi ile devlet kurumları arasında elektrik dağıtımı konusunda yapılmış bir sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Esso ile taraflar arasında paralel iki tahkim yargılaması devam ederken Avustralya Enerji Bakanı James Plowman, bu tahkimler sonucu verilecek kararların elektrik fiyatlarını etkileyeceği gerekçesini ileri sürerek, uyuşmazlıkla ilgili bilgilerin açıklanması talebiyle Mahkeme'ye başvurmuştur.

Bu başvuru üzerine Mahkeme, Avustralya hukukuna göre tarafların, tahkim anlaşması yapmakla genel ve mutlak bir gizlilik yükümlülüklerinin bulunmadığını belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, tahkimde duruşmaların gizli olarak yapılmasının, yargılama esnasında taraflarca sunulan bilgi ve belgelerin gizli olması sonucunu doğurmadığını ifade etmiştir. Gizliliğin tahkimin esaslı bir unsuru olmadığı sonucuna varan Mahkeme, tarafların, tahkime konu mevcut uyuşmazlıktan kaynaklanan veya onunla ilişkili olan bilgileri ifşa etmeme yükümlülüklerinin bulunmadığına karar vermiştir.

Avustralya Yüksek Mahkemesinin *Esso / Plowman* kararından sonra bu yöndeki diğer bir önemli karar, *United States / Panhandle Eastern Corp.*[45] ka-

---

41 Bu yönde bkz.: **Furrer**, s. 810; **Christoph Müller**, "La confidentialité en arbitrage commercial international: un tromphe-l'oeil?, ASA Bulletin, 2005, C. 23, S. 2, s. 223, (**Furrer**, s. 810, dn. 27'den naklen).

42 Bu yönde bkz.: **Lew/Mistelis/Kröll**, par. 8-45; **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 91; **Furrer**, s. 810, **Loquin**, s. 335.

43 Bu yönde bkz.: **Loquin**, s. 335; **Lew/Mistelis/Kröll**, par. 8-45.

44 High Court of Australia, *Esso Australia Ressources Ltd. and Others / The Honorable Sydney James Plowman (Minister for Energy and Minerals) and Others,* 7.4.1995, (Westlaw).

45 District Court, *United States / Panhandle Eastern Corp.,* Delaware 1988, 118 F.R.D. 346 (**Dimolitsa**, s. 16'dan naklen).

rarıdır. Söz konusu kararda Amerikan Mahkemesi, tahkimde tarafların zımnen gizlilik yükümlülüklerinin bulunmadığına karar vermiştir. ICC Tahkim Kurallarına göre yürütülen ve tahkim yerinin Cenevre olduğu bir ticari tahkimde, garanti veren sıfatıyla Amerikan hükümeti, Panhandle şirketi tarafından yargılamada sunulan belgelerin kendisine açıklanmasını talep etmiştir. Mahkeme, "*gerek ICC Tahkim Kuralları'nda gerekse de tahkim anlaşmasında tarafların gizlilik yükümlülüğüne ilişkin bir düzenleme bulunmaması sebebiyle, gizlilik yükümlülüğünün söz konusu olmadığını ve talep edilen belgelerin Amerikan hükümetine verilmesi gerektiğine*" karar vermiştir[46].

İsveç Yüksek Mahkemesi ise *Bullbank*[47] kararında benzer bir sonuca ulaşmıştır. *Bullbank* kararına konu teşkil eden somut olayda, tahkim yargılamasında davacı olan taraf, uyuşmazlığın ayrıntılarını ve hakemlerin yetkilerine ilişkin verdikleri ara kararı, *Mealey's International Arbitration Report* isimli bir tahkim dergisinde yayımlamış bulunmaktaydı. Hakem kararının verilmesinden sonra, İsveç mahkemelerinde iptal davası açan taraf, tahkimde gizlilik yükümlülüğünün ihlal edilmesi sebebiyle hakem kararının iptalini talep etmiştir. İlk derece mahkemesinin, gizliliğin tahkim yargılamasının esaslı unsurlarından biri olduğunu ifade ederek, hakem kararını iptal etmesine karşılık bu karar İsveç Yüksek Mahkemesi tarafından bozulmuştur. Yüksek Mahkeme, İsveç hukukunda, tahkimin gizliliğine ilişkin bir yükümlülüğün yer almadığını belirterek, "*tarafların tahkim anlaşmasında açıkça gizlilik yükümlülüğü öngörmediği durumlarda, zımnen gizlilik yükümlülüklerinin bulunmadığına*" karar vermiştir. Ayrıca Mahkeme, "*tahkimin gizliliği ile tahkimde duruşmaların üçüncü kişilere kapalı olmasının, birbirinden farklı kavramlar olduğunu; duruşmaların aleni olmamasının üçüncü kişilerin duruşmalarda bulunamayacaklarını ve hakemlere yazılı dilekçe sunamayacaklarını ifade ettiğini, bunun tahkim yargılaması hakkındaki bilgilerin açıklanması ile bir ilişkisi olmadığını*" belirtmiştir[48].

Kanaatimizce, İsveç Yüksek Mahkemesi'nin *Bullbank* kararında vardığı sonuca katılmak mümkün değildir. Zira tahkimin doğası gereği bir gizlilik yükümlülüğünün söz konusu olmadığı kabul edilecek olsa bile, karara

---

[46] Nitekim 2003 tarihli *Contship Containerlines Ltd. / PPG Industries, Inc*. kararında da Amerikan mahkemesi, tahkimde zımni bir gizlilik yükümlülüğünün bulunmadığını belirtmiştir; bkz.: District Court, *Contship Containerlines Ltd. / PPG Industries, Inc*., 2003 WL 1948807, 23.4.2008, (**Dimolitsa**, s. 16'dan naklen).

[47] Cour Suprême de Suède, *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. / A.I. Trade Finance Inc*., 27.10.2000, (Revue de l'Arbitrage, 2001/4, s. 821-827).

[48] Söz konusu kararın değerlendirmesi için ayrıntılı olarak bkz.: **Sigvard Jarvin/ Gregory Reid**, "*Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. / A.I. Trade Finance Inc*.", Revue de l'Arbitrage, 2001/4, s. 829-833); **Olivier Oakley-White**, "Confidentiality Revisited: Is International Arbitration Losing One of Its Major Benefits", International Arbitration Law Review, 2003/6, s. 7 (Westlaw).

konu olan somut olayda tahkim yargılaması devam ederken, taraflardan birinin yargılamanın bütünlüğünü bozacak şekilde, haklı bir menfaati de bulunmaksızın uyuşmazlık ve hakem kararı ile ilgili bilgileri açıklaması söz konusudur. Kaldı ki *Bullbank* davasında, Avustralya Yüksek Mahkemesinin *Esso / Plowman* kararından farklı olarak, kamu yararı istisnası da mevcut değildir[49]. Bu sebeple, özellikle de yargılama devam ederken, haklı bir menfaatin bulunmadığı durumlarda uyuşmazlıkla ilgili bilgilerin ve hakemlerin verdikleri kararların açıklanmasının, yargılamanın bütünlüğünü bozacağı ve uyuşmazlığın çözümünü zorlaştıracağı düşüncesiyle Mahkeme'nin ulaştığı sonuca katılmamaktayız. Dolayısıyla tahkim anlaşmasında veya usule uygulanan kurallarda gizlilik yükümlülüğü açıkça öngörülmemiş olsa dahi, yargılamanın bütünlüğünün sağlanması ve dürüstlük kuralının bir gereği olarak, tarafların uyuşmazlıkla ilgili bilgileri ve hakem kararlarını yargılama sürerken açıklamaması gerekmektedir. Ancak bu kuralın haklı istisnaları bulunduğu ölçüde, ticari tahkimlerde gizlilik perdesinin belirli sınırlar dâhilinde kaldırılmasının daha uygun bir yaklaşım olacağı düşüncesindeyiz.

Ç. Gizlilik Prensibinin İstisnaları

Ali Shipping[50] kararı ile *Emmott / Michael Wilson & Partners*[51] kararları, tahkimde gizlilik prensibinin istisnalarını ortaya koymaktadırlar. Söz konusu kararların ışığında, doktrinde belirtilen diğer halleri[52] de göz önüne alarak, tahkimin gizli olma özelliğinin istisnalarını şu şekilde sıralamak mümkündür:

i. Tahkimin gizli olmayacağı hakkında taraflar arasında açık veya zımni bir anlaşmanın bulunması,

ii. hakem veya hakem heyetinin, tahkim ve tahkim yargılamasına ilişkin bilgilerin açıklanmasına ilişkin karar vermesi,

---

[49] *Esso / Plowman* kararında Avusturalya Mahkemesi, tahkimde tarafların zımnen gizlilik yükümlülüklerinin bulunduğu kabul edilse bile, somut olayda bölgede yaşayan tüketicilerin haklı menfaatleri söz konusu olduğundan, kamu yararı sebebiyle haklı bir istisnanın mevcut olduğunu vurgulanmıştır. Nitekim *Esso / Plowman* kararının, kamu yararı istisnası sebebiyle daha hassas bir konuyu ele aldığı ve bu istisna sebebiyle kararda varılan sonucun isabetli bulunabileceği görüşünde bkz.: **Lazareff**, s. 86.

[50] Court of Appeal, *Ali Shipping Corporation / Shipyard Trogir*, (1997), EWCA Civ 3054, 19.12.1997, (http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1997/3054.html).

[51] Court of Appeal, *Emmott / Michael Wilson & Partners Ltd*, [2008] EWCA Civ 184, (Westlaw).

[52] Bu hususta bkz.: **Loquin**, s. 344 vd.; **Burn/Pearsal**l, s. 23 vd; **Kauffman-Kohler/ Stucki**, s. 108.

iii. tahkime taraf olan kişilerin menfaatlerinin üçüncü kişilere karşı korunması,

iv. tahkim ve tahkim yargılamasına ilişkin bilgileri açıklama yükümlülüğü öngören yasal düzenlemeler[53],

v. kamu yararının korunması,

vi. devlet mahkemelerinden talep edilen tedbir kararları ile tanıma, tenfiz ve iptal davası aşamalarında tahkime ilişkin bilgilerin ve hakem kararının açıklanması.

Bununla birlikte doktrinde bir görüş[54], ister yasal bir yükümlülükten veya taraflar arasındaki bir anlaşmadan kaynaklansın, isterse de şeffaflığın sağlanması bakımından meşru bir durum söz konusu olsun, tahkimin gizliliği prensibinin yegâne istisnasının "kamu yararı" olduğunu ifade etmektedir. Bu görüş uyarınca**,** azınlık pay sahiplerini korumak veya sermaye piyasası kuralları uyarınca tahkim ve tahkim yargılamasına ilişkin bilgileri açıklama yükümlülüğü öngören maddi hukuk hükümlerinde bu yükümlülüğün açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Söz konusu maddi hükümlerdeki belirsizlik halinde tahkimin gizliliğin korunmasının üstün tutulması gerekmektedir.

Gerçekten de kamu yararı istisnası, milletlerarası tahkimde gizlilik perdesinin aralanması açısından önemli bir istisna teşkil etmektedir. Yukarıda açıklanan *Esso / Plowman* kararı yanında, *Commonwealth of Australia / Cockatoo Dockyard Ptl. Ltd. (Codock)*[55] kararı da kamu yararı istisnası sebebiyle tahkimdeki gizlilik perdesinin aralandığı bir karardır.

Karara konu teşkil eden somut olayda, Avustralya ile Codock şirketi arasında, Sidney yakınlarındaki Cockatoo adasının şirket tarafından kullanılıp, işletileceğine dair bir sözleşme bulunmaktadır. Sözleşmenin sona ermesinden sonra, Codock şirketinin çevresel koşullar bakımından adayı uygun durumda bırakmaması sebebiyle doğan uyuşmazlık sonucunda Avustralya devleti tahkime başvurmuştur. Taraflar arasındaki tahkim yargılaması devam ederken bir gazeteci, Avustralya hukukundaki Bilgi Edinme Kanunu çerçevesinde, adada

---

[53] Türk hukukunda, Sermaye Piyasası Kanunu m.1 ilâ m.16/A'ya dayanılarak çıkartılan, Özel Durumların Kamuya Açıklanması Tebliği (RG. 20.7.2003-25174) m.5/c/8 uyarınca, "*ortaklık tarafından veya ortaklık aleyhine açılan davaların veya tahkim başvurularının, ortaklığın mali yapısını veya faaliyet sonuçlarını önemli ölçüde etkileyecek tutara ulaşması*" halinde, söz konusu Tebliğ'de belirtilen esaslar çerçevesinde kamuya açıklama yükümlülüğü öngörülmüştür.

[54] Bu görüşte bkz.: **Lazareff**, s. 90.

[55] Court of Appeal of the Supreme Court of New South Wales, *Commonwealth of Australia / Cockatoo Dockyard Ptl. Ltd*, 2006 WL 3404407, (Westlaw).

bırakılan zehirli atık miktarı hakkında bilgi talep etmiştir. Bunun üzerine Codock şirketi, uyuşmazlıkla ilgili bilgilerin açıklanmaması yönünde hakemlerin önlem almasını istemiş ve hakemler bu yönde usuli bir emir vermişlerdir. Avustralya, bu karar karşı mahkemede itiraz etmiştir. Mahkeme, "*tahkimde görülen uyuşmazlıkla ilgili talep edilen bilgilerin açıklanmasında kamunun sağlığı ile çevresel koşulların korunması gereği kamu yararının bulunduğunu belirterek*", söz konusu bilgilerin açıklanması gerektiğine karar vermiştir.

Devletin taraf olmadığı bir tahkime ilişkin olarak İngiliz mahkemesi önüne gelen *London and Leeds Estates / Paribas Ltd*.[56] davasında ise kamu yararı istisnası, adaletin sağlanmasındaki menfaat olarak formüle edilmiş ve kamu yararının, tahkimin gizli olma özelliğini bertaraf edebileceğine karar verilmiştir. Söz konusu davada tahkim yargılamasında bilirkişi olarak ifade veren tanığın tarafsızlığına ilişkin bir mesele söz konusudur. Karara konu teşkil eden maddi olayda, bir tahkim yargılamasında M. bilirkişi olarak ifade vermiş, karşı tarafın bilirkişisi ise M.'nin daha önce kendisinin hakem olarak görev yaptığı başka bir tahkimde tamamen ters yönde bir görüşü ileri sürdüğünü açıklamıştır. Bunun üzerine karşı taraf, M.'nin ifadesinin mevcut tahkim yargılamasında esas alınmaması talebiyle Mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme, "*M.'nin tanıklığının her iki uyuşmazlıkta aynı maddi vakıalara dayandığını, M.'nin kendisini atayan taraf lehine ifade verdiğini belirterek; ilk tahkim yargılamasına ilişkin gizlilik yükümlülüğünün devam eden yargılamalar bakımından, bu yargılamaların adil yürütülmesi amacıyla bertaraf edilebileceğini, bunun adaletin sağlanmasına hizmet eden bir istisna teşkil edeceğine*" karar vermiştir.

III. Milletlerarası Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğünün Kapsamı

A. Konu Bakımından

1. Tahkimin Varlığı

Uyuşmazlığın tarafları arasında bir tahkim yargılamasının söz konusu olduğu bilgisinin, gizlilik yükümlülüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalı bir konudur[57]. Bir görüş[58], tahkimde görülen uyuşmazlığın niteliği ve uyuşmazlık konusunun değerine bağlı olarak, taraflar arasında bir tahkim yargılamasının söz konusu olduğunun açıklanmasının, tarafların mali açıdan zarar görmesine yol açacağını ileri sürmektedir. Diğer

---

[56] Court of Appeal, *London and Leeds Estates / Paribas Ltd*., (1993) 30 EG 89, (Westlaw).

[57] Söz konusu tartışmalar için bkz.: **Loquin**, s. 339; **Fürrer**, s. 812; **Müller**, s. 225; (**Fürrer**, s. 812'den naklen).

[58] Bu görüşte bkz.: **Dessemontet**, s. 300.

bir görüş[59] ise tarafların geçici hukuki koruma tedbiri talebiyle devlet mahkemelerine başvurması veya yasal yükümlülükler gereği bilgi verme borcu altında oldukları durumlarda, bir tahkim yargılamasının var olduğunu açıklamak zorunda kaldıklarını belirtmektedir. Bu sebeple, böyle bir bilgi çeşitli yollardan aleni hale gelmişken, tarafların tahkimin varlığı bakımından mutlak bir gizlilik yükümlülüğü altında bulunduklarını ifade etmenin isabetli olmayacağını savunmaktadır.

Kanaatimizce, tahkimde devlet mahkemelerinden geçici hukuki koruma tedbiri talep edilmesi veya yasal yükümlülükler gereği tahkimde görülmekte olan bir davanın varlığını açıklama borcunun bulunduğu haller dışında tarafların, tahkiminde görülmekte olan bir uyuşmazlığın söz konusu olduğunu açıklamamaları gerekmektedir. Yasal yükümlülüğün bulunmadığı durumlarda tahkimin varlığından bahsetmek, teşebbüslerin ticari itibarlarını zedeleyeceğinden, onların zarar görmesine yol açacaktır. Bu bağlamda tahkimin varlığına ilişkin bildirimde bulunmakta bir yararın söz konusu olmadığı hallerde, tahkimin varlığının gizlilik yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Nitekim ikinci görüşü paylaşan yazarlar dahi taraflardan birinin, karşı tarafa zarar vermek veya onun ticari ilişkilerini bozmak amacıyla tahkimin varlığını üçüncü kişilere açıklamasının, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğini ve bu sebeple karşı tarafın uğrayacağı zararın tazminine sebebiyet vereceğini belirtmektedir[60].

Tahkimin varlığına ilişkin bilgilerin üçüncü kişilerle paylaşılması, Fransız mahkemesinin bir kararına da konu olmuştur. Paris Ticaret Mahkemesi'nin *Publicis / True North* [61] kararına konu olan somut olayda, True North şirketi, Publicis'e karşı tahkimde görülen bir davalarının bulunduğu bilgisi ile bu davadaki taleplerinin miktarını, Reuters haber ajansına açıklamıştır. Mahkeme, "*tahkimin gizli bir yargılama öngördüğüne ve tarafların yasalar gereği tahkimin varlığını açıklama borcu altında oldukları durumlar dışında, tahkimin varlığını üçüncü kişilerle paylaşmasının haksız bir davranış teşkil edeceğine*" karar vermiştir.

ICSID tahkimine konu olan *Amco Asia Corporation and others / Republic of Indonesia*[62] davasında ise Endonezya devleti, davacı yabancı yatırımcı-

---

[59] Bu görüşte bkz.: **Loquin**, s. 340; **Fürrer**, s. 813 ve **Fürrer**, s. 813, dn. 41'de belirtilen diğer yazarlar.

[60] Bu görüşte bkz.: **Fürrer**, s. 813.

[61] Tribunal Commercial Paris, *Publicis / True North*, 22.2.1999, (**Loquin**, s. 339'dan naklen).

[62] ICSID, *Amco Asia Corporation and others / Republic of Indonesia,* 10.5.1988, ICSID Case No. ARB/81/1.

nın tahkimin varlığı ile ilgili bilgileri açıklaması sonucunda, Endonezya'nın yatırımcıların gözünde prestij kaybedeceğini ifade ederek; davacının bu davranışın, tahkimin gizliliğine aykırılık taşıdığı gerekçesiyle hakemlerden tedbir talebinde bulunmuştur. Hakemler, "*ICSID Tahkim Kurallarında, tahkimde görülen uyuşmazlığa ilişkin bilgilerin üçüncü kişilere açıklanmasını yasaklayan genel bir gizlilik yükümlülüğünün bulunmadığını belirterek"* talebi reddetmiştir[63].

Ancak, *Amco Asia* kararında varılan sonucun, milletlerarası ticari tahkimlerde tarafların tahkim yargılamasının varlığına ilişkin bilgiyi, tahkim anlaşması veya tahkim kurallarında aksi öngörülmedikçe üçüncü kişilere açıklayabilecekleri yönünde yorumlamamak gerektiği kanaatindeyiz[64]. Zira çalışmanın başında da ifade edildiği gibi yatırım tahkimleri, kamunun menfaati sebebiyle tahkimin gizliliği prensibinin şeffaflaştığı bir alana işaret etmektedir. Nitekim tarafların bir ICSID tahkimine taraf oldukları bilgisi, zaten Dünya Bankası'nın internet sitesinde yayımlanmaktadır. Bu sebeple, tahkimin varlığı bilgisi, ICSID tahkimi bakımından gizlilik yükümlülüğünün kapsamında olmamalıdır.

2. Duruşmalar

Tahkim yargılamasında duruşmaların gizli bir şekilde yapılacağı tartışmasız olarak kabul edilmektedir[65]. Hakemler ve taraflar aksini kararlaştırmadıkça, yalnızca hakemler, taraflar, taraf vekilleri ile yargılamada bulunmasına izin verilen tanık, bilirkişi ve teknik uzmanlar gibi kişiler tahkimde duruşmalara katılabilirler[66]. Bunun dışındaki kişilerin, duruşmalarda bulunması ve duruşmaları izlemesi mümkün değildir.

Nitekim kurumsal tahkim kurallarında, hakemler ve taraflar aksi yönde karar vermedikçe duruşmaların üçüncü kişilere kapalı olarak yapılacağının açıkça düzenlendiğini görmekteyiz (ICC Tahkim Kuralları m. 21/3; LCIA Tahkim Kuralları m. 19; WIPO Tahkim Kuralları m. 53; AAA Tahkim Kuralları

---

63 Söz konusu karar hakkında ayrıntılı olarak bkz.: **Margaret Stevens**, "Confidentiality Revisited", News From ICSID, Spring 2000, C. 17, S. 1, s. 9 vd.

64 Farklı olarak bkz.: **Loquin**, s. 340.

65 **Christoph Müller**, International Arbitration, A Guide to Complete Swiss Case Law, Schulthess 2004, s. 136; **Emmanuel Gaillard/John Savage**, Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, par. 1374; **Akıncı**, par. 562; **Redfern/Hunter**, s. 27; **Lazareff,** s. 83; **Fages**, s. 13; **Loquin**, s. 340; **Fürrer**, s. 814; **Tarman**, s. 313 ve **Fürrer**, s. 814'te, dn. 50'de belirtilen diğer yazarlar.

66 **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 90; **Lew/Mistelis/Kröll**, par. 1-26; **Mistelis**, s. 173; **Furrer**, s. 809; **Buys**, s. 2; Özsunay, s. 522; **Tarman**, s. 313.

m. 20)[67]. Ayrıca UNCITRAL Tahkim Kuralları da duruşmaların gizli olacağı ilkesini benimsemiştir (UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 25).

Bununla birlikte ulusal tahkim kanunlarından yalnızca bir kısmı, duruşmaların gizliliği ilkesini açıkça hükme bağlamıştır[68]. Bu bağlamda Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda[69] duruşmaların gizliliği yönünde bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık, tahkimin gizliliği prensibinden hareketle, uyuşmazlığın tarafı olan kişiler dışında üçüncü kişilerin duruşmalarda bulunmasının söz konusu olmadığı ve duruşmalara katılması istenen teknik uzmanların isimlerinin, önceden hakemlere bildirilerek, izin alınması gerektiği ifade edilmektedir[70].

3. Yargılama Sırasında Açıklanan, Sunulan, Kullanılan Bilgi ve Belgeler

Tahkimin gizliliği açısından en fazla önem taşıyan hususlardan biri, tahkimdeki yargılama sırasında veya o yargılamayla ilişkili olarak açıklanan, sunulan ve kullanılan bilgi ile belgelerin gizliliğinin sağlanmasıdır. Tahkim yargılamasında tarafların sundukları dava dosyalarının içeriği, görüşme tutanakları, yargılama sırasında kullanılan belgeler, tarafların ve tanıkların yazılı ifadeleri, taraflarca dava dosyasına sunulan deliller, bilirkişi ve teknik uzmanların raporları ve bunlardan kaynaklanan bilgiler, bu kapsamda ele alınmaktadır[71].

Yargılama sırasında açıklanan ve sunulan bilgi ile belgelerin gizliliğinin korunması için, hakem heyetinin gerekli önlemleri alması gerektiği ifade edilmektedir[72]. Bu konuda, Milletlerarası Ticari Tahkimde İspata İlişkin IBA Kuralları'nın öngördüğü ilkelerden hareket ederek, gerekli önlemlerin alınabileceği belirtilmektedir[73].

---

67 Ayrıca belirtmek gerekir ki ICC tahkimlerinde, üçüncü kişilerin *amicus curiae* sıfatıyla tahkim yargılamasına müdahalesi kabul edilmemektedir; bkz.: **Lazareff**, s. 91.

68 Örneğin, Yeni Zelanda Tahkim Kanunu m. 14A bu yönde hüküm öngörmektedir; bkz.: Özsunay, s. 550; **Dimolitsa**, s. 16-17.

69 RG. 5.7.2001-24453.

70 **Akıncı**, par. 562.

71 **Derains,** s. 59; **Fürrer**, s. 811-812; **Loquin**, s. 340.

72 **Derains,** s. 59; **Fürrer**, s. 814.

73 Bu bağlamda Milletlerarası Ticari Tahkimde İspata İlişkin IBA Kuralları m. 3.12 şu şekilde bir düzenleme öngörmektedir: "*All documents produced by a party pursuant to IBA Rules of Evidence (or by a non-part pursuant to Article 3.8) shall keep confidential by the Arbitral Tribunal and by the other Parties, and they shall be used only in connection with the arbitration. The Arbitral Tribunal may issue*

Tahkim yargılaması esnasında tarafların dava dilekçelerine sundukları bilgilerin gizli olduğu, bunların gizli tutulmasının yargılamanın bütünlüğünün sağlanması ve sağlıklı bir sonuca varılması açısından gerekli olduğu açıktır[74]. Taraflardan birinin, dava dosyasına sunulmuş olan bilgileri, üçüncü kişilere açıklaması halinde, gizlilik yükümlülüğünün ihlal etmiş olacaktır[75].

Ayrıca, söz konusu bilgi ve belgelerin gizli olması, bunların yalnızca açıklandıkları tahkim yargılamasına münhasır olarak kullanılabilmelerini, taraflardan biri tarafından sunulmuş bir belge veya bilginin, daha sonraki yargılamalarda karşı tarafça delil olarak ileri sürülememesini de içermektedir[76]. Bununla birlikte paralel ve müteakip yargılamalarda, ilk tahkimde sunulan bilgi ve belgelerin kullanılması meselesiyle uygulamada karşılaşıldığını görmekteyiz. Bu bağlamda, meseleye ilişkin iki mahkeme kararında varılan sonuçların ortaya konulmasının yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

Buna göre, İngiliz Mahkemesi tarafından verilen *Ali Shipping*[77] kararında, bağlı ortaklıklar arasında görülen ilk tahkim yargılamasında hakem heyetine sunulan belgelerin, dava dilekçesinin ve tanıkların yazılı beyanlarının, davalı tarafından diğer kişilerle arasında devam eden müteakip tahkimlerde kullanılması talebi değerlendirilmiştir[78]. Mahkeme, ilk tahkim yargılamasındaki taraflar arasındaki bağlı ortaklık ilişkisi sebebiyle, gizlilik yükümlülüğü açısından bir istisnanın söz konusu olup olmadığını tartışmıştır. Mahkeme, her ne kadar taraflar arasında bağlı ortaklık ilişkisi söz konusu olsa da yavru ortağın, ilk tahkim yargılamasında kullanılan bilgi ve belgelerin gizli tutulması yönünde menfaati bulunabileceğine karar vermiştir.

Associated Electric&Gas Insurance Services Ltd. (Aegis) / European Reinsurance Co. Of Zurich[79] davasında ise aynı taraflar arasındaki paralel tahkim yargılamalarında, ilk tahkime ait bilgi ve belgelerin açıklanıp açık-

---

orders set forth the terms of this confidentiality. This requirement is without prejudice to all other obligations of confidentiality in arbitration.".

Ayrıntılı olarak bkz.: **Derains,** s. 60 vd.

74 **Fürrer**, s. 811-812; **Loquin**, s. 340.

75 **Fürrer**, s. 814.

76 **Fürrer**, s. 814, 816.

77 Court of Appeal, *Ali Shipping Corporation / Shipyard Trogir*, (1997), EWCA Civ 3054, 19.12.1997, (http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1997/3054.html).

78 Söz konusu karar hakkında ayrıntılı olarak bkz.: **Michael Pryles**, Confidentiality, Leading Arbitrators' Guide, Ed.: **Lawrence W. Newmann/Richard D. Hill**, Kluwer Law International, 2008, s. 430 vd.

79 Bermuda Court of Appeal, *Associated Electric&Gas Insurance Services Ltd. (Aegis) / European Reinsurance Co. Of Zurich,* 29.1.2003, (http://www.privy-council.org.uk/files/other/aegis.rtf).

lanamayacağı değerlendirilmiştir. Davaya konu olaydaki ilk tahkim yargılamasında tarafların, taraf vekillerinin ve hakemlerin, tahkim yargılaması için hazırlanmış ve kullanılmış hiçbir belgenin içeriğinin açıklanmayacağı konusunda detaylı bir gizlilik anlaşması bulunmaktadır. Bu gizlilik anlaşmasına rağmen European Reinsurance şirketi, tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında hakemlerin ilk tahkim yargılamasında verdikleri kararı, aynı taraflar arasındaki paralel tahkim yargılanmasında kullanmak istemiştir.

Bunun üzerine Aegis şirketi, bu davranışın gizlilik anlaşmasının ihlali teşkil edeceğini ileri sürerek tedbir kararı almıştır. Tedbir kararına karşı yapılan itirazda Mahkeme, "*aynı taraflar arasındaki paralel tahkimlerde, ilk tahkim yargılamasında verilen kararların ikinci tahkimde açıklanmasının gizlilik anlaşmasının ihlali teşkil etmediğine, her iki tahkimde aynı taraflar arasında söz konusu olduğundan gizli bilgilerin üçüncü kişilere ulaşması açısından bir tehlikenin bulunmadığına*" karar vermiştir.

Bu bağlamda, *Ali Shipping*[80] kararından farklı olarak, paralel veya müteakip tahkim yargılamalarının aynı taraflar arasında söz konusu olduğu hallerde, gizlilik perdesinin kalkabileceği sonucuna ulaşılmış olmaktadır[81]. Kanaatimizce, aynı taraflar arasındaki paralel veya müteakip tahkimlerde, daha önceki tahkim yargılamaları sırasında sunulan bilgi ve belgelere dayanılması, tahkimin gizliliği ilkesi ile çelişmeyecektir. Zira, uyuşmazlıkların tarafları aynı olduğundan, tahkim yargılamasında sunulan bilgi ve belgelerin üçüncü kişilere açıklanması yönünde bir tehlike mevcut olmayacaktır.

4. Hakemlerce Verilen Kararlar

Tahkim yargılamasında hakemler tarafından verilen kararların gizli oldukları, ancak tarafların her ikisinin de onay vermesi halinde hakem kararlarının yayımlanabileceği kabul edilmektedir[82]. Ayrıca hakemler, verdikleri kararları gizli tutmakla yükümlüdürler[83]. Hakem kararlarının gizli olması, müteakip yargılamalarda daha önce verilmiş bir hakem kararına dayanılamayacağını ve bu karardaki maddi vakıaların delil olarak ileri sürülemeyeceği sonucunu doğurmaktadır[84].

---

[80] Court of Appeal, *Ali Shipping Corporation / Shipyard Trogir*, (1997), EWCA Civ 3054, 19.12.1997, (http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1997/3054.html).

[81] Bu yönde bkz.: **Seriki**, s. 5.

[82] **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 96; **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 661; **Loquin**, s. 343; **Fürrer**, s. 816; **Dessemontet**, s. 308; **Fages**, s. 13.

[83] **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 661; **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 96.

[84] **Tarman**, s. 315.

Milletlerarası tahkim uygulamasında çok sayıda hakem kararının, tarafların onayı bulunmamasına rağmen, akademik amaçlarla ve milletlerarası tahkimin gelişimine hizmet etmesi için, tarafların kimlikleri gizlenerek, çeşitli akademik yayınlarda yayımlandığı görülmektedir[85]. Ayrıca İsviçre mahkemeleri tarafından verilen tanıma, tenfiz ve iptal kararlarında hakem kararına ilişkin bilgilerin, tahkim yargılamasının taraflarının kimliklerinin gizli tutulması suretiyle, yayımlandığı görülmektedir.

Türk mahkemelerinin ise hakem kararlarının gizliliği karşısında bu şekilde bir hassasiyetlerinin bulunmadığını üzülerek ifade etmek isteriz. Türk mahkemeleri önünde hakem kararının tanınması, tenfizi ve iptali amacıyla açılan davalara ilişkin Yargıtay kararları, tarafların ismi açık olarak, uyuşmazlıkla ilgili gizli kalması gereken birçok bilgiyi de kapsayacak şekilde yayımlanmaktadır. Türk hukukundaki bu uygulamanın, tahkimin gizliliğine ve hakem kararının yayımlanmamasında menfaati bulunan taraflara zarar verdiği düşüncesindeyiz.

Hakem kararının gizliliğine ilişkin bir uyuşmazlık, *Hassneh Insurance / Mew*[86] davasında İngiliz Yüksek Mahkemesi kararına konu olmuştur. Yüksek Mahkeme, tahkimin taraflarından birinin haklı menfaatinin bulunması halinde, tarafların her ikisinin de hakem kararının açıklanması yönünde ortak iradeleri bulunmasa dahi, hakem kararının müteakip yargılamalarda üçüncü kişilere açıklanabileceğine karar vermiştir. Ancak Mahkeme'ye göre müteakip yargılamalar ile açıklanması istenen hakem kararı arasında doğrudan bir bağlantı bulunmalı ve hakem kararının açıklanması için makul bir gerekliliğin söz konusu olması gerekmektedir[87].

Hakem kararının gizliliği hakkındaki bir diğer uyuşmazlık, 2006 yılında İsviçre Federal Mahkemesinin önüne gelmiştir[88]. Hakem kararının iptali talebiyle İsviçre mahkemeleri önünde açılan davada taraflar, aralarındaki lisans sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkla ilgili gizli bilgilerin hakem kararında yer aldığını, bu sebeple mahkemenin iptal davası neticesinde vereceği kararın yayımlanmamasını talep etmişlerdir. Federal Mahkeme, tahkimle ilgili mahkeme kararlarında tarafların açık kimliklerinin silindiğini ve kısaltmalar kullanılarak ifade edildiğini belirterek, tarafların bu talebini

---

85 **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 661; **Fürrer**, s. 816.

86 High Court, *Hassneh Insurance Company of Israel&Others / Steurt J. Mew*, (1993) 2 Lloyds' Report (**Loquin**, s. 348-349'dan naklen).

87 **Uff/Nouisia**, s. 1473; **Tarman**, s. 315.

88 Swiss Federal Court, 19.6.2006, 4P. 74/2006, (http://www.bger.ch). İsviçre Federal Mahkemesi'nin söz konusu kararının İngilizce özeti için bkz.: **Mathias Scherer**, "Case Comment, Switzerland: Swiss Federal Court, June 19, 2006", s. 1-3, (Westlaw).

reddetmiştir. Ayrıca Mahkeme, tarafların devlet mahkemesi önünde hakem kararının iptalini talep etmekle, bu kararın alenileşmesi riskini de üzerlerine aldıklarını vurgulamıştır.

B. Kişi Bakımından

1. Hakemler

Milletlerarası tahkimde hakemlerin gizlilik yükümlülüğü altında olduğu tartışmasız olarak kabul edilmektedir[89]. Milletlerarası tahkimde hakemlerin gizlilik yükümlülüğü, kurumsal tahkim kuralları ile ulusal tahkim kanunlarının bir kısmında açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır (LCIA Tahkim Kuralları m. 30; SCC Tahkim Kuralları m. 20; AAA Tahkim Kuralları m. 34; İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu m. 43)[90]. Bu hususta açık düzenleme bulunmayan kural ve kanunlar bakımından hakemlerin gizlilik yükümlülüğü, taraflar ile hakemler arasındaki vekâlet sözleşmesi niteliğinde olan hakem sözleşmesinden kaynaklanmaktadır[91].

Bu bağlamda hakemler, yargılama esnasında uyuşmazlık ve taraflarla ilgili öğrendikleri bilgileri açıklamamakla yükümlüdürler. Bu yükümlülüğün tek istisnası, hakemlerin yargılama faaliyetinde bulunurken, görüşüne başvurulan bilirkişi, teknik uzman veya tanık gibi üçüncü kişilere karşı uyuşmazlıkla ilgili olarak açıklamak zorunda oldukları bilgilerdir[92].

Bununla birlikte hakemlerin, yargılama esnasında tarafların suç teşkil eden fiil ve davranışlarını öğrenmeleri halinde, devlet mahkemelerindeki hâkimler gibi bunları bildirme yükümlülüklerinin bulunup bulunmadığı sorusu akla gelebilir. Kurumsal tahkim kuralları ile ulusal tahkim kanunlarında bu konuda bir düzenlemenin mevcut olmadığı belirtilmektedir[93].

Buna karşılık hakemler, devlet memuru olmadıklarından, hâkimler gibi suç teşkil eden filleri bildirme yükümlülüklerinin bulunmadığı düşüncesindeyiz. Bu sebeple tahkim yargılaması esnasında hakemler, tarafların suç teşkil eden fiil ve davranışlarından haberdar olmalarına karşılık, bunları bildir-

---

89 **Gaillard/Savage**, par. 1058; **Carbonneau**, s. 602; **Fürrer**, s. 811; **Loquin**, s. 342.

90 Söz konusu düzenlemeler hakkında ayrıntılı olarak bkz.: Özsunay, s. 543 vd.

Belirtmek gerekir ki ICC Tahkim Kuralları'nda, UNCITRAL Tahkim Kuralları'nda ve MTK'da hakemlerin gizlilik yükümlülüğüne ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

91 **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 94; **Fürrer**, s. 811-812. Hakem sözleşmesinin vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğu yönünde bkz.: **Akıncı**, par. 49.

92 **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 94.

93 **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 94.

mekle yükümlü değillerdir. Aksine, taraflar ile hakemler arasındaki güven ilişkisinin, böyle bir bildirim yükümlüğüne engel teşkil edeceği haklı olarak ifade edilmektedir[94].

2. Taraflar

LCIA ve WIPO gibi Kurumsal Tahkim Kuralları ile IBA Kuralları, tahkim yargılamasında tarafların gizlilik yükümlülüğü altında olduklarını ve bunun kapsamını açıkça düzenlemişlerdir. Buna karşılık ICC, UNCITRAL ve ICSID Tahkim Kuralları'nda tarafların gizlilik yükümlülüğüne ilişkin hiçbir düzenleme bulunmamaktadır[95]. Yalnızca, ICC Tahkim Kuralları'nın 20/7. maddesinde hakem heyetinin, ticari sırların ve gizli bilgilerin korunması amacıyla gerekli tedbirleri alabileceği düzenlenmiştir. Söz konusu hükme dayanılarak, tahkimle ilgili bilgi ve belgelerin gizli tutulması yönünde hakem heyetinin usuli emir verebileceği kabul edilmektedir[96].

Milletlerarası tahkime ilişkin ulusal kanunlar arasında, İspanya Tahkim Kanunu'nda tarafların gizlilik yükümlülüğünün açıkça düzenlendiğini görmekteyiz[97]. Buna karşılık İsviçre hukukunda ve MTK'da tarafların gizlilik yükümlülüğüne dair bir hüküm bulunmamaktadır.

Tahkimin doğası gereği gizli olmadığı ve tarafların zımnen gizlilik yükümlülüğü altında olmadıkları yönündeki mahkeme kararları göz önüne alındığında, tahkim ve uyuşmazlıkla ilgili bilgileri gizli tutmak ve bunun kapsamını tayin etmek isteyen tarafların, bu yönde açıkça anlaşmaları yerinde olacaktır[98]. Doktrindeki pek çok yazar da taraflar arasında bir gizlilik

---

94 **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 97.

95 1998 ICC Tahkim Kuraları hazırlanırken, tarafların gizlilik yükümlülüğünün ne şekilde düzenleneceği ve bunun istisnaları üzerinde uzlaşmaya varılamaması sebebiyle, bu hususta bilinçli bir boşluk bulunduğu belirtilmektedir; bkz.: **Dimolitsa**, s. 8.

UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın revizyonu amacıyla yapılan toplantılarda, tarafların gizlilik yükümlülüğüne ilişkin genel bir hükmün eklenmesi şu ana kadar kabul edilmemiştir. Ayrıntılı olarak bkz.: **Dimolitsa**, s. 9.

Ayrıca, ICSID Ek Mekanizma Kurallarında da tarafların genel gizlilik yükümlülüğüne ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı, *Metalclad Corp. v. United Mexican States* kararında ifade edilmiştir; bkz.: ICSID, Additionnal Facility, *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/97/1.

96 **Yves Derains/E.Schwartz**, A Guide to ICC Rules of Arbitration, Kluwer Law International, 2005, s.286 (**Dimolitsa**, s. 9'dan naklen).

97 İspanya Tahkim Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca taraflar, tahkimdeki yargılama sebebiyle öğrendikleri bilgileri gizli tutmakla yükümlüdürler; bkz.: **Dimolitsa**, s. 17.

98 **Lazareff,** s. 88; **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 177; **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 108**; Friedland**, s. 11.

anlaşması bulunmadıkça, tarafların gizlilik yükümlülüklerinin bulunmadığını belirtmektedir[99]. Bu durumda, yalnızca yargılamanın bütünlüğü ile dürüstlük kuralının gerektirdiği ölçüde tarafların gizlilik yükümlülüklerinin söz konusu olacağı ifade edilmektedir[100].

3. Taraf Vekilleri

Taraf vekillerinin gizlilik yükümlülüğünün, vekil ile taraf arasındaki vekâlet sözleşmesinden kaynaklandığı ifade edilmektedir[101]. Vekil ile taraf arasındaki ilişkideki gizlilik yükümlülüğünün kapsamı hakkında ülkelerin maddi hukukları birbirinden farklı düzenlemeler öngörmektedir[102]. Nitekim yabancılık unsuru taşıyan vekil-taraf arasındaki hukuki ilişkide, uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır[103].

Bunun yanında, vekillerin gizlilik yükümlülüğü, sözleşmenin nisbiliği ilkesi gereği ancak aralarında vekâlet sözleşmesi bulunan tarafa karşı söz konusu olmaktadır[104]. Vekiller, tahkim anlaşmasının tarafı olmadıklarından, tahkim anlaşmasından zımnen kaynaklanan veya bu anlaşmada açıkça düzenlenen bir gizlilik yükümlülüğünün vekillere teşmili söz konusu olmayacaktır[105]. Bu bağlamda, tahkimin tabi olduğu kurallarda veya görev belgesinde, vekillerin gizlilik yükümlülüğünün açıkça düzenlenmesi veya taraflar arasında gizlilik sözleşmesi yapılması, tahkimin gizliliği bakımından önem arz etmektedir[106].

4. Üçüncü Kişiler

Tanıklar, bilirkişiler, teknik uzmanlar ve diğer görevliler, tahkim yargılamasında üçüncü kişi konumundadırlar. Üçüncü kişiler, tahkim anlaşmasının tarafı olmadıklarından, bu anlaşmadan zımnen veya açıkça kaynaklanan bir gizlilik yükümlülüğünün, üçüncü kişilere teşmili mümkün değildir[107]. Bu-

---

[99] Bu görüşte bkz.: **Fürrer, s. 810**; **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 108; Loquin, s. .

[100] Bu yönde bkz.: **Furrer**, s. 810; **Müller**, s. 223, (**Furrer**, s. 810, dn. 27'den naklen).

[101] **Fürrer**, s. 810; **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 100.

[102] Özellikle Kıta Avrupası hukuku ile *common law* arasında konu hakkında belirgin farklılıklar bulunduğu yönünde bkz.: **Fürrer**, s. 811.

[103] Bu hususta *lex loci arbitri*'nin uygulanamayacağı ifade edilerek, en sıkı ilişkili hukukun tespit edilerek, bu hukuka göre gizlilik yükümlülüğünün kapsamının tayin edilmesi gerektiği önerilmektedir. Bu yönde bkz.: **Fürrer**, s. 812.

[104] **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 101.

[105] **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 101.

[106] **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 102.

[107] **Fürrer**, s. 812; **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 102.

nunla birlikte inceleme imkânı bulduğumuz kurumsal tahkim kuralları ile ulusal tahkim kanunlarında, üçüncü kişilerin gizlilik yükümlülüğüne ilişkin bir düzenleme de yer almamaktadır. Ne var ki tahkim yargılamasında bulunan üçüncü kişilerin, uyuşmazlık ve yargılama ile ilgili öğrendikleri bilgileri açıklaması, tahkimin gizliliği bakımından önemli bir risk teşkil etmektedir.

Bu bağlamda taraflarca atanan bilirkişilerin esasen tarafların tanığı olduğu ve bunların gizlilik yükümlülüğünün, taraflar ile yaptıkları anlaşmaya bağlı olduğu belirtilmektedir[108]. Buna göre tarafların, kendi atadıkları bilirkişilerin tahkimin gizliliği ilkesini ihlal etmesini önleyecek gerekli tüm önlemleri alması gerektiği ifade edilmektedir[109]. Nitekim aynı sonuç, taraflarca gösterilen tanıklar bakımından da geçerlidir.

Buna karşılık hakemlerce atanan bilirkişiler, görevi kabul etmekle hakem heyeti ile bir sözleşme ilişkisi kurmuş olmaktadırlar. Bu hukuki ilişkisi, alt vekâlet sözleşmesi niteliği taşıdığından, hakem heyeti tarafından atanan bu kişilerin alt vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan gizlilik yükümlülüklerinin bulunduğu kabul edilmektedir[110].

C. Zaman Bakımından

Tahkimde gizlilik yükümlülüğü, kural olarak herhangi bir süre ile sınırlı değildir[111]. Ancak tarafların, aralarında anlaşarak gizlilik yükümlülüğünü belirli bir süre ile sınırlayabilme imkânlarının bulunduğu kabul edilmektedir[112]. Bu durumda, anlaşmada belirlenen sürenin sona ermesiyle birlikte, tarafların gizlilik yükümlülüğü de sona erecektir.

Taraflar arasında yapılan bir anlaşma ile gizlilik yükümlülüğünün belirli bir süre ile sınırlandırılmasının, hakemleri de bağlayıp bağlamayacağı sorusu akla gelebilir. Zira her ne kadar böyle bir anlaşma ancak taraflar arasında hüküm ifade etse de taraflar, kendi iradeleriyle kendi menfaatlerine hizmet eden bir müesseseden belirli bir sürenin sona ermesiyle vazgeçmektedirler. Kanaatimizce, taraflar bu yönde anlaşmış olsalar bile bu anlaşma sonucunda hakemlerin de gizlilik yükümlülüğünün sona ereceğinden bahsetmek isabetli olmayacaktır. Zira hakemlerle taraflar arasında kurulmuş olan hakem sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi niteliğinde olup, vekâlet sözleşmesi sona erdikten sonra da vekilin sır saklama yükümlülüğünün devam edeceği

---

108 **Fürrer**, s. 812; **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 102.

109 Bu yönde bkz.: **Fürrer**, s. 812.

110 **Fürrer**, s. 812.

111 **Fages**, s. 13.

112 **Fages**, s. 13.

kabul edilmektedir[113]. Nitekim hakemlerin gizlilik yükümlülüğünün, tahkim yargılaması sona erse de devam edeceği ve belirli bir süre ile sınırlı olmadığı ifade edilmektedir[114].

IV. Milletlerarası Tahkimde Gizliliğin Sağlanması

A. Tarafların Anlaşması

Milletlerarası tahkimde gizliliğin sağlanmasına hizmet edecek ilk yöntem, tarafların gizlilik yükümlülüğü öngören tahkim kurallarını seçmek veya tahkim anlaşmasında gizlilik yükümlülüğünü açıkça düzenlemeleridir[115]. Tahkimin doğası gereği gizli olmadığı ve taraflara zımni bir gizlilik yükümlülüklerinin bulunmadığı yönündeki mahkeme kararları göz önüne alındığında, tahkimde maksimum gizliliği sağlamak isteyen tarafların gizlilik yükümlülüğü konusunda açıkça anlaşmaları[116] veya bunu öngören kurallar seçmeleri büyük önem taşımaktadır.

Tarafların, gizlilik yükümlülüğünü tahkim anlaşmasında düzenlemek istedikleri durumlarda, bu anlaşmanın içeriği, kapsamı, gizliliğin sürdürülmesi için hangi önlemlerin alınacağı ve gizli bilgilerin hangi koşullarda açıklanabileceğinin belirtilmesi önem taşımaktadır[117]. Ayrıca, söz konusu anlaşma yapılırken, taraflar açısından hangi bilgilerin gizli kalmasının isteneceğinin de tespit edilmesi gerekir[118]. Bu kapsamda, kurumsal tahkim kurumları tarafından önerilen örnek klozlardan yararlanılması mümkündür[119].

---

[113] Vekalet sözleşmesi sona erdikten sonra da vekilin sır saklama borcunun devam edeceği hakkında bkz.: **Haluk Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri, C. II, Ankara 1987, s. 450-451.

[114] Bu görüşte bkz.: **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 102 ve **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 102, dn. 27'de belirtilen diğer yazarlar.

[115] **Lazareff,** s. 87; **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 108; **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 177; **Friedland**, s. 12; **Tarman**, s. 325; Özsunay, s. 556.

[116] Bu yönde bkz.: **Lazareff,** s. 88; **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 108.

[117] **Burn/Pearsall**, s. 38; **Tarman**, s. 325.

[118] **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 109; **Burn/Pearsall**, s. 38.

[119] AAA tarafından bu hususta hazırlanan örnek sözleşme klozları için bkz.: AAA, Drafting Disputes Resolution Clauses-A Practical Guide, 1998. Bu bağlamda AAA tarafından konuya ilişkin olarak önerilen ilk kloz şu şekildedir: "*Except as may be required by law, neither a party nor its representatives nor a witness nor an arbitrator may disclose the existence, content, or results of any arbitration hereunder without the prior consent of both parties.*".

Daha detaylı olan ikinci kloz ise şöyledir: "*No information concerning an arbitration, beyond the names of the parties and the relief requested, may be unilaterally disclosed to a third party by any party unless required by law. Any documentary or other evidence given by a party or witness in the arbitration shall be treated as*

B. Görev Belgesinde Gizliliğin Düzenlenmesi

Milletlerarası tahkimde gizliliğin sağlanmasının bir diğer yolu, hakemlerce hazırlanan görev belgesinin içeriğinde gizlilik yükümlülüğü hakkında bir düzenleme öngörmektir[120]. Gizlilik prensibinden anlaşılması gereken hakkında üzerinde uzlaşılmış bir tanım bulunmadığından ve gizliliğin kapsamı, somut olayın şartlarına göre de değişebileceğinden, tahkim yargılamasının ilk aşamasında hazırlanan görev belgesinde, gizlilik yükümlülüğüne ilişkin bir düzenlemeye yer verilmesi yerinde bir çözüm sunacaktır[121].

Ayrıca, uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra görev belgesinde gizlilik yükümlülüğü hakkında anlaşmaya varılmasının daha uygun bir çözüm olacağı, böylelikle tarafların uyuşmazlığın niteliğine göre gizli tutulmasını istedikleri hususlar üzerinde daha sağlıklı bir anlaşmaya varabilecekleri ifade edilmektedir[122].

C. Hakemlerin Gizliliğin Korunması Yönünde Alacağı Önlemler ve Belge Dolaşımının Sınırlandırılması

ICC Tahkim Kuralları m. 20/7 uyarınca hakem heyeti, ticari sırları ve gizli bilgileri korumak amacıyla önlemler alabilmektedir. Özellikle tahkim anlaşmasında veya görev belgesinde gizlilik yükümlülüğüne dair bir anlaşmanın bulunmadığı hallerde hakemlerin, tahkimin gizliliğini korumak için usuli bir emir vermeleri söz konusu olabilecektir[123].

Ayrıca taraflardan birinin, tahkim yargılaması sırasında sunduğu belgelerin gizli kalmasını talep etmesi, bu belgelerin yalnızca hakem heyetine veya hakem heyeti başkanına sunmak istemesi de söz konusu olabilir[124]. Milletlerarası tahkim uygulamasında tarafların bu yöndeki taleplerinin kural

---

confidential by any party whose access to such evidence arises exclusively as a result of its participation in the arbitration, and shall not be discloses to any third party (other than awitness or expert), except as may be required by law.".

[120] **Lazareff,** s. 87-88; **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 109; Özsunay, s. 556-557; **Tarman**, s. 326.

[121] **Lazareff,** s. 87-88.

Görev belgesinde bu yönde yer alacak örnek bir düzenleme şu şekildedir: "*Unless disclosure is required (i) by statute, ordinance or stock market regulations, or (ii) to protect the parties, the parties and members of the Arbitral Tribunal undertake to keep this arbitration private and confidential, and not to publish, disclose or communicate any information relating to this arbitration, in particular the procedure followed, documents exchanged, evidence produced and all procedural formalities. However each of the parties may disclose such information to any person bound by an obligation of confidentiality. The parties shall maket his clause known to any third party that participates in arbitration, in whatever capacity, including witness and experts*". (Bkz.: **Lazareff,** s. 87-88).

[122] **Kauffman-Kohler/Stucki**, s. 109.

[123] Özsunay, s. 557-558.

[124] **Özsunay**, s. 558; **Tarman**, s. 326.

olarak kabul edildiği, ancak bu şekilde sunulan belgelerin hakemlerce güçlü bir delil olarak takdir edilmediği belirtilmektedir[125]. Bununla birlikte böyle bir ihtimalde, karşı taraf sunulan belgeleri inceleme ve buna göre savunmada bulunma imkânından yoksun kalacağından, adil yargılanma hakkının ihlali sebebiyle hakem kararının tenfizinin reddi veya kararın iptal edilmesi tehlikesi söz konusu olabilecektir.

Ç. Mahkeme Kararı Uyarınca Gizliliğin Sağlanması

Tahkimde gizliliği sağlamak isteyen tarafların, mahkemeye başvurarak gizliliğin sağlanması yönünde bir tedbir kararı talep etmesi de mümkündür. Nitekim yukarıda incelediğimiz *Publicis / True North* kararında Paris Ticaret Mahkemesi, "*yasal bir yükümlülük söz konusu olmadıkça, devam eden tahkim yargılaması ile ilgili tahkimin varlığı da dâhil olmak üzere, uyuşmazlığın niteliği ve konusu hakkında hiçbir bilginin açıklanmaması*" yönünde bir tedbir kararı vermiştir.

Mahkemelerden, gizliliğin sağlanması yönünde tedbir kararı talep edilmesi çoğu kez uyuşmazlık ortaya çıkıp, tahkimde görülmeye başladıktan sonra, gizlilik yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde söz konusu olacaktır. Ancak, tahkimde gizliliğin sağlanması için mahkemeden tedbir kararı talep edilmesinin, son çare olarak başvurulması gereken bir yöntem teşkil etmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira mahkemeden bu yönde bir tedbir kararı talep edildiğinde, mahkemelerin tedbir kararı verebilmesi için, tedbir talep edenin tahkim ve tahkim yargılamasıyla ilgili bazı belgeleri mahkemeye sunması gerekecektir. Bu durumda, taraflar arasındaki tahkimin varlığı da dâhil olmak üzere, tedbir talebinde bulunanın *prima facia* haklılığını ispatlamak üzere tahkim yargılaması ve uyuşmazlıkla ilgili sunduğu bilgilerin alenileşmesi söz konusu olacaktır.

Emmott / Michael Wilson & Partners Ltd[126] davasında İngiliz mahkemesinin söz konusu tehlikeye zımnen de olsa işaret ettiği kanaatindeyiz. Mahkeme kararına konu olan somut olayda, gizliliğin sağlanması değil, tersine gizli bilgilerin açıklanabilmesi için mahkemeden tedbir kararı talep edilmiş olsa da Mahkeme, devlet mahkemelerinden tedbir kararı talep etmek yerine; bu kararın hakem heyetinden talep edilmesinin uygun olacağını vurgulamıştır[127]. Böylelikle tahkimde görülen uyuşmazlıkla ilgili bilgilerin, tedbir talepleriyle mahkemeler önünde açıklanmasının, tahkimin gizliliğine zarar vereceği endişesi ortaya konulmuştur.

---

[125] **Tarman**, s. 327.

[126] Court of Appeal, *Emmott / Michael Wilson & Partners Ltd*, [2008] EWCA Civ 184, (Westlaw).

[127] Söz konusu kararın değerlendirilmesi için bkz.: **Michael Hwang/Katie Chung**, "Protecting Confidentiality and its Exceptions-The Way Forward?", ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2009 Special Supplement, s. 40 vd.; **International Maritime and Commercial Law**, Yearbook 2009, s. 27.

V. Milletlerarası Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğünün İhlal Edilmesinin Sonuçları

Milletlerarası tahkimde gizlilik yükümlülüğünün ihlal edilmesinin yaptırımına ilişkin olarak, tahkim kuralları ile ulusal tahkim kanunlarında açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık gizlilik yükümlülüğünün ihlalinin, ihlalde bulunan taraf açısından tazminat sorumluluğuna ve hakem kararının iptal edilmesine yol açabileceği ifade edilmektedir[128]. Ayrıca, hakemlerin sorumluluğunun da belirli hallerde söz konusu olabileceği belirtilmektedir[129].

Bununla birlikte gizlilik yükümlülüğünün ihlali sebebiyle hakem kararının iptal edilmesi, çok ağır bir yaptırım teşkil edeceği düşüncesine katılmaktayız[130]. Zira böyle bir sonuca ulaşılması, tahkimin bir avantajı olan gizlilik uğruna, o tahkimin sonucu olan hakem kararının bertaraf edilmesi şeklinde trajik bir duruma yol açacaktır[131]. Gizlilik yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle hakem kararının iptal edilmesinin son derece istisnai olduğu, örneğin duruşmalara katılmaması gereken üçüncü kişiler duruşmalarda bulunmuşlarsa, hakem kararının bu nedenle iptal edilemeyeceği, yalnızca hakemlerin sorumluluğunun söz konusu olacağı haklı olarak ifade edilmektedir[132].

Nitekim İsveç ilk derece mahkemesinin, gizlilik yükümlülüğünün ihlali sebebiyle tahkim anlaşmasını geçersiz sayarak, hakem kararının iptaline hükmetmesi, doktrinde eleştirilmiştir[133]. Gizlilik yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle tahkim anlaşmasının geçersizliğine karar verilerek hakem kararının iptal edilmesinin, tahkimin doğası ile bağdaşmayacağı ve bu yönde bir sonuca varılmasının, haksız iptal davalarının önünü açarak, hakem kararlarının iptal davası esnasında alenileşmesi anlamı taşıyacağı, kanatimizce de isabetli olarak belirtilmektedir[134].

Bu kapsamda Fransız mahkemeleri, gizlilik yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle açılan iptal davaları bakımından örnek olacak bir uygulama sergilemektedir. Paris İstinaf Mahkemesi, Londra'da verilmiş bir hakem kararının iptali talebiyle açılan dava sonucu verdiği *Ojjeh*[135] kararında, "*gizli kalması*

---

[128] **Lazareff**, s. 88.

[129] **Savage/Gaillard**, par. 1374.

[130] Bu görüşte bkz.: **Lazareff**, s. 88.

[131] Bu yönde bkz.: **Loquin**, s. 351; **Lazareff**, s. 88; **Müller**, s. 216 (**Lazareff**, s. 88, dn. 43'ten naklen).

[132] **Savage/Gaillard**, par. 1374.

[133] **Loquin**, s. 351; **Lazareff**, s. 89. Nitekim söz konusu karar, İsveç Yüksek Mahkemesi tarafından bozulmuştur; bkz.: **Lazareff**, s. 89.

[134] Bu görüşte bkz.: **Loquin**, s. 352-353; **Lazareff**, s. 89.

[135] Cour d'Appel de Paris, *Aita / Ojjeh*, 18.2.1986, (**Lazareff**, s. 85'ten naklen).

gereken birçok hususun yetkili mahkeme önünde açılmayan iptal davası sonucunda ifşa edildiğini belirterek, iptal davası açan tarafın, tazminat ödemesine" karar vermiş ve iptal davasını reddetmiştir. Hakkın kötüye kullanılması yoluyla hakem kararının iptalinin haksız olarak talep edildiği durumlarda, devlet mahkemelerinde aleni olarak yapılan yargılama sonucunda gizli kalması gereken hususların açıklanmasıyla zarar gören karşı tarafın tazminat talebi, Mahkemece kabul edilmiştir[136].

Paris İstinaf Mahkemesi, *Société National Company for Fishing and Marketing (Nafimco) / Société Foster Wheeler Trading Company AG*[137] kararında da hakkın kötüye kullanılması teşkil eden, hakem kararının iptali talebini reddetmiştir. Karara konu teşkil eden olayda Nafimco şirketi, hakem heyeti tarafından gizliliğin korunmasına hakkında verilen usuli emrin iptali için, Fransız mahkemeleri önünde iptal davası açmıştır. Mahkeme, "*davanın hukuki dayanaktan yoksun olduğunu ve iptal davası açan tarafın davranışının, dürüstlük kuralına aykırı olması*" sebebiyle iptal talebini reddetmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, tazminat talebini kabul etmemiştir.

Gerçekten de devlet mahkemeleri önünde açılan hakem kararının tanınması, tenfizi ve iptali davalarında, hakem kararının alenileşmesi boyutu ile karşı karşıya kalınmaktadır[138]. Örneğin, MÖHUK m. 61 uyarınca Türk mahkemelerinden yabancı bir hakem kararının tenfizini talep eden tarafın, tahkim sözleşmesi veya şartının, aslı yahut usulüne göre onanmış örneği ile hakem kararının usulen kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış veya taraflar için bağlayıcılık kazanmış aslı veya usulüne göre onanmış örneklerini ve bunların onaylı tercümelerini mahkemeye sunması gerekmektedir. Kanun'un öngördüğü tüm bu belgelerin mahkemeye sunulması halinde ise tahkimin gizliliğinin nasıl korunacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Ancak böyle bir durumda Kanun'da aranan belgelerin mahkemeye sunulması söz konusu olduğundan, yasal yükümlülük gereği tahkimin gizliliği prensibinin bir istisnası bulunduğu düşüncesindeyiz.

Buna karşılık, hakem kararının iptali veya tenfizi talebiyle devlet mahkemesine başvuran tarafların, kararın alenileşmesi riskini taşıdıkları kabul edilmelidir. Bununla birlikte, mahkeme kalemlerinde iptal veya tenfiz davasına ilişkin dosyaların incelenmesi taleplerine hassasiyetle yaklaşılması gerekecektir. Ayrıca, hakem kararlarının tenfizi veya iptaline ilişkin mahkeme ve Yargıtay kararlarının yayımlanması sırasında, kararın taraflarına ilişkin bilgilerin gizlenmesi konusuna önem gösterilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

---

[136] **Loquin**, s. 347; **Lazareff**, s. 85. Özsunay, s. 555.

[137] Cour d'Appel de Paris, *Société National Company for Fishing and Marketing (Nafimco) / Société Foster Wheeler Trading Company AG*, 22.1.2004, (Revue de l'Arbitrage, 2004/3, s. 647 vd.).

[138] **Redfern/Hunter**, s. 28.

Sonuç

Milletlerarası tahkimin gizli olma özelliği, onun önemli avantajlarından biridir. Pek çokları tarafından tahkimin doğasından kaynaklanan ve onun var olma nedeni olan bu özellik, devlet mahkemelerinin son yıllarda verdikleri kararlar neticesinde sorgulanır hale gelmiştir.

Tahkime ilişkin kurumsal kurallar ile ulusal mevzuatlarda, gizlilik yükümlülüğüne ilişkin açık bir düzenlemenin çoğu kez yer almaması karşısında, tahkim yargılamasında gizliliği sağlamak isteyen tarafların, bu yönde açıkça anlaşmaları en uygun çözüm yolunu sunacaktır.

Taraflar, tahkim anlaşmasında gizlilik yükümlülüğünün kapsamı ve sınırları hakkında açık ve kapsamlı düzenlemede bulunmak suretiyle veya hakemlerin düzenleyeceği görev belgesinde bu yönde bir düzenlemeye yer verilmesini sağlayarak, tahkimden bekledikleri gizliliği sağlayabileceklerdir.

Bununla birlikte, Türk mahkemelerinden talep edilen tedbir kararlarında ve hakem kararlarının tanınması, tenfizi veya iptali amacıyla açılan davalarda, hâkimlerin, tarafların ve mahkeme görevlilerinin tahkimin ve hakem kararının gizli kalması konusuna özen göstermesi, tarafların tahkim yargılamasına başvururken taşıdıkları amaca da uygun olacaktır.

Kısaltmalar

AAA	:	American Arbitration Association *(Amerikan Tahkim Derneği)*
aşa.	:	Aşağıda
BATİDER	:	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz. / bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
dn.	:	Dipnot
Ed.	:	Editör
IBA	:	International Bar Association *(Uluslararası Barolar Birliği)*
ICC	:	International Chamber of Commerce *(Milletlerarası Ticaret Odası)*
ICSID	:	International Center for Settlement of Investment Disputes *(Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi)*
LCIA	:	London Court of International Arbitration *(Londra Uluslararası Tahkim Divanı)*
m.	:	Madde
MÖHUK	:	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	:	Milletlerarası Tahkim Kanunu
par.	:	Paragraf
RG.	:	Resmi Gazete
S.	:	Sayı
SCC	:	Stockholm Chamber of Commerce *(Stockholm Ticaret Odası)*
s.	:	Sayfa
UNCITRAL	:	United Nations Comission on International Trade *(Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu)*
vd.	:	Ve devamı
WIPO	:	World Intellectual Property Rights Organization *(Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü)*
yuk.	:	Yukarıda