Public and Private International Law Bulletin

Public and Private International Law Bulletin
Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
Cilt/Volume: 38 • Sayı/Number: 1 • Haziran/June 2018
e-ISSN: 1308-7215 • DOI: 10.26650/ekoist

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

Dergi Hakkında/About the Journal

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

Yayın Sahibi/Owner
İstanbul University Faculty of Law

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

Sorumlu Müdür/Responsible Director
Burcu Kıran Baygın

YAYIN KURULU/EDITORIAL MANAGEMENT

Baş Editör/Editor-in-Chief
Prof. Dr. B. Bahadır Erdem, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law
Prof. Dr. Ayşe Nur Tütüncü, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law

Yönetici Editör/Executive Editors
Assoc. Prof. Dr. Faruk Kerem Giray, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law
Assoc. Prof. Dr. İnci Ataman Figanmeşe, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law
Assoc. Prof. Dr. Galip Engin Şimşek, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law

Teknik Editörler/Production Editors
Asst. Prof. Dr. Mine Tan Dehmen, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law (Article Editor)
Res. Asst. Dr. Verda Neslihan Akün, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law (Article Editor)
Res. Asst. Dr. Enver Arıkoğlu, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law (Article Editor)
Res. Asst. Dr. Ayşe Yasemin Aydoğmuş, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law (Article Editor)
Asst. Prof. Dr. Ayşe Elif Ulusu Karataş, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law (Book Review Editor)
Res. Asst. Dr. Elif Başkaracaoğlu, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law (Book Review Editor)

Yardımcı Editörler/Co-Editors
Res. Asst. Dr. Nebile Pelin Mantı, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law
Res. Asst. Melis Avşar, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law
Res. Asst. Ceren Ertürk, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law
Res. Asst. Emre Külüşlü, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law
Res. Asst. Rümeysa Partalcı, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law
Res. Asst. Ceren Karagözoğlu, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law

Alan Editörleri/Section Editors
Ali Nemlioğlu, İstanbul University, Faculty of Economics, Department of Econometrics, Turkey.
Mustafa Tekin, İstanbul University, Faculty of Economics, Department of Econometrics, Turkey.

Teknik Editörler/Production Editors
Halil İbrahim Gündüz, Department of Econometrics, Faculty of Economics, İstanbul University.
Hüseyin İçen, Department of Econometrics, Faculty of Economics, İstanbul University.
Nimet Melis Esenyel, Department of Statistics, Faculty of Economics, İstanbul University.
Haydar Ekelik, Department of Operational Research, Faculty of Economics, İstanbul University.

ULUSLARARASI EDİTORYAL KURUL/INTERNATIONAL EDITORIAL BOARD
Prof. Dr. Naciye Günseli Gelgel, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law, İstanbul, Turkey
Prof. Dr. Rauf Versan, İstanbul University Faculty of Political Sciences, Department of Political Science and International Relations, İstanbul, Turkey
Prof. Dr. İbrahim Kaya, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law, İstanbul, Turkey
Prof. Dr. Cüneyt Yüksel, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law, İstanbul, Turkey
Assoc. Prof. Dr. Emre Esen, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law, İstanbul, Turkey
Prof. Dr. Don Wallace, University of Georgetown, International Law Institute, Wasahington DC, United States of America
Prof. Dr. Evangelos Vassilekakis, Aristotle University of Thessaloniki, Department of International Studies, Thessaloniki, Greece
Prof. Dr. Silke Ruth Laskowski, Universität Kassel, Institut für Wirtschaftsrecht, Kassel, Germany
Prof. Dr. Julien Chaisse, The Chinese University of Hong Kong, Faculty of Law, Hong Kong SAR, The People's Republic of China
Prof. Dr. David P. Stewart, University of Georgetown, Center on Transnational Business and the Law, Wasahington DC, United States of America
***In alphabetical order by name**

Çeviri Editörleri/English Language Editors
Elizabeth Mary Earl, İstanbul Üniversitesi, Türkiye

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

Yayın Dili/Language
Türkçe ve İngilizce/Turkish and English

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

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

Tasarım ve Uygulama/Graphic Design
Semih Edis

Baskı ve Cilt/Printing Office
Hamdioğulları İç ve Dış Ticaret A.Ş.
Adres: Zübeyde Hanım Mah. Elif Sokak No: 7/197 Altındağ, Ankara
Sertifika No: 35188
Tel: (0542) 695-7760 • **e-Posta:** hamdiogullari@hotmail.com

Basım Tarihi: Temmuz 2018

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

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

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

İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

Araştırma makalesi/Research article
Avrupa Birliği Mevzuatında Güvenli Üçüncü Ülke Kavramı ve Türkiye-AB Geri Kabul Anlaşmasına Yansımaları
The Concept of Safe Third Country in European Union Acquis and its Reflections on the Turkey-EU Readmission Agreement **11**
Esen Aydın

Araştırma makalesi/Research article
Yargıtay Uygulamasında Vesayete İlişkin Yabancı Kararların Tanınması Davalarında Karşılaşılan Sorunlar
Problems Arisinf from the Recognition of Foreign Guardianship Decisions in the Practice of the Court of Cassation **41**
Nuray Ekşi

Araştırma makalesi/Research article
Çözümsüzlüğün Adı: 'Birleşmiş Milletler'e Rağmen Keşmir'
The Name of Non-resolution: "Kashmir Despite the United Nations" **85**
Selcen Erdal

Araştırma makalesi/Research article
Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasar Sorunu ve Türk Borçlar Kanunu İle Karşılaştırılması
The Problem of Risk According to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and Comparison with the Turkish Code of Obligations **107**
Doğan Kara

Araştırma makalesi/Research article
Japon Milletlerarası Özel Hukuk Teori ve Uygulamasında "Kamu Düzeni Müdahalesi"
The Doctrine of "Public Policy" in Japanese Private International Law Theory and Practice **147**
Onur Can Saatcıoğlu

Araştırma makalesi/Research article
Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Yatırımcı Vatandaşlık Olgusu: Ius Pecuniae
Investor-Citizenship Concept in Comparative Law and Turkish Law: Ius Pecuniae **191**
Alper Çağrı Yılmaz

MAKALE YAZIM KURALLARI
NOTES FOR CONTRIBUTERS **217**

EDİTÖRDEN

Değerli okuyucular,

Dergimiz bundan tam 37 yıl önce İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından yayınlanmaya başladı. O günden bugüne, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde atılan bu tohum, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalları'nın kıymetli hocaları ve asistanlarının emeği, özverisi ile yeşerdi, kök saldı; milletlerarası hukuk ve milletlerarası özel hukuk alanlarında Türkiye'ye yayılan ve kırk yıla yaklaşan bir geleneğe dönüştü: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB). MHB, çok uzun yıllar boyunca Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk alanında Türkiye'nin tek hukuk dergisi olmuştur.

Binbir emek ve özveriyle geçmişten bugüne taşınan bu köklü geleneği, aldığımız mirasa sahip çıkmanın sorumluluğu ve bilinciyle, bugünden geleceğe taşımak arzusundayız. Bu doğrultuda bir dizi yeniliği hayata geçirmeyi hedefliyoruz. Ve hedeflerimizin ilk ürününü sizlere 40 yıllık MHB`den yarattığımız yepyeni bir dergi olarak sunuyoruz.

Öncelikle dergimiz bu sayıdan itibaren artık "Public and Private International Law Bulletin / PPIL" adıyla yayın hayatına devam edecek. Böylece dergimizin ilk sayısından bugüne dek taşıdığı "Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni / MHB "adına esasen sadık kalarak, bugünün bütünleşen dünyasının diliyle dergimizin adını güncelliyoruz.

Diğer taraftan gerek Editörler Kurulu ve gerekse Danışma Kurulunda farklı ülkelerden hukukçulara yer veriyoruz. Bu sayede onların zengin bilimsel tecrübelerinden, birikimlerinden istifade etmeyi, Türkiye dışından da geniş bir yazar ve okuyucu kitlesine ulaşmayı hedefliyoruz.

Tüm bu yenilikler, 1980'ler Türkiye'sinden, 2020'ler dünyasına uzanırken ayaklarımızı bu topraklara bastığımızı aklımızdan çıkarmadan, özgünlüğümüzden ve bilimsellikten taviz vermeden, dergimizin –adına da yaraşır bir şekilde- milletlerarası/international niteliğini güçlendirmeye yönelik…

Dergimizin bu yeni kimliğiyle, bağlı bulunduğumuz kurum İstanbul Üniversitesinin ve bir parçası olduğumuz Türk hukukunun sesini dünyaya daha çok duyuracağımıza, farklı ülkelerden yazar ve okuyucu kitlesine ulaşacağımıza, böylelikle Türkiye'de milletlerarası hukuk ve milletlerarası özel hukuk alanlarının dünya ile etkileşimini arttırarak Türk hukukuna katkı sunacağımıza, dergimizin saygınlığını milletlerarası alana taşıyacağımıza inanıyoruz.

Dergimizin yeni döneminin ilk yayını olan PPIL 2018/1, esasen dergimizin 38. Cildinin 1. Sayısı. Bu sayımızda vatandaşlık hukuku, yabancılar hukuku, Avrupa Birliği hukuku, milletlerarası usul hukuku, milletlerarası hukuk, uluslararası örgütler hukuku, mukayeseli hukuk ve kanunlar ihtilafı hukuku gibi farklı alanlardan altı makale yer alıyor. Bunlar; *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Yatırımcı Vatandaşlık Olgusu: Ius pecuniae* (Alper Çağrı Yılmaz); *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasar Sorunu ve Türk Borçlar Kanunu İle Karşılaştırılması* (Doğan Kara); *Avrupa Birliği Mevzuatında Güvenli Üçüncü Ülke Kavramı ve Türkiye-AB Geri Kabul Anlaşmasına Yansımaları* (Esen Aydın); *Yargıtay Uygulamasında Vesayete İlişkin Yabancı Kararların Tanınması Davalarında Karşılaşılan Sorunlar* (Nuray Ekşi); *Japon Milletlerarası Özel Hukuk Teori ve Uygulamasında "Kamu Düzeni Müdahalesi"* (Onur Can Saatçioğlu); Çözümsüzlüğün Adı: 'Birleşmiş *Milletler'e Rağmen Keşmir'* (Selcen Erdal).

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

Yolumuz açık olsun…

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

Baş Editörler

EDITORIAL

Dear Readers,

Our bulletin was first published by the Istanbul University Faculty of Law Research Center of International Law and International Relations 37 years ago. Since then, this work has grown and blossomed thanks to the hard work of many esteemed professors and research assistants in the departments of Public and Private International Law. It has become a tradition of nearly 40 years and is now available in every part of Turkey: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB) [Public and Private International Law Bulletin (PPIL)]. For many years, MHB has been the only legal bulletin in Turkey focused on public and private international law.

With the responsibility of looking after this heritage, we wish to bring this fundamental tradition into the future. To that end, we plan to implement several changes. As the first product of our plans we present you a brand-new bulletin born of MHB.

First off all from now on our bulletin will be published under the name of "Public and Private International Law Bulletin/PPIL." This remains true to the first name of our bulletin, which is "Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni / MHB ," but we have updated the title in keeping with the language of today's global world.

We welcome members of the legal profession from different countries, both in the Board of Editors and Advisory Board. We plan to benefit from their experience and wisdom and reach a wide range of writers and audience from the rest of the world.

All of these changes aim to strengthen the international quality of our bulletin, in accordance with its name, maintaining an unbroken bond from Turkey of the 1980s Turkey to the world of the 2020s without forgetting where we are standing and compromising from our authenticity and scientific view.

We believe that with this new identity of our bulletin, we will reach more people around the world and connect them with Istanbul University, the institution to which we are linked, and Turkish law in general; thus we will contribute to Turkish law while increasing the interaction between public and private international law in Turkey and the world, and bring the bulletin's reputation to the international arena.

The first issue of the new generation of our bulletin, PPIL 2018/1, is essentially the first issue of the 38th volume. In this issue there are articles on the following six subjects: nationality law, law of aliens, EU law, international procedure law,

international law, international organizations law, comparative law, and law of conflicts. The titles are: *Investor-Citizenship Concept in Comparative Law and Turkish Law: Ius pecuniae* (Alper Çağrı Yılmaz); *The Problem of Risk According to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and Comparison with the Turkish Code of Obligations* (Doğan Kara); *The Concept of Safe Third Country in European Union Acquis and its Reflections on the Turkey-EU Readmission Agreement* (Esen Aydın); *Problems Arising from the Recognition of Foreign Guardianship Decisions in the Practice of the Court of Cassation* (Nuray Ekşi); *The Doctrine of "Public Policy" in Japanese Private International Law Theory and Practice*" (Onur Can Saatçioğlu); *The Name of Non-resolution: "Kashmir Despite the United Nations*" (Selcen Erdal).

As the editors-in-chief of our bulletin, we are thankful to the writers of the articles of our new issue, the professors who offered their services as reviewers, and also to the members of the Board of Editors, Advisory Board, and Board of Assistant Editors, for their contributions. We hope the first issue of this new era of our bulletin will be useful to our audience.

All the best,

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

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Public and Private International Law Bulletin, 38(1): 11–40

DOI: 10.26650/ppil.2018.38.1.0005
http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/_

Başvuru: 5 Temmuz 2018
Kabul: 3 Eylül 2018

Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Avrupa Birliği Mevzuatında Güvenli Üçüncü Ülke Kavramı ve Türkiye-AB Geri Kabul Anlaşmasına Yansımaları

Esen Aydın[1]

Öz

Çalışmamız kapsamında güvenli üçüncü ülke kavramının tanımına yer verildikten sonra, kavramın hukuki dayanağı ve güvenli üçüncü ülkenin belirlenmesine ilişkin genel kriterler ortaya konulmuştur. Genel kriterlerin belirlenmesinin ardından, AB hukukunda güvenli üçüncü ülke kavramının ne şekilde düzenlendiği ve AB'nin çeşitli mekanizmalar vasıtasıyla gerçekleştirdiği güvenli üçüncü ülke uygulamaları incelenmiştir. Bu kapsamda, güvenli üçüncü ülke kavramını tanımlayan ve detaylı kriterler öngören Uluslararası Korumaya İlişkin AB Usul Yönergesi hükümleri, uluslararası koruma başvurusunu incelemekle sorumlu devletin belirlenmesini sağlayan Dublin III Tüzüğü hükümleri ve Türkiye-AB Geri Kabul Anlaşması özelinde AB geri kabul anlaşmaları incelenmiştir. Türkiye-AB Geri Kabul Anlaşmasının uygulanabilmesi bakımından Türkiye'nin güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilmesi büyük önem arz etmektedir. Dolayısıyla çalışmamız kapsamında Türkiye'nin güvenli üçüncü ülke olmak için AB hukukunda aranan kriterleri yerine getirip getirmediği de incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Güvenli üçüncü ülke • Dublin III Tüzüğü • AB Usul Yönergesi • Türkiye-AB Geri Kabul Anlaşması • 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu

The Concept of Safe Third Country in European Union Acquis and its Reflections on the Turkey-EU Readmission Agreement

Abstract

In this article, after giving definition of the concept of safe third country, general criteria have been laid down for determining which countries are safe and the legal basis of the concept. Following the establishment of general criteria, the safe third-country concept in EU law and the safe third-country practices that the EU has achieved through various mechanisms have been analyzed. In this context, the provisions of the EU Procedures Directive which defines the concept of safe third country and envisages detailed criteria, Dublin III Regulation provisions which allows the determination of the state responsible for examining the application for international protection and the EU readmission agreements, specifically EU-Turkey Readmission Agreement are examined. For the implementation of the EU-Turkey Readmission Agreement Turkey must be considered a safe third country. Therefore, our study analyzes whether Turkey fulfills the requirements under EU law in order to be a safe third country.

Keywords

Safe third country • Dublin III Regulation • EU Procedures Directive • Turkey-EU Readmission Agreement • 1951 Geneva Convention

1 **Sorumlu Yazar:** Esen Aydın (Araştırma Görevlisi), Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: esen.aydin@altinbas.edu.tr

Atıf: Esen Aydın, "Avrupa Birliği Mevzuatında Güvenli Üçüncü Ülke Kavramı ve Türkiye-AB Geri Kabul Anlaşmasına Yansımaları" (2018) 38 PPIL 11, 40. https://dx.doi.org/10.26650/ppil.2018.38.1.0005

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

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABAD	Avrupa Birliği Adalet Divanı
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
CJEU	Court of Justice of the European Union
EXCOM	Executive Committee
f.	fıkra
m.	madde
MHB	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
Para.	Paragraf
RG	Resmi Gazete
TAAD	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	Türkiye Barolar Birliği
BMMYK	Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği
UNHCR	United Nations High Commissioner on Refugees
v.	Versus
YUKK	5458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu

Avrupa Birliği Mevzuatında Güvenli Üçüncü Ülke Kavramı ve Türkiye-AB Geri Kabul Anlaşmasına Yansımaları

1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nin arkasındaki temel fikir zulümden kaçan kişilere koruma sağlanmasıdır; ancak bu korumayı hangi devletin sağlayacağının belirlenmesi önem arz eder. Çalışmamızın konusunu oluşturan güvenli üçüncü ülke kavramı, bu kişilere koruma sağlayacak devletin belirlenmesine ilişkindir. Bu bağlamda akla gelen ilk soru, hayatı ve özgürlüğü tehdit altında olan ve uluslararası koruma arayan kişinin, zulümden kaçarak ulaştığı ilk ülkede koruma talep etmek zorunda olup olmadığıdır. Bu kişi ulaştığı ilk güvenli devlette koruma talep etmek zorunda mıdır, yoksa aile üyelerinin bulunduğu veya kendisine daha iyi olanaklar sağlayacak bir ülkeye giderek burada koruma talep etmesi mümkün müdür? Güvenli üçüncü ülke kavramı, uluslararası göç hukukunda bu sorunun cevaplanması aşamasında devreye girmektedir ve kavramın temeli sığınmacının ulaştığı ilk güvenli ülkede koruma talep etmesi gerektiği varsayımına dayanmaktadır.

Güvenli üçüncü ülke uygulamalarının ortaya çıkış sebebi, uluslararası koruma arayan kişilerin *forum shopping* yapmak suretiyle, kendilerine daha iyi imkanlar sağlayan devletlere gitmesi sonucu mültecilerin devletler arasında eşit olmayan biçimde dağılması olarak gösterilmektedir. Başvuruların bazı devletler üzerinde yoğunlaşmasıyla birlikte, bu devletler güvenli üçüncü ülke uygulamalarını benimsemiş ve güvenli üçüncü ülkeden geçerek kendi topraklarına giren kişileri güvenli ülkeye geri göndermeye başlamıştır.

Güvenli üçüncü ülke uygulamalarının en açık biçimde görüldüğü AB üye devletleri, Dublin sistemini oluşturarak uluslararası koruma başvurusunu incelemekle sorumlu üye devletin belirlenmesi için bazı kriterler kabul etmiştir. Dublin sistemi uyarınca uluslararası koruma başvurusunu değerlendirme sorumluluğu altında olan üye devlet Dublin III Tüzüğü'nde sayılan kriterler uyarınca belirlenmekte ve başvuru sahibi sorumlu devlete gönderilmektedir. Dublin sisteminde sorumlu devletin belirlenmesi için öngörülen kriterler ve bu sistemin işleyişi çalışmamız kapsamında ele alınacaktır.

Tüzüğün yanı sıra AB Usul Yönergesinde güvenli üçüncü ülke kavramı uluslararası koruma başvurularının değerlendirilmesi bakımından bir kabul edilebilirlik koşulu olarak öngörülmüştür. Uluslararası koruma başvurusu sahibi, güvenli üçüncü ülkeden gelmişse başvurusu esastan incelenmemektedir. Dublin sisteminin işleyişi de AB Usul Yönergesinde düzenlenen bu kavrama dayanmaktadır.

Çalışmamız kapsamında AB Usul Yönergesinin ilgili hükümleri incelenecek ve bir devletin güvenli üçüncü ülke kabul edilebilmesi için aranan şartlar değerlendirilecektir. Bu kapsamda, AB üye devletleri ile diğer devletler arasında imzalanan geri kabul anlaşmaları, güvenli üçüncü ülke uygulamalarına örnek teşkil ettiğinden, çalışmamız kapsamına ele alınacaktır. Özellikle Türkiye ile AB arasında imzalanan geri kabul

anlaşmasının uygulanması bakımından güvenli üçüncü ülke kavramı büyük bir önemi haizdir. Dolayısıyla ilgili anlaşmanın hükümleri çalışmamızın konusuyla ilişkilendirilerek incelenecektir.

I. Güvenli Üçüncü Ülke Kavramı

A. Güvenli Üçüncü Ülkenin Tanımı

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından güvenli üçüncü ülke kavramı tanımlanmıştır. Bu tanıma göre güvenli üçüncü ülke, bir devletten uluslararası koruma talep eden başvuru sahibinin, esasen başka bir devletten koruma talep etmesi gerektiği ve aranan şartları taşıması halinde, ilk bulunduğu devlette koruma altına alınacağı gerekçesiyle; başvuru yaptığı devlette başvurusunun kabul edilemeyeceğini düzenleyen bir mekanizmadır[2].

Yapılan tanımdan anlaşılacağı üzere, güvenli üçüncü ülke kavramı, sığınmacının bulunduğu ülkede değil transit geçerek geldiği veya bir süre bulunduğu diğer bir ülkede uluslararası koruma talep etmesi gerektiği anlayışına dayanmaktadır[3]. Aranan koşulları sağlaması halinde topraklarından geçerek geldiği ülkede kişiye sığınma ve koruma sağlanabilecekse, kişinin bulunduğu ülkede yapmış olduğu uluslararası koruma başvurusu esastan incelenmeden reddedilecektir[4]. Güvenli üçüncü ülke uygulamalarının amacı, kişinin ulaştığı ilk güvenli devletten koruma talep etmesini sağlamaktır. Devletler güvenli üçüncü ülke uygulamaları vasıtasıyla sığınmacıların kendi seçtiği ve ulaşmayı arzu ettiği ülkede korunmasını engellemekte, bu kişilerin ulaştıkları ilk güvenli devlette korunmasını amaçlamaktadır[5].

Güvenli üçüncü ülkenin varlığı, uluslararası koruma başvurusunun kabul edilebilirliği aşamasında dikkate alınmaktadır. Yapılan uluslararası koruma başvurusu üzerine, öncelikle başvurunun kabul edilebilir olup olmadığı incelenmekte ve başvuru kabul edilebilir nitelikte değilse, esasa ilişkin inceleme yapılmadan başvuru reddedilmektedir. Kabul edilebilirlik incelemesi aşamasında, uluslararası koruma başvurusunu incelemekle yükümlü devletin başvuru yapılan devlet mi yoksa diğer bir devlet mi olduğu değerlendirilmektedir[6]. Başvuruyu incelemekle yükümlü devlet

2 UN General Assembly, 'Note on International Protection' (1993) A/AC.96/815, para. 20.

3 Andreas Zimmermann, Jonal Dörschner and Felix Machts (eds), *The 1951 Convention Relationg to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol – A Commentary* (Oxford University Press 2011) 1382; Guy S Goodwin-Gill and Jane McAdam, *Refugee in International Law* (3rd edn, Oxford University Press 2007) 392; Sarah Collinson, 'Visa Requirements, Carrier Sanctions, "Safe Third Coutries" and "Readmission": The Development of an Asylum "Buffer Zone" in Europe' (1996) 21 Transactions of the Institute of British Geographers 76, 82; Stephen H Legomsky, 'Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection' (2003) 15 International Journal of Refugee Law 567, 570; Neva Övünç Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi* (Seçkin 2015) 152; James C Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law* (5th edn, Cambridge University Press 2015) 295.

4 Agnès Hurwitz, *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees* (Oxford University Press 2009) 46.

5 Kutluhan Bozkurt, 'Geri Kabul ve Vize Serbestisi Anlaşması' [2016] TBB Dergisi 487, 400.

6 Bülent Çiçekli, *Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar* (Seçkin 2009) 133; Bülent Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku* (6th edn, Seçkin 2016) 326; Işıl Özkan, *Göç - İltica ve Sığınma Hukuku* (2nd edn, Seçkin 2017) 373.

belirlenirken, başvuru sahibinin güvenli üçüncü ülkeden gelip gelmediği dikkate alınmaktadır. Başvuru sahibi, güvenli üçüncü ülkeden geçerek başvuru yaptığı devlet topraklarına ulaşmışsa, başvurunun kabul edilemez bulunması ve sığınmacının topraklarından geçtiği devlete geri gönderilmesi söz konusu olabilecektir.

Güvenli üçüncü ülke uygulamaları birkaç farklı sebepten ötürü doktrinde eleştirilmektedir. Bu sebeplerden ilki, üçüncü ülkeye gönderme kararını veren varış ülkesinin, bir devletin güvenli üçüncü ülke kabul edilip edilemeyeceği hususunu tam manasıyla değerlendiremeyecek oluşudur[7]. Bunun yanında, bazı hallerde vatandaşlığı dahi tespit edilemeyen sığınmacının hangi ülkelerden geçtiğini, hangisine ne kadar süreyle kaldığının tespiti de oldukça zordur[8]. Güvenli üçüncü ülke uygulamalarına getirilen ikinci büyük eleştiri ise, hayatı ve özgürlüğü tehdit alında olan sığınmacının *geri gönderme zinciri*ne tabi tutularak zulümden kaçtığı ülkeye sınır dışı edilmesi riskine tabi olmasıdır[9].

B. Güvenli Üçüncü Ülke Kavramının Hukuki Dayanağı

Güvenli üçüncü ülke uygulamalarına dayanak olarak, hiçbir devletin Cenevre Konvansiyonu kapsamında, uluslararası koruma başvurularını değerlendirme veya başvuru sahiplerine uluslararası koruma statüsünü verme zorunluluğunun bulunmaması gösterilmektedir[10]. 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu'nda koruma taleplerinden doğan sorumluluğun paylaştırılmasına ilişkin herhangi bir kurala yer verilmediği gibi devletlerin mülteci statüsünü tanıması veya mültecilere daimi korunma sağlamasına ilişkin herhangi bir yükümlülük de öngörülmemiştir[11]. Dolayısıyla devletler Cenevre Konvansiyonu'na ve özellikle Konvansiyon m. 33'te öngörülen *non-refoulement* ilkesine uymak kaydıyla sığınmacıları güvenli ülkelere gönderebilmektedir[12]. *Non-refoulement* ilkesi bireyin hayatı ve özgürlüğünün tehdit altında olabileceği yerler bakımından kabul edilmiş olup, bu ilkenin tersten okunması suretiyle sığınmacının hayatı ve özgürlüğü bakımından tehdit oluşturmayacak yerlere gönderilebileceği belirtilmiştir[13].

Cenevre Konvansiyonu m. 31 ile *Taraf Devletler, hayatlarının veya özgürlüklerinin, madde 1'de gösterilen şekilde tehdit altında bulunduğu bir ülkeden doğruca gelerek*

7 Legomsky (n 3) 572.

8 Collinson (n 3) 87.

9 Gretchen Borchelt, 'The Safe Third Coutry Practice in the European Union: A Misguided Approach to Asylum Law and a Violation of International Human Rights Standarts' (2002) 33 Columbia Human Rights Law Review 473, 505; Legomsky (n 3) 583.

10 Legomsky (n 3) 612; Maria-Teresa Gil-Bazo, 'The Pratice of Mediterranean States in the Context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension. The Safe Third Country Concept Revisited' (2006) 18 International Journal of Refugee Law 571, 593.

11 Violeta Moreno-Lax, 'The Legality of the "Safe Third Country" Notion Contested: Insights from the Law of Treaties' in Guy S Goodwin-Gill and P Weckel (eds), *Migration & Refugee Protection in the 21st Century: Legal Aspects* (Martinus Nijhoff 2015) 665; Hathaway (n 3) 301.

12 Maria-Teresa Gil-Bazo, 'The Safe Third Country Concept in International Agreements on Refugee Protection - Assessing State Practice' (2015) 33 Netherlands Quarterly of Human Rights 42, 44.

13 Öztürk (n 3) 152.

izinsizce kendi topraklarına giren veya bu topraklarda bulunan mültecilere, gecikmeden yetkili makamlara başvurarak yasadışı girişlerinin veya bulunuşlarının geçerli nedenlerini göstermeleri koşuluyla, yasadışı yollardan girişleri veya bulunuşlarından dolayı ceza vermeyeceklerdir. şeklinde bir hüküm düzenlenmiştir ve ilgili hüküm güvenli üçüncü ülke uygulamalarının diğer bir dayanağını oluşturmaktadır[14].

Metinde yer alan "doğruca gelerek" ifadesinin sığınmacıların ilk fırsatta uluslararası koruma başvurusu yapması gerektiğini vurguladığı belirtilmektedir[15]. İlgili madde, sığınmacıların *doğruca* hayatlarının veya özgürlüklerinin tehdit altında olduğu bir ülkeden gelmeyip, kendilerine koruma sağlanabilecek başka bir ülkeden geçerek gelmeleri halinde, o ülkeye geri gönderilebilecekleri şeklinde yorumlanmaktadır[16].

BMMYK Yürütme Komitesi tarafından verilen ve EXCOM no. 58 olarak anılan kararın da güvenli üçüncü ülke uygulamalarının dayanağını oluşturduğu belirtilmektedir[17]. Kararda, ilk iltica ülkesi kavramı düzenlenmiştir. Buna göre, başka bir devlette halihazırda "gerçek" ve "etkin" koruma altına alınmış olan uluslararası koruma başvurusu sahibi, başvuru yaptığı ülkede korunmamaktadır[18]. İlk iltica ülkesi gerçek ve etkin bir koruma sağlamıyorsa, kişi başka bir devlete giderek, bu devlette uluslararası koruma talep edebilecektir[19].

EXCOM no. 58 ile kabul edilen ilk iltica ülkesi kavramının zamanla biçim değiştirerek güvenli üçüncü ülke uygulamalarının kabulüne yol açtığı belirtilmektedir[20]. İlk iltica ülkesi uygulamasında kişinin daha önce başka bir devlette etkin biçimde korunması söz konusuyken güvenli üçüncü ülke bakımından bu durum kişinin *koruma başvurusu yapabilme imkanı* olmasına kadar genişletilmiştir. Dolayısıyla güvenli üçüncü ülke kavramının altında yatan varsayım, uluslararası koruma başvurusu sahibi kişinin, bağlantısı bulunan güvenli bir devletten geçerek başvuru yaptığı ülkeye gelmesi halinde; önceden bulunduğu devlette başvuru yapması gerektiğidir.

Bir devletin sığınmacıları koruma yükümlülüğü, sığınmacılar o devletin sınırlarına girmeden başlamamaktadır[21]. Güvenli üçüncü ülke kavramı bakımından

14 Cathryn Costello, 'The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices: Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection?' (2005) 7 European Journal of Migration and Law 35, 40; Mariana Gkliati, 'The EU-Turkey Deal and the Safe Third Country Concept Before the Greek Asylum Appeals Committees' (2017) 3 Movements Journal 213, 214.

15 Costello (n 14) 40; Gkliati (n 14) 214.

16 Hurwitz (n 4) 47; Kerem Batır, 'Avrupa Birliği'nin Geri Kabul Anlaşmaları: Türkiye İle AB Arasında İmzalanan Geri Kabul Anlaşması Çerçevesinde Hukuki Bir Değerlendirme' (2017) 15 Yönetim Bilimleri Dergisi 585, 588.

17 UNHCR, 'ExCom Conclusion No 58 (XL), "Problem of Refugees and Asylum Seekers Who Move in an Irregular Manner From a Country in Which They Had Already Found Protection"' (1989) <http://www.unhcr.org/4aa77aa09.pdf> accessed 27 August 2018; Moreno-Lax (n 11) 669.

18 Çiçekli, *Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar* (n 6) 134; Özkan (n 6) 373. AB Usul Yönergesinde ilk iltica ülkesi kavramı düzenlenmiştir. Buna göre, başvuru sahibinin başka bir devlette mülteci olarak kabul edildiği hallerde veya o devlette geri göndermeme ilkesini de dahil olmak üzere "yeterli koruma" faydalandığı hallerde sığınma başvuruları kabul edilemez niteliktedir.

19 Çiçekli, *Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar* (n 6) 134.

20 Moreno-Lax (n 11) 668.

21 Gil-Bazo (n 12) 593.

tartışma konusu olan önemli bir mesele ise uluslararası koruma talep eden kişinin, bir devletin sınırlarından girmesi ve bu devletin koruma talep eden kişiye karşı yükümlülüklerinin doğmasının ardından bu yükümlülüklerin başka bir devlete devredilip devredilemeyeceğidir[22]. Özellikle AB üye devletleri tarafından oluşturulan Dublin sisteminde, devletler "sorumluluğun paylaştırılması" ilkesi çerçevesinde uluslararası koruma başvurularını değerlendirmekle sorumlu devleti belirlemektedir[23]. Dublin sistemine göre sorumlu devletin belirlenmesi üzerine sığınmacı sorumlu devlete gönderilmekte ve uluslararası koruma başvurusu sorumlu devlet tarafından incelenmektedir[24]. Aşağıda detaylı biçimde inceleneceği üzere, devletler güvenli üçüncü ülke uygulamaları vasıtasıyla uluslararası hukuktan kaynaklanan sığınmacıları koruma yükümlülüğünü üçüncü devletlere devredebilmektedir[25].

BMMYK Yürütme Komitesi tarafından verilen EXCOM no. 15 numaralı kararda da "sorumlu devlet" kavramı kabul edilmiş ve uluslararası koruma başvurusunu değerlendirmekle yükümlü devletin belirlenmesi için açık kriterler öngörülmesi gerektiği belirtilmiştir[26]. Dolayısıyla dolaylı yoldan olsa dahi BMMYK'nın Dublin sistemine benzer uygulamaları ve güvenli üçüncü ülke uygulamalarını kabul ettiği belirtilmektedir[27].

C. Güvenli Üçüncü Ülkenin Belirlenmesine İlişkin Genel Kriterler

Bazı hükümetler resmi olarak güvenli üçüncü ülke listeleri ilan etmektedir[28]. Örneğin Dublin III Tüzüğü'nde tüm üye devletin Cenevre Konvansiyonu'nda düzenlendiği biçimde *non-refoulement* ilkesini kabul ettiği ve dolayısıyla tüm üye devletlerin güvenli olduğu kabul edilmiştir[29]. Ancak bir devletin sadece güvenli üçüncü ülke listesinde yer almasının ülkenin güvenli sayılması için yeterli olmayacağı belirtilmiş, mutlaka ilgili birey açısından somut olaya göre değerlendirme yapılması gerektiği kabul edilmiştir[30]. Başvuru sahibinin içinde bulunduğu koşulların bireysel

22 ibid. 595.

23 Regulation (EU) No 604/2013 (Dublin III), 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast), m. 1.

24 Dublin III Tüzüğü, m. 3.

25 Gil-Bazo (n 12) 596.

26 UNHCR Executive Committee, 'EXCOM No. 15 Refugees Without an Asylum Country' (1979) <http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c960/refugees-asylum-country.html > accessed 16 July 2018.

27 Moreno-Lax (n 11) 665.

28 Legomsky (n 3) 575.

29 Dublin III Tüzüğü Dibace/(3): "*Member States, all respecting the principle of nonrefoulement, are considered as safe countries for thirdcountry nationals*."

30 Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku* (n 6) 327; Çiçekli, Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar (n 6) 134; *Cornelis Wolfram Wouters, International Legal Standards for the Protection From Refoulement* (Intersentia 2009) 142; Borchelt (n 9) 509. M.S.S v. *Belçika ve Yunanistan* kararında bu husus vurgulanmıştır. Kararda Yunanistan'ın Dublin Tüzüğü uyarınca güvenli ülke kabul edilmesi yeterli kabul edilmemiş ve bireysel inceleme yapılarak, başvurucunun fiilen sınır dışı edilip edilmeyeceğinin dikkate alınması gerektiği ve başvurucunun Yunanistan'da uluslararası koruma prosedürüne "etkin" biçimde erişip erişemeyeceğinin değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. *M.S.S. v Belçika ve Yunanistan, Başvuru* No 30696/09 (AİHM, 2011) para. 340 vd.

olarak değerlendirilmesi ve kişiye üçüncü ülkenin güvenli olduğu yönündeki karineyi çürütmeye imkan tanınması gerektiği belirtilmiştir. Örneğin kişiye, üçüncü ülkenin koruma statüsü belirlerken başvurduğu kriterlerin, başvurduğu ülkedeki kriterlerden daha ağır olduğunu ispatlama imkanı verilmelidir[31].

Bu incelemenin kişiye özgü olarak yapılması ve üçüncü ülkenin güvenli olup olmadığı belirlenirken uluslararası koruma ilkelerine riayet ve özellikle *non-refoulement* ilkesinin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir[32]. Üçüncü ülkenin güvenli olup olmadığının belirlenmesi açısından Cenevre Konvansiyonu m. 33/f.1'de düzenlenen *non-refoulement* ilkesi büyük önem arz eder. Bu ilkenin özü, kişinin hayatının veya özgürlüğünün tehdit altında olduğu devlete geri gönderilmemesidir.

Üçüncü ülkenin güvenli kabul edilebilmesi için *non-refoulement* ilkesinin uygulanması kendi başına yeterli değildir. Üçüncü ülkenin aynı zamanda *etkin koruma* sağlayabilecek olması koşulu da aranmaktadır[33]. Bu koşulun yerine getirilebilmesi için, sığınmacı gönderildiği üçüncü ülkeye yasal bir şekilde girme ve bu ülkede kalma hakkına sahip olmalı; üçüncü ülke sığınmacıyı geri kabul edeceğini açıkça belirtmeli ve sığınmacının uluslararası koruma başvurusunu esastan değerlendirmelidir[34]. Doktrinde güvenli üçüncü ülkenin sadece 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu'na taraf olup olmama kriteri ile sınırlanmaması gerektiği, bir ülkenin güvenli kabul edilebilmesi için uluslararası koruma prosedürlerine erişim ve etkin korumadan yararlanma haklarını başvuruculara tanıması gerektiği belirtilmektedir[35].

Bazı hallerde ise, devletler sorumluluğu güvenli üçüncü ülkeye devretmek yerine, uluslararası koruma başvurusunu esastan incelemelidir. Güvenli üçüncü ülke uygulamalarına "bağlantı" kriteriyle sınırlama getirilmiştir[36]. Buna göre, uluslararası koruma başvurusu sahibi, güvenli üçüncü ülkeden geçerek gelse dahi, yakın aile ilişkileri veya diğer başka bağlantılar dolayısıyla başvuru yaptığı ülke ile sıkı ilişkileri söz konusuysa geri gönderilemez[37]. Aynı şekilde uluslararası koruma başvurusu sahibi, güvenli üçüncü ülkeden transit geçmişse ve o ülkeyle hiçbir bağı bulunmuyorsa, güvenli üçüncü ülkeye geri gönderilemez[38].

31 Goodwin-Gill and McAdam (n 3) 392; Özkan (n 6) 374.

32 Özkan (n 6) 374; Legomsky (n 3) 612; Goodwin-Gill and McAdam (n 3) 396.

33 Hurwitz (n 4) 52; Wouters (n 30) 141."

34 Wouters (n 30) 146–147.

35 Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku* (n 6) 327; Çiçekli, *Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar* (n 6) 135; Özkan (n 6); Wouters (n 30) 142; Legomsky (n 3) 658; Hurwitz (n 4) 53; Hathaway (n 3) 332–333.

36 Güvenli üçüncü ülke uygulamalarının "bağlantı" kriteriyle sınırlandırılması sonucu doktrinde bazı yazarlar güvenli üçüncü ülke uygulamalarının "başka bir devletten koruma talep edilmesi" esasına değil; "uluslararası koruma başvurusunun dayanaktan yoksun olması" esasına dayandığını ileri sürmektedir; bkz. Hurwitz (n 4) 57; Costello (n 14) 41.

37 Dublin III Tüzüğü'nde bu kriterler düzenlenmiştir; Bkz. Başlık II.C.1

38 Moreno-Lax (n 11) 670; Legomsky (n 3) 664; Wouters (n 30) 143; Özkan (n 6) 374; Hurwitz (n 4) 56.

D. Başvurucunun Gönderildiği Üçüncü Ülkenin Güvenli Olmaması Halinde Sorumluluk

Varış devletleri, uluslararası koruma başvurusu sahiplerinin güvenli üçüncü ülkeden geldiği hallerde, koruma başvurusunu kabul edilemez bularak esastan incelememekte; kişileri, topraklarından geçerek geldikleri güvenli üçüncü ülkeye göndermektedir. Dolayısıyla başvurucunun gönderildiği üçüncü ülkenin güvenli olmaması halinde, gönderen devletin sorumlu olup olmayacağının belirlenmesi önem arz etmektedir. Bu kapsamda, güvenli üçüncü ülke uygulamalarına ilişkin birçok içtihat üreten AİHM kararları, AİHS m. 3 hükmü ışığında incelenecektir[39].

AİHS m. 3 ile hiç kimsenin işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleye veya cezaya tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir. AİHS m. 3 ile düzenlenen işkence ve kötü muamele yasağının devletler üzerinde negatif, pozitif ve usuli yükümlülükler doğuracağı kabul edilmektedir[40]. Devletin negatif yükümlülüğü, ajanları aracılığıyla gerçekleştirilecek işkence ve kötü muamelenin engellenmesine; pozitif yükümlülüğü, belirli koşullar altında kaçınılabilecek olan işkence ve kötü muameleyi önlemek için tedbir alma yükümlülüğüne ilişkindir. Devletin usuli yükümlülüğü ise işkence ve kötü muamele şüphesini etkili biçimde soruşturma yükümlülüğünü ifade eder.

İşkence ve kötü muamele yasağı, göç hukuku bakımından devletler üzerinde bazı yükümlülüklerin doğmasına sebep olur. Bir kişinin ülkeye alınması, ülkede bulunması veya ülkeden gönderilmesi esnasındaki tüm işlemler AİHS m. 3'e uygun biçimde yürütülmelidir[41]. Dolayısıyla konumuz bakımından en büyük önemi haiz olan husus, uluslararası koruma başvurusu sahibi kişinin, güvenli olmayan üçüncü ülkeye gönderilmesi halinde AİHS m. 3'te düzenlenen hakkın ihlal edilmiş olup olmayacağıdır.

Güvenli üçüncü ülke uygulamalarına ilişkin verilmiş olan önemli bir karar *T.I. v. Birleşik Krallık*[42] kararıdır. Sri Lanka vatandaşı bir kişi Almanya'da uluslararası koruma başvurusu yapmış; ancak başvuru kabul edilmemiştir. Bunun üzerine kişi Birleşik Krallığa giderek, burada uluslararası koruma başvurusunda bulunmuştur. Birleşik Krallık, Dublin sistemi uyarınca sorumlu devletin Almanya olduğunu ileri sürerek kişinin Almanya'ya geri gönderilmesine hükmetmiştir. Başvurucu Almanya'nın kendisini Sri Lanka'ya geri göndereceğini ve Sri Lanka'ya geri gönderilmesi halinde AİHS m. 3 kapsamında işkence, insanlık dışı veya kötü muameleye maruz kalacağını ileri sürmüştür. Mahkeme, Almanya'nın Cenevre Konvansiyonu'na taraf olduğunu

39 Güvenli üçüncü ülke uygulamaları sonucu AİHS m.3'te düzenlenen işkence, insanlık dışı ve kötü muamele yasağı ile birlikte; AİHS m. 2'de düzenlenen yaşam hakkı, AİHS m. 5'te düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkı ve AİHS m. 13'te düzenlenen etkin başvuru haklarının da ihlali söz konusu olabilir. Ancak konunun kapsamını genişletmemek amacıyla güvenli üçüncü ülke uygulamaları ile en sıkı ilişki içerisinde olan ve devletler tarafından en çok ihlal edilen işkence, insanlık dışı ve kötü muamele yasağı detaylı olarak incelenmiştir.

40 İlke Göçmen, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Avrupa Birliği ve Göç Hukuku* (Seçkin 2015) 284.

41 ibid. 287.

42 *T.I. v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 43844/98 (AİHM, 2000).

ve kişinin Almanya'ya gönderilmesi halinde sınır dışı edileceğine dair gerçek bir risk bulunmadığını karara bağlamıştır[43].

Ancak kararda üçüncü ülke uygulamalarına ilişkin önemli bir husus vurgulanmıştır. Kararda, gönderen devletin, başvurucuyu güvenli üçüncü ülkeye göndermesi ile birlikte sorumluluğunun sona ermeyeceği belirtilmiştir. Kişinin gönderildiği devlet tarafından sınır dışı edilmesi ve bu sınır dışı işleminin AİHS m. 3'ü ihlal etmesi halinde, gönderen devlet sorumlu olacaktır. Bu kararla gönderen devletin sorumluluğunun, sığınmacının "*güvenli*" üçüncü ülkeye gönderilmesi ile sona ermeyeceğinin kabul edildiği belirtilmektedir[44]. Dolayısıyla Dublin Tüzüğü uyarınca, uluslararası koruma başvurusu yapan kişiyi sorumlu devlete göndermeden önce, kişinin gönderileceği devlette başvurucunun sınır dışı edilmeyeceğine dair sığınma usulünde güvenceler bulunup bulunmadığı incelenmelidir.

AİHM tarafından güvenli üçüncü ülke uygulamalarına ilişkin verilen en önemli karar *M.S.S. v Belçika ve Yunanistan*[45] kararıdır. Afgan vatandaşı olan başvurucu 2008 yılında İran ve Türkiye üzerinden geçerek Yunanistan'a ulaşmıştır. Yunanistan'da uluslararası koruma başvurusunda bulunmayan başvurucu, Belçika'ya giderek burada başvuruda bulunmuştur. Dublin sistemi uyarınca sorumlu devletin Yunanistan olduğu belirlenmiş ve başvurucu Belçika'dan, Yunanistan'a gönderilmiştir. Başvurucu, Yunanistan'da gözetim altında tutulduğu sırada karşılaştığı muamelenin ve Yunanistan'daki yaşam koşullarının AİHS m. 3'ü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Bununla birlikte başvurucu, Belçika'nın kendisini Yunanistan'a göndermesi üzerine Yunanistan sığınma prosedüründeki yetersizliklerden doğan tehlikelere ve Yunanistan'daki kötü yaşam koşullarına maruz kaldığını ileri sürmüş ve Belçika'nın AİHS m. 3'ten doğan yükümlülüklerini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, *T.I v. Birleşik Krallık* kararında belirtildiği üzere kendisini Yunanistan'a gönderen Belçika'nın sorumluluğunun sona ermediğini ve Belçika'nın da bu ihlallerden sorumlu olduğunu ileri sürmüştür.

Başvurucunun taleplerini ve özellikle Belçika'dan Yunanistan'a gönderilmesini değerlendiren mahkeme, Yunanistan'ın Cenevre Konvansiyonu'nda öngörülen korumayı sağladığı varsayımından hareket edilerek doğrudan güvenli kabul edilemeyeceğini; Yunanistan sığınma prosedürlerinin fiilen uygulanıp uygulanmadığının mutlaka dikkate alınması gerektiğini karara bağlamıştır[46]. Bu bağlamda, ilgili hususlar dikkate alınmadan başvurucu Yunanistan'a gönderildiği

43 Başvurucunun sınır dışı edileceğine dair "gerçek bir risk" bulunmadığından Dublin Tüzüğü'nün uygulanması sonucu gerçekleştirilen geri gönderme işlemlerinin AİHS m. 3'ü ihlal etmeyeceğine ilişkin bkz. *K.R.S v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 32733/08 (AİHM, 2008); *Mohammed Hussein v. Hollanda ve İtalya*, Başvuru No. 27725/10 (AİHM, 2010); *Halimi v. Avusturya ve İtalya*, Başvuru No. 53852/11 (AİHM, 2011); *Abubeker v. Avusturya ve İtalya*, Başvuru No. 73874/11 (AİHM, 2011)

44 Göçmen (n 40) 308.

45 *M.S.S. v Belçika ve Yunanistan*, Başvuru No 30696/09 (AİHM, 2011).

46 ibid para. 223 vd.

ve Yunanistan'da AİHS m. 3 ihlal edildiği için Belçika bu ihlallerden sorumlu tutulmuştur[47].

Güvenli üçüncü ülke uygulamaları ile ilgili AİHM kararlarından çıkarılabilecek iki önemli sonuç mevcuttur. Bunlardan ilki güvenli üçüncü ülke uygulamasını gerçekleştiren devletin sığınmacıyı güvenli üçüncü ülkeye gönderse dahi sığınmacının gönderildiği ülkede gördüğü muameleden dolayı sorumlu tutulacağı; ikincisi ise her başvurucu için güvenli üçüncü ülkenin bireysel olarak belirlenmesi gerektiğidir. Uluslararası koruma arayan kişiyi güvenli üçüncü ülkeye gönderen bir devletin sorumluluğu sona ermemekte; kişinin gönderildiği üçüncü ülkede temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesi halinde gönderen devletin sorumluluğu doğmaktadır. Ayrıca kişinin gönderildiği üçüncü ülkede uluslararası koruma prosedürüne etkin biçimde erişmesi ve sınır dışı edilmesine karşı güvence sağlanması gerekmektedir.

II. Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Güvenli Üçüncü Ülke Uygulamaları

A. Genel Bilgi

AB'nin benimsediği dış politikalar doğrultusunda, koruma talep eden kişilerin mümkün olduğu ölçüde AB sınırlarına girmesinin engellenmesinin amaçlandığı belirtilmektedir[48]. AB üye devletleri, sınırlardaki güvenlik önlemlerini artırmış ve özellikle AB'nin sınır komşusu olan devletlerle iş birliği anlaşmaları yapmak suretiyle sınırlarını genişletmeyi amaçlamıştır. AB'nin benimsemiş olduğu politikanın temel amacının mültecilerin, menşe ülkelerine mümkün olduğu kadar yakın bölgelerde kalmasını sağlamak olduğu belirtilmektedir[49].

Avrupa'da, hükümetler sınırlarını güçlendirmeye yönelik tedbirler almaktadır. AB üye devletleri, önemli sayıda mülteciye etkili koruma sağlamaya devam ederken, Hükümetler kademeli olarak çeşitli kontrol ve caydırma tedbirlerine başvurmaktadır. Bunların amacı uluslararası korumaya ihtiyacı bulunan kişileri bulunmayanlardan, sadece hayat standartlarını yükseltmek amacıyla göç edenlerden ayırmaktır[50]. Uluslararası korumaya ihtiyaç duymakla birlikte, birden çok devletin sınırlarından geçerek varış ülkesine ulaşan kişilerin de hayat standartlarını yükselmek amacıyla hareket ettikleri kabul edilmektedir[51]. Güvenli üçüncü ülke uygulamalarının amacı uluslararası korumaya ihtiyaç duyan kişileri, menşe ülkelerine en yakın devlette koruma altına almaktır. Bu sayede, sığınmacıların sadece ekonomik veya sosyal amaçlarla bir devlete ulaşma çabasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

47 ibid para. 368.

48 Gil-Bazo (n 12) 593.

49 ibid.

50 UNHCR Türkiye and Türk İçişleri Bakanlığı, 'İltica ve Göç Mevzuatı' (2005) <http://www.goc.gov.tr/files/files/iltica_goc.pdf> accessed 17 July 2018.

51 Moreno-Lax (n 11) 669; Hélène Lambert, '"Safe Third Country" in the European Union: An Evolving Concept in International Law and Implications for the UK' (2012) 26 Journal of Immigration, Asylum and Nationality Law 318, 318.

B. AB'nin Güvenli Üçüncü Ülke Uygulamaları

Güvenli üçüncü ülke uygulamaları, genellikle Avrupa devletleri tarafından tek taraflı hukuki ve idari düzenlemeler yapılarak geliştirilmiştir[52]. Ardından AB bünyesinde Dublin sistemi oluşturulmuş ve öncelikle çok taraflı bir sözleşme olan Dublin Konvansiyonu ile güvenli üçüncü ülke uygulamaları yeknesaklaştırılmıştır. Konvansiyon, AB Tüzüğü haline getirilerek AB müktesebatına aktarılmıştır. Çalışmamızın bu bölümünde güvenli üçüncü ülke uygulamalarının en önemlileri arasında yer alan Dublin sisteminin gelişimi, Dublin III Tüzüğü hükümleriyle birlikte değerlendirilecektir.

Dublin III Tüzüğü güvenli üçüncü ülke uygulamalarına dayansa da AB mevzuatında güvenli üçüncü ülke kavramının açıkça düzenlendiği farklı bir kaynak mevcuttur. Mülteci statüsünün belirlenmesinde izlenecek usullere ilişkin AB Usul Yönergesinde güvenli üçüncü ülke kavramı ayrı bir madde ile düzenlenmiştir. Usul Yönergesinin ilgili hükümleri ve Yönerge uyarınca başvurucunun güvenli üçüncü ülkeden gelmiş olmasının doğurduğu sonuçlar da çalışmamız kapsamında incelenecektir.

AB'nin güvenli üçüncü ülke uygulamalarını gerçekleştirdiği diğer bir araç geri kabul anlaşmalarıdır. Bu anlaşmalar vasıtasıyla uluslararası koruma başvuruları usule ilişkin prosedürden hariç tutularak, anlaşma kapsamında yer alan kişilerin koruma başvurusu yapmasına izin verilmemekte; bu yol adeta uluslararası koruma başvurularının engellenmesi amacıyla kullanılmaktadır[53]. Çalışmamız kapsamında özellikle Türkiye ile AB arasında imzalanan geri kabul anlaşması güvenli üçüncü ülke uygulamaları hususunda yapmış olduğumuz genel açıklamalar ışığında incelenip; Türkiye'nin güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilip edilemeyeceği değerlendirilecektir.

C. Avrupa Birliği Mevzuatında Güvenli Üçüncü Ülke

1. Dublin III Tüzüğü. Dublin III Tüzüğü ile tüm AB üye devletini temsilen uluslararası koruma talebini değerlendirme sorumluluğu altında olan üye devletin belirlenmesine ilişkin bir mekanizma oluşturulmuştur[54]. Üçüncü jenerasyona çeşitli güncellemelerle ulaşan Dublin Sistemi başlangıcından itibaren eleştiri konusu olmuştur ve mahkemeler tarafından bütün boyutlarıyla incelenmekte; yeniden yorumlanmaktadır[55].

Üye devletlerden sadece bir tanesinin uluslararası başvurusunu incelemekle yükümlü olması yeni bir uygulama değildir. Bu husus ilk olarak 1990 tarihli Schengen Konvansiyonu kapsamında kabul edilmiş; sonrasında 1990 yılında Dublin Konvansiyonu'na aktarılmıştır. Dublin Konvansiyonu Dublin II Tüzüğü'ne ve akabinde son düzenleme olan Dublin III tüzüğüne aktarılmıştır. Dublin sistemi kabul edildiğinde, BMMYK sistemi desteklediği yönünde görüş bildirmiştir. Zira

52 Hurwitz (n 4) 47; Özkan (n 6) 374.

53 Gil-Bazo (n 12) 59.

54 Collinson (n 3) 83.

55 Gil-Bazo (n 12) 44.

başvuruların incelenmesi için etkin bir sistem öngörüldüğü ve devletlerarası iş birliğinin teşvik edildiği belirtilmiştir[56]. Ancak doktrinde AİHM tarafından *M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan* davasında belirlenen kriterleri sağlama hususunda gerekli güncellemeler yapılmadığı için Dublin III Tüzüğü eleştirilmektedir[57].

Dublin Konvansiyonu'yla güvenli üçüncü ülke uygulamalarının AB üye devletleri bakımından kabul edilmesi ile birlikte; üye devletler bu kavramı iç hukuklarına aktarmıştır. Dublin Konvansiyonu'nun kabulü öncesinde Alman ve Fransız anayasalarında sığınma hakkı düzenlendiğinden, güvenli üçüncü ülke uygulamalarının kabul edilebilmesi için bu devletlerde anayasa değişikliğine dahi gidilmiştir[58].

Tüzüğün ilk maddesinde, üçüncü bir devlet vatandaşı veya vatansız olan kişinin uluslararası koruma başvurusunun değerlendirilmesi sorumluluğunu taşıyan üye devletin belirlenmesi için kriter ve mekanizmaların tüzükle belirlendiği düzenlenmiştir. Uluslararası koruma başvurusunu incelemekle sorumlu devlet, tüzüğün üçüncü kısmında yer alan kriterler uyarınca belirlenecektir.

İlk kriter başvuru yapılan ülkede yakın aile üyelerinin bulunmasıdır. Bu halde yakın aile üyelerinin bulunduğu devlet başvuruyu incelemekle sorumlu olacak ve kişiyi herhangi bir ülkeye göndermeyecektir.

Örneğin, Tüzük m. 8'de refakatçisi olmayan bir küçüğün söz konusu olduğu hallerde, sorumlu devletin küçüğün aile üyesi veya kardeşinin bulunduğu devlet olacağı düzenlenmiştir. Tüzük m. 9 uyarınca, başvurucunun üye devletlerden birinde uluslararası koruma statüsü kazanmış olan bir aile üyesi varsa, kişinin başvurusunu incelemekle sorumlu devletin aile üyelerinin bulunduğu devlettir. Tüzük m. 10'da başvurucunun üye devletlerden birinde uluslararası koruma başvurusu yapmış olan bir aile üyesi varsa, kişinin başvurusunu incelemekle sorumlu devletin aile üyelerinin bulunduğu devlet olduğu düzenlenmiştir.

İkinci kriter, uluslararası koruma başvurusu sahibi kişiye ikamet izni veya vize verilmiş olmasıdır. Kişiye ikamet izni veya vize veren devlet, kişinin yapmış olduğu uluslararası koruma başvurusunu incelemekle sorumlu devlettir. Tüzük m. 12 uyarınca uluslararası koruma başvurusu sahibinin geçerli bir ikamet belgesi veya vizesi olması halinde, bu ikamet belgesini veren devletin başvuruyu incelemekle sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Tüzük m. 14 uyarınca kişinin vize yükümlülüğüne istisna getirilerek ülkeye kabul edilmesi halinde, uluslararası koruma başvurusunu değerlendirmekle sorumlu devletin bu istisnayı getiren üye devlet olduğu kabul edilmiştir.

56 UNHCR, 'Position on Conventions Recently Concluded In Europe (Dublin and Schengen)' (2016) <http://www.unhcr.org/protection/operations/43662e942/unhcr-position-conventions-recently-concluded-europe-dublin-schengen-conventions.html> accessed 16 July 2018.

57 Gil-Bazo (n 12) 44. Özellikle *M.S.S. v Belçika ve Yunanistan* davasında öngörülen koruma yükümlülüğüne ilişkin bir düzenleme öngörülmemiştir.

58 Collinson (n 3) 83.

Kişinin hiçbir üye devlette yakın aile üyesi bulunmaması ve kişiye hiçbir üye devlet tarafından ikamet izni veya vize verilmemiş olması halinde, Tüzük'te belirlenen üçüncü kriter devreye girer. Buna göre, Tüzük m. 13 uyarınca başvurucunun üye devletlerden birine hava, karar veya deniz yolunu kullanarak hukuk dışı yollarla gelmiş olması halinde, işbu devlet başvuruyu inceleme sorumluluğu altındadır. Bu sorumluluk başvurucunun sınırı geçmesinden 12 ay sonra sona erer. Tüzük m. 15 ile ise havalimanı transit geçişi esnasında uluslararası koruma başvurusu yapılması halinde, başvurunun yapıldığı devletin başvuruyu incelemekle sorumlu olduğu belirtilmiştir.

Tüzükte, sorumlu olduğu ilgili kriterlere göre belirlenen devletin başvurucunun sorumluluğunu alması ve başvurucuyu ülkesine kabul etmesi zorunluluğu öngörülmüştür.

2. Avrupa Usul Yönergesi[59]. Avrupa Usul Yönergesi m. 33 ile kabul edilemez nitelikte olan uluslararası koruma başvuruları düzenlenmiştir. Yönerge m. 38'de şartları belirlendiği üzere, AB üyesi olmayan güvenli üçüncü ülkeden gelen uluslararası koruma başvurusu sahiplerinin başvuruları kabul edilemez niteliktedir. Dolaysıyla AB üyesi olmayan güvenli ülkelerden gelen sığınmacıların yapmış oldukları uluslararası koruma başvuruları usulden reddedilecektir.

Usul Yönergesi kapsamında kabul edilebilirlik incelemesi, başvuru yapılan üye devletin başvuruyu incelemekle sorumlu olup olmadığının incelenmesinden ibarettir. Şayet başvuru yapılan devlet sorumlu değilse, kişi Dublin III Tüzüğü uyarınca belirlenen sorumlu devlete gönderilmektedir[60]. Dolayısıyla Dublin III Tüzüğü'nün uygulanması ile Usul Yönergesi m. 38'de düzenlenen güvenli üçüncü ülke uygulamaları arasında oldukça sıkı bir ilişki mevcuttur.

Hangi kriterleri taşıyan devletlerin güvenli üçüncü ülke kabul edileceği ise Yönerge m. 38 ile düzenlenmiştir. Buna göre, bir devletin güvenli üçüncü ülke olarak nitelendirilebilmesi için:

(i) Irk, din, tabiiyet, belirli bir sosyal gruba mensup olma veya siyasi düşünceleri nedeniyle kişinin hayat ve özgürlüğü tehlike altında olmaması,

(ii) Vasıf yönergesinde tanımlanan ciddi zarar riski mevcut olmaması,

(iii) 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu uyarınca *non-refoulement* ilkesine uyuluyor olması,

(iv) Kişinin uluslararası hukukta kabul edildiği şekliyle işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye yasağına aykırı olarak yer değiştirmesi yasağına uyulması,

59 Directive 2013/32/EU of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection

60 Goodwin-Gill and McAdam (n 3) 397.

(v) Mülteci statüsü talep etme imkanı bulunması ve mülteci statüsünün kazanılması halinde Cenevre Konvansiyonu'nda öngörülen korumanın sağlanmasıdır.

Güvenli üçüncü ülke kavramının uygulanmasına ilişkin temel ilke ve yöntemler üye devletlerin iç hukukuna bırakılmıştır. Bu bağlamda devletler uluslararası koruma başvurusu yapan kişi ile üçüncü ülke arasında kişinin üçüncü ülkeye gitmesini makul gösterecek bir bağlantı olup olmadığını inceleyebilecektir. Güvenli üçüncü ülke uygulamalarına ilişkin yöntemin belirlenmesi de iç hukuklara bırakılmıştır. Buna göre bir ülkenin başvuru sahibi için güvenli olup olmadığı veya bir devletin genel olarak güvenli olup olmadığına ilişkin saptamalar içermelidir[61].

Başvuru sahibine bir devletin güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilmesine ilişkin tespiti çürütme imkanı verilmelidir. Başvuru sahibine güvenli üçüncü uygulaması hakkında bilgi verilmeli ve başvurucunun gönderileceği güvenli üçüncü ülke makamlarına, başvurunun esastan incelenmediğine dair bir yazı verilmelidir.

Yönerge dayanaktan yoksun başvurular için özel bir düzenleme içermektedir. Buna göre Vasıf Yönergesi çerçevesinde başvurucunun mülteci statüsünün özelliklerini taşımadığı tespit edildiğinde başvuru dayanaktan yoksun kabul edilmektedir. Yönerge m. 31/f. 8'de sayılan istisnai hallerden birinin mevcut olduğunun anlaşılması halinde de devletler başvuruyu dayanaktan yoksun sayabilecektir. Mülga Yönergede kişinin güvenli üçüncü ülkeden gelmesi halinde açıkça dayanaktan yoksun başvuru söz konusu olabileceği düzenlenmekteydi. Ancak yürürlükte olan yönergede güvenli üçüncü ülkeye ilişkin bu kural kaldırılmıştır ve artık güvenli üçüncü ülkenin varlığı nedeniyle başvuru hızlandırılmış prosedüre veya sınırda ya da transit bölgelerinde yapılan incelmeye tabi kılınamayacaktır.

Yönergenin doktrinde *süper* güvenli üçüncü ülke olarak adlandırılan güvenli üçüncü Avrupa ülkesini düzenleyen maddeleri kaygı verici bulunmuş ve eleştirilmiştir[62]. *süper* güvenli üçüncü ülke uygulamaları uyarınca, üye devlet tarafından belirli Avrupa devletlerinden yasa dışı yollarla gelen uluslararası koruma arayan kişilerin koruma prosedürüne erişimi engellenebilmektedir. Bu halde, ilgili üye devlet süper güvenli üçüncü ülkeden gelen sığınmacının başvurusunu hiç veya kısmen incelemeyebilir. Bu kavramın dayandığı temel düşünce, Avrupa bölgesindeki devletlerin insan hakları ve mülteci koruma standartlarına riayet ettiği varsayımıdır.

Yönergede bir Avrupa devletinin süper güvenli üçüncü ülke sayılabilmesi için:

(i) Cenevre Konvansiyonu'nu coğrafi kısıtlama olmadan onaylaması,

(ii) Kanunla öngörülmüş bir iltica başvurusu prosedürünün bulunması,

61 Güvenli üçüncü ülke uygulamaları için sadece asgari şartların öngörülmüş olması ve uygulamalara ilişkin tüm hususların devletlerin iç hukukuna bırakılmış olması sebebiyle ilgili hüküm doktrinde eleştirilmektedir. Bkz. Costello (n 13) 59; Çiçekli, *Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar* (n 6) 151.

62 Costello (n 14) 60; Çiçekli, *Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar* (n 6) 152; Hathaway (n 3) 328.

(iii) AİHS'i onaylaması ve başta etkili başvuru hakkı olmak üzere hükümlerine riayet etmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce sadece Avrupa bölgesindeki devletlerin insan hakları ve mülteci koruma standartlarına riayet ettiği varsayımına dayanarak uluslararası koruma başvurularının hiç incelenmeden reddedilebileceğinin kabul edilmiş olması isabetsizdir. *M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan* kararında bu husus açıkça görülmektedir. Güvenli üçüncü Avrupa ülkesi olarak kabul edilebilecek olan Yunanistan'a başvurucu gönderilmiş; ancak kişinin Yunanistan'da maruz kaldığı yaşam koşulları nedeniyle AİHS m. 3'ün ihlal edildiği kararlaştırılmıştır. Dolayısıyla uluslararası koruma başvurularını mutlaka kabul edilebilirlik incelemesinden geçirilmeli, kişinin gönderileceği üçüncü ülkenin güvenli olduğu karinesini çürütmesine imkan tanınmalıdır.

ABAD tarafından verilen bir kararda[63] da Dublin Tüzüğü uyarınca varış devleti tarafından sığınmacının sorumlu devlete gönderilebilmesi için sorumlu devletin, AB Hukukundan kaynaklanan temel haklara ve AB Yönergeleri tarafından kabul edilen asgari standartlara riayet etmesi gerekip gerekmediği tartışılmıştır. Kararda AB üye devletinden birinin dahi icrai problemler yaşayabileceği ve bu devlete gönderilen sığınmacıların, temel haklarına aykırı bir muameleye tabi kılınabileceği kabul edilmiştir[64]. Kararda, sığınmacıların temel haklarının korunmasını sağlayabilmek için, uluslararası koruma prosedürü ve sığınmacı kabul koşullarında sistemli yetersizlikler söz konusu olan ve sığınmacının insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye maruz kalma riski bulunan sorumlu devlete gönderilemeyeceği belirtilmektedir[65]. Dolayısıyla hiçbir Avrupa devletinin "*süper*" güvenli olduğu kabul edilerek, bu ülkeden gelen sığınmacılarının başvurularının *hiçbir* incelemeye tabi tutulmadan reddedilmesi mümkün olmamalıdır.

3. AB Geri Kabul Anlaşmaları. AB, ortak bir göç politikası geliştirme amacıyla, 17 devletle geri kabul anlaşması imzalamıştır[66]. Bazı küçük farklılıklar hariç, tüm geri kabul anlaşmalarının birbirine benzer nitelikler taşıdığı ve çoğunun, vize kolaylığı, maddi yardım ve ticari imtiyazlar gibi bazı yan araçlar kullanılarak gerçekleştirildiği belirtilmektedir[67]. Geri kabul anlaşmalarının mantığı, âkit devletlerden her birinin, diğer âkit devletin talebi üzerine anlaşmayla belirlenen bazı kişileri ülkesine geri almasıdır[68].

Bu anlaşmalar genellikle her iki âkit devlet bakımından kendi vatandaşlarının geri kabulünü düzenlemektedir. Vatandaşın geri kabulü ile birlikte, âkit devletlerden biri

63 *CJEU - Grand Chamber Preliminary Ruling In Joined Cases C-411/10 and C-493/10.*

64 ibid 81.

65 ibid 94.

66 Hong Kong, Makau, Sri Lanka, Arnavutluk, Rusya, Ukrayna, Makedonya, Bosna Hersek, Karadağ, Sırbistan, Moldova, Pakistan, Gürcistan, Ermenistan, Azerbaycan, Türkiye, Cape Verde.

67 İlke Göçmen, 'Türkiye Ile Avrupa Birliği Arasındaki Geri Kabul Anlaşmasının Hukuki Yönden Analizi' (2015) 13 Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi 21, 26.

68 Legomsky (n 3) 576.

üzerinden geçerek diğer âkit devlet ülkesine düzensiz biçimde giriş yapan veya bu ülkede ikamet eden üçüncü devlet vatandaşlarının da geri kabulü düzenlenmektedir[69].

Güvenli üçüncü ülke uygulamalarının tek taraflı olarak gerçekleştirilmesi yerine geri kabul anlaşmalarına dayanılarak gerçekleştirilmesi BMMYK tarafından tercih edilmektedir[70]. Zira âkit devletler arasındaki anlaşmaya dayanarak sığınmacının geri gönderilmesi, kişinin gönderildiği ülkeye kabul edilmesi ihtimalini arttıracak ve kişiye güvence sağlayacaktır.

a. Türkiye-AB Arasında İmzalanan Geri Kabul Anlaşması. Düzensiz göçle mücadele etmek amacıyla, "*Türkiye Cumhuriyeti ile Avrupa Birliği Arasında İzinsiz İkamet Eden Kişilerin Geri Kabulüne İlişkin Anlaşma*" 16 Aralık 2013'te imzalanmıştır. Anılan Geri Kabul Anlaşması özünde, Türkiye veya AB üyesi bir devlet açısından düzensiz göçmen olan vatandaş, üçüncü ülke vatandaşı veya vatansız kişinin duruma göre geri kabulü veya transit geçişi ile ilgili koşulları, esasları ve usulleri karşılıklılık temelinde tespit etmektedir[71].

Geri kabul anlaşması kapsamında, Türkiye'ye veya AB üyesi bir devlete girme, burada bulunma veya ikamet etme şartlarını taşımayan veya bu şartları artık taşımayan "vatandaşların", "üçüncü ülke vatandaşlarının" veya "vatansız" kişilerin iadesi düzenlenmiştir. Vatandaşlar bakımından sözleşme 1 Ekim 2014 tarihinde yürürlüğe girmiş ve geri kabul yükümlülüğü başlamış; ancak üçüncü ülke vatandaşları ve vatansızlar bakımından sözleşme 1 Ekim 2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Üçüncü ü1ke vatandaşları ve vatansızlar bakımından yürürlük tarihi olan 1 Ekim 2017'den önce, güncel göç sorunun çözüme kavuşturulması ve insan kaçakçılığının engellenmesi amacıyla Türkiye ile AB arasında bir mutabakata varılmış ve bu mutabakat Avrupa Birliği Bakanlığı'nın internet sayfası üzerinden 18 Mart 2016 tarihli Türkiye – AB Zirvesi Bildirisi adı altında yayınlamıştır[72].

Bildiri metninde mutabakatın amacı, "Kaçakçıların çalışma şekillerini sekteye uğratmak ve göçmenlere hayatlarını riske atmak yerine alternatif sunmak amacıyla, AB ve Türkiye bugün, Türkiye'den AB'ye gerçekleşen düzensiz göçü sonlandırmaya karar vermişlerdir." ifadeleriyle açıklanmıştır.

Mutabakat ile 20 Mart 2016 tarihi itibarıyla Türkiye'den Yunan adalarına geçen tüm yeni düzensiz göçmenlerin Türkiye'ye iade edileceği düzenlenmiştir. Türkiye'den Yunan adalarına giden ve sığınma başvurusunda bulunmayan veya başvuruları, Usul Yönergesi uyarınca dayanaktan yoksun ya da kabul edilemez bulunanlar, Türkiye'ye iade edilecektir.

69 ibid.

70 UNCHR (n 56) 465.

71 Göçmen (n 67) 22.

72 '18 Mart 2016 Tarihli Türkiye – AB Zirvesi Bildirisi' <https://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/18_mart_2016_turkiye_ab_zirvesi_bildirisi_.pdf> accessed 17 August 2018.

Usul Yönergesi hükümleri kapsamında detaylı biçimde açıklandığı üzere, AB üyesi olmayan güvenli üçüncü ülkeden geçerek AB sınırlarına giren uluslararası koruma başvurusu sahiplerinin başvuruları kabul edilemez bulunmakta ve başvurucular ilgili güvenli ülkeye gönderilmektedir. İlgili Mutabakat kapsamında, Türkiye'nin güvenli üçüncü ülke kabul edilmesi halinde, 20 Mart 2016 tarihinden itibaren Geri Kabul Anlaşması'nın yürürlüğe girdiği tarihe kadar olan aralıkta Türkiye'den Yunan adalarına geçen sığınmacıların Yunanistan'da yapmış oldukları koruma başvuruları kabul edilemez bulunacak ve bu kişiler Türkiye'ye iade edilecektir[73].

Ekim 2017 tarihinde Geri Kabul Anlaşması'nın tümüyle yürürlüğe girmesiyle birlikte, çalışmamız bakımından önem arz eden husus olan üçüncü ülke vatandaşı ile vatansız kişilerin Türkiye'ye geri kabulü yükümlülüğü doğmuştur. Geri Kabul Anlaşması m. 4 uyarınca Türkiye, bir üye devletin başvurusu üzerine, talep eden üye devletin ülkesine girme, ülkesinde bulunma veya ikamet etmeye ilişkin yürürlükte olan koşulları sağlamayan veya artık sağlamayan tüm üçüncü ülke vatandaşlarını veya vatansız kişileri geri kabul edecektir. Geri kabul yükümlülüğü aşağıda belirtilen hallerin talep eden devlet tarafından kanıtlanmasıyla doğar:

(i) Bu kişiler geri kabul başvurusunun ibrazı esnasında Türkiye topraklarından bir Üye Devletin topraklarına doğrudan giriş için Türkiye tarafından düzenlenmiş geçerli bir vizeye sahip ise,

(ii) Türkiye tarafından düzenlenmiş bir ikamet iznine sahip ise veya

(iii) Türkiye topraklarında kaldıktan veya transit geçiş yaptıktan sonra Üye Devletlerin ülkesine yasadışı ve doğrudan giriş yapmış ise

Konumuz bakımından özellikle önem arz eden husus, Türkiye topraklarında bir süre kalan veya bu topraklardan transit geçiş yapan üçüncü ülke vatandaşlarının veya vatansızların Türkiye'ye geri kabul edilmesi yükümlülüğüdür. Geri Kabul Anlaşması ile birlikte Türkiye'nin bu kişileri geri kabul etme yükümlülüğü doğmuş olsa da AB üye devletleri tarafından belirtilen kişilerin Türkiye'ye gönderilebilmesi için Türkiye'nin güvenli üçüncü ülke olması zorunludur.

b. *Güvenli Üçüncü Ülke olarak Türkiye*. AB Usul Yönergesi ve Dublin III Tüzüğü hükümleri ışığında, geri kabul anlaşmasının altında yatan temel fikrin, Türkiye'nin güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilmesi olduğu söylenebilir[74]. Zira Türkiye'de bir süre kalan veya Türkiye'den transit geçiş yaparak AB topraklarına ulaşan üçüncü

73 Düzenlemenin amacı Suriye'den kaçarak Türkiye'ye gelen ve buradan Yunan adalarına geçen kişilerin Türkiye'ye iadesini düzenlemek olduğundan ve Türkiye'de Suriye vatandaşlarına "geçici koruma statüsü" tanınmış olduğundan Türkiye'nin Suriye vatandaşları bakımından ilk iltica ülkesi olarak da kabul edilmesinin mümkün olduğunu savunan görüş de mevcuttur; bkz. Mehmet Uğur Ekinci, 'Türkiye-AB Geri Kabul Anlaşması ve Vize Diyaloğu – Rapor' (*Siyaset Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı*, 2016) <http://file.setav.org/Files/Pdf/20160521180027_turkiye-ab-geri-kabul-anlasmasi-ve-vize-diyalogu-pdf.pdf>.

74 Gkliati (n 14) 213.

devlet vatandaşlarının Türkiye'ye geri gönderilebilmesi ancak Türkiye'nin güvenli üçüncü ülke statüsünde olması veya ilk iltica ülkesi olması halinde mümkündür. Aksi halde geri gönderen devlet uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerini ihlal etmiş olacaktır. Türkiye'nin güvenli üçüncü ülke statüsünde olmaması halinde, üçüncü devlet vatandaşı veya vatansız kişileri Türkiye'ye geri gönderen AB üye devletlerinin özellikle AİHS'ten doğan yükümlülüklerini ihlali söz konusu olacaktır.

Dolayısıyla çalışmamızın konusu kapsamında incelenmesi gereken önemli husus Türkiye'nin güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Çalışmamızda belirttiğimiz genel ilkeler, AB Usul Yönergesi hükümleri, Türk hukukunda yaşanan güncel gelişmeler ve mahkeme içtihatları dikkate alınarak bu husus aydınlatılmaya çalışılacaktır.

18 Mart 2016 tarihinde, Geri Kabul Anlaşması üçüncü devlet vatandaşları bakımından yürürlüğe girmeden önce, Türkiye'den Yunan adalarına geçişlere ilişkin özel bir mutabakatın kaleme alınmış olması, geri kabul anlaşmasının özellikle Türkiye'den Yunanistan'a geçen üçüncü ülke vatandaşları ve vatansızlar bakımından uygulanacağı izlenimini yaratmaktadır. Dolayısıyla kısaca Yunan iç hukukunda güvenli üçüncü ülkenin ne şekilde düzenlendiğine değinmekte fayda vardır. 113/2013[75] numaralı Başkanlık Kararnamesi ile Yunanistan iç hukukunu AB Usul Yönergesi ile uyumlu hale getirmek üzere değişiklikler yapılmıştır. Bu kararname ile Usul Yönergesi m. 38[76]'de yer alan ve bir ülkenin güvenli kabul edilebilmesi için aranan şartları sayan hüküm herhangi bir değişiklik yapılmadan Yunanistan iç hukukuna aktarılmıştır.

AB Usul Yönergesi m. 38'de öngörülen kriterler uyarınca, bir devletin güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilebilmesi için, o ülkede *mülteci statüsü talep etme imkanı bulunması ve mülteci statüsünün kazanılması halinde Cenevre Konvansiyonu'na uygun korumanın sağlanması* şartı aranmıştır. Geri kabul anlaşmasının Türkiye ile daha etkin biçimde uygulanacağı ülke olan Yunanistan iç hukukuna da Usul Yönergesi'nin ilgili hükmü aynen aktarılmıştır. Bu bağlamda Usul Yönergesi'nin ilgili hükmü bakımından Türkiye'nin güvenli üçüncü ülke kabul edilip edilemeyeceği değerlendirilmelidir.

Türkiye 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu'na coğrafi sınırlamayı kabul ederek taraf olmuştur[77]. Türkiye, sözleşmeye taraf olurken sadece *Avrupa'da cereyan*

75 RG: 14 Haziran 2013, Sayı: 146. Kararnamenin UNHCR tarafından yapılan İngilizce çevirisi için bkz. <http://www.refworld.org/docid/525e84ae4.html>

76 Yunan hukukuna aktarılan, Yönerge m. 38 uyarınca bir devletin güvenli üçüncü ülke olarak nitelendirilebilmesi için aranan şartlar şunlardır:
"Irk, din, tabiiyet, belirli bir sosyal gruba mensup olma veya siyasi düşünceleri nedeniyle kişinin hayat ve özgürlüğünün tehdit altında olmaması,
Vasıf yönergesinde tanımlanan ciddi zarar riski mevcut olmaması,
1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu kapsamında geri göndermeme ilkesine uyuluyor olması,
Uluslararası hukukta kabul edildiği şekliyle işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye yasağına aykırı olarak yer değiştirme yasağına uyulması,
Mülteci statüsü talep etme imkanı bulunması ve mülteci statüsünün kazanılması halinde Cenevre Konvansiyonu'na uygun korumanın sağlanmasıdır.
Başvurucunun ilgili üçüncü ülkeyle, o ülkeye gönderilmesini makul kılacak bağlantısı bulunması"

77 Cenevre'de 28 Temmuz 1951 tarihinde imzalanmış olan Mültecilerin Hukuki Durumuna dair Sözleşmenin onaylanması hakkında Kanun, RG: 05.09.1961- 10898.

eden hâdiseler dolayısıyla bir yabancıya mülteci statüsü verilebileceği yönünde sınırlama ileri sürmüştür. Dolayısıyla Avrupa dışından gelen bir yabancının Türk hukuku bakımından mülteci olarak kabul edilmesi mümkün değildir[78]. Cenevre Konvansiyonu'na taraf olurken kabul edilen coğrafi sınırlama YUKK hükümlerine de aktarılmıştır[79]. Bu kişiler YUKK m. 62 uyarınca şartlı mülteci olarak kabul edilecektir. YUKK m. 61'in gerekçesinde *Avrupa dışında meydana gelen olaylar nedeniyle koruma talep eden yabancılara, üçüncü ülkelere yerleştirilinceye kadar bir statü verilmesi (...) amacıyla maddede bir koruma biçimi olarak "şartlı mülteci" kavramı yer almıştır*. şeklinde bir açıklamaya yer verilmiştir. Dolayısıyla şartlı mülteci statüsü 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu'na tabi olmadığı gibi yabancılara sadece üçüncü bir ülkeye yerleştirilinceye kadar koruma sağlamaktadır. Coğrafi sınırlama ve bu sınırlamanın meydana getirdiği söz konusu sonuçlar dikkate alındığında, AB Usul Yönergesi m. 38 kapsamında Türkiye'nin güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilemeyeceği doktrinde savunulmaktadır[80]. Cenevre Konvansiyonu'na coğrafi sınırlama ileri sürerek taraf olan bir devletin, Konvansiyon'a uygun koruma sağlamasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir[81].

Bu noktada sorulması gereken önemli bir soru, bir devletin güvenli üçüncü ülke olabilmesi için, mutlak surette 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu'na coğrafi sınırlama ileri sürmeksizin taraf olmasının gerekli olup olmadığıdır. Bu husus doktrinde tartışmalıdır ve çalışmamız kapsamında değerlendirilmesi önem arz etmektedir. AB Usul Yönergesi m. 39'da bir devletin *süper* güvenli üçüncü ülke kabul edilebilmesi için Cenevre Konvansiyonu'na herhangi bir sınırlama ileri sürmeksizin taraf olması şartı aranmışken, Yönerge m. 38'de benzer bir hükme yer verilmemiş olup hükümde mülteci statüsü talep etme *imkanı* sağlanması veya Konvansiyon'da öngörülen korumaya uygun koruma sağlanması yeterli görülmüştür. Sığınmacının gönderileceği devletin Cenevre Konvansiyonu'na taraf olması, AB mevzuatında açıkça güvenli üçüncü ülke uygulamalarının önkoşulu olarak kabul edilmemektedir[82]. Avrupa Komisyonu tarafından Avrupa göç gündemine ilişkin olarak Avrupa Parlamentosu ve

78 Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku* (2nd edn, Savaş 2017) 142; Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (23rd edn, Beta 2017) 162.

79 YUKK m. 61/f. (1): "*Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında mülteci statüsü verilir.*"

80 Steve Peers and Emanuela Roman, 'The EU, Turkey and the Refugee Crisis: What Could Possibly Go Wrong?' (2016) Annex I <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/02/the-eu-turkey-and-refugee-crisis-what.html> accessed 27 August 2018; Emanuela Roman, Theodore Baird and Talia Radcliffe, 'Statewatch Analysis: Why Turkey Is Not a "Safe Country"' (2016) 8 <http://www.statewatch.org/analyses/no-283-why-turkey-is-not-a-safe-country.pdf> accessed 27 August 2018; Bozkurt (n 4) 400; James C Hathaway, 'Three Legal Requirements for the EU-Turkey Deal : An Interview with JAMES HATHAWAY' (*Verfassungblog*, 2016) 9 <https://verfassungsblog.de/three-legal-requirements-for-the-eu-turkey-deal-an-interview-with-james-hathaway/> accessed 26 August 2018.

81 Peers and Roman (n 80) Annex I.

82 Hathaway (n 2) 327; Daniel Thym, 'Why the EU-Turkey Deal Can Be Legal and a Step in the Right Direction' (2016) <http://eumigrationlawblog.eu/why-the-eu-turkey-deal-can-be-legal-and-a-step-in-the-right-direction/> accessed 27 August 2018.

Avrupa Konseyi dikkatine yapılan 2016 tarihli yazılı açıklamada da anılan hususa yer verilmiştir[83]. Komisyon, güvenli üçüncü ülke uygulamalarına başvurulabilmesi için AB Usul Yönergesi'nde aranan koşulun *Cenevre Konvansiyonu'na uygun koruma* ile sınırlı olduğunu vurgulamış ve coğrafi sınırlama ileri sürülmeksizin Cenevre Konvansiyonu'na taraf olmanın aranan bir koşul olmadığını belirtmiştir[84]. Dolayısıyla Komisyon tarafından yapılan yazılı açıklamada, Türkiye'nin coğrafi sınırlama ileri sürerek Cenevre Konvansiyonu'na taraf olmasının Türkiye'nin güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilmesine engel teşkil etmeyeceği belirtilmiştir.

Coğrafi sınırlamaya rağmen Türkiye'nin güvenli üçüncü ülke olduğunun kabul edilebilmesi için Usul Yönergesi m. 38 uyarınca Cenevre Konvansiyonu'na uygun korumayı sığınmacılara sağlaması gerekmektedir. Cenevre Konvansiyonu'nda öngörülen koruma BMMYK metinlerinde ve doktrinde *etkin koruma* olarak adlandırılmakta[85] ve sığınmacılara *"etkin koruma"* sağlamayan bir devlet güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilememektedir.

Bu noktada Konvansiyon'un sağladığı korumanın kapsamının ve sığınmacılara hangi hakların tanınması ile *etkin koruma*nın sağlanmış olacağının belirlenmesi önem arz eder. Cenevre Konvansiyonu'nda öngörülen korumanın düzeyi doktrinde tartışmalıdır. İlk görüş uyarınca Konvansiyon'da öngörülen tek bireysel korumanın *non-refoulement* ilkesi olduğu belirtilmiş ve korumanın kişinin insanlık dışı veya onur kırıcı muamele ya da cezaya maruz kalacağı ülkeye gönderilememesi ile sınırlı olduğu ileri sürülmüştür[86]. Ancak Cenevre Konvansiyonu'nda öngörülen korumanın daha kapsamlı olduğunu ve sadece *non-refoulement* ilkesiyle sınırlanamayacağını savunan görüşler de mevcuttur[87]. Cenevre Konvansiyonu m. 42'de her devletin; imzalama, onaylama veya taraf olma sırasında, Konvansiyon m. 1, 3, 4, 16/(1), 33, 36 - 46 dışındaki maddeler hakkında çekince koyabileceği kabul edilmiştir. Anılan maddeler hakkında çekince koyulamayacak olması kanaatimizce bu maddelerin Konvansiyon'un amaçladığı temel korumanın kapsamı içerisinde yer aldığına işaret

83 European Comission, 'COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIl- On the State of Play of the Common Fisheries Policy and Consultation on the Fishing Opportunities for 2019' (2018) <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-85-EN-F1-1.PDF>.

84 ibid 18. Aynı yönde bkz. Kay Hailbronner, 'Legal Requirements for the EU-Turkey Refugee Agreement: A Reply to J. Hathaway' (*Verfassungblog*, 2016) para 8 <https://verfassungsblog.de/legal-requirements-for-the-eu-turkey-refugee-agreement-a-reply-to-j-hathaway/> accessed 25 August 2018.

85 UNHCR, 'Summary Conclusions on the Concept of "Effective Protection" in the Context of Secondary Movements of Refugees and Asylum-Seekers (Lisbon Expert Roundtable, 9-10 December 2002)' (2003) 1–2; Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku* (n 5) 327; Çiçekli, *Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar* (n 5) 135; Özkan (n 5); Wouters (n 29) 142; Legomsky (n 2) 658; Hurwitz (n 3) 53; Hathaway (n 2) 332–333.

86 Hailbronner (n 84) para 5.

87 Hathaway (n 2) 332; Legomsky (n 2) 60; Wouters (n 29) 146. Konvansiyon'da tanınan en temel hak *non-refoulement* olmakla birlikte çeşitli statülere sahip mültecilere çeşitli haklar da tanınmıştır. Örneğin, Konvansiyon m.3'te "ayırtetmeme" başlığıyla yer alan ırk, dil, din, menşe ülke ayrımı yapmaksızın tüm mültecilere Konvansiyon hükümlerinin uygulanması hakkı; Konvansiyon m.4'te yer alan din özgürlüğü hakkı; Konvansiyon m. 16'da yer alan mahkemelere erişim hakkı; Konvansiyon m. 22'de düzenlenen eğitim hakkı vb. haklar bir devlet topraklarında bulunan tüm sığınmacılara uygulanacaktır. "Hukuka uygun" olarak bir devlette bulunan mültecilere Konvansiyon m. 18'de ise kendi işlerini kurma hakkı; Konvansiyon m. 26'da yer alan ikamet edeceği yeri seçme ve seyahat özgürlüğü hakkı vb. haklar tanınmıştır; bkz. Legomsky (n 2) 60.

etmektedir[88]. BMMYK'nın yayınlamış olduğu çeşitli belgelerde de sığınmacıların; idari gözetim kurallarına[89], aile birliği ilkesine[90] riayet etmeyen veya temel insani ihtiyaçları sağlamayan[91] üçüncü ülkelere gönderilemeyeceği belirtilmiştir.

Doktrinde etkin korumanın kapsamı birçok yazar tarafından çeşitli kriterler öngörülerek belirlenmeye çalışılmıştır. Bir yazara göre, etkin korumanın yerine getirilebilmesi için, sığınmacı gönderildiği üçüncü ülkeye yasal bir şekilde girme ve bu ülkede kalma hakkına sahip olmalı; üçüncü ülke sığınmacıyı geri kabul edeceğini açıkça belirtmeli ve sığınmacının uluslararası koruma başvurusunu esastan değerlendirmelidir[92].

Diğer bir yazar ideal *etkin koruma*nın Cenevre Konvansiyonu'na taraf olan, sığınmacının mülteci statüsüne sahip olup olmadığını değerlendirecek ve bu statünün verilmesi halinde Konvansiyonda öngörülen tüm haklara riayet edecek bir devlet tarafından sağlanabileceğini ileri sürmektedir[93]. Ancak yazara göre *etkin koruma* için aranması gereken asgari şart, sığınmacının Cenevre Konvansiyonu'na taraf olan bir devletin sınırları veya yetki alanına girmesi ile birlikte elde etmiş olduğu haklara fiilen riayet edilmesidir[94].

Diğer bir yazar benzer bir yaklaşımdan hareket ederek etkin korumanın belirlenebilmesi amacıyla "suç ortaklığı ilkesi" adını verdiği bir ilke ortaya atmıştır[95]. "Suç ortaklığı ilkesi" hiçbir sığınmacının, varış devletinin bizzat uygulayamayacağı bir muameleye maruz kalacağını bildiği üçüncü ülkeye (bu ülkenin Cenevre Konvansiyonu veya diğer insan hakları sözleşmelerine taraf olup olduğu dikkate alınmaksızın) gönderilememesi olarak tanımlanmıştır[96]. Aksi halde varış ülkesi, sığınmacının gönderildiği üçüncü ülkede uğradığı muamelenin "suç ortağı" haline gelecektir.

Bu noktada coğrafi sınırlamanın sonuçlarına, etkin korumanın kapsamına ve Türkiye'nin etkin koruma sağlayıp sağlamadığına ilişkin görüşlerimizi açıklamadan önce Türk iç hukukuna ve bu hukukta yaşanan gelişmelere kısaca değinilmesi yerinde olacaktır. Coğrafi sınırlama bir kenara bırakılırsa, 2014 yılında yürürlüğe giren 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma kanunu hükümlerinin Cenevre Konvansiyonu ile paralel düzenlendiği; Türkiye'de uluslararası koruma sağlanması için aranan şartları ve ilgili prosedürü sistematik biçimde aktaran modern bir

88 Legomsky (n 3) 64.

89 UNHCR Europe Bureau Overview, Oct. 2000, ch. 2, section A.1.c, UNHCR Position.

90 UNHCR Observations on EC Proposal on Determining Responsible State for Deciding Asylum Application, Feb. 2002, para. 7.

91 UNHCR Europe Bureau Overview, Oct. 2000, ch. 2, section A.1.c, UNHCR Position.

92 Wouters (n 30) 146–147.

93 Hathaway (n 3) 333.

94 ibid.

95 Legomsky (n 3) 5.

96 ibid 44–45.

düzenleme olduğunu söylemek mümkündür. YUKK'un yürürlüğe girmesiyle birlikte mülteci-şartlı mülteci ayrımı gözetilmeksizin *non-refoulement* ilkesinin uygulanacağı açıklığa kavuşturulmuş, uluslararası koruma sahiplerinin temel hakları düzenlenmiş ve Göç İdaresi Genel Müdürlüğü kurulmuştur. Bu hususlar Türkiye'nin etkin koruma yönünde adımlar attığı algısını oluşturmaktadır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki hukuki çerçevenin oluşturulması kendiliğinden etkin korumanın sağlandığı sonucunu doğurmamaktadır. Sığınmacıların aynı zamanda *fiilen* etkin korumadan faydalanabiliyor olması gereklidir. GİGM kurularak göç ile ilgili hususların sivil bir kuruma devredilmiş olması olumlu bir gelişme olsa dahi GİGM'nin mevcut haliyle kapasite ve deneyim bakımından yetersiz olduğu belirtilmektedir[97].

Türkiye ile AB arasında imzalanan mutabakat dolayısıyla Geri Kabul Anlaşması'nın yoğunlukla Türkiye'den Yunanistan'a geçen Suriye vatandaşları bakımından uygulama alanı bulacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla mutabakat veya geri kabul anlaşması kapsamında Yunanistan'dan Türkiye'ye gönderilecek olan Suriye vatandaşlarının Türkiye'de sahip olduğu statünün *etkin koruma* sağlayıp sağlamayacağı da değerlendirilmelidir.

Türkiye, Suriye'deki iç savaştan kaçarak ülkesine giren Suriye vatandaşlarına kapılarını açmış ve 28 Nisan 2011 tarihinden itibaren Türkiye'ye sığınma amacıyla gelen Suriye vatandaşları geçici koruma altına alınmıştır[98]. Bu tarihten sonra yapılan değişiklerle Suriye vatandaşlarına tanınan haklar genişletilmiş; örneğin *Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik* ile birlikte geçici koruma altındaki kişilerin Türkiye'de çalışabileceği düzenlenmiştir[99]. Türkiye'nin milyonlarca kişiye kapılarını açarak bu kişileri Türkiye'de koruma altına alması, Türkiye'nin güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilebileceği izlenimini güçlendirmektedir. Ancak YUKK'un yakın tarihte yürürlüğe girmiş olması, GİGM'nin kurulması aşamasında ve kurulmasından kısa bir süre sonra Türkiye'ye Suriye'den yoğun bir sığınmacı akışının yaşanması sonucu yeni oluşturulmakta ve uygulanmakta olan göç sisteminin yükü taşımakta zorlandığı belirtilmektedir[100].

Geçici Koruma Yönetmeliği Geçici m. 1 uyarınca Suriye Arap Cumhuriyeti'nde meydana gelen olaylar sebebiyle geçici koruma amacıyla Suriye Arap Cumhuriyeti'nden kitlesel veya bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen Suriye vatandaşları ile vatansızlar ve mülteciler, uluslararası koruma

97 Orçun Ulusoy, 'Turkey as a Safe Third Country?' (*University of Oxford Faculty of Law*, 2016) para 8 <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2016/03/turkey-safe-third> accessed 26 August 2018.

98 Geçici Koruma Yönetmeliği, RG Tarihi: 22/10/2014 No : 29153. Geçici m. 1: "*28/4/2011 tarihinden itibaren Suriye Arap Cumhuriyeti'nde meydana gelen olaylar sebebiyle geçici koruma amacıyla Suriye Arap Cumhuriyeti'nden kitlesel veya bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları ile vatansızlar ve mülteciler, uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olsalar dahi geçici koruma altına alınırlar.*"

99 Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik, Yayımlandığı R.G: Tarihi: 15/1/2016 No: 29594.

100 Ulusoy (n 97) para.11-12.

başvurusunda bulunmuş olsalar dahi geçici koruma altına alınırlar. Geçici korumanın uygulandığı süre içerisinde, geçici koruma altındaki kişilerin bireysel uluslararası koruma başvurularının işleme konulmayacağı düzenlenmiştir. Doktrinde, uluslararası koruma statülerinin geçici korumadan daha kapsamlı ve üst düzey koruma sağladığına dikkat çekilmiştir[101]. Türkiye'den Yunanistan'a geçen Suriye vatandaşlarının Yunanistan'da mülteci statüsünü elde edebilmesi ve Türkiye'nin sağlamış olduğu geçici koruma statüsünden daha kapsamlı bir koruma elde edebilmesi mümkündür. Kaldı ki geçici korumanın sonlandırılması kararıyla birlikte geçici koruma altında yer alan bireylerin uluslararası koruma başvurularının değerlendirilmesine "karar verilebileceği" düzenlenmiştir[102]. Geçici koruma statüsü sona erdikten sonra bu statü altındaki bireylerin bireysel uluslararası koruma statülerine başvurup başvuramayacağı hususu Yönetmeliğin ilgili hükmü ışığında belirsizdir[103].

Dikkate alınması gereken diğer bir husus da Yunanistan veya diğer AB üye devletlerinden Türkiye'ye geri gönderilecek olan Avrupa dışından gelen ve Suriye vatandaşı olmayan diğer sığınmacıların durumudur. Yukarıda açıklandığı üzere Türkiye, Cenevre Konvansiyonu'na coğrafi sınırlama ileri sürerek taraf olduğundan bu kişilere Türkiye'de mülteci statüsü değil şartlı mülteci statüsü verilmektedir. Şartlı mülteci statüsü ise bu kişilere Türkiye'de üçüncü bir ülkeye yerleştirilene kadar koruma sağlamaktadır. AB üye devletleri, şartlarını taşıması koşuluyla bu kişilere mülteci statüsünü verecek ve bu kişiler mülteci statüsünün sağlamış olduğu geniş haklardan faydalanacaktır. Buna karşın Türkiye'nin sağlamış olduğu koruma ise geçici nitelikte olup, esasen bu kişilerin üçüncü bir ülkeye yerleştirilmesi amacını taşımaktadır.

Kanaatimizce Türkiye'nin güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilebilmesi için Cenevre Konvansiyonu'na taraf olurken ileri sürmüş olduğu coğrafi sınırlamanın kaldırılması en makul yöntemdir. Coğrafi sınırlamanın kaldırılması ile birlikte Avrupa ülkesinden-Avrupa dışından gelen yabancı ayrımı kaldırılarak aranan koşulları sağlayan tüm bireylerin "mülteci" statüsünü elde etme ve bu statünün sağladığı korumadan[104] faydalanma imkanı olacaktır. Ancak doktrinde bir devletin Cenevre Konvansiyonu'na uygun korumayı sağlaması için Cenevre Konvansiyonu'na coğrafi sınırlama ileri sürülmeksizin taraf olmasının şart olmadığı belirtilmektedir. Bu görüşler ışığında Türkiye, coğrafi sınırlamayı kaldırmayı kabul etmese dahi geri gönderilen sığınmacılara *etkin koruma* sağlaması halinde güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilebilir. Etkin korumanın sağlanması için *sığınmacının Cenevre*

101 Öztürk (n 3) 424–425.

102 Geçici Koruma Yönetmeliği m. 11: "Bakanlar Kurulu, sonlandırma kararıyla birlikte; (…) b) Geçici korunanlara, koşullarını taşıdıkları statünün toplu olarak verilmesine ya da uluslararası koruma başvurusunda bulunanların başvurularının bireysel olarak değerlendirilmesine, karar verebilir.

103 Yönetmelik vasıtasıyla geçici koruma statüsü devam ederken bireysel uluslararası koruma başvurularının değerlendirilmeyeceği ve geçici korumanın sona ermesi ile birlikte bireysel uluslararası koruma başvurularının değerlendirip değerlendirilmeyeceği hususunun takdirinin Bakanlar Kuruluna bırakılmış olması yasallık ilkesi çerçevesinde doktrinde eleştirilmektedir; bkz. Öztürk (n 3) 423–427.

104 Cenevre Konvansiyonu m. 2-34.

Konvansiyonu'na taraf olan bir devletin sınırları veya yetki alanına girmesi ile birlikte elde etmiş olduğu haklara fiilen riayet edilmesi gerektiği görüşünü benimsemekteyiz[105]. Nitekim doktrinde sığınmacıya, gönderileceği üçüncü ülkenin koruma statüsü belirlerken uyguladığı kriterlerin, başvurduğu ülkedeki kriterlerden daha ağır olduğunu ispatlama ve bu yolla üçüncü ülkenin güvenli olduğu karinesini çürütme imkanı verilmesi gerektiği belirtilmiştir[106].

Türkiye-AB Geri Kabul Anlaşması bakımından, etkin koruma hususunda anılan görüşün kabul edilmesi sonucu, varış ülkesi AB üye devletlerinden biri olan sığınmacının, güvenli üçüncü ülke olarak Türkiye'ye gönderilemeyeceği sonucu doğmaktadır. Zira AB üye devletleri Cenevre Konvansiyonu'nda sayılan koşulları taşıyan kişilere mülteci statüsünü ve bu statünün öngördüğü korumayı sağlamaktadır. Geri Kabul Anlaşması kapsamında Türkiye'de geri gönderilen üçüncü devlet vatandaşları ise Türkiye'de ya geçici koruma altına alınacak ya da şartlı mülteci statüsünü elde edecektir. Geçici koruma ve şartlı mülteci statüsünün sağladığı koruma ise mülteci statüsünün öngördüğü korumadan daha düşük seviyededir. Ayrıca belirtildiği üzere, geçici koruma statüsü altında bulunan kişilerin bireysel uluslararası koruma statülerine başvuru hakkı bulunmamaktadır ve geçici koruma statüsü sona erdiği takdirde bu hakkı elde edip edemeyecekleri hususu ise belirsizdir. Dolayısıyla AB üye devletleri bakımından, sığınmacının AB sınırları veya yetki alanına girmesi ile birlikte elde etmiş olduğu korumadan daha düşük bir koruma öngören Türkiye'nin *etkin koruma* sağladığının ve dolayısıyla güvenli olduğunun kabul edilmesi mümkün görülmemektedir.

Geri Kabul Anlaşması kapsamında Türkiye'nin güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilebilmesi için akla gelebilecek diğer bir yöntem, Türkiye'nin geri gönderilen üçüncü devlet vatandaşlarına, resmi statü değerlendirmesine başvurulmaksızın, *fiilen* "mülteci" muamelesini yapacağını taahhüt etmesidir[107]. Türkiye, Geri Kabul Anlaşması kapsamında geri gönderilen kişilere mülteci statüsünün sağladığı hakları *fiilen* sağlamayı kabul ederse güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilmesi söz konusu olabilir. Ancak bu ihtimalde dikkat edilmesi gereken husus, sığınmacılara adil ve etkili bir usul sağlanmasıdır. Yeni oluşturulmakta olan Türk göç sistemi yoğun göç akını dolayısıyla zorlanmakta ve uygulamada hukuka aykırılıklar yaşandığı belirtilmektedir[108].

Türkiye, Geri Kabul Anlaşması kapsamında yer alan üçüncü devlet vatandaşlarına fiilen mülteci statüsüne uygun muamele yapmayı kabul etmediği ve coğrafi sınırlama korunduğu sürece, kanaatimizce Türkiye'nin güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Türkiye'nin coğrafi sınırlamayı kaldırması hususu doktrinde tartışma konusu yapılmıştır. Bir grup yazar, coğrafi sınırlama kaldırılırsa,

105 Hathaway (n 3) 333.

106 Goodwin-Gill and McAdam (n 3) 392; Özkan (n 6) 374.

107 Hathaway (n 80) para.10.

108 Ulusoy (n 97) para.9-14.

Türkiye'nin AB tarafından bir nevi tampon bölge olarak kullanılacağı endişesini taşımaktadır[109]. AB'nin güvenli üçüncü ülke kavramını kullanmak suretiyle civarında yer alan devletleri tampon bölge olarak kullandığı belirtilmekte, Türkiye'nin de AB tarafından bu amaçla kullanılmasından kaçınmak gerektiği doktrinde savunulmaktadır[110]. Yazarlar tarafından Cenevre Konvansiyonu'na getirilen coğrafi sınırlama Türkiye'nin tampon bölge haline gelmesinin önündeki tek engel olarak görülmekte; dolayısıyla adeta kaldırılmasına karşı çıkılmaktadır.

Coğrafi sınırlamanın kaldırılması halinde, Türkiye'nin güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilmesi mümkün olabilir; hatta kanaatimizce sınırlamanın kaldırılması ile birlikte doktrinde adlandırıldığı şekilde Türkiye'nin *"süper"* güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilmesi dahi söz konusu olabilir. AB Usul Yönergesi m. 39'da güvenli üçüncü Avrupa ülkesi kavramı düzenlenmiştir[111]. Buna göre Cenevre Konvansiyonu'na konulan coğrafi sınırlamanın kaldırılması ile birlikte, geri kabul anlaşmasını etkin biçimde uygulamak isteyen AB üye devletleri Türkiye'nin güvenli üçüncü Avrupa devleti olduğunu kabul edebilir. Türkiye'nin güvenli üçüncü Avrupa devleti kabul edilmesinin en önemli sonucu ise Türkiye'den hukuk dışı yollarla AB üye devletlerine giden üçüncü devlet vatandaşı sığınmacıların, uluslararası başvuruları hiçbir incelemeye tabi tutulmadan bu kişilerin Türkiye'ye gönderilebilmesi imkanını sağlamasıdır.

Sonuç

Çalışmamız kapsamında AB mevzuatı ve güvenli üçüncü ülke uygulamaları incelenmiştir. AB güvenli üçüncü ülke uygulamalarını üç farklı mekanizma ile gerçekleştirmektedir. Bunlardan ilki olan AB Usul Yönergesinde güvenli üçüncü ülke kavramına yer verilmiş; hangi devletlerin güvenli üçüncü ülke olabileceğine ilişkin kriterler sayılmıştır. Uluslararası koruma başvurusu sahibi kişi güvenli üçüncü ülkeden geçerek varış ülkesine ulaşmışsa, bu ülkede uluslararası koruma başvurusu kabul edilemez bulunacak ve kişi güvenli üçüncü ülkeye geri gönderilecektir.

AB bünyesindeki mekanizmalardan ikincisi üye devletler bakımından Dublin III Tüzüğü'nün uygulanması ve Tüzük'te öngörülen kriterler uyarınca belirlenen sorumlu devletin uluslararası koruma başvurusunu incelemekle yükümlü olmasıdır. Başvurucu, varış ülkesinde uluslararası koruma başvurusu yapmışsa; ancak Tüzük hükümleri uyarınca başvuruyu incelemekle sorumlu farklı bir üye devlet söz konusuysa; başvuru sahibi kişi o devlete gönderilmektedir.

109 Yücel Acer, İbrahim Kaya and Gümüş Mahir, *Küresel ve Bölgesel Perspektiften Türkiye'nin İltica Stratejisi* (Usak 2010) 213.

110 Işıl Özkan, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında Avrupa Birliği'nin Göç ve Sığınma Politikası' [2011] Ankara Barosu Dergisi 165, 188; Mehmet Özcan, *Avrupa Birliği Sığınma Hukuku* (Usak 2005) 54.

111 Yönerge m. 39 uyarınca bir devletin güvenli üçüncü Avrupa ülkesi kabul edilmesi için aranan şartlar:
Cenevre Konvansiyonu'nu coğrafi kısıtlama olmadan onaylaması,
Kanunla öngörülmüş bir iltica başvurusu prosedürünün bulunması,
AİHS'i onaylaması ve başta etkin başvuru hakkı olmak üzere hükümlerine riayet etmesi gerekmektedir.

Son mekanizma ise AB ile veya üye devletleri ile diğer devletler arasında imzalanan geri kabul anlaşmalarıdır. Bu anlaşmalarda genellikle AB'ye düzensiz biçimde giren üçüncü devlet vatandaşları veya vatansız kişilerin; topraklarından geçerek geldikleri âkit devlete iadesi düzenlenmektedir. Türkiye ile AB arasında 2013 yılında benzer bir geri kabul anlaşması imzalanmıştır. Üçüncü devlet vatandaşları ve vatansız kişiler bakımından Geri Kabul Anlaşması 2017 yılında yürürlüğe girmiştir. Anlaşmanın bu kişiler bakımından yürürlüğe girmesiyle birlikte; Türkiye topraklarında kaldıktan veya transit geçiş yaptıktan sonra Üye Devletlerin ülkesine yasadışı ve doğrudan giriş yapmış olan kişilerin Türkiye'ye geri kabulü yükümlülüğü doğmuştur.

Geri kabul anlaşmasının uygulanması bakımından en büyük önemi haiz olan husus ise Türkiye'nin güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Zira Türkiye'nin güvenli olmaması halinde, üçüncü devlet vatandaşlarını Türkiye'ye gönderen AB üye devletlerinin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Türkiye'de YUKK'un yürürlüğe girmesi, GİGM'nin kurulması, milyonlarca Suriye vatandaşına koruma sağlanması gibi olumlu gelişmeler olsa da kanaatimizce Türkiye'nin güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilmesi mevcut hukuki durumda mümkün görünmemektedir. Türkiye'nin Cenevre Konvansiyonu'na taraf olurken ileri sürmüş olduğu coğrafi sınırlama uyarınca, Avrupa dışında meydana gelen olaylar nedeniyle koruma talep eden yabancılara, üçüncü ülkelere yerleştirilinceye kadar şartlı mülteci statüsü verilmektedir.

AB Usul Yönergesi m. 38 uyarınca Türkiye'nin güvenli üçüncü ülke sayılabilmesi için Türkiye'de *mülteci statüsü talep etme imkanı bulunması ve mülteci statüsünün kazanılması halinde Cenevre Konvansiyonu'na uygun korumanın sağlanması* şartı aranmıştır. Avrupa dışında yaşanan olaylar nedeniyle Türkiye'ye gelen bir yabancının Türkiye'de mülteci statüsü elde etme imkanı bulunmamaktadır. Ancak Türkiye'de Cenevre Konvansiyonu'na uygun korumanın sağlaması halinde de Türkiye'nin güvenli üçüncü ülke kabul edilmesi mümkündür. Zira bir devletin Cenevre Konvansiyonu'na uygun korumayı sağlaması için Cenevre Konvansiyonu'na coğrafi sınırlama ileri sürülmeksizin taraf olmasının şart olmadığı kabul edilmektedir. Türkiye, coğrafi sınırlamayı kaldırmayı kabul etmese dahi geri gönderilen sığınmacılara *"etkin koruma"* sağlaması halinde güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilebilir.

Benimsediğimiz görüş uyarınca, etkin korumanın sağlanması için ise sığınmacının Cenevre Konvansiyonu'na taraf olan bir devletin sınırları veya yetki alanına girmesi ile birlikte elde etmiş olduğu haklara gönderildiği üçüncü ülkede fiilen riayet edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla sığınmacı, varış ülkesine kıyasla daha düşük seviyede koruma sağlayan üçüncü bir ülkeye gönderilemeyecektir.

Türkiye-AB Geri Kabul Anlaşması bakımından bu görüşün kabul edilmesi varış ülkesi AB üye devletlerinden biri olan sığınmacının, güvenli üçüncü ülke olarak Türkiye'ye

gönderilemeyeceği sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla AB üye devletleri bakımından, sığınmacının AB sınırları veya yetki alanına girmesi ile birlikte elde etmiş olduğu korumadan daha düşük bir koruma öngören Türkiye'nin *etkin koruma* sağladığının ve dolayısıyla güvenli olduğunun kabul edilmesi mümkün görülmemektedir.

Türkiye'nin güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilebilmesi için ya Cenevre Konvansiyonu'na taraf olurken koyduğu coğrafi sınırlamayı kaldırması ya da Geri Kabul Anlaşması kapsamında geri gönderilen üçüncü devlet vatandaşlarına *fiilen* "mülteci" muamelesini yapacağını kabul etmesi gerekmektedir.

Kaynakça / References

'18 Mart 2016 Tarihli Türkiye – AB Zirvesi Bildirisi' <https://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/18_mart_2016_turkiye_ab_zirvesi_bildirisi_.pdf> accessed 17 August 2018

Acer Y, Kaya İ ve Mahir G, *Küresel ve Bölgesel Perspektiften Türkiye'nin İltica Stratejisi* (Usak 2010)

Batır K, 'Avrupa Birliği'nin Geri Kabul Anlaşmaları: Türkiye İle AB Arasında İmzalanan Geri Kabul Anlaşması Çerçevesinde Hukuki Bir Değerlendirme' (2017) 15 Yönetim Bilimleri Dergisi 585

Borchelt G, 'The Safe Third Coutry Practice in the European Union: A Misguided Approach to Asylum Law and a Violation of International Human Rights Standarts' (2002) 33 Columbia Human Rights Law Review 473

Bozkurt K, 'Geri Kabul ve Vize Serbestisi Anlaşması' [2016] TBB Dergisi 387

Collinson S, 'Visa Requirements, Carrier Sanctions, "Safe Third Coutries" and "Readmission": The Development of an Asylum "Buffer Zone" in Europe' (1996) 21 Transactions of the Institute of British Geographers 76

Costello C, 'The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices: Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection?' (2005) 7 European Journal of Migration and Law 35

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

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

——, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku* (6th edn, Seçkin 2016)

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

Ekinci MU, 'Türkiye-AB Geri Kabul Anlaşması ve Vize Diyaloğu – Rapor' (*Siyaset Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı*, 2016) <http://file.setav.org/Files/Pdf/20160521180027_turkiye-ab-geri-kabul-anlasmasi-ve-vize-diyalogu-pdf.pdf>

European Comission, 'COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIl- On the State of Play of the Common Fisheries Policy and Consultation on the Fishing Opportunities for 2019' (2018) <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-85-EN-F1-1.PDF>

Gil-Bazo M-T, 'The Pratice of Mediterranean States in the Context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension. The Safe Third Country Concept Revisited' (2006) 18 International Journal of Refugee Law 571

——, 'The Safe Third Country Concept in International Agreements on Refugee Protection - Assessing State Practice' (2015) 33 Netherlands Quarterly of Human Rights 42

Gkliati M, 'The EU-Turkey Deal and the Safe Third Country Concept Before the Greek Asylum Appeals Committees' (2017) 3 Movements Journal 213

Goodwin-Gill GS and McAdam J, *Refugee in International Law* (3rd edn, Oxford University Press 2007)

Göçmen İ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Avrupa Birliği ve Göç Hukuku* (Seçkin 2015)

——, 'Türkiye Ile Avrupa Birliği Arasındaki Geri Kabul Anlaşmasının Hukuki Yönden Analizi' (2015) 13 Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi 21

Hailbronner K, 'Legal Requirements for the EU-Turkey Refugee Agreement: A Reply to J. Hathaway' (*Verfassungblog*, 2016) <https://verfassungsblog.de/legal-requirements-for-the-eu-turkey-refugee-agreement-a-reply-to-j-hathaway/> accessed 25 August 2018

Hathaway JC, *The Rights of Refugees Under International Law* (5th edn, Cambridge University Press 2015)

——, 'Three Legal Requirements for the EU-Turkey Deal : An Interview with JAMES HATHAWAY' (*Verfassungblog*, 2016) 9 <https://verfassungsblog.de/three-legal-requirements-for-the-eu-turkey-deal-an-interview-with-james-hathaway/> accessed 26 August 2018

Hurwitz A, *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees* (Oxford University Press 2009)

Lambert H, '"Safe Third Country" in the European Union: An Evolving Concept in International Law and Implications for the UK' (2012) 26 Journal of Immigration, Asylum and Nationality Law 318

Legomsky SH, 'Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection' (2003) 15 International Journal of Refugee Law 567

Moreno-Lax V, 'The Legality of the "Safe Third Country" Notion Contested: Insights from the Law of Treaties' in Guy S Goodwin-Gill and P Weckel (eds), *Migration & Refugee Protection in the 21st Century: Legal Aspects* (Martinus Nijhoff 2015)

Özcan M, *Avrupa Birliği Sığınma Hukuku* (Usak 2005)

Özkan I, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında Avrupa Birliği'nin Göç ve Sığınma Politikası' [2011] Ankara Barosu Dergisi 165

——, *Göç - İltica ve Sığınma Hukuku* (2nd edn, Seçkin 2017)

Öztürk NÖ, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi* (Seçkin 2015)

Peers S and Roman E, 'The EU, Turkey and the Refugee Crisis: What Could Possibly Go Wrong?' (2016) <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/02/the-eu-turkey-and-refugee-crisis-what.html> accessed 27 August 2018

Roman E, Baird T and Radcliffe T, 'Statewatch Analysis: Why Turkey Is Not a "Safe Country"' (2016) <http://www.statewatch.org/analyses/no-283-why-turkey-is-not-a-safe-country.pdf> accessed 27 August 2018

Thym D, 'Why the EU-Turkey Deal Can Be Legal and a Step in the Right Direction' (2016) <http://eumigrationlawblog.eu/why-the-eu-turkey-deal-can-be-legal-and-a-step-in-the-right-direction/> accessed 27 August 2018

Ulusoy O, 'Turkey as a Safe Third Country?' (*University of Oxford Faculty of Law*, 2016) <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2016/03/turkey-safe-third> accessed 26 August 2018

UN General Assembly, 'Note on International Protection' (1993)

UNHCR, 'Position on Conventions Recently Concluded In Europe (Dublin and Schengen)' (2016) <http://www.unhcr.org/protection/operations/43662e942/unhcr-position-conventions-recently-concluded-europe-dublin-schengen-conventions.html> accessed 16 July 2018

UNHCR Executive Committee, 'EXCOM No. 15 Refugees Without an Asylum Country' (1979) <http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c960/refugees-asylum-country.html > accessed 16 July 2018

UNHCR Türkiye and Türk İçişleri Bakanlığı, 'İltica ve Göç Mevzuatı' (2005) <http://www.goc.gov.tr/files/files/iltica_goc.pdf> accessed 17 July 2018

UNHCR, 'ExCom Conclusion No 58 (XL), "Problem of Refugees and Asylum Seekers Who Move in an Irregular Manner From a Country in Which They Had Already Found Protection"' (1989) <http://www.unhcr.org/4aa77aa09.pdf> accessed 27 August 2018

Wouters CW, *International Legal Standards for the Protection From Refoulement* (Intersentia 2009)

Zimmermann A, Dörschner J and Machts F (eds), *The 1951 Convention Relationg to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol – A Commentary* (Oxford University Press 2011)

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Public and Private International Law Bulletin, 38(1): 41–83

DOI: 10.26650/ppil.2018.38.1.0003
http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/_

Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 12 Mayıs 2018
Kabul: 17 Temmuz 2018

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Yargıtay Uygulamasında Vesayete İlişkin Yabancı Kararların Tanınması Davalarında Karşılaşılan Sorunlar

Nuray Ekşi[1]

Öz
Yabancı vesayet kararlarının Türkiye'de sonuç doğurması için tanıma davasının açılması gerekir. Yargıtay söz konusu kararların Türkiye'de tanınmayacağı anlayışını terk etmiştir. Bununla beraber gerek doktrinde bazı görüşler gerekse Yargıtay kararlarında yabancı vesayet kararlarının tanınması, bu kararların tanımanın önşartları ve esasa ilişkin şartlarından bazılarını yerine getirmediği gerekçesiyle kabul edilmemektedir. Çalışmamızda vesayet kararlarının tanınmasına engel olan sebepler üzerinde durulacaktır. Daha sonra Yargıtay kararları değerlendirilerek yabancı vesayet kararlarının tanınmasında karşılaşılan sorunlara çözüm bulunmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler
Yabancı vesayet kararlarının tanınması • Münhasır yetki • Kamu düzeni

Problems Arisinf from the Recognition of Foreign Guardianship Decisions in the Practice of the Court of Cassation

Abstract
In order for foreign guardianship decisions to have an effect in Turkey, a recognition case must be filed. The Court of Cassation abandoned the notion that such decisions would not be recognized in Turkey. However, some views in the doctrine and Court of Cassation are accepted that these judgments do not fulfill some of the preconditions and legal requirements of the recognition. In this study, we will firstly focus on the reasons that prevent recognition of guardianship decisions. Later, the Court of Cassation judgments will be evaluated and efforts will be made to find solutions to the problems encountered in the recognition of foreign guardianship decisions.

Keywords
Recognition of foreign guardianship decisions • Exclusive jurisdiction • Public policy

1 **Sorumlu Yazar:** Nuray Ekşi (Prof. Dr.), Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ataşehir 34755 İstanbul, Türkiye. Eposta: nurayeksi@gmail.com
Atıf: Nuray Ekşi, 'Yargıtay Uygulamasında Vesayete İlişkin Yabancı Kararların Tanınması Davalarında Karşılaşılan Sorunlar' (2018) 38 PPIL 41, 83. https://dx.doi.org/10.26650/ppil.2018.38.1.0003

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

I. Yabancı Vesayet Kararlarının Türkiye'de Sonuç Doğurması İçin Tenfiz Davası Değil Tanıma Davasının Açılması

Milletlerarası antlaşmalarda aksi öngörülmedikçe, mahkeme kararları, *mahkeme kararı olarak,* sadece verildikleri ülkede hüküm ve sonuç doğururlar. Millî mahkeme kararlarından farklı olarak yabancı mahkeme kararlarının, *mahkeme kararı* olarak verildikleri ülke dışında sonuç doğurabilmesi için, için iki tür dava açılabilir. Bunlardan birincisi, "tanıma davası", ikincisi ise, "tenfiz davası"dır. Tanıma davasının mı yoksa tenfiz davasının mı açılacağı sorusuna, yabancı mahkeme kararının içeriğine bakarak cevap vermek gerekir. O halde yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfiz edilmesi yol ayırımına gelindiğinde, gidilecek yolu belirleyen bizzat yabancı mahkeme kararının kendisidir. Yabancı mahkeme kararının içeriğinde, özünde icra dairesine başvurulmasını gerektiren bir durum varsa o zaman tenfiz davası açılacaktır. Eğer yabancı mahkeme kararının içeriğinde, özünde icra dairesine başvurulmasını gerektiren bir durum yoksa o zaman tanıma davası açılacaktır[3].

Her yabancı mahkeme kararı, Türkiye'de icraî sonuç doğurmaz. Bazı yabancı mahkeme kararlarının, nitelikleri gereği, icra kabiliyetleri yoktur. Bu tür kararlar açısından açılacak olan davanın adı "yabancı mahkeme kararının tanınması" davasıdır. Bununla beraber bazı hallerde işin doğası gereği, icraî nitelik taşısa bile, yabancı mahkeme kararının tenfizi için değil, tanınması için dava açılabilir. Eğer icraî nitelik taşıyan yabancı mahkeme kararının, Türkiye'de, def'i ve ispat vasıtası olarak sonuç doğurması isteniliyorsa, söz konusu kararın tanınması istenebilir[4].

Vesayete ilişkin yabancı ilamların Türkiye'de sonuç doğurması için tanıma davası açılacaktır. Çünkü bu ilamların nitelikleri gereği icraya başvurulmasını gerektiren bir durum yoktur[5].

II. Milletlerarası Antlaşmalarda ve MÖHUK'ta Yabancı Vesayet Kararlarının Türkiye'de Tanınması İçin Gerekli Şartlar

Vesayete ilişkin olarak yabancı ülkelerde verilen kararların Türkiye'de sonuç doğurmasına ilişkin hükümler bazı milletlerarası antlaşmaların yanı sıra 5718 sayılı MÖHUK'da yer almaktadır. Bu başlık altında önce söz konusu antlaşmalarda yer alan vesayet kararlarının tanınmasına ilişkin hükümler açıklanacak, daha sonra MÖHUK'da yer alan tanımaya ilişkin hükümlerin yabancı ülkelerde verilen vesayet kararlarının Türkiye'de tanınması açısından uygulanması üzerinde durulacaktır.

3 Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Beta 2013) 1-4.

4 Aysel Çelikel, "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Müktesep Haklar Nazariyesi" (1963) 29 İÜHFM 245.

5 Ekşi (n 1) 4-5.

A. Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme uyarınca vesayet kararlarının Türkiye'de tanınması için gerekli şartlar[6]

5 Ekim 1961 tarihinde Lahey'de imzaya açılan Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme (Convention of 5 October 1961 Concerning the Powers of Authorities and the Law Applicable in Respect of the Protection of Infants), Türkiye tarafından 1983 yılında onaylanmıştır[7]. Kısaca "1961 Lahey Sözleşmesi" olarak anılan Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme[8] mutad meskeni akit devletlerden birinde olan küçüklerin şahsını veya mallarını korumaya yönelik tedbirlere ilişkin olarak makamların yetkisini, uygulanacak hukuku, tanıma ve tenfiz konularını düzenlemektedir. 1961 Lahey Sözleşmesi, mutad meskeni âkit devletlerden birinde bulunan küçüklere uygulanır. Âkit devletlerden birinde bulunan küçüğün vatandaşlığı önem taşımamaktadır. Bununla beraber, her âkit devlet, Sözleşme'nin uygulanmasını âkit devletlerden birinin vatandaşı olan küçükler ile sınırlamak hakkına sahiptir (md. 13). Türkiye, Sözleşme'nin uygulanmasına bu yönde bir sınırlama getirmemiştir. Sözleşme'de "küçük" kavramı kullanılmasına rağmen yaş belirtilmemiştir. Sözleşme'nin 12. maddesi uyarınca, "küçük" deyiminden, gerek vatandaşı olduğu devletin iç hukukuna gerekse mutad meskenin bulunduğu devletin iç hukukuna göre bu niteliğe sahip kimseler anlaşılacaktır. Sözleşme'nin 12. maddesinde, küçüğün hem mutad meskeni hem de vatandaşı olduğu devletin hukukuna göre küçük olması şartı arandığından bunlardan sadece birine göre küçük olanlar, Sözleşme kapsamı dışında kalacaktır. Sözleşme, küçüklerin şahsını ve mallarını korumaya yönelik tedbirleri almaya yetkili makamları ve uygulanacak hukuku düzenlemiştir. Bu bağlamda vesayetin yanı sıra velayete ilişkin hususlar da Sözleşme'nin uygulama alanına girmektedir[9].

Sözleşme'nin 7. maddesinde, doğrudan tanıma düzenlenmiş; ancak doğrudan tenfiz kabul edilmemiştir. Sözleşme'nin 7. maddesine göre, yetkili makamlar tarafından bu Sözleşme uyarınca alınmış olan tedbirler, bütün âkit devletlerde tanınır. Bununla beraber, söz konusu tedbirlerin alındıkları devletten başka bir devlette icra edilmelerinin gerekmesi halinde bunların tenfizi, tenfizin talep edildiği devletin iç hukukuna göre veya uluslararası sözleşmelere göre yapılır.

Doğrudan tanımaya 8. madde ile bir istisna getirilmiştir. Bu maddeye göre, küçüğün mutad meskeninin bulunduğu devletin makamları, küçüğün şahsı veya malları ciddi bir tehlikeye maruz kaldığı takdirde, koruma tedbirleri alabilirler. Diğer

6 Bu başlık altında verilen bilgiler Ekşi (n 1) 353-362'den alınmıştır.

7 RG 21.2.1983/17966.

8 Bu Sözleşme'nin yerini, 1996 Çocukların Korunmasına Dair Alınacak Önlemler ve Ebeveynlerin Sorumluluğu Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfız ve İşbirliği Sözleşmesi almıştır. Türkiye, 1996 Sözleşmesi'ne taraf değildir.

9 Ekşi (n 1) 353-354; Nihal Uluocak, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri* (Filiz Kitabevi 1989) 34.

âkit devletlerin makamları bu tedbirleri tanımakla yükümlü değildir. Doğrudan tanımaya ilişkin diğer bir istisna 9. maddede yer almaktadır. Bu madde uyarınca, acele durumlarda, ülkesinde küçüğün veya ona ait malların bulunduğu her âkit devletin makamları, gerekli koruma tedbirlerini alırlar. Alınan tedbirler, doğurdukları kesin etkiler saklı kalmak üzere, bu Sözleşmeye göre yetkili olan makamların durumun gerektirdiği tedbirleri alması ile sona erer.

Doğrudan tanımayı engelleyecek tek husus, kamu düzenidir. Sözleşme'nin 16. maddesine göre, bu Sözleşme hükümleri âkit devletlerde ancak uygulanmaları kamu düzenine açıkça aykırı olduğu takdirde bertaraf edilebilir. Küçüğe vasi atanması da, Sözleşme'nin kapsamına giren bir tedbir kararıdır. Doktrinde, ana babası olmayan küçük çocuğa vasi tayinine ilişkin olarak âkit devletlerde verilen kararların Türk kamu düzenine aykırı olmaları sebebiyle Sözleşme'nin tanımaya ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağı ve söz konusu kararların tanınmayacağı; Sözleşme'nin 16. maddesinin bu olanağı tanıdığı ifade edilmiştir[10]. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Sözleşme'nin düzenlediği küçüğün şahsını ve mallarını korumak için alınacak tedbirlerin tamamı, Türk hukukunda mutlak emredici kurallarla düzenlenmiş ve kamu düzeni kapsamına giren hususlardır. Sözleşme ile âkit devletler, karşılıklı olarak sözleşmede yer alan makamlarca verilen kararları doğrudan tanımayı taahhüt etmişlerdir. Türk vesayet makamlarının kontrol ve denetiminin yokluğu gerekçesiyle Sözleşme'nin 16. maddesi uyarınca kamu düzenine istinaden küçüğün mutad meskeninin bulunduğu âkit devlette verilen vesayet kararının tanınmayacağı söylenemez. Zaten küçüğün şahsını ve mallarını koruma kararlarını hangi makamların alacağı Sözleşme'de düzenlenmiş ve makamlar tarafından alınan tedbirlerin doğrudan tanınması kabul edilmiştir. O halde, 16. maddenin hangi hallerde uygulanacağını her somut olay açısından ayrıca değerlendirmek gerekir. Sözgelimi, âkit devletin yetkili makamının, çocuğun dilini bilmeyen, onunla iletişim kuramayacak birini vasi olarak ataması kamu düzenine aykırı görülebilir.

Tanımanın hangi makam tarafından yapılacağı konusunda Sözleşme'de bir açıklık yoktur. Doktrinde, Sözleşme'de kabul edilen "doğrudan tanıma usulünü" uygulayacak makamın, Türk mahkemeleri olduğu belirtilmiştir[11].

Sözleşme kapsamında adlî veya idarî makam tarafından alınan tedbirin tanınması için, bu tedbirin Sözleşme hükümleri uygulanarak alınması gerekir. Nitekim Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 28.3.1996 tarihli kararında[12], Türkiye'de tanınması ve tenfizi istenilen kararın Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisi ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme çerçevesinde alındığının belli olmadığını;

10 Cemile Demir Gökyayla, "Milletlerarası Özel Hukukta Vesayet" (2011) 1 GÜHFD Atâ Sakmara'a Armağan 425.

11 Ebru Şensöz, "Türkiye'nin Taraf Olduğu Bazı Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma Usulü" (2012) 2 İTİCUSBD 10. Yıl'a Armağan 430; Hanswerner Odendahl, "Aile Hukukunda Yeni MÖHUK'nun Etkileri" (Haydar Sığınak, Tijen Kortak tr, 2010 Fırat Öztan'a Armağan) 1494-1495.

12 Y. 2. HD, E. 1996/1536, K. 1996/3341, T. 28.3.1996. Bkz. Nuray Ekşi, *Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları* (Beta 2007) 270.

bu nedenle tanıma talebini MÖHUK kapsamında inceleyen ilk derece mahkemesi kararının yerinde olduğunu ifade etmiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 28.10.1998 tarihli kararında da ifade edildiği üzere, küçüğün şahsının veya mallarının korunmasına ilişkin olarak âkit devlet mahkemelerince verilen kararların doğrudan tanımaya konu olabilmesi için, karardan, Sözleşme'nin uygulandığının anlaşılması gerekir[13]. Aksi halde, kararın tanınması ve tenfizine, Sözleşme değil, MÖHUK hükümleri uygulanacaktır.

Küçüğün vatandaşı olduğu devlet makamları tarafından verilen tedbir kararlarının, küçüğün mutad meskeninin bulunduğu diğer bir âkit devlette icrası gerekebilir. Böyle bir durumda çocuğun vatandaşı olduğu devletin makamları ile çocuğun mutad meskeninin bulunduğu âkit devletin makamları işbirliği yapabilir. Sözleşme'nin 6. maddesine göre, küçüğün vatandaşı olduğu devlet makamları, küçüğün mutad meskeninin veya mallarının bulunduğu devlet makamları ile anlaşarak alınmış tedbirlerin uygulanmasını bu makamlara bırakabilir. Küçüğün mutad meskeninin bulunduğu devlet makamları da, küçüğün mallarının bulunduğu devlet makamları karşısında aynı yetkiye sahiptir. Ancak çocuğun vatandaşı olduğu devletin makamları ile çocuğun mutad meskeninin bulunduğu âkit devletin makamları arasında işbirliği sağlanamaması halinde, Sözleşme'nin 7. maddesi devreye girecektir.

Daha önce ifade edildiği üzere, Sözleşme'nin 7. maddesinde, küçüğün mutad meskeninin bulunduğu devletin ya da küçüğün vatandaşı olduğu devletin mahkemeleri ve idarî makamları tarafından küçüğü ve mallarını korumak üzere verilen kararların diğer âkit devletlerde kendiliğinden tanınması öngörülmüştür. Sözleşme'nin 7. maddesinde öngörülen "doğrudan tanıma", hem idarî makamların hem de mahkemelerin kararları açısından söz konusudur. Buna karşın, velayet kararlarında olduğu gibi, idarî makamlar veya mahkemeler tarafından alınan kararların icrası gerekiyorsa, bu durumda tenfiz yoluna gidilecektir. Konvansiyon, küçüklerin sadece şahsını değil malvarlığını da korumak amacıyla hazırlandığından tenfizi gerekli kılan durumlar da olabilecektir. Sözleşme'nin 7. maddesinde "doğrudan tenfiz" kabul edilmemiş; diğer âkit devletlerin yetkili makamları tarafından verilen kararların tenfizi, tenfiz devletinin iç hukukuna ve taraf olduğu antlaşmalara bırakılmıştır. Sözleşme'nin 7. maddesine göre, yetkili makamlar tarafından bu Sözleşme uyarınca alınmış olan tedbirler, bütün âkit devletlerde tanınır. Bununla beraber, söz konusu tedbirlerin alındıkları devletten başka bir devlette icra edilmelerinin gerekmesi halinde bunların tanınması ve tenfizi, talep edildiği devletin iç hukukuna ya da uluslararası sözleşmelere tabidir.

13 Y. 2. HD, E. 1998/10047, K. 1998/11606, T. 28.10.1998 Bkz. Ekşi (n 10) 334.

B. Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme

Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki Uygulanacak Hukuk, Tanıma Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme[14], velayet sorumluluğu ve çocukların korunması için alınacak tedbirler hakkında yetkili makamlar, uygulanacak hukuk, tanıma ve tenfiz ve âkit devletler arasında işbirliğine ilişkidir. Sözleşme açısından çocuk, henüz 18 yaşını doldurmamış olan kimsedir (md. 2). Sözleşmenin kapsamına vesayet de dahildir[15]. Sözleşme'nin 3(1). maddesinin (c) bendinde vasilik, kayyımlık[16] ve benzer kurumlara ilişkin tedbirlerin de Sözleşme'nin kapsamına girdiği ifade edilmiştir. Konvansiyon, çocukların sadece şahsını değil malvarlığını da korumak amacıyla hazırlandığından tenfizi gerekli kılan durumlar da olabilecektir. Sözleşme'nin 23-28. maddeleri arasında tanıma ve tenfiz düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 23(1). maddesi uyarınca çocuğun şahsının veya mallarının korunması için alınacak tedbirlerin kendiliğinden tanınması kabul edilmiştir. Bununla beraber bir âkit devlette alınan önlemin diğer âkit devletlerde tanınması veya tanınmamasına ilişkin karar verilmesi için dava açılabilir. Böyle bir durumda 23(2). maddede sayılan sebeplerden biri varsa, bir âkit devlette alınan önlemin diğer âkit devlette tanınması reddedilebilir. Bu sebepler şunlardır: önlemin, Sözleşme uyarınca yetkili olmayan makamlarca verilmemiş olması; önleme karar verilirken temel usul kurallarının ihlal edilmiş olması; çocuğun üstün yararı dikkate alınarak böyle bir önlemin tanınmasının kamu düzenine aykırı olması; tanınması istenilen önlemin, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlette alınan önlemle çatışması. Bir âkit devlette alınan önlemin diğer âkit devlette tenfiz edilebilmesi için, önlemin tescil edilmesi veya ilan edilmesi gerekir (md. 26). Gerek tanımada gerekse tenfizde revizyon yasağı vardır (md. 27).

C. Yetişkinlerin Uluslararası Korunmasına Dair Konvansiyon uyarınca vesayet kararlarının tanınması

1999 yılında yapılan Yetişkinlerin Uluslararası Korunmasına Dair Konvansiyon (Convention on the International Protection of Adults), kişisel melekelerinde meydana gelen yetersizlik (insufficiency) veya bozukluk (impairment) dolayısıyla kendilerini koruyamayacak durumda olan yetişkinlere uygulanmaktadır. Sözleşmenin uygulanabilmesi için yetişkinlerin kişi hakları veya malvarlıklarının korunmasına ilişkin hukuki sorunun milletlerarası unsur içermesi gerekmektedir (md. 1). Lahey Sözleşmesi açısından 18 yaşını doldurmuş olanlar yetişkin olarak kabul edilmiştir.

14 RG 22.5.2016/29719.

15 Nihal Uluocak, "Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanacak Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi" (1996) 16 MHB 121.

16 Vesayette şahsın ehliyetinin kısıtlanması söz konusuyken kayyımlıkta kendisine kayyım atanan şahsın fiil ehliyeti sınırlandırılmaktadır. Mustafa Dural, Tufan Öğüz and Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku,* vol 3 (13th edn Filiz Kitabevi 2018) 455; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6th edn Turhan 2015) 1325; Ekrem Yıldız, Serhan Gürsoy, *Türk Vesayet Hukuku Yargılama Usul ve Esaslar* (Vedat 2010) 22.

Bununa beraber Sözleşme, adı geçen önlemler alındığı sırada 18 yaşına erişmemiş bulunan yetişkinler hakkında alınacak önlemler bakımından da uygulama alanı bulacaktır (md. 2). Yetişkinlerin kısıtlanması ve vesayet altına alınması da Lahey Sözleşme'nin kapsamına giren bir konudur (md. 3). Lahey Sözleşmesi yetişkinlerin korunmasına ilişkin milletlerarası nitelikli uyuşmazlıklarda milletlerarası yetki, uygulanacak hukuk, tanıma ve tenfiz, âkit devletler arasında işbirliği konularını düzenlemektedir. Türkiye, Lahey Sözleşmesi'ne taraf değildir[17]. Bu nedenle âkit devletlerde verilen vesayet kararlarının Türkiye'de tanınması için açılan davalarda Türk mahkemeleri Lahey Konvansiyonu'nu uygulamayacaktır.

Konvansiyon'un 22. maddesinin (1). fıkrası uyarınca yetişkinlerin korunmasına ilişkin olarak bir âkit devlette alınan önlemler diğer âkit devletlerde doğrudan tanınacaktır. Söz konusu önlemlerin tanınması için ayrıca dava açılmasına veya başka bir usulün izlenmesine gerek yoktur. Bununla beraber Konvansiyon'un 23. maddesinde belirsizliği önlemek amacıyla bir âkit devlette alınan önlemlerin diğer âkit devlette tanınmaması veya tanınması için dava açma olanağı tanınmıştır. Ancak bir âkit devlette alınan önlemin tanınması veya tanınmaması için açılacak davada Konvansiyon'un 24. maddesinde revizyon yasağı yani esasa girme yasağı öngörülmüştür. Ayrıca 22. maddenin (2). fıkrasında koruma önlemlerinin yetkili makamlarca alınmamış olması, savunma hakkına uyulmamış olması, önlemlerin birbiriyle çelişmesi, önlemin Sözleşme'de öngörülen usulde alınmamış olması, alınan önlemin tanıma devletinin kamu düzenine ve müdahaleci normlarına aykırı olması halinde önlemin tanınmayacağı ifade edilmiştir.

Konvansiyon'un 25-27. maddelerinde bir âkit devlette alınan önlemlerin diğer âkit devletlerde tenfizi düzenlenmiştir. Konvansiyon, yetişkinlerin sadece şahsını değil malvarlığını da korumak amacıyla hazırlandığından tenfizi gerekli kılan durumlar da olabilecektir. Konvansiyon'un 25. maddesi uyarınca bir âkit devlette alınan önlemlerin diğer âkit devletlerde tenfiz edilebilir olduğuna ilişkin bir beyan veya tenfiz kararının tescili (declared enforceable or registered for the purpose of enforcement) yeterlidir. Diğer bir ifadeyle, bir âkit devlette alınan önlemin diğer âkit devlette icraya konulabilmesi için söz konusu önlemin icra edilebilir olduğunun ilanı veya icra edilebilir olduğunun tescili yeterlidir. Konvansiyon'un 25. maddesi uyarınca 22. maddenin (2). fıkrasında yer alan ve tanımayı önleyen sebepler tenfize tabi önlemler için de geçerlidir. Başka bir anlatımla ilân ya da tescil talebinin, 22. maddenin 2. fıkrasında yer alan sebeplerden birinin varlığına dayanılarak reddedilebilmesi de mümkündür[18]. Konvansiyon'un 26. maddesinde tenfiz davasında da revizyon yasağı öngörülmüştür. Konvansiyon'un 27. maddesi uyarınca diğer bir âkit devlet makamlarınca verilen ve tenfizi ilan veya tescil edilen önlemler tıpkı kendi makamlarınca verilmiş gibi icra edilecektir.

17 Lahey Sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fügen Sargın, "Yetişkinlerin Milletlerarası Plânda Korunmasına Dair La Haye Sözleşmesi" (2003) 52 AÜHFD 1-75.

18 Sargın (n 15) 59.

D. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkına Kanun vesayet kararlarının Türkiye'de tanınması için gerekli şartlar

5718 sayılı MÖHUK'un 50-59. maddeleri arasında yer alan hükümler, yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını ve tenfizini düzenlemektedir. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu[19] ile Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte[20] tanıma ve tenfize ilişkin hükümler yer almaktadır. Ancak 5490 sayılı Kanun ve bu Kanun'un uygulama yönetmeliğinde vesayet kararlarının tanınmasına ilişkin özel hüküm yoktur. Bununla beraber 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun nüfus kütüğüne kaydedilecek bilgileri düzenleyen 7(1). maddesinin (h) bendine 2017 yılında eklenen hüküm uyarınca velayet ve vesayete ilişkin bilgiler de nüfus kütüğüne yazılacaktır. O halde yabancı mahkemece verilen vesayet kararının nüfus kütüğüne yazılabilmesi için Türk mahkemesince tanınmış olması gerekir. Ayrıca iki taraflı adli yardımlaşma antlaşmalarının önemli bir kısmında[21] yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Türkiye, yalnızca yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen çok taraflı milletlerarası bir antlaşmaya taraf değildir. Bununla beraber, Türkiye'nin taraf olduğu bazı milletlerarası antlaşmalarda, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi de düzenlenmiştir[22]. Yukarıda incelenenler hariç iki veya çok taraflı milletlerarası antlaşmalarda vesayet kararlarının tanınmasına ilişkin özel hükümlere yer verilmemiş olduğundan bu kısımdaki değerlendirmelerimiz 5718 sayılı MÖHUK'da yer alan tanımaya ilişkin hükümlerle sınırlı olarak yapılacaktır.

Yabancı mahkeme tarafından verilen kararın Türkiye'de tanınması için 5718 sayılı MÖHUK'un 50. maddesinde belirtilen önşartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar şunlardır: (1) kararın yabancı mahkeme tarafından verilmesi; (2) yabancı mahkeme kararının özel hukuka ilişkin olması; (3) yabancı mahkeme kararının kesinleşmiş olması. Yabancı mahkeme kararının tanınması için aranılan önşartların gerçekleşip gerçekleşmediğini mahkeme resen inceleyecektir. Önşartlardan birinin veya tamamının bulunmadığını taraflardan birinin öne sürmesine gerek yoktur[23].

MÖHUK'un 58. maddesinde yabancı ilamların tanınmasının esasına ilişkin şartları açısından MÖHUK'un 54. maddesine atıfta yapılmış; ancak 54. maddede yer alan şartlardan mütekabiliyet ilkesinin yabancı ilamların tanınmasında uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Yabancı mahkeme ilamının tanınması için ilâmın, (1) Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması, (2) davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir

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

20 RG 23.11.2006/26355.

21 İki taraflı adli yardımlaşma anlaşmalarında yer alan tanıma ve tenfize ilişkin hükümler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ekşi (n 1) 417-478.

22 Ekşi (n 1) 31-35.

23 Ekşi (n 1) 109.

ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması; (3) kamu düzenine aykırı olmaması, (4) davalının itiraz etmesi şartıyla yabancı mahkeme tarafından savunma haklarının ihlal edilmemiş olması gerekir.

III. Türk vatandaşları hakkında yabancı mahkemelerce verilen vesayet kararlarının Türkiye'de tanıma davalarına konu olamayacağına ilişkin Yargıtay uygulaması ve bu uygulamadan vazgeçilmesi

Yargıtay önceleri Türk vatandaşları hakkında yabancı mahkemelerce verilen vesayet kararlarının tanınmayacağı görüşündeydi. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 18 Kasım 2009 tarihinde verdiği kararında Alman mahkemesince bir Türk vatandaşına vasi tayinine ilişkin olarak verilen kararın Türk mahkemelerinin bu konudaki yetkisinin münhasır olması; vasinin bazı işlemleri yapabilmesi için vesayet ve denetim makamlarından izin almasının gerekmesi; vasi atama ve denetim makamının da Alman mahkemeleri olması; söz konusu kararın tanınmasının Türk mahkemelerini vesayet ve denetim makamı durumuna getirmemesi sebebiyle Türkiye'de tanınmayacağı sonucuna varmıştır[24]. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de 8 Şubat 2011 tarihli kararında Türk vatandaşları hakkında, yabancı mahkemelerce verilen vesayete ilişkin kararların tanımayacağı sonucuna varmıştır[25].

Ancak aşağıda incelenen kararlardan da anlaşılacağı üzere Yargıtay daha sonra yanlış olan bu uygulamasından vazgeçmiştir. Fakat Yargıtay yabancı mahkemelerce vesayete ilişkin olarak verilen kararların iki kısmı olduğunu belirtmiştir. Birinci kısım kişinin ehliyetinin kısıtlanmasına; ikinci kısım ise vesayetin yönetimine ilişkindir. Yargıtay, muhtelif kararlarında, yabancı mahkemelerce verilen vesayet kararlarının sadece şahsın ehliyetinin kısıtlanmasına ilişkin kısmının Türkiye'de tanınabileceğini ifade etmiştir. Ancak Yargıtay, vesayet kararının Türk vatandaşına ilişkin olup olmadığına bakmaksızın vesayetin yönetimine ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınmayacağını kabul etmektedir. Yargıtay, muhtelif içtihatlarında vesayetin yönetimine ilişkin olarak yabancı mahkemelerce verilen kararların, "ilam" niteliği taşımadıklarını ve idari nitelikte olduklarını; bu nitelikleri gereği MÖHUK'un 50. maddesi anlamında mahkeme kararı olarak kabul edilemeyeceklerini ve dolayısıyla 50. madde uyarınca tanınmayacaklarını ifade etmiştir. Yargıtay'ın bu uygulamasına katılmak mümkün değildir. Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

24 HGK, E. 2009/2-557, K. 2009/527, T. 18.11.2009: Nuray Ekşi, *Milletlerarası Özel Hukuk Pratik Çalışma Kitabı I (Kanunlar İhtilafı Kurallarına ve Milletlerarası Usul Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları)* (4th edn Beta 2018) 286-290.

25 Y. 2. HD, E. 2010/22916 K. 2011/1898 T. 08.02.2011. Kat maliklerince kat irtifakına geçilmek üzere işlemlerin başlatıldığı, ancak hakkında temsil kayyımı istenilenin imzasının alınamaması, temsilcisinin bulunmaması nedeniyle bu işlemlerin tamamlanamadığı, sunulan bir kısım belgelerden ise; adı geçenin Almanya'da yaşadığı, kendisine vasi tayin edildiği anlaşılmaktadır. Öte yandan Türk vatandaşları hakkında yabancı mahkemelerce verilen vesayete ilişkin kararların tanıma ve tenfize konu olamayacağı da açıktır. Ayrıca bkz. HGK E. 2-280 K. 326 T. 8.7.2009, HGK E. 2-557 K. 527 T. 18.11.2009.

IV. Yabancı vesayet kararlarının tanınması davalarında sorun yaratan hususlar

A. Tanımanın Önşartları Açısından Sorun Yaratan Hususlar

1. İdari makamlarca verilen vesayet kararları.

5718 sayılı MÖHUK'un 50. maddesinde *yabancı mahkemeler* tarafından verilmiş *ilâmlardan* söz edilmiştir. O halde bu hükümden hareketle, ilamı veren birimin mutlaka *mahkeme* olması gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Türkiye'de tanınması veya tenfizi istenilen kararın, bir *mahkeme* tarafından verilip verilmediği, kararın verildiği ülke hukukuna göre tayin edilecektir. Yabancı ülkelerde verilen adlî olmayan kararların MÖHUK kapsamında tanınması ya da tenfizi mümkün değildir[26]. Nitekim bu sorun Türk mahkemelerinin önüne özelikle bazı ülkelerde belediyeler, kral, nüfus müdürlüğü[27], kilise ve sinagoglarda olduğu gibi dinî ve yönetim makamları tarafından verilen idarî nitelikteki boşanma kararlarının tanınması için açılan davalarda gelmiştir[28]. Yargıtay, tanınması ya da tenfizi istenilen kararın, yabancı bir *mahkeme* tarafından verilmesini aramaktadır. Yargıtay, yabancı ülkelerdeki adlî olmayan makamlardan verilen kararların tanınması veya tenfizi taleplerini MÖHUK'un 50. maddesindeki önşartın yokluğu sebebiyle reddetmektedir.

Bazı ülkelerde vesayet kararları, noterler tarafından verilebilmektedir. Nitekim İstanbul 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2010/5 Esas sayılı dosyası üzerinden yürütülen ve bilirkişi olarak atandığımız dosyada Almanya-Münsingen Noteri tarafından VG Nr. 11/2009 sayılı dosya üzerinden verilen vasi atama kararının Türkiye'de tanınması için dava açılmıştır. Dava konusu olayda, davacı, vekili, 31.8.2009 tarihli dilekçesinde, özetle, Münsingen-Almanya'da oturan *Fadime Birinci*'nin, aynı adreste oturan ve Tercan-Erzincan nüfusuna kayıtlı babası *Eyyup Birinci*'ye Münsingen Vesayet Makamı'nın kararı ile vasi olarak atandığını; Türkiye'de gerekli işlemlerin yapılabilmesini temine yönelik olarak Münsingen Vesayet Makamı tarafından verilen vasi tayini kararının Türk hukukuna göre tanınması ve tenfizini talep etmiştir. Dilekçesinin ekinde, Münsingen Vesayet Makamı kararını ve noter tasdikli tercümesi ile vesayet altına alınan *Eyyup Birinci*'ye ait sağlık raporunun Stuttgart Başkonsolosluğu tarafından yapılmış Türkçe tercümesini ibraz etmiştir. Sağlık raporunun aslı ise dosyaya ibraz edilmemiştir. Metnin aslı olmadan sadece Türkçe tercümesinin ibraz edilmiş olması önemli bir usuli eksiklikti. Üstelik sağlık raporunun Türkçe tercümesinin ilk sayfasında sağ

26 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ekşi (n 1) 109 vd.

27 Nüfus Hizmetleri Kanunu'na 2006 yılında eklenen bir maddeyle yabancı ülke adlî veya idarî makamlarınca boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin olarak verilen kararların bizzat veya vekilleri aracılığıyla tarafların birlikte başvurması, verildiği devlet kanunlarına göre konusunda yetkili adlî veya idarî makam tarafından verilmiş, usulen kesinleşmiş olması ve Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması şartlarıyla nüfus kütüğüne tesciline izin verilmiştir. Bkz. 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Hakkında Kanun md. 27A (RG 29.4.2006/26153); Yabancı Ülke Adlî veya İdarî Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmelik (RG 7.2.2018/30325).

28 İzzet Doğan, *Öğreti ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku* (Seçkin 2010) 209.

tarafta dikdörtgen içine alınmış yazıda "bu rapor yalnızca hastanın doktorunun alacağı enformasyon için düzenlenmiştir. Raporun hastaya ve tıbbi nitelik taşımayan kurumlara verilmesi caiz değildir Ceza Yasası madde 203" ifadesi yer almaktaydı. İstanbul 1. Asliye Hukuk Mahkemesince 2010/5 Esas sayılı dosyası üzerinden verilen karara ulaşılamamıştır. Bilirkişi olarak yazdığım raporunda, vesayet kararının noter tarafından verilmiş olması söz konusu kararın tanınmasına engel bir hususu olarak değerlendirilmemiştir. Ancak bilirkişi raporunda ihtilafsız kaza mahkemesi sıfatıyla görev yapan Almanya-Münsingen Noteri tarafından verilen kararda vasinin görevlerinin tahdidi olarak sayılması; sayılan görevler arasında gayrimenkullerden söz edilmemesi; davacı vekilinin dilekçesinin aksine, dosyada, gayrimenkullerle ilgili işlem yapma konusunda vesayet makamı tarafından vasiye verilen izne ilişkin bir belge bulunmaması sebebiyle kararın tanınmasının kamu düzenine aykırı olduğu; ihtilafsız kaza mahkemesi sıfatıyla görev yapan Almanya-Münsingen Noteri tarafından verilen vasi atama kararı, kesinleşme şerhini taşımadığından tanınmasının mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır. Bilirkişi olarak yazdığımız raporun vesayet kararının noter tarafından verilmesine ilişkin kısımları aynen şöyledir:

> Dava, İhtilafsız Kaza Mahkemesi sıfatıyla görev yapan Almanya-Münsingen Noteri tarafından VG Nr. 11/2009 sayılı dosya üzerinden verilen vasi atama kararının Türkiye'de sonuç doğurması için açılmıştır. MÖHUK'un 50. maddesi uyarınca tanıma davasına konu olan kararın yabancı *mahkeme* tarafından verilmesi gerekir. Türkiye'de tanınması veya tenfizi istenilen kararın, bir *mahkeme* tarafından verilip verilmediği, kararın verildiği ülke hukukuna göre tayin edilecektir. Karar, ihtilafsız kaza mahkemesi sıfatıyla görev yapan Almanya-Münsingen Noteri tarafından verilmiştir. O halde Alman Münsingen Noterinin ihtilafsız kaza mahkemesi sıfatıyla yargılama yapıp yapamayacağı Alman hukukuna göre belirlenecektir. Kararı veren noterin Baden Württemberg Eyaletinde'dir. Baden Württemberg Eyaletinde, diğer eyaletlerden farklı olarak noterler vasi atama kararı vermektedir. Noterler bu görevi mahkeme sıfatıyla yapmaktadırlar. Baden Württemberg Eyaletinde, vesayet kararını mahkemeden almak mümkün değildir. Çünkü bu karar sadece noterler tarafından verilmektedir. Ayrıca Almanya'nın diğer eyaletlerinden farklı olarak Baden Württemberg Eyaletinde, noterler devlet memuru olarak atanırlar. Nitekim Baden Württemberg Eyaleti İhtilafsız Kaza Kanunu'nun (Baden Württemberg Landesgesetz Freiwillige Gerichtsbarkeit) § 36 ve § 37'de noterlerin de vasi atama yetkisine ilişkin açık hüküm bulunmaktadır.

Baden Württemberg Eyaletinde noterlere ilişkin düzenlemede 2017 yılında değişiklik yapılmış; noterlerin durumu diğer eyaletlerdeki noterlerle aynı konuma getirilmiştir.

2. Vesayetin yönetimine ilişkin yabancı mahkeme kararlarının kazai nitelik taşımamalar sebebiyle tanınmayacağına ilişkin Yargıtay uygulaması.

Yargıtay'ın vesayetin yönetimiyle ilgili yabancı mahkeme kararlarının tanınmayacağına ilişkin içtihatları istikrar kazanmıştır. Yargıtay kısaca "vesayetin yönetimi" olarak ifade ettiği kısıtlının kişiliği, bakımı, sağlığı, eğitimi, temsili, malvarlığının yönetimi, vasinin, vesayet ve denetim makamının görev, yetki ve

sorumlulukları hakkında yabancı mahkemelerce verilen kararların tanınmayacağı görüşündedir. Yargıtay, bu görüşüne dayanak olarak iki hususa yer vermektedir. Birincisi vesayetin yönetimine ilişkin kararların idari nitelikte kararlar olduğu ve kazai nitelik taşımadığıdır. Yargıtay, MÖHUK'un 50. maddesinde tanıma ve tenfize konu olan kararların kazai nitelikte olması arandığından idari nitelik taşıyan vesayetin yönetimine ilişkin kararların tanınmayacağını ifade etmiştir. Yargıtay'ın dayandığı ikinci husus, MÖHUK'un 10. maddesinde yalnızca vesayet sebepleri açısından ilgilinin milli hukukunun uygulanacağı; sebepler dışında kalan hususlarda yani vesayetin yönetimine ilişkin konularda Türk hukukunun uygulanacağının belirtilmesi karşısında sebeplere ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması; buna karşın yönetime ilişkin yabancı mahkeme kararlarının ise tanınmaması gerekir. Yargıtay'a göre, MÖHUK'un 10. maddesinde vesayette uygulanacak hukuk yönünden ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir. MÖHUK'un 10(1). maddesinde kısıtlama kararı verilmesi ya da verilen kısıtlama kararının kaldırılmasında, ilgili kişinin milli hukuku yetkili hukuk olarak belirlenmesine karşın, MÖHUK'un 10(3). maddesinde ise kısaca vesayetin yönetimi olarak ifade edilebilecek olan kısıtlının kişiliği, bakımı, sağlığı, eğitimi, temsili, malvarlığının yönetimi, vasinin, vesayet ve denetim makamının görev, yetki ve sorumlulukları hakkında ise Türk hukuku yetkili kılınmıştır[29].

> *18. HD, E. 2013/16914, K. 2014/5145, T. 20.03.2014*: […] Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkilinin babasının Münih (Almanya) Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından vesayet altına alınıp kendisinin babasına vasi tayin edildiğini ve babasının menfaatine olan işleri Türkiye'de yapabilmesi için vasi tayini kararının mahkemece tanınmasına ve tenfizine karar verilmesini istemiş, mahkemece konunun Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi kapsamına girdiği, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine dahil bir konuda, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfzine karar verilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.
>
> […] 5718 sayılı MÖHUK'un […] 10/1 ve 3. maddelerinde de vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebeplerinin, hakkında vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi istenen kişinin millî hukukuna bağlı olduğu, vesayet veya

29 Y. 18. HD, E. 2014/13941, K. 2014/15498, T. 04.11.2014. Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkilinin, halen Avusturya vatandaşı olan ve kendisine kronikleşmiş şizoafektif bozukluk tanısı konan *G.F.*'ye Avusturya Schwaz Bölge Mahkemesi tarafından kayyım olarak atandığını, kısıtlının Türkiye'de bulunan taşınmazları üzerinde kısıtlı adına ve onu temsilen tasarruf edilebilmesi için kayyım tayini kararının mahkemece tanınmasına karar verilmesini istemiş, mahkemece konunun Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi kapsamına girdiği, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine dahil bir konuda, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine karar verilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. […] Yasanın 10(1) ve 3. maddesinde vesayette uygulanacak hukuk yönünden ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Yasada kısıtlama kararı verilmesi ya da verilen kısıtlama kararının kaldırılmasında, ilgili kişinin milli hukuku, yetkili hukuk olarak belirlenmesine karşın, kısaca vesayetin yönetimi olarak ifade edilebilecek olan kısıtlının kişiliği, bakımı, sağlığı, eğitimi, temsili, malvarlığının yönetimi, vasinin, vesayet ve denetim makamının görev, yetki ve sorumlulukları hakkında ise Türk Hukuku yetkili kılınmıştır. Yargıtay uygulamalarında vesayetin yönetimi ile ilgili kararların idari nitelikte kararlar olduğu kazai nitelik taşımadığı ve bu nedenle temyiz edilemeyeceği kabul edilmektedir. 5718 sayılı Yasanın 50. maddesi uyarınca yabancı mahkemelerce verilen ve kesinleşen ilamlar tenfiz ya da tanımaya konu olabileceğinden vesayetin yönetimi hakkındaki kararların belirtilen nitelikleri itibariyle (ilam vasfı taşımadıklarından) tanınması da mümkün değildir. Esasen Hukuk Genel Kurulunca kısıtlama kararlarının (vasi atanması kararları) tanınamayacağı kabul edilirken, açıklanan gerekçe, vesayetin yönetimi hakkındaki kararlar nedeniyle doğabilecek olası sakıncaların giderilmesi amaçlanmıştır. Yasa koyucu da Hukuk Genel Kurulunun kararında belirtilen muhtemel sakıncaları önlemek amacıyla 5718 sayılı Yasanın 10(3). maddesi hükmünü düzenlemiş, Türk hukukunu yetkili kılmıştır". Aynı yöndeki diğer bir karar için bkz. Y. 18. HD, E. 2015/5194 K. 2015/18432 T. 14.12.2015.

kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri dışında kalan bütün kısıtlılık veya vesayete ilişkin hususların ve kayyımlığın Türk hukukuna tâbi bulunduğunu açıkça belirtmiştir. Burada vesayette uygulanacak hukuk yönünden ikili bir ayırım yapıldığı görülmekte olup, Kanunda kısıtlama kararı verilmesi ya da verilen kısıtlama kararının kaldırılmasında, ilgilinin millî hukuku yetkili hukuk olarak belirlenmesine karşın; kısaca vesayetin yönetimi olarak ifade edilebilecek olan kısıtlının kişiliği, bakımı, sağlığı, eğitimi, temsili, malvarlığının yönetimi, vasi ile vesayet ve denetim makamının görev, yetki ve sorumlulukları hakkında ise Türk hukuku yetkili kılınmıştır. Yargıtay uygulamalarında; vesayetin yönetimi ile ilgili kararların idari nitelikte kararlar olduğu kazai nitelik taşımadığı ve bu nedenle tenfiz edilemeyeceği kabul edilmektedir. 5718 Sayılı Yasanın 50. maddesi uyarınca yabancı mahkemelerce verilen ve kesinleşen ilamlar tenfiz ya da tanımaya konu olabileceğinden, vesayetin yönetimi hakkındaki kararların belirtilen nitelikleri itibariyle (ilâm vasfı taşımadıklarından) tanınması da mümkün değildir. Esasen Hukuk Genel Kurulunca kısıtlama kararlarının (vasi atanması kararları) tanınamayacağı kabul edilirken, açıklanan gerekçede vesayetin yönetimi hakkındaki kararlar nedeniyle doğabilecek olası sakıncaların giderilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Yasa koyucu da Hukuk Genel Kurulunun kararında belirtilen muhtemel sakıncaları önlemek amacıyla 5718 Sayılı Yasanın 10/3. maddesinde Türk hukukunu yetkili kılmıştır. Hukuk Genel Kurulu kararının vesayete ilişkin tüm alanlarda uygulanmasının kabulü halinde, yabancı ülke vatandaşı olan kişinin kendi ülkesinde milli hukuku (5718 sayılı Kanun m. 10/1) uyarınca ve doğal olarak vatandaşı olduğu devletin mahkemesi tarafından verilen kısıtlılık kararının Türkiye'de tanınmasına karar verilemeyecektir. Bu durumda yabancının Türkiye'de yeniden dava açması ve Türk mahkemelerinin de ilgilinin millî hukukuna göre karar vermesi gerekecektir. Bu uygulama ise yabancı mahkemelerin, mensubu olduğu devletin vatandaşları üzerinde yargılama yapma ve karar verme yetkisine müdahale niteliğindedir. 5718 sayılı Kanundaki hükümlerin amacı da dikkate alındığında, yabancı mahkemelere Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin olarak öngörülen kurallara göre, yargılama yapıp karar verme yetkisinin bulunduğu tartışmasızdır. Yabancı mahkemelere açıklanan konularda verilen yetki uyarınca, bunların aldıkları kararların tanınmaması mümkün değildir. Zira, yabancı mahkemece verilen ilamlarının tanınmaması Türk vatandaşlarına bir yük getirebilecek ve kendi millî hukukundan istifadesi yabancı hukuka göre daha da zorlaşacaktır. Yabancı ülkelerde yaşayan Türk vatandaşlarını yabancı mahkemece verilen vesayet kararının tanınmaması halinde, aynı davayı Türk mahkemelerinde açmaya zorlama, 5718 sayılı Yasanın amacına aykırıdır. Türk Medeni Kanununun 404 ila 410. maddeleri arasında düzenlenen küçüklük, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, özgürlüğü bağlayıcı ceza, yaşlılık, sakatlık, deneyimsizlik ile ağır hastalık hallerinin kısıtlama nedeni olup olmadığı, yapılacak yargılama sonucunda belirleneceğinden, bu duruma düşen bir kişinin millî hukukunun uygulama alanı olan ülkesine getirilmek zorunda bırakılması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkını ciddi biçimde engelleyecek bir uygulamadır.

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 25 Nisan 2016 tarihli kararında da aynı sonuca varmıştır.

18. HD, E. 2016/3763, K. 2016/6542, T. 25.04.2016: […] Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkilinin, eşi...'nin beyin hasarı sebebi ile fiziki ve akli melekelerini yitirdiğini, kendi başına işlerini idame ettiremediğini bu nedenle...Yerel Mahkemesi kararıyla eşi ...'ye kayyım olarak atandığını, kısıtlanan eşinin Türkiye'de bulunan taşınmaz hak ve alacakları

üzerinde kısıtlı adına ve onu temsilen tasarruf edilebilmek amacıyla...Yerel Mahkemesi tarafından verilen kayyım tayini kararının, mahkemece tanıma ve tenfizine karar verilmesini istemiş, mahkemece konunun Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi kapsamına girdiği, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine dahil bir konuda, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine karar verilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. […] 5718 sayılı MÖHUK'un […] 10(1) ve 3. maddesinde […] vesayette uygulanacak hukuk yönünden ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Yasada kısıtlama kararı verilmesi ya da verilen kısıtlama kararının kaldırılmasında, ilgili kişinin milli hukuku, yetkili hukuk olarak belirlenmesine karşın, kısaca vesayetin yönetimi olarak ifade edilebilecek olan kısıtlının kişiliği, bakımı, sağlığı, eğitimi, temsili, malvarlığının yönetimi, vasinin, vesayet ve denetim makamının görev, yetki ve sorumlulukları hakkında ise Türk hukuku yetkili kılınmıştır. Yargıtay uygulamalarında vesayetin yönetimi ile ilgili kararların idari nitelikte kararlar olduğu kazai nitelik taşımadığı ve bu nedenle temyiz edilemeyeceği kabul edilmektedir. 5718 Sayılı Yasanın 50. maddesi uyarınca yabancı mahkemelerce verilen ve kesinleşen ilamlar tenfiz ya da tanımaya konu olabileceğinden vesayetin yönetimi hakkındaki kararların belirtilen nitelikleri itibariyle (ilam vasfı taşımadıklarından) tanınması da mümkün değildir. Esasen Hukuk Genel Kurulunca kısıtlama kararlarının (vasi atanması kararları) tanınamayacağı kabul edilirken, açıklanan gerekçe, vesayetin yönetimi hakkındaki kararlar nedeniyle doğabilecek olası sakıncaların giderilmesi amaçlanmıştır. Yasa koyucu da Hukuk Genel Kurulunun kararında belirtilen muhtemel sakıncaları önlemek amacıyla 5718 sayılı Yasanın 10(3). maddesi hükmünü düzenlemiş, Türk hukukunu yetkili kılmıştır. Hukuk Genel Kurulu kararının vesayete ilişkin tüm alanlarda uygulanmasının kabulü halinde yabancı ülke vatandaşı olan kişinin kendi ülkesinde milli hukuku (5718 sayılı Kanun m. 10/1) uyarınca ve doğal olarak vatandaşı olduğu devletin mahkemesi tarafından verilen kısıtlılık kararının Türkiye'de tanınmasına karar verilemeyecektir. Bu durumda yabancının Türkiye'de yeniden dava açması ve Türk mahkemelerinin ilgilinin milli hukukuna göre karar vermesi gerekecektir. Bu uygulama ise yabancı mahkemelerin, mensubu olduğu devletin vatandaşları üzerinde yargılama yapma ve karar verme yetkisine müdahale niteliğindedir. 5718 sayılı Kanundaki hükümlerin amacı da dikkate alındığında yabancı mahkemelere, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin olarak, öngörülen kurallara göre yargılama yapıp karar verme yetkisinin bulunduğu tartışmasızdır. Yabancı mahkemelere, açıklanan konularda verilen yetki uyarınca bunların aldıkları kararların tanınmaması mümkün değildir. Zira yabancı mahkemece verilen ilamlarının tanınmaması Türk vatandaşlarına külfetli hale gelebilecek ve kendi milli hukukundan istifadesi yabancı hukuka göre daha da zorlaşacaktır. Yabancı memleketlerde yaşayan Türk vatandaşlarını yabancı mahkemece verilen vesayet kararının tanınmaması halinde davanın aynısını Türk mahkemelerinde açmaya zorlama 5718 sayılı yasanın amacına aykırıdır. Türk Medeni Kanunu'nun 404 ila 410. maddeleri arasında düzenlenen küçüklük, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, özgürlüğü bağlayıcı ceza, yaşlılık, sakatlık, deneyimsizlik ile ağır hastalık hallerinin kısıtlama nedeni olup olmadığı yapılacak yargılama sonucunda belirleneceğinden bu duruma düşen bir kişinin milli hukukunun uygulama alanı olan ülkesine getirilmek zorunda bırakılması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı ile hukuki dinlenilme hakkını ciddi biçimde engelleyecek bir uygulamadır.

Yargıtay ile aynı görüşü paylaşan *Şanlı*'ya göre, belirli işlemleri yapması için vasinin yetkilendirildiğini gösteren Türk mahkemesi kararı ilam niteliğinde olmayıp idari nitelik taşıyan adli belge sıfatını taşıdığından yabancı ülkelerde tanıma davasına

konu olamaz[30]. O halde vesayetin yönetimine ilişkin kararların tanınmayacağını savunan Şanlı'ya göre vesayetin yönetimine ilişkin yabancı mahkeme kararları, MÖHUK'un 50. maddesinde ifadesini bulan "yabancı ilam" niteliğinde olmadıkları için tanınmaları mümkün değildir. Aynı şekilde *Aygül* yabancı vesayet makamlarının yetki ve görevlerinin vesayetin kamu hukuku kısmına dahil olduğunu; vesayetin kamu hukuku kısmına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınmayacağını ve Türkiye'ye teşmil edilemeyeceğini; zaten kamu hukuku nitelikli bu hususların tanımanın önşartı olarak MÖHUK'un 50. maddesinde öngörülen özel hukuka ilişkin olma şartını yerine getirmediğini; MÖHUK'un 10(3). maddesinde vesayetin yönetimine ilişkin hususlarda Türk hukukunun uygulanacağının belirtildiğini; yabancı vesayet kararının yalnızca ilgili kişinin fiil ehliyetine ilişkin kısmının Türkiye'de tanınacağını ifade etmiştir[31].

Gerek Yargıtay içtihatlarına gerekse *Şanlı* ve *Aygül* tarafından ileri sürülen görüşe katılmak mümkün değildir. Öncelikle belirtmek gerekir ki vesayete ilişkin her yabancı mahkeme kararı hem ilgilinin ehliyetinin kısıtlanması hem de vasinin görevlerine ilişkin hükümler içermez. Bazı yabancı mahkeme kararları yalnızca vasi atanmasına ilişkindir. Bazıları ise hem vasi atanmasına hem de vasi tarafından yapılacak olan işlemlerin listesine ilişkindir. Yabancı mahkeme kararı yalnızca vasi atanmasına ilişkin ise bu kararın Türkiye'de tanınmasına engel bir durum yoktur. Bu konuda doktrinde ve Yargıtay'ın kararlarında tereddüt edilmemektedir. Aşağıda açıklanacak olan sebeplerle vasinin görevlerine ilişkin yabancı mahkeme kararları, MÖHUK'da öngörülen tanımanın şartlarına uygun olmaları kaydıyla, Türkiye'de sonuç doğurabilirler.

3. Vesayete ilişkin yabancı ilamların kesinleşmesi sorunu.

Yabancı mahkeme kararının, Türkiye'de tanıması için kesinleşmiş olması gerekir. Çünkü tanıma davası açmak için dilekçeye yabancı mahkeme ilamının kesinleştiğini gösteren belge ile tercümesinin de eklenmesi gerekmektedir. 5718 sayılı MÖHUK'un 53(1)(b) maddesine göre, yabancı mahkeme ilâmının kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca onanmış yazı ile tercümesinin de tanıma davasına ilişkin dilekçeye eklenmesi gerekir. Kararın kesinleşip kesinleşmediği, kararı veren yabancı mahkemenin hukukuna göre belirlenecektir. Yabancı mahkeme ilamının kesinleşip kesinleşmediğini mahkeme resen dikkate alacaktır. Eğer yabancı mahkeme ilamının kesinleştiğine ilişkin şerh veya belge dosyaya ibraz edilmemiş ise, Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamasına göre, tanıma veya tenfiz davasına bakan mahkeme davacıya kesin süre verir ve bu süre içinde eksikliğin giderilmesini ister[32].

30 Cemal Şanlı, *Hukuki Mütalaalarım* (Adalet 2016) 278.

31 Musa Aygül, "Yabancı Mahkemeden Verilen Vesayet Kararlarının Tanınması (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Bir Kararının Değerlendirilmesi)" (2012) Tuğrul Arat'a Armağan 154-156.

32 Yargıtay kararları için bkz. Ekşi (n 10) 225 vd; Nuray Ekşi, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a İlişkin Yargıtay Kararları* (XII Levha 2010) 87-88, 90, 93 ve 97; Ekşi (n 22) 230-231, 231-232, 236-238.

Nomer, vesayet ve hacir işlerinin ihtilâfsız yargı konularından olduğunu, vasi tayini kararının maddî anlamda kesin hüküm gücüne sahip olmadığını; kesin hüküm gücüne sahip olmayan yabancı vesayet ilamları hakkında tanıma kararı verilemeyeceğini ifade etmiştir[33]. Kanaatimizce, Türk hukukunda yer alan bazı mülahazalardan hareketle yabancı mahkemece verilen vesayet kararının kesinleşip kesinleşmediğini değerlendirmek doğru olmayacaktır. Zaten MÖHUK'un 50. maddesinde "verildiği yer hukukuna göre kesinleşmeden" söz edildiğinden tanıma davasının açıldığı devletin hukukunda mahkeme kararlarının kesinleşmiş sayılması için gerekli şartlara başvurulması mümkün olmayacaktır. Yabancı mahkemece verilen vesayet kararının kesinleşip kesinleşmediği konusunda kararın verildiği devletin hukuku tekel yetkisine sahiptir.

Velayet kararları ve nafaka kararlarında olduğu gibi bazı mahkeme kararları, hal ve şartların değişmesi halinde, değiştirilebilir ya da kaldırılabilir[34]. Vesayet kararları da sonradan değiştirilebilir veya kaldırılabilir. Vesayete ilişkin bir mahkeme kararı mevcut olan şartların değişmesi halinde, yeniden dava konusu yapılabilir ve bu davada farklı bir karar verilebilir. Vesayet davalarında olduğu gibi, hal ve şartların değişmesine bağlı olarak ileride yeniden dava konusu yapılabilecek yabancı mahkeme kararlarının tanınmasına engel bir durum yoktur.

B. Tanımanın Esasa İlişkin Şartları Açısından Karşılaşılan Sorunlar

1. Vesayete ilişkin hususların Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girip girmediği sorunu.

Yargıtay muhtelif kararlarında, vesayet davalarında Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olması sebebiyle yabancı mahkemelerce verilen vesayet kararlarının tanınmasının mümkün olmadığı sonucuna varmıştır.

HGK tarafından verilen 8 Temmuz 2009 tarihli karara konu olan olayda, Köln Sulh Hukuk Mahkemesi'nden eşinin hastalığı nedeniyle almış olduğu vasi tayini kararının tanınması için açılan dava reddedilmiştir. Tanıma davasına bakan ilk derece mahkemesi, vasi tayini kararlarında Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu; bir an için aksi düşünülse ve vesayette Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin münhasır olmadığı kabul edilse bile bu defa yabancı mahkemeden verilen izin ve onayın Türkiye'de uygulanabilmesi için yeniden tanıma davası açılmasının zaruri olduğu; yabancı mahkemenin vermiş olduğu vesayet kararının Türkiye'de denetim makamı tarafından denetleme olanağı bulunmadığı gerekçesiyle Köln Sulh Hukuk Mahkemesi kararının tanınması istemini reddedilmiştir. Red kararına karşı temyiz yoluna gidilmiş ve temyizde verilen bozma kararına ilk derece mahkemesinin direnmesi üzerine dosya Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na intikal etmiştir. Hukuk

33 Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn Beta 2017) 523 n 264.

34 Ekşi (n 1) 6.

Genel Kurulu, vesayet işlerinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin münhasır olması sebebiyle yabancı mahkemece verilen vesayete ilişkin kararın tanınmasının mümkün olmadığı sonucuna varmıştır. HGK'ya göre:

> *HGK, E. 2009/2-280, K. 2009/326, T. 8.7.2009*: […] Davacı vekili, davacının Köln Sulh Hukuk Mahkemesinden eşinin hastalığı nedeniyle almış olduğu vasi tayini kararının tanınması ve tenfizine karar verilmesini istemiştir.
>
> […] Somut olayda vesayet altına alınan kişi, Türk vatandaşı olup, vasi tayinine ilişkin karar Köln Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından verilmiştir.
>
> […] 4721 sayılı Türk Medeni Kanunun 411. maddesinde "vesayet işlerinde yetki küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet dairelerine aittir" hükmüne yer verilmiş, MÖHUK 27. maddede ise "Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder" düzenlemesi getirilmiştir. Vesayet işlerinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi münhasır yetki olup yabancı mahkemece verilen vesayete ilişkin kararın tenfizine ve tanınmasına karar verilemez...
>
> Münhasır yetki kamu düzenine ilişkin olup yargılamanın her aşamasında dikkate alınabilir. Tenfiz kararı verilmiş olması Alman mahkemesinin vesayet makamı olma durumunu değiştirmeyeceğine göre yapılan işlemlerin denetim imkânı da mümkün olmayacaktır.
>
> Türk Medeni Kanunu'nun 462. maddesine göre, maddede belirtilen hallerde vesayet makamının izni gerekmektedir. Yine aynı Yasanın 463. maddesine göre vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izni şarttır. Örneğin, vesayet altındaki kişinin evlat edinmesi durumunda denetim makamının izni gerekmektedir. Eldeki davada vesayet makamı Köln Sulh Hukuk Mahkemesi olup, denetim makamı da yine Alman hukukuna göre belirlenecektir. Oysa bu hususdaki Türk mahkemelerinin yetkisi kamu düzeni ile ilgili olup kesin yetkidir. Bir an için aksi düşünülse bile bu defa yabancı mahkemeden verilen izin ve onayın yine Türkiye'de uygulanabilmesi için yeniden tenfiz veya tanınmasının yapılması gerekecektir. Bu durum yabancı mahkemenin verdiği her kararda yeniden ortaya çıkacaktır.
>
> O halde, Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu bir konuda yabancı mahkemece verilen kararın tenfizine ve tanınmasına karar verilemez. Bu nedenle usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir[35].

Nomer, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 8 Temmuz 2009 tarihli kararıyla, yabancı bir mahkemenin vasi tayini kararının tanınması ve tenfizi talebinin reddini temin etmek amacıyla, doğruluğu tartışmalı bazı gerekçeler kullanarak, vesayet işlerinde Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini kabul ettiğini; aslında vesayet ve hacir işlerinin ihtilâfsız yargı konularından olduğunu, vasi tayini kararının maddî anlamda kesin hüküm gücüne sahip olmadığını; Yargıtay'ın, kesinleşmemiş yabancı mahkeme ilamları hakkında zaten tanıma ve tenfiz kararı verilemeyeceğini gözden kaçırdığını ifade etmiştir[36]. Kanaatimizce, yabancı ilamların kesinleşmiş olup olmadığının nasıl tayin edileceğine ilişkin olarak MÖHUK'un 50. maddesinde yer

35 Y HGK, E. 2009/2-280, K. 2009/326, T. 8.7.2009: Ekşi (n 22) 286-290; Ekşi (n 30) 150-152; (2010) 36 YKD 998-101.

36 Nomer (n 31) 523 n 264.

alan hüküm ve bu hükmü isabetli bir şekilde yorumlayan Yargıtay uygulaması dikkate alındığında bu görüşe katılmak mümkün değildir. MÖHUK'un 50. maddesine göre, yabancı ilamın, verildiği devletin hukukuna göre kesinlemiş olması gerekir. Daha önce ifade edildiği üzere, yabancı ilamın kesinleşip kesinleşmediği konusundaki değerlendirme Türk usul hukukunda yer alan esaslara göre değil, kararın verildiği devletin usul hukukunda yer alan esaslara göre yapılacaktır.

Doktrinde bir görüş, yabancı vesayet kararlarının Türkiye'de tanınmasında üçlü bir ayrım yapmaktadır. (1) Bu görüş, *yerleşim yeri Türkiye'de bulunan* Türk vatandaşları ve yabancılar hakkında, yabancı mahkemeler tarafından verilen vesayet kararlarının, bu konuda Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olması sebebiyle Türkiye'de sonuç doğurmayacağını belirtmiştir[37]. TMK'nın 411. maddesinin Türkiye'de yerleşim yeri bulunan Türk vatandaşları ve yabancılar açısından münhasır yetki niteliğinde olduğunu belirten bu görüş, MÖHUK'un 41 ve 42. maddelerinin niteliğine değinmemiştir. Oysa bu maddelerde, Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayan Türk vatandaşları ile yabancıların vesayet de dahil kişi hallerine ilişkin davaların hangi yer mahkemelerinde görüleceği düzenlenmiştir. Konuyu, MÖHUK'un 40. maddesinin iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına atıfta bulunması sebebiyle salt TMK'nın 411. maddesi açısından irdelemek yetersizdir. (2) Bu görüş, *Türkiye'de yerleşim yeri olmayan* Türk vatandaşları ve yabancılar hakkında verilen vesayet kararlarının tanınmasının ise kamu düzenine aykırılık teşkil etmeleri sebebiyle mümkün olmadığını; yabancı vesayet ilamına istinaden, vasilerin Türkiye'de işlem yapmalarının Türkiye'deki vesayet ve denetim makamlarının yetkilerini fiilen ortadan kaldırmasının kamu düzenine aykırı olduğunu öne sürmüştür[38]. Ancak burada Türkiye'de yerleşim yeri olmayan Türk vatandaşları ve yabancıların vesayet de dahil kişi hallerine ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen MÖHUK'un 41. ve 42. maddelerinin de münhasır nitelikte olup olmadıklarının değerlendirilmesi gerekirdi. (3) Söz konusu görüş, yabancı mahkemelerce verilen vesayet kararlarına istinaden Türkiye'de münferit bir işlem yapılacaksa, yabancı vesayet makamlarından alınan izin kararı ile birlikte vesayete ilişkin kararların Türkiye'de tanınabileceğini savunmuştur[39]. Vesayetin yürütülmesi, vesayet ve denetim makamlarının yetkisine ilişkin TMK'daki hükümlerin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğunu; vesayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının, vasinin işlemlerinin Türkiye'de vesayet makamları tarafından denetlenemeyecek olmasının Türk kamu düzenini ihlâl edeceğini savunan bu görüşün münferit işlemler açısından tanımayı kabul etmesi bir çelişkidir.

Doktrinde de ifade edildiği üzere[40] TMK'nın 411. maddesi, yabancı mahkemelerce verilen vesayet kararlarının Türkiye'de tanınmasını engelleyecek nitelikte bir münhasır yetki kuralı değildir. 1982 yılından önce yabancı mahkeme kararlarının tanınması

37 Gökyayla (n 8) 415, 418, 427.

38 Gökyayla (n 8) 418-420, 427.

39 Gökyayla (n 8) 427.

40 Aygül (n 29) 146-147.

ve tenfizi, 1086 sayılı HUMK'un 537-545. maddeleri arasında düzenlenmişti. 1086 sayılı HUMK'un 545. maddesinde, Türk vatandaşı yabancı ayırımı yapılmaksızın kişi hallerine ilişkin yabancı ilamların Türkiye'de sonuç doğurmayacağı ifade edilmiştir. Yine 1982 yılından önce 1086 sayılı HUMK'un 18. maddesi, Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini düzenliyordu. Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda daima Türk mahkemelerine tabi olacaklarına ilişkin 18. madde uyarınca Türk vatandaşlarının yabancı mahkemelerden aldıkları ilamların Türkiye'de tanınması mümkün değildi[41]. 1982-2007 yılları arasında yürürlükte kalan 2675 sayılı MÖHUK'da tanıma ve tenfize ilişkin şartlar düzenlenmiş ve yabancı ilamın kişi hallerine ilişkin olmaması şartına yer verilmemiştir. 1086 sayılı HUMK'un 18. maddesi de yürürlükten kaldırılmıştır. 5718 sayılı MÖHUK'da tanıma ve tenfiz şartları arasında, yabancı mahkeme ilamının kişi hallerine ilişkin olmaması şartı aranmamıştır. O halde, yabancı ilamın kişi hallerine ilişkin olmaması şartı, 1982 yılından itibaren Türk milletlerarası özel hukukunda tanıma ve tenfiz şartları arasında yer almamaktadır. Özellikle yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin yabancı mahkemelerce verilen ilamların Türkiye'de sonuç doğurmasını sağlamak amacıyla 1086 sayılı HUMK'un 545. maddesinden farklı olarak 2675 sayılı MÖHUK ve 5718 sayılı MÖHUK'da yabancı ilamın kişi hallerine ilişkin olmaması şartı aranmamıştır. Üstelik 2675 sayılı MÖHUK'un 28. maddesinde ve 5718 sayılı MÖHUK'un 41. maddesinde, Türk vatandaşının kişi haline ilişkin dava, yabancı mahkemede görülmesine rağmen Türkiye'de aynı konuda yeniden dava açılması, derdestlik itirazının yapılabileceği bir husus olarak kabul edilmiştir[42]. MÖHUK'un 41. maddesine 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. MÖHUK'un 42. maddesi, Türkiye'de ikametgâhı olmayan yabancıların vesayet de dahil bazı kişi hallerine ilişkin davalarında yetkiyi düzenlemektedir. Bu maddeye göre, Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayan yabancı hakkında vesâyet, kayyımlık, kısıtlılık, gaiplik ve ölmüş sayılma kararları ilgilinin Türkiye'de sâkin olduğu yer, sâkin değilse mallarının bulunduğu yer mahkemesince verilir. Vesayet işlerinde kendi mahkemelerine "sakin olunan yer" ya da "malların bulunduğu yer" esasına göre yetki tanıyan bir devletin, vesayet konusunda kendi mahkemelerine münhasır yetki verdiği sonucuna varmak mümkün gözükmemektedir. *Aygül*'ün de ifade ettiği üzere[43], vesayet de dahil Türk vatandaşlarının ve yabancıların kişi hallerine ilişkin yabancı ilamların tanınması ve

41 Çelikel (n 2) 258.

42 Nomer (n 31) 474; Ergin Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku* (Beta 2009) 84, 98-99; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn Vedat 2018) 397-398; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (3rd edn Savaş 2015) 66; Aysel Çelikel, Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn Beta 2017) 598.

43 Aygül (n 29) 146-147.

tenfizi, diğer şartların bulunması kaydıyla, TMK'nın 411. maddesi ile MÖHUK'un 41 ve 42. maddelerine istinaden engellenemez.

Yargıtay'ın, yabancı mahkemelerce verilen vesayet kararlarının Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmediğine ve Türkiye'de tanınabileceğine ilişkin kararları da vardır. Nitekim Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 17 Ocak 2013 tarihli kararında da, Alman mahkemesi tarafından verilen vesayet kararının Türkiye'de tanınmasının mümkün olduğunu; bu konuda Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır nitelikte olmadığını ifade etmiştir. 18. Hukuk Dairesi'nin kararı, Türkiye'de tanıma ve tenfiz davalarında tespit edebildiğimiz kadarıyla ilk defa AİHS'in 6. maddesinin de dikkate alınması bakımından ilgi çekicidir. Bu kararın, AİHS'in 6. maddesine ilişkin yönü üzerinde daha sonra ayrıntılı olarak durulacağından burada bilgi verilmeyecektir.

18. HD, E. 2012/12365, K. 2013/483, T. 17.1.2013: Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkilinin babasının Almanya'da yaşadığını, Alman Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından vesayet altına alınıp kendisinin, babasına vasi tayin edildiğini ve babasının menfaatine olan işleri Türkiye'de yapabilmesi için vasi tayini kararının mahkemece tanınmasına ve tenfizine karar verilmesini istemiş, mahkemece vesayet altına alınan kişinin Türk vatandaşı olduğu, 2675 sayılı Kanun'un 8/1 ve 9/1. maddelerine göre; hak ve fiil ehliyetinin ilgili milli hukukuna tabi olduğu, vesayet ve hacir kararı verilmesi veya sona erdirilmesi istenen kişinin milli hukukuna ait bulunduğu, vesayet altına alınma kararının Alman mahkemesi tarafından, Alman Medeni Kanunu'nun 1896 ve 1897. maddeleri uygulanmak suretiyle verildiği, konunun Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi kapsamına girdiği, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine dahil bir konuda, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine karar verilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

[…] 5718 sayılı MÖHUK'un 10/1 ve 3. maddesinde ise 'vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri, hakkında vesayet veya kısıtlılık kararının verilmesi veya sona erdirilmesi istenen kişinin millî hukukuna tâbidir. Vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri dışında kalan bütün kısıtlılık veya vesayete ilişkin hususlar ve kayyımlık Türk hukukuna tâbidir" hükmü yer almaktadır.

Burada vesayette uygulanacak hukuk yönünden ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Yasada kısıtlama kararı verilmesi ya da verilen kısıtlama kararının kaldırılmasında, ilgili kişinin milli hukuku, yetkili hukuk olarak belirlenmesine karşın, kısaca vesayetin yönetimi olarak ifade edilebilecek olan kısıtlının kişiliği, bakımı, sağlığı, eğitimi, temsili, malvarlığının yönetimi, vasinin, vesayet ve denetim makamının görev, yetki ve sorumlulukları hakkında ise Türk hukuku yetkili kılınmıştır.

Yargıtay uygulamalarında vesayetin yönetimi ile ilgili kararların idari nitelikte kararlar olduğu, kazai nitelik taşımadığı ve bu nedenle tenfiz edilemeyeceği kabul edilmektedir. 5718 sayılı yasanın 50. maddesi uyarınca yabancı mahkemelerce verilen ve kesinleşen ilamlar tenfiz ya da tanımaya konu olabileceğinden vesayetin yönetimi hakkındaki kararların belirtilen nitelikleri itibariyle (ilam vasfı taşımadıklarından) tanınması da mümkün değildir. Esasen Hukuk Genel Kurulunca kısıtlama kararlarının (vasi atanması kararları) tanınamayacağı kabul edilirken, açıklanan gerekçe, vesayetin yönetimi hakkındaki kararlar

nedeniyle doğabilecek olası sakıncaların giderilmesi amaçlanmıştır. Yasa koyucu da Hukuk Genel Kurulunun kararında belirtilen muhtemel sakıncaları önlemek amacıyla 5718 sayılı yasanın 10/3. maddesi hükmünü düzenlemiş, Türk hukukunu yetkili kılmıştır.

Hukuk Genel Kurulu kararının vesayete ilişkin tüm alanlarda uygulanmasının kabulü halinde yabancı ülke vatandaşı olan kişinin kendi ülkesinde milli hukuku (5718 sayılı Kanun m. 10/1) uyarınca ve doğal olarak vatandaşı olduğu devletin mahkemesi tarafından verilen kısıtlılık kararının Türkiye'de tanınmasına karar verilemeyecektir. Bu durumda yabancının Türkiye'de yeniden dava açması ve Türk mahkemelerinin ilgilinin milli hukukuna göre karar vermesi gerekecektir. Bu uygulama ise yabancı mahkemelerin, mensubu olduğu devletin vatandaşları üzerinde yargılama yapma ve karar verme yetkisine müdahale niteliğindedir. *5718 sayılı Kanundaki hükümlerin amacı da dikkate alındığında yabancı mahkemelere, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin olarak, öngörülen kurallara göre yargılama yapıp karar verme yetkisinin bulunduğu tartışmasızdır.* Yabancı mahkemelere, açıklanan konularda verilen yetki uyarınca bunların aldıkları kararların tanınmaması mümkün değildir. Zira yabancı mahkemece verilen ilamlarının tanınmaması Türk vatandaşlarına külfetli hale gelebilecek ve kendi milli hukukundan istifadesi yabancı hukuka göre daha da zorlaşacaktır. *Yabancı memleketlerde yaşayan Türk vatandaşlarını yabancı mahkemece verilen vesayet kararının tanınmaması halinde davanın aynısını Türk mahkemelerinde açmaya zorlama 5718 sayılı yasanın amacına aykırıdır.* Türk Medeni Kanununun 404 ila 410. maddeleri arasında düzenlenen küçüklük, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, özgürlüğü bağlayıcı ceza, yaşlılık, sakatlık, deneyimsizlik ile ağır hastalık hallerinin kısıtlama nedeni olup olmadığı yapılacak yargılama sonucunda belirleneceğinden bu duruma düşen *bir kişinin milli hukukunun uygulama alanı olan ülkesine getirilmek zorunda bırakılması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı ile hukukî dinlenilme hakkını ciddi biçimde engelleyecek bir uygulamadır.* Ayrıca 5718 sayılı yasada da vesayet ile ilgili özel ve ayrık bir hüküm zaten yer almamaktadır.

Münhasır (kesin) yetki kuralları dava konusunun sadece Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla konulan ve bunu temin eden kurallardır. Bu kuralların temel dayanağı kamu düzenidir. Türk hukukunun temel değerleri, Türk genel adap ve ahlak anlayışı, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışı ve genel siyaseti, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlükler, milletlerarası alanda geçerli ortak prensipler ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallar, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensipleri, toplumun medeniyet seviyesi, siyasi ve ekonomik rejim ile insan hak ve özgürlükleri milli hukukumuzdaki kamu düzeninin dayanağını oluşturmaktadır. Kamu düzeni tarafların uymak zorunda oldukları kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kuralların bütünü olarak anlaşılmaktadır.

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 54/c maddesinde, hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması hali tenfiz şartları içinde sayılmıştır. Buna göre yabancı mahkeme kararının verilmesinde uygulanan hukuk ve bunun hangi ölçütlere göre uygulandığı değil yabancı kararın Türkiye'de icra edilmesi halinde meydana gelecek sonuçların Türk kamu düzenini ihlal edip etmeyeceğinin araştırılması gerekir. Anılan maddede yer alan "hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması" ifadesinden yabancı mahkeme kararının esasına uygulanan hukukun Türk kamu düzenine aykırılığının incelenemeyeceği,

sadece hükmün tenfizi neticesinde ortaya çıkan hukukî sonuçların kamu düzenine aykırı olması halinde yabancı mahkeme kararının tenfizinin reddedileceği sonucuna varılmalıdır. Esasa uygulanan hukukun Türk hukukundan farklı bulunması ya da Türk hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez (YİBGK 10.2.2012 gün 2010/1 esas 2012/1). Burada esas alınması gereken kıstas milli hukukumuzun kamu düzeninin dayanağını oluşturan ve yukarıda açıklanan hususlardır. Türk hukukunda, kamu düzenine ilişkin yetki kurallarından bazıları münhasır yetki hükmüdür. Münhasır yetki kuralları devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkiyi ifade eden, devletin egemenlik ve hükümranlık haklarının kullanmasını gösteren ve simgeleyen kurallardır. Burada önemli olan Türk hukukundaki kamu düzenine ilişkin her yetki kuralının münhasır bir yetki kuralı olmamasıdır. Yetki kuralının münhasır yetki hükmü getirmiş olup olmadığı, yetki kuralının ifadesinden ve konuluş gayesinden hareketle belirlenebilir. Münhasır yetki kuralı o maddenin ifadesinden, konuluş amacından ve yabancı unsurlu davaların özellikleri nazara alınarak tayin edilir.

Türk Medeni Kanunu'nun 411. maddesinde "vesayet işlerinde yetki küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet dairelerine aittir" hükmü, 412. maddesinde ise "vesayet makamının izni olmadıkça vesayet altındaki kişi yerleşim yerini değiştiremez. Yerleşim yerinin değişmesi halinde yetki, yeni vesayet dairelerine geçer. Bu takdirde kısıtlama yeni yerleşim yerinde ilan olunur" hükmü, 19. maddesinde ise "yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. Bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamaz" hükmü düzenlenmiştir. 5490 sayılı yasanın 3/e maddesinde de yerleşim yeri "sürekli kalma niyetiyle oturulan yeri ifade eder" şeklinde, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 50/2 ve bu kanuna dayanılarak çıkartılan 15.8.2007 tarihinde yürürlüğe konulmuş bulunan Adres Kayıt Sistemi Yönetmeliği'nin 13/1. maddesinde ise "yerleşim yeri adreslerinin tutulmasında kişilerin yazılı beyanı esas alınır. Adres beyan formundaki bildirimler aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir" şeklinde belirtilmiştir.

Yerleşim yeri ile ilgili getirilen ölçütlere göre yerleşim yerinin kesinlik ifade etmediği, koşulların, sürekli kalma niyetinin değişmesi ile değişebileceği, yine kısıtlama kararı verildikten sonra vesayet makamının izni ile değişebileceği, bu niteliği itibariyle de değişmez ve mutlak olmadığı açıktır. *Yargıtay uygulamasında Türk Medeni Kanunu'nun 411 ve 412. maddelerindeki yetkinin kesin ve kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi kesin ve kamu düzenine ilişkin her yetki kuralı, milletlerarası hukuk yönünden münhasır yetki değildir. İç hukuk yönünden vesayette, kamu düzeni ve kesin yetki ilkeleri benimsenmiş ise de, burada amaç, kendisini ve malvarlığını, yönetmekten ve korumaktan yoksun olanlarla (Türk Medeni Kanunu'nun 404, 405. maddeleri), kendisini ve malvarlığını, yönetmek ve korumaktan yoksun bırakılanların (Türk Medeni Kanunu'nun 406, 407, 408. maddeleri) korunmasıdır. Bu hükümlerin devletin egemenlik ve hükümranlık hakkıyla ilgisi bulunmamaktadır.*

Tanıma taleplerinde yetkili mahkeme, 5718 sayılı yasanın 40 ve 41. maddelerine göre belirlenecektir. Türk Medeni Kanunu'nda, vesayet durumunu öğrenen kişi ya da kurumlara, durumu vesayet makamına ihbar yükümlülüğü getirildiğinden gerek tanıma kararı veren mahkemenin, gerekse ilgili şahsın ihbarıyla vesayet makamı olaya el koyacak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nin 9/r ve 30. maddesi uyarınca vesayet ad kaydı yapılarak vesayet makamınca takip ve denetim sağlanacaktır. Bir başka ifade ile Türk mahkemelerinden verilmiş bir karar gibi işlem görecektir.

Dava konusu somut olayda Türk vatandaşı olan 1934 doğumlu Hüseyin Aktaş, Almanya'da yaşamakta olup Duisburg-Hamborn Sulh Mahkemesinin 1.6.2011 tarihli kararı ile kısıtlanarak kendisine oğlu, aynı zamanda Türk vatandaşı da olan İskender Aktaş vasi olarak atanmıştır. Karar içeriğinden, kısıtlının Alman Medeni Kanunu uyarınca kısıtlandığı ve kısıtlanma nedeninin Türk Medeni Kanunu'nun 405. maddesine de uyar nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Her ne kadar kısıtlıya milli (Türk) hukuk uygulanmamış ise de bu hususu tenfiz ve tanıma engeli olarak düzenleyen 2675 sayılı yasanın 38/e maddesi, 5718 sayılı yasada yer almamaktadır. Dava tarihi itibariyle uygulanacak kanun, 2675 değil, 5718 sayılı yasadır. Çünkü 2675 sayılı yasa yürürlükten kaldırılmıştır. Yabancı mahkeme ilamının tanınması veya tenfizine karar verilebilmesi için ilamın taraflarının veya en az birinin Türk vatandaşı olmasına gerek bulunmamaktadır. Taraflar Türk vatandaşı olmasalar bile hukukî menfaatlerinin bulunması koşuluyla yabancı ilamın tenfizini veya tanınmasını isteyebilirler. Yukarıda ayrıntılı açıklandığı üzere bu hususun tek başına kamu düzenine aykırılık oluşturmayacağı açıktır. MÖHUK'un 9. ve 10. maddelerinde yer alan hak ve fiil ehliyeti ile vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi sebepleri, vesayet ve kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi istenen kişinin milli hukukuna tabidir hükmünün, milli hukukta mevcut olması şartıyla yabancı mahkemeler tarafından da verilebileceği şeklinde yorumlamak gerekir. Çünkü vesayet ve kısıtlılık müessesesi hem Alman ve hem de Türk hukukunda mevcuttur. O halde Türk hukukunda mevcut olmayan bir müessese hakkında Alman mahkemelerinin vermiş olduğu bir karardan da söz edilemez. Buradaki ölçü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ihlal edilip edilmemesidir. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kişilerin yararının gözetilmesini herşeyden üstün tutmaktadır. Alman mahkemesi tarafından verilen vesayet kararının, vesayet altına alınanın Almanya'daki hukukî menfaatlerini koruyacağı gibi, bu kararın Türk mahkemeleri tarafından tanınması aynı zamanda vesayet altına alınan kişinin Türkiye'deki çıkarlarını koruyacaktır. Alman mahkemesi tarafından Türk milli hukuku ile çatışmayacak ve hatta aynı paralelde verdiği kararın ne milli hukuka ve ne de münhasır yetki ya da kamu düzeni ile bir alakası bulunmamaktadır.* Aksine davranışların diğer bir ifade ile yerel mahkeme ya da Hukuk Genel Kurulu kararlarında ileri sürülen gerekçelerin kabulü halinde Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde mahkumiyeti sonucunu doğurur ki bunun da hiç arzu edilmeyen bir durum olduğunda kuşku yoktur. 1905 tarihli "Kısıtlamaya ve Benzer Tedbirlere İlişkin La Haye Sözleşmesi"nin 3. ve 7. maddelerine göre; kural olarak milli hukukun ve milli devlet mahkemelerinin yetkili olmasına karşın hacir altına alınacak şahsın bulunduğu yer (Almanya) makamları da, ilgilinin milli hukukuna (Türk hukukuna) veya bulunma yeri hukukuna (Alman hukukuna) göre hacir kararı alabilecekleri öngörülmüştür. Açıklanan tüm bu nedenlerle dava, kısıtlama kararının tanınmasına ilişkin olduğuna göre davanın kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile reddi doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince bozulmasına, 17.1.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi[44].

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin kararında, Duisburg-Hamborn Sulh Mahkemesi tarafından verilen vesayet kararının Türkiye'de tanınabileceğine ilişkin gerekçelerini esas itibariyle üç başlık altında değerlendirebiliriz:

44 Y. 18. HD, E. 2012/12365, K. 2013/483, T. 17.1.2013.

(1) 18. Hukuk Dairesi, vesayetin yönetimi olarak adlandırılan kısıtlının kişiliği, bakımı, sağlığı, eğitimi, temsili, malvarlığının yönetimi, vasinin, vesayet ve denetim makamının görev, yetki ve sorumlulukları ile ilgili kararların idari nitelikte kararlar olduğu, kazai nitelik taşımadığı ve bu nedenle tenfiz edilemeyeceğine ilişkin Yargıtay uygulamasını benimsemiştir. 18. Hukuk Dairesi'ne göre, 5718 MÖHUK'un 50. maddesi uyarınca yabancı mahkemelerce verilen ve kesinleşen ilamlar tenfiz ya da tanımaya konu olabileceğinden vesayetin yönetimi hakkındaki kararların belirtilen nitelikleri itibariyle ilam vasfı taşımadıklarından tanınması da mümkün değildir. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 8.7.2009 tarihli kararının vesayete ilişkin tüm alanlarda uygulanmasının kabulü halinde, yabancı ülke vatandaşı olan kişinin kendi ülkesinde milli hukuku uyarınca ve doğal olarak vatandaşı olduğu devletin mahkemesi tarafından verilen kısıtlılık kararının Türkiye'de tanınmasına karar verilemeyeceğini; dolayısıyla, yabancı mahkemede karara bağlanan vesayet için Türk mahkemesinde tekrar dava açmaya zorlanacağını; böyle bir sonucun *5718 sayılı MÖHUK'un amacına aykırı olduğunu; hatta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı ile hukukî dinlenilme hakkını ciddi biçimde engelleyeceğini ifade etmiştir.*

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin, vesayetin yönetimine ilişkin yabancı mahkeme kararlarının idarî nitelikte olduğu görüşüne katılmıyoruz. Bununla beraber yabancı mahkemece verilen vesayet kararının Türkiye'de tanınmaması sebebiyle kişinin, Türk mahkemesinde yeniden dava açmak zorunda bırakılmasının AİHS'in 6. maddesini ihlâl edebileceğine ilişkin görüşüne aynen iştirak ediyoruz.

(2) 18. Hukuk Dairesi'ne göre, münhasır yetki kuralları dava konusunun sadece Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla konulan ve bunu temin eden kurallardır. Bu kuralların temel dayanağı kamu düzenidir. 18. Hukuk Dairesi'ne göre, münhasır yetki kuralları devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkiyi ifade eden, devletin egemenlik ve hükümranlık haklarının kullanmasını gösteren ve simgeleyen kurallardır. Burada önemli olan Türk hukukundaki kamu düzenine ilişkin her yetki kuralının, münhasır bir yetki kuralı olmamasıdır. Münhasır yetki kuralı o maddenin ifadesinden, konuluş amacından ve yabancı unsurlu davaların özellikleri nazara alınarak tayin edilir. 18. Hukuk Dairesi, Yargıtay uygulamasında Türk Medeni Kanunu'nun 411 ve 412. maddelerindeki yetkinin kesin ve kamu düzenine ilişkin yetki olarak kabul edilmesini eleştirmiş; kesin ve kamu düzenine ilişkin her yetki kuralının, milletlerarası hukuk yönünden münhasır yetki kuralı olmadığını; iç hukuk yönünden vesayette, kamu düzeni ve kesin yetki ilkeleri benimsenmiş ise de, burada amaç, kendisini ve malvarlığını, yönetmekten ve korumaktan yoksun olanlarla, kendisini ve malvarlığını, yönetmek ve korumaktan yoksun bırakılanların korunması olduğunu; bu hükümlerin devletin egemenlik ve hükümranlık hakkıyla ilgisi bulunmadığını belirtmiştir.

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin vesayet davalarında yetkiye ilişkin kuralların, münhasır nitelikte olmadığına ilişkin görüşüne aynen katılıyoruz.

(3) Duisburg-Hamborn Sulh Mahkemesi, Türk vatandaşını hacir altına alırken Alman hukukunu uygulamıştır. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'ne göre, her ne kadar kısıtlıya milli hukuk uygulanmamış ise de bu hususu tenfiz ve tanıma engeli olarak düzenleyen 2675 sayılı yasanın 38(e) maddesinin, 5718 sayılı yasada yer almadığını; Alman hukuku uygulanarak Türk vatandaşının vesayet altına alınmasının kamu düzenine aykırı olmadığını ifade etmiştir. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin bu görüşüne de aynen katılıyoruz.

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi tarafından verilen 17.1.2013 tarihli karar karşı ilke derece mahkemesi direnmiştir. Direnme kararı üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 4.3.2015 tarihli kararıyla vesayet davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin münhasır nitelikte olmadığı sonucuna vermiştir. Söz konusu karara göre:

> *HGK, E. 2013/1628, K. 2015/894, T. 04.03.2015*: Dava, yabancı mahkemeden verilmiş vasi tayini kararını tanıma ve tenfizi istemine ilişkindir. Davacı, kendi işini yapamayacak kadar hasta olan babasıyla Almanya'da birlikte oturduklarını, babası hakkında Alman mahkemesince verilen vesayete dair ilamın tanınmasını ve tenfizini istemiştir. Mahkemece, vasi atanmasının Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine tabi olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davacı vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece […] karar bozulmuş; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Hükmü davacı vekili temyize getirmiştir. Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; vesayet konusunda karar vermenin Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinde olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. […] Münhasır yetki kurulları; dava konusunun sadece Türk Mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla konulan ve bunu temin eden kurallardır. Bu kuralların temel dayanağı kamu düzenidir. Kamu düzeni ise; kısaca tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kuralların bütünü olarak anlaşılmaktadır. 5718 sayılı Kanunun 54/c maddesinde, hükmün kamu düzenine açıkça aykırı olmaması hali, tenfiz şartları içinde sayılmıştır. Buna göre, yabancı mahkeme kararının verilmesinde uygulanan hukuk ve bunun hangi ölçütlere göre uygulandığı değil, yabancı mahkeme kararının Türkiye'de icra edilmesi halinde meydana gelecek sonuçların Türk kamu düzenini ihlal edip etmeyeceğinin araştırılması gerekir. 10.02.2012 tarih ve 2010/1 Esas 2012/1 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre, esasa uygulanan hukukun Türk hukukundan farklı olması ya da Türk hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı mahkeme kararının tenfizi reddedilemez. Münhasır yetki kuralları, devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkiyi ifade eden, devletin egemenlik ve hükümranlık haklarını kullanılmasını gösteren ve simgeleyen kurallardır. Burada önemli olan, Türk hukukundaki kamu düzenine ilişkin her yetki kuralının münhasır bir yetki kuralı olmamasıdır. Yetki kuralının münhasır yetki hükmü getirmiş olup olmadığı, yetki kuralının ifadesinden ve konuluş gayesinden hareketle belirlenebilir. Vesayet hukukunda, yetkiye ilişkin hükümler Türk Medeni Kanunu'nun 411 ve 412. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre yetki, kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet dairesine aittir ve vesayet makamının izni olmadıkça kısıtlı yerleşim yerini değiştiremez. Yargıtay uygulamasında Türk Medeni Kanunu'nun 411 ve 412.maddelerindeki yetkinin kesin ve kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Ancak, kesin ve kamu düzenine ilişkin her yetki kuralı, milletlerarası

hukuk yönünden münhasır yetki değildir. İç hukuk yönünden vesayette, kamu düzeni ve kesin yetki ilkeleri benimsenmiş ise de burada asıl amaç kendisini ve malvarlığını yönetmekten ve korumaktan yoksun olanlarla (TMK 405. md) kendisini ve mal varlığını yönetmek ve korumaktan yoksun bırakılanların (TMK 406. md.) korunması olduğunda bu hükümlerin Devletin egemenlik ve hükümranlık hakkıyla ilgisi bulunmamaktadır.

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 20 Mart 2014 tarihli kararında vesayet davalarında Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır nitelikte olmadığı sonucuna varmıştır.

18. HD, E. 2013/16914, K. 2014/5145, T. 20.03.2014: […] Münhasır (kesin) yetki kuralları, davanın sadece Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla konulan ve bunu temin eden kurallar olup, temel dayanağı kamu düzenidir. Türk hukukunun temel değerleri, Türk genel adap ve ahlâk anlayışı, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet duygusu ve genel siyaseti, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlükler, milletlerarası alanda geçerli ortak ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallar, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlâk ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk normları, toplumun medeniyet seviyesi, siyasi ve ekonomik rejim ile insan hak ve özgürlükleri, millî hukukumuzdaki kamu düzeninin dayanağını oluşturmaktadır. Kamu düzeni, tara□arın uymak zorunda oldukları kamu ve özel hukuktan doğan ve tara□arın üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kuralların bütünü olarak anlaşılmalıdır. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 54/c maddesinde, hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması hali tenfiz şartları içinde sayılmış olup, buna göre, yabancı mahkeme kararının verilmesinde uygulanan hukuk ve bunun hangi ölçütlere göre uygulandığı değil, yabancı kararın Türkiye'de icra edilmesi halinde meydana gelecek sonuçların Türk kamu düzenini ihlal edip etmeyeceğinin araştırılması gerekir. Anılan maddede yer alan "hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması" ifadesinden, yabancı mahkeme kararının esasına uygulanan hukukun Türk kamu düzenine aykırılığının incelenemeyeceği, sadece hükmün tenfizi neticesinde ortaya çıkan hukukî sonuçların kamu düzenine aykırı olması halinde yabancı mahkeme kararının tenfizi isteminin reddedileceği sonucuna varılmalıdır. Esasa uygulanan hukukun Türk hukukundan farklı bulunması ya da Türk hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfiz istemi reddedilemez (YİBGK'nın 10.02.2012 gün ve 2010/1 esas 2012/1 karar sayılı içtihadı). Burada esas alınması gereken kıstas, millî hukuk ile kamu düzeninin dayanağını oluşturan ve yukarıda açıklanan hususlardır. Türk hukukunda, kamu düzenine ilişkin yetki kurallarından bazıları münhasır yetki hükmüdür. Münhasır yetki kuralları, devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkiyi ifade eden, devletin egemenlik ve hükümranlık haklarının kullanmasını gösteren ve simgeleyen kurallardır. Burada önemli olan Türk hukukundaki kamu düzenine ilişkin her yetki kuralının münhasır bir yetki kuralı olmamasıdır. Yetki kuralının münhasır yetki hükmü getirmiş olup olmadığı, yetki kuralının ifadesinden ve konuluş gayesinden hareketle belirlenebilir. Münhasır yetki kuralı o maddenin ifadesinden, konuluş amacından ve yabancı unsurlu davaların özellikleri nazara alınarak tayin edilir. Türk Medeni Kanunu'nun 411. maddesinde "vesâyet işlerinde yetki, küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki vesâyet dairelerine aittir", 412. maddesinde ise, "vesâyet makamının izni olmadıkça vesâyet altındaki kişi yerleşim yerini değiştiremez. Yerleşim yerinin değişmesi halinde yetki, yeni vesayet dairelerine geçer. Bu takdirde kısıtlama yeni yerleşim yerinde ilan olunur", 19. maddesinde de "yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. Bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamaz" hükümleri getirilmiştir. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanun'un 3/e maddesinde yerleşim yerinin sürekli kalma niyetiyle oturulan yeri ifade edeceği, aynı Kanun'un 50/2. maddesi ve bu Kanuna dayanılarak çıkartılıp, 15.08.2007

tarihinde yürürlüğe konulan Adres Kayıt Sistemi Yönetmeliğinin 13/1. maddesinde ise, yerleşim yeri adreslerinin tutulmasında kişilerin yazılı beyanının esas alınacağı, adres beyan formundaki bildirimlerin aksi sabit oluncaya kadar geçerli olduğu belirtilmiştir. Yerleşim yeri ile ilgili getirilen kıstaslardan, yerleşim yerinin kesinlik ifade etmediği, koşulların ve sürekli kalma niyetinin değişmesi ile kısıtlama kararı verildikten sonra vesâyet makamının izni ile değişebileceği göz önüne alındığında bu niteliği itibariyle değişmez ve mutlak olmadığı açıkça görülmektedir. *Yargıtay uygulamalarında, Türk Medeni Kanunu'nun 411 ve 412. maddelerindeki yetkinin kesin ve kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Ancak, yukarıda da ifade edildiği gibi, kesin ve kamu düzenine ilişkin her yetki kuralı, milletlerarası hukuk yönünden münhasır yetki değildir.* İç hukuk yönünden vesayette, kamu düzeni ve kesin yetki ilkeleri benimsenmiş ise de, burada amaç, kendisini ve malvarlığını, yönetmekten ve korumaktan yoksun olanlarla (Türk Medeni Kanunu'nun 404, 405. maddeleri), kendisini ve malvarlığını, yönetmek ve korumaktan yoksun bırakılanların (Türk Medeni Kanunu'nun 406, 407, 408. maddeleri) korunmasıdır. Bu hükümlerin devletin egemenlik ve hükümranlık hakkıyla bir ilgisi bulunmamaktadır. Tanıma taleplerinde yetkili mahkeme, 5718 Sayılı Yasanın 40 ve 41. maddelerine göre belirlenecektir. Türk Medeni Kanunu'nda, vesayet durumunu öğrenen kişilere ve kurumlara, durumu vesayet makamına ihbar yükümlülüğü getirildiğinden, gerek tanıma kararı veren mahkemenin gerekse ilgili şahsın ihbarıyla vesayet makamı olaya el koyacak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nin 9/r ve 30. maddeleri uyarınca vesayet ad kaydı yapılarak vesayet makamınca takip ve denetim sağlanacaktır. Bir başka ifade ile bu konuda yabancı mahkeme tarafından verilen karar Türk mahkemelerinden verilmiş bir karar gibi işlem görecektir. Dava konusu somut olayda Türk vatandaşı olan 1965 doğumlu N... Ö..., Almanya'da yaşamakta olup Münih Asliye Hukuk Mahkemesinin 04.04.2012 tarih 715 XVII 7353/11 sayılı kararı ile kısıtlanarak kendisine oğlu, aynı zamanda Türk vatandaşı da olan H... Ö... vasi olarak atanmıştır. Karar içeriğinden, kısıtlının Alman Medeni Kanunu uyarınca kısıtlandığı ve kısıtlanma nedeninin Türk Medeni Kanunu'nun 405. maddesine de uyar nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Her ne kadar; kısıtlıya millî hukuk uygulanmamış ise de, bu hususu tenfiz ve tanıma engeli olarak düzenleyen 2675 Sayılı Kanunun 38/e maddesi, 5718 sayılı Kanunda yer almamaktadır. Dava tarihi itibariyle uygulanacak Kanun, 2675 değil, 5718 sayılı Kanun'dur. Çünkü 2675 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Yabancı mahkeme ilamının tanınması veya tenfizine karar verilebilmesi için ilamın taraflarının veya en az birinin Türk vatandaşı olmasına gerek bulunmamaktadır. Tara□ar Türk vatandaşı olmasalar bile hukuki menfaatlerinin bulunması koşuluyla yabancı ilamın tenfizini veya tanınmasını isteyebilirler. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, bu hususun tek başına kamu düzenine aykırılık oluşturmayacağı açıktır. MÖHUK'un 9. ve 10. maddelerinde yer alan hak ve fiil ehliyeti ile vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi sebepleri, vesâyet ve kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi istenen kişinin millî hukukuna tabidir hükmü, millî hukukta mevcut olması şartıyla yabancı mahkemeler tarafından da verilebileceği şeklinde yorumlanması gerekir. Çünkü vesâyet ve kısıtlılık müessesesi hem Alman ve hem de Türk hukukunda mevcut olduğundan, Türk hukukunda mevcut olmayan bir müessese hakkında Alman mahkemelerinin vermiş olduğu bir karardan da söz edilemez. *Buradaki ölçü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ihlal edilip edilmemesidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, kişilerin yararının gözetilmesini herşeyin üstünde tutmaktadır. Alman mahkemesi tarafından verilen vesayet kararının; vesayet altına alınanın, Almanya'daki hukuki menfaatlerini koruyacağı gibi bu kararın Türk mahkemeleri tarafından tanınması ile de Türkiye'deki menfaatlerini koruyacaktır. Alman mahkemesi tarafından Türk milli hukuku ile çatışmayacak ve hatta aynı paralelde verdiği kararın ne milli hukuka ve ne de münhasır yetki ya da kamu düzeni ile bir alakası bulunmamaktadır.* Aksine davranışların diğer bir ifade ile yerel mahkeme ya da Hukuk Genel Kurulu kararlarında ileri sürülen gerekçelerin

kabulü halinde, Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde mahkumiyeti sonucunu doğurur ki, bunun da hiç arzu edilmeyen bir durum olduğunda kuşku yoktur. Öte yandan, 1905 tarihli "Kısıtlamaya ve Benzer Tedbirlere İlişkin La Haye Sözleşmesi"nin 3. ve 7. maddelerinde; kural olarak millî hukukun ve millî devlet mahkemelerinin yetkili olmasına karşın hacir altına alınacak şahsın bulunduğu yer (Almanya) makamları da, ilgilinin milli hukukuna (Türk hukukuna) veya bulunma yeri hukukuna (Alman hukukuna) göre hacir kararı alabilecekleri öngörülmüştür. Açıklanan tüm bu nedenlerle kısıtlama kararının tanınmasına ilişkin davanın kabulü gerekirken, yerinde bulunmayan gerekçe ile reddi doğru görülmemiştir. Bu itibarla, yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince bozulmasına, temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 20.03.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 4 Kasım 2014 tarihli kararında[45], vesayet davalarında Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır olmadığını ifade etmiştir. Söz konusu karar göre:

18. HD, E. 2014/13941, K. 2014/15498. T. 4.11.2014: […] Yargıtay uygulamasında Türk Medeni Kanunu'nun 411 ve 412.maddelerindeki yetkinin kesin ve kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi kesin ve kamu düzenine ilişkin her yetki kuralı, milletlerarası hukuk yönünden münhasır yetki değildir. İç hukuk yönünden vesayette, kamu düzeni ve kesin yetki ilkeleri benimsenmiş ise de, burada amaç, kendisini ve malvarlığını, yönetmekten ve korumaktan yoksun olanlarla (Türk Medeni Kanunu'nun 404, 405. maddeleri), kendisini ve malvarlığını, yönetmek ve korumaktan yoksun bırakılanların (Türk Medeni Kanunu'nun 406, 407, 408. maddeleri) korunmasıdır. Bu hükümlerin devletin egemenlik ve hükümranlık hakkıyla ilgisi bulunmamaktadır.

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 25 Nisan 2016 tarihli kararında da vesayet davalarında Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır olmadığını ifade etmiştir.

18. HD, E. 2016/3763, K. 2016/6542, T. 25.04.2016: […] Münhasır (kesin) yetki kuralları dava konusunun sadece Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla konulan ve bunu temin eden kurallardır. Bu kuralların temel dayanağı kamu düzenidir. Türk hukukunun temel değerleri, Türk genel adap ve ahlak anlayışı, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışı ve genel siyaseti, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlükler, milletlerarası alanda geçerli ortak prensipler ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallar, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensipleri, toplumun medeniyet seviyesi, siyasi ve ekonomik rejim ile insan hak ve özgürlükleri milli hukukumuzdaki kamu düzeninin dayanağını oluşturmaktadır. […] 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 54/c maddesinde, hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması hali tenfiz şartları içinde sayılmıştır. Buna göre yabancı mahkeme kararının verilmesinde uygulanan hukuk ve bunun hangi ölçütlere göre uygulandığı değil yabancı kararın Türkiye'de icra edilmesi halinde meydana gelecek sonuçların Türk kamu düzenini ihlal edip etmeyeceğinin araştırılması gerekir. Anılan maddede yer alan "hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması" ifadesinden yabancı mahkeme kararının esasına uygulanan hukukun Türk kamu düzenine aykırılığının incelenemeyeceği, sadece hükmün tenfizi neticesinde ortaya çıkan hukuki sonuçların kamu düzenine aykırı olması halinde yabancı mahkeme kararının tenfizinin reddedileceği sonucuna varılmalıdır. Esasa uygulanan hukukun Türk hukukundan farklı bulunması ya da Türk hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi

45 Y. 18. HD, E. 2014/13941, K. 2014/15498. T. 4.11.2014. Aynı yöndeki diğer bir karar için bkz. Y. 18. HD, E. 2015/5194 K. 2015/18432 T. 14.12.2015.

nedenlerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez (YİBGK 10.02.2012 gün 2010/1 esas 2012/1). Burada esas alınması gereken kıstas milli hukukumuzun kamu düzeninin dayanağını oluşturan ve yukarıda açıklanan hususlardır. Türk hukukunda, kamu düzenine ilişkin yetki kurallarından bazıları münhasır yetki hükmüdür. Münhasır yetki kuralları devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkiyi ifade eden, devletin egemenlik ve hükümranlık haklarının kullanmasını gösteren ve simgeleyen kurallardır. Burada önemli olan Türk hukukundaki kamu düzenine ilişkin her yetki kuralının münhasır bir yetki kuralı olmamasıdır. Yetki kuralının münhasır yetki hükmü getirmiş olup olmadığı, yetki kuralının ifadesinden ve konuluş gayesinden hareketle belirlenebilir. Münhasır yetki kuralı o maddenin ifadesinden, konuluş amacından ve yabancı unsurlu davaların özellikleri nazara alınarak tayin edilir. Türk Medeni Kanunu'nun 411. maddesinde "vesayet işlerinde yetki küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet dairelerine aittir" hükmü, 412. maddesinde ise "vesayet makamının izni olmadıkça vesayet altındaki kişi yerleşim yerini değiştiremez. Yerleşim yerinin değişmesi halinde yetki, yeni vesayet dairelerine geçer. Bu takdirde kısıtlama yeni yerleşim yerinde ilan olunur" hükmü, 19. maddesinde ise "yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. Bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamaz" hükmü düzenlenmiştir. 5490 sayılı Yasanın 3/e maddesinde de yerleşim yeri "sürekli kalma niyetiyle oturulan yeri ifade eder"" şeklinde, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 50/2 ve bu kanuna dayanılarak çıkartılan 15.08.2007 tarihinde yürürlüğe konulmuş bulunan Adres Kayıt Sistemi Yönetmeliğinin 13/1. maddesinde ise "yerleşim yeri adreslerinin tutulmasında kişilerin yazılı beyanı esas alınır. Adres beyan formundaki bildirimler aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir" şeklinde belirtilmiştir. Yerleşim yeri ile ilgili getirilen ölçütlere göre yerleşim yerinin kesinlik ifade etmediği, koşulların, sürekli kalma niyetinin değişmesi ile değişebileceği, yine kısıtlama kararı verildikten sonra vesayet makamının izni ile değişebileceği, bu niteliği itibariyle de değişmez ve mutlak olmadığı açıktır. Yargıtay uygulamasında Türk Medeni Kanunu'nun 411 ve 412.maddelerindeki yetkinin kesin ve kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi kesin ve kamu düzenine ilişkin her yetki kuralı, milletlerarası hukuk yönünden münhasır yetki değildir. İç hukuk yönünden vesayette, kamu düzeni ve kesin yetki ilkeleri benimsenmiş ise de, burada amaç, kendisini ve malvarlığını, yönetmekten ve korumaktan yoksun olanlarla (Türk Medeni Kanunu'nun 404, 405. maddeleri), kendisini ve malvarlığını, yönetmek ve korumaktan yoksun bırakılanların (Türk Medeni Kanunu'nun 406, 407, 408. maddeleri) korunmasıdır. Bu hükümlerin devletin egemenlik ve hükümranlık hakkıyla ilgisi bulunmamaktadır.

Tanıma taleplerinde yetkili mahkeme, 5718 sayılı Yasanın 40 ve 41. maddelerine göre belirlenecektir. Türk Medeni Kanunu'nda, vesayet durumunu öğrenen kişi ya da kurumlara, durumu vesayet makamına ihbar yükümlülüğü getirildiğinden gerek tanıma kararı veren mahkemenin, gerekse ilgili şahsın ihbarıyla vesayet makamı olaya el koyacak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliğinin 9/r ve 30. maddesi uyarınca vesayet ad kaydı yapılarak vesayet makamınca takip ve denetim sağlanacaktır. Bir başka ifade ile Türk mahkemelerinden verilmiş bir karar gibi işlem görecektir. Dava konusu somut olayda Türk vatandaşı olan 1950 doğumlu..., Almanya'da yaşamakta olup...Yerel Mahkemesi'nin 23.03.2015 tarihli kararı ile kısıtlanarak kendisine davacı ... kayyım olarak atanmıştır. Karar içeriğinden, kısıtlının Almanya Medeni Kanunu uyarınca kısıtlandığı ve kısıtlanma nedeninin Türk Medeni Kanunu'nun 405.maddesine de uyar nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Her ne kadar kısıtlıya milli (Türk) hukuk uygulanmamış ise de bu hususu tenfiz ve tanıma engeli olarak düzenleyen 2675 sayılı Yasanın 38/e maddesi, 5718 Sayılı Yasada yer almamaktadır. Dava tarihi itibariyle uygulanacak Kanun, 2675 değil, 5718 sayılı yasadır. Çünkü 2675 sayılı Yasa yürürlükten kaldırılmıştır. Yabancı mahkeme ilamının tanınması veya tenfizine

karar verilebilmesi için ilamın tara□arının veya en az birinin Türk vatandaşı olmasına gerek bulunmamaktadır. Taraflar Türk vatandaşı olmasalar bile hukuki menfaatlerinin bulunması koşuluyla yabancı ilamın tenfizini veya tanınmasını isteyebilirler. Yukarıda ayrıntılı açıklandığı üzere bu hususun tek başına kamu düzenine aykırılık oluşturmayacağı açıktır. MÖHUK'un 9. ve 10. maddelerinde yer alan hak ve fiil ehliyeti ile vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi sebepleri, vesayet ve kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi istenen kişinin milli hukukuna tabidir hükmünün, milli hukukta mevcut olması şartıyla yabancı mahkemeler tarafından da verilebileceği şeklinde yorumlamak gerekir. Çünkü vesayet ve kısıtlılık müessesesi hem Almanya ve hem de Türk hukukunda mevcuttur. O halde Türk hukukunda mevcut olmayan bir müessese hakkında Almanya mahkemelerinin vermiş olduğu bir karardan da söz edilemez. Buradaki ölçü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlal edilip edilmemesidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kişilerin yararının gözetilmesini herşeyden üstün tutmaktadır. Almanya mahkemesi tarafından verilen vesayet kararının, vesayet altına alınanın Almanya'daki hukuki menfaatlerini koruyacağı gibi, bu kararın Türk mahkemeleri tarafından tanınması aynı zamanda vesayet altına alınan kişinin Türkiye'deki çıkarlarını koruyacaktır. Almanya mahkemesi tarafından Türk milli hukuku ile çatışmayacak ve hatta aynı paralelde verdiği kararın ne milli hukuka ve ne de münhasır yetki ya da kamu düzeni ile bir alakası bulunmamaktadır. 1905 tarihli "Kısıtlamaya ve Benzer Tedbirlere İlişkin La Haye Sözleşmesi"nin 3. ve 7. maddelerine göre; kural olarak milli hukukun ve milli devlet mahkemelerinin yetkili olmasına karşın hacir altına alınacak şahsın bulunduğu yer (Almanya) makamları da, ilgilinin milli hukukuna (Almanya hukukuna) veya bulunma yeri hukukuna (Almanya hukukuna) göre hacir kararı alabilecekleri öngörülmüştür. Açıklanan tüm bu nedenlerle dava, kısıtlama kararının tanınmasına ilişkin olduğuna göre davanın kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile reddi doğru görülmemiştir.

2. Vesayete ilişkin yabancı ilamların Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı sorunu

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 6 Aralık 2005 tarihli kararında, vesayet kamu düzenine ilişkin bir müessese olduğundan yabancı mahkeme tarafından verilen vesayet kararının Türkiye'de tanınamayacağını ancak Türk mahkemesi tarafından takdiri delil olarak kullanılabileceğini; aksinin kabulünün ise, yabancı vesayet makamlarının yetkilerinin Türkiye'ye teşmili anlamına geleceğini ifade etmiştir.

2. HD, E. 14443, K. 17022, T. 6.12.2005: Türk vatandaşlarına yabancı bir ülkede vasi tayin edilmesi durumunda, bu karar ancak verildiği ülkede sonuç doğurur. Vesayet işleri kamu düzenini ilgilendirdiğinden bir Türk vatandaşı hakkında yabancı vesayet kararının Türkiye'de tanınması veya tenfizi mümkün değildir. Tanıma veya tenfiz kararı, sonuçta bir tespit hükmüdür. Böyle bir tespit hükmünü veren mahkemenin, vesayet makamı olamayacağı açıktır. Bu bakımdan yabancı vesayet kararlarının tanınması veya tenfizine hukuken olanak yoktur. Yabancı vesayet kararında gösterilen vesayeti gerektiren sebep, Türk hukukuna göre de vesayeti gerektirir nitelikte ise, yabancı karar, bu yönde Türk mahkemesinde delil olabilir. Ama vesayet kararı 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 millî hudutlar içerisinde vesayet işlerinde yetkisi kabul edilmiş olur[46].

46 Ömer Uğur Gençcan, *Vesayet Hukuku* (Yetkin 2009) 1148.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 6 Aralık 2005 tarihli kararında (1) vesayetin kamu düzenini ilgilendiren bir konu olması, (2) tanıma davası sonucunda verilen hükmün tespit niteliğinde olması ve tespit hükmünün bu hükmü veren mahkemeyi vesayet makamı haline getirmeyeceği; (3) yabancı vesayet kararında vesayeti gerektiren sebep Türk hukukunda da kabul edilmişse yabancı ilamın delil olabileceği; (4) yabancı vesayet makamlarının yetkilerinin Türkiye'ye teşmilinin mümkün olmaması sebebiyle yabancı vesayet kararlarının tanınmayacağı sonucuna varılmıştır. Bu karara katılmak mümkün değildir. Bir konunun mevzuatımızda kamu düzeni esası uyarınca düzenlenmiş olması yabancı mahkeme kararının tanınmasını engellemez. Yabancı mahkemenin uyguladığı hukuk ve bu hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı da revizyon yasağı sebebiyle tanıma davasına bakan Türk mahkemesi tarafından incelenemez. Yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi her zaman tespit niteliği sonucunu doğurmaz. Yabancı mahkeme kararının icra kabiliyetinin tenfiz yoluyla kabul edilmesi yabancı ilamın Türkiye'de icraya konulması sonucunu doğuracaktır. Yabancı vesayet kararlarının tanınması, yabancı vesayet ve denetim makamlarının yetkilerinin Türkiye'ye teşmili anlamına gelmemektedir.

3. Yabancı mahkemece verilen vesayet kararının tanınması halinde Türk mahkemelerinin vesayet makamı haline getirip getirmeyeceği sorunu.

Vesayet işlerinde yetkili mahkeme ise TMK'nın 411. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, vesayet işlerinde yetki, küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet dairelerine aittir. TMK'nın 397. maddesinin (2). fıkrası uyarınca vesayet dairelerinden maksat, vesayet makamı olarak sulh hukuk mahkemesi; denetim makamı olarak da asliye hukuk mahkemesidir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 18 Kasım 2009 tarihli kararında[47] davacının eşine vasi olarak tayinine dair Almanya Leverkusen Asliye Hukuk Mahkemesinden alınan kararın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi sebebiyle tanınmayacağını; gerek vesayet kararını veren mahkemenin gerekse denetim makamının Almanya'da olduğunu; Leverkusen Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilen karar Türkiye'de tanınsa bile Alman mahkemesinin vesayet makamı olma durumunu değiştirmeyeceğini ve Türk mahkemelerini vesayet makamı haline getirmeyeceğini, dolayısıyla Türk mahkemelerinin vasi tarafından yapılan işlemleri denetleyemeyeceğini; hal böyle olunca bir Türk vatandaşı hakkında yabancı vesayet kararının Türkiye'de tanınmasının olanağı bulunmadığını ifade etmiştir.

Aygül, yabancı mahkeme tarafından verilen vesayet kararının, vesayet altına alınan kişinin ehliyetinin sınırlanmasına ilişkin kısmının tanınacağını; vesayet makamlarına ilişkin kısmının tanınmayacağını savunmuştur. *Aygül*'ün görüşü, yabancı mahkemece verilen vesayet kararının tanınması yerine yeniden vasi atanması

47 Y HGK, E. 2009/2-557, K. 2009/527, T. 18.11.2009.

ve yeni vesayet makamlarının oluşturulması anlamına gelmektedir. Belirtmek gerekir ki, vesayete ilişkin yabancı ilam, iki kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısım, vesayet altına alınan kişinin ehliyetinin kısıtlanmasına; ikinci kısım ise, vasi atanmasına ilişkindir. Yabancı mahkeme kararı tanınınca, vesayet altına alınan kişinin ehliyetinin sınırlandığı; kendisine vasi atandığı ve vasinin görevlerini Türkiye'de yapabileceği kabul edilmiş olacaktır. Yabancı mahkeme tarafından atanan vasinin, bazı konularda yabancı mahkemeden izin alması gerekebilir. Yabancı mahkeme, belirli bir işlemi yapması, örneğin, vesayet altındaki kişinin taşınmazlarını satması için verdiği kararın da Türkiye'de ayrıca tanınması gerekir.

Yabancı mahkeme, vesayet kararında, vasinin görevlerinin kapsamını belirlemiş olabilir. Diğer bir ifadeyle, yabancı ilamda, vasinin mahkemeden izin alacağı haller ile izin almaksızın kendi inisiyatifi ile yapacağı işler tek tek sayılmış olabilir. Örneğin, Alman mahkemesince verilen vesayet kararında, vesayet altına alınan şahsın olağan giderleri için her ay vasinin bankadan alacağı miktar belirtilmiş; bu miktarı aşan harcamalar ve vesayet altındaki şahsın taşınmazlarının satışı için mahkemeden izin alınması öngörülmüş olabilir. Eğer vesayet altında bulunan şahsın Türkiye'deki taşınmazının satışı için Alman vesayet mahkemesinden izin alınmışsa, izne ilişkin bu kararın da tanınması için dava açılmalıdır. Vasi atanmasına ilişkin kararın daha önce tanınmış olması, vasinin söz konusu taşınmazı satması açısından yeterli değildir. İkinci kararın konusu, vasiye, vesayet altına alınan şahsa ait taşınmazı satması için verilen izindir. Üstelik bu kararın tanınması, münhasır yetki sebebiyle de engellenemez. Çünkü Alman mahkemesi, Türkiye'deki taşınmazın aynına ilişkin bir karar vermemiştir. Alman mahkemesinin kararı, Türkiye'deki taşınmazın vasi tarafından satılabileceğine ilişkindir. Bu görüşümüz çerçevesinde, HGK'nın 8 Temmuz 2009 tarihli kararında da belirttiği üzere, vesayet kararının tanınmasından sonra, yabancı vesayet mahkemesi tarafından verilen izin veya onayın Türkiye'de sonuç doğurabilmesi için her defasında tanıma davası açılacaktır. Yoksa doktrinde ifade edildiği gibi, yabancı vesayet kararının tanınmasıyla birlikte yabancı vesayet makamlarının yetkisi, Türk vesayet makamlarına geçmeyecektir.

Nitekim Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de 12 Ocak 2007 tarihli kararında, yabancı vesayet ilamın tanınması sonucunda Türk mahkemelerinin vesayet makamı statüsünü kazanmayacağını ifade etmiştir. Turhan Hançar, Almanya'nın Pforzheim mahkemesi tarafından verilen vesayet kararı ile kardeşi Orhan Hançar'e vasi olarak atanmış; bu kararın tanınması için hasımsız olarak Sarayköy Asliye Hukuk Mahkemesi'nde dava açmıştır. Sarayköy Asliye Hukuk Mahkemesi, Almanya'nın Pforzheim Mahkemesi tarafından verilen kararı tanımıştır. Turhan Hançar daha sonra, Pforzheim mahkemesinin vesayet ilamının tanınmasına ilişkin Sarayköy Asliye Hukuk Mahkemesi'nin kararının kesinleşmesiyle birlikte Sarayköy Sulh Hukuk Mahkemesi'nin vesayet makamı, Asliye Hukuk Mahkemesi'nin ise denetim makamı

sıfatını kazandığı düşüncesiyle, babalarından miras kalan ve Merkez Bankası'nda bulunan paradan kısıtlı Orhan'a düşen miktarın vasi olarak kendisine verilmesi için ödeme izni almak üzere Sarayköy Asliye Hukuk Mahkemesi'ne başvurmuştur. Sarayköy Asliye Hukuk Mahkemesi, istemi reddetmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, kararı, oyçokluğuyla onamıştır. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'ne göre:

> *2. HD, E. 2006/11807, K. 2007/1733, T. 12.2.2007*: …Almanya'nın Pforzheim Mahkemesi'nin vesayet kararının Sarayköy Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 21.12.2005 günlü kararı ile tanınmasına karar verilip kesinleşmesine…Sarayköy Sulh Hukuk Mahkemesi'nin vesayet makamı, Asliye Hukuk Mahkemesi'nin ise denetim makamı olmadığının anlaşılmasına göre…yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına, oyçokluğuyla karar verildi[48].

Karara ilişkin muhalefet şerhinde, karara sonucu itibariyle iştirak edilmekle beraber, vasiye ödeme izni belgesi talebinin Sarayköy Asliye Hukuk Mahkemesi'ne değil Sarayköy Sulh Hukuk Mahkemesi'ne yapılması gerektiği; mahkemelerin görevi kamu düzenine ilişkin olduğundan, yargılamanın her aşamasında dikkate alınacağı belirtilerek bu noktada çoğunluk görüşüne karşı çıkılmıştır. Muhalefet şerhine göre:

> Dava dosyasında davacı Turhan, kardeşi Orhan'a Almanya Pforzheim Sulh Hukuk Mahkemesince vasi olarak atandığını, bu kararın tanınmasına karar verildiğini, bu sebeple Merkez Bankasında mirasbırakanları babaları adına kayıtlı bulunan paradan kardeşi Orhan'ın payının vasisi olarak kendisine verilebilmesi için ödeme izin belgesi verilmesi isteminde bulunulduğu ve Sarayköy Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından aynı konuda ikinci kez karar verilmesi mümkün olmadığından davanın reddine karar verildiği konusunda değerli çoğunluk ile aramızda "görüş birliği" vardır. Çekişme nedir? Vasiye ödeme izin belgesi verilmesi istemi konusunda Sarayköy Asliye Hukuk Mahkemesi görevli değildir. Görev kamu düzenine ilişkindir. Yargılamanın her aşamasında kendiliğinden dikkate alınmalıdır. Bu sebeplerle değerli çoğunluğun "farklı görüşüne" katılmıyorum49.

Kanaatimizce, gerek Sarayköy Asliye Hukuk Mahkemesi gerekse Yargıtay 2. Hukuk Dairesi kararında yer alan, tanıma kararıyla birlikte Türk mahkemelerinin vesayet makamı haline gelmediğine ilişkin görüşleri isabetlidir. Pforzheim mahkemesi kararı, Sarayköy Asliye Hukuk Mahkemesince tanınmıştır. Böylece Turhan'ın, kardeşi Orhan'a vasi olarak atandığı ve Orhan'ın fiil ehliyetinin kısıtlandığına ilişkin Pforzheim mahkemesi kararı tıpkı Türk mahkemesi tarafından verilmiş bir karar gibi Türkiye'de hüküm ve sonuç doğuracaktır. Tanınmasına veya tenfizine karar verilen yabancı ilamlar, Türk mahkemelerince verilen ilamlara tanınan sonuçlardan fazlasını doğurmazlar. Nasıl ki, bir Türk mahkemesince vesayet kararı verilse bile, vasinin, TMK'nın 462. maddesinde sayılan işleri yapabilmesi için vesayet makamından izin alması gerekiyorsa, yabancı vesayet ilamının tanınmasına karar verilse bile, yabancı mahkemece atanan vasi, TMK'nın 462. maddesinde sayılan işlemleri Türkiye'de

48 Gençcan (n 44) 1148-1150.

49 Gençcan (n 44) 1149-1150.

yapamaz. Bunları Türkiye'de yapabilmesi için vesayet makamı olan Pforzheim mahkemesi izin alması ve Pforzheim mahkemesi tarafından verilen izne ilişkin kararın Türkiye'de tanınması gerekir. TMK'nın 462. maddesinde, vesayet makamından izin alınmasını gerektiren işlemler arasında, miras olarak intikal eden ve Merkez Bankası'nda bulunan paranın kısıtlı adına alınması yer almamaktadır. Bu nedenle, Sarayköy Asliye Hukuk Mahkemesi ve Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, izin istemini reddederken, zaten talep konusu işlem için vasinin izin almasına gerek olmadığını da belirtmeliydi.

4. Yabancı mahkemece verilen vesayet kararının tanınması davasında münhasır yetki ve kamu düzenin kavramlarının geniş yorumlanmasının AİHS'in 6. maddesinin ihlâline yol açabileceğine ilişkin Yargıtay kararları.

Yargıtay, 2013 yılından itibaren verdiği ve bir kısmı yukarıda incelenen muhtelif kararlarında[50] vesayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınmamasının AİHS'in 6. maddesinin ihlali sonucunu doğurabileceğini vurgulamıştır. İlk defa Yargıtay 18. Hukuk Dairesi tarafından 17 Ocak 2013 tarihinde verilen karar[51] ile başlayan bu uygulama daha sonra bu kararın içeriği aynen korunarak devam ettirilmiştir. Bu karar, tanıma ve tenfiz davaları ile AİHS'in 6. maddesi arasındaki ilişkiyi açıklayan ilk karardır. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, Alman mahkemesi tarafından verilen vesayet kararının tanınması davasında, AİHS'in 6. maddesi ile olan bağlantıyı iki noktada kurmuştur:

(1) Yabancı devlet vatandaşı, kendi ülkesinde milli hukuku uyarınca ve vatandaşı olduğu devletin mahkemesi tarafından verilen kısıtlılık kararının Türkiye'de tanınması halinde, Türkiye'de yeniden dava açacak ve Türk mahkemelerinin ilgilinin milli hukukuna göre karar vermesi gerekecektir. Ayrıca yabancı memleketlerde yaşayan Türk vatandaşlarını yabancı mahkemece verilen vesayet kararının tanınmaması halinde davanın aynısını Türk mahkemelerinde açmaya zorlama 5718 sayılı yasanın amacına aykırıdır. Yargıtay 18. Dairesi'ne göre, bir yabancı veya Türk vatandaşının, yabancı mahkemece verilen kısıtlama kararının Türkiye'de tanınması isteminin reddi sebebiyle tekrar dava açmak zorunda bırakılması, AİHS'in 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı ile hukukî dinlenilme hakkını ciddi biçimde engelleyecek bir uygulamadır. Münhasır yetkinin kapsamını genişletmemek; iç hukukta kesin ve kamu düzeninden olan her yetki kuralının, milletlerarası özel hukuk açısından münhasır nitelikte olduğunu kabul etmemek; münhasır yetkiyi, devletin egemenlik ve hükümranlık hakkıyla sınırlamak gerekir.

(2) Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'ne göre, Türk vatandaşı hakkında kısıtlama kararı verilirken Alman hukukunun uygulanmasını kamu düzenine aykırı değildir. Alman mahkemesi tarafından verilen vesayet kararının, kamu düzenine aykırı olup olmadığını değerlendirirken, AİHS'i de göz önünde tutmak gerekir. AİHS'de kişinin

50 Y. 18. HD, E. 2014/13941, K. 2014/15498, T. 4.11.2014.

51 Y. 18. HD, E. 2012/12365, K. 2013/483, T. 17.1.2013.

yararının gözetilmesi esas olduğundan kişinin yararını gözeten ve onu korumak için verilen yabancı bir ilamın tanınması, kamu düzenine aykırılık teşkil etmez. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'ne göre:

> *18. HD, E. 2012/12365, K. 2013/483, T. 17.1.2013*: […] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kişilerin yararının gözetilmesini her şeyden üstün tutmaktadır. Alman mahkemesi tarafından verilen vesayet kararının, vesayet altına alınanın Almanya'daki hukukî menfaatlerini koruyacağı gibi, bu kararın Türk mahkemeleri tarafından tanınması aynı zamanda vesayet altına alınan kişinin Türkiye'deki çıkarlarını koruyacaktır. Alman mahkemesi tarafından Türk milli hukuku ile çatışmayacak ve hatta aynı paralelde verdiği kararın ne milli hukuka […] ne de münhasır yetki ya da kamu düzeni ile bir alakası bulunmamaktadır. Aksine davranışların diğer bir ifade ile yerel mahkeme ya da Hukuk Genel Kurulu kararlarında ileri sürülen gerekçelerin kabulü halinde Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde mahkûmiyeti sonucunu doğurur ki bunun da hiç arzu edilmeyen bir durum olduğunda kuşku yoktur.

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi daha sonra verdiği kararlarında da aynı düşünceden hareket etmiştir.

> *18. HD, E. 2014/13941, K. 2014/15498. T. 4.11.2014*: […] Yabancı memleketlerde yaşayan Türk vatandaşlarını yabancı mahkemece verilen vesayet kararının tanınmaması halinde davanın aynısını Türk mahkemelerinde açmaya zorlama 5718 sayılı Yasanın amacına aykırıdır. Türk Medeni Kanunu'nun 404 ila 410. maddeleri arasında düzenlenen küçüklük, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, özgürlüğü bağlayıcı ceza, yaşlılık, sakatlık, deneyimsizlik ile ağır hastalık hallerinin kısıtlama nedeni olup olmadığı yapılacak yargılama sonucunda belirleneceğinden bu duruma düşen bir kişinin milli hukukunun uygulama alanı olan ülkesine getirilmek zorunda bırakılması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı ile hukuki dinlenilme hakkını ciddi biçimde engelleyecek bir uygulamadır. Ayrıca 5718 sayılı Yasada da vesayet ile ilgili özel ve ayrık bir hüküm zaten yer almamaktadır.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 14.11.2017 tarihli kararında AİHS'in 6. maddesine istinaden Alman mahkemesince verilen vesayet kararının Türkiye'de tanınmasının engellenemeyeceği soncuna varmıştır[52]. Karara konu olan olayda anneleri vefat eden ve babaları tutuklu olan çocukların vesayetinin Weilburg yerel mahkemesi tarafından büyük anne ve büyük babaya verilmiştir. Weilburg yerel mahkemesi kararının tanınması için Türkiye'de dava açılmıştır. Mahkemece vesayetin Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmesi sebebiyle tanıma davasının reddedilmiştir. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, AİHS'in kişilerin yararının gözetilmesini herşeyden üstün tutması; Weilburg mahkemesi tarafından verilen vesayet kararının, vesayet altına alınanın Almanya'daki hukuki menfaatlerini koruması; bu kararın Türk mahkemeleri tarafından tanınmasının aynı zamanda vesayet altına alınan kişinin Türkiye'deki çıkarlarını koruması; Almanya mahkemesi tarafından Türk milli hukuku ile çatışmayacak ve hatta aynı paralelde verdiği kararın ne milli hukuka ne de münhasır yetki ya da kamu düzeni ile bir alakasının bulunmaması nedeniyle

52 Y. 8. HD, E. 2017/6589, K. 2017/15189, T. 14.11.2017. Ekşi (n 22) 293-300.

tanınmasına karar verilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

8. HD, E. 2017/6589, K. 2017/15189, T. 14.11.2017: […] Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, Serdar ve Perihan'ın müşterek evliliklerinden olma Eda Dilara ve Sidar Bakış isimli çocukların vesayetinin, anne Perihan'ın vefat etmesi ve baba Serdar'ın da tutuklu olması nedeniyle, Weilburg Yerel Mahkemesi tarafından büyük anne ve büyük babaya tevdi edildiğini açıklayarak, Weilburg Yerel Mahkeme kararının Türkiye'de tanınması ve tenfiz edilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, konunun Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi kapsamına girdiği, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine dahil bir konuda, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine karar verilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi üzerine; hüküm, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından temyiz edilmiştir.

[…] Yargıtay uygulamalarında vesayetin yönetimi ile ilgili kararların idari nitelikte kararlar olduğu kazai nitelik taşımadığı ve bu nedenle tenfiz edilemeyeceği kabul edilmektedir. 5718 sayılı Yasanın 50. maddesi uyarınca yabancı mahkemelerce verilen ve kesinleşen ilamlar tenfiz ya da tanımaya konu olabileceğinden vesayetin yönetimi hakkındaki kararların belirtilen nitelikleri itibariyle (ilam vasfı taşımadıklarından) tanınması da mümkün değildir. Esasen Hukuk Genel Kurulunca kısıtlama kararlarının (vasi atanması kararları) tanınamayacağı kabul edilirken, açıklanan gerekçe, vesayetin yönetimi hakkındaki kararlar nedeniyle doğabilecek olası sakıncaların giderilmesi amaçlanmıştır. Yasakoyucu da Hukuk Genel Kurulunun kararında belirtilen muhtemel sakıncaları önlemek amacıyla 5718 Sayılı Yasanın 10/3. maddesi hükmünü düzenlemiş, Türk hukukunu yetkili kılmıştır.

[…] 5718 sayılı Kanundaki hükümlerin amacı da dikkate alındığında yabancı mahkemelere, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin olarak, öngörülen kurallara göre yargılama yapıp karar verme yetkisinin bulunduğu tartışmasızdır. Yabancı mahkemelere, açıklanan konularda verilen yetki uyarınca bunların aldıkları kararların tanınmaması mümkün değildir. Zira yabancı mahkemece verilen ilamlarının tanınmaması Türk vatandaşlarına külfetli hale gelebilecek ve kendi milli hukukundan istifadesi yabancı hukuka göre daha da zorlaşacaktır. Yabancı memleketlerde yaşayan Türk vatandaşlarını yabancı mahkemece verilen vesayet kararının tanınmaması halinde davanın aynısını Türk mahkemelerinde açmaya zorlama 5718 sayılı Yasanın amacına aykırıdır. Türk Medeni Kanunu'nun 404 ila 410. maddeleri arasında düzenlenen küçüklük, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, özgürlüğü bağlayıcı ceza, yaşlılık, sakatlık, deneyimsizlik ile ağır hastalık hallerinin kısıtlama nedeni olup olmadığı yapılacak yargılama sonucunda belirleneceğinden bu duruma düşen bir kişinin milli hukukunun uygulama alanı olan ülkesine getirilmek zorunda bırakılması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı ile hukuki dinlenilme hakkını ciddi biçimde engelleyecek bir uygulamadır. Ayrıca 5718 sayılı Yasada da vesayet ile ilgili özel ve ayrık bir hüküm zaten yer almamaktadır.

Münhasır (kesin) yetki kuralları dava konusunun sadece Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla konulan ve bunu temin eden kurallardır. Bu kuralların temel dayanağı kamu düzenidir. Türk hukukunun temel değerleri, Türk genel adap ve ahlak anlayışı, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışı ve genel siyaseti, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükler, milletlerarası alanda geçerli ortak prensipler ve özel hukuka ait iyiniyet

prensibine dayanan kurallar, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensipleri, toplumun medeniyet seviyesi, siyasi ve ekonomik rejim ile insan hak ve özgürlükleri milli hukukumuzdaki kamu düzeninin dayanağını oluşturmaktadır. Kamu düzeni tarafların uymak zorunda oldukları kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kuralların bütünü olarak anlaşılmaktadır.

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 54/c maddesinde, hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması hali tenfiz şartları içinde sayılmıştır. Buna göre yabancı mahkeme kararının verilmesinde uygulanan hukuk ve bunun hangi ölçütlere göre uygulandığı değil yabancı kararın Türkiye'de icra edilmesi halinde meydana gelecek sonuçların Türk kamu düzenini ihlal edip etmeyeceğinin araştırılması gerekir. Anılan maddede yer alan "hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması" ifadesinden yabancı mahkeme kararının esasına uygulanan hukukun Türk kamu düzenine aykırılığının incelenemeyeceği, sadece hükmün tenfizi neticesinde ortaya çıkan hukuki sonuçların kamu düzenine aykırı olması halinde yabancı mahkeme kararının tenfizinin reddedileceği sonucuna varılmalıdır. Esasa uygulanan hukukun Türk hukukundan farklı bulunması ya da Türk hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez (YİBGK 10.02.2012 gün 2010/1 esas 2012/1).

[…] Türk hukukunda, kamu düzenine ilişkin yetki kurallarından bazıları münhasır yetki hükmüdür. Münhasır yetki kuralları devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkiyi ifade eden, devletin egemenlik ve hükümranlık haklarının kullanmasını gösteren ve simgeleyen kurallardır. Burada önemli olan Türk hukukundaki kamu düzenine ilişkin her yetki kuralının münhasır bir yetki kuralı olmamasıdır. Yetki kuralının münhasır yetki hükmü getirmiş olup olmadığı, yetki kuralının ifadesinden ve konuluş gayesinden hareketle belirlenebilir. Münhasır yetki kuralı o maddenin ifadesinden, konuluş amacından ve yabancı unsurlu davaların özellikleri nazara alınarak tayin edilir.

[…] Kesin ve kamu düzenine ilişkin her yetki kuralı, milletlerarası hukuk yönünden münhasır yetki değildir. İç hukuk yönünden vesayette, kamu düzeni ve kesin yetki ilkeleri benimsenmiş ise de, burada amaç, kendisini ve malvarlığını, yönetmekten ve korumaktan yoksun olanlarla (Türk Medeni Kanunu'nun 404, 405. maddeleri), kendisini ve malvarlığını, yönetmek ve korumaktan yoksun bırakılanların (Türk Medeni Kanunu'nun 406, 407, 408. maddeleri) korunmasıdır. Bu hükümlerin devletin egemenlik ve hükümranlık hakkıyla ilgisi bulunmamaktadır.

[…] Almanya mahkemesi tarafından verilen vesayet kararının, vesayet altına alınanın Almanya'daki hukuki menfaatlerini koruyacağı gibi, bu kararın Türk mahkemeleri tarafından tanınması aynı zamanda vesayet altına alınan kişinin Türkiye'deki çıkarlarını koruyacaktır. Almanya mahkemesi tarafından Türk milli hukuku ile çatışmayacak ve hatta aynı paralelde verdiği kararın ne milli hukuka ve ne de münhasır yetki ya da kamu düzeni ile bir alakası bulunmamaktadır. Açıklanan tüm bu nedenlerle dava, vesayet kararının tanınmasına ilişkin olduğuna göre davanın kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile reddi doğru görülmemiştir.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 14 Kasım 2017 tarihli kararında vardığı sonucu bu tarihten sonra verdiği kararlarında da aynen muhafaza etmiştir. Nitekim Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 15 Ocak 2018 ve 25 Ocak 2018 tarihli kararlarında da AİHS'in 6.

maddesinden hareketle yabancı mahkemece verilen vesayet kararının Türkiye'de tanınmasının kamu düzeni ve Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi sebebiyle engellenemeyeceğini ifade etmiştir.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 15 Ocak 2018 tarihli kararına[53] konu olan olayda, davacı, yatalak olup kendini ve mal varlığını idare edemeyecek durumda olan babasına Amsterdam Hukuk Mahkemesi'nin kararı ile vasi olarak atandığını, kısıtlının Merkez Bankası, Ziraat Bankası ve Halk Bankası'ndaki hesaplarının uzun yıllardır işlem görmemesi nedeniyle zamanaşımına uğrama ihtimali olduğunu ileri sürerek yabancı mahkeme kararının Türkiye'de tanınmasını istemiş; Mahkemece, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine dahil bir konuda, yabancı mahkeme kararlarının tanınmasına karar verilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine hükmedilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 15 Ocak 2018 tarihli kararında 14 Kasım 2017 tarihli kararında yer alan gerekçelere aynen yer vererek AİHS'in 6. maddesi uyarınca Amsterdam Hukuk Mahkemesi tarafından verilen vesayet kararının kamu düzeni ve münhasır yetki sebebiyle reddedilemeyeceğini ifade etmiştir.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 25 Ocak 2018 tarihli kararına[54] konu olan olayda ise, davacı, Almanya vatandaşı torunları Melih Yırtık'ın Almanya Dinslaken Mahkemesi tarafından vesayet altına alınıp davacının vasi olarak tayin edildiğini, vasi tayini kararının mahkemece tanınmasına hükmedilmesini istemiş, mahkemece, davaya aile mahkemesi sıfatı ile bakılarak, konunun Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi kapsamına girdiği, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine dahil bir konuda, yabancı mahkeme kararlarının tanınmasına karar verilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 25 Ocak 2018 tarihli kararında, yabancı mahkemelerce verilen vesâyet kararlarının tanınmaması halinde, yabancı ülkelerde yaşayan Türk vatandaşlarının aynı davayı Türk mahkemelerinde açmaya zorlanacağını; bu zorlanmanın 5718 sayılı MÖHUK'un amacına ve AİHS'in 6. maddesine aykırı olduğunu; vesayet konusunda Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır nitelikte olmadığını; vesayet kararını veren yabancı mahkemenin bu kararı verirken uyguladığı hukukun Türk mahkemesince denetlenemeyeceğini; MÖHUK'un 54(c) maddesinde yer alan "hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması" ifadesinden, yabancı mahkeme kararının esasına uygulanan hukukun Türk kamu düzenine aykırılığının incelenemeyeceği, sadece hükmün tenfizi neticesinde ortaya çıkan hukuki sonuçların kamu düzenine aykırı olması halinde yabancı mahkeme kararının tanınması isteminin reddedileceği sonucuna varılması gerektiğini ifade etmiştir.

53 Y. 8. HD, E. 2017/8099, K. 2018/405, T. 15.01.2018.

54 Y. 8. HD, E. 2017/6609, K. 2018/1418, T. 25.01.2018.

C. Türk vatandaşlarının vesayet altına alınmasına ilişkin kararlar verilirken Türk hukukunun uygulanmamasının yabancı ilamın tanınmasına etkisi

1982-2007 yılları arasında yürürlükte olan 2675 sayılı MÖHUK'un 38. maddesinin (e) bendinde, Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı ilamların tanınması için Türk kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukukun uygulanması şartı yer alıyordu. 5718 sayılı MÖHUK'da tanıma şartları arasında bu hükme yer verilmemiştir. O halde tanıma davasına bakan Türk mahkemesi, yabancı mahkemenin uyguladığı hukukun hangi devlet hukuku olacağını denetleyemeyecektir. Bununla beraber, Türk mahkemelerinin halen bu şartı aradıkları ve Türk vatandaşının vesayet altına alınmasına ilişkin karar verilirken Türk hukukunun uygulanmamasını tanıma engeli olarak kabul etmektedirler. Ancak aşağıda yer alan Yargıtay kararlarından da anlaşılacağı üzere bu uygulama yanlıştır ve tanıma davasına bakan mahkeme, yabancı mahkemenin hangi ülkenin hukukunu uyguladığını inceleme yetkisi bulunmamaktadır.

> *18. HD, E. 2014/13941, K. 2014/15498, T. 04.11.2014*: […] Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkilinin, halen Avusturya vatandaşı olan ve kendisine kronikleşmiş şizoafektif bozukluk tanısı konan G.F.'e Avusturya Schwaz Bölge Mahkemesi tarafından kayyım olarak atandığını, kısıtlının Türkiye'de bulunan taşınmazları üzerinde kısıtlı adına ve onu temsilen tasarruf edilebilmesi için kayyım tayini kararının mahkemece tanınmasına karar verilmesini istemiş, mahkemece konunun Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi kapsamına girdiği, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine dahil bir konuda, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine karar verilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. […] 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 54/c maddesinde, hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması hali tenfiz şartları içinde sayılmıştır**.** *Buna göre yabancı mahkeme kararının verilmesinde uygulanan hukuk ve bunun hangi ölçütlere göre uygulandığı değil yabancı kararın Türkiye'de icra edilmesi halinde meydana gelecek sonuçların Türk kamu düzenini ihlal edip etmeyeceğinin araştırılması gerekir***.** Anılan maddede yer alan "hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması" ifadesinden yabancı mahkeme kararının esasına uygulanan hukukun Türk kamu düzenine aykırılığının incelenemeyeceği, sadece hükmün tenfizi neticesinde ortaya çıkan hukuki sonuçların kamu düzenine aykırı olması halinde yabancı mahkeme kararının tenfizinin reddedileceği sonucuna varılmalıdır. Esasa uygulanan hukukun Türk hukukundan farklı bulunması ya da Türk hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez. (YİBGK 10.02.2012 gün 2010/1 esas 2012/1). Burada esas alınması gereken kıstas milli hukukumuzun kamu düzeninin dayanağını oluşturan ve yukarıda açıklanan hususlardır.

> *HGK, E. 2013/1628, K. 2015/894, T. 04.03.2015*: Somut olayımızda; kısıtlı Almanya'da yaşamakta olup akıl hastalığı ve zayıflığı nedeniyle Alman mahkemesince, Alman Medeni Kanunu uyarınca kısıtlanarak, aynı zamanda Türk vatandaşı da olan oğlu kendisine vasi atanmıştır. Kısıtlama nedeni Türk Medeni Kanunu'nun 405. maddesinde yer alan düzenleme ile kısıtlıya milli (Türk) hukuk uygulanmamış ise de, bu hususu tanıma ve tenfiz engeli olarak düzenleyen 2675 sayılı Kanun'un 38/e maddesinde yer alan "...Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı ilamda Türk kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yetkili kılınan hukukun uygulanmamış ve Türk vatandaşı olan davalının tenfize bu yönden itiraz etmemiş olması"

hükmü, 5718 sayılı Kanunda anılan maddeye paralel olarak düzenlenen ve tenfiz şartlarının düzenlendiği 54. maddede yer almamaktadır. Bu genel açıklamalar karşısında somut olay değerlendirildiğinde; 2675 sayılı Kanun'un yürürlükten kaldırıldığı gözetildiğinde; dava tarihi itibariyle uygulanacak Kanunun 2675 sayılı Kanun değil, 5718 sayılı Kanun olduğu; bu yoldaki uygulamanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile benimsenen, kişilerin yararının gözetilmesi ve her şeyden üstün tutulması ilkesine de uygun düştüğü, ayrıca 1905 tarihli kısıtlamaya ve benzer tedbirlere ilişkin La Haye Sözleşmesinin 3 ve 7. maddelerine göre, kural olarak milli hukukun ve milli devlet mahkemelerinin yetkili olmasına karşın, kısıtlanacak şahsın bulunduğu yer (örneğimizde Almanya) makamları da ilgilinin milli hukukuna (örneğimizde Türk hukuku) veya bulunma yeri hukukuna (Alman hukuku) göre kısıtlama kararı alabilecekleri benimsenmiştir. Öte yandan; Yerel Mahkeme direnme kararına dayanak yaptığı ve gerekçesine aldığı iki ayrı Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı, dava tarihinden çok önce yürürlükten kaldırılan 2675 sayılı Kanun'a göre inceleme yapıldığından somut olay açısından emsal karar olma özelliği bulunmamaktadır. Görüşmeler sırasında azınlıkta kalan bir kısım üyeler tarafından 5718 sayılı Kanun'un 3., 9., 10. maddeleri dikkate alınmak suretiyle yerel mahkeme direnme kararının yerinde olduğunu belirtmiş iseler de, bu görüş yukarıda belirtilen nedenlerle Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir. Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, yanılgılı gerekçeyle önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin yukarıda yer verdiğimiz 14.11.2017 tarihli kararında da yabancı mahkemelerce Türk vatandaşlarının vesayet davalarına ilişkin olarak kendi medeni kanunlarını uygulayarak karar vermelerinin söz konusu kararların Türkiye'de tanınmasına engel olmayacağını ifade etmiştir.

D. Yabancı Mahkemece Verilen Vesayet Kararlarının Tanınması Davalarında Karşılaşılan Usuli Sorunlar

1. Büyükana ve Büyükbabaya Vesayeti Veren Yabancı Mahkeme Kararının Tanınması Davasında Anne ve Babanın Davalı Olarak Gösterilmemesi Nedeniyle Pasif Husumet Yokluğundan Tanıma Davasının reddedilmesi.

Yabancı mahkeme kararı, küçüklerin vesayetine ilişkin ise böyle bir durumda Türkiye'de açılacak olan tanıma davasında anne ve/veya babasının davalı olarak gösterilmesi gerekir. Ancak anne baba sağ değilse o zaman tanıma davası nizasız kaza yoluyla görülecektir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 16 Mayıs 2013 tarihli kararına konu olan olayda, davacı, 13 Mayıs 1997 doğumlu torunu *O.L.*'nin vesayetinin yabancı mahkeme kararıyla kendisine ve eşine verildiğini belirterek kararın tanınmasını istemiştir. Antalya 2. Asliye Hukuk Mahkemesi ise davalı tarafta küçüğün anne ve babasının yer almaması nedeniyle pasif husumet yokluğundan davanın reddine karar verilmiştir. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 16 Mayıs 2013 tarihli kararında yabancı mahkeme kararıyla kendisine vasi atanan küçük *O.L.*'nin annesinin 20 Nisan 2001, babasının

ise 9 Kasım 2006 tarihinde davadan önce öldüklerini, bu nedenle pasif husumet yokluğundan davanın reddedilemeyeceğini belirtmiştir[55].

2. Yabancı mahkemece verilen vesayet kararının tanınması davasının basit yargılama usulüne tabi olması.

5718 sayılı MÖHUK'un 55(1). maddesinde, tanıma veya tenfiz davalarının basit yargılama usulüne tabi olduğu belirtilmiştir. Basit yargılama usulü, 6100 sayılı HMK'nın 316-322. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde yargılama usulü de bu hükümler çerçevesinde gerçekleştirilecektir[56]. Basit yargılama usulünün önemli bir özelliği de, mümkün olan hâllerde, mahkemenin, tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar vermesidir. Bu özellik, tanıma veya tenfiz davalarının bünyesine de uygundur. Ancak mahkeme, gerekli olan hallerde duruşma yapabilir. Mahkeme tarafından yapılacak olan duruşma sayısı kural olarak üçtür. İlk duruşmadan sonra iki duruşma daha yapılabilir. Mahkeme, ilk duruşmada, dava şartları ve ilk itirazlarla hak düşürücü süre ve zamanaşımı hususlarında tarafları dinler[57].

Vesayete ilişkin yabancı mahkeme kararının tanınması davasında kural olarak duruşma yapılmaksızın karar verilebilir. Bununla beraber Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 1 Haziran 2017 tarihli kararında vesayete ilişkin tabancı mahkeme ilamının tanınması davasında hangi hallerde duruşma yapılmasının gerekli olduğunun altını çizmiştir.

> *2. HD, E. 2016/16929, K. 2017/6702, T. 01.06.2017*: […] Dava, vesayete ilişkin yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi istemine ilişkindir. Mahkemece dosya üzerinden inceleme yapılarak davanın reddine karar verilmiştir. Yabancı mahkeme kararlarının tanınmasına ve tenfizine ilişkin davalar basit yargılama usulüne tabidir (HMK m. 316). Basit yargılama usulüne tabi davalarda mahkeme mümkün olan hallerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verir (HMK m. 320). Şu halde basit yargılama usulüne tabi bir işin duruşmasız incelenebilmesi için evvela kanunen mümkün olmalıdır. Hükmü temyiz eden davacı temyiz dilekçesinde tanıma ve ten□z koşullarının oluştuğunu, açılan davanın kabulüne karar verilmesi gerektiğini belirterek hükmün bozulmasını talep etmiştir. Bu durum ve davanın niteliği talebin duruşma açılarak incelenmesini tarafın beyanlarının alınmasını ve gerekli araştırmaların yapılmasını zorunlu kılar. Dolayısıyla davacıya iddia ve ispat hakkı tanınmamış olup hukuki dinlenilme hakkı ihlal edilmiştir (HMK m. 27). Davanın basit yargılama usulüne tabi olması bu hakkın ihlal edilmesi suretiyle karar verilebileceği anlamına gelmez. Öyleyse açıklanan hususlar gözetilerek talebin duruşma yapılarak incelenmesi ve tüm deliller toplanarak hasıl olacak sonucuna göre hüküm kurulması gerekir. Bu yönler dikkate alınmadan eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, yabancı mahkemece verilen vesayet kararının tanınması davasında dosya üzerinden inceleme yapılmasını somut dava açısından

55 Y. 18. HD, E. 2013/2508, K. 2013/8366, T. 16.05.2013.

56 Ekşi (n 1) 105.

57 Ekşi (n 1) 105.

yeterli görmemiş; basit yargılama usulüne tabi olan yabancı mahkemece verilen vesayet kararının tanınması davasında dahi davanın niteliği gereği duruşma açılarak tarafların beyanlarının alınmasının ve hukuki dinlenilme hakkının tanınmasının gerekli olduğunu ifade etmiştir.

Sonuç

Yabancı mahkemelerce verilen vesayet kararlarının Türkiye'de tanınıp tanınmayacağı hususunda Yargıtay kararları inişli çıkışlı bir seyir izlemiştir. Önceleri Türk vatandaşları hakkında yabancı mahkemelerce vesayet kararı verilemeyeceğinden hareketle bu kararların tanınmasını reddeden Yargıtay zamanla yumuşamıştır. Ancak bu defa Yargıtay vesayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının kamu düzeni ve Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi sebebiyle tanınmayacağı görüşünü benimsemiştir. Daha sonra yabancı mahkemelerce verilen vesayet kararlarını iki kısma ayırmış; ehliyete ilişkin kısmın tanınabileceğini; buna karşın vesayetin yönetimine ilişkin kısmın tanınmayacağını; yabancı mahkeme kararının vesayetin yönetimine ilişkin kısmın ilam niteliğinde olmadığını, idari nitelik taşıdığını; idari nitelik taşıyan yabancı kararların tanınmasının MÖHUK'un 50. maddesi uyarınca mümkün olmadığını ifade etmiştir.

Yargıtay özellikle 2017 yılından itibaren yabancı mahkemelerce verilen vesayet kararlarının tanınması davalarını son derece liberal bir anlayışla değerlendirmeye başlamıştır. Yargıtay artık TMK'nın 411. maddesini yabancı mahkemelerce verilen vesayet kararlarının tanınmasını engelleyecek şekilde münhasır yetki kuralı olarak nitelendirmemektedir. Ayrıca yabancı mahkemenin Türk vatandaşını vesayet altına alırken Türk hukukunu uygulamamış olmasını kamu düzenine aykırı bulmamaktadır. Zaten Türk mahkemesinin tanıma davasında yabancı mahkemenin uyguladığı hukuku denetleyemeyeceğini; bu yönde 5718 sayılı MÖHUK'un 54 ve 58. maddelerinde hüküm olmadığını ifade etmiştir. MÖHUK'un 54(c) maddesinde yer alan hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması ifadesinden, yabancı mahkeme kararının esasına uygulanan hukukun Türk kamu düzenine aykırılığının incelenemeyeceği, sadece hükmün tenfizi neticesinde ortaya çıkan hukukî sonuçların kamu düzenine aykırı olması halinde yabancı mahkeme kararının tenfizi isteminin reddedileceği sonucuna varılmasını gerektiğini; esasa uygulanan hukukun Türk hukukundan farklı bulunması ya da Türk hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tanınması isteminin reddedilemeyeceğini ifade etmiştir. Yargıtay ayrıca yabancı mahkemelerce verilen vesâyet kararlarının tanınmaması halinde yabancı ülkelerde yaşayan Türk vatandaşlarının aynı davayı Türk mahkemelerinde açmaya zorlanacağını; bu zorlamanın MÖHUK'un amacına ve AİHS'in 6. maddesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır.

Yargıtay'ın yabancı vesayet kararlarının Türkiye'de tanınmasında attığı radikal adımlar doktrine nazaran daha liberaldir. Yargıtay'ın son kararları yabancı

mahkemelerce verilen vesayet kararlarının tanımasında liberal bir anlayışı yansıtmakla beraber hiç şüphesiz bu anlayış titiz bir değerlendirme yapılamayacağı yanılgısına da götürmemelidir.

Kaynakça/References

Aygül M, 'Yabancı Mahkemeden Verilen Vesayet Kararlarının Tanınması (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Bir Kararının Değerlendirilmesi)' (2012) Tuğrul Arat'a Armağan 154

Çelikel A, 'Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Müktesep Haklar Nazariyesi' (1963) 29 İÜHFM 245

– – and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn Beta 2017)

Gökyayla CD, 'Milletlerarası Özel Hukukta Vesayet' (2011) 1 GÜHFD Atâ Sakmar'a Armağan 425

Doğan İ, *Öğreti ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku* (Seçkin 2010)

Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (3rd edn Savaş 2015)

Dural M, Öğüz T and Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku* vol 3 (13th edn Filiz Kitabevi 2018)

Ekşi N, 'Devletler Özel Hukukunda Aşırı Yetki Kuralları' (1999) Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan

– – *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (2nd edn Beta 2000)

– – *Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları* (Beta 2007)

– – *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a İlişkin Yargıtay Kararları* (XII Levha 2010)

– – *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Beta 2013)

– – *Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Temel Mevzuat* (12th edn Beta 2017)

– – *Milletlerarası Özel Hukuk Pratik Çalışma Kitabı I (Kanunlar İhtilafı Kurallarına ve Milletlerarası Usul Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları)* (4th edn Beta 2018)

Gençcan ÖU, *Vesayet Hukuku* (Yetkin 2009)

Nomer E, *Milletlerarası Usul Hukuku* (Beta 2009)

– – *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn Beta 2017)

Odendahl H, "Aile Hukukunda Yeni MÖHUK'nun Etkileri" (Haydar Sığınak, Tijen Kortak tr, 2010 Fırat Öztan'a Armağan) 1494

Öztan B, *Aile Hukuku* (6th edn Turhan 2015)

Sargın F, "Yetişkinlerin Milletlerarası Plânda Korunmasına Dair La Haye Sözleşmesi" (2003) 52 AÜHFD 1

Şanlı C, *Hukuki Mütalaalarım* (Adalet 2016)

– – and Esen E, Ataman Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn Vedat 2018)

Şensöz E, "Türkiye'nin Taraf Olduğu Bazı Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma Usulü" (2012) 2 İTİCUSBD 10. Yıl'a Armağan 430

Uluocak N, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri* (Filiz Kitabevi 1989)

– – "Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanacak Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi" (1996) 16 MHB 121

Yıldız E, Gürsoy S, *Türk Vesayet Hukuku Yargılama Usul ve Esaslar* (Vedat 2010)

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Public and Private International Law Bulletin, 38(1): 85–106

DOI: 10.26650/ppil.2018.38.1.0002
http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/_

Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 23 Mart 2017
Kabul: 13 Nisan 2018

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Çözümsüzlüğün Adı: 'Birleşmiş Milletler'e Rağmen Keşmir'

Selcen Erdal[1]

Öz

Keşmir, Hindistan ve Pakistan arasındaki en belirgin uyuşmazlık konusu olarak varlığını sürdürmektedir. İki nükleer devlet arasında 70 yıldır devam eden Keşmir sorunu, uluslararası toplumu; her yıl yüzlerce kişinin hayatını kaybettiği, intihar saldırılarının gerçekleştiği, devlet güçlerinin orantısız müdahalelerde bulunduğu ve halkın baskı altında tutulduğu bir tablo ile karşı karşıya bırakmaktadır. Esasen, uluslararası barış ve güvenliğin korunması açısından birincil derecede sorumlu olan Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi, sorunun ortaya çıktığı ilk yıllarda, doğrudan çözüme yönelik, oldukça detaylı bir içeriğe sahip olan (47) sayılı kararı almıştır. Bu kararda, Keşmir'in öncelikle askerden arındırılması, ardından Jammu-Keşmir'in nihai durumunun BM gözetiminde yapılacak plebisit uygulaması neticesinde belirlenmesi öngörülmüştür. BM sistemindeki aksaklıklar nedeniyle, kararın uygulanması mümkün olmamıştır.

Anahtar Kelimeler

Birleşmiş Milletler • Keşmir Sorunu • (47) Sayılı Güvenlik Konseyi Kararı.

The Name of Non-resolution: "Kashmir Despite the United Nations"

Abstract

The problem of Kashmir continues to be the most important dispute between India and Pakistan. These two nuclear states are responsible for a situation that has been ongoing for 70 years: hundreds of people lose their lives every year, suicide attacks frequently occur, state forces apply disproportionate interventions, and the community is oppressed. The UN Security Council, which is primarily responsible for protecting international peace and security, adopted Resolution (47) during its first years of existence. This resolution provides detailed content for direct resolution of the Kashmir problem. For example, the resolution includes the plan for Kashmir to first be cleared of the military, and then the final situation of Jammu-Kashmir should be determined on the basis of the plebiscite application under UN supervision. Unfortunately, despite the plan, the resolution was not implemented due to disruptions in the UN system.

Keywords

United Nations • Kashmir Case • UN Security Council Resolution No. 47

1 **Sorumlu Yazar:** Selcen Erdal (Dr. Öğr. Üyesi), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Konya Türkiye. Eposta: selcenkocaman@hotmail.com

Atıf: Selcen Erdal, "Çözümsüzlüğün Adı: 'Birleşmiş Milletler'e Rağmen Keşmir' (2018) 38 PPIL 85, 106
https://dx.doi.org/10.26650/ppil.2018.38.1.0002

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

Çözümsüzlüğün Adı: 'Birleşmiş Milletler'e Rağmen Keşmir'

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki yıllarda, uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden bölgesel sorunlar yaşanmaya devam etmiştir. Bunlardan biri, Pakistan ve Hindistan'ı defalarca karşı karşıya getiren *Keşmir Sorunu*dur. İki nükleer devlet olan Hindistan ve Pakistan arasında yaşanan bu sorun, *cennet vadi*nin adeta bir 'ölüm çukuru'na dönüşmesine neden olmuş; her yıl yüzlerce kişinin hayatını kaybettiği, intihar saldırılarının gerçekleştiği, devlet güçlerinin orantısız müdahalelerde bulunduğu ve halkın baskı altında tutulduğu bir trajediyi gözler önüne sermiştir.

Pakistan, Hindistan ve Çin tarafından parçalanan Keşmir, günümüzde de önemli bir sorun olarak, uluslararası gündemi meşgul etmektedir. Esasen, sorunun baş gösterdiği ilk yıllarda, konu BM Güvenlik Konseyi'nin gündemine taşınmış; BM Güvenlik Konseyi, sorunun çözümünü adeta adım adım belirleyen (47) sayılı kararı almıştır. Ancak bu kararın alınması, sorunun günümüze kadar büyüyerek devam etmesine, sivillerin hayatını kaybetmesine ve kötü yaşam koşullarına maruz kalmasına mani olamamıştır.

Bu noktadan hareketle çalışmada, Keşmir sorunu hakkında genel bilgi verilecek, BM Güvenlik Konseyi'nin (47) sayılı kararı irdelenecek ve bu karara rağmen devam eden çözümsüzlüğün nedenleri, BM sistemi çerçevesinde ele alınacaktır.

Keşmir'in Tarihine Kısa Bir Bakış

Doğal güzellikleri, verimli toprakları ve sahip olduğu yer altı kaynaklarıyla Keşmir bölgesi; doğusundan ve kuzeyinden Çin, batısından Pakistan ve güneyinden Hindistan ile çevrilidir. Bölgede yer alan bir vadi olan *Keşmir*, zamanla 200.000 km²'den fazla yüzölçümüne sahip bir bölgenin ismi olarak kullanılmaya başlamıştır[3]. Kuzeyde Baltistan, güneyde Jammu, doğuda Ladakh ve batıda Gilgit eyaletlerine ayrılan Keşmir'in; Pakistan ile 1100, Hindistan ile 500, Çin ile ise yaklaşık 1000 km sınırı vardır[4]. Keşmir; Güney Asya su kaynaklarına sahip olan, Orta Asya'ya geçiş koridoru olma özelliğini taşıyan ve *cennet vadi / cennetten bir parça* olarak adlandırılan bir bölgedir[5].

Günümüzde Keşmir, fiilen dört parçadan oluşmaktadır[6]:

- Keşmir'in kuzeyi, Pakistan tarafından kontrol edilmektedir;

- Batısında, Pakistan dışında tanıyanı olmayan 'Azad Keşmir İslam Cumhuriyeti' bulunmaktadır;

3 Taraknath Das, 'The Kashmir Issue and the United Nations' (1950) 65(2) Political Science Quarterly 264; Strateji Düşünce ve Analiz Merkezi (SDAM), 'Dünden Bugüne Keşmir Sorunu' (2006) 3.

4 Moeed Yusuf and Adil Najam, 'Kashmir: Ripe for Resolution?' (2009) 30(8) Third World Quarterly 1503.

5 Musarat Javed Cheema, 'Pakistan – India Conflict with Special Reference to Kashmir' (2015) 30(1) A Research Journal of Asian Studies 45.

6 Ali Erhan Ertan, 'Çözümsüzlüğün Çözüm Haline Geldiği Topraklar: Keşmir Bölgesi' <http://www.sde.org.tr/tr/newsdetail/kesmir-bolgesine-bakis/1295> accessed 14 March 2017; Abdul Majid and Mahboob Hussain, 'Kashmir: A Conflict between India and Pakistan' (2016) 31(1) A Research Journal of South Asian Studies 150; Osman Metin Öztürk, 'Keşmir Sorunu ve Çin' <http://ascmer.org/kesmir-sorunu-ve-cin/> accessed 14 March 2017.

- Güneyinde, Jammu-Keşmir bölgesi bulunmakta; Hindistan'ın denetiminde bulunan 100.569 km²'lik Jammu-Keşmir'in, 10,5 milyon civarında nüfusu bulunmaktadır. Jammu-Keşmir'in nüfusunun yaklaşık % 70'ini Müslümanlar, % 30'unu ise Hindular oluşturmaktadır;

- Doğusunda, 1962 yılında Çin ile Hindistan arasında yaşanan savaş sonunda Çin'in ele geçirdiği 'Aksai Çin' olarak anılan bölge ile, 1963 yılında Pakistan'ın, Çin lehine vazgeçtiği ve Hindistan'ın hak iddia ettiği bölge yer almaktadır.

Keşmir'in tarihi ile ilgili bilgiler, MÖ 269-232 yılları arasında yaşayan Hint Kralı Aşoka'ya kadar dayanmakta; daha sonraki bilgiler ise, MS 78-248 yılları arasında hüküm süren ve Orta Hindistan'a kadar hâkimiyetini kabul ettiren, Orta Asya'daki Kuşana İmparatorluğu dönemine ait bulunmaktadır[7].

8. yüzyılın başında Hindistan'ı fetheden İslâm orduları, Keşmir'i ele geçirmek için akınlar düzenlese de, bölgenin topografik özelliklerinden dolayı bunu başaramamış; Keşmir'in İslam'la tanışması, 14. yüzyılda söz konusu olmuştur. Keşmir'de Müslümanların egemenliği, 1819 yılında Sih Mihracesi Ranjit Singh tarafından sonlandırılmış[8]; İngilizler ile Sihler arasında yaşanan savaşı İngiltere'nin kazanması neticesinde yapılan 1846 Amritsar Andlaşması[9] ile, bölgede İngiliz egemenliği başlamıştır. İngilizler, bölgenin idaresini Hindu Mihrace Gulab Sing'e devretmiş; böylelikle halkının çoğunluğu Müslüman olan Keşmir'de, Hindu idaresi başlamıştır[10]. İngiltere adına Keşmir'i idare eden Gulab Sing döneminde halka yoğun baskı uygulanması ve ibadetlere yasak getirilmesi üzerine protestolar başlamış; buna son vermek isteyen yönetime bağlı silahlı güçler ile siviller arasında çatışmalar yaşanmıştır.

İkinci Dünya Savaşı'nın bitimini takip eden süreçte, İngiltere Hindistan'dan çekilme kararı almış ve *Hindistan Bağımsızlık Andlaşması* imzalanmıştır[11]. İngiltere ile Hindistan arasında yapılan bu andlaşma ile; İngiltere'nin 15 Ağustos 1947 tarihinde Hint alt kıtasından çekilmesi, Müslümanların çoğunlukta olduğu bölgelerin Pakistan'a, diğer bölgelerin ise Hindistan'a bağlanması kararlaştırılmıştır. Bağımsızlığın kazanıldığı gün Pakistan ile Hindistan ikiye ayrılmış; irili ufaklı beş yüzün üzerinde prenslik ise, Pakistan'a ya da Hindistan'a katılma kararında serbest

7 Keşmir'in 1947 yılına kadar geçirdiği tarihsel süreç için bkz. Türkkaya Ataöv, 'Keşmir Meselesinin Önemi' (1960) 15(1) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 196-198.

8 Ömer Ersoy, 'Keşmir Üzerinde(n) Güç Mücadelesi' <http://www.fikribeyan.net/2330_Kesmir-Uzerinde(n)-Guc-Mucadelesi.html> accessed 14 March 2017; SDAM (n 2) 2.

9 Andlaşma metni için bkz. <http://www.portmir.org.uk/assets/pdfs/treatyofamritsar.pdf > accessed 16 March 2017.

10 Yılmaz Altuğ, Başlangıçtan Günümüze Keşmir Meselesi (İstanbul 2002) 11; Das (n 2) 264; Hüseyin Korkmaz, 'Bölgesel Güvenlik Çıkmazı: Keşmir Sorunu' 21. Yüzyılda Sosyal Bilimler Dergisi <http://www.academia.edu/5204557/B%C3%B6lgesel_G%C3%BCvenlik_%C3%87%C4%B1kmaz%C4%B1_Ke%C5%9Fmir_Sorunu_21.Y%C3%BCzy%C4%B1l_Sosyal_Bilimler_Dergisi> accessed 14 March 2017; Muharrem Hilmi Özev, 'Küresel ve Bölgesel Güçlükler Karşısında Pakistan'ın Demokratikleşme Çabaları' 16(8) Güvenlik Stratejileri Dergisi 154; SDAM (n 2) 2.

11 Andlaşma metni için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1947/30/pdfs/ukpga_19470030_en.pdf> accessed 15 February 2018.

bırakılmıştır[12]. Sorun oluşturabilecek eyaletlerden olan ve halkının çoğunluğu Hindu olan, ancak Müslüman prenslerin yönettiği Haydarabad ve Gujarat, halkın talebi üzerine Hindistan'a bağlanırken; halkının büyük çoğunluğu Müslüman olan ve Pakistan'a bağlanmak isteyen Jammu-Keşmir'in Hindu idarecileri ise 26 Ekim 1947 tarihinde yapılan bir andlaşma[13] ile Hindistan'a katılma kararı almıştır[14].

Keşmir Sorunu

Tarihsel Süreç

'Cennet Vadi' olarak da bilinen ve önemli devletlerle sınırlara sahip olan Keşmir'in, Hindistan ile Pakistan arasında bir uyuşmazlık konusu olması, tarafların iki ayrı devlet olarak ortaya çıkış süreçleri ile yakından ilgilidir[15]. İngiliz işgali sonrası Hinduların elinde bulunan Keşmir idaresi, Pakistan ya da Hindistan'dan birini tercih etmek yerine bağımsız kalmayı istemiş; Müslüman halkın çoğunluğu ise, Pakistan ile birleşme taraftarı olmuştur. Jammu'daki Müslüman köylerine yapılan Sih-Hindu saldırıları ve Müslümanların Pakistan ile bütünleşme beklentilerine emirliğin müspet cevap vermemesi, Müslüman halkı harekete geçirmiş; Punç ve Mirpur kentlerindeki Müslümanlar, Hindu yönetime karşı ayaklanmıştır[16]. Bazı Pakistanlı grupların da Keşmirli Müslümanlara yardım etmek için müdahalede bulunduğu ayaklanma neticesinde, 24 Ekim 1947 tarihinde, 'Azad Keşmir İslam Cumhuriyeti' kurulmuştur[17].

> Bu gelişmeler üzerine Keşmir'in Hindu emirliği, Hindistan'dan yardım talep etmiş; bu talep, Keşmir'in Hindistan'a katılması şartıyla kabul edilmiştir. Bu çerçevede, 26 Ekim 1947 tarihinde Keşmir Hindistan'a bağlanmış; bununla birlikte Hintli yöneticiler, yapılan andlaşmanın geçici olduğunu ve Keşmir'in geleceğine Keşmirlilerin karar vereceğini çeşitli vesilelerle beyan etmiştir. Katılım Andlaşması'ndan[18] sonra, Hindistan askerleri Srinagar'a girip Keşmir'deki iç savaşa dâhil olmuş; başkent Srinagar, Keşmir Vadisi ve Jammu'yu ele geçirerek, Keşmir'in büyük bölümünde kontrolü sağlamıştır[19].
>
> Bunun yanında Hindistan hükümeti, 1 Ocak 1948 tarihinde konuyu BM'nin gündemine taşımış; Pakistan'ın isyancıları desteklediğini iddia etmiştir. Pakistan ise, Hindistan'ın Keşmirli Müslümanlara soykırım yaptığını iddia ederek, BM gözetiminde bir 'plebisit' yapılmasını talep etmiştir.

12 I. Khawaja, Cammu ve Keşmir Sorunu (Pakistan Büyükelçiliği 1996) 1.

13 Belirtmek gerekir ki, varlığı iddia edilen bu andlaşmanın metnine ulaşmak mümkün olmamaktadır.

14 Ersoy (n 7); Khawaja (n 11) 1.

15 Ufuk Tepebaş, 'Bölgesel Sorunların Çözümünde Uluslararası Örgütlerin Rolleri' (2007) 10 Stratejik Öngörü Dergisi 93; Yusuf, Najam (n 3) 1503.

16 SDAM (n 2) 4.

17 Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Bashir Asef, 'Azad Kashmir: A Colony of the Islamic Republic of Pakistan' (1971) 2(2) Pakistan Forum 4,15.

18 Andlaşma metni için bkz. <http://www.centralexcisehyderabad4.gov.in/documents/history/1947_2.PDF> accessed 15 February 2018.

19 SDAM (n 2) 5.

BM Güvenlik Konseyi tarafından yapılan değerlendirmeler neticesinde, 21 Nisan 1948 tarihinde alınan (47) sayılı kararla taraflara, Keşmir halkının 'self-determinasyon' hakkını kullanması ve bunun için 'plebisit' yapılması tavsiye edilmiştir. Ancak bu karar hiçbir zaman uygulanmamıştır.

1964 yılında ise, Hindistan parlamentosunda yapılan bir oturumda, Keşmir'in Hindistan'ın bir eyaleti olmasına karar verilmiş ve buraya bir vali atanmıştır[20]. Hindistan'ın bu girişimi, Keşmir sorununun daha karmaşık bir hal alarak devam etmesine neden olmuştur.

Tarafların Talepleri ve Yaşanan Çatışmalar

Hindistan'ın 1947 yılında Hindistan ve Pakistan adıyla iki parçaya bölünmesinden bu yana, Keşmir'de sınırların çizilmesi, iki devlet arasındaki en önemli uyuşmazlık olarak varlığını sürdürmektedir. Keşmir sorununun görünen tarafları Pakistan, Hindistan ve Çin'dir. Özellikle Hindistan ve Pakistan halklarının ulusal bilinç ve kimliğinin oluşumunda önemli rol oynayan Keşmir sorunu, her iki devletin birbirlerini tehdit olarak görmelerine ve bu alanda yaptıkları yatırımlarla, sahip oldukları askeri kapasitenin artış göstermesine neden olmuştur[21].

Keşmir sorununda tarafların talepleri ve ileri sürdükleri tezler birbirinden farklılık arz etmekte ve bu farklılık ağır sonuçlar yaratmaktadır. İlk olarak Hindistan, Keşmir'in 1947 yılında Hindistan'a katılmaya karar verdiğini, dolayısıyla Keşmir'in Hindistan toprağı olduğunu ileri sürmekte; Pakistan'ı bölgedeki ayrılıkçı hareketleri destekleyerek Hindistan'ı zayıflatmak ve toprak bütünlüğünü bozmaya çalışmakla itham etmektedir[22]. Belirtmek gerekir ki, Keşmir'de bulunan stratejik noktalar Hindistan'ın denetimi altında bulunmakta ve bu durum Hindistan'a bölgeyi kontrol etme imkânı vermektedir. Hindistan yararlandığı bu imkândan vazgeçmek istememekte ve bunun için her yolu denemeyi göze almaktadır. Hindistan, Keşmir sorununu BM'ye götürmesine rağmen, alınan kararlara uymamakta; bölgede hâkimiyetini genişletmeye ve Keşmir'i Hindistan'ın ayrılmaz bir parçası yapmaya yönelik adımlar atmaktadır[23]. Belirtmek gerekir ki, günümüzde Hindistan, dünyada en kalabalık Müslüman nüfusu barındıran ülkelerden biridir. Müslüman nüfustan dolayı Hindistan, Keşmir'i, *'K*üçük Pakistan*'* olarak telakki etmekte; Keşmir'den vazgeçmesi durumunda, farklı etnik unsurlar barındıran nüfusun benzer talepler ileri sürmesinden ve zincirleme bir reaksiyondan endişe etmektedir[24].

20 ibid 5.

21 Fırat Purtaş, 'Afganistan, Pakistan ve Hindistan'ın Orta Asya Türk Cumhuriyetleri ile İlişkileri', Murat Yılmaz (ed.), Orta Asya ile Güney Asya Arasında Modern İpek Yolu Projesi (Ankara 2011) 36; SDAM (n 2) 6.

22 Hindistan'ın iddiaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cheema (n 4) 46-47; Richard Leonard Park, 'India Argues with Kashmir' (1952) 21(11) Far Eastern Survey 113, 116.

23 SDAM (n 2) 21.

24 Sumit Ganguly and Kanti Bajpai, 'India and the Crisis in Kashmir' (1994) 34(5) Asian Survey 404; Khawaja (n 11) 11; Majid, Hussain (n 5) 151; Özev (n 9) 154; SDAM (n 2) 8.

Pakistan, iki devletin birbirinden ayrıldığı dönemde yapılan andlaşma gereğince, Keşmir halkının büyük çoğunluğunun Müslüman olması sebebiyle- Keşmir'in Pakistan'a bağlanması gerektiğini ileri sürmektedir. Keşmir'i doğal bir parçası olarak gören Pakistan, Hindistan'ın Keşmir'den çekilmesini ve yönetimin kendisine devredilmesini sağlayacak halk oylamasının yapılmasını, BM Güvenlik Konseyi tarafından alınan (47) sayılı karara da dayanarak talep etmektedir. Nitekim 1941 yılında İngilizler tarafından Keşmir Bölgesi genelinde gerçekleştirilen nüfus sayımında, bölge nüfusunun %77'sinin Müslüman, %20'sinin ise Hindu olduğu belirlenmiş; bugün Hindistan'ın kontrolünde bulunan Keşmir vadisinde, aynı nüfus sayımına göre, toplumun %93'ünü Müslümanların %3'ünü ise Hinduların oluşturduğu tespit edilmiştir[25].

Pakistan, özellikle nüfusun çoğunluğunun Müslüman olması nedeniyle ve kaynağı Hindistan'da bulunan Pencap (Beş Su) nehirlerinin önünün kesilmemesi amacıyla, Keşmir'de Hindistan egemenliğine karşı çıkmaktadır[26]. Zira Pakistan için hayati öneme sahip olan bu nehirler, kaynağını Keşmir'den almaktadır ve bu nehirlerin üst kesimlerini denetim altında tutmak isteyen Pakistan, buna paralel olarak hidroelektrik tesislerinden enerji ihtiyacını karşılamayı hedeflemektedir[27].

Çin ise, Keşmir Sorununa 1962 yılında Hindistan ile girdiği bir savaş neticesinde taraf olmuş; bu savaşta Keşmir'in doğusunda bulunan ve Aksai Çin olarak adlandırılan bölgeyi ele geçirmiştir. Çin, bu toprak parçasının Keşmir'e ait olmadığını ve Çin'de özerk bir bölge olan Tibet'in uzantısı olduğunu ileri sürmekte; Hindistan ise Çin'i işgalci olarak tanımlamakta ve Aksai Çin bölgesini terk etmesini istemektedir[28]. Çin; Aksai Çin üzerinden, Tibet ve Sinkiang eyaletlerini birbirlerine karayoluyla bağlama fırsatını elde etmiştir ve bu nedenle de bölgenin denetimini elden bırakmak istememektedir[29].

Yukarıda da belirtildiği gibi Keşmir, pek çok çatışmanın yaşandığı ve tarafların çeşitli sebeplerle çözümsüz kıldığı büyük bir sorunu ifade etmektedir. Bu çerçevede, 1947-1948, 1965 ve 1971 yıllarında, Hindistan ile Pakistan arasında üç büyük çatışma yaşanmıştır. İlk büyük çatışma, Hindistan ve Pakistan'ın bağımsızlıklarını kazanmalarının hemen ardından, Pakistan'ın Jammu-Keşmir'e girmesi ve bölgenin Hindu Mihracesinin daveti üzerine Hindistan'ın müdahale etmesi ile söz konusu olmuştur ve bu çatışmanın ortaya çıkmasında dini nedenlerin etkili olduğunu söylemek mümkündür[30]. Bu çatışmanın sonunda, Jammu-Keşmir'in üçte biri Pakistan'ın, geri kalanı ise Hindistan'ın kontrolüne girmiştir.

25 Cheema (n 4) 45; Sadia Fayaz, 'Kashmir Dispute Between Pakistan and India: The Way Out', XI(1) The Dialogue 67; Abbas Karaağaçlı, 'Pakistan-Hindistan İlişkileri ve Keşmir Meselesi', <http://www.bilgesam.org/incele/80/-pakistan-hindistan-iliskileri-ve-kesmir-meselesi/#.WMf3LG_yjIU> accessed 14 March 2017.

26 Cheema (n 4) 48.

27 SDAM (n 2) 21.

28 Korkmaz (n 9); SDAM (n 2) 6.

29 Karaağaçlı (n 24); SDAM (n 2) 9.

30 Purtaş (n 20) 35.

1962 yılında Çin ile Hindistan arasında yaşanan çatışma, Hindistan'ın yenilgisiyle neticelenmiş; böylelikle Çin, Aksai Çin bölgesini ele geçirmiş ve bu bölgenin kendi doğal parçası olduğunu iddia etmeye başlamıştır. Ayrıca Pakistan'ın, 1963 yılında kontrolündeki kuzey Keşmir'in küçük bir bölümünü (Shaksgam Vadisi) Çin'e vermesi, soruna yeni bir boyut daha kazandırmıştır[31].

1965 yılında Pakistan ile Hindistan arasında, Pakistan askerlerinin Keşmir'in Hindistan'ın elinde bulunan bölümüne (Kutch) geçmeleri nedeniyle, ikinci büyük çatışma cereyan etmiştir. BM'nin müdahalesiyle ateşkes ilan edilmesinin ardından, 10 Ocak 1966 tarihinde, Özbekistan'ın başkenti Taşkent'te bir andlaşma imzalanmıştır. Andlaşmada[32], tarafların müzakereler yoluyla sorunu çözmesi kararlaştırılmış; ancak Hindistan, Keşmir sorununun çözümüyle ilgili müzakerelere yanaşmamıştır.

1971 yılına gelindiğinde, Pakistan ve Hindistan arasında Keşmir sorunuyla ilgili *'dolaylı'* bağlantısı bulunan bir çatışma daha yaşanmıştır. Bu çatışma, Doğu Pakistan'da yaşanan kitlesel Hindu göçü ile başlamış, Pakistan'ın yenilgisiyle sonuçlanmış ve bağımsızlığını ilan eden Bangladeş, Pakistan'dan ayrılmıştır[33]. Bu çatışma doğrudan Jammu-Keşmir ile ilgili olmasa da, Pakistan ile Hindistan arasında 2 Haziran 1972 tarihinde yapılan Simla Barış Andlaşması'nda[34] geçen, 'tarafların ateşkes hatlarına saygı gösterecekleri' ifadesi, bu çatışmayı da Jammu-Keşmir ile ilişkilendirmiştir[35].

1989 yılı itibariyle, Keşmir'de geniş katılımlı gösteriler başlamış; Hindistan'a göre bu isyan dalgasını Pakistan tarafından eğitilip silahlandırılan gruplar tetiklemiştir[36]. Bu olaylar üzerine Hindistan, ordusunun dörtte birini bu bölgeye sevk etmiştir ve önemli bir kısmı Keşmir'de bulunan Hint ordusu, halen bölgede askeri yönetim şartları uygulamaktadır[37].

1999 yılının mayıs ayında, Pakistan'ın desteklediği grupların Hindistan'ın kontrolündeki Keşmir'e geçerek bazı yerleşim yerlerini ele geçirmesi üzerine, iki ay süren yoğun çatışmalar başlamış; 'Kargil Krizi' olarak bilinen bu olay sırasında, Hindistan ile Pakistan, nükleer savaşın eşiğine gelmiştir. Amerika Birleşik Devletleri'nin baskısı sonucunda, Pakistan geri adım atmış ve büyük bir felaketin eşiğinden dönülmüştür[38].

31 Korkmaz (n 9); SDAM (n 2) 6.

32 Andlaşma metni için bkz. <http://peacemaker.un.org/india-pakistan-tashkent-declaration66> accessed 16 March 2017.

33 Özev (n 9) 153; Purtaş (n 20) 35; Bengü Türk, 'Uluslararası Sistemde Kronik Bir Sorun: Keşmir', (Asya'da Güvenlik Sorunları ve Yansımaları) <http://www.bilgesam.org/incele/1636/-uluslararasi-sistemde-kronik-bir-sorun--kesmir/#.WMfzFm_yjIU> accessed 14 March 2017 109.

34 Andlaşma metni için bkz. <http://www.mea.gov.in/bilateral-documents.htm?dtl/5541/Simla+Agreement> accessed 21 March 2017.

35 Öztürk (n 5).

36 Ayrıntılı bilgi için bkz. Reeta Chowdhari Tremblay, 'Nation, Identity and the Intervening Role of the State: A Study of the Secessionist Movement in Kashmir' (1996-1997) 69(4) Pacific Affairs 471, 497.

37 1989'dan itibaren ortaya çıkan şiddet olaylarının sonuçları için bkz. Majid, Hussain (n 5) 157-158.

38 Kargil Krizi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ashley J. Tellis, C. Christine Fair and Jamison Jo Medby, Limited Conflicts Under the Nuclear Umbrella (2001) RAND Corporation 5-28.

Bütün bunların yanında, tarafların pek çok kez sorunu barışçıl yollarla çözmeye yönelik girişimlerde bulundukları da dikkat çekmektedir. Örneğin, 21 Şubat 1999 tarihinde, iki devletin Başbakanları Lahor'da buluşarak, bir deklarasyon yayınlamışlardır. Lahor Deklarasyonu[39], Simla Andlaşması'ndan sonra, tarafların sorunu barışçı yollarla çözmelerine yönelik önemli bir belgedir. Bu deklarasyonda, tarafların Jammu-Keşmir'de barışın sağlanması konusunda çaba sarf edip, iç müdahalelerden kaçınacakları ve karşılıklı güvenin yapılandırılması için uğraş verecekleri düzenlenmiştir.

Bunun yanında, 2004 yılında ilan edilen ortak deklarasyonla, 'Pakistan'ın sınır aşan terörizmle mücadele edeceği, Hindistan'ın ise Keşmir sorununun çözümü için Pakistan ile diyalog kuracağı' kayıt altına alınmıştır[40]. Sonrasında başlatılan müzakere sürecinde; Keşmir sorunu, dostane ilişkilerin geliştirilmesi, ekonomik işbirliğinin artırılması, Pakistan ve Hindistan arasında tren ve otobüs seferlerinin başlatılması, uyuşturucuyla mücadele, nükleer silahlar konusunda güven artırıcı tedbirler alınması ve Sir Creek nehrindeki sınır ihtilafının giderilmesi gibi, ikili düzeyde çözüm bekleyen birçok mesele masaya yatırılmıştır[41].

Ancak henüz görüşmeler devam ederken, 2006 yılının Temmuz ayında gerçekleştirilen intihar saldırısında 186 kişi hayatını kaybetmiş; Hindistan, saldırının Pakistan istihbarat örgütünce organize edildiğini ileri sürerek barış görüşmelerini terk etmiştir[42]. Kesilen görüşmeler, tarafların 2006 yılında ortak bir deklarasyonla hayata geçirdikleri, terörle mücadeleye ilişkin bir mekanizma çerçevesinde tekrar başlatılmış ve fakat herhangi bir uzlaşmanın sağlanması mümkün olmamıştır[43].

Görüldüğü gibi, Keşmir'de hâkimiyet sağlamak amacıyla, Hindistan-Pakistan ve Hindistan-Çin arasında büyük çatışmalar yaşanmıştır. Keşmir bölgesi, söz konusu savaşların yanı sıra sayısız sınır çatışmasına da sahne olmuştur ve olmaya devam etmektedir[44]. Sorunun taraflarından her biri, kendi stratejik çıkarlarını koruma güdüsüyle hareket etmekte ve Keşmir'i kendi *'ulusal meseleleri'* olarak görmekte; Keşmir halkı ise, söz konusu güçlerin mücadeleleri neticesinde ağır bedeller ödemektedir[45]. Zira Pakistan'ı radikal İslamcı örgütlere destek vermek ve eğitmek ile suçlayan Hindistan, Keşmir'de baskıcı bir sistem kurmuştur ve Keşmir yoğun insan hakları ihlallerine sahne olmaya devam etmektedir[46].

39 Deklarasyon metni için bkz. <https://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/peace_agreements/ip_lahore19990221.pdf> accessed 16 March 2017.

40 Tahir Ashraf, 'The Pakistan-India Conundrum: A Historical Survey' (2005) 35(1) Pakistan Journal of Social Sciences 313; Ashutosh Misra, 'Indo-Pakistan Talks 2004: Nuclear Confidence Building Measures (NCBMs) and Kashmir' (2004) 28(2) Strategic Analysis 347-351.

41 Ersoy (n 7).

42 Bkz. <http://www.nytimes.com/2006/07/12/world/asia/12india.html> accessed 15 February 2018.

43 Sumona Dasgupta, 'Kashmir and the India-Pakistan Composite Dialogue Process' (2015) 291 RSIS Working Paper 7; Fayaz (n 24) 72.

44 Ekim 2001'de Hindistan Parlamentosu'na düzenlenen saldırı sonrası yaşanan kriz, Kasım 2008'de Mumbai'de gerçekleşen terör saldırıları verilebilecek örneklerden bazılarıdır.

45 Majid, Hussain (n 5) 151.

46 ibid 149.

Belirtmek gerekir ki, Keşmir üzerinden Pakistan'ın Hindistan ile giriştiği rekabetin, Pakistan'ın güvenlik ve tehdit anlayışları üzerinde belirleyici nitelikte bir etkisi bulunmaktadır. Bu rekabette Pakistan, gerek ekonomik gerekse askeri güç bakımından görece zayıf bir konumda bulunmaktadır. Askeri alandaki bu dengesizliği telafi etmek ve Hindistan'ın nükleer kapasitesini dengelemek amacıyla, Pakistan da bir nükleer program başlatmış; kırılgan ekonomisini daha da zorlayarak nükleer kapasiteye erişmiştir[47].

BM Güvenlik Konseyi'nin Kararları Çerçevesinde Sorunun Çözümü / Çözümsüzlüğü

Hindistan; 1 Ocak 1948 tarihinde, 'topraklarının bir bölümünün yabancı işgali altında olduğu' gerekçesi ile BM Güvenlik Konseyi'ne başvurmuştur[48]. Pakistan ise Hindistan'ın Keşmirli Müslümanlara yönelik olarak soykırım uyguladığını iddia ederek, BM gözetiminde bir halk oylaması yapılmasını talep etmiştir.

Meseleyi değerlendiren Güvenlik Konseyi, öncelikle (38) ve (39) sayılı kararları almış; sonrasında aldığı (47) sayılı kararla, oldukça detaylı ve işlevsel bir çözüm önerisini ortaya koymuştur. Kararda; Keşmir halkının self-determinasyon hakkını kullanması, bu amaçla BM denetiminde plebisit yapılması ve plebisitin gerektirdiği uygun ortamın sağlanması için Keşmir'in askerden arındırılması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak, aradan geçen 70 yıllık süre içerisinde, Keşmir'in Hindistan ile Pakistan arasında sorun olan kesimi için plebisite gidilmesi mümkün olmamıştır.

BM Güvenlik Konseyi'nin 17 Ocak 1948 Tarihli ve (38) Sayılı Kararı[49]

Keşmir sorununun BM gündemine taşınmasının ardından, BM Güvenlik Konseyi, 17 Ocak 1948 tarihinde (38) sayılı kararı almıştır.

Kararda; Hindistan ve Pakistan hükümetlerinin her ikisine de, yetkileri çerçevesinde, durumun iyileştirilmesi için gerekli tedbirleri hemen almaları ve durumu kötüleştirecek her türlü beyanattan, herhangi bir eylemi gerçekleştirmekten, gerçekleştirilmesine neden olmaktan ya da durumu kötüleştirebilecek eylemlerin meydana gelmesine izin vermekten sakınmaları çağrısında bulunulmuştur.

47 Pakistan'ın nükleer çalışmaları Hindistan'a yönelik bir reaksiyon olarak gelişmiştir. Zira Pakistan, ilişkilerinde sorunlar yaşadığı komşusu Hindistan'ın Nükleer Silahların Yayılmasını Önleme Andlaşması'nı imzalamaması üzerine, kendisinin de nükleer silah üretme seçeneğini açık tutmak için söz konusu andlaşmayı imzalamamayı tercih etmiştir. Keşmir sorunu yüzünden sürekli gerginliğe ve bazen de silahlı çatışmalara sahne olan Pakistan-Hindistan ilişkileri, Hindistan'ın nükleer silah elde etmesiyle daha da kötüleşmiş; bu durumu yaşamsal bir tehdit olarak algılayan Pakistan, 1972'de başlattığı nükleer silah programını hızlandırmıştır. Bu çerçevede, Çin Halk Cumhuriyeti'nin desteğini de alarak çalışmalarını sürdüren Pakistan, 28 ve 30 Mayıs 1998 tarihlerinde, Hindistan'ın devam eden denemelerine cevap vererek, 6 nükleer deneme gerçekleştirmiş ve de facto bir nükleer güç olduğunu ispat etmiştir. Bkz. Evren İşbilen, Nükleer Satranç (İran'ın Nükleer Politikası ve Türkiye) (İstanbul 2009) 76-77.

48 BM Andlaşması'nın 35. maddesine göre; *"Her Teşkilat üyesi 34. maddede kast olunan mahiyette bir uyuşmazlık veya durum üzerine Güvenlik Konseyi'nin veya Genel Kurul'un dikkatini çekebilir…"*

49 UN Security Council, S/RES/38(1948), adopted by the Security Council at its 229th meeting on 17 January 1948, <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/38(1948)> accessed 13 February 2018.

Bunun yanında kararda, hükümetlerin her birinden; Konsey'in konuyu incelediği dönemde, durumun önemli düzeyde değiştiği ya da değişeceği kanaati ortaya çıktığı takdirde, bunu derhal Konsey'e bildirmeleri ve konu hakkında Konsey'e danışmaları istenmiştir.

BM Güvenlik Konseyi'nin 20 Ocak 1948 Tarihli ve (39) Sayılı Kararı[50]

BM Güvenlik Konseyi, Hindistan ve Pakistan sorununa ilişkin ikinci kararı, 20 Ocak 1948 tarihinde almıştır. Bu kararla Güvenlik Konseyi; devam ettiği takdirde uluslararası barış ve güvenliği tehdit edecek olan her türlü uyuşmazlığı ve durumu araştırabileceğini belirterek, Hindistan ve Pakistan arasındaki mevcut ilişkiler için bu tür bir araştırmanın aciliyetine vurgu yapmıştır.

Güvenlik Konseyi (39) sayılı kararla, BM örgütüne üye üç devletin temsilcilerinden oluşacak bir komisyonun (UNCIP - Hindistan ve Pakistan için BM Komisyonu) kurulmasına karar vermiştir. Bu komisyonun üyelerinden birer tanesinin Hindistan ve Pakistan tarafından belirlenmesi, üçüncüsünün ise bu iki üye tarafından atanması kararlaştırılmıştır. Komisyondaki her bir temsilcinin vekil ve yardımcı seçme yetkisinin bulunacağı da kabul edilmiştir.

Kurulan bu Komisyon; gerçekleri BM Andlaşması'nın 34. maddesine[51] uygun bir biçimde araştırmak; Güvenlik Konseyi'nin çalışmalarını aksatmayacak bir biçimde her türlü arabuluculuk faaliyetini gerçekleştirmek, Güvenlik Konseyi'nin talimatlarını yerine getirmek ve Güvenlik Konseyi'nin tavsiye ve talimatlarının (eğer varsa) ne düzeyde yerine getirildiğini tespit etmekle görevlendirilmiştir.

BM Güvenlik Konseyi'nin 21 Nisan 1948 Tarihli ve (47) Sayılı Kararı[52] / Sorunun Çözümü

BM Güvenlik Konseyi, Keşmir sorununun çözümüne yönelik olarak, 21 Nisan 1948 tarihinde, (47) sayılı kararı almıştır. Bu karar, sorunun çözümü bakımından *'eşsiz'* bir biçimde kaleme alınmıştır.

Güvenlik Konseyi (47) sayılı kararda, bu uyuşmazlığın devam etmesinin uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturacağını tekrar vurgulamıştır. Aynı zamanda bu kararda Komisyona; zaman kaybetmeden Hint alt kıtasında, barışın ve düzenin yeniden sağlanması ve birbiriyle ve Komisyonla işbirliği içinde hareket

50 UN Security Council, S/RES/39(1948), adopted by the Security Council at its 230th meeting on 20 January 1948, <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/39(1948)> accessed 13 February 2018.

51 BM Andlaşması'nın 34. maddesinde; *"Güvenlik Konseyi, herhangi bir uyuşmazlık veya milletler arasında bir anlaşmazlıkla neticelenebilecek veya uyuşmazlık doğurabilecek durum hakkında; bu uyuşmazlığın veya durumun uzamasının milletlerarası barış ve güvenliğin muhafazasını tehdit etmek istidadında olup olmadığını tespit için soruşturmada bulunabilir"* ifadelerine yer verilmektedir.

52 UN Security Council, S/RES/47(1948), adopted by the Security Council at its 286th meeting on 21 April 1948, <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/47(1948)> accessed 13 February 2018.

eden iki hükümetin halk oylamasını gerçekleştirmesi için, Hindistan ve Pakistan hükümetlerine, gerekli önlemlerin alınmasının kolaylaştırılması maksadıyla, dostça girişim ve arabuluculuk hizmetlerini teklif etmesini tavsiye etmiştir.

Sorunun çözümü yönünde oldukça detaylı düzenlemeler içeren bu kararda, Konseyin görüşüne göre silahlı mücadelenin ateşkesle son bulması ve Jammu-Keşmir eyaletinin Hindistan ya da Pakistan'a bağlanması konusundaki sorunun çözülmesi için, serbest ve tarafsız halk oylamasının yapılması amacına yardımcı olabilecek önlemleri almaları, Hindistan ve Pakistan hükümetlerine tavsiye edilmiştir.

Genel hatlarıyla, kararda Pakistan hükümetinden;

(i) Jammu-Keşmir'de yaşamayan ve oraya silahlı mücadele amacıyla girmiş olan kişilerin ve Pakistan vatandaşlarının bölgeden çıkarılmasının sağlanması, ayrıca bu kişilerin Jammu-Keşmir sınırları içine girmelerinin engellenmesi ile bu sınırlar içinde mücadele edenlere herhangi bir maddi desteğin verilmesinin önlenmesi;

(ii) Kararda yer alan önlemlerin; devletin tüm vatandaşları için, dini, sınıfsal veya siyasi farklılıklar gözetilmeksizin, kendi düşüncelerini tam bir özgürlük içinde ifade etmelerini ve katılım konusunda oy kullanmalarını sağladığı ve bu nedenle barış ve düzenin sağlanması için tarafların işbirliği içinde olmaları gerektiği konularında, ilgisi olan herkesin bilgilendirilmesi için tüm gayreti göstermesi istenmiştir.

Hindistan hükümetinden ise esas olarak;

(iii) (39) sayılı kararla uyumlu bir şekilde oluşturulan Komisyon'un, kabilelerin çekilmesi ve çatışmaların durdurulmasıyla ilgili düzenlemelerinin hayata geçirilmesi konusunda memnuniyet sağlandığı takdirde, Jammu-Keşmir'den kendi silahlı kuvvetlerinin çekilmesi ile ilgili planın uygulanması konusunda, Komisyon ile danışmalara başlaması ve aşamalı olarak askeri gücün miktarını minimum sayıya kadar indirerek sadece sivil idareye hukuk ve düzenin sağlanması amacıyla yeterli olabilecek miktardaki askeri gücü bırakması;

(iv) Askerlerin çekilmesinin aşamalı olarak gerçekleştirildiğinin ve her aşamanın bittiğinin bildirilmesi;

(v) Hindistan Silahlı Kuvvetleri'nin belirtilen minimum seviyeye indirildiğinde, Komisyon ile danışma içerisinde, kalan kuvvetlerin konuşlandırılmasıyla ilgili uygulamaların yapılması talep edilmiştir.

Bütün bunların yanında kararda, yapılacak halk oylamasına (plebisit) ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Bu çerçevede,

(vi) Hindistan hükümetinin, Jammu-Keşmir'de en kısa sürede, bu eyaletin Pakistan ya da Hindistan'a bağlanmasıyla ilgili halk oylamasının yapılması için, Halk Oylaması İdaresi'nin kurulması yönünde gerekli önlemleri alması;

(vii) Halk oylamasının gerçekleştirilmesi konusunda yetkili idarenin talebi ile, Hindistan hükümetinin, idarenin fonksiyonlarını gerçekleştirmesi için gerekli olan yardımı Hindistan Silahlı Kuvvetleri vasıtasıyla sağlaması;

(viii) Hindistan hükümetinin; BM Genel Sekreteri tarafından belirlenen temsilcinin, halk oylamasının gerçekleştirilmesi konusunda yetkili idarenin başı olarak atanmasını kabul etmesi;

(ix) Halk oylamasının gerçekleştirilmesi konusunda yetkili idarenin başının, Jammu-Keşmir Eyaleti yetkilisi olarak, kendi yardımcısı ve diğer çalışanların adaylığını sunabilmesi, ayrıca halk oylamasının gerçekleştirilme kurallarını belirleyebilmesi; teklif edilen adayların resmi olarak atanmasının ve kuralların resmiyet kazanmasının, eyalet tarafından gerçekleştirilmesi;

(x) İdarecinin çalışma *şartlarının*, BM Genel Sekreteri ile Hindistan *hükümeti arasında* ayrı bir *görüşme konusunu teşkil etmesi* ve idarecinin kendi yardımcı ve çalışanlarının çalışma şartlarını belirlemesi;

(xi) İdarecinin, eyalet hükümeti ve Komisyon ile doğrudan ilişkiler kurma hakkına sahip olması, ayrıca Komisyon aracılığıyla Güvenlik Konseyi'nin, Hindistan ve Pakistan hükümetleri ile ve onların Komisyon'daki temsilcileri ile iletişime geçme hakkına sahip olması;

(xii) İdarecinin görevinin, halk oylamasının özgür şekilde gerçekleştirilmesine müdahale sayılacağına inandığı her türlü olayı, yukarıda sayılan organların herhangi birinin ya da hepsinin (kendisi belirleyecek) bilgisine sunmak olduğu;

(xiii) Hindistan hükümetinin; halk oylamasına katılan kişilerin herhangi bir şekilde tehdit edilmesi, zorlanması, korkutulması, rüşvet alması ya da diğer herhangi bir yasadışı etki altında bırakılmasına izin vermemek üzere gerekli önlemleri alması;

(xiv) İdareciye ve onun personeline bu tür önlemlerin alınması sırasında tam destek sağlanması;

- Hindistan hükümetinin, bu önlemlerin uluslararası bir yükümlülük olduğunu ve Jammu-Keşmir'de bulunan tüm devlet organları ile yetkili kişiler açısından bağlayıcı olduğunu açıklaması;

(xv) Hindistan hükümetinin, kendisi ve eyalet hükümeti aracılığıyla, Jammu-Keşmir eyaleti vatandaşlarının hepsinin, dinine, kast sınıfına ve siyasi görüşüne

bakılmaksızın, özgür ve güvenli bir şekilde kendi görüşlerini açıklayabileceklerini, eyaletin katılımıyla ilgili oy kullanabileceklerini, ayrıca basın, ifade ve toplanma özgürlüğü sağlanacağını, aynı şekilde eyalet içinde ulaşım özgürlüğü ve izni sağlanacağını topluma açıklaması;

(xvi) Hindistan hükümetinin, bölgede sürekli olarak ikamet edenler ile, bölgeye 15 Ağustos 1947 ve sonrasında yasal yollarla ve amaçlarla gelmiş olanlar dışında kalan tüm Hindistan vatandaşlarının eyaletten çıkarılması için çaba göstermesi ve eyalet hükümetinin de gerekli çabayı göstermesini sağlaması;

(xvii) Hindistan hükümetinin, eyalet hükümeti tarafından tutuklanmış olan tüm siyasi tutukluların bırakılmasını sağlaması ve aşağıdakileri gerçekleştirmek için mümkün olan tüm adımları atması (-Karışıklıklar sonucu ülkeyi terk eden tüm vatandaşlara, tamamen özgür olarak ülkeye dönme ve eyalet vatandaşlığı haklarını özgür bir şekilde kullanma hakkı tanınmalıdır; -Hiç kimse mağdur olmamalıdır; -Eyalet topraklarının tamamındaki azınlıklara yeterli güvenlik sağlanmalıdır) talep ve tavsiye edilmiştir.

Sonuç olarak, BM Güvenlik Konseyi tarafından yapılan değerlendirmeler neticesinde 21 Nisan 1948 tarihinde alınan bu kararla, Keşmir halkının *'self-determinasyon'* hakkını kullanması ve bunun için *'plebisit'* yapılması gerektiği sonucuna varılmıştır. Ayrıca (47) sayılı kararda, plebisitin uygulanma esasları belirlenmiş; Hindistan'ın bölgedeki silahlı kuvvetlerini geri çekmesi, bu esaslardan en dikkat çekeni olmuştur[53].

BM Sistemindeki Sorunların İlanı

Uluslararası örgütleri, 'devletler arasındaki işbirliğini ve dayanışmayı somutlaştıran bir yapı' olarak tanımlamak mümkündür[54]. Bu yapı, bağımsız organlar aracılığıyla ortak çıkarların oluşturulması ve oluşturulan bu çıkarların korunması için egemen devletlerin oluşturduğu işbirliğini öngörür[55]. Bu çerçevede uluslararası örgütler, uluslararası güvenliğin sağlanmasında son derece önemli ve gerekli oluşumlardır. Zira uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasında; devletleri belirli ölçüde sınırlayacak, uluslararası uyuşmazlıkların ortaya çıkmasını engelleyecek ve ortaya çıkan uyuşmazlıkları barışçıl yollarla çözecek kuralların uygulanmasını temin edecek örgütlerin var olması zaruridir.

BM örgütü de bu temel üzerine inşa edilmiştir. Nitekim BM Andlaşması'nın 1. maddesinde, örgütün amaçlarından bir kısmı; *'uluslararası barış ve güvenliği muhafaza etmek ve bu amaçla barışın uğrayacağı tehditleri önlemek, barışın bozulmasına*

53 Marjorie Bennett, 'UN Makes Progress on Kashmir' (1950) 19(7) Far Eastern Survey 65; Josef Korbel, 'The Kashmir Dispute After Six Years' (1953) 7(4) International Organization 500, 503.

54 Clive Archer, International Organizations (Fourth Edition, New York 2015) 2; Tepebaş (n 14) 88.

55 Tepebaş (n 14) 88.

sebebiyet verebilecek uluslararası uyuşmazlıkların çözülmesini adalet ve uluslararası hukuk prensiplerine uygun bir biçimde gerçekleştirmek, uluslar arasında eşit haklara ve halkların kendi kaderlerini belirleme hakkına (self-determinasyon) saygı üzerine kurulmuş dostane ilişkiler geliştirmek ve dünya barışını güçlendirmek için gerekli diğer tedbirleri almak olarak belirlenmiştir. Bu çerçevede örgütün temel amaçları; uluslararası barış ve güvenliğin korunması, dostça ilişkilerin ve insan haklarına saygının geliştirilmesi ve bu yöndeki hedefler için çalışan, faaliyetleri başlatan, yöneten ve uyumlaştıran bir merkez olmak olarak özetlenebilecektir[56]. Aynı bakış açısıyla, Andlaşma'nın 55. maddesinde BM'nin; *Uluslar arasında dostane ve barışa dayanan ilişkilerin gelişebilmesi için,* eşit haklar prensibine ve halkların *kendi kaderlerini belirleme hakkına (self-determinasyon) dayanarak; insan haklarına bütün dünyada bilfiil saygı gösterilmesini sağlayacağı (kolaylaştıracağı)* hükme bağlanmıştır.

BM sistemi, uluslararası barış ve güvenliğin korunması açısından birincil sorumluluğu Güvenlik Konseyi'ne vermiştir. Genel Kurul uluslararası toplumun tamamını temsil etme özelliğini taşırken; Güvenlik Konseyi çok daha küçük ve sınırlı bir yapılanmadır ve BM'nin daha hızlı ve etkin kararlar alabilmesi için oluşturulmuş bir organdır[57]. BM Andlaşması'nın *Güvenlik Konseyi* başlığını taşıyan V. Bölümü (m. 23-32), bu organın yapısını, görev ve yetkilerini ve karar alma mekanizmasını düzenlemektedir. Andlaşma'nın, Güvenlik Konseyi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 24. maddesine göre;

> 1. Birleşmiş Milletler'in üyeleri, Örgütün hızlı ve etkili hareket etmesini sağlamak için, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında başlıca sorumluluğu Güvenlik Konseyi'ne bırakırlar ve bu sorumluluk gereğince görevlerini yerine getirirken, Güvenlik Konseyi'nin kendi adlarına hareket ettiğini kabul ederler.
>
> 2. Güvenlik Konseyi bu görevleri yerine getirirken Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine uygun hareket eder. Bu görevleri yerine getirebilmesi için Güvenlik Konseyi'ne verilmiş belirli yetkiler, VI, VII, VIII ve XII. Bölümlerde gösterilmiştir.

BM Andlaşması'nın VI. Bölümü, uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözülmesine ilişkin hükümleri kapsamaktadır. Bu bölümde benimsenen sistem, uyuşmazlığın tarafı olan devletlere, uyuşmazlıkların çözümünde hareket serbestisi tanırken; onları, kendi seçecekleri yollarla uyuşmazlığı barışçıl yollarla sonuçlandırmaya teşvik etmeyi hedeflemektedir[58]. Uyuşmazlığın BM Örgütü'ne getirilmesi ise son bir çözüm yolu olarak belirlenmektedir.

Bu çerçevede BM Andlaşması'nın 33. maddesinde, 'uzaması uluslararası barış ve güvenliğin muhafazasını tehdit edebilecek mahiyette bir uyuşmazlıkta taraf

56 Yücel Acer ve İbrahim Kaya, Uluslararası Hukuk (6. Baskı, Ankara 2015) 450; Alfred P. Fernbach, 'The United Nations Security Council' (1945) 32(1) Virginia Law Review 123.

57 Yusuf Aksar, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk (C. 1, 3. Baskı, Ankara 2015) 218.

58 Jale Civelek, 'Birleşmiş Milletler Teşkilatı Tarafından Uluslararası Barış ve Güvenliğin Korunmasında Zorlama Tedbirlerinin Alınması, Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin Kurulması ve Bu Kuvvetlerin Hukuki Dayanağı' (1990) 1-2(10) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 17.

olanlar, bu uyuşmazlığın çözülmesini her şeyden önce, görüşme, soruşturma, ara bulma, uzlaşma, tahkim ve yargı yollarıyla veya bölge teşkil veya andlaşmalarına başvurarak veyahut kendi seçecekleri başka barış yollarıyla aramalıdırlar' ifadelerine yer verilmiş ve barışçı çözüm yolları sınırlı olmayacak biçimde düzenlenmiştir.

Bunun yanında Andlaşma'nın 34. maddesinde, Güvenlik Konseyi'nin, bir uyuşmazlığın veya durumun uzaması halinde, durumun uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını tehdit edip etmediğini tespit için soruşturmada bulunabileceği düzenlenmektedir. Güvenlik Konseyi, kendisine Andlaşma'da verilen görev çerçevesinde, uyuşmazlığın herhangi bir safhasında taraflara 'uygun düşen düzeltme usul ve tarzlarını tavsiye edebilecek' (m. 36/1); tarafları, uyuşmazlığı 33. maddede belirtilen yollardan 'çözmeye davet edebiecek' (m. 33/2) ya da uygun gördüğü başka çözüm yollarını tavsiye edebilecektir (m. 37/2). Konsey bunları yaparken, tarafların önceden kabul etmiş oldukları yolları da göz önüne almak durumundadır. Güvenlik Konseyi'nin VI. Bölümde belirtilen bu yetkileri çerçevesinde alacağı kararlar tavsiye niteliğindedir.

Bütün bunların yanında, uluslararası barışın tehdidi, bozulması veya saldırı durumlarında, VII. Bölüm çerçevesinde barışın korunması ya da tesisi konusunda eyleme karar vermede temel yetkili organ da Güvenlik Konseyi'dir. Güvenlik Konseyi öncelikle uluslararası barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu veya bir saldırı durumunun varlığını tespit etmekte ve daha sonra alınacak önlemler hakkında tavsiye niteliğinde veya bağlayıcı kararlar alabilmektedir. Bu şekilde devletler topluluğu, barışın korunması gibi son derece önemli bir konuyu merkezi denetim altına almaktadır[59].

Andlaşma'nın 39. maddesine göre, Güvenlik Konseyi öncelikle barışın tehdidi, bozulması ve/veya saldırma fiilinin mevcut olduğunu tespit edecek; daha sonra barışın yeniden tesisi ve güvenliğin korunmasına ilişkin tedbirler hakkında tavsiyede bulunabilecek ya da emredici kararlar alabilecektir[60]. Belirtmek gerekir ki, barışın tehdidi, bozulması veya saldırı fiili halinde derhal zorlama tedbirlerine başvurmak gerekmez. Zira 39. madde, böyle bir durumda Güvenlik Konseyi'ni barışın yeniden tesisi için tavsiyelerde bulunabileceğini belirtmiştir. Bu konudaki tavsiyeleri arasında, VI. Bölümdeki barışçı çözüm yollarına başvurulması da bulunabilir.

Andlaşma'nın 25. maddesine göre, 'Birleşmiş Milletler üyeleri, işbu Andlaşma uyarınca Güvenlik Konseyi'nin kararlarını kabul etme ve uygulama konusunda görüş birliğine varmışlardır'. Bu düzenleme ile, Güvenlik Konseyi üyesi olan 15 devletin, bütün diğer devletler bakımından bağlayıcı olan kararlar alabilmesine imkan sağlanmış; başka bir deyişle, üye devletler bu kararları uygulamakla yükümlü kılınmıştır.

59 Deniz Ülke Arıboğan, 'Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sağlanmasında Bir Araç Olarak Birleşmiş Milletler ve Temel Sorunları' (2002) 8(1) Avrasya Dosyası BM Özel Sayısı 136; Enver Bozkurt, Birleşmiş Milletler Sisteminde Kuvvet Kullanımı (Ankara 2003) 30; Hans Kelsen, 'Collective Security and Collective Self-Defence Under the Charter of the United Nations', in Tarcisio Gazzini and Nicholas Tsagourias (eds), The Use of Force in International Law (Burlington 2012) 789.

60 Antony Clark Arend and Robert J. Beck, International Law and the Use of Force (New York 1995) 48; Bozkurt (n 58) 26; Kelsen (n 58) 788.

Güvenlik Konseyi'nde her üye bir oya sahiptir (m. 27). Bununla birlikte, VI. Bölüm ile m. 52/3 uyarınca uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözümlenmesi çerçevesinde alınan kararlarda, uyuşmazlığa taraf devletlerin oylamaya katılması söz konusu değildir (m. 27/3). Güvenlik Konseyi'nde usule ilişkin kararlar 9 üyenin müspet oyu ile (m. 27/2); diğer bütün kararlar ise, daimi üyelerin tümünün oyları dâhil olmak üzere, 9 üyenin müspet oyu ile alınmaktadır (m. 27/3). Başka bir deyişle, usule ilişkin olmayan konularda, daimi üyelerden herhangi birinin karşı çıkması halinde, oyçokluğu ne olursa olsun, kararın alınması mümkün değildir. Güvenlik Konseyi'nin daimi üyelerine verilen bu yetki, uygulamada *veto yetkisi*[61] olarak adlandırılmaktadır[62].

Verilen bilgiler çerçevesinde, BM Andlaşması'nın zihinlerde oluşturduğu ilk izlenim; uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözülmesi ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması için oldukça detaylı ve etkili bir sistem kurulduğudur. Ne yazık ki, Güvenlik Konseyi üyelerinin, kendi menfaatlerini ön planda tutan yaklaşımları ve sahip oldukları veto yetkisi, bu izlenimin pek de yerinde olmadığını ortaya koymaktadır. Güvenlik Konseyi'nin daimi üyelerinin, uyuşmazlığın tarafları ile olan özel ilişkileri, bu ilişkiler çerçevesinde sergilemiş oldukları taraflı yaklaşımlar ve bu çerçevede keyfi şekilde kullandıkları veto yetkisi, Güvenlik Konseyi'nin görevini gerektiği gibi yerine getirmesinin önünde en belirgin engel olarak görülmektedir.

Bu da göstermektedir ki, devletlerin aynı örgütte yer almaları, taraflar arasındaki rekabeti tümüyle ortadan kaldırmamakta; kendi menfaatleriyle uluslararası toplumun menfaatlerinin çelişmesi halinde, örgüte üye olan devlet, tercihini kendi menfaatlerinden yana kullanmaktadır[63]. Bu durum, BM Güvenlik Konseyi daimi üyelerine verilen veto yetkisi ile birleştiğinde, BM'nin etkinliğini önemli ölçüde sınırlamaktadır. Bunun yanında, Güvenlik Konseyi'nin, BM Andlaşması'nın VI. Bölümü çerçevesinde alacağı kararların tavsiye niteliğinde olması (uyuşmazlığın tarafları için bağlayıcı olmaması), uyuşmazlıkların etkin bir biçimde çözümünün önünde bir diğer engel olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yukarıdaki tespitlerin doğruluğu, Keşmir sorununda bir kez daha ortaya konulmuştur. BM Güvenlik Konseyi, art arda aldığı kararlarla; öncelikle bir komisyon

61 Daimi üyelere ait veto yetkisi, özellikle Soğuk Savaş yıllarında Güvenlik Konseyi'nin karar almasının önünde çok büyük bir engel oluşturmuştur. Bu sebeple, çeşitli yollarla veto yetkisi yumuşatılmaya ve hatta bertaraf edilmeye çalışılmıştır. Örneğin, daimi üyenin oylamaya katılamaması veya çekimser kalması, uygulamada veto yetkisinin kullanılması olarak değerlendirilmemektedir. Bu çözüm, Kore Savaşı sırasında, başlangıçta Sovyetler Birliği'nin Çin'in temsili konusundaki itirazı nedeniyle oturuma katılmaması sırasında benimsenmiş, daha sonra bir teamül haline gelmiştir.
Ayrıca, Genel Kurulun 3 Kasım 1950 tarihinde aldığı 377(V) sayılı *"Barış İçin Birlik Kararı"* ile; barışın bozulması, tehdidi veya saldırı halinde, eğer Güvenlik Konseyi veto yetkisi sebebiyle çalışamaz duruma gelirse, Genel Kurul'un üye devletlere silahlı kuvvet kullanma da dâhil olmak üzere uygun tedbirleri tavsiye etmek üzere konuyu derhal ele alabileceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, *"Barış İçin Birlik Kararı"*, veto yetkisini işlevsiz kılmaya yönelik bir çözüm yolu olarak değerlendirilmektedir.

62 Meselenin usule mi, esasa mı ilişkin olduğuna karar verme yetkisi Genel Sekreter'dedir. Ancak Genel Sekreter'in bu sorumluluğu almak istememesi durumunda, yalnızca Güvenlik Konseyi üyelerinin katılımıyla bir oylama gerçekleştirilir. Daimi üyelerden en az birinin meseleyi veto etmesi durumunda, söz konusu meselenin esasa ilişkin olduğuna karar verilir. Aynı devletin ikinci yani esasa ilişkin oylamada da meseleyi veto etmesi durumuna *"çifte veto mekanizması"* adı verilir.

63 Tepebaş (n 14) 89.

kurulmasını, Keşmir'in askerden arındırılmasını, ardından da Jammu-Keşmir'in nihai durumunun BM gözetiminde yapılacak plebisit uygulaması neticesinde belirlenmesini öngörmüştür. Ancak Hindistan, hiçbir zaman halk oylaması yapmaya yanaşmamış ve BM kararlarının güç sahipleri için 'formalite'den ibaret olduğunu uluslararası topluma bir kez daha göstermiştir[64]. Keşmir halkının iradesinin yok sayılması karşısında BM'nin, aldığı kararların gereklerinin yerine getirilmesini sağlayacak herhangi bir yaptırım kararı alması da, daimi üyelere tanınan veto yetkisi nedeniyle, mümkün olmamıştır.

Yukarıda da belirtildiği gibi, BM Güvenlik Konseyi'nin (47) sayılı kararına bakıldığında, Keşmir'deki uyuşmazlığın nihai çözümünün, BM himayesi altında, demokratik bir yöntem olan özgür ve tarafsız bir halk oylaması olarak belirlendiği görülmektedir. Bununla birlikte, Keşmir halkının büyük çoğunluğunu oluşturan Müslümanların, Hindistan idaresini tercih etmeyeceklerinin Hindistan tarafından öngörülmesi, halk oylamasının sürekli bir şekilde engellenmesi sonucunu doğurmuştur. Hâlbuki Hindistan eski Başbakanlarından Nehru'nun, 26 Haziran 1952 tarihli konuşmasında, 'Keşmir halkı, yapılan bir plebisitte, 'biz, Hindistan ile beraber olmak istemiyoruz' deseler bile, bunun bize acı vereceğini bilerek durumu kabul edeceğiz. Gerekli olursa anayasayı değiştiririz' ifadelerini kullandığı görülmektedir[65]. Ancak kayıtlara geçen bu ve benzeri ifadeler[66] hiçbir zaman fiiliyata dökülmemiş; Keşmir sorunu, BM sisteminin 'çözüm üretmekte çaresiz' yapısı içinde bugünlere kadar gelmiştir.

Bunun temel nedeni, söz konusu kararların BM Andlaşması'nın VI. Bölümü çerçevesinde alınmış olup, uyuşmazlığın tarafları üzerinde bağlayıcı etkiye sahip olmamasıdır. Bunun yanı sıra, BM Güvenlik Konseyi daimi üyelerinden Rusya'nın (Sovyetler Birliği), Hindistan'ın yanında yer alması, veto yetkisine sahip olması ve dolayısıyla uygulanması zorunlu yaptırım kararlarının alınmasını engellemesi, *cennet vadi*yi adeta *Güney Asya'nın Filistini*ne[67] dönüştürmüştür.

Değerlendirme ve Sonuç

1947 yılında, Hindistan ve Pakistan bağımsızlıklarını kazanmış; bununla birlikte Keşmir'in statüsü netleştirilememiştir. BM tarafından alınan bir dizi kararda ise, Keşmir halkının kendi kaderini belirleme hakkına sahip olduğu vurgulanmış; ancak bu kararların gereklerinin yerine getirilmesi mümkün olmamıştır. Hindistan'ın Keşmir'i,

64 SDAM (n 2) 10.

65 Bkz. <http://www.kashmir-issue.com/nehru.html> accessed 15 February 2018.

66 Örneğin Nehru, 2 Kasım 1947 tarihinde Tüm Hindistan Radyosu'nda yaptığı konuşmada, *"Keşmir'in kaderinin önünde sonunda halkı tarafından belirleneceğini ilan ettik. Bu sözü biz yalnız Keşmir'e değil, tüm dünyaya verdik. Biz bundan geri dönmeyeceğiz ve dönemeyiz"* ifadelerini kullanmıştır. Aynı çerçevede, 12 Şubat 1951 tarihli konuşmasında Nehru, *"Keşmir halkına ve dolayısıyla Birleşmiş Milletler'e* söz verdik. Buna riayet ettik ve bugün de edeceğiz. Bırakalım kararı Keşmir halkı versin" sözlerini sarf etmiş; 6 Temmuz 1951 tarihinde ise *"Keşmir satılık veya trampa edilecek bir mal değildir. Kişisel bir mevcudiyeti vardır ve halkı kendi geleceğinin hakemi olmalıdır."* açıklamasını yapmıştır. Bkz. Altuğ (n 9) 17, 26, 34; <http://www.greaterkashmir.com/news/gk-magazine/thus-spake-nehru/86674.html> accessed 15 February 2018.

67 Ganguly, Bajpai (n 23) 402; SDAM (n 2) 22.

halkın iradesinin aksine, kendi parçası olarak görmesi, Keşmir sorununun günümüze kadar devam etmesine neden olmuş; süreç içerisinde Çin'in de Keşmir topraklarından bir kısmını kontrolü altına alması, meseleyi içinden çıkılmaz bir hale getirmiştir.

Pakistan 1962 ve 1963 yıllarında, BM Güvenlik Konseyi'ne başvurmuş; ancak, Sovyetler Birliği'nin baskıları sonucu, bağlayıcı bir kararın alınması mümkün olmamıştır. Bunun yanında, plebisit isteklerine karşı çıkan Hindistan, 1964 yılının Aralık ayında Keşmir'i ülkenin ayrılmaz bir parçası ilan etmiştir.

İntihar saldırıları, insan hakları ihlalleri ve çatışmalarla geçen 70 yıllık süreçte, son olarak 8 Temmuz 2016 tarihinde Hizbu'l Mücahidin[68] hareketinin genç mensubu ve simgesi Burhan Muzzaffar Wanî'nin Hindistan güçleri tarafından öldürülmesi ve sonrasında yaşanan olaylar, Keşmir sorununu yeniden alevlendirmiş; barış görüşmelerine darbe vurmuştur[69].

Son dönemde Keşmir'deki en önemli sorunları; bağımsızlık için mücadele eden grupların varlığı, Pakistan'ın bu gruplara verdiği ileri sürülen destek ve Hindistan'ın burada gerçekleştirdiği insan hakları ihlalleri[70] şeklinde sıralamak mümkündür. Bu noktada, her iki devletin, kendi güçlerini artırmak ve denge sağlamak adına, nükleer silahlanmaya yöneldiklerini de belirtmek gerekir.

Keşmir'de iç savaş devam etmekte, Pakistan'ın ayrılıkçı gruplara sağladığı ileri sürülen desteğin yanı sıra, Hindistan'ın da bölgede sert tedbirler almasının sorunun çözümünü daha da zorlaştırdığı görülmektedir. BM'nin bölgede plebisit yapılmasına ilişkin kararı da Hindistan tarafından sürekli olarak reddedilmekte; çok sayıda etnik grubu bünyesinde barındıran Hindistan, toprak bütünlüğünün korunması için bağımsızlık yönündeki talepler karşısında taviz vermemektedir[71].

68 1990'ların ortalarından itibaren Keşmir'de 50'nin üzerinde silahlı grup tespit edilmiştir. Keşmir'de Hindistan'ın yarım milyon civarında askeri olduğu iddia edilmekle birlikte Hizb-ul Mücahidin, Leşker-i Tayyiba, Tehrik-i Cihad ve menşei tam olarak bilinmeyen Jammu-Keşmir Özgürlük Cephesi gibi, bölgede faaliyet gösteren militan gruplar yer almaktadır. Hizb-ul Mücahidin, Leşker-i Tayyiba ve Harekât-ül Mücahidin gibi çeşitli silahlı gruplar tarafından gerçekleştirilen eylemlerin birçoğu başlangıçta Keşmir bölgesiyle sınırlıyken, 2000'li yılların başından itibaren yabancı yatırımların yoğun olduğu, ticari, turistik ve siyasi önemi haiz Hint şehirlerini de hedef almaya başlamıştır. Bkz. <http://www.orsam.org.tr/index.php/edu/gencorsam?item=844&s=orsam%7Cturkish> accessed 16 March 2017; Khawaja (n 11) 12.

69 Söz konusu olaydan sonra gerilim had safhaya yükselmiş, on binlerce Keşmirli Hindistan'ı protesto etmek için sokaklara dökülmüştür. Hindistan güvenlik güçleri ise, biber gazı ve gerçek mermi kullanarak sivil halka müdahale etmiştir. Olayların başladığı günden bugüne kadar 100'e yakın Keşmirli katledilirken 3 binden fazla kişi ise yaralanmıştır. Ayrıca Hindistan olayların duyulmasını önlemek için telefon hatlarını, mobil interneti ve bazı bölgelerde elektriği kesmiş, süresiz sokağa çıkma yasağı ilan etmiş, merkez camilerde ibadeti yasaklamıştır. Bkz. SDAM (n 2) 19.

70 Guardian'ın yayımladığı belgelere göre, Yeni Delhi'deki Amerikalı yetkililere 2005'te Uluslararası Kızılhaç Komitesi tarafından verilen brifingde, Hint güvenlik güçlerinin tutuklulara elektrik verme, dövme ve cinsel tacizde bulunma gibi yöntemleri uyguladığı belirtiliyor. Washington'a gönderilen ayrıntılı bir raporda, Amerikalı yetkililer, Kızılhaç'ın görüşlerini iletirken, Hindistan'ın *"işkenceye göz yumduğu"* ve kötü muameleye maruz kalan bu tutukluların İslamcı isyancılar veya Pakistan destekli militanlar olmadığı vurgulanıyor. Tersine bunların *"isyanla bağlantısı olduğu veya bu konuda bilgisi olduğu düşünülen"* siviller olduğu belirtiliyor. Ayrıca, bir Hint gazetesi olan *"Frontline"*ın 12 Şubat 1993 tarihli baskısında, *"Terör Havası"* adlı makalesinde Hintli yazar Ramchandran şu ifadeleri kullanmaktadır*: "İnsanlar, polis kurşunlarına hedef oldular, bıçaklanıp yakıldılar, hokey sopalarıyla, kriket sopalarıyla, değneklerle, kol demirleriyle ve kılıçlarla dövüldüler; üzerlerine satır, asit ve kırık şişelerle saldırıldı. Bazıları parçalanıp yakıldılar, parçalanmış cesetleri tanınmayacak hale geldi. Evleri, dükkânları ve işyerleri yağmalandı. Müslüman evlerin kümelendiği yerler topluca ateşe verildi, dağınık yerleşim yerleri ise yağmalandı ve yıkıldı."* Bkz. Khawaja (n 11) 16.

71 Tepebaş (n 14) 94.

Keşmir; Hindistan ve Pakistan arasında süregelen mücadelenin bir sembolü haline gelerek, bu iki devletin bölge hakkında kendi çözümlerini kabul ettirmeye çalıştığı, rekabet ortamının yaratmış olduğu gerginlikle nükleer silahlanmaya kadar varan güç mücadelesinin yaşandığı bir bölgeye dönüşmüştür[72]. Hindistan, Keşmir'de kontrolü sağlamak adına otoriter bir yönetim sergilemekte ve bölgenin demografik yapısını değiştirmeye yönelik uygulamalar gerçekleştirmekte; yerel halk da bu yönetime karşı özgürlük mücadelesi veren bir direniş yürütmektedir. Bu mücadele; binlerce insanın yaşamını yitirmesine, kalıcı sakatlıklar yaşamasına ve evsiz kalmasına neden olmaktadır.

Bunun yanı sıra, BM Güvenlik Konseyi içindeki görüş ayrılıkları, örgütün uyuşmazlığı çözme konusunda başarısız olmasına neden olmakta ve bağlayıcı bir kararın alınmasını imkânsız kılmaktadır. Zira Konsey'in daimi üyelerinin veto yetkisine sahip olması, özellikle kendilerini ve dostlarını ilgilendiren veya menfaatleri ile çelişen konularda herhangi bir karar alınamaması sonucunu doğurmaktadır. Daimi üyelerin bu yetkileri nedeniyle, uluslararası hukuk ve insan hakları ihlalleri karşısında BM'nin sessiz kalması, BM'nin kuruluş felsefesiyle çelişmekte ve uluslararası hukukun ve örgütün saygınlığına darbe vurmaktadır. Güvenlik Konseyi'nin mevcut karar alma usulü veto yetkisi ile devam ettiği sürece, uluslararası silahlı çatışmaların ve uluslararası hukuk ihlallerinin örgüt tarafından engellenmesi veya buna yönelik etkin tedbirler alınması mümkün olmayacaktır.

Devletlerin karmaşık ve karşılıklı bağımlılığa dayalı ilişkileri; BM içinde görüş ayrılıklarının yaşanmasına ve örgütün uyuşmazlığı çözme / çözümü uygulatma konusunda başarısız olmasına neden olmaktadır. BM sisteminin kuruluş felsefesi, devletlerin menfaatleri karşısında çaresiz kalmakta; Güvenlik Konseyi'nin daimi üyelerine verilen veto yetkisi, kalıcı çözümün önünde en büyük engel olarak belirmektedir. Örgütün sağlıklı şekilde işlemesi, beş daimi üyenin işbirliği ve dayanışma anlayışı içinde çalışma zorunluluğuna dayandırılmış olsa da, bunun gerçekleşmesi zor bir varsayım olduğunu yaşanan gelişmeler ortaya koymaktadır[73]. Zira insan hakları alanında sürekli hissedilen ve aslında yaşanan somut gerçeklerden biri, güçlü devletlerin kendi çıkarlarını her zaman insan haklarından önde tuttuklarıdır[74]. Bu durum, BM'nin faaliyet ve kararlarında da açıkça görülmektedir. Burada, BM'nin kuruluşunda savaşın galibi olan devletlerin kendileri için öngörüp uyguladıkları ayrıcalıkların yeri ve önemi oldukça büyüktür. Zira Güvenlik Konseyi'nin daimi üyeleri, veto yetkilerini insanlığın ya da insan haklarının korunması için değil, kendi menfaatlerini korumak için kullanıyor görünmektedir[75].

72 Türk (n 32) 114.

73 Seha L. Meray, Devletler Hukukuna Giriş (C. 2, Ankara 1975) 194.

74 İlyas Doğan, Devletler Hukuku (3. Baskı, Ankara 2016) 425.

75 ibid 425.

Kaynakça/References

Abbas Karaağaçlı, 'Pakistan-Hindistan İlişkileri ve Keşmir Meselesi', <http://www.bilgesam.org/incele/80/-pakistan-hindistan-iliskileri-ve-kesmir-meselesi/#.wmf3lg_yjıu> accessed 14 March 2017.

Abdul Majid and Mahboob Hussain, 'Kashmir: A Conflict Between India and Pakistan' (2016) 31(1) A Research Journal of South Asian Studies 149, 159.

Alfred P. Fernbach, 'The United Nations Security Council' (1945) 32(1) Virginia Law Review 114, 146.

Ali Erhan Ertan, 'Çözümsüzlüğün Çözüm Haline Geldiği Topraklar: Keşmir Bölgesi', <http://www.sde.org.tr/tr/newsdetail/kesmir-bolgesine-bakis/1295> accessed 14 March 2017.

Antony Clark Arend and Robert J. Beck, International Law and the Use of Force (New York 1995).

Ashley J. Tellis, C. Christine Fair and Jamison Jo Medby, Limited Conflicts Under the Nuclear Umbrella (2001) RAND Corporation.

Ashutosh Misra, 'Indo-Pakistan Talks 2004: Nuclear Confidence Building Measures (Ncbms) and Kashmir' (2004) 28(2) Strategic Analysis 347, 351.

Bengü Türk, 'Uluslararası Sistemde Kronik Bir Sorun: Keşmir', Asya'da Güvenlik Sorunları ve Yansımaları, <http://www.bilgesam.org/incele/1636/-uluslararasi-sistemde-kronik-bir-sorun--kesmir/#.wmfzfm_yjıu> accessed 14 March 2017 103, 128.

Clive Archer, International Organizations (Fourth Edition, New York 2015).

Deniz Ülke Arıboğan, 'Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sağlanmasında Bir Araç Olarak Birleşmiş Milletler ve Temel Sorunları'(2002) 8(1) Avrasya Dosyası BM Özel Sayısı 128, 148.

Enver Bozkurt, Birleşmiş Milletler Sisteminde Kuvvet Kullanımı (Ankara 2003).

Evren İşbilen, Nükleer Satranç (İran'ın Nükleer Politikası ve Türkiye) (İstanbul 2009).

Fırat Purtaş, 'Afganistan, Pakistan ve Hindistan'ın Orta Asya Türk Cumhuriyetleri ile İlişkileri', Murat Yılmaz (ed), Orta Asya ile Güney Asya Arasında Modern İpek Yolu Projesi (Ankara 2011) 1, 60.

Hans Kelsen, 'Collective Security and Collective Self-Defence Under the Charter of the United Nations', in Tarcisio Gazzini and Nicholas Tsagourias (eds), The Use of Force in International Law (Burlington 2012) 97, 110.

Hüseyin Korkmaz, 'Bölgesel Güvenlik Çıkmazı: Keşmir Sorunu', 21. Yüzyılda Sosyal Bilimler Dergisi, <http://www.academia.edu/5204557/b%c3%b6lgesel_g%c3%bcvenlik_%c3%87%c4%b1kmaz%c4%b1_ke%c5%9fmir_sorunu_21.y%c3%bczy%c4%b1l_sosyal_bilimler_dergisi> accessed 14 March 2017.

I. Khawaja, Cammu ve Keşmir Sorunu (Pakistan Büyükelçiliği 1996).

İlyas Doğan, Devletler Hukuku (3. Baskı, Ankara 2016).

Jale Civelek, 'Birleşmiş Milletler Teşkilatı Tarafından Uluslararası Barış ve Güvenliğin Korunmasında Zorlama Tedbirlerinin Alınması, Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin Kurulması ve Bu Kuvvetlerin Hukuki Dayanağı' (1990) (1-2)10 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 13, 47.

Josef Korbel, 'The Kashmir Dispute After Six Years' (1953) 7(4) International Organisation 498, 510.

M. Bashir Asef, 'Azad Kashmir: A Colony of the Islamic Republic of Pakistan' (1971) 2(2) Pakistan Forum 4, 15.

Marjorie Bennett, 'UN Makes Progress on Kashmir' (1950) 19(7) Far Eastern Survey 65, 67.

Moeed Yusuf and Adil Najam, 'Kashmir: Ripe for Resolution?' (2009) 30(8) Third World Quarterly 1503, 1528.

Muharrem Hilmi Özev, 'Küresel ve Bölgesel Güçlükler Karşısında Pakistan'ın Demokratikleşme Çabaları'16(8) Güvenlik Stratejileri Dergisi 147, 175.

Musarat Javed Cheema, 'Pakistan – India Conflict with Special Reference to Kashmir' (2015) 30(1) A Research Journal of Asian Studies 45, 69.

Osman Metin Öztürk, 'Keşmir Sorunu ve Çin', <http://ascmer.org/kesmir-sorunu-ve-cin/> accessed 14 March 2017.

Ömer Ersoy, 'Keşmir Üzerinde(n) Güç Mücadelesi', <http://www.fikribeyan.net/2330_kesmir-uzerinde(n)-guc-mucadelesi.html> accessed 14 March 2017.

Reeta Chowdhari Tremblay, 'Nation, Identity and the Intervening Role of the State: A Study of the Secessionist Movement in Kashmir' (1996-1997) 69(4) Pacific Affairs 471, 497.

Richard Leonard Park, 'India Argues with Kashmir' (1952) 21(11) Far Eastern Survey 113, 116.

Sadia Fayaz, 'Kashmir Dispute Between Pakistan and India: The Way Out' XI(1) The Dialogue 65, 82.

Seha L. Meray, Devletler Hukukuna Giriş (C. 2, Ankara 1975).

Strateji Düşünce ve Analiz Merkezi (SDAM), 'Dünden Bugüne Keşmir Sorunu' (Ekim 2006) 1, 26.

Sumit Ganguly and Kanti Bajpai, 'India and the Crisis in Kashmir' (1994) 34(5) Asian Survey 401, 416.

Sumona Dasgupta, 'Kashmir and the India-Pakistan Composite Dialogue Process' (2015) 291 RSIS Working Paper 1, 25.

Tahir Ashraf, 'The Pakistan-India Conundrum: A Historical Survey' (2005) 35(1) Pakistan Journal of Social Sciences 309, 320.

Taraknath Das, 'The Kashmir Issue and the United Nations' (1950) 65(2) Political Science Quarterly 264, 282.

Türkkaya Ataöv, 'Keşmir Meselesinin Önemi' (1960) 15(1) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 195, 214.

Ufuk Tepebaş, 'Bölgesel Sorunların Çözümünde Uluslararası Örgütlerin Rolleri' (2007) 10 Stratejik Öngörü Dergisi 88, 97.

Yılmaz Altuğ, Başlangıçtan Günümüze Keşmir Meselesi (İstanbul 2002).

Yusuf Aksar, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk (C. 1, 3. Baskı, Ankara 2015).

Yücel Acer ve İbrahim Kaya, Uluslararası Hukuk (6. Baskı, Ankara 2015).

UN Security Council, S/RES/38(1948), adopted by the Security Council at its 229th meeting on 17 January 1948, <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/38(1948)> accessed 13 February 2018.

UN Security Council, S/RES/39(1948), adopted by the Security Council at its 230th meeting on 20 January 1948, <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/39(1948)> accessed 13 February 2018.

UN Security Council, S/RES/47(1948), adopted by the Security Council at its 286th meeting on 21 April 1948, <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/47(1948)> accessed 13 February 2018.

<http://www.portmir.org.uk/assets/pdfs/treatyofamritsar.pdf > accessed 16 March 2017.

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1947/30/pdfs/ukpga_19470030_en.pdf> accessed 15 February 2018.

<http://www.centralexcisehyderabad4.gov.in/documents/history/1947_2.PDF> accessed 15 February 2018.

<http://peacemaker.un.org/india-pakistan-tashkent-declaration66> accessed 16 March 2017.

<http://www.mea.gov.in/bilateral-documents.htm?dtl/5541/Simla+Agreement> accessed 21 March 2017.

<https://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/peace_agreements/ip_lahore19990221.pdf> accessed 16 March 2017.

<http://www.nytimes.com/2006/07/12/world/asia/12india.html> accessed 15 February 2018.

<http://www.kashmir-issue.com/nehru.html> accessed 15 February 2018.

<http://www.greaterkashmir.com/news/gk-magazine/thus-spake-nehru/86674.html> accessed 15 February 2018.

<http://www.orsam.org.tr/index.php/edu/gencorsam?item=844&s=orsam%7Cturkish> accessed 16 March 2017.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Public and Private International Law Bulletin, 38(1): 107–145

DOI: 10.26650/ppil.2018.38.1.0006
http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/_

Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 16 Ağustos 2018
Kabul: 28 Ağustos 2018

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasar Sorunu ve Türk Borçlar Kanunu İle Karşılaştırılması

Doğan Kara[1]

Öz

Çalışmanın konusu, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması ışığında hasar sorununun incelenmesi ve Türk Borçlar Kanunu ile arasındaki bağlantının karşılaştırmalı olarak değerlendirilmesidir. Bu açıdan, ilk olarak hasar kavramı üzerinde durulmuş, ayrıca edim hasarı ve karşı edim hasarı kavramları açıklanmıştır. CISG, hukuk düzleminde doğuşuna kadar olan sürede Roma Hukuku, İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Hukuku gibi birçok hukuk sisteminden etkilenmiştir. Bu sebeple söz konusu hukuk sistemlerinde hasar sorununa getirilen çözüm yolları üzerinde durulmuştur. Çalışmanın önemli bir kısmı ise hasar sorununu düzenleyen CISG m. 66-70 hükümlerinin incelenmesine ayrılmıştır. Son kısımda ise CISG'ın öngördüğü hasarın geçişi sisteminin Türk Hukuku ile ilişkisi karşılaştırmalı olarak aktarılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Türk Borçlar Kanunu • CISG • Satış sözleşmesi • Hasarın geçişi • Bedel hasarı • Edim hasarı

The Problem of Risk According to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and Comparison with the Turkish Code of Obligations

Abstract

The study examines the risk problem in light of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), and the comparative relationship between CISG and the Turkish Code of Obligations (Law No: 6098). In this study we examine the concept of risk and also explain the concepts of performance risk and price risk. CISG has been influenced by many legal systems, such as Roman, Swiss, French, and German Laws, prior to its appearance on the legal platform. Thus, solutions to the risk problem, pertaining to the legal system, have been considered. An important part of this study is concerned with the examination of art. 66-70 of the CISG which address the regulation of the risk problem. In the last part of this study, a comparison is made between CISG's view of the passing on of risk, and Turkish law.

Keywords

Turkish Code of Obligations • CISG • Contract for sale of goods • Risk • Passing on of risk • Price risk • Performance risk

1 **Sorumlu Yazar:** Doğan Kara (Araştırma Görevlisi), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: dkara@gsu.edu.tr

Atıf: Doğan Kara, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasar Sorunu ve Türk Borçlar Kanunu İle Karşılaştırılması" (2018) PPIL 38 107, 145 https://dx.doi.org/10.26650/ppil.2018.38.1.0006

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

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasar Sorunu ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması

Hukuk düzeni, sözleşmenin tarafları arasında meydana gelen hukuki ilişkinin yarattığı menfaatler dengesinde bir risk paylaşımı öngörmektedir. Alıcı ve satıcı arasında akdedilen satış sözleşmesinin konusunun genellikle maddi bir edim olan satılanın zilyetlik ve mülkiyetinin alıcıya devri olması, söz konusu hukuki ilişkiyi beklenmeyen hal, mücbir sebep veya üçüncü kişinin fiilinden kaynaklanan risklere açık hale getirmektedir. Roma Hukuku'ndan günümüze kadar geçen süre içinde birçok hukuk sistemi bu açıdan satılanın yok olma veya kötüleşme riskine karşı ortaya çıkacak hukuki sonucun neticelerinin sözleşmenin hangi tarafı üzerinde doğacağını belirlemek amacıyla birçok düzenleme geliştirmiştir. Bu düzenlemeler taraflara atfedilemeyen sebeplerle satılanın yok olması veya kötüleşmesi sonucunda hasara kimin katlanacağı sorusunu farklı ölçütlere göre cevaplamaktadır.

İncelememizin konusu Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması'nda (CISG) düzenlenen hasar hükümlerinin ortaya konulması ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) ile arasındaki bağlantının karşılaştırmalı olarak gözler önünde serilmesidir. Bu açıdan ilk olarak hasar sorunu genel olarak tanımlanacak, hasarın sözleşmenin farklı tarafları açısından görünüm şekilleri olan edim ve karşı edim hasarı kavramları üzerinde durulacak, akabinde farklı hukuk sistemlerinde hasar sorununun çözüm yolları ve getirilen düzenlemeler gün ışığına kavuşturulacaktır. Bu açıdan Roma Hukuku, Fransız Hukuku, İsviçre Hukuku ve Alman Hukuku gibi CISG hükümlerine etki edebilecek hukuk sistemleri mercek altına alınacaktır. Daha sonra CISG m. 66 ve devamında düzenlenen ve hasarın geçişini konu edinen maddeler incelenecek, bu kapsamda mesafeli satışlarda, taşıma halinde satılan mallarda ve bu iki kategoriye de girmeyen hallerde hasara kimin katlanacağı sorusuna cevap aranacaktır. Son olarak Türk Borçlar Kanunu'nun hasar hükümleri, CISG'da düzenlenen hasar hükümleri ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

I. Hasar Sorununa Genel Bir Bakış

A. Hasar Kavramı

1. Genel olarak. Hasar[2] kelimesi sözlük anlamıyla "zarar, ziyan"[3] gibi kelimelerle ifade edilebileceği gibi "bir malda kırılma, dökülme, yıkılma gibi zarar"[4] olarak da tanımlanabilir. Ancak konuya daha derin yaklaşıldığı zaman bir de hukuk terminolojisinde kendisini gösteren bir hasar tanımı ile karşılaşılır. Bu tanım ise eşyanın kötüleşmesi veya yok olmasını ifade eden hasar tanımından[5] biraz daha dar kapsamlı ve özel bir tanımdır. O halde hasar kelimesinin biri geniş, diğeri dar olmak üzere iki anlamı bulunmaktadır[6].

2 Hasar kelimesinin karşılığı olarak mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda Fransızca "risque", Almanca "gefahr", İtalyanca "rischi" kelimeleri kullanılmıştır. Latincede ise "periculum" olarak ifade edilmektedir.

3 Ferit Devellioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat (2. Baskı, Aydın Kitabevi 2010) 384.

4 Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük <http://www.tdk.gov.tr/index> son erişim tarihi 25.08.2018.

5 Haluk Nami Nomer, Baki İlkay Engin, Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi Birinci Fasikül: Giriş; Madde 207-216, 245 (3. Bası, Seçkin Yayıncılık 2017) 71.

6 Turgut Akıntürk, Satım Akdinde Hasarın İntikali (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları no:212 Sevinç Matbaası,

Yukarıda açıklandığı üzere geniş anlamda hasar[7], borç ilişkisinin varlığına ya da yokluğuna bakılmaksızın[8] malik veya ayni hak sahiplerinin katlandığı[9] "eşya hasarı"[10] veya "ayni hasar"[11] olarak ifade edilir. Dar anlamda hasar ise, "teknik anlamda hasar"[12] ya da "borca ilişkin hasar"[13] olarak adlandırılan bir kavram[14] olup, tarafların borç ilişkisine hayat vermesi neticesinde doğan borcun[15], ifasına kadar geçen süreç içerisinde sözleşme taraflarının sorumlu olmadığı bir sebeple imkânsızlaşması sonucunda ortaya çıkan hasardır[16]. İncelememizin ana kavramını oluşturan dar anlamda hasar kavramı açısından bir borç ilişkisinin varlığı zorunlu olup, bu yönüyle borca ilişkin hasarın tamamen borçlar hukukuna dair bir kavram olduğu tartışmasızdır[17].

Borca ilişkin dar anlamda hasar, hasar sorunu temelinde bir tehlikeyi yani riski ya da rizikoyu ifade etmektedir[18]. Dolayısıyla teknik anlamda hasar kavramında öne çıkan unsur, satılanın yok olması veya kötüleşmesi sonucunda ortaya çıkan zarar değil, satılanın yok olması veya kötüleşmesi sonucunda ortaya çıkan tehlikedir[19] [20]. Bu sebeple borca ilişkin dar anlamda hasar kavramı öğretide de ifade edildiği üzere "bir zarara uğrama tehlikesi" olarak anlaşılmalıdır[21].

1966) 21; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler (10. Bası, Beta Yayınevi 2014) 70. Aynı yönde: Barry Nicholas, Commentary on the International Sales Law: the 1980 Vienna Sales Convention (Cesare Massimo Bianca ve Michael Joachim Bonell eds, Giuffrè 1987) 484.

7 Mustafa Alper Gümüş, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, vol 1: İsimsiz Sözleşmeler Teorisi, Satış, Mal Değişimi, Bağışlama, Kira, Kullanım Ödüncü, Tüketim Ödüncü, Genel Hizmet Sözleşmesi (3. Bası, Vedat Yayıncılık 2013) 29.

8 Akıntürk (n 5) 22; Michael Bridge, "CISG Uyarınca Hasarın Geçmesi", in Yeşim Atamer (ed), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2008) 194.

9 Nomer, Engin (n 4) 71.

10 Almanca'da "Sachgefahr" olarak ifade edilen eşya hasarı, Roma Hukuku'nda "periculum rei" olarak ifade edilmekteydi. "Casum sentit dominus" yani hasara malik katlanır prensibi ile ifade edilen geniş anlamda hasar kavramı incelememizin konusunu aşan bir kavramdır. Gümüş (n 6) 29.

11 Sabah Altay, Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi (1. Bası, Vedat Kitapçılık 2008) 4.

12 Akıntürk (n 5) 24.

13 Akıntürk (n 5) 24; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 29.

14 Roma Hukuku'nda "periculum obligationis" olarak ifade edilmektedir.

15 Andreas B. Schwarz, "Satış Aktinde Hasarın İntikali" (Kudret Ayiter tr, 1947) 1-4 AÜHFD 159, 160.

16 Akıntürk (n 5) 24; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, vol 1, Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama (6. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık 2008) 107; Yavuz, Acar, Özen (n 5) 70; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 29; Nomer, Engin (n 4) 72; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (4. Baskı, Yetkin Yayınları 2017) 48; Karl H. Neumayer, Catherine Ming, Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises Commentaire (François Dessemontet ed, Centre du droit de l'entreprise, droit industriel, droit d'auteur, droit commercial, Publication Cedidac 1993) 417, para 1; Herbert Schönle, "Réflexions sur le transfert des risques dans la vente internationale" (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 1990) Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Mélange à la mémoire du Professeur Haluk Tandoğan 267.

17 Murat Oruç, Satış Sözleşmesinde Riskin Geçişi: Türk Borçlar Kanunu CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Anlaşması) INCOTERMS Uluslararası Ticari Terimler (1. Bası, Vedat Kitapçılık 2015) 13.

18 Akıntürk (n 5) 26; Nomer, Engin (n 4) 72; Eren (n 15) 48.

19 Akıntürk (n 5) 25; Neumayer, Ming (n 15) 418, para 1.

20 Bu sebeple İsviçre, Alman, İngiliz, Fransız hukuk sistemlerinde kanun koyucular "zarar" kavramına (schaden, dommage, damage) yer vermemiş olup bir tehlikeyi ifade eden "gefahr, risque, risk" kavramlarını tercih etmiştir. BGB m. 446 hükmünde açıkça "satılanın beklenmeyen hal dolayısıyla yok olması veya kötüleşmesi tehlikesinden" bahsetmektedir.

21 Akıntürk (n 5) 26; Tandoğan (n 15) 107; Nomer, Engin (n 4) 72; Eren (n 15) 48.

2. Hasar sorunu. Hasar sorunu, satış sözleşmesinin kurulmasından ifasına kadar geçen süre içinde satılanın yok olması veya kötüleşmesi yani değerinin azalması sebebiyle ifanın sözleşme taraflarından herhangi birine atfedilemeyecek şekilde imkânsızlaşması sonucunda[22] ortaya çıkan malvarlığı zararına kimin katlanması gerektiği sorununu ifade eder[23]. Bu açıdan hasar sorunu, bir anlamda alıcının ve satıcının sorumlu tutulamadığı ifa imkânsızlığının yarattığı ekonomik riskin yani zarara katlanma tehlikesinin sözleşmenin taraflarından kimin üzerinde bırakılması gerektiği sorununu çözümler[24]. Söz konusu sorunun alıcı ve satıcı açısından iki boyutu mevcuttur. İlk olarak hasar sorunu satış sözleşmesinin konusunu oluşturan satılanın sözleşmenin taraflarına atfedilemeyecek bir sebeple yok olması durumunda alıcının satılanın mülkiyetini devir borcunun devam edip etmeyeceği sorunu üzerinde durmaktadır. İkinci olarak ise hasar sorunu ilk sorunun meydana gelmesi durumunda alıcının satış bedelini ödeyip ödememesi gerektiği sorunu üzerinde durmaktadır. TBK m. 137 ve m. 208 ile CISG m. 66 ila 70 hükümleri söz konusu bu sorunu çözümlemek üzere sevk edilmiş hükümlerdir.

3. Borca ilişkin hasarın borç ilişkisinin tarafları açısından görünüm şekilleri.

a. *Edim hasarı.* Edim hasarı[25], satış sözleşmesinin kurulmasından ifasına kadar geçen süre içinde satılanın yok olması veya kötüleşmesi yani değerinin azalması sebebiyle ifanın sözleşme taraflarından herhangi birine atfedilemeyecek şekilde imkânsızlaşması sonucunda satıcının borçlandığı edimi yerine getirmesinin veya onun yerine geçecek bir tazminat alacağının ödenmesinin satıcı tarafından talep edilip edilemeyeceği sorunu ile ilgilidir[26]. Yani söz konusu kavram, borcun doğumundan ifasına kadar geçen süre içinde satıcının veya onun yardımcılarının kusurundan ileri gelmeyen veya kusursuz sorumluluk halleri sebebiyle sorumlu olmadıkları fiili veya hukuki engeller sonucu ifa imkânsızlığının meydana gelmesi tehlikesini ve bu tehlikenin sonuçlarının sözleşmenin hangi tarafı üzerinde doğması gerektiğini ifade eder[27].

22 Bu açıdan ifa imkânsızlığında satıcının kusurunun olması değil satıcının hukuken sorumlu tutulamaması gerekmektedir. Zira satıcı kusursuz olsa dahi ifa yardımcısı kullanmışsa veya mevcut olayda kusursuz sorumluluk halleri mevcutsa yine de ifa imkânsızlığından hukuken sorumlu olacaktır.

23 Akıntürk (n 5) 26; Tandoğan (n 15) 107; Pierre Tercier, Laurent Bieri, Blaise Carron, Les contrats spéciaux (5ème Edition, Schulthess Verlag Editions Romandes 2016) 127; Neumayer, Ming (n 15) 419, para 2; Nomer, Engin (n 4) 72; Eren (n 15) 48; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 30; Peter Schlechtriem, Petra Butler, UN Law on International Sales The UN Convention on the International Sale of Goods (Springer Verlag 2009) 164-65; Lief Sevón, "Passing of Risk" in Institut suisse de droit comparé, Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises: colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre (Schulthess Polygraphischer Verlag, 1985).

24 Yargıtay 13. HD, T. 15.9.1994, E. 1994/6197, K. 1994/7587 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13hd-1994-6197.htm> son erişim tarihi 25.08.2018: "Gerçekte de, satım akdinde nef'i ve hasarın intikali denilince, akdin doğumundan sonra fakat ifasından önceki devrede şeyde hasıl olan tabii ve hukuki semereler ile şeye arız olan ve onun bozulması, kötüleşmesi, telef olması gibi sonuçlar yaratan zararlı hallerin alıcıya hangi andan itibaren geçmiş olacağı amaçlanır."

25 Edim hasarına "maddi edim hasarı" da denmektedir.

26 Luc Thévenoz, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-529 CO (Luc Thévenoz et Franz Werro Eds, 2ème Edition, Helbing Lichtenhahn 2012) art. 119 CO, para 3; Neumayer, Ming (n 15) 421, para 4;Akıntürk (n 5) 27; Eren (n 15) 49; Yavuz, Acar, Özen (n 5) 70; Nomer, Engin (n 4) 74; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 29-30.

27 Neumayer, Ming (n 15) 421, para 4; Nomer, Engin (n 4) 74.

Satılanın yok olması veya kötüleşmesine rağmen satıcının satılanı sözleşmeye uygun bir şekilde ifa zorunluluğu devam ediyorsa, yani sonradan gerçekleşen ve borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığında satılanın zarara uğrama riski satıcının üzerinde bırakılmışsa edim hasarı satıcıdadır. Öte yandan satıcının sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığı gerçekleştiğinde satıcı borçtan kurtuluyor ve kendisinden satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devretmesi veya satılanın mülkiyetinin devredememesi sebebiyle tazminat ödemesi istenemiyorsa bu durumda edim hasarı alıcıdadır. Belirtmek gerekir ki bu durumda satılan sigorta ettirilmişse söz konusu ifa imkânsızlığı riskinin gerçekleşmesi sonucu alıcının *ikame değer, kaim değer ya da surrogat* olarak kabul edilen sigorta parasını talep etme hakkı bulunduğu kabul edilmektedir[28]. Satılan kamulaştırılmışsa kamulaştırma bedeli ya da üçüncü kişinin fiiliyle zarara uğramışsa talep edilecek olan tazminat alacağı da bu durumda dürüstlük kuralının da haklı göstermesi durumunda *surrogat* olarak talep edilebilecektir[29].

b. *Karşı edim hasarı*. Karşı edim hasarı[30], satış sözleşmesinin kurulmasından ifasına kadar geçen süre içinde satılanın yok olması veya kötüleşmesi yani değerinin azalması sebebiyle ifanın sözleşme taraflarından herhangi birine atfedilemeyecek şekilde imkânsızlaşması sonucunda satıcının satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcunun kalkmasına rağmen satıcının karşı edimin ifasını talep edip edemeyeceği yani alıcının bedel borcunu ödemek zorunda olup olmaması tehlikesi ile ilgilidir[31]. Bu sebeple işin niteliği gereği karşı edim hasarı, ancak satış sözleşmesi gibi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olur[32].

Satış sözleşmesinde satılanın mülkiyetini devir borcu ile bedel ödeme borcunun bir *synallagma* yani karşılıklı değiş tokuş içerinde bulunmasının karşı edim hasarı ile edim hasarı açısından bazı sonuçları mevcuttur[33]. Karşı edim hasarının var olabilmesi için öncelikle edim hasarının var olması ve söz konusu edim hasarının alacaklı üzerinde olması yani satıcının borcundan kurtulması gerekmektedir[34]. Bu açıdan karşı edim hasarı, edim hasarının bir sonucudur[35]. Zira edim hasarının alıcıya değil satıcıya ait olması durumunda satıcı, imkânsızlaşan edimin yerine başka bir edimi ifa etmek zorunda olacağından bu durumda alıcı da kendi borcunu ödemek durumunda kalacaktır.

28 Belirtmek gerekir ki Fransız Medeni Kanunu m. 1303 ve BGB m. 285 aynı esası benimsemiştir. Belirtmek gerekir ki bu durumda edim hasarının alıcıda olması kuralı kaim değerin talep edilmesi karşısında uygulanmayacaktır. M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, vol 1 (16. Bası, Vedat Kitapçılık 2018) 562.

29 Oğuzman, Öz (n 26) 562.

30 Karşı edim hasarına "bedel hasarı" da denmektedir.

31 CR CO-I, Luc Thévenoz, art. 119 CO, para 11; Schwarz (n 14) 160; Akıntürk (n 5) 28; Eren (n 15) 49; Yavuz, Acar, Özen (n 5) 72; Nomer, Engin (n 4) 79; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 30.

32 Akıntürk (n 5) 28; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 30.

33 CR CO-I, Luc Thévenoz, art. 119 CO, para 10-11.

34 Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 30; Nomer, Engin (n 4) 79.

35 Tercier, Bieri, Carron (n 22) 127; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 30.

Satıcıya atfedilemeyen sebeplerle satılanın yok olması veya kötüleşmesi nedeniyle ifanın imkânsızlaşması durumunda, satıcı satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcundan kurtuluyor, buna rağmen bedel alacağını talep etme hakkını kaybetmiyorsa, diğer bir deyişle satılanın mülkiyetini devir hakkını kaybeden alıcı aynı zamanda satış bedelini ödeme tehlikesi ile karşı karşıya kalıyorsa karşı edim hasarı alıcıdadır. Öte yandan satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcundan kurtulan satıcı, buna mukabil bedel alacağını talep etme hakkını kaybediyorsa ya da satılanın mülkiyetini devir hakkını kaybeden alıcı, satış bedelini ödeme tehlikesi ile karşı karşıya kalmıyorsa karşı edim hasarı satıcıdadır. Ancak belirtmek gerekir ki satıcının sözleşmeye tamamen yabancı bir malı ifa olarak alıcıya sunması durumunda yani yabancı edimin ya da aliud ifanın söz konusu olduğu hallerde bu malın yok olması ya da kötüleşmesi hasar sorununa vücut vermez[36]. Esasen burada borcun hiç ifa edilmemesine bağlanan sonuçlar söz konusu olmalıdır.

B. Hasar Sorunun Farklı Hukuk Sistemlerindeki Çeşitli Çözüm Şekilleri

Çeşitli hukuk sistemleri incelendiğinde hasar sorunu üzerinde hasarın kime ait olduğu ve nasıl geçtiği konusunda temelde üç farklı çözüm yolu benimsendiği görülür[37]. Bu çözüm yollarından ilkinde hasar sözleşme taraflar arasında geçerli olarak kurulduğu andan itibaren alıcıya geçer. İkinci çözüm yolunda hasar sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu andan zilyetliğin devrine veya satılanın alıcıya teslimine kadar geçen süre içinde satıcıdadır. Bu durumda hasar zilyetliğin devri veya satılanın alıcıya teslimi ile alıcıya geçer. Üçüncü çözüm yolunda hasar, mülkiyetin devrine kadar satıcıda kalmakta, mülkiyetin devri ile beraber alıcıya geçmektedir.

1. Roma Hukuku'nda.

Roma Hukuku'nda satıcı beklenmedik halden (casus) gelen zararlardan sorumlu değildir. Dolayısıyla beklenmedik hal sonucunda satıcının kusuru olmaksızın mal yok olursa satıcı borcundan kurtulmaktadır[38]. Bu prensip "casus a nullo praestantur" (*beklenmedik hallerden kimse yükümlü olmaz*) şeklinde ifade edilmektedir. Dolayısıyla kusuru olmayan satıcı borcundan kurtulmaktadır. O halde Roma Hukuku'nda edim hasarına alıcı katlanmaktadır. Justinianus'un Corpus Juris Civile'sinden günümüze intikal eden[39] karşı edim hasarı için öngörülmüş prensip ise "periculum emptoris

36 Sevón (n 22) 201; Neumayer, Ming (n 15) 425, para 7.

37 Institutionnes 3.23.3, CCF art. 1583, Mecelle m. 262, CC art. 119, 185, BGB § 326, 446, Sale of Goods Act 1979 m. 20, Uniform Commercial Code-UCC § 2-509, § 2-510. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bknz: Bernd von Hoffmann, "Passing of Risk in International Sales of Goods", in Hoffman etar Sarcevic and Paul Volken (eds), International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures (Oceana 1986) 268ff.

38 Türkan Rado, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku (Filiz Kitabevi 2014) 95; Ziya Umur, Roma Hukuku Ders Notları (3. Bası, Beta Yayınevi 2010) 361; Belgin Erdoğmuş, Roma Borçlar Hukuku Dersleri (1.7.2012'de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yeni Bası, Der Yayınları 2014) 79; Nisim Franko, "Satım Akdinde Hasarın İntikali" (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1998) Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan 349, 349.

39 Schwarz, Alman Roma hukukçusu Franz Haymann'a atıfla Justinianus Hukuku'nda benimsenen bu prensibin Bizans döneminden kalma bir kural olduğunu savunmakta, interpolatio yoluyla değiştirilen bu hükmün aslında klasik dönemde

est" ya da " periculum ad emptorem pertinent" (*hasar alıcıya aittir*.) kuralı ile açıklanmaktadır[40]. Dolayısıyla satılanın zilyetliğinin devrine kadar geçen süre içinde beklenmedik hal sebebiyle satılanın yok olması sonucu satıcının malın zilyetliğini teslim borcundan[41] kurtulmasına rağmen alıcı, satış bedelini ödeme borcu altında olacaktır. Belirtmek gerekir ki çeşit satışlarında ise "genus non perit" (*nevi telef olmaz*) kuralı gereği ifa imkânsızlığı söz konusu olmayacaktır.

Çokça eleştirilmiş olan bu çözüm yolunun ratio legis'i, satıcının satış sözleşmesinin kurulmasından sonra satılanı yanında alıkoymasının kendisi için bir menfaat sağlamadığı yönündeki çıkarım ve alıcıyı bir an evvel satılanı teslim almaya yöneltme anlayışıdır[42]. Bu sebeple Roma Hukuku'nda ilk çözüm yolu benimsenmiş ve sözleşmenin kurulması ile birlikte karşı edim hasarının alıcıya geçeceği kararlaştırılmıştır. Belirtmek gerekir ki eBK da Roma Hukuku'ndan gelen bu prensibe sadık kalarak "periculum emptoris est" kuralını benimsemişti.

2. İsviçre Hukuku'nda.

CO art. 20/I'e göre sözleşmenin kurulmasından önce satılanın yok olması sebebiyle meydana gelen imkânsızlık halinde, neticelerini satıcının katlanacağı baştaki imkânsızlık sorunu meydana gelecektir[43]. Satılanın borcun ifasından sonra yok olması tehlikesine ise satılanın maliki haline gelmiş olan alıcı katlanacaktır[44]. CO art. 119[45] hükmüne göre ise edimin borçluya atfedilemeyen bir sebeple borcun ifasından önce imkânsızlaşması sonucunda borçlunun borcundan kurtulacağı, buna karşılık olarak da karşılıklı borç doğuran bir sözleşmede alacaklının da kendi edimini yerine getirmek zorunda olmayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla edim hasarına katlanan alıcı, satıcıya atfedilemeyen bir sebeple satılanın yok olması veya kötüleşmesi sonucunda hasara uğraması sebebiyle artık satıcıdan satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcunu yerine getirmesini talep edemeyecektir[46]. Ancak CO art. 119/III hükmü ile hasarın borcun ifasından önce alacaklıya yükletilmiş olduğu haller saklı tutulmuştur. Bu açıdan CO art. 119/I hükmü ile CO art. 185 hükmü birbirine

hasarın teslimden sonra alıcıya geçtiği hususunu düzenlediğini düşünmektedir. Schwarz (n 14) 163.

40 Schwarz (n 14) 160; Umur (n 35) 361; Rado (n 35) 95; Franko (n 35) 350; Yavuz, Acar, Özen (n 5) 70; Eren (n 15) 47; Sabri Şakir Ansay, "Menkul Mallarda Mülkiyetin ve Hasarın İntikali Hakkında Muhtelif Sistem Arasında Bir Mukayese" (1953) 1-4 AÜHFD 450, 455.

41 Roma Hukuku'nda satıcı satılanın mülkiyetini geçirme borcu altında almayıp satılanın rahat zilyetliğini alıcıya devretme borcu altındadır.

42 Ansay (n 37) 455; Tandoğan (n 15) 106.

43 Tercier, Bieri, Carron (n 22) 127.

44 ibid.

45 TBK m. 136 hükmünün mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki karşılığıdır.

46 CR CO-I, Luc Thévenoz, art. 119 CO, para 3; Tercier, Bieri, Carron (n 22) 128; Pierre Engel, Traité des obligations en droit suisse: Dispositions générales du CO (2ème Edition, Staempfli Editions SA 1997) 782.

sıkı sıkıya bağlıdır[47]. Zira CO art. 185/I[48], karşı edim hasarı açısından bir istisna getirerek karşı edim hasarının sözleşmenin kurulmasıyla beraber alıcıya geçeceğini kararlaştırmıştır[49]. Böylece İsviçre Kanun Koyucusu hasarın geçişinde sözleşmenin kurulması anını esas tutan ilk çözüm uyarınca, Roma Hukuku'nda da kabul edilen "periculum emptoris est" kuralına sadık kalmıştır[50]. Mülkiyetin nakli ile hasarın intikali birbirinden farklı bir hukuk mantığı ile düzenlenmiş ve hasarın intikal ettiği an sözleşmenin kurulması anına çekilmiştir[51].

Belirtmek gerekir ki edim hasarına CO art. 119 hükmü ile kabul edilen genel kural uyarınca alıcı katlanacak, satılanın satıcıya atfedilemeyen bir sebeple imkânsızlaşması neticesinde satıcı satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcundan kurtulacaktır. CO art. 185/I hükmü ile karşı edim hasarı açısından kabul edilen prensibe göre karşı edim hasarı, hazırlar arası bir sözleşme söz konusu ise doğrudan muhatabın kabul beyanıyla, hazır olmayanlar arasında bir sözleşme söz konusu ise, kabul beyanının önerene ulaşmasıyla alıcıya geçecektir[52]. CO art. 10/I hükmü uyarınca sözleşme, hükümlerini kabul beyanının muhataba gönderilmesi ile doğuruyor olsa da karşı edim hasarı, kabul beyanının önerene ulaşmasıyla alıcıya geçecektir[53]. Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu hüküm, satılanın yok olması sebebiyle ifa menfaati gerçekleşmemiş olan alıcıya, aynı zamanda satış bedelini ödeme mecburiyeti öngördüğü için oldukça eleştirilmektedir[54]. Bu sebeple söz konusu hükmün uygulama alanı, öğreti ve uygulama yoluyla getirilen istisnalarla oldukça genişletilmiştir[55].

Söz konusu istisnalar tarafların aksine bir anlaşma yapmış olmalarından, halin icabından, ferdileştirilmemiş cins borcunun telef olmayacağı kuralından veya mesafeli satışlarda hasarın satılanın ferdileştirilerek bağımsız taşıyıcıya devredilmesiyle geçeceği

47 Tercier, Bieri, Carron (n 22) 128; Engel, Dispositions générales (n 45) 783; Pierre Engel, Contrats de droit suisse: Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innomés (2ème Edition, Staempfli Editions SA 2000) 57.

48 eBK m. 183 hükmünün mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki karşılığıdır. Tandoğan'a göre söz konusu hüküm kaynağını Bizans Hukuku'ndan almaktadır. Tandoğan (n 15) 105.

49 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu kodifikasyonunda batıdaki kantonların Fransız sistemini, diğer kantonların Alman sistemini benimsemiş olması tartışılmış, neticede Roma Hukuku'nun getirdiği prensip üstün gelmiştir. CO art. 185 de Roma Hukuku'da kabul edilen "periculum emptoris est" kuralına sadık kalmıştır. 6098 sayılı TBK ise öğretide ifade edilen görüşler doğrultusunda mehaz İsviçre Kanunu'nda ve 818 sayılı eBK m. 183'te kabul edilmiş olan bu prensipten ayrılmıştır. Belirtmek gerekir ki söz konusu prensip İsviçre-Türk öğretisinde büyük eleştirilere konu olmuştur.

50 Tercier, Bieri, Carron (n 22) 129.

51 Mustafa Doğan, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın İntikali (1. Bası, Yetkin Basımevi 2016) 78.

52 CR CO-I, Silvio Venturi, Marie-Noelle Zen-Ruffinen, art. 185 CO, para 6.

53 ibid.

54 CR CO-I, Silvio Venturi, Marie-Noelle Zen-Ruffinen, art. 185 CO, para 4; Engel, Partie spéciale (n 46) 57; Arrêt du Tribunal Fédéral 128 III 370 <https://www.swisslex.ch/Doc/ShowDocView/3bdb31ed-84a8-4ab0-ba8c-e1f59178bba0?hitPos=1&source=find-redirect-from-single-hit&SP=2%7C1mofyt> son erişim tarihi 25.08.2018 ve kararda anılan yazarlar. İsviçre öğretisi, alıcının ancak malik olduğu ya da malik olması için satılanın zilyetliğinin kendisine devredildiği andan sonra ortaya çıkacak hasar riskine katlanmasının doğru olduğunu savunmaktadır. Söz konusu kararda da İsviçre Federal Mahkemesi hasar konusunda ana kuralın dar yorumlanması gerektiğini ve istisnalara daha geniş bir uygulama alanı tanınması gerektiğini savunmaktadır. Söz konusu görüş eBK döneminde Türk öğretisi tarafından da savunulmuştur.

55 CR CO-I, Silvio Venturi, Marie-Noelle Zen-Ruffinen, art. 185 CO, para 13ff.

kuralından yahut geciktirici koşula bağlı satışlarda hasarın koşulun gerçekleşmesiyle beraber alıcıya geçeceği kuralından ileri gelebilir[56]. CO art. 185/II uyarınca mesafeli satışlarda hasar, satılanın çeşit borcu olması durumunda ancak ferdileştirilmesi ve bağımsız bir taşıyıcıya devredilmesi durumunda alıcıya geçecektir.

3. Fransız Hukuku'nda.

Fransız Hukuku hasarın intikali bakımından üçüncü çözüm yolunu benimsemiş ve hasarın geçişini satılanın mülkiyetinin alıcıya nakline bağlamıştır. Dolayısıyla "res perit domino" (*hasar malikindir*.) veya "casum sentit dominus"[57] (*umulmayan halin neticelerine malik katlanır*.) prensibi benimsenmiştir[58]. Zira Roma Hukuku'ndan farklı olarak Fransız Hukuku'nda ayni bir etkiye sahip olan satış sözleşmesi neticesinde, parça satışında mülkiyet CCF art. 1583'e göre[59] tarafların satılan ve satış bedeli üzerinde anlaşmalarıyla birlikte sözleşmenin kurulması anında alıcıya geçmektedir. Böylece hasarın alıcıya geçmesi, mülkiyetin alıcıya geçmesinin doğal bir sonucu olmakta, malik haline gelen alıcı satılanın yok olması veya kötüleşmesi sebebiyle meydana gelecek zarar tehlikesine de katlanmaktadır[60]. CCF art. 1585 hükmüne göre satılanın bütünüyle değil sayılarak, ölçülerek ya da tartılarak satıldığı çeşit satışlarında; hasarın satılanın sayıldığı, ölçüldüğü veya tartıldığı anda alıcıya geçeceği öngörülmüştür[61] [62]. Bu açıdan CCF art. 1585, sözleşmenin kurulması anında satılanın belirli olmaması sebebiyle genel kuraldan ayrılmış ve çeşit satışlarında satılanın sözleşmeye özgülenerek belirli hale getirilmesini aramıştır. Dolayısıyla çeşit satışlarında satılanın yok olması veya kötüleşmesi sebebiyle hasar, satılanın borcun ifası için ayırt edilerek ferdileştirildiği

56 CR CO-I, Silvio Venturi, Marie-Noelle Zen-Ruffinen, art. 185 CO, para 13ff; Engel, Partie spéciale (n 46) 58; Tercier, Bieri, Carron (n 22) 131.

57 Belirtmek gerekir ki Latince olarak ifade edilen bu kural Roma dönemi hukukçuları tarafından değil daha sonraki hukukçular tarafından Latince formüle edilmiş bir kuraldır. Schwarz (n 14) 161.

58 Schwarz (n 14) 161; Tandoğan (n 15) 105; Franko (n 35) 350; Yavuz, Acar, Özen (n 5) 70-71; Eren (n 15) 47; Doğan (n 48) 71.

59 CCF art. 1583 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> son erişim tarihi 25.08.2018: "Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé." (Tarafların bedel ve satılan üzerinde anlaşmaları ile sözleşme tamamlanır ve mülkiyet kendiliğinden satıcıdan alıcıya geçer.)

60 Schwarz (n 14) 161; Tandoğan (n 15) 105; Franko (n 35) 350; Yavuz, Acar, Özen (n 5) 70-71; Eren (n 15) 47; Doğan (n 48) 71.

61 CCF art. 1585 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> son erişim tarihi 25.08.2018: "Lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées; mais l'acheteur peut en demander ou la délivrance ou des dommages-intérêts, s'il y a lieu, en cas d'inexécution de l'engagement." (Satılanın tamamının satılmadığı hallerde, satılan ağırlığına, sayısına veya ölçüsüne göre satılıyorsa satılan tartılana, sayılana ya da ölçülene kadar risk satıcıdadır. Bu durumda alıcı satılanın teslimini isteyebileceği gibi satıcının yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde tazminat talebinde de bulunabilir.)

62 Mecelle m. 262'de de Fransız Hukuku'nda olduğu gibi mülkiyetin sözleşmenin kurulması ile alıcıya geçmesi prensibi kabul edilmektedir. Tandoğan (n 15) 105; Yavuz, Acar, Özen (n 5) 71; Eren (n 15) 47; Franko (n 35) 350. Ayrıca bknz: Mecelle m. 262: "Bey'de kabz şart değildir". Ancak Mecelle'de m. 293'te sistemin özüne aykırı kabul edilebilecek bir kural benimsenmiş ve satılanın alıcıya teslimine kadar hasarın satıcıda kalacağı, satılanın telef olma riskinin ancak teslimle alıcıya geçeceği kararlaştırılmıştır. Ansay (n 37) 455. Bu açıdan öğretide birçok eserde Mecelle'de benimsenen sistem ile Fransız sisteminin aynı esasları benimsediği yönünde takdim edilen görüş tartışmaya açıktır. cf Tandoğan (n 15) 105; Yavuz, Acar, Özen (n 5) 71; Eren (n 15) 47; Franko (n 35) 350. Ayrıca bknz: Mecelle m. 293: "Mebi kable'l-kabz bayi'in yedinde telef olsa müşteri hakkında bir şey tertip etmeyip zararı bayi'a ait olur." Ancak Mecelle m. 236'da satılanın teslimine kadar geçen süre içinde meydana gelen yararın ise alıcıya ait olduğu kararlaştırılmıştır. Ayrıca bknz: Mecelle m. 236: "Bad-el akd ve kabl-el kabz mebi'de hâsıl olan semen ve ziyade müşteriye ait olur."

anda alıcıya geçecektir[63]. Bu durumda CCF art. 1585'te alıcının satılanın teslimini isteyebileceği ifade edilmiştir. O halde satıcı tarafından ferdileştirilerek sözleşmeye özgülenmeyen satılan, en geç satılanın alıcıya teslimi anında belirli hale gelecek ve hasar da satılanın mülkiyetiyle beraber alıcıya geçecektir.

Belirtmek gerekir ki İngiliz Hukuku'nda da mal satışını düzenleyen "Sale of Goods Act[64]" m. 20'ye göre hasarın geçişi sorunu, mülkiyetin alıcıya geçtiği ana göre çözümlenmiştir. Öte taraftan Fransız Hukuku'nda olduğu gibi "Sale of Goods Act" m. 17'ye göre tarafların mülkiyeti geçirmek hususunda anlaştıkları anda mülkiyet alıcıya geçmektedir. Bu açıdan İngiliz sistemi Fransız Kanun Koyucusu'nun düzenlediği sistemin aynısıdır[65].

4. Alman Hukuku'nda.

Alman Hukuku'nda karşı edim hasarının geçişi, satılanın alıcıya teslimi ile beraber gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla satılanın teslimine kadar geçen süre içinde karşı edim hasarına satıcı katlanmakta, teslim ile beraber satılanın yok olması veya kötüleşmesi riski alıcıya geçmektedir. Böylece ikinci çözümü benimseyen Alman Kanun Koyucusu "periculum emptoris est" kuralından tamamen ayrılmış, ayrıca hasarın geçişini mülkiyetin devri ile değil zilyetliğin devrinin bir türü olan "teslim" ile açıklamıştır. Alman Medeni Kanunu'nda yapılan 2002 reformu ile BGB § 275, imkânsızlık hallerini tek bir maddede düzenlemiş, ifa imkânsızlığının sübjektif veya objektif ya da sözleşmenin kurulmasından önce veya sonra olduğuna bakılmaksızın borcu sona erdireceği kuralına yer vermiştir[66]. O halde BGB § 275/I hükmü uyarınca edim hasarına alıcı katlanacak ve satılanın yok olması sebebiyle ifanın imkânsızlaşması halinde borç sona ereceği için alıcı satılanın zilyetlik ve mülkiyetinin kendisine devrini talep edemeyecektir[67]. Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu hüküm çeşit borçlarında ve para borçlarında uygulama alanı bulmayacaktır[68]. Dolayısıyla çeşit borçlarında "nevi telef olmaz." kuralı varlığını devam ettirecektir.

BGB § 275/IV hükmü ifa imkânsızlığının sonuçları bakımından BGB § 326 hükmüne atıf yapmaktadır. BGB § 326 hükmüne göre satılanın alıcıya teslimine kadar olan süre içinde satılanın satıcıya atfedilemeyen bir sebeple yok olması sonucu ifanın imkânsızlaşması halinde satıcı, karşı edim olan satış bedelinin ifasını talep edemeyeceği gibi şayet satış bedeli ifa edilmiş ise alıcı söz konusu miktarın kendisine

63 Yavuz, Acar, Özen (n 5) 71.

64 Sale of Goods Act 1979 < https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54> son erişim tarihi 25.08.2018.

65 Bridge (n 7) 193.

66 Serkan Ergüne, "Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları" (2004) İÜHFM 351, 353; Doğan (n 48) 72.

67 Belirtmek gerekir ki BGB § 285 hükmü gereği alıcı ifa imkânsızlığına rağmen borçlunun elde ettiği kaim değeri (surrogat) talep hakkına sahiptir. Bu durumda ifa imkânsızlığının sonuçlarını düzenleyen BGB § 275 hükmü uygulanmayacaktır. Ergüne (n 65) 365ff.

68 Ergüne (n 65) 353.

iadesini talep edebilecektir[69] [70]. Bu durumda satılanın alıcıya teslimine kadar geçen süre içinde satıcıya atfedilemeyen bir sebeple meydana gelen ifa imkânsızlığında karşı edim hasarına satıcı katlanmakta, edimini ifa mecburiyetinden kurtulması sebebiyle karşı edim alacağını da talep hakkını kaybetmektedir. BGB § 326 b. II/1 hükmüne göre alıcının satılanı kabulde alacaklı temerrüdüne düşmesi durumunda karşı edim hasarı malın teslimi gerekmeksizin alıcıya geçmekte, dolayısıyla alacaklı temerrüdünden itibaren malın satıcıya atfedilemeyen sebeplerle yok olması durumunda alıcı satış bedelini ödeme mecburiyeti altında olmaktadır[71].

BGB § 446 hükmü ise satış sözleşmesinde karşı edim hasarının alıcıya geçtiği anı düzenlemektedir. Söz konusu hükme göre karşı edim hasarı satılanın teslimi ile birlikte alıcıya geçmekte ve teslimle beraber satılanın yok olma veya kötüleşme tehlikesine alıcı katlanmaktadır[72]. BGB § 447 hükmü ise mesafeli taşılar açısından bir istisnaya yer vererek, "alıcının isteği üzerine" satılanın ifa yerinden başka bir yere götürülmesi durumunda karşı edim hasarının satılanın bağımsız bir taşıyıcıya devri ile alıcıya geçeceğini düzenlemektedir. Ayrıca söz konusu istisna BGB § 447/II hükmü uyarınca tüketici satışlarında uygulanmayacak ve tüketici satışlarında hasar, genel kurala uygun olarak satılanın alıcıya teslimi ile birlikte tüketiciye geçecektir. Çeşit satışlarında ise satılanın somutlaştırılarak sözleşmeye özgülenmesinden önce meydana gelebilecek olan satılanın yok olması veya kötüleşmesi tehlikesine satıcı katlanacak ve satılan bağımsız bir taşıyıcıya teslim edilebilse bile "genus non perit" kuralı uygulama alanı bulacaktır[73]. Ancak çeşit satışında satılanın somutlaştırılarak sözleşmeye özgülenmesi durumunda satılanı teslim etme borcu parça borcuna dönüşecek, satılanın somutlaştırılmaması durumunda ise satılan en geç alıcıya teslim anında sözleşmeye özgülenerek somutlaşacağı için teslim anında karşı edim hasarı da alıcıya geçecektir.

II. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın Alıcıya Geçişi

A. Genel Olarak

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması'nda (CISG) hasarın geçişi meselesi IV. Bölümde CISG m. 66-70 hükümlerinde düzenlenmiştir. CISG m. 66'da hasarın geçişinin temel sonucu

69 Ergüne (n 65) 372; Doğan (n 48) 74.

70 Reform öncesi düzenlemede BGB § 323 hükmünde ifanın imkânsızlaşmasından önce ifa edilen edimin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteneceği açıkça belirtilmişti. Yeni düzenlemede ise BGB § 326 hükmü sadece edimlerin iadesi kavramına yer vermektedir. Ancak bu iadenin kapsamının sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olacağı kabul edilmektedir. Ergüne (n 65) 272.

71 Ergüne (n 65) 373.

72 Schwarz (n 14) 161; Tandoğan (n 15) 105; Yavuz, Acar, Özen (n 15) 71; Eren (n 15) 47-48; Franko (n 35) 350.

73 Doğan (n 48) 74-75.

düzenlenmiş olup, CISG m. 67-69 hükümlerinde hasarın hangi anda intikal edeceği sorunu çözümlenmiştir. Son olarak CISG m. 70 hükmünde hasarın intikali sorunu ile sözleşmenin esaslı ihlali arasındaki bağlantı düzenlenmiştir.

Karşılaştırmalı hukuk penceresinden bakıldığında hasarın geçişi meselesini düzenleyen CISG hükümleri ile birçok hukuk sisteminin benzerlik içinde olduğu görülür. Hasar sorununun çözümünde mehaz İsviçre Borçlar Kanunu düzenlemesinden ayrılan TBK m. 208 hükmü ile düzenlenen karşı edim hasarının alıcıya geçiş prensipleri ile CISG m. 66-70 hükümleriyle düzenlenen milletlerarası taşınır mal satışlarında karşı edim hasarının alıcıya geçiş prensipleri, Alman Medeni Kanunu'nun karşı edim hasarının alıcıya geçiş düzenlemeleriyle paralellik arz etmektedir. Ayrıca Amerikan Yeknesak Ticaret Kanunu (The Uniform Commercial Code) § 2-509'da malların alıcı veya varsa taşıyan tarafından teslim alınmasıyla karşı edim hasarının alıcıya geçeceği öngörülmüştür. Bu açıdan da Amerikan Yeknesak Ticaret Kanunu, CISG'ın hasar hükümlerinin temel kaynağı olarak görülmektedir[74]. Dolayısıyla CISG hükümlerinin Alman, Türk ve Amerikan hukuk sistemleri açısından yakın ve paralel düzenlemeler sevk etmiş olması, CISG'ın söz konusu ülkelerde tatbikini kolaylaştırmaktadır.

CISG çerçevesinde hasar kavramının kapsamına hangi hallerin dâhil olduğu ise tartışmalıdır[75]. El koyma ve kamulaştırma gibi resmi müdahaleler bir görüşe göre[76] sigorta korumasının mevcut olmaması sebebiyle hasar kavramına dâhil edilmemekte ise de bizim de katıldığımız diğer görüşe göre Türk Borçlar Hukuku ile uyumlu olarak hasar kavramına dâhil edilmelidir[77]. Zira bu tür müdahaleler tarafların iradesinden bağımsız olarak ortaya çıkabilmekte olup, tarafların söz konusu resmi müdahaleye direnemeyecekleri, sözleşmenin kurulması esnasında da nazara alamayacakları belirsiz bir karakter ihtiva etmektedir[78]. Öte yandan taraflara atfedilemeyen sebeple satılanın alıcıya tesliminin imkânsız hale gelmesi hasar sorunu dâhilinde nitelendirilmektedir. Belirtmek gerekir ki resmi müdahalelerin öngörülebilir olduğu durumlarda satıcının gerekli önlemleri almaması, örneğin taşıma organizasyonunun mevcut risklere göre düzenlenmemesi ihtimalinde satılanın satıcının kusuru neticesinde yok olması durumu ile karşılaşılacağından esasen hasar sorunu meydana gelmeyecek ve satıcının tazminat yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Aynı şekilde

74 Bridge (n 7) 193.

75 Pascal Hachem, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi (Ingeborg Schwenzer ve Pınar Çağlayan Aksoy eds, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2015) 1079, para 6; Neumayer, Ming (n 15) 418, para 1; Schlechtriem, Butler (n 22) 165; Sylvain Bollé, "The Theory of Risks in the 1980 Vienna Sale of Goods Convention" (1999-2000) Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods 245, 247.

76 Schlechtriem, Butler (n 22) 165; Bollé (n 74) 274. Yazarlara göre ihracat yasakları ya da el koyma gibi herhangi bir devletin eyleminden kaynaklanan resmi müdahaleler, bu müdahalelere karşı sigorta korumasının olmaması ve ilgili tarafın söz konusu devlet müdahalesine karşı koyabilecek hukuki imkânlara sahip olması sebebiyle "risk" kavramı içerinden değerlendirilemez. Bollé'ye göre resmi müdahaleler ancak savaş esnasında bir düşman devlet tarafından gerçekleştirilen el koyma eylemleri söz konusu olduğu zaman risk kavramı dâhilinde değerlendirilebilir. Zira bu durum satılanın fiziksel olarak yok olması durumuyla eşdeğerdir. Ayrıntılı bilgi için bknz: Bollé (n 74) 274.

77 Neumayer, Ming (n 15) 418-19, para 1; Hachem (n 74) 1080, para 7.

78 Neumayer, Ming (n 15) 418-19, para 1.

satılanın çalınması riski, değer kaybına neden olabilecek her türlü bozulma ve olağan sayılabilecek değer azalmaları hasar kavramı içinde değerlendirilmelidir[79].

İhracat lisansının alınmasının söz konusu olduğu hallerde bu lisansın alınması satıcının teslimat yükümlülüğü kapsamında olacağından, lisansın alınmaması CISG m. 66 uyarınca bu durumdan satıcı sorumlu olacaktır[80]. Satıcının sorumluluktan kurtulması ise CISG m. 79 uyarınca söz konusu olabilecektir. Ancak öngörülemeyen şekilde yürürlüğe girmiş olan ithalat ve ihracat yasakları resmi müdahaleler kapsamında değerlendirilerek, hasar sorunu kapsamına dâhil edilebilmelidir.

CISG 66-70 hükümleri hasar sorununa, karşı edim hasarı açısından bir çözüm geliştirmektedir. Bu hükümler uyarınca karşı edim hasarı kendisine geçen alıcı, satıcının CISG m. 30 uyarınca teslim yükümlülüğünü veya CISG m. 58/I uyarınca malların taşıyıcının tasarrufuna hazır bulundurma yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle satış bedelini ödemekten kaçınamaz[81]. Alıcı hasar sorunun söz konusu olduğu hallerde sözleşmenin esaslı ihlalini ileri sürerek CISG m. 25 uyarınca sözleşmeden dönemez ya da CISG m. 81 uyarınca sözleşmenin ortadan kaldırılmasını talep edemez. Satıcı yine aynı durumda malın kötüleştiğini ileri sürerek bedelin indirilmesini isteyemez. Diğer taraftan, hasarın alıcıya intikalinden sonra alıcı CISG m. 79 uyarınca satılanın yok olmasının kendi denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ileri sürerek satış bedelini ödemekten kurtulamaz. Hasarı üstelenen alıcının satılanın yok olmasını ileri sürerek sözleşme ilişkisini sona erdirememesi yahut satılanın kendisine teslim edilmemiş olmasına rağmen satış bedelini ödemekten kaçınamaması sebebiyle bu gibi durumlarda öğretide hasar doktrinin CISG'da düzenlenen diğer kurallarının önüne geçtiğinden bahsedilmektedir[82]. Zira satılanın yok olması veya kötüleşmesi riskine alıcı katlanmakta ve risk gerçekleşmiş olduğu için de alıcı diğer hukuki imkânlara başvurma şansını kaybetmektedir.

CISG m. 66'da[83] hasarın geçmesinden sonra malların zayi olması veya zarar görmesinin alıcıyı semeni ödeme borcundan kurtarmayacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm genel olarak karşı edim hasarının alıcıya intikalinin sonuçlarını öngörmektedir. O halde CISG m. 67 ve devamı hükümlerine göre karşı edim hasarının alıcıya geçmesinden sonra satılanın yok olması veya kötüleşmesi durumunda alıcı yine de satış bedelini ödeme borcu altında olacaktır. CISG m. 66 hükmünde ziya ve zararın satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanması durumu bir istisna

79 Neumayer, Ming (n 15) 418, para 1.

80 Hachem (n 74) 1081, para 10.

81 Neumayer, Ming (n 15) 419, para 2; Bridge (n 7) 196.

82 Bridge (n 7) 197.

83 CISG m. 66'da "Hasarın alıcıya geçmesinden sonra malların zayi olması veya zarar görmesi, alıcıyı semeni ödeme yükümlülüğünden kurtarmaz" denildikten sonra "Meğerki, ziya veya zarar satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklansın" denilerek hasara taraflardan birinin sebebiyet verdiği durumların sanki hasar sorunu kapsamında değerlendirilebileceği intibaı uyandırılmıştır. Ancak "hasar" yahut "risk" kavramı yukarıda açıklandığı üzere hukuki olarak taraflara atfedilemeyen bir sebeple satılanın yok olması veya kötüleşmesi ihtimalini ifade etmektedir.

olarak öngörülmüştür. Esasen satılanın yok olması veya kötüleşmesi durumunun satıcının bir fiilinden ileri geldiği durumlarda hasar sorunundan bahsedilemeyeceği için bu durumun gerçek bir istisna teşkil ettiğinden söz edilemez. Esasen ziya veya zararın satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı durumlarda bir sözleşme ihlalinden bahsedilecek ve alıcı CISG'da kendisine tanınan hukuki çarelere başvurma imkânı elde edecektir.

O halde hasar sorunun söz konusu olduğu hallerde satılanın taşıma esnasında satıcıya atfedilmeyen bir olay sonucu mu hasara uğradığı, yoksa satıcının borcunu sözleşmeye uygun ifa etmemesi sonucu mu kötüleştiği sorusunun cevaplandırılması önem arz etmektedir[84]. Bu açıdan alıcı ve satıcının ispat yükünü yerine getirmesi gerekmektedir[85]. Bu gibi durumlarda GAFTA Standart Sözleşmesinde olduğu gibi satıcıya, malı taşıyıcıya teslim etmeden önce satılanının muayene edilmesi yönünde bir külfet yüklenmesi önerilmektedir[86].

B. Mesafeli Satışlarda (Gönderilecek Borçlarda) Hasar Sorunu

CISG m. 67/I hükmü bütün dünyada genel bir prensip olarak kabul eden taşıma esnasındaki risklere alıcının katlanması gerektiği kuralını düzenlemektedir. Bu hükme göre satım sözleşmesi malların taşımasını gerektiriyorsa ve satıcı malları belirli bir yerde alıcıya teslim etmeye mecbur değilse hasar, malların alıcıya ulaştırılması amacıyla satım sözleşmesine uygun olarak ilk taşıyıcıya verilmesi ile birlikte alıcıya geçecektir. Zira satılan üzerindeki hâkimiyet ve gözetimini sona erdiren satıcının değil satılanı teslim alacak olan alıcının meydana gelecek olan hasarlardan sorumlu tutulması amaçlanmış, ayrıca alıcı açısından söz konusu hasar sebebiyle taşıyıcı ile hesaplaşmak daha kolay ve pratik olduğu için alıcının satılanın taşıyıcıya teslimi ile birlikte karşı edim hasarını üsteneceği öngörülmüştür[87]. Belirtmek gerekir ki söz konusu hükmün uygulanması CIF, FOB ya da Incoterms[88] gibi kayıtların sözleşmelere eklenmesi suretiyle bertaraf edilebilmektedir[89].

CISG m. 67/I c. 3 hükmünde belirtildiği üzere satıcının malları temsil eden belgeleri alıkoyma hakkı olsa da bu durum hasarın intikaline etki etmeyecektir[90]. Bu belgeler tasarruf yetkisi veren belgeler olabileceği gibi daha sınırlı yetkiler veren

84 Bridge (n 7) 198; Schlechtriem, Butler (n 22) 168-69; Neumayer, Ming (n 15) 425, para 6.

85 Yargıtay'a göre satılanın sözleşmeye uygun bir şekilde taşıyıcıya teslim edildiğini ve meydana gelen hasarın satılanın taşıyıcıya devrinden sonra oluştuğunu ispat yükü satıcıdadır. Karar için bknz: Yargıtay 13. HD, T. 5.7.2004, E. 2004/1640, K. 2004/10820 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13hd-2004-1640.htm> son erişim tarihi 25.08.2018: "Ne var ki, satıcı samanları vagonlara ayıpsız ve hasarsız olarak teslim ettiğini, samanların çürümesi ve hayvan yemi olma özelliğini kaybetmesinin vagona yüklendikten sonra oluştuğunu kanıtlamalıdır. Mahkemenin samanlardaki çürümenin vagona teslimden önce meydana geldiğini ispat yükümlülüğünün davacıda olduğunun kabulü doğru değildir."

86 Bridge (n 7) 198.

87 Hachem (n 74) 1090, para 5.

88 Güncel Incoterms listesi için bknz: < http://www.iccwbo.org> son erişim tarihi 25.08.2018.

89 Schlechtriem, Butler (n 22) 167; Neumayer, Ming (n 15) 420, para 3.

90 Schlechtriem, Butler (n 22) 167-68; Neumayer, Ming (n 15) 433-34, para 7; Sevón (n 22) 201; Hachem (n 74) 1097, para 27.

belgeler de olabilir. Söz konusu bu hüküm, hasarın intikalinin mülkiyetin devrinden bağımsız düzenlediği CISG sisteminde açısından da oldukça mantıklıdır[91]. Belirtmek gerekir ki şayet satıcı malları alıkoyma hakkına sahipse bu durum belgeleri alıkoyma durumundan farklıdır. Esasen satılan satıcının hâkimiyetinde kalacağı için satılanın alıkoyulduğu durumlarda hasar alıcıya geçmeyecektir.

Karşı edim hasarının satılanın taşıyıcıya teslimi ile birlikte alıcıya geçmesi için satılanın taşınmasının gerekli olması, bağımsız bir taşıyıcının mevcut olması, satılanın taşıyıcıya verilmesi ve satılanın somutlaştırılması gerekmektedir.

1. Satılanın taşınmasının gerekli olması.

CISG m. 67/I'e göre satım sözleşmesinin malların taşınmasını gerekli kılması, hasarın alıcıya geçişi için ilk koşul olarak karşımıza çıkmaktadır. O halde hasarın satılanın taşıyıcıya teslimi ile birlikte alıcıya geçmesi için mevcut olayda bir mesafeli satıştan yahut bir gönderilecek borcun varlığından bahsetmek gerekmektedir[92]. Ayrıca bu husus CISG m. 67/I'de satıcının malları belirli bir yerde vermeye mecbur olmaması şeklinde de ifade edilmiştir. Zira satıcı malları belirli bir yerde alıcıya vermeye mecbur ise bu durumda bir gönderilecek borçtan değil götürülecek borçtan bahsedilecektir[93]. Bu durumda karşı edim hasarı satılanın taşıyıcıya teslimi ile değil CISG m. 69 uyarınca satılanın alıcıya teslimi ile geçecektir[94]. Ayrıca CISG m. 31'de satıcının malların teslimi yükümlülüğü, malların belirli bir yerde teslimi gerekli değilse ve satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa ilk taşıyıcıya vermek şeklinde düzenlenmiştir. Dolayıyla CISG m. 67/I uyarınca hasarın geçişi için satıcının teslim yükümlülüğünü satılanın taşıyıcıya teslimi ile ifa ettiği bir durum mevcut olmalıdır. Bu durumun mevcut olup olmadığının tespitinde ise masraflara hangi tarafın katlandığı, taşıma için organizasyon yükümlülüklerinin hangi tarafın üzerinde olduğu ya da satılanın sigorta ettirilmesi yükümlülüğünün hangi tarafa yüklendiği gibi hususlar önem kazanacaktır[95].

CISG m. 67/I hükmünün ikinci cümlesinde de açıkça ifade edildiği üzere satıcının malları belirli bir yerde taşıyıcıya vermesi gerekiyorsa malların o yerde taşıyıcıya verilmesine kadar hasar alıcıya geçmeyecektir[96]. Bu durumda söz konusu hüküm, hasarın taraflar arasında dağıtılmasını öngörmektedir[97]. Ancak belirtmemiz gerekir

91 Schlechtriem, Butler (n 22) 167-68; Neumayer, Ming (n 15) 433-34, para 7; Sevón (n 22) 194; Hachem (n 74) 1097, para 27; Zeytin (n 98) 224-25.

92 Neumayer, Ming (n 15) 433, para 6; Hachem (n 74) 1091, para 9.

93 Neumayer, Ming (n 15) 433, para 6.

94 Schlechtriem, Butler (n 22) 167; Neumayer, Ming (n 15) 427, para 2.

95 Hachem (n 74) 1091, para 10.

96 Örneğin FOB (free on board) Hamburg şeklinde bir kayıt öz konusu olduğu hallerde hasar, satılanın Hamburg limanında gemiye yüklenmesine kadar alıcıya geçmeyecektir. Ayrıntılı bilgi için bknz: Schlechtriem, Butler (n 22) 167; Neumayer, Ming (n 15) 430, para 5.

97 Schlechtriem, Butler (n 22) 168; Hachem (n 74) 1096, para 22.

ki son tahlilde satılanın belirlenen bir yerde taşıyıcıya teslimden önce mi yoksa taşıma esnasında mı hasara uğradığının tespitinde ispat yükü uyuşmazlıkta belirleyici olacaktır. CISG m. 67/I c. 2 hükmü, sözleşmeye eklenen CIF Rotterdam benzeri kayıtlar nedeniyle CISG m. 6[98] uyarınca uygulanmayacak olsa da getirilen bu kayıtlar söz konusu hükümle paralellik arz etmektedir. Zira bu kayıtların varlığı halinde de belirlenen limanda satılan taşıyıcıya teslim edilene kadar hasar satıcıda kalmakta, ancak bu andan sonra alıcıya geçmektedir.

2. Bağımsız bir taşıyıcının mevcut olması.

Karşı edim hasarının satılanın taşıyıcıya teslimi ile alıcıya geçmesi için bağımsız bir taşıyıcının mevcut olması gerekmektedir[99]. Dolayısıyla satıcının işçileri veya bağlı şirketleri ancak ifa yardımcısı sayılabilecek ve ifa yardımcıları bağımsız bir taşıyıcı olamadığı için hasarın ancak CISG m. 69 uyarınca satılanın alıcıya teslimi ile geçmesi mümkün olacaktır[100]. Taşıma şirketinin satıcının bir iştiraki ya da bağlı kuruluşu olduğu durumlarda[101] ise satıcı şayet talimat verme hakkını kullanmak suretiyle satılan üzerindeki fiili hâkimiyetini devam ettirebiliyorsa bu durumda bağımsız bir taşıyıcıdan bahsetmek mümkün olmayacaktır[102].

Bu durumda tespit edilmesi gereken sorun satıcının bizzat kendisinin ya da ifa yardımcılarının taşıma zincirinin daha sonraki halkalarında taşıyıcı olarak ortaya çıkması durumunda hasarın intikal edip etmeyeceği hususudur. Bu durumda bağımsız ilk taşıyıcıya teslimle alıcıya geçen hasarın satıcıya "geri intikali sorunu" ile karşılaşılmış olmaktadır. Bizim de katıldığımız baskın görüşe göre satıcının satılanın ilk taşıyıcıya tesliminden sonra taşıma halkasına dâhil olması durumunda hasar, tekrar satıcıya intikal edecektir[103]. Aksi halde satıcının satılanı ilk taşıyıcıya teslim ettikten sonra tekrar taşıma zincirine dâhil olması yoluyla kanuna karşı hile (*in fraudem legis*) yapılmasının önü açılmış olacaktır. Hükmün *ratio legis*'i de satıcının satılan üzerinde gözetim ve hâkimiyetini sona erdiği taşıma esnasında hasara katlanmaması gerektiği üzerine kurulur. Ancak mevcut durumda hasarın geri intikali reddedilecek olursa, örneğin satıcının sahibi olduğu taşıma şirketi

98 CISG m. 6'ya göre "Taraflar, bu Antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler". Söz konusu hükme göre Anlaşma'nın uygulama alanına giren durumlarda (CISG m. 1-5 ve 100'de ifade edilen şartların karşılanması durumunda) taraflar CISG hükümlerinin uygulanmasını istemiyorlarsa CISG'ın uygulanmayacağını kararlaştırabilirler, CISG'da yer alan kuralların yerine geçecek başka kurallar koyabilirler ya da çeşitli eklemelerde bulunabilirler. CISG m. 6 konusunda detaylı bilgi için bknz: Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, CISG m. 6-7, (Ingeborg Schwenzer ve Pınar Çağlayan Aksoy eds, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2015) 241ff, para 2ff; Schlechtriem, Butler (n 22) 18ff.

99 Schlechtriem, Butler (n 22) 168; Bridge (n 7) 202; Neumayer, Ming (n 15) 430-31; Hachem (n 74) 1092, para 12; John O. Honnold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention (3rd ed. Kluwer Law International, The Hague 1999) 399; Zafer Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku (1. Bası, Seçkin Yayıncılık 2011) 255.

100 Schlechtriem, Butler (n 22) 168; Hachem (n 74) 1096, para 22.

101 Satıcının kendi çalışanlarını nakliye için görevlendirdiği durumlarda da satılan bağımsız bir taşıyıcıya devredilmişse hasarın yine de alıcıya geçtiği kabul edilmelidir. Ancak bu durumda satıcının hukuken zarardan sorumlu olmaması için hasarı meydana getiren olayın satıcının çalışanlarına atfedilememesi gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bknz: Schlechtriem, Butler (n 22) 168.

102 Schlechtriem, Butler (n 22) 168; Neumayer, Ming (n 15) 430-31, para 4; Hachem (n 74) 1093, para 14.

103 Hachem (n 74) 1092, para 13. Aksi görüşte: Zeytin (n 98) 226.

tarafından malların ilk taşıyıcıdan sonra taşınmaya başlanması durumunda satıcı gözetim imkânına sahip olduğu gibi satılan üzerinde hâkimiyetini muhafaza edecek, ancak hasar riskine katlanmaktan kurtulacaktır. Bu durum ise CISG m. 67 hükmü uyarınca getirilen temel menfaatler dengesine aykırıdır.

Satılanın bir taşıyıcı dışında bir taşıma komisyoncusuna[104] veya aracısına ya da nakliyeciye teslim edildiği durumlarda[105] ise bir görüş uyarınca satılanın söz konusu nakliyeciye teslimi ile birlikte hasar da alıcıya geçer[106]. Ancak bizim de katıldığımız diğer görüş uyarınca CISG, hasarın geçişi için bir taşıma aracısını değil bizzat taşıma işini gerçekleştirecek olan taşıyıcıya teslimi öngördüğü için hasar taşıma aracısına değil taşıyıcıya teslimle birlikte alıcıya geçmelidir[107]. Öğretide ifade edilen karma görüşe göre ise hasarın alıcıya geçmesi için satılanın devredildiği taşıma aracısının ya da nakliyecinin bağımsız olarak hareket edebilmesi gerekmektedir[108]. Bu bağımsızlığın da özellikle komisyon sözleşmesini düzenleyen ülke kanunları tarafından öngörülmesi gerekmektedir[109]. Özellikle komisyoncunun taşıyıcı olarak nitelendirilememesi, satıcının hesabına hareket etmesi ve çoğu zaman satıcıyı temsil ederek onun adına ve hesabına taşıma sözleşmesi akdetmesi gibi durumlar göz önünde bulundurulduğunda hasarın taşıma komisyoncusuna değil taşıyıcıya teslimle alıcıya geçmesi menfaatler dengesine daha uygun düşecektir[110].

Bağımsız bir taşıyıcının mevcut olduğu durumlarda karşı edim hasarı satılanın satıcı tarafından ilk taşıyıcıya teslim edilmesi ile birlikte alıcıya geçecek, taşıma esnasında taraflara atfedilemeyen bir sebeple satılanın yok olması veya kötüleşmesi durumunda alıcının bedel ödeme borcu devam edecektir.

3. Satılanın taşıyıcıya verilmesi.

CISG m. 31/a satıcının teslim yükümlülüğünü düzenlemesine rağmen CISG m. 67/I malların ilk taşıyıcıya verilmesinden bahsetmektedir. Bu durum CISG çerçevesinde

104 Taşıma komisyoncusu, öğretide ücret karşılığında kendi adına ve müvekkil hesabına eşya taşımayı yükümlenmiş kişi olarak tanımlanmaktadır. Taşıma Komisyonculuğu için bknz: Tercier, Bieri, Carron (n 22) 777; Tandoğan (n 15) 382.

105 Söz konusu ihtimal, CISG metninde çözüme kavuşturulmadığı gibi, görüşmeler esnasında da tartışılmamıştır. Bknz: Neumayer, Ming (n 15) 428, para 3

106 Schlechtriem, Butler (n 22) 167.

107 Schönle (n 15) 278; Hachem (n 74) 1093, para 15; Zeytin (n 98) 225.

108 Neumayer, Ming (n 15) 429, para 3.

109 ibid.

110 Schönle (n 15) 278; Neumayer, Ming (n 15) 428, para 3. Yazar özellikle İtalyan Medeni Kanunu m. 1741, Alman Ticaret Kanunu m. 412 ve yine Avusturya Ticaret Kanunu m. 412'de taşıma komisyoncusuna satıcıyı temsil etme ve onun adına satılanı taşıyıcıya teslim etme benzeri haklar tanındığını ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bknz: Neumayer, Ming (n 15) 428, para 3. Belirtmek gerekir ki Avusturya Ticaret Kanunu m. 412'de taşıma komisyoncusunun satıcıyla aynı hak ve yükümlülüklere haiz olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca mehaz İsviçre Borçlar Kanunu m. 439'da taşıma komisyoncusunun kendi adına ve satıcı-müvekkil hesabına malları göndermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. TBK 546/III'te taşıma komisyonculuğu hakkında özel hükümlerin saklı olduğu ifade edilmektedir. O halde TBK 546/III uyarınca taşıma komisyonculuğu sözleşmesine özel hükümler öncelikle uygulanacak, daha sonra TBK'daki komisyon sözleşmesine ilişkin hükümler ve vekâlet sözleşmesi hükümleri tamamlayıcı olarak uygulanacaktır. Söz konusu hükümler ise komisyoncunun bağımsız olarak hareket etme imkânının bulunmadığını doğrulamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bknz: Tandoğan (n 15) 382.

düzenlenmemiş olan zilyetlik ve mülkiyet gibi konulara girilerek çeşitli tartışmaların önüne geçilmesinin amaçlanması şeklinde açıklanmaktadır. Dolayısıyla malların taşıyıcıya verilmesi kavramı basit yorumlanmalı ve "fiili hâkimiyetin taşıyıcı lehine satıcı tarafından terk edilmesi" şeklinde ifade edilmelidir[111].

CISG m. 67/I'de malların "satış sözleşmesine uygun olarak verilmesi" gerektiği ifade edilmiştir. Bu hükümden anlaşılması gereken husus, satılanın nitelik olarak sözleşmeye uygun yani ayıpsız olması değil, satılanın taşınmasının satış sözleşmesi çerçevesinde borçlanılmış olması yani sözleşmesel olarak bir mesafeli satımın bulunmasıdır[112]. Ayrıca Konvansiyon, taşıma türleri arasında da bir ayrıma gitmeyerek bütün taşıma türleri açısından CISG m. 67 hükmünü sevk etmiştir[113]. Ayrıca belirtmek gerekir ki satılanın ifa zamanından önce alıcıya sunulması yani erken ifanın söz konusu olması durumunda alıcı, ifa zamanından önce satılanı ifa olarak kabul edip teslim alırsa hasar, satılanın taşıyıcıya teslimi ile birlikte alıcıya geçmiş sayılacaktır[114]. Ancak alıcı erken ifayı kabul etmezse bu durumda ifa zamanına kadar satılanın zarara uğrama riski satıcı üzerinde kalacaktır[115].

Belirtmek gerekir ki satılanın taşıyıcıya verilmesi ifadesinden istiflemenin değil yüklemenin kast edildiği anlaşılmalıdır.[116] Ancak yine de Incoterms kurallarının sözleşmeye dâhil edildiği durumlarda hasarın alıcıya geçiş anı daha açık bir şekilde tespit edilebilmektedir[117].

4. Satılanın somutlaştırılması.

CISG m. 67'e göre üzerlerindeki ayırt edici işaretler, taşıma belgeleri, alıcıya yapılacak bildirim veya diğer herhangi bir yolla satılan açıkça sözleşmeye tahsis edilmediği sürece hasar alıcıya geçmeyecektir[118]. Bu açıdan satılanın somutlaştırılması, satıcının söz konusu malları bir sözleşmeye tahsis ederek o sözleşmeden kaynaklanan borcunun ifasında sözleşmeye özgülediği malları kullanma niyetini davranışlarıyla açıkça ortaya koymasını ifade eder[119]. Satılanın somutlaştırılması ile ilgili CISG m. 32/I[120] ve m. 69/III ile söz konusu hüküm birlikte değerlendirildiğinde cins borçları için "satılanın somutlaştırılması prensibi" CISG

111 Neumayer, Ming (n 15) 427-28, para 2; Hachem (n 74) 1094, para 17.

112 Sevón (n 22) 201; Hachem (n 74) 1097, para 27.

113 Schlechtriem, Butler (n 22) 167; Hachem (n 74) 1095, para 19.

114 Neumayer, Ming (n 15) 434, para 9.

115 ibid.

116 Hachem (n 74) 1095, para 20.

117 Örneğin CIF ve FOB satışlarda hasarın geçişi için satılanın gemiye yüklenmesi gereklidir. Satılanın gemiye yüklenirken küpeşteyi geçmesi "yükleme" anlamına gelmektedir.

118 Schlechtriem, Butler (n 22) 168; Neumayer, Ming (n 15) 435, para 10; Hachem (n 74) 1097, para 29.

119 Bridge (n 7) 207.

120 CISG m. 32/I'e göre "Satıcı, sözleşmeye veya bu Antlaşmaya uygun olarak, malları bir taşıyıcıya vermiş ancak mallar, üzerlerine ayırt edici bir işaret konulmak suretiyle, taşıma belgeleriyle veya başka herhangi bir şekilde açıkça sözleşmeye tahsis edilmemişse, satıcının göndermeyi alıcıya bildirmesi ve malları özel olarak belirlemesi gerekir."

m. 7/II[121] kapsamında anlaşmanın temelinde yatan bir genel ilke teşkil etmektedir[122]. Zira satılanın yok olması veya kötüleşmesi sebebiyle meydana gelen hasarın sözleşmenin ifasını etkileyip etkilemediğinin bilinebilir olması gerekmektedir. Söz konusu hükmün ihdas edilmesindeki amaç, riskin gerçekleşmesi sebebiyle ifa beklentisi tehlikeye düşmüş olan alıcının kimliğinin satıcının tek taraflı takdirine bırakılmasının hakkaniyete aykırı olması ve satıcının malları yok olan veya kötüleşen alıcıyı kötü niyetle belirlemesinin önüne geçilmesi şeklinde ifade edilebilir[123]. Bu açıdan satılanın sözleşmeye özgülenmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerektiğinden söz edilebilir: "ayırt edilebilir ve somut bir şekilde satılanın nitelendirilmesi" ve "bu nitelendirmenin alıcıya bildirilmesi"[124]. Belirtmek gerekir ki malın somutlaştırılması için madde metninde ifade edildiği üzere satılanın somutlaştırılarak sözleşmeye tahsis edildiğini gösteren herhangi bir yol yeterli görülmüştür.

Dökme yük (*bulk cargo*) ya da toplu taşıma[125] durumlarında ise satılanın somutlaştırılması hususu önem arz etmektedir. Dökme malların tank, silo veya geminin boş alanlarında taşındığı bu taşımacılık yönteminde satılanın ne zaman ve ne şekilde tam anlamıyla somutlaşacağı tartışmalıdır. Bu konuda öğretide birçok görüş ifade edilmiştir. Öğretide satılanın fiziksel olarak ayırt edilmesi gerektiği[126] ya da satılanın taşıyıcıya teslimle sözleşmeye tahsis edilmiş olduğu ve yükleme sırasında ya da sonrasında malın diğer mallarla karışması durumunda ayrıca bir somutlaştırılmaya ihtiyaç duyulmadığı[127] ifade edilmiştir. Diğer bir görüş ise öğretide bir alıcıya yapılacak olan bir bildirimle malların ayırt edilmiş sayılacağını

121 CISG m. 7/II'ye göre "Bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir." CISG'ın kapsamına giren konularda ilişkin soruların CISG'da cevaplanmamış olması durumunda bir anlaşma içi boşluktan söz edilir. Söz konusu kural anlaşma içi boşlukların nasıl doldurulacağını düzenlemektedir. CISG m. 7/II'ye göre anlaşma içi boşluk Anlaşma'nın temelinde yatan genel ilkelere yani yeknesak kurallara göre çözümlenecektir. Öte yandan sorunun bu şekilde çözümlenememesi durumunda yargı yetkisine sahip olan yerin kanunlar ihtilafı kurallarınca belirlenmiş olan ulusal hukuk hükümlerine başvurularak boşluğun doldurulmasına çalışılır. Bu açıdan hasarın geçişi için satılanın sözleşmeye tahsis edilmesi gerektiği hususu da öğretide anlaşmanın temelinde yatan genel ilke olarak değerlendirilmektedir. Bknz: Schwenzer, Hachem (n 95) 273ff, para 27ff; Schlechtriem, Butler (n 22) 66.

122 Hachem (n 74) 1097, para 29. Söz konusu bu prensibin İsviçre, Alman ve Fransız Hukuk sistemleri için de geçerli olduğuna değinmişti.

123 Neumayer, Ming (n 15) 435, para 10.

124 ibid.

125 Örneğin buğday, yağ, petrol veya doğal gibi mallarda toplu taşıma usulü sıkça kullanılmaktadır. Bknz: Neumayer, Ming (n 15) 436, para 12.

126 Sevón (n 22) 202. Yargıtay bir kararında satılanın ölçülmek, sayılmak veya tartılmak suretiyle (fiziksel olarak) ayırt edileceğini savunmuştur. Karar için bknz: Yargıtay 13. HD, T. 15.9.1994, E. 1994/6197, K. 1994/7587: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13hd-1994-6197.htm> son erişim tarihi 25.08.2018 "Sözleşmede de görüldüğü şekilde, tarafların mahsulün miktarı üzerinden bir anlaşmaları mevcut değildir. Yine akdin kuruluşu sırasında fiilen ayırdedilmiş ve akde tahsis olunmuş belirli bir mahsül de bulunmamaktadır. Bir anlamda; taraflar arasında nev'i (çeşit) satımı kurulmuştur. Nev'i borcu ferden değil sadece cins ve miktar itibariyle belirtilmiş olan edimlerdir. Bir edimin nev'i borcu) sayılabilmesi için cins ve miktarının tayini yeterli ise de bu cins bir şeyin satım aktine konu olması halinde nef'i ve hasarın alıcıya intikali için; akdin in'ikadı yetersizdir. Ayrıca BK.m.183/II uyarınca satılanın ayırdedilmiş olması gerekir. Ayırdetmeden maksat, satılan şeyin; cinsine göre "ölçülmek, sayılmak veya tartılmak suretiyle akde tahsis edilmesidir. İşte ayırdetme suretiyle akde tahsis etme işlemi akdin in'ikadı ile birlikte yapılmışsa, nefi ve hasar da akdin kuruluşu tarihinden itibaren alıcıya geçer, fakat akdin kuruluşundan sonra yapılacak ise, nef'i ve hasarın alıcıya intikali de o işlemin yapılması tarihinde vucut bulur."

127 Bu görüş için bknz: Bridge (n 7) 207.

savunmaktadır[128]. Bu durumda toplu göndermenin yöneldiği bütün alıcılar bir risk ortaklığı oluşturacak, satılanın kısmen veya tamamen yok olması veya kötüleşmesi durumunda söz konusu risk pro-rata dağıtılarak hasar orantısal olarak alıcılar arasında bölüştürülecektir[129]. Öte yandan öğretide CISG m. 67'de ifade edildiği üzere satılanın somutlaştırılarak sözleşmeye tahsis edilmesinin, satılanın fiziksel olarak ayırt edilmesi, satılanı temsil eden belgelerde ya da taşıma belgelerinde ayırt etmenin gerçekleştirilmesi yahut alıcıya bildirimde bulunulması yollarından herhangi biriyle yapılabileceği de savunulmaktadır[130]. Diğer bir görüşe göre ise dökme yük konusunda genel bir kural koymaktan kaçınılmalı, her olay nazarında ayrıca bir değerlendirmeye gidilmelidir[131]. Bu görüşe göre satılanın somutlaştırmasının satıcı tarafından makul bir ücretle gerçekleştirilebileceği durumlarda bunu yapmamışsa satıcı hasarı taşımaya devam etmeli, şayet satılanın somutlaştırılması satıcıya hakkaniyete aykırı bir yük getirecekse satıcının alıcıya yaptığı bir bildirimle yahut herhangi bir başka yolla satılan ayırt edilmiş sayılmalıdır.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise alıcının rızasının olup olmadığı değerlendirilmeli, şayet satıcı alıcının isteğine uyarak satılanı toplu yük şeklinde taşıyıcıya teslim etmişse bu durumda satılanın sözleşmeye tahsis edilmesinden hareketle somutlaştırıldığı kabul edilmelidir[132]. Alıcı satılanın toplu halde taşınmasına rıza göstermişse hasar, satılanın taşıyıcıya teslimiyle birlikte alıcıya geçmeli, aksi halde satılanın fiziksel olarak diğer mallardan ayırt edilmiş olması aranmalıdır.

128 Neumayer, Ming (n 15) 435, para 10; Zeytin (n 98) 227. Satıcının salt alıcıya yaptığı bir bildirimin hasarın geçmesine sebebiyet vermeyeceği görüşünde: Sevón (n 22) 202. Yargıtay bir kararında ayırt etmenin satıcı tarafından yapılacak bir bildirimle (ihbar) gerçekleşeceğini savunmuştur. Karar için bknz: Yargıtay 13. HD, T. 15.2.1985, E. 1984/7828, K. 1985/1010 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13hd-1984-7828.htm> son erişim tarihi 25.08.2019: "BK.nun 183. maddesinin 2. fıkrası hükmü uyarınca, aynı mahaldeki misli eşyanın satımında, hasarın alıcıya geçebilmesi için, satın alınanın ayırt edilmiş olması gerekmektedir. Ayırdetme kavramı değişik biçimlerde yorumlanmakta ise de, öğretide daha çok ayırdetmenin satıcı tarafından yapılması ve fakat alıcıya ihbar edilmesi şekli daha doğru bulunarak tercih edilmektedir (Bakınız: Doç. Dr. Turgut Akıntürk, Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966, Sahife: 134; Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Hususi Kısım, Cilt I, İstanbul-1970, Sahife: 160; Prof. Dr. Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku, Cilt II, İstanbul-1977, Sahife 77-78; Prof. Dr. Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Ankara- 1984, Sahife: 111). Bu şekil tarafların ve özellikle alıcının menfaatine daha uygun düşmektedir. Somut olayda satılanın ayırdedilerek davacı alıcıya ihbar edildiği iddia ve ispat edilemediğine göre nefi ve hasarın henüz alıcıya geçtiğinden sözedilemez. Bu nedenle satılan eşyaların yanmasından doğan zarardan davalı satıcı sorumludur. O halde mahkemece bu yönler gözetilerek davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken aksine bazı düşüncelerle davanın reddedilmiş olması bozmayı gerektirir."

129 Zeytin (n 98) 227. Fiziksel olarak ayırt edilen malların daha sonra hasar anında birbirine karışarak yok olması durumunda uygulanacağı yönünde: Sabah Altay, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın Alıcıya Geçişi" (2013) I GSÜHFD 183, 208. Hasarın orantısal olarak paylaşılmasını öngören bu sonucun, satılanın taşıyıcıya teslimle sözleşmeye tahsis edilmiş olduğu ve yükleme sırasında ya da sonrasında malın diğer mallarla karışması durumunda ayrıca bir somutlaştırılmaya ihtiyaç duyulmadığı yönündeki görüş için de tatbik edileceği yönünde: Bridge (n 22) 207-208.

130 Neumayer, Ming (n 15) 435, para 10; Schlechtriem, Butler (n 22) 168. Belirtmek gerekir ki Schlechtriem ve Butler satılanın sözleşmeye özgülenmesi için en ideal yolun satılanı temsil eden konişmento gibi belgelerde ayırt etmenin gerçekleştirilmesi olduğunu ifade etmektedir.

131 Kübra Yetiş Şamlı, "Borçlar Hukuku ve CISG Çerçevesinde Hasarın İntikali" (2007) İÜHFM 303, 330-31. Başka bir yere gönderilecek borçlarda satıcının satılanı taşıyıcıya teslimi ile hasarın alıcıya geçeceğini düzenleyen eBK m. 183/II hükmü uyarınca dökme yükün söz konusu olduğu durumlarda, Tunçomağ da bu konuda genel bir kural koymaktan imtina edilmesi gerektiğini savunmuştur. Ayrıntılı bilgi için bknz: Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, vol 2 (3. Bası, Sermet Matbaası 1977) 82.

132 Hachem (n 74) 1098-99, para 34. Yazar bütün alıcıların bilinçli bir risk ortaklığı oluşturması gerektiğinden söz ederek alıcının rızasının bulunması gerektiğini belirtmektedir.

Bu durumda satıcının salt bir beyanıyla satılanın ayırt edilmiş sayılması kabul edilmemelidir. Zira her bir satıcının zarar görmemiş kısmı talep hakkı bulunmaktadır. Bu durumda alıcının rızası olmaksızın kendisini bir risk ortaklığı içinde bulması sözleşmenin nisbiliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır[133].

Alıcının satıcı ile satılanın somutlaştırılması konusunda işbirliği yapma şeklinde bir yan edim yükümlülüğünün bulunduğu hallerde, alıcının söz konusu yükümlülüğüne aykırı davranarak satılanın somutlaştırılmasını engellemesi durumunda, alıcının borcuna aykırı davranarak temerrüde düştüğü anda hasarın kendisine geçtiği kabul edilmelidir[134].

Son olarak belirtmek gerekir ki madde metninde de açıkça ifade edildiği üzere satılan somutlaştırılmadıkça karşı edim hasarı da alıcıya geçmeyecektir. Bu durumda taşıma boyunca ya da taşıyıcının varış yerine ulaşmasına kadar geçecek süre içinde satılanın hasar riskine satıcı katlanacak, yok olması veya kötüleşmesi durumunda alıcı CISG'da kendisine tanınan hukuki imkânlara başvurabilecektir. Bu kural taşınmakta olan malların satımında hasarın geçmişe etkili olarak intikal edeceği durumlarda da göz önünde bulundurulacaktır. Bu husus doktrinde oldukça eleştirilmektedir[135].

C. Taşıma Halinde Satılan Mallarda Hasarın Geçişi

1. Genel olarak.

CISG m. 68/I'e göre kara, denizyolu yahut demiryolu gibi herhangi bir yolla taşınmakta iken satılan mallarda karşı edim hasarı sözleşme kurulduğu anda alıcıya geçer[136]. Bu hükmün uygulanabilmesi için genel olarak kabul edilen görüşe göre malların bağımsız bir taşıyıcıya teslim edilmiş olması yeterlidir. Dolayısıyla dar anlamda taşımanın başlamış olması yani taşıma aracının hareket etmesi gerekmemektedir[137]. CISG m. 23'e göre sözleşme kabul beyanının hüküm doğurduğu anda kurulmuş sayılır. Kabul beyanı ise CISG m. 18/II uyarınca icapta bulunana varması anında hüküm doğurur. Dolayısıyla taşıma halinde satılan mallarda hasar, kabul beyanının önerene ulaşmasıyla birlikte alıcıya geçmektedir. Belirtmek gerekir ki bu durumda malların hasara uğradığı anın tespitinde büyük güçlükler yaşanacak ve son tahlilde bu sorun ispat yükü ile çözümlenecektir[138]. Özellikle gemide yavaş yavaş meydana gelen sızıntılar gibi zararın zaman içinde ve artarak meydana geldiği durumlarda yaşanacak ispat sorununun, CISG m. 68/I c. 2'de öngörülen hasarın geçmişe etkili

133 Hachem (n 74) 1099, para 34.

134 Neumayer, Ming (n 15) 436, para 11. Belirtmek gerekir ki söz konusu çözüm, CISG m. 69/I c. 2'de ifade edilen "Madde 67 ve 68 kapsamına girmeyen hallerde hasar, alıcının…malları zamanında teslim almaması halinde, malın tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu andan itibaren alıcıya geçer." hükmüyle de uyumludur.

135 Hachem (n 74) 1099, para 35.

136 Bu açıdan CSG m. 68, İsviçre Borçlar Kanunu m. 185/I hükmünde genel kural olarak kabul edilmiş olan "periculum emptoris est" yani "hasar alıcıya aittir" kuralına karşılık gelmektedir. Bknz: Neumayer, Ming (n 15) 437, para 1.

137 Hachem (n 74) 1102, para 5.

138 Bollé (n 74) 261; Schlechtriem, Butler (n 22) 169; Neumayer, Ming (n 15) 438-39, para 2.

olarak alıcıya geçmesi yoluyla çözümlenmesi öğretide önerilmektedir[139].

Türk Hukuku'nda kabul edildiği üzere birçok ulusal hukuk sisteminde parça satışlarında başlangıçtaki objektif imkânsızlık sözleşmenin geçersizliğine neden olmaktadır[140]. Ancak belirtmek gerekir ki CISG m. 68 ile birlikte bu hükümlerin uygulama alanının engellendiği doktrinde savunulmaktadır[141]. CISG m. 4/II'ye göre sözleşmenin geçersizliğine ilişkin hususlar Anlaşma dışında tutulmuş olsa da bu kural Anlaşma'da aksine bir düzenleme bulunmadığı durumlarda uygulanacaktır. CISG m. 68 ise doktrinde kabul edildiği üzere açıkça sözleşmelerin geçerlilik soruna değinen bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin satıcının satılanın hasara uğradığını bildirmediği durumlarda hasarın alıcıya geçmeyeceği kuralı, ancak sözleşmenin geçerli olarak kurulduğunun kabul edildiği durumunda uygulanabilecektir. Dolayısıyla bu maddenin uygulamasına giren durumlarda parça satışında başlangıçtaki objektif imkânsızlık kesin hükümsüzlük sonucunu doğurmayacaktır[142]. Bu durum CISG m. 79'da düzenlenen sorumluluktan kurtulma ve ifa engelleri kısmında da açıkça anlaşılabileceği üzere CISG m. 7/II uyarınca Anlaşmanın temelinde yatan genel bir ilkeye atıf yapmaktadır. CISG kapsamında karşımıza çıkan bu genel ilke "edimin imkânsız olmasının sözleşmenin geçersizliğine yol açmayacağı" yönündeki kabuldür.

2. Taşıma halinde satılan mallarda hasarın geçmişe etkili olarak geçmesi.

CISG m. 68/I c. 2'de göre koşulların haklı göstermesi durumunda taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya malların verilmesi anında hasarın alıcıya geçeceği düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca hasar sözleşmenin kurulmasından daha önceki bir dönemde yani satılanın taşıyıcıya teslimi anında alıcıya geçmektedir. Bu durumda hasarın geçmişe etkili olarak alıcıya geçtiği bir durumla karşılaşılmaktadır[143]. Bu hükmün pratik önemi taraflar açısından bir ispat kolaylığı sağlamasıdır. Zira birçok halde zararın zaman içinde ve artarak meydana gelmesi sebebiyle riskin gerçekleştiği an tam olarak saptanamamaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere, gemide yavaş yavaş meydana gelen sızıntılar yahut konteynır taşımacılığında zaman içinde oluşabilecek bozulmalar halinde alıcının hasarın kendisine geçmişe etkili olarak satılanın ilk taşıyıcıya teslimi anında

139 Bollé (n 74) 261; Neumayer, Ming (n 15) 438-39, para 2.

140 Bu husus Roma Hukuku'nda (CELSUS, Dig. 50, 17, 185) ifade edilen "impossibilium nulla obligatio est" yani "imkânsızlık borç doğurmaz" kuralıyla açıklanmaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu m. 20 ve TBK m. 27'de sözleşmenin kuruluşu esnasında konusu imkânsız olan sözleşmenin kesin hükümsüz olacağı düzenlenmektedir. Aynı şekilde Alman Hukuku'nda BGB § 275'te de imkânsızlık halinde sözleşmenin geçersiz olacağına yer verilmiştir. Bknz: Ergüne (n 65) 353.

141 Schlechtriem, Butler (n 22) 169-170; Hachem (n 74) 1101, para 4; aynı doğrultuda Neumayer, Ming (n 15) 440-41, para 4.

142 Schlechtriem, Butler (n 22) 169-170; Hachem (n 74) 1101, para 4; aynı doğrultuda Neumayer, Ming (n 15) 440-41, para 4. Belirtmek gerekir ki bu durumda tarafların CISG m. 6 uyarınca anlaşarak CISG m. 68'in söz konusu uyuşmazlığa uygulanmayacağını kararlaştırmaları mümkündür. Ancak özellikle sigorta korumasının bulunduğu durumlarda, zararının tazmin edilmesini arzu eden alıcının zararının tazmini yerine sözleşmenin geçersizliğinden yana irade beyan etmesi sık karşılaşılacak bir durum olmayacaktır. Ayrıntılı bilgi için bknz: Neumayer, Ming (n 15) 440-41, para 4.

143 Bollé (n 74) 262; Schlechtriem, Butler (n 22) 169; Neumayer, Ming (n 15) 440, para 4; Hachem (n 74) 1102, para 7; Zeytin (n 98) 228-29.

geçmesini istediği kabul edilmelidir[144]. Ancak belirtmek gerekir ki hükmün uygulama amacı yalnızca zararın ne zaman gerçekleştiği belirli olmayan durumlarla sınırlı değildir. Söz konusu hüküm zararın gerçekleşme anının belirli olduğu hallerde de uygulama kabiliyetine sahiptir[145]. Belirtmek gerekir ki ithalat odaklı ülkelerde bu hükmün daha geniş bir şekilde uygulaması savunulurken, ihracat odaklı ülkelerde ise bu hükmün daha dar bir yorumla uygulanması gerektiği savunulmaktadır[146]. Bu durum CISG m. 7/I[147] ile sağlanmaya çalışılan anlaşmanın yeknesak bir şekilde uygulanmasını tehlikeye atmaktadır.

Hasarın geçmişe etkili olarak alıcıya geçmesi için ilk olarak koşulların bu durumu haklı göstermesi gerekmektedir. Alıcının geçmişe etkili olarak sigorta himayesinden yararlanabileceği durumlarda öğretide ittifakla koşulların bu durumu haklı gösterdiği savunulmaktadır[148]. Aynı şekilde satıcının malları sigorta ettirmediği durumlarda satılanın yok olma veya bozulma riskini bizzat kendisi üstlenmek istediği kabul edilmeli ve hasar alıcıya geçmemelidir[149].

Hasarın geçmişe etkili olarak intikal etmesi için ikinci olarak malların her taşıyıcıya değil, taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya verilmiş olması gerekmektedir. Ödeme yükümlülüğünü düzenleyen CISG m. 58'in[150] aksine burada söz konusu belgelerin malların üzerinde tasarruf yetkisini barındırması gerekli değildir[151]. Birden fazla taşıyıcı, taşıma sözleşmesine ilişkin belge düzenlemişse bunlardan ilki esas alınmalıdır[152]. Herhangi bir belge düzenlenmemişse bu hükmün uygulanması mümkün değildir[153]. Zira bu durumda alıcı eksik belgeleme sebebiyle sigorta korumasından mahrum kalacak ve sigortacıya rücu etme imkânını kaybedecektir[154]. Taşıma sözleşmesine ilişkin belgeler olmadan alıcı, sigorta şirketine karşı ispat yükümlülüğünü yerine getiremeyecek ve hasarın geçmişe etkili intikali ile de alıcının satıcıya karşı herhangi bir talep imkânı da

144 Bollé (n 74) 261-62; Neumayer, Ming (n 15) 438-39, para 2.

145 Hachem (n 74) 1103, para 10.

146 Hachem (n 74) 1102-03, para 8.

147 CISG m. 7/I'e göre "Bu Antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarette dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir." Söz konusu hüküm Anlaşma maddelerinin yorumu konusunda nasıl bir yol izleneceğini öngörmektedir. Bu açıdan CISG m. 7/I üç ilke üzerinde durmaktadır. Bunlar Anlaşma'nın uygulanmasında hükümlerin kökenini oluşturan Anlaşma'nın uluslararası niteliği, yeknesaklığın sağlanması amacı ve son olarak uluslararası ticarette dürüstlük kuralının teşvik edilmesi olarak nitelendirilebilir. Bu hüküm CISG hükümlerini uygulayan ulusal mahkemelere ve hakem heyetlerine yöneltilen zorunlu bir yorum kuralı olma özelliği taşımaktadır. Ayrıntılı bilgi için bknz: Schwenzer, Hachem (n 95) 261ff, para 6ff; 55.

148 Schlechtriem, Butler (n 22) 169; Bollé (n 74) 262; Neumayer, Ming (n 15) 438-39, para 2; Hachem (n 74) 1103, para 9; Zeytin (n 98) 229.

149 ibid.

150 CISG m. 58'de satıcının göndermeyi, malların veya malları temsil eden belgelerin alıcıya ancak semenin ödenmesi karşılığında verilmesi koşulu ile gerçekleştirebileceği düzenlenmektedir. Bu maddede söz konusu taşıma belgelerinin malları temsil eden belgeler olması aranmaktadır. Ancak tek bir konişmentoda her iki şart da gerçekleşebilmektedir.

151 Bollé (n 74) 263; Neumayer, Ming (n 15) 438-39, para 2; Schlechtriem, Butler (n 22) 170; Hachem (n 74) 1104, para 12; Zeytin (n 98) 229.

152 Hachem (n 74) 110, para 12; Zeytin (n 98) 229. Bu çıkarım "çoğun içinde az da vardır" kuralıyla da uyumludur.

153 Bollé (n 74) 263; Sevón (n 22) 202; Neumayer, Ming (n 15) 438, para 2; Schlechtriem, Butler (n 22) 170; Hachem (n 74) 1104, para 13.

154 ibid.

olmayacaktır. Bu sebeple taşıma sözleşmesine ilişkin belgeler düzenlenmemişse CISG m. 68'deki genel kuralın uygulanması daha isabetli olacaktır.

3. Satıcının kötü niyetli olması durumu.

CISG m. 68/I c. 3'e göre satım sözleşmesinin kurulması anında malın yok olduğunu veya kötüleştiğini satıcı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa ve bu durumu alıcıya bildirmemişse bu durumda kötü niyetli olarak nitelendirilecek ve karşı edim hasarı alıcıya geçmeyecektir. Bu durumda hasar riskine satıcı katlanacaktır. Satıcının kötü niyeti yalnızca sözleşmenin kurulması esnasında bildiği yahut bilmesi gerektiği kayıplar bakımından söz konusu olacak, kendinin bildiği ya da bilmesi gerektiği daha sonraki kayıplar bakımından alıcıyı haberdar etmemesi aynı etkiyi doğurmayacaktır[155]. Belirtmek gerekir ki bu durumda hükmün uygulama alanı tartışmalıdır[156]. Bir görüşe göre bu hüküm hem CISG 68/I c. 1'de taşınmakta olan mallarda hasarın geçişini düzenleyen genel kural için hem de CISG m. 68/I c. 2'de hasarın geçmişe etkili olarak intikalini düzenleyen istisna kuralı için uygulama alanı bulacaktır[157]. Bizim de katıldığımız öğretideki baskın görüşe göre ise bu hüküm sadece hasarın geçmişe etkili olarak alıcıya geçtiği durumlarda uygulama alanı bulacak ve hasarın geçmişe etkili olarak alıcıya geçişini düzenleyen CISG m. 68/I c. 2 hükmünün satıcı tarafından kötüye kullanılmasını engelleyen bir düzeltici rol edinecektir[158].

Esasen incelemekte olduğumuz CISG m. 68/I c. 3 hükmünün hasarın sözleşmenin kurulması ile karşı tarafa intikal ettiği CISG m. 68/I hükmü açısından uygulanması mümkün görünmemekte, söz konusu uygulama hasar sorununu etkileyici bir karakter taşımamaktadır[159]. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere hasar sorunu, sözleşmenin kurulması ile ifası arasında geçen süre içinde meydana gelen risklere sözleşmenin hangi tarafının katlanması gerektiğini düzenler. Sözleşmenin kurulmasından önce satılanın yok olması veya kötüleşmesi durumu hasar sorunu içinde yer almaz. Oysa hasarın geçmişe etkili olarak intikal ettiği durumlarda sözleşmenin kurulmasından önce ancak taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya malların verilmesi anından sona meydana gelen risklere de alıcı katlanmaktadır. İşte CISG m. 68/I c. 3 hükmü, satıcının kötü niyetli olarak hasarın alıcıya geçmesine neden olduğu durumlarda hakkaniyet esasını gözeterek, kendi kusurundan kendi lehine bir hak çıkarmasını -riskin alıcı üzerine bırakılmasını- engellemektedir. Böylece CISG m. 68/I c. 3, satıcının kendi kusuruyla kendisine daha elverişli bir hukuki konum yaratmasına engel olmaktadır.

155 Schlechtriem, Butler (n 22) 170.

156 Söz konusu tartışma için bknz: Hachem (n 74) 1105, para 15-16.

157 Neumayer, Ming (n 15) 439, para 3; Schlechtriem, Butler (n 22) 170. Belirtmek gerekir ki yazarlar, bir ayrıma yer vermeksizin maddenin 1. ve 2. fıkralarını kapsar şekilde açıklamada bulunmaktadır.

158 Hachem (n 74) 1105, para 15; Bollé (n 74) 264; Nicholas (n 5) 500; Honnold (n 98) 412; Zeytin (n 98) 229; Yeşim Atamer, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları (1. Bası, Beta yayıncılık 2005) 268; Yetiş Şamlı (n 130) 335.

159 Bollé (n 74) 264; Nicholas (n 5) 500-501; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri (n 157) 268; Yetiş Şamlı (n 130) 335.

Kötü niyetli olduğu durumlarda satıcı, yalnızca kötü niyetli kabul edildiği zararlar bakımından hasarı üstlenmelidir[160]. Satıcının bildiği ya da bilmesi gerektiği sebepler dışında kalan, kötü niyetli kabul edilemeyeceği başka bir sebepten ileri gelen sonraki risklere satıcı katlanmamalıdır. Satıcı satılanın yarısının hasara uğramış olduğunu biliyorsa, buna karşılık bir kaza sebebiyle satılanın tamamı yok olmuşsa bu durumda ancak yarısı için alıcının satış bedelini ödeme borcu söz konusu olmalıdır. Belirtmek gerekir ki satıcının kötü niyetli sayıldığı sebeplerle bağlantılı olarak meydana gelen diğer zararlar da hükmün kapsamına dâhil edilmeli ve satıcının kötü niyetli sayıldığı zararla nedensellik bağı dâhilinde değerlendirilen eklenen zararlar sebebiyle hasara satıcı katlanmalıdır[161]. Satıcı, bildiği ya da bilmeyi ihmal ettiği sebebin muhtemel ve olağan sonucu sayılabilecek zarar riskini de üzerine almalıdır. Örneğin satıcının bir gemideki şeker yükünün üçte birinin deniz suyu sebebiyle zarar gördüğünü bildi durumlarda, söz konusu zararın yükün yarısına sirayet etmesi durumunda hasar, ancak yükün yarısı için alıcıya geçmelidir.

Satıcının kötü niyetli olmasını düzenleyen CISG m. 68/I c. 3 hükmünün uygulandığı durumlarda ise maddede tarif edilen kötü niyetin ölçütü öğretide tartışmalıdır. Öğretide savunulan bir görüşe göre söz konusu hüküm, yalnızca satıcının satılanın yok olduğunu yahut kötüleştiğini bildiği ve alıcıyı aldatarak bu durumu gizlediği kasıt halini ve aynı şartlar içinde bulunan herkesin göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermemesi sonucu satılanın durumunu öğrenemediği ağır ihmal hallini[162] kapsamaktadır[163]. Bu durumda ağır kusur olarak ifade edilen satıcının kastı ve ağır ihmali dışında kalan hasar riski, alıcıya intikal edecektir. Ancak bizim de katıldığımız diğer görüşe göre CISG m. 68/I c. 3'te ifade edilen kötü niyet kavramı, satıcının hafif ihmalini de içine alacak şekilde yorumlanmalıdır[164]. Zira CISG m. 68/I c. 3'te ağır ihmali çağrıştıran "bilinmesinin mümkün olmaması"[165] ifadesi yerine, genellikle hafif ihmal için kullanılan "bilinmesi gerektiği"[166] ifadesi tercih edilmiştir[167]. Zira

160 Hachem (n 74) 1106, para 19-20; Altay, CISG Uyarınca Hasarın Geçişi (n 128) 213.

161 Bollé (n 74) 264; Nicholas (n 5) 500; Honnold (n 98) 411; Zeytin (n 98) 229-30. Aksi görüşte: Yetiş Şamlı (n 130) 337-37.

162 İhmal, Roma Hukuku'ndan gelen ayrım çerçevesinde temelde ikiye ayrılarak incelenmektedir: ağır ihmal (culpa lata) ve hafif ihmal (culpa levis). "Ağır ihmal" ve "Hafif ihmal" ayrımı için bknz: Oğuzman K, Öz T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, vol 2 (12. Bası, Vedat Kitapçılık 2016) 58; Haluk Nami Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (15. Bası, Beta Yayıncılık 2017) 167-68.

163 Neumayer, Ming (n 15) 439, para 3.

164 Hachem (n 74) 1107, para 21; Zeytin (n 98) 230; Yetiş Şamlı (n 130) 336.

165 Söz konusu ibare, CISG m. 8/I'de "Bu Antlaşmanın amacı çerçevesinde taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları onun iradesine uygun olarak yorumlanır, yeter ki karşı taraf bu iradeyi bilsin veya bilmemesi mümkün olmasın", CISG m. 35/III'te "Alıcının sözleşmenin kurulması anında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı sözleşmeye aykırılıklardan satıcı, fıkra 2›nin (a) ilâ (d) bendleri çerçevesinde sorumlu değildir", CISG m. 40'da "Sözleşmeye aykırılık, satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı ve alıcıya açıklamadığı olgulara dayanıyorsa, satıcı 38 ve 39. madde hükümlerine dayanamaz", CISG m. 42/I'de "Satıcı, üçüncü kişilere ait sınaî veya diğer bir fikrî mülkiyete dayanan ve sözleşmenin akdedilmesi sırasında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı hak veya taleplerden ari mallar teslim etmek zorundadır" hükümlerinde yer almaktadır.

166 Söz konusu ibare, CISG m. 38/III'te "Mallar alıcı tarafından, muayene etmek için yeterli imkâna sahip olmaksızın, taşıma halindeyken başka bir yere yönlendirilir veya onun tarafından başka bir yere gönderilirse ve satıcı sözleşme kurulurken böyle bir yönlendirme veya başka yere gönderme ihtimalini biliyor veya bilmesi gerekiyor idiyse, muayene, malların yeni varma yerine ulaşması sonrasına ertelenebilir" CISG m. 39/I'de "Alıcı, bir sözleşmeye aykırılık saptadığı veya saptaması gerektiği tarihten itibaren makul bir süre içinde satıcıya, sözleşmeye aykırılığı türünü de belirterek bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder" hükümlerinde yer almaktadır.

167 Hachem (n 74) 1107, para 21.

bir hususun bilinmesinin mümkün olması ifadesi, ağır ihmali çağrıştıracak şekilde o şartlar altında bulunan herkesin bilmesi gerektiği yönünde bir çıkarımı mümkün kılarken, bilmesinin gerekmesi ifadesi hafif ihmali çağrıştıracak şekilde dikkatli ve tedbirli bir kişinin göstermesi gereken özen ve dikkati hedef alır gözükmektedir.

D. Önceki Maddelerin Kapsamına Girmeyen Hallerde Hasarın Geçişi

CISG m. 69, CISG m. 67 ve 68'in kapsamına girmeyen hallerde hasarın intikalini düzenlemektedir. Bu açıdan CISG m. 69, malların taşınmasının gerekmediği ve taşınma halinde bulunmadığı durumlarda hasarın intikalinde genel düzenleme olma özelliği göstermektedir[168]. Bu düzenlemede ise CISG, malları en iyi şekilde koruyabilecek ve gerektiğinde sigorta ettirebilecek kişiyi esas almaktadır[169]. Bu kapsamda CISG m. 69/I'de aranılacak borçlarda (*dette quérable*), satıcının işyerinde alıcının satılanı teslim almasının gerektiği yerinden satışlarda (*vente sur place*) veya fabrikadan satışlarında (*ex usine*) hasarın geçişi ile CISG m. 69/II'de ise satıcının belirli bir yerde ifa yükümlülüğünün bulunduğu mesafeli satışlarda (*vente à destination*) örneğin bir sınırda ya da limanda teslim zorunluluğu içeren borçlarda hasarın intikali düzenlenmiştir[170]. Bu açıdan CISG m. 69, satılanın satıcının işyerinde teslim edileceği durumlar (CISG 69/I) ile satılanın satıcının iş yerinden farklı bir yerde teslim dileceği durumlar (CISG m. 69/II) arasında bir ayrıma gitmiştir.

1. Yerinden satışlarda hasarın geçişi.

a. ***Aranılacak borçlarda hasarın geçişi.*** CISG m. 69/I'e göre aranılacak yani malların satıcının bulunduğu yerde teslim alınmasının gerektiği borçlarda karşı edim hasarı, alıcının veya ifa yardımcılarının satılanı teslim aldığı anda alıcıya geçmektedir. CISG m. 60'a göre alıcının teslim alma borcu, satıcının teslimi gerçekleştirebilmesi için kendisinden makul olarak beklenebilecek her türlü eylemde bulunmayı ve malları fiilen devralmayı kapsamaktadır. Şayet mallar alıcının tasarrufuna sunulmuş ve alıcı da malları teslim almış ancak malları reddetme hakkını kullanmışsa malları teslim almasına rağmen hasar kendisine geçmeyecektir[171]. Zira CISG m. 86'ya göre alıcı malları muhafaza etmekle yükümlüdür ve bu yükümlülüğünü yerine getirmesi, hasarın kendisine geçtiği anlamına gelmemektedir.

Söz konusu düzenleme TBK m. 208/I, BGB § 446 ve Uniform Commercial Code § 2-509 hükümleriyle[172] de paralellik arz etmektedir. Bu açıdan özellikle

168 Neumayer, Ming (n 15) 442, para 1; Schlechtriem, Butler (n 22) 170; Nicholas (n 5) 502; Bollé (n 74) 265; von Hoffmann (n 36) 295; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri (n 157) 269; CR CO-I, Silvio Venturi, Marie-Noelle Zen-Ruffinen, art. 185 CO, para 32.

169 Schlechtriem, Butler (n 22) 170; Nicholas (n 5) 503; Bollé (n 74) 266; Honnold (n 98) 415; von Hoffmann (n 36) 295.

170 Schlechtriem, Butler (n 22) 170; Bollé (n 74) 265; Neumayer, Ming (n 15) 442, para 1; Honnold (n 98) 413; von Hoffmann (n 36) 295.

171 Hachem (n 74) 1111, para 8; von Hoffmann (n 36) 296.

172 Honnold (n 98) 415.

Türk Hukuku bakımından hasar rejiminde bir değişiklik meydana getirdiğinden bahsedilememektedir[173].

b. ***Alıcının malları zamanında teslim almaması halinde hasarın geçişi.*** CISG m. 69/I c. 2'ye göre alıcının malları zamanında teslim almaması halinde malların alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve alıcının teslim almayarak sözleşmeye aykırı davrandığı anda hasar alıcıya geçer. Mevcut düzenleme satıcının alıcı tarafından satılanın teslim alınmayarak tek taraflı olarak hasarı üstlenmek zorunda bırakılmasının olumsuz sonuçlarını gidermeyi amaçlamaktadır. Belirtmek gerekir ki söz konusu düzenleme alıcının alacaklı temerrüdü halinde hasarın kendisine geçeceğini öngören TBK m. 208/II hükmü ile paralellik arz etmektedir.

Söz konusu hüküm uyarınca hasarın alıcıya geçmesi için ilk olarak satılanın somutlaştırılarak sözleşmeye tahsis edilmesi gerekmektedir. Zira CISG m. 69/III uyarınca sözleşmenin henüz ayırt edilmemiş mallara ilişkin olması halinde bunların ancak açıkça sözleşmeye tahsis edilmesiyle alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu kabul edilecektir. Böylece kendi yükümlülüğünü ifa eden satıcı, alıcı tarafından satılanın teslim alınması yükümlülüğünün ifa edilmesini bekleyebilecektir. Dökme mallarda ise satış sözleşmesinin konusu olan dökme malın mevcut olması ve alıcıya tesliminin mümkün olması satılanın somutlaştırılması açısından yeterli kabul edilmektedir[174]. Dökme mallarda satılanın kısmen hasara uğramış olması ihtimalinde ise önce temerrüde düşmemiş olan alıcıya karşı borç ifa edilmeli, daha sonra kalan kısmı ise temerrüde düşmüş olan alıcıya verilmelidir[175].

İkinci olarak satılan alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmalıdır. Bu durumda hasarın geçmesi için satıcının alıcıya bir bildirimde bulunmasının gerekip gerekmediği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre CISG m. 69'un yorumlanması sonucu satıcıya bildirimde bulunma yükümlülüğünün getirilmesi gerektiği ve satıcının satılanı alıcının tasarrufuna hazır bulundurmuş sayılabilmesi için alıcıyı bu durumdan haberdar etmesinin zorunlu olduğu savunulmaktadır[176]. Bizim de katıldığımız baskın görüşe göre ise Anlaşma'da düzenlenmemiş böyle bir bildirim yükümlülüğünün satıcıya yüklenmesi doğru değildir[177]. Öte yandan bu görüşe göre alıcının kendisine bildirim yapılmaksızın satılanı teslim almasının mümkün olmadığı

173 Belirtmek gerekir ki mehaz İsviçre Borçlar Kanunu m. 185/I'de ve buna paralel olarak eBK m. 183/I'de aranılacak borçlarda genel prensip, hasarın sözleşmenin kurulması ile alıcıya geçişi (periculum emptrois est) şeklinde düzenlenmiş ve farklı bir çözüm yolu tercih edilmiştir.

174 Schlechtriem, Butler (n 22) 171; Hachem (n 74) 1112, para 10; Nicholas (n 5) 505; Bollé (n 74) 266-67.

175 Hachem (n 74) 1113, para 13.

176 Neumayer, Ming (n 15) 445, para 3. Yazar, satılanın alıcının tasarrufuna hazır bulundurmuş sayılabilmesi için satıcının bütün gerekli önemleri almış olması gerektiğinden bahsetmekte ve bunun için satıcının satılanı tasarrufa hazır halde bulundurduğunu alıcıya bildirmesi gerektiğini ifade etmektedir.

177 Hachem (n 74) 1112, para 12; Bollé (n 74) 267; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri (n 157) 271; Yetiş Şamlı (n 130) 341; Honnold (n 98) 414.

durumlarda satıcıya bildirimde bulunma şartı getirilmelidir[178]. Belirtmek gerekir ki bildirimde bulunma bazen teslim borcunun kapsamına dâhildir. Örneğin aranılacak borçlarda vadenin belirli olmadığı veya ifa zamanının tam olarak belirlenmeyip belirli bir dönem şeklinde kararlaştırıldığı durumlarda bildirimde bulunma yükümlülüğü satıcının satılanı teslim etme borcunun kapsamına dâhil sayılmalıdır[179]. Ancak belirtmek gerekir ki hangi görüş kabul edilirse edilsin satıcının alıcıya bildirimde bulunması gereken hallerde CISG m. 27[180] uygulama alanı bulmamalı ve bildirimin ulaşmamasına dair riski her zaman satıcı taşımalıdır[181]. Zira bu bildirimin alıcıya varması gerekli olup, alıcıya ulaşmadığı durumlarda satıcının bu bildirime dayanması mümkün olmamalıdır.

Son olarak bu kısım kapsamında hasarın geçişi için alıcının satılanı zamanında teslim almamış olması gerekmektedir. Teslim borcunun kapsamı ise CISG m. 60/I uyarınca belirlenecektir. O halde alıcının satılanı teslim almasından kasıt, satıcının teslimi gerçekleştirebilmesi için kendisinden makul olarak beklenebilecek her türlü eylemde bulunmayı yani hazırlık fiillerini gerçekleştirmeyi ve malları fiilen teslim almayı kapsamaktadır[182]. Bu durumda alıcının bir yan edim yükümlülüğü olan işbirliği borcu altında olduğundan bahsedilmekte ve bu borca aykırı olarak satılanın kendisinin tasarrufuna hazır bulundurulmasını engelleyen alıcının hasara katlanması gerektiği ifade edilmektedir[183]. Alıcının bu yükümlülüklerinden birini ihlal etmesi karşı edim hasarının kendisine geçmesi sonucunu doğurabilecektir. Aynı şekilde alıcının hiçbir kayıt öne sürmeden erken ifayı kabul etmesi durumunda da hasar yine kendisine geçecektir[184].

Belirtmek gerekir ki alıcının ifaya yönelik öyle bazı yükümlülükleri vardır ki bunlar da teslim alma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilmektedir. Akreditif açma, kredi mektubunun ya da garantilerin satıcıya sağlanmaması, CISG m. 58 uyarınca aynı anda ifanın gerektiği hallerde alıcının satış bedelini ödemekten kaçınması[185], satılanın

178 Hachem (n 74) 1112, para 12; Bollé (n 74) 267; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri (n 157) 271; Yetiş Şamlı (n 130) 341; Honnold (n 98) 414; Zeytin (n 98) 231; Altay, CISG Uyarınca Hasarın Geçişi (n 128) 215-16.

179 CISG m. 33'e göre "Satıcı malları (a) sözleşme ile belirlenmiş veya sözleşmeye dayanarak belirlenebilir bir tarih varsa bu tarihte; (b) sözleşme ile belirlenmiş veya sözleşmeye dayanarak belirlenebilir bir zaman dilimi varsa, koşullardan tarih saptama yetkisinin alıcıda olduğu anlaşılmadıkça, bu zaman dilimi içinde herhangi bir anda; (c) diğer tüm hallerde, sözleşmenin kurulmasından itibaren makul bir süre içinde teslim etmek zorundadır." Söz konusu hükmün b ve c bentlerinde satıcının bir bildirimi olmaksızın alıcının ifa zamanını bilebilmesi mümkün görünmemektedir. Bu sebeple özellikle bu durumlar alıcıya yapılacak olan bildirim teslim borcunun kapsamına dâhil edilmelidir.

180 CISG m. 27'e göre "Antlaşmanın bu Kısmında açıkça aksi düzenlenmedikçe, sözleşme taraflarından birinin bu Kısma uygun bildirim, talep veya diğer bir açıklaması koşullara uygun araçlarla yapılmışsa, bu açıklamanın iletimindeki bir gecikme veya hata veya ulaşmamış olması açıklamada bulunan tarafı ona dayanmak hakkından yoksun bırakmaz."

181 Neumayer, Ming (n 15) 445, para 3; Hachem (n 74) 1112, para 12.

182 Schlechtriem, Butler (n 22) 17071; Nicholas (n 5) 507; Neumayer, Ming (n 15) 445-46, para 3; Bollé (n 74) 267, von Hoffmann (n 36) 296.

183 Hachem (n 74) 1114, para 15; Schlechtriem, Butler (n 22) 170-71; Neumayer, Ming (n 15) 445-46, para 3; Bollé (n 74) 267; von Hoffmann (n 36) 296.

184 Neumayer, Ming (n 15) 448, para 5. Erken ifa CISG m. 52'de düzenlenmiştir.

185 Aksi görüşte: Nicholas (n 5) 507.

ambalajının gönderilmesi, taşıma gemisinin belirlenmesi ya da seçim hakkının kullanılması gibi yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde hasarın alıcıya geçmesi söz konusu olabilecektir[186]. Bu durumda alıcının kurusunun bulunmaması ya da malları teslim alacak olan geminin gecikmesi gibi üçüncü bir kişinin fiilinden kaynaklanması da hasarın geçişi üzerinde etkili olmayacaktır. Bu durumda alıcı, CISG m. 79 uyarınca[187] sorumlu olmadığını ileri sürerek hasarın kendisine geçişini engelleyemez[188].

2. Satıcının belirli bir yerde ifa yükümlülüğünün bulunduğu mesafeli satışlarda hasarın geçişi.

CISG m. 69/II hükmü uyarınca alıcının, satıcının iş yerinden farklı bir yerde malı teslim almasının öngörüldüğü hallerde hasar teslim borcunun muaccel olduğu ve alıcının o yerde malların tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haberdar olduğu anda intikal eder. Satıcının satılanı belirli bir yerde ifa yükümlülüğü, teslim yeri olarak satıcının iş yerinden başka bir yerin ifa yeri olarak kararlaştırıldığı durumlarda karşımıza çıkar. Söz konusu kapsama alıcının işyeri de girmektedir[189]. Satıcının birden fazla iş yeri varsa borcun ifa yeri bu iki iş yerinden farklı bir yer olmalıdır. Söz konusu madde depolanan veya muhafaza edilen (*ex warehouse*) mallara ilişkin olmakla beraber götürülecek borçlar ve bu kapsamda değerlendirilen mesafeli satışları kapsamına almaktadır[190].

CISG m. 69/II'nin uygulama alanına giren durumlarda hasarın intikal anı CISG m. 33 uyarınca borcun muaccel olma anına göre belirlenecektir. Bu durumda hasarın alıcıya intikal anı teslimden önceki bir zamana çekilmektedir[191]. Zira malların satıcının iş yerinden başka bir yerde bulunması, satıcının hâkimiyeti altında olmadığı ve çoğunlukla malların satıcı tarafından sigortalanmadığı durumları kapsamaktadır. Bu açıdan hükmün *ratio legis*'i satıcının korunmasıdır[192]. İfa yeri, satıcının işyerinden başka bir yer olduğu için satıcının satılanı koruma konusunda alıcıdan daha elverişli bir konumda bulunduğundan bahsedilemez. Bu sebeple hasar, teslimle değil belirlenen yerde satılanın alıcıya sunulduğunun bildirilmesiyle alıcıya geçmektedir[193].

186 Schlechtriem, Butler (n 22) 170-71; Hachem (n 74) 1114, para 15; Neumayer, Ming (n 15) 446, para 4; Bollé (n 74) 267; von Hoffmann (n 36) 296.

187 CISG m. 79/I'e göre "Taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulmaz"

188 Schlechtriem, Butler (n 22) 171; Hachem (n 74) 1114, para 14; Neumayer, Ming (n 15) 445-46, para 3.

189 Bollé (n 74) 268; Schlechtriem, Butler (n 22) 171; Neumayer, Ming (n 15) 448, para 6.

190 Uygulamada sıkça karşılaşılan "Ex Warehouse", "Ex Works", "Ex Quay", "Ex Ship" ve "FOB buyer's city" gibi kayıtlar CISG m. 69/II hükmünün uygulanmasını gerektirecektir. Satılanın gemiyle belli bir yere taşınıp orada teslimini gerektiren "ex ship" veya "FOB Hamburg" gibi kayıtlar mevcutsa, satılan her ne kadar taşınacak olsa da satıcının yükümlülüğü satılanın belirlenen yere getirilmesine kadar devam edecektir. Ayrıntılı bilgi için bknz: Bollé (n 74) 268; Nicholas (n 5) 504; Honnold (n 98) 417.

191 Schlechtriem, Butler (n 22) 171-71; Hachem (n 74) 1115, para 18; Honnold (n 98) 416; Nicholas (n 5) 503-504.

192 Bollé (n 74) 268; Hachem (n 74) 1115, para 18; Nicholas (n 5) 503-504.

193 Nicholas (n 5) 503-504; Bollé (n 74) 268.

Satıcının belirli bir yerde ifa yükümlülüğünün bulunduğu mesafeli satışlarda hasarın alıcıya geçişi için ilk olarak satıcının satılanı iş yerinden farklı bir yerde teslim edecek olması gerekmektedir. İkinci olarak teslim borcunun CISG m. 33 uyarınca muaccel olması ve satılanın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulması, üçüncü ve son olarak da alıcının bu durumdan haberdar olması gerekmektedir[194]. Satılanın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğundan bahsedebilmek için, satıcının kendisine düşen bütün yükümlülükleri yerine getirmesi ve alıcıyı başka herhangi bir durumun araya girmesine gerek kalmaksızın satılanı teslim alabilir hale getirmesi gerekmektedir[195]. Bu açıdan alıcının tasarrufuna hazır bulundurma, satıcının satılan üzerindeki zilyetliğini tam anlamıyla sona erdirmediği ancak alıcının satılanın muhafazasını elde edebileceği, satıcının tek taraflı gerçekleştirdiği bir işlemdir[196].

Maddede açıkça alıcının haberdar olmasından bahsedildiği için alıcının malların kendi tasarrufuna hazır bulunduğu yönünde pozitif bir bilgiye sahip olması gerekmektedir[197]. Bu açıdan söz konusu düzenlemenin CISG m. 27'ye bir istisna getirdiği ifade edilmektedir[198]. Madde metninde açıkça satıcıya, alıcının hâkimiyet alanında sonuçlarını doğuracak bir bildirimde bulunma yükümlülüğü getirilmiştir. Söz konusu bildirimin hâkimiyet alanı teorisi uyarınca alıcının hâkimiyet alanına girmesi yeterli görülmelidir[199]. Aksi halde alıcının satılanın tasarrufuna hazır bulundurulduğunu bilmediğini iddia ederek hasarın kendisine geçmesinin engellenmesi söz konusu olabilecektir[200]. Bildirim için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Belirtmek gerekir ki öğretide satıcının bir bildirimi olmaksızın alıcının herhangi bir şekilde satılanın kendisinin tasarrufuna hazır bulundurulduğunu öğrendiği durumlarda da hasarın alıcıya geçeceği ifade edilmektedir[201].

Son olarak belirtmek gerekir ki CISG m. 69'da düzenlenen hasarın geçişi hallerinde de Anlaşma'nın temel ilkelerinden olan "malların sözleşmeye tahsis edilmesi" koşulu gerçekleşmedikçe karşı edim hasarı CISG m. 69/III uyarınca alıcıya geçmeyecektir.

194 Bollé (n 74) 268-69; Schlechtriem, Butler (n 22) 171; Nicholas (n 5) 503-504; Hachem (n 74) 1116, para 20ff.

195 Schlechtriem, Butler (n 22) 172; Neumayer, Ming (n 15) 448, para 6.

196 Neumayer, Ming (n 15) 449, para 7; Bollé (n 74) 269; Nicholas (n 5) 504.

197 Schlechtriem, Butler (n 22) 171; Hachem (n 74) 1116, para 20; Bollé (n 74) 269; Neumayer, Ming (n 15) 448-49, para 6.

198 Zira alıcı CISG m. 69/II uyarınca satılanın tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haberdar olmadığını ispat ederek hasarın kendisine geçişine engel olabilecektir. Oysa CISG m. 27'de koşullara uygun araçlarla yapılan bir bildirimin iletimdeki hata veya gecikme sebebiyle ulaşmaması ya da geç ulaşması durumunda bildirimde bulunan tarafı ona dayanmak hakkından mahrum bırakmayacağı düzenlenmiştir.

199 Neumayer, Ming (n 15) 448-49, para 6; Hachem (n 74) 1117, para 22; Zeytin (n 98) 231. Aksi görüşte: Bollé (n 74) 269. Hâkimiyet alanı teorisi için bknz: Oğuzman, Öz (n 26) 75.

200 Aksi görüşte: Atamer, Satıcının Yükümlülükleri (n 157) 270.

201 Sevón (n 22) 205; Neumayer, Ming (n 15) 448, para 6. Bildirimin üçüncü bir kişi tarafından da yapılabileceği hakkında bknz: Zeytin (n 98) 231.

3. Satıcının sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal etmesi durumunun hasarın geçişi üzerindeki etkisi.

CISG m. 25'te[202] sözleşmenin esaslı ihlali (*fundamental breach of contract*) ve esaslı olmayan ihlali ayrımına yer verilerek; alıcıya sözleşmenin esaslı olmayan –basit- ihlali halinde onarım, bedel indirimi yahut tazminat talep etme, sözleşmenin esaslı ihlali halinde ise sözleşmeyi sona erdirme ve ikame mal talep etme imkânı tanınmıştır[203]. Bu açıdan CISG m. 25, sözleşmenin ihlali kavramını esaslı olan ve esaslı olmayan şeklinde ayırmak üzere sevk edilmiştir[204]. Bu açıdan sözleşme ihlalleri türlerine göre değil, esaslı olup olmamalarına göre çeşitli hukuki imkânlarla donatılmıştır[205]. "Borca aykırılık" kavramının kilit noktasını teşkil eden sözleşmenin esaslı ihlali, sözleşmenin ortadan kaldırılmasının ve satıcı açısından ağır ekonomik sonuçları olan ikame mal tesliminin[206] ön şartı olması sebebiyle oldukça önem taşımaktadır[207]. Bu açıdan CISG, sözleşme ihlalinin ağırlık arz etmediği durumlarda olabildiğince sözleşme ilişkisinin ayakta tutulmasını teşvik etmektedir[208]. CISG m. 25'te belirtildiği üzere bir sözleşmeye aykırılığın esaslı sayılabilmesi için taraflardan birinin yükümlülüklerine aykırı davranarak bir sözleşme ihlalinde bulunmuş olması, bu ihlalin karşı taraf nezdinde bir olumsuzluğa sebep olmuş olması, bu olumsuzluğun karşı tarafı sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaatten önemli ölçüde yosun bırakıyor olması ve son olarak bu sonucun makul bir kişi tarafından öngörülebilir olması gerekir[209].

CISG m. 70, satıcının sözleşmeyi esaslı bir şekilde ihlal etmesi durumunda 67, 68 ve 69. madde hükümlerinin, alıcının sözleşme ihlali dolayısıyla sahip olduğu hukuki imkânlara halel getirmeyeceğini öngörmektedir. Bu açıdan söz konusu hüküm hasarın intikali ile alıcının sözleşmeyi esaslı bir şekilde ihlal etmesi nedeniyle sahip

202 CISG m. 25'e göre "Taraflardan birinin sözleşme ihlâli, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esaslıdır; meğerki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlâl eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun."

203 Michael Will, Commentary on the International Sales Law: the 1980 Vienna Sales Convention, CISG art. 25 (Cesare Massimo Bianca ve Michael Joachim Bonell eds, Giuffrè 1987) 205; Schlechtriem, Butler (n 22) 97; Ulrich G. Schroeter, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, CISG m. 25 (Ingeborg Schwenzer ve Pınar Çağlayan Aksoy eds, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2015) 553ff, para 6ff; Franco Ferrari, "Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention -25 Years of Article 25 CISG-" (2006) 25 Journal of Law and Commerce 489, 490; Yeşim Atamer, "Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'ın İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış", in Yeşim Atamer (ed), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2008) 230-31; Ali Gümrah Toker, "Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali" (2013) 33 MHB 213, 214.

204 ibid. Will'e göre bu ayrımın önemi, sözleşmenin ölümüne yahut yaşamasına karar vermesi açısından kendisini gösterir. Zira ancak esaslı ihlal halinde alıcı, sözleşmenin sona erdirilmesini talep edebilmektedir. Bknz: Will (n 202) 205.

205 Atamer, İfa Engelleri (n 202) 230, Toker (n 202) 217.

206 İkame mal tesliminin ekonomik sonuçları, neredeyse sözleşmenin ortadan kaldırılması kadar ağırdır. Zira malların satıcıya geri gönderilmesi, taşıma masraflarına da satıcının katlanması ya da malların bulundukları yerde tekrar satılmasının organize edilmesi, adeta bir sözleşme tasfiyesi süreci gibi işlemektedir. Bknz: Schroeter (n 202) 553, para 6; Atamer, İfa Engelleri (n 202) 231.

207 Ferrari (n 202) 490-91; Schroeter (n 202) 553, para 6; Atamer, İfa Engelleri (n 202) 230.

208 Schroeter (n 202) 553-54, para 8; Atamer, İfa Engelleri (n 202) 230.

209 Schlechtriem, Butler (n 22) 97; Ferrari (n 150) 492ff; Schroeter (n 202) 556ff, para 13ff; Atamer, İfa Engelleri (n 202) 237; Toker (n 150) 223ff.

olduğu hukuki imkânlar arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir[210]. CISG m. 70 hükmü, satıcının sözleşmeyi esaslı bir şekilde ihlal etmesinin malın zayi olmasına neden olduğu halleri kapsamamaktadır. Zira hasar sorunu esasen satıcıya atfedilemeyen bir sebeple satılanın yok olması veya kötüleşmesi hallerini düzenlemektedir. Bu açıdan sözleşmenin esaslı ihlalinin malın zayi olmasına yol açtığı haller düzenlemenin kapsamına girmemektedir. Bu durumda satılan zayi olsa bile alıcı esaslı ihlal sebebiyle sahip olduğu hakları kullanabilecektir. Bu durumda alıcıya intikal eden hasar alıcının sahip olduğu hukuki imkânları kullanmasıyla birlikte satıcıya geri intikal edecektir[211]. Zira CISG m. 25'te öngörülen şartları yerine getiren alıcının ikame mal talep etmesi ya da sözleşmeyi ortadan kaldırması durumunda satılanın yok olma riskine satıcı katlanmaktadır. Satıcının kusuru sebebiyle yok olan satılanın sözleşmenin ortadan kaldırılması durumunda alıcı tarafından satıcıya iade edilmesi mümkün olmayacak, öte yandan satıcı ise aldığı satış bedelini iade etmek yükümlülüğü altında olacaktır. Alıcının ikame mal talep ettiği durumlarda satıcı satılan hasara uğramış olsa dahi ifa mecburiyetinden kurtulmayacak ve alıcıya tekrar ifada bulunma yükümlülüğü altında olacaktır. İşte tüm bu hallerde aslında alıcıya geçmiş olan hasar, tekrar satıcıya geri intikal edecek ve netice itibariyle malın yok olması riskini satıcı katlanacaktır.

IV. TBK ve CISG Hükümlerinin Karşılaştırılması

TBK m. 208 kural olarak karşı edim hasarının alıcıya geçişini, satıcının zilyetliğin ve mülkiyetin devri borçlarından zilyetliğinin devrine bağlamıştır. Satılandan ekonomik olarak yararlanabilecek hale gelen alıcının satılanın yok olması veya kötüleşmesi riskine de katlanması gerektiği hükmün *ratio legis*'ini oluşturur[212]. Satılanın sözleşme taraflarına atfedilemeyecek şekilde yok olması veya kötüleşmesi durumu ise beklenmedik bir halden, mücbir sebepten, üçüncü kişinin fiilinden, hırsızlık veya gasp olaylarından ileri gelebilmektedir[213]. Dolayısıyla satılanın yok olması veya kötüleşmesi riski, hukuki veya fiili sebeplerden ileri gelebilmektedir.

TBK m. 136'ya göre borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa borç sona erecektir. O halde sözleşmenin kurulması ile birlikte edim hasarına alıcı katlanacak ve hasar sorunun meydana geldiği hallerde alıcı borcun ifasını satıcıdan talep edemeyecektir[214]. Sözleşmenin kurulmasından itibaren ifaya kadar geçen süre içinde çeşit borçlarında[215] "*genus non perit*" kuralı uygulama alanı

210 Nicholas (n 5) 510; Hachem (n 74) 1118, para 2; Honnold (n 98) 420.

211 Hachem (n 74) 1121, para 10; Nicholas (n 5) 510; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri (n 157) 277.

212 Eren (n 15) 49; Nomer, Engin (n 4) 80; Bilgehan Çetiner, "Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi" (2009) LXVII İÜHFM 97, 100; Altay, CISG Uyarınca Hasarın Geçişi (n 128) 198.

213 Yavuz, Acar, Özen (n 5) 72-73; Eren (n 15) 52; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 30ff; Nomer, Engin (n 4) 74.

214 Eren (n 15) 49; Yavuz, Acar, Özen (n 5) 72-73; Nomer, Engin (n 4) 74; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 36; Altay, CISG Uyarınca Hasarın Geçişi (n 128) 189.

215 Çeşit borcu için bknz: Oğuzman, Öz (n 26) 282-83.

bulacaktır. O halde çeşit borcunun yok olması veya kötüleşmesi durumunda satıcı satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devir borcundan kurtulmayacak ve satıcının tedarik borcu devam edecektir[216]. Zira çeşit borçlarının imkânsızlaşması ancak o çeşitten olan malların tamamının yeryüzünde tükenmesiyle mümkündür.

Çeşit borçlarının imkânsızlaşmaması yani "nevi telef olmaz" kuralının istisnası ise *sınırlı çeşit borcu*, *mahdut nevi borcu* ya da *stok borcu* olarak ifade edilen durumlarda söz konusu olacaktır[217]. Zira bu hallerde çeşit borcu, o çeşitten olmakla birlikte belirli bir stok içinden borçlanılmıştır[218]. Belirli bir depodan, belirli bir sürü içinden yahut belirli bir yılın mahsulünden borçlanılmış olan edimlerde o stoktan borçlanılmış olan malların tamamının yok olması durumunda veya kötüleşmesi durumunda stok borcu imkânsızlaşır ve edim hasarına alıcı katlanır[219].

Esasen çeşit borcu sözleşmeye özgülenmedikçe ve borcun konusu belirli hale gelmedikçe çeşit borcunun yok olması veya kötüleşmesi durumu eşyaya gelen geniş anlamda hasarı ifade eder[220]. Belirtmek gerekir ki çeşit borcunun somutlaştırılarak sözleşmeye tahsis edilmesi durumunda ancak söz konusu borç ferden tayin edilmiş bir parça borcu haline gelir ve artık "nevi telef olmaz" kuralı uygulama alanı bulmaz[221]. Sözleşmeye özgülenerek ferden belirli hale gelen satılanın yok olması veya kötüleşmesi halinde parça borcuna dönüşmüş olan çeşit borcu imkânsızlaşır ve edim hasarı meydana gelir[222]. Bu durumda parça borcunda olduğu gibi edim hasarı alıcı üzerindedir. Dolayısıyla somutlaştırılarak sözleşmeye özgülenmiş bir çeşit borcunun satıcıya atfedilemeyecek bir şekilde yok olması veya kötüleşmesi durumunda alıcı, artık ifayı talep etme hakkını kaybeder. Götürülecek borçlarda edimin ifa yerine götürülerek eylemli olarak alıcıya sunulması, gönderilecek borçlarda ayırt edilerek taşıyıcıya teslim edilmesi ve aranılacak borçlarda alıcı veya onun temsilcisinin huzurunda satılanın ayırt edilmesi ya da tek taraflı olarak alacaklı temerrüdüne yol açacak şekilde satılanın ayırt edilerek alıcının tasarrufuna sunulması çeşit borcunun somutlaşması için yeterli olacaktır[223].

TBK m. 116 uyarınca satıcının ifa yardımcısının fiili sebebiyle ya da borçlu temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen TBK m. 119 uyarınca satıcının beklenmeyen hallerden sorumlu olduğu durumlarda her ne kadar kusursuz ifa imkânsızlığı söz konusu olsa da satıcı bu imkânsızlıktan sorumlu olacağı için hasar sorunu

216 Eren (n 15) 49; Nomer, Engin (n 4) 74; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 36; Altay, CISG Uyarınca Hasarın Geçişi (n 128) 189.

217 Nomer, Engin (n 4) 75.

218 Oğuzman, Öz (n 26) 282.

219 Nomer, Engin (n 4) 77.

220 ibid 75.

221 Nomer, Engin (n 4) 75; Çetiner (n 211) 202; Altay, CISG Uyarınca Hasarın Geçişi (n 128) 190.

222 ibid.

223 Yavuz, Acar, Özen (n 5) 73; Nomer, Engin (n 4) 76; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 38; Altay, CISG Uyarınca Hasarın Geçişi (n 128) 191. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Eski Borçlar Kanunu döneminde ayırt etme ve satılanın somutlaştırılmasının nasıl olacağı yönündeki tartışmalara son verdiği yönünde bknz: Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 37-38.

meydana gelmez[224]. Belirtmek gerekir ki TBK m. 136 uyarınca satılanın taraflara atfedilemeyecek bir şekilde yok olması durumunda satıcının satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcundan kurtulmasına karşılık alıcı da satıcıya satış bedelini ödeme borcundan kurtulacaktır. Bu durumda sözleşmenin kurulmasından borcun ifasına kadar geçen süre içerisinde karşı edim hasarına satıcı katlanmaktadır[225].

TBK m. 208/I uyarınca satış sözleşmesinde karşı edim hasarı zilyetliğin devri ile alıcıya geçecektir. Bu durumda satılandan ekonomik olarak yararlanabilecek duruma gelen alıcı satılanın yok olması veya kötüleşmesi riskine de katlanacaktır[226]. Bu hususun aksi taraflar arasında kararlaştırılabileceği gibi durumun gereğinden de anlaşılabilir. Söz konusu düzenleme çeşit ve parça borcu açısından yeknesak bir düzenleme getirmiştir. Zira çeşit borcu da en geç zilyetliğin devri anında somutlaşarak parça borcuna dönüşmektedir.

TBK m. 208 hükmü CISG m. 69 hükmü ile paralellik arz etmektedir. Zira CISG m. 69/I, diğer durumlar saklı kalmak kaydıyla satıcının işyerinde gerçekleşecek olan aranılacak borçlarda -yerinden satışlar- karşı edim hasarının geçişini satılanın teslimine tabi tutmuştur. Ancak TBK m. 208/I'de karşı edim hasarının geçişi daha genel bir ifade olan zilyetliğin devrine tabi tutulmuştur[227]. Öğretide bir görüşe göre satıcı satılanın zilyetliğini teslim yoluyla devredebileceği gibi teslimsiz olarak da zilyetliğin hükmen devri, havale yoluyla devri ya da kısa elden devri ile alıcıya devredebilir[228]. Bu gibi hallerin tümünde hasar zilyetliğin devriyle birlikte alıcıya geçecektir. Diğer bir görüşe göre ise alıcı satılandan ekonomik anlamda yararlanabilir duruma gelmedikçe karşı edim hasarı kendisine geçmeyecektir[229]. Bu durumda her olay bazında bir inceleme yapılacak ve örneğin zilyetliğin havalesi yoluyla alıcı satılandan ekonomik olarak yararlanma imkânına sahip olmuyorsa hasarı da üstlenmek zorunda kalmayacaktır. Ancak öğretide bizim de katıldığımız diğer görüşe göre alıcının satılanın zilyetliğinin teslim dışında zilyetliğin havalesi veya hükmen devri yoluyla devralmaya zorlanamayacağı ifade edilmektedir[230]. Bu durumda alıcı satılanın zilyetliğini ancak teslim yoluyla devralmaya zorlanabilecek ve şayet rıza gösterirse satılanın zilyetliğinin teslim dışında devir şekillerine başvurulabilecektir. O halde CISG m. 69/I ve TBK m. 208/I hasarın intikali için aynı çözüm yolunu benimsemiş olmaktadır.

224 Eren (n 15) 52.

225 Yavuz, Acar, Özen (n 5) 72, 73; Eren (n 15) 48ff; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 30ff; Nomer, Engin (n 4) 74.

226 Nomer, Engin (n 4) 80.

227 BGB § 446'da ve CISG m. 69'da açıkça teslimden bahsedilmiş ve zilyetliğin diğer devir şekilleri dışlanmıştır. Ancak teslim kavramının bu durumda geniş yorumlandığı hakkında bknz: Çetiner (n 211) 99.

228 Eren (n 15) 51; Hakan Acar, "Hasarın Riskinin Geçişine İlişkin TBK, CISG ve Incoterms Hükümlerinin Mukayeseli Olarak İncelenmesi, Milletlerarası Satım Hukuku" in Sinan Okur (ed), Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG) (1. Bası Adalet Yayınevi 2016) 510.

229 Nomer, Engin (n 4) 84; Çetiner (n 211) 100; Altay, CISG Uyarınca Hasarın Geçişi (n 128) 198.

230 Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 33.

Doktrinde hasarın alıcıya geçmesi için ifa sonucunun gerçekleşmesinin gerekip gerekmediği tartışmalıdır. *Gümüş*'e göre "zilyetliğin devri" ifadesi ayni akit ve teslim ya da alıcının kabul etmesi ihtimalinde zilyetliğin teslim dışında bir yolla devri olarak kabul edilmeli ve hasarın intikali için ifa fiilinin yani zilyetliğin devrinin değil ifa sonucunun yani mülkiyetin devrinin gerçekleşmesi gerekmektedir[231]. *Yavuz*'a göre hasarın geçişi açısından ifa fiilinin gerçekleşmesi yeterli görülmeli, hasar ifa fiilinin gerçekleşmesiyle beraber ifa sonucunun gerçekleşmesinden bağımsız olarak alıcıya geçmelidir[232]. *Nomer ve Engin*'e göre ise zilyetliğin satış sözleşmesinin ifası amacıyla devri yeterli görülmelidir[233].

TBK m. 208 karşı edim hasarının alıcıya geçmesinde genel kural olan zilyetliğin devrine bazı istisnalar öngörmektedir. Kanundan doğan bu istisnaların ilki TBK m. 208/II hükmünde düzenlenmektedir. TBK m. 208/II'ye göre alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi halinde zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçecektir. Alacaklı, satıcı tarafından sözleşmeye uygun bir şekilde gerçekleştirilen ifayı kabulden ya da hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınması durumunda alacaklı temerrüdüne düşecektir[234]. Belirtmek gerekir ki bu madde uyarınca hasarın alıcıya geçmesi için de çeşit borçlarında satılanın somutlaştırılarak sözleşmeye tahsis edilmesi ve ifa için alıcıya sunulması gerekmektedir. CISG m. 69/I'de, malın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve alıcının satılanı teslim almayarak sözleşmeye aykırı davranışta bulunduğu anda hasarın alıcıya geçeceği öngörülmüş, ayrıca CISG m. 69/II'da ise alıcının, satıcının iş yerinden farklı bir yerde malı teslim almasının öngörüldüğü hallerde hasarın teslim borcunun muaccel olduğu ve alıcının o yerde malların tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haberdar olduğu anda intikal edeceği düzenlenmiştir. Ayrıca CISG m. 7/II uyarınca Anlaşmanın temelinde yatan genel ilkelerden sayılan malın somutlaştırılması koşulu da Türk Hukuku açısından kabul edilmektedir[235]. Bu açıdan bakıldığında TBK m. 208/II'de öngörülen ve alıcının alacaklı temerrüdüne düşmesiyle hasarın kendisine geçeceğini öngören düzenleme ile CISG m. 69 düzenlemesi uyum içindedir. CISG m. 69'da benimsenen çözüm aslında alacaklı temerrüdünü tarif etmekte ancak farklı hukuk sistemlerinde de uygulanabilir olması adına "alacaklı temerrüdü" ifadesine yer vermemektedir.

TBK m. 208'de getirilmiş olan diğer kanuni istisna ise mesafeli satışlarda gönderilecek borcun söz konusu olduğu durumlarda uygulama alanı bulacaktır. O halde mesafeli

231 Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 30.

232 Yavuz, Acar, Özen (n 5) 74.

233 Nomer, Engin (n 4) 81. Nomer ve Engin'e göre çoğu zaman zilyetliğin devri ile birlikte mülkiyet de alıcıya geçmektedir. Ancak mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta ve geciktirici koşula bağlı satışlarda hasar mülkiyetten bağımsız olarak ekonomik anlamda satılandan yararlanma imkânına kavuşan alıcıya geçmektedir. Ayrıntılı bilgi için bknz: Nomer, Engin (n 4) 82.

234 Yavuz, Acar, Özen (n 5); Çetiner (n 211) 101; Altay, CISG Uyarınca Hasarın Geçişi (n 128) 191. Alacaklı temerrüdü için bknz: Oğuzman, Öz (n 26) 352ff; Nomer (n 161) 332ff.

235 Çetiner (n 211) 102. Belirtmek gerekir ki bu husus 818 sayılı eski Borçlar Kanunu m. 183/II'de açıkça ifade edilmişti. Çeşit borçlarında satılanın ayırt edilmesi koşulu, sözleşmenin kurulmasıyla beraber hasarın alıcıya geçeceğini öngören eBK m. 183/I hükmüne getirilmiş bir istisna olma özelliği göstermekteydi. eBK m. 183/II: "Bununla beraber yalnız nevan tâyin edilmiş olan mebiin ayırt edilmiş olması da lâzımdır ve başka bir yere gönderilecek ise bayiin bu maksata mebi üzerinden yedini refetmiş bulunması da şarttır."

satışlarda taraflar sözleşme ile satılanın ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi hususunda anlaşırlarsa CISG m. 67/I hükmünde olduğu gibi karşı edim hasarı, alıcının isteği üzerine satılanın ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi durumunda satılanın "bağımsız" taşıyıcıya teslimi ile birlikte alıcıya geçecektir[236]. Ayrıca aynı CISG uygulamasında olduğu gibi alıcının toplu taşımaya rıza gösterdiği durumlarda hasarın yine satılanın bağımsız taşıyıcıya teslimi ile alıcıya geçeceği kabul edilmektedir[237]. Diğer toplu taşıma hallerinde ise satılan somutlaştırılana kadar hasar alıcıya geçmeyecektir[238]. Alıcıların satılanın toplu olarak taşınmasına rızaları varsa karşı edim hasarına payları oranında katlanacaklardır[239]. Bu husus CISG m. 67/II ve CISG m. 69/III hükmünün Türk Borçlar Kanunu sistematiği içinde de kabul edildiğini göstermektedir.

Belirtmek gerekir ki TBK m. 208 hükmüne sözleşme ile istisna getirilerek uluslararası ticarette kullanılan, Milletlerarası Ticaret Odası tarafından yayımlanan Incoterms[240] gibi kayıtlarının, CIF[241] ve FOB[242] satış gibi sözleşme hükümlerinin uygulanması her zaman sağlanabilecektir. Bu durumda emredici nitelik taşımayan TBK m. 208 hükmü uygulama alanı bulmayacaktır.

Sonuç

Roma Hukuku'ndan beri oldukça eleştirilen düzenlemelere sahip olan hasar kurumu, Türk Borçlar Kanunu, CISG ve Alman Medeni Kanunu'nun getirdiği ve satılanın teslimini esas alan hasarın geçişi düzenlemeleri ile daha sağlam bir zemine oturmuş, zira söz konusu hukuk sistemleri hasarı öğretide hâkim olan görüşlere ve temel eleştirilere

236 Eren (n 15) 55; Yavuz, Acar, Özen (n 5) 73; Nomer, Engin (n 4) 86; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 38; Çetiner (n 211) 103; Altay, CISG Uyarınca Hasarın Geçişi (n 128) 200.

237 Nomer, Engin (n 4) 86; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 38; Altay, CISG Uyarınca Hasarın Geçişi (n 128) 200. Cf n 131.

238 Nomer, Engin (n 4) 86; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 38; Altay, CISG Uyarınca Hasarın Geçişi (n 128) 201.

239 Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 38.

240 Yargıtay 7. HD, T. 31.1.2013, E. 2012/3883, K. 2013/659 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files /dsp.php?fn=7hd-2012-3883.htm&kw=nef%27i+sat%C4%B1%C5%9F#fm> son erişim tarihi 25.08.2018: "Davacı ile dava dışı İngiliz firması arasındaki satım sözleşmesi denizaşırı satış niteliğinde olup, konu Mülga TTK'nun 1133 ve devam eden maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca milli hukuktaki düzenleme yanında Milletlerarası Ticaret Odası tarafından "ticari terimlerin yorumlanmasında kullanılan uluslararası kararlar" adlı kısa adı "incoterms" olan, ilk defa 1936 yılında yayınlanan ve bugüne kadar da güncellenmiş olan 350 numaralı yayında da konuya dair Uluslararası uygulama kuralları belirlenmiştir. Gerek Mülga TTK'da gerekse "incoterms" de kural olarak denizaşırı satışlarda sözleşmede açıkça belirtilmediği takdirde teslim FOB ve SİF esasına göre yapılmaktadır. Anılan esaslar gereğince satıcının malı gemi bordosuna teslimi ile birlikte hasar ve nef'i alıcıya geçer. Böyle bir durumda satıcı, mal ile ilişkisini kesmiş olacağından bir başka değişle mal sahipliği sıfatını yitirmekle taşıma sırasında 3.kişilerce mala verilecek zararların tazminini talep hakkını kaybedecektir."

241 CIF satışın söz konusu olduğu bir uyuşmazlıkla yarar ve hasarın geçişi hakkında Yargıtay kararı için bknz: Yargıtay 11. HD, T. 18.4.2014, E. 2013/18638, K. 2014/7694 <http://www.kazanci.com/ kho2/ibb/files /dsp.php?fn=11hd-201318638.htm&kw=nef%27i+sat%C4%B1%C5%9F #fm> son erişim tarihi 25.08.2018: "Bilindiği üzere mal mukabili satımda, satılan malın teslim yerine ulaşması ve malın alıcısına teslim edilmesinden sonra satım bedeli ödenmektedir. Bu tür bir satışta, satıcının eşya üzerindeki menfaati teslime kadar devam edeceğinden taşıma sırasında hasar meydana gelmesi halinde de sorumlulara müracaat hakkı bulunmaktadır. Bu durumda, mahkemece, yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda davacının tüm delilleri toplanarak dava konusu taşımanın tamamen CİF satış koşullarında yapılıp yapılmadığının, mal bedelinin satıcı tarafından alınıp alınmadığının tespiti ile sonucuna göre davacının aktif husumet ehliyetinin değerlendirilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm tesisi doğru olmamış, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir."

242 FOB satışın söz konusu olduğu bir uyuşmazlıkla yarar ve hasarın geçişi hakkında Yargıtay kararı için bknz: Yargıtay 19. HD, T. 28.3.1997, E. 1996/10078, K. 1997/3268 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/19hd-1996-10078.htm> son erişim tarihi 25.08.2018; ayrıca bknz: Neumayer, Ming (n 15) 430, para 5.

uygun olarak düzenlemişlerdir. Özellikle 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde mehaz kanuna uygun olarak kabul edilmiş olan ve oldukça eleştirilen İsviçre Hukuku'nda yer alan hasarın geçişi sistemi, yeni Türk Borçlar Kanunu'nda kabul edilmemiş ve Alman Hukuku'nda kabul edilen hasarın geçişi sistemi esas alınmıştır. CISG'ın özellikle teslimi esas alan 69. maddesinde ise Alman delegasyonunun önemli bir etkisi olmuştur. Bu açıdan TBK ve CISG hükümleri yukarıda açıklandığı üzere tam bir uyum içerisindedir. Ancak gayet doğaldır ki CISG hükümleri uluslararası ticaretin gereksinimlerine uygun olarak çok daha kapsamlı düzenlemeler öngörmüştür. Zira Türk Borçlar Kanunu'nun uygulama alanı, ticari olmayan satış ilişkilerinden uluslararası satışa kadar çok geniş bir yelpazeye yayılmıştır. Bu açıdan uygulama alanına giren durumlarda CISG, TBK hükümlerinin yerini almış ve onu kısmen ilga etmiştir.

Kanımca CISG'ın getirdiği ayrıntılı düzenlemeler, özellikle taşınmakta olan mallarda hasarın geçişi ile ilgili CISG m. 68 hükmü, Türk Borçlar Kanunu'nda bu yönde bir düzenleme bulunmadığı için kıyasen uygulanabilecek niteliktedir. Zira öngörülen çözüm kanunun amacı, menfaatler dengesi ve teslimi esas alan hasar rejimi açısından uygunluk arz etmektedir. Taşınmakta olan bir malın satışını konu edinen sözleşme ilişkilerinde satıcı, satılanı koruma ve ondan ekonomik olarak yararlanma imkânına sahip değildir. TBK 208 hükmünün bu doğrultuda bir menfaatler dengesi öngörmüş olması göz önüne alınırsa CISG m. 68 hükmünün TBK sistematiğine uygun olduğu anlaşılır. Bu açıdan kanunda boşluk bulunduğu hallerde Türk hâkimi gerek kıyasen gerek ise kanun koyucu gibi hukuk yaratma görevini kullanırken CISG'da düzenlenmiş olan hasar rejimini kendisine referans olarak almalıdır.

TBK ve CISG hükümlerinin benzer çözümleri benimsemiş olması özellikle uygulama açısından önemli bir husustur. Böylece CISG m. 7'de öngörülmüş olan CISG'ın farklı hukuk sistemlerinde aynı şekilde uygulanması hedefine de daha rahat bir şekilde ulaşılacaktır.

Kaynakça / References

Acar H, "Hasarın Riskinin Geçişine İlişkin TBK, CISG ve Incoterms Hükümlerinin Mukayeseli Olarak İncelenmesi, Milletlerarası Satım Hukuku" in Sinan Okur (ed), *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)* (1. Bası Adalet Yayınevi 2016)

Akıntürk T, *Satım Akdinde Hasarın İntikali* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları no:212 Sevinç Matbaası, 1966)

Altay S, *Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi* (1. Bası, Vedat Kitapçılık 2008)

—— —— "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın Alıcıya Geçişi" (2013) I GSÜHFD 183

Ansay S, "Menkul Mallarda Mülkiyetin ve Hasarın İntikali Hakkında Muhtelif Sistem Arasında Bir Mukayese" (1953) 1-4 AÜHFD 450

Atamer Y, "Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'ın İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış", in Yeşim Atamer (ed), *Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG)* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2008)

—— —— *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları* (1. Bası, Beta yayıncılık 2005) 268

Bollé S, "The Theory of Risks in the 1980 Vienna Sale of Goods Convention" (1999-2000) Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods 245

Bridge M, "CISG Uyarınca Hasarın Geçmesi", in Yeşim Atamer (ed), *Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG)* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2008)

Çakırca İ, "Satımda Edim ve Karşı Edim Hasarının Alıcıya Geçmesi" (2007) İÜHFM 177

Çetiner B, "Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi" (2009) LXVII İÜHFM 97

Devellioğlu F, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat* (2. Baskı, Aydın Kitabevi 2010)

Doğan M, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın İntikali* (1. Bası, Yetkin Basımevi 2016)

Engel P, *Traité des obligations en droit suisse: Dispositions générales du CO* (2ème Edition, Staempfli Editions SA 1997)

—— —— *Contrats de droit suisse: Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innomés* (2ème Edition, Staempfli Editions SA 2000)

Erdoğmuş B, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri* (1.7.2012'de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yeni Bası, Der Yayınları 2014)

Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (4. Baskı, Yetkin Yayınları 2017)

Ergüne S, "Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları" (2004) İÜHFM 351

Ferrari F, "Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention -25 Years of Article 25 CISG-" (2006) 25 Journal of Law and Commerce 489

Franko N, "Satım Akdinde Hasarın İntikali" (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1998) Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan 349

Gümüş A, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, vol 1: İsimsiz Sözleşmeler Teorisi, Satış, Mal Değişimi, Bağışlama, Kira, Kullanım Ödüncü, Tüketim Ödüncü, Genel Hizmet Sözleşmesi (3. Bası, Vedat Yayıncılık 2013)

—— —— *Borçlar Hukuku Özel Hükümler: Kısa Ders Kitabı, İsimsiz Sözleşmeler Teorisi, Satış, Mal Değişimi, Bağışlama, Kira, Eser, Vekâlet, Kefalet* (2. Baskı, Filiz Kitapevi, 2017)

Hachem P, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi,* CISG m. 66-70 (Ingeborg Schwenzer ve Pınar Çağlayan Aksoy eds, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2015)

von Hoffmann B, "Passing of Risk in International Sales of Goods", in Hoffman etar Sarcevic and Paul Volken (eds), *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures* (Oceana 1986)

Honnold J, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (3rd ed. Kluwer Law International, The Hague 1999)

Neumayer K, Ming C, *Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises Commentaire* (François Dessemontet ed, Centre du droit de l'entreprise, droit industriel, droit d'auteur, droit commercial, Publication Cedidac 1993)

Nicholas B, *Commentary on the International Sales Law: the 1980 Vienna Sales Convention,* CISG art. 66-70 (Cesare Massimo Bianca ve Michael Joachim Bonell eds, Giuffrè 1987)

Nomer H, Engin B, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi Birinci Fasikül: Giriş; Madde 207-216, 245* (3. Bası, Seçkin Yayıncılık 2017)

Nomer H, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (15. Bası, Beta Yayıncılık 2017)

Oğuzman K, Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler,* vol 1 (16. Bası, Vedat Kitapçılık 2018)

Oğuzman K, Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler,* vol 2 (12. Bası, Vedat Kitapçılık 2016)

Oruç M, *Satış Sözleşmesinde Riskin Geçişi: Türk Borçlar Kanunu CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Anlaşması) INCOTERMS Uluslararası Ticari Terimler* (1. Bası, Vedat Kitapçılık 2015)

Rado T, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku* (Filiz Kitabevi 2014)

Schlechtriem P, Butler P, *UN Law on International Sales The UN Convention on the International Sale of Goods* (Springer Verlag 2009)

Schönle H, "Réflexions sur le transfert des risques dans la vente internationale" (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 1990) Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Mélange à la mémoire du Professeur Haluk Tandoğan

Schroeter U, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması* (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, CISG m. 25 (Ingeborg Schwenzer ve Pınar Çağlayan Aksoy eds, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2015)

Schwarz A, "Satış Aktinde Hasarın İntikali" (Kudret Ayiter tr, 1947) 1-4 AÜHFD 159

Schwenzer I, Hachem P, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi,* CISG m. 6-7 (Ingeborg Schwenzer ve Pınar Çağlayan Aksoy eds, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2015)

Sevón L, "Passing of Risk" in Institut suisse de droit comparé, *Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises: colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre* (Schulthess Polygraphischer Verlag, 1985)

Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, vol 1, Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama (6. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık 2008)

Tercier P, Bieri L, Carron B, *Les contrats spéciaux* (5ème Edition, Schulthess Verlag Editions Romandes 2016)

Tercier P, Pichonnaz P, *Le droit des obligations* (5ème Edition revue et augmentée, Schulthess Editions Romandes 2012)

Thévenoz L, *Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-529 CO* (Luc Thévenoz et Franz Werro Eds, 2ème Edition, Helbing Lichtenhahn 2012) (CR CO-I)

Toker A, "Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali" (2013) 33 MHB 213

Tunçomağ K, *Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, vol 2 (3. Bası, Sermet Matbaası 1977)

Umur Z, *Roma Hukuku Ders Notları* (3. Bası, Beta Yayınevi 2010)

Venturi S, Zen-Ruffinen M, *Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-529 CO* (Luc Thévenoz et Franz Werro Eds, 2ème Edition, Helbing Lichtenhahn 2012) (CR CO-I)

Will M, *Commentary on the International Sales Law: the 1980 Vienna Sales Convention,* CISG art. 25 (Cesare Massimo Bianca ve Michael Joachim Bonell eds, Giuffrè 1987)

Yavuz C, Acar F, Özen B, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (10. Bası, Beta Yayınevi 2014)

Yetiş Şamlı K, "Borçlar Hukuku ve CISG Çerçevesinde Hasarın İntikali" (2007) İÜHFM 303

Zeytin Z, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku* (1. Bası, Seçkin Yayıncılık 2011)

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Public and Private International Law Bulletin, 38(1): 147–189

DOI: 10.26650/ppil.2018.38.1.0001
http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/_

Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 30 Nisan 2018
Kabul: 6 Haziran 2018

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Japon Milletlerarası Özel Hukuk Teori ve Uygulamasında "Kamu Düzeni Müdahalesi"

Onur Can Saatcıoğlu[1]

Öz

Bu çalışma, milletlerarası özel hukukun temel problemleri arasında yer alan "kamu düzeni müdahalesi"nin, Japon hukukunda nasıl anlaşıldığı ve uygulandığı hususunu ele almaktadır. Bu kapsamda öncelikle, "kamu düzeni" ve "kamu düzeni hükmü" kavramları incelenmiş, bu kavramların iç hukuk anlamında kamu düzeni anlayışı ile benzeşen ve ondan ayrılan yönleri ortaya konmuştur. Ardından, kamu düzeni hükmünün işletilebilmesi için doktrinde varlığı zorunlu olarak aranan iki temel şarta değinilmiştir. Devamında ise, kamu düzeni müdahalesi sonrasında izlenecek yol hakkında ifade bulmuş muhtelif görüşler ışığında, engelleme sonrasında bir kural boşluğu doğduğunu savunan yaklaşım ile böyle bir boşluğun doğumunu reddeden yaklaşıma temas edilmiştir. Teorik açıklamaların arkasından, konunun Japon mahkeme uygulamasındaki görünümüne geçilmiştir. Bu kapsamda, mahkemelerce kamu düzeni müdahalesine başvurulmuş örnekler hakkında bilgi verilmiş, bu örnekler içerisinde doktriner eserlerde sıkça değinilenler ayrı altbaşlıklar halinde ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Kamu düzeni • Ordre public • Kanunlar ihtilâfı hukuku • Japon hukuku • Yabancı hukuk

The Doctrine of "Public Policy" in Japanese Private International Law Theory and Practice

Abstract

This essay aims to explore the fundamental private international law doctrine of public policy (ordre public) as it is understood in Japanese law. In this context, the concepts of "public policy" and "public policy provision" will be examined with specific reference to similarities and differences within the domestic public policy notion of Japanese law. Next, as frequently argued in doctrine, it will address two main conditions for enforcing this notion and several possible routes for resolving disputes once the application of foreign law is denied. After creating a tangible theoretical base for the subject, special care will be given to examining major Japanese court cases involving deliberations on public policy.

Keywords

Public policy • Ordre public • Conflict of laws • Japanese law • Foreign law

1 **Sorumlu Yazar:** Onur Can Saatcıoğlu (Dr.), Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Ankara Türkiye. E-posta: ocstr@hacettepe.edu.tr

Atıf: Onur Can Saatçioğlu, "Japon Milletlerarası Özel Hukuk Teori ve Uygulamasında 'Kamu Düzeni Müdahalesi'" (2018) 38 PPIL 147, 51
https://dx.doi.org/10.26650/ppil.2018.38.1.0001

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

Japon Milletlerarası Özel Hukuk Teori ve Uygulamasında "Kamu Düzeni Müdahalesi"

Giriş

Japon milletlerarası özel hukukunu "normatif temel" yönünden üç dönemde incelemek mümkündür. Birinci dönem, 1898 yılından 1989 yılına kadar gelen ve yüzyıla yaklaşan bir zaman dilimini kapsamaktadır. Bu dönemde, farklı hukuki işlem ve ilişki kategorileri bakımından sevk edilmiş bağlama kurallarını içerir temel düzenleme, Hourei adıyla bilinen kanundur. Bu kanunun göze çarpan ilk özelliği, yalnızca yabancı unsurlu işlem ve ilişkiler için değil, iç hukuka dair genel kurallar da sevk etmiş olmasıdır. Kanun, 20.yy boyunca yapılan birtakım kanun değişiklikleri ile güncel tutulmaya çalışılmıştır. Ancak, özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında etkisini hissettiren küreselleşme olgusu ve Japon ekonomisinin gelişimine paralel şekilde, Japon mahkemelerine yansıyan ve yabancılık unsuru taşıyan işlem ve ilişkilerin sayısında ciddi bir artış olmuş; buna karşılık, esas itibariyle 19.yy milletlerarası özel hukuk anlayışı ile kaleme alınmış olan Hourei, geçirdiği tüm değişikliklere rağmen, bu hızlı gelişmenin gerisinde kalmıştır. Geçtiğimiz yüzyılın son çeyreğine girildiğinde ise, kanunun dilinde ve bağlama kurallarının yapısında çağın içinde bulunduğu şartlara uygun ciddi değişiklikler yapılması hususu önerilmeye başlanmıştır.

Bu öneriler doğrultusunda, 1989 yılında Hourei metninde ve pek çok bağlama kuralında oldukça kapsamlı ve önemli değişiklikler yapılmış, böylelikle Japon milletlerarası özel hukukunun normatif temel yönden ikinci dönemine geçilmiştir. Anılan değişiklikler ile birlikte, günümüzde halen mevcut pek çok bağlama kuralı Japon hukukuna ilk defa kazandırılmış, Hourei'nin 19.yy görünümü büyük ölçüde değiştirilmiştir. Ancak, on yılı aşan sürelik bir kullanımın ardından, değişiklik sonrası Hourei'nin dahi, güncel gelişmelerin gerisinde kaldığı fark edilmiştir. İçinde bulunduğumuz yüzyıl başlarken, artık yeni bir değişiklikten ziyade, yeni bir kanun yapılması fikrinin ağırlık kazandığı görülmüştür.

Japon milletlerarası özel hukukunun normatif temel yönünden son dönemi, Hourei'nin yürürlükten kaldırılarak onun yerine tamamen yeni bir kanunun yürürlüğe sokulduğu 1 Ocak 2007 tarihinde başlamıştır ve halen devam etmektedir. "Hukukların Uygulanmasına Dair Genel Kurallar Hakkında Kanun (HUGKK)"[2] şeklinde alışılmadık bir isme sahip olan bu yeni düzenlemenin isminde yahut metni içerisinde "milletlerarası özel hukuka" yapılmış herhangi bir atıf bulunmamaktadır. Hatta, "yabancılık unsuru" kavramı dahi metinde kullanılmamıştır. Bununla birlikte, metin içerisinde millî hukuk, mutad mesken, oturma yeri, en yakın irtibat kavramı, daha da yakın irtibat kavramı,

2 Kanunun Japonca ismi 法の適用に関する通則法 (*hou no tekiyou ni kansuru tsuusokuhou*) şeklindedir. Uygulamada, bu uzun ismin genellikle 通則法 (*tsuusokuhou*) şeklinde kısaltılarak kullanıldığı görülmektedir. Kanunun Türkçe çevirisi için bkz. Onur Can Saatcıoğlu, 'Hukukların Uygulanmasına Dair Genel Kurallar Hakkında Kanun (Kanunlar İhtilâfı Hukuku Alanındaki Temel Japon Kanununun Türkçe Çevirisi)' (2012) 2(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 103.

karakteristik edim kavramı vb. pek çok alan terimine sıkça rastlanmaktadır. Çağdaş milletlerarası özel hukuk teorisinden aşina olunan bu kavramlardan bir diğeri de "kamu düzeni"dir. Kanun, 42 nci maddesinde genel hüküm niteliğinde olan bir kamu düzeni hükmü ihdas etmek suretiyle, alana ilişkin temel problemler arasında görülen bu müessesenin Japon hukuku açısından normatif temelini oluşturmuştur.

Bu çalışmanın amacı, kamu düzeni probleminin Japon milletlerarası özel hukukunda nasıl anlaşıldığını ortaya çıkarmak ve konunun günümüz Japon hukukundaki temel görünümünü Türk doktrini bakımından erişilebilir kılmaktır. Türkiye ile Japonya arasındaki siyasi ve kültürel etkileşimin, hızla artan bir oranda, kalıcı sonuçlar doğurmaya elverişli bir yönde ilerlemekte olduğu düşünülmektedir. Bu çerçevede, milletlerarası özel hukuk teorisinin uyumlaştırmaya en kapalı ve deyim yerinde ise en "devletsel" yönüne ilişkin olarak Japonya özelinde bir inceleme yapılmasında fayda görülmüştür.

Kamu düzeni müdahalesi, bir yandan kanunlar ihtilâfı metoduna getirilmiş çok önemli bir istisna niteliğinde iken; diğer yandan, gelişmiş devlet hukuklarının büyük çoğunluğu bakımından kabul gören, yaygın bir uygulama niteliğindedir. Problemin çözümüne ilişkin savunulabilecek görüşler, netice itibariyle mahkeme devletinin kamu düzeni anlayışından dayanak aldıkları için; mahkeme uygulamaları da, ilgili devlet hukukunca benimsenen yaklaşım ekseninde ve uyumlaştırmaya kapalı bir seyir izlemek durumunda kalmaktadır. Bu durumun, gelişmiş bir hukuk sistemine ve kanunlar ihtilâfı hukukuna sahip olmaları kaydıyla münferit devlet hukukları bakımından yapılacak ve problemin nasıl ele alındığına ilişkin özele inen çalışmalardan beklenebilecek faydayı artıracağı düşünülebilir ki, Japon doktrininde konunun ele alınış düzeyine, ortaya konan görüşlere ve yapılan tartışmaların içeriğine bakıldığında, Japon hukukunun yalnızca gelişmiş bir kanunlar ihtilafı hukuku teorisine sahip olmayıp aynı zamanda "kamu düzeni problemi" açısından özgün birtakım görüşlere de ev sahipliği yaptığı anlaşılacaktır.

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, "milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni" ve onun normatif dayanağı olan "kamu düzeni hükmü" kavramları hakkında açıklamalara yer verilecektir. İkinci bölüm, kamu düzeni hükmünün işletilmesi hakkında olup, öncelikle doktrinde aranan zorunlu şartlar incelenecek; hemen ardından, kamu düzeni müdahalesi aracılığıyla yapılan engellemenin konusu ve engellemenin ardından izlenecek yol üzerinde durulacaktır. Çalışmanın son bölümünde ise, kamu düzeni müdahalesinin Japon mahkeme uygulamasındaki görünümü incelenecek, yabancı hukukun tatbikinin engellenmiş olduğu başlıca örnek hallere değinilecektir.

Çalışma, Japon kanunlar ihtilâfı hukukundaki anlamı ile kamu düzeni müdahalesine ilişkindir. Dolayısıyla, milletlerarası usul hukuku kapsamında yabancı kararların tanınması ve tenfizi boyutuyla gündeme gelebilecek kamu düzeni müdahalesi, detaylı

inceleme kapsamı dışında tutulmuş, sadece ilgili madde hükmünün varlığından bahsedilmesi ve Türkçe çevirisinin sunulması ile yetinilmiştir.

Japon hukukunda, "milletlerarası özel hukuk" ifadesi, "kanunlar ihtilâfı hukuku" ifadesi ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Bu sebeple, çalışmada faydalanılan kaynakların ifade tercihlerini olduğu gibi yansıtabilmek adında, metin içerisinde "kanunlar ihtilâfı hukuku" yerine "milletlerarası özel hukuk" ifadesinden yana bir kullanımın tercih edildiğini belirtmekte fayda vardır.

Önemle belirtilmesi gereken bir başka husus, çalışmanın bütünüyle Japon hukuku sınırları içerisinde kurgulanmış olduğudur.[3] Bir başka deyişle, kamu düzeni problemi hakkında yer verilecek açıklamalar, Türk hukuku açısından ayrıca değerlendirme konusu yapılmayacak; problemin Japon hukukundaki görünümü, Türk hukukundaki görünümü ile karşılaştırılmayacaktır. Bu tercihin ana gerekçesi, bir "temel problem" olarak milletlerarası özel hukuk teorisinin genel kısmını oluşturan konular arasında ele alınan kamu düzeni müdahalesinin Japon hukukundaki görünümünü merak edecek bir okuyucunun, Türk hukukundaki görünüme zaten vakıf olacağı yönünde yapılmış bilinçli bir varsayımdır. Buna ek olarak, çalışma kapsamının hâlihazırda oldukça geniş olan hacminin daha da genişletilmesi, takip güçlüğüne yol açabilme ihtimâli düşünülerek arzu edilmemiştir.

I. Milletlerarası Özel Hukuk Anlamında Kamu Düzeni

A- Kavram

Çağdaş milletlerarası özel hukuk sistemlerine bakıldığında, uygulanacak hukukun belirlenmesi sürecinin, tatbik ihtimâli bulunan maddi hukukların içeriğine bakılmaksızın gerçekleştirilen mekanik bir faaliyet olarak görüldüğü anlaşılmaktadır. Bu özelliğin, Japon milletlerarası özel hukuku bakımından da kabul edildiği belirtilmekte[4], uygulanacak hukukun, "maddi hukuk içeriklerine ve onların varsayımsal tatbik sonuçlarına bakılmasızın" tespit edilmesi gerektiğinin altı çizilmektedir.[5] Öte yandan, ana kural bu şekilde olmakla birlikte, uygulanacak hukukun belirlenmesi yahut tatbiki sürecinde "mahkeme devleti hukuk düzeninin temel değerlerinin"[6] veya her devletin

3 Çalışmada faydalanılmış tüm kaynaklar (HUGKK metninin Türkçe çevirisi hariç), Latin alfabesi kullanmayan bir yazı sistemi ile kaleme alınmış oldukları için, kaynakça kısmı ve dipnotlar oluşturulurken bir transkripsiyon faaliyeti (*romanization*) yapılması gereği duyulmuş; bu hususta, *waapuro* heceleme sistemi kullanılmıştır. Kaynakların orjinal dildeki yazımları ise, kaynakça kısmında ayrıca parantezler içerisinde sunulmuştur.

4 Toshiyuki Kono, 'Dai 42 jou Koujo' in Y Sakurada and M Dougauchi (eds) *Chuushaku kokusaishihou* (Yuuhikaku 2011) 332; Yoshiaki Sakurada, *Kokusaishihou* (6th edn Yuuhikaku 2012) 133; Makoto Itou, *Kokusaishihou* (3rd edn Koubundou 2013) 51; Tadashi Kanzaki, *Pureppu kokusaishihou* (Koubundou 2015) 151; Dai Yokomizo, 'Gaikokuhou tekiyouseido souron (2)' Nendokoukikougi kokusaishihou dai9kai (2013) 1 <http://ocw.nagoya-u.jp/files/443/yokomizo_09.pdf> accessed 20 May 2018; Toshihiro Kasahara, *Kokusaishihou genron* (Bunshindou 2015) 108.

5 Naoshi Takasugi, 'Dai 2 Shou' in H Matsuoka (ed) *Kokusaikankei shihou nyuumon* (3rd edn Yuuhikaku 2012) 60.

6 Kamu düzeni hükmünün, iç hukukta benimsenen "değerlerin" yabancı unsurlu olayda ortaya konmaları amacına dönük bir vasıta olduğu, fakat bu amaçla kullanılan tek vasıta olmadığı belirtilmektedir. Japon hukukunun tatbikini öngörüyor olmaları kaydıyla "tek yanlı" bağlama kurallarının da bu amaca hizmet ettikleri ifade edilmekte; HUGKK m.5, m.35/2-2 ve m.6 hükümlerinin bu nitelikte tek yanlı bağlama kuralları ihtiva ettiklerinden bahsedilmektedir. Bkz. Jun Yokoyama, *Kokusaishihou* (Sanseidou 2012) 94, 95.

"münferit maddi hukuk kurallarının içerik ve amaç yönlerinden" dikkate alındıkları birtakım hallerin de mevcut olduğuna değinilmekte, temel değerlerin dikkate alınmaları durumunda "kamu düzeni müdahalesi"nin;[7] kuralların içerik ve amaç yönlerinden dikkate alınmaları durumunda ise "doğrudan uygulanan kurallar"ın[8] etki alanı kazanacağı ifade edilmektedir. Kamu düzenine ait içeriğin "kurallar" noktasında mı, yoksa "değerler" noktasında mı olduğu sorusunu ele alan *Yokomizo*, içeriğin kurallardan ibaret olarak görülmesi durumunda, doğrudan uygulanan kurallar ile kamu düzeni arasında bir fark kalmayacağı düşüncesini dile getirmektedir.[9]

Uygulanacak hukuk olarak belirlenmiş yabancı hukukun somut olaya tatbiki neticesinde, Japon "özel hukuk düzeni"nin çekirdeğinde yer alan hukuk ilkeleri ve anlayışında bozulma ihtimâli gündeme gelmekte ise, söz konusu tatbikin engellenmesi olgusu, Japon doktrininde "milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni" başlığı altında incelenmektedir.[10] Yabancı hukukun tatbiki sonucunda, Japonya'da kaim olan "özel hukuk düzeni"ne[11] ilişkin temel kurallar ve hukuk anlayışı ile ciddi ölçüde bir uyumsuzluk ortaya çıkıyor[12], bir başka deyişle yabancı hukukun tatbiki, mahkeme devletinde geçerli bulunan hukuk düzeninin "temeline" zarar veriyor ise, kamu düzeni müdahalesinin devreye gireceğinden bahsedilmektedir.[13]

Japon milletlerarası özel hukukunda anlaşıldığı şekliyle kamu düzeni müdahalesi, yabancı maddi hukuk hükümlerini mevcut halleri üzerinden "kınamak" amacına yönelmiş değildir. Yabancı hükümlerin mevcut şekilleriyle tatbik edilmesi sonucunda mahkeme devletinin toplumunda gerçekten dayanılmaz bir duruma yol açılan haller ile sınırlı olarak, "söz konusu tatbik sonucunun engellenmesi" hedeflenmektedir.[14] Kamu düzenine aykırılığın, "korkutucu / şok edici" nitelikteki "acil durumlar"

7 Yokomizo (n 4) 1. Doktrinde, kamu düzeni müdahalesinin üç açıdan milletlerarası özel hukukta var olan temel kabullere aykırı bir boyut taşıdığı ifade edilmiştir. Öncelikle, yabancı hukukun tatbikinin engellenmesi nedeniyle hukuki olay veya ilişkiye kendisiyle en sıkı irtibatlı hukukun tatbik edilmemesi ihtimâline yol açılmaktadır. İkinci olarak, milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeninin, yabancı hukukun tatbik sonucu ile ilgileniyor oluşu, aslında yabancı hukukun içeriğinin konu edilmesinden başka birşey olmayıp maddi hukuklara tarafsız bir konumda durmak ilkesi ile ters düşmektedir. Son olarak, milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeninin içeriğinin, esasen mahkeme devletinin kamu düzeni anlayışı olduğu, dolayısıyla yabancı hukukun tatbikinin engellenmesinin de nihayetinde Japonya'da yürürlükte bulunan maddi hukuk düzeninin yabancı hukuka öncüllenmesi anlamı taşıyabileceğine dikkat çekilmektedir. Bkz. Tadashi Kanzaki Yoshihisa Hayakawa and Kazuhiko Motonaga, *Kokusaishihou* (3rd edn Yuuhikaku 2012) 83, 84.

8 Japon milletlerarası özel hukukunda doğrudan uygulanan kural (強行的適用法規 *kyoukouteki tekiyou houki*) kavramı hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Yokomizo (n 4) 4-10.

9 ibid 3.

10 Yasushi Nakanishi and others, *Kokusaishihou* (Yuuhikaku 2014) 111. "Milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni" ifadesi (国際私法上の公序 *kokusaishihoujou no koujo*), kaynaklarda, kamu düzeni kavramının iç hukuktaki anlamından ayrılabilmesi amacıyla da kullanılmaktadır. Kavramın iç hukuktaki anlamı için bkz. Text to n 44.

11 Doktrinde, "hukuk düzeni" ifadesi kadar, "özel hukuk düzeni" (私法秩序 *shihou chitsujou*) ifadesine de sıkça rastlanmaktadır. Bkz. Takasugi (n 5) 61; Sakurada (n 4) 136. Yabancı hukukun tatbik sonucunun gerçekten de Japon özel hukukunun ve toplumsal yaşamının "düzenine" zarar verecek nitelikte olması gerekmektedir. Bkz. Kouji Deguchi, *Rontenkougi kokusaishihou* (Hougakushoin 2015) 137.

12 Sakurada (n 4) 134.

13 Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 83. Yabancı hukukun tatbiki ile ortaya çıkacak sonucun Japon özel hukuk düzeni ile olan uyumsuzluğu çok dikkate değer değil ise, buna göz yumulması mümkündür. Ancak uyumsuzluk şiddetli ise Japon özel hukuk düzeninin temel kısmına zarar verileceği düşünülmektedir. Bkz. ibid 84.

14 Kazunori Ishiguro, *Kokusaishihou* (2nd edn Shinseisha 2007) 274.

bakımından gündeme geleceği düşünülmekte[15] ve *Savigny*'nin ifadesiyle bir "karanlığa atlayış" özelliği gösteren "uygulanacak hukukun belirlenmesi süreci"nin, bu müdahale imkânı sayesinde bir endişe kaynağı olmaktan çıktığı belirtilmektedir.[16]

B- Kamu Düzeni Hükmü

Yabancı hukukun tatbikinin kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle engellenmesini mümkün kılan normların her biri, "kamu düzeni hükmü" adıyla bilinmektedirler.[17] Aşağıda, iç ve dış kamu düzeni ayrımı ele alınırken kısaca değinilecek bu düzenlemeler içerisinde, çalışmamızın ana inceleme konusunu oluşturması itibariyle üzerinde esas durulacak olan norm, Japon milletlerarası özel hukukundaki bağlama kurallarının neredeyse tamamını içeren temel kanun olan Hukukların Uygulanmasına Dair Genel Kurallar Hakkında Kanun (HUGKK) m.42 ile getirilmiş bulunan kamu düzeni hükmüdür. Anılan madde metninin Türkçe çevirisi[18] şu şekildedir;

> Madde 42 - Kamu Düzeni
>
> 1) Yabancı hukuka tâbi olunması gereken durumlarda, hükümlerin tatbikinin kamu düzeni veya genel ahlâka aykırılık teşkil ettiği hâllerde, bunlar uygulanmaz.

HUGKK m.42 metninde geçen "kamu düzeni veya genel ahlâk" ifadesi[19], doktrinde kısaca "kamu düzeni" olarak adlandırılmakta olup, uygulanacak yabancı hukukun tatbikini kamu düzenine aykırılık sebebiyle engelleyen bu hükme, "kamu düzeni hükmü" adı verilmektedir.[20] Japon milletlerarası özel hukuku açısından "kamu düzeni hükmü" dendiğinde ilk akla gelen ve çalışmamızın devamında esas alınacak hüküm budur. Ancak doktrinde önemle vugulanan husus, milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzenine ilişkin tek hükmün HUGKK m.42 olmadığıdır. Bu kapsamda, Bakım Ödevine Uygulanacak Hukuka Dair Kanun m.8/1 hükmü ile Vasiyetnamenin Şekline Uygulanacak Hukuka Dair Kanun m.8 hükmünde, uygulanacak yabancı hukukun engellenmesi bakımından[21]; Japon Medeni Yargılama

15 Kanzaki, 'Pureppu kokusaishihou' (n 4) 160.

16 Bu açıdan kamu düzeni müdahalesinin, "uygulanacak hukukun tespiti" sürecini destekleyen bir fonksiyona sahip olduğu ifade edilmektedir. Bkz. ibid 155.

17 Nakanishi and others (n 10) 111.

18 Saatcıoğlu (n 2) 127.

19 Kaynak ifade公の秩序又は善良の風俗 (*ooyake no chitsujo mata ha zenryou no fuuzoku*) şeklindedir. Kaynak metinde "veya (又は *mata ha*)" bağlacı ile kullanılan ve iki ayrı ifadeden oluşan bir kalıp mevcuttur. Bunlardan ilki, 公の秩序 (*ooyake no chitsujo*) ifadesi olup, "kamu(nun) düzeni" anlamına gelmektedir. İkinci ifade olan 善良の風俗 (*zenryou no fuuzoku*) ise, "bir toplumun genel ahlak algısı" şeklinde tanımlanmaktadır. Her ne kadar bu iki ifade arasında "veya" bağlacı kullanılmış olsa dahi, ifadelerin bir arada anlaşılmaları gerektiği belirtilmektedir. Bu birlikte kullanım sonucunda ortaya çıkan kalıp, kanunlar ihtilâfı hukuku terminolojisinde "kamu düzeni (*ordre public*)" olarak bilinen kavramı karşılamaktadır. Bkz. ibid 127.

20 Sakurada (n 4) 135.

21 Nakanishi and others (n 10) 111; Yokoyama (n 6) 94; Sakurada (n 4) 136; Kasahara (n 4) 108. "Vasiyetin Şeklinde Uygulanacak Hukuka Dair Kanun" ile "Bakım Ödevlerine Uygulanacak Hukuka Dair Kanun", ilgili konularda akdedilmiş Lahey Konvansiyonları'nın iç hukuka aktarılmış halini teşkil etmektedirler. Bkz. Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 85. Bununla birlikte, bu iki kanunda yer alan kamu düzeni hükümleri, metin içerisinde "açıkça" aykırı olmaktan bahsetmiş olmaları itibariyle HUGKK m.42 hükmüne kıyasla kamu düzeni hükmünün işletilme kapsamını daha da sınırlayan bir ifade tarzı içermektedirler. Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 86.

Kanunu[22] m.118 bent 3 hükmünde ise, yabancı kararların tanınmasına dair bir engel içermesi bakımından[23] kamu düzeni hükümlerinin getirilmiş olduğu görülmektedir.

Doktrinde, kamu düzeni hükümlerinin, yasama tekniği açısından "dışlayıcı hükümler"[24] ve "muhafaza edici hükümler"[25] olmak üzere iki türde kaleme alınabildiklerine dikkat çekilmektedir. Dışlayıcı hükümler, lafız itibariyle sadece yabancı hukuku dışlayan (onun tatbikini engelleyen) düzenlemelerdir. Muhafaza edici hükümler ise, yabancı hukukun tatbikinin engellenmesinin ardından iç hukukun (Japon hukuku) uygulanma ihtimâlini de muhafaza eden düzenlemelerdir.[26] Bu bağlamda, sadece yabancı hukuku dışlayıcı görünümdeki kamu düzeni müdahalesinin "menfi kamu düzeni", Japon hukukunun tatbikini öngören kamu düzeni müdahalesinin ise "müspet kamu düzeni" olarak adlandırıldığı belirtilmektedir.[27]

Kamu düzeni müdahalesi, normal şartlar altında tatbik edilmesi gereken yabancı hukukun tatbikini engelliyor olması bakımından istisnai bir yoldur.[28] Bu hususa ilişkin olarak, çağdaş Japon doktrininde yer alan görüşler incelendiğinde, milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni müdahalesinin, "gerçekten ihtiyaç duyulan haller ile sınırlı olarak" kullanılması arzu edilen[29] ve kendisinden "mümkün olduğunca kaçınılması salık verilen" istisnai nitelikte bir yol şeklinde görüldüğü anlaşılmaktadır.[30] Öyle ki, kamu düzeninin bu "son çare olma" niteliği, doktrinde "aile yâdigarı kılıcın çekilmesi" şeklinde veciz bir ifade ile ortaya konmuş[31], müdahalenin bir "acil durum çıkışı / kaçışı" özelliği taşıdığına vurgu yapılmıştır.[32]

22 Kanunun adı (民事訴訟法 *minjisoshouhou*) içerisinde "Japon" ibaresi yoktur. Fakat kafa karışıklığına yol açmamak adına, kanun adını Türkçe'ye çevirirken başına Japon ibaresini eklemekte fayda görülmüştür. Aynı yaklaşım, Japon Medeni Kanunu (民法 *minpou*) bakımından da benimsenmiştir.

23 Takasugi (n 5) 63; Sakurada (n 4) 136.

24 Kaynak ifade, 排斥条項 (*haiseki joukou*) şeklindedir.

25 Kaynak ifade, 留保条項 (*ryuuho joukou*) şeklindedir.

26 Nakanishi and others (n 10) 111; Sakurada (n 4) 135.

27 Japon doktrininde, HUGKK m.42 hükmünün -sahip olduğu dışlayıcı fonksiyon ile bağlantı kurulmaksızın- genel olarak "muhafaza edici" bir hüküm olma özelliği ile anıldığı bildirilmektedir. Bkz. Sakurada (n 4) 135. (Burada kamu düzeninin olumsuz ve olumlu etkilerinden bahsedildiği açık olmakla birlikte, *Sakurada*'nın, eserinde "etki" sözcüğüne yer vermeyip bunu bir "fonksiyon üstlenme" olarak görmesi sebebiyle kaynak ifadeye sadık kalınmıştır); Nakanishi and others (n 10) 111.

28 Sakurada (n 4) 134.

29 Deguchi (n 11) 137; Ishiguro (n 14) 275.

30 Kasahara (n 4) 109; Takasugi (n 5) 61; Itou (n 4) 51; Ishiguro (n 14) 283; Kanzaki, Pureppu kokusaishihou (n 4) 155. *Kasahara*'ya göre, kamu düzeni müdahalesine başvurulurken, ülke ile bir bağlantı aranmalı ve "negatif" bir kullanım sergilenmelidir. Bkz. Kasahara (n 4) 109. *Yokoyama*'ya göre, yabancı hukukun tatbik sonucunun Japon bakış açısına göre uygunsuz olduğu hallerde, eğer uygunsuzluğun sebebi yabancı hukukun içeriğindeki bir "olağandışılık" ise, kamu düzeni hükmüne başvurmak olanaklıdır. Buna karşılık, söz konusu yabancı hukukun içerik yönünden olağandışı görülmediği, daha ziyade, örneğin aradan geçen zamana bağlı olarak bağlama kuralının taraflarca öngörülemeyen bir hukuku uygulanacak hukuk olarak göstermesi gibi bir durumda kamu düzeni hükmüne başvurulmamalıdır. Bkz. Yokoyama (n 6) 97.

31 Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 85. Kaynak ifade, 伝家の宝刀を抜く(*denka no houtou wo nuku*) şeklinde olup, Japonca'da "son çare olarak başvurulma" olgusunu karşılayan bir deyimdir.

32 Masato Dougauchi, *Pointo kokusaishihou souron* (2nd edn 2007) 253. Doktrinde *Kanzaki*, milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni hükmünün işletilmesinin "harekete geçirmek / devreye sokmak" anlamına gelen bir fiil (発動 *hatsudou*) ile tasvir ediliyor ve kullanılıyor olmasının da, söz konusu "acil durum çıkışı /kaçısı" özelliğini yansıttığı kanaatindedir. Bkz. Kanzaki, Pureppu kokusaishihou (n 4) 157.

Kamu düzeni hükmünün istisnai bir işlerliğe sahip olduğu belirtilmekle birlikte, kendi başına bir "istisna hükmü" şeklinde görülmediği de anlaşılmaktadır. Bu bağlamda istisna hükmü ifadesinden, bağlama kuralınca belirlenen yabancı hukuk yerine söz konusu olayla "daha sıkı irtibatlı" bir hukukun tatbikine imkan tanımak üzere sevk edilmiş bulunan hükümler anlaşılmaktadır.[33] Bu hususta *Yokoyama*, istisna hükümleri ile kamu düzeni hükmü arasında bir ayrım yapılması gerektiği kanısındadır. Yazara göre, bunlardan ilki, uygulanacak hukukun belirlenmesi aşamasında fonksiyon üstlenmekte iken; diğeri, tespit edilmiş uygulanacak hukukun tatbiki aşamasında bir fonksiyon gösterebilmektedir. Ayrıca, istisna hükümleri açısından, "olay" ile "belirli bir yer" arasında mekansal bir ilişki söz konusu iken; kamu düzeni hükmünde, tayin edilmiş yabancı hukukun getireceği maddi hukuk sonucunun kabulü veya reddi söz konusudur.[34]

Kamu düzeni hükmünü yalnızca ciddi bir ihtiyaç bulunan hallerde işletmek fikri Japon doktrininde yaygın şekilde benimsenmesine karşın, yakın zamanlarda, kamu düzeninin müspet kullanımını öneren "fonksiyonel kamu düzeni teorisi"nin ortaya çıktığından da bahsedilmektedir.[35] Bu teoriye göre, uygulanacak yabancı hukuk ile -hakimin hukuku sıfatına binaen- Japon hukuku arasında bir karşılaştırma yapılmalı, Japon hukukunun daha yerinde bir sonuca ulaştıracağı öngörülebilen haller açısından kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle yabancı hukukun tatbiki engellenmeli, onun yerine Japon hukuku tatbik edilmelidir.[36] Bir başka deyişle, fonksiyonel kamu düzeni anlayışına göre, bağlama kuralı ile ulaşılan hukukun somut olay ile gerçekten sıkı bir irtibatı bulunup bulunmadığı kontrol edilmeli, sıkı irtibat bulunmayan hallerde uygulanacak yabancı hukukun tatbikini engelleme rolü kamu düzeni hükmüne verilmelidir.[37] Bu yaklaşımda kamu düzeni hükmü, en sıkı irtibatlı hukukun tatbiki için genel bir yardımcı hüküm işlevi görmektedir.[38]

Öte yandan, yine günümüz Japon doktrininde, bu teorinin yoğun şekilde eleştiri almakta olduğundan da bahsedilmelidir. Doktrindeki hakim anlayış[39] (kamu düzeni hükmünün istisnai kullanımı) açısından bu teorinin eleştirilecek önemli yönleri vardır. Öncelikle, kamu düzeni hükmü, uygulanacak hukukun içeriğine bakılmasının ardından ancak işletilebildiği için, bu hükmü uygulanacak hukukun tespiti sürecinde bir genel hüküm vasfı ile kullanmak, yabancı hukukun içeriğine bakıldıktan sonra uygulanacak hukuku tespit etmek anlamına gelecektir ki, böyle bir durum milletlerarası özel hukukun temel mantığına bütünüyle terstir. İkinci olarak, kamu

33 Nakanishi and others (n 10) 111.

34 Yokoyama (n 6) 97.

35 "Fonksiyonel kamu düzeni teorisi"nin kaynak dildeki karşılığı 機能的公序論 (*kinouteki koujoron*) şeklindedir. Teori hakkında bkz. Hiroshi Matsuoka, *Kokusaishihou ni okeru housentakukisoku kouzouron* (Yuuhikaku 1987) 313, 314; Hiroshi Matsuoka; *Gendai kokusaishihou kougi* (Houritsubunkasha 2008) 56-59.

36 Deguchi (n 11) 138; Kasahara (n 4) 110.

37 Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 93.

38 Sakurada (n 4) 136; Takasugi (n 5) 66, 67.

39 Deguchi (n 11) 138.

düzeni müdahalesinin ardından olaya Japon hukuku tatbik edilecek ise, her ne kadar uygulanacak hukukun tespiti sürecinde bir genel yardımcı hüküm vasfı taşındığı iddia edilse de, aslında iç maddi hukukun tatbiki için fırsat yaratılmış olmaktadır. Bir başka deyişle, bağlama kurallarınca daha sıkı irtibata sahip olduğu varsayılan bir yer hukukunun değil, her durumda Japon hukukunun tatbikine giden ve bu yönüyle son derece isabetsiz bir süreç ortaya çıkmakta; kamu düzeni hükmü, aşırıya kaçan bir kullanım[40] ile "suistimal" edilmiş olmaktadır.[41] *Kasahara*'ya göre, fonksiyonel kamu düzeni teorisine bakıldığında, Japon hukukunun 1989 öncesi döneminde[42] bağlama kurallarına duyulan güvensizliğin bir yansımasını görmek mümkündür.[43]

C- Kapsamın Belirlenmesi

Japon hukukunda, "kamu düzeni ve genel ahlâk" kavramı sadece milletlerarası özel hukukta benimsenen anlamıyla kullanılmamaktadır. Bu noktada, "iç - dış kamu düzeni" ayrımı gündeme gelmektedir. Kavramın milletlerarası özel hukuk anlamıyla kullanıldığı hallerde dahi, "benimsenecek kamu düzeni anlayışının dayanağı"na ilişkin olarak "devletsel - evrensel kamu düzeni" ayrımının yapıldığı görülmektedir. Yine, genel hüküm niteliğindeki kamu düzeni hükmünden ayrılan ve haksız fiiller ile sınırlı olarak fonksiyon gösteren özel nitelikte bir kamu düzeni maddesinin varlığı da HUGKK içinde göze çarptığından "genel - özel kamu düzeni" ayrımından da bahsedilmektedir. Milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni kavramının dış sınırlarını daha net görebilmek adına, aşağıda söz konusu ayrımlar üzerinde durulacaktır.

1) İç - Dış Kamu Düzeni Ayrımı

Doktrinde ittifak ile hatırlatılan önemli bir husus, Japon hukukunda kamu düzeni kavramının sadece milletlerarası özel hukuk anlamıyla kullanılmadığıdır. "Milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni" (dış kamu düzeni) kavramından farklı olarak iç hukukta benimsenen kamu düzeni anlayışını yansıtmak üzere, "iç hukuk anlamında kamu düzeni" kavramından bahsedilmekte,[44] bu anlayışın somutlaştığı ana düzenlemeler olmak üzere ise Japon Medeni Kanunu (JMK)

40 Sakurada (n 4) 135.

41 Nakanishi and others (n 10) 111; Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 93; Deguchi (n 11) 138.

42 Yazar, 1989 yılı değişikliği öncesindeki haliyle Hourei'nin yürürlükte olduğu dönemi kast etmektedir.

43 Kasahara (n 4) 110. 1989 yılında Hourei içeriğinde yapılan önemli değişiklikten önceki dönemde, Japon mahkemeleri kamu düzeni hükmünün geniş bir kapsamda işletilebileceğini kabul etmekteydiler. Fakat, o dönemde dahi, doktrinde karşıt görüş olarak hükmün istisnai karakterine işaret edilmekteydi. Bkz. Takasugi (n 5) 66.

44 Bu iki kamu düzeni hükmü arasındaki farkı ortaya koymak üzere, JMK m.90'da yer alanın "iç kamu düzeni" (国内公序 *kokunaikoujo*), diğerinin ise "milletlerarası kamu düzeni" (国際公序 *kokusaikoujo*) şeklinde isimlendirildiği görülmektedir. Bkz. Kanzaki, Pureppu kokusaishihou (n 4) 157.

m.90 hükmü[45] ve Japon Medeni Yargılama Kanunu (JMYK) m.118 bent 3 hükmü[46] gösterilmektedir. Anılan hükümler şu şekildedir;

Japon Medeni Kanunu / Madde 90

Kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı içeriğe yönelik hukuki işlemler geçersizdirler.

Japon Medeni Yargılama Kanunu / Madde 118 bent 3

3- Kararın içeriği ve yargılama usulleri Japonya'da kaim kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı olmamalıdır.

JMK m.90 hükmü ile HUGKK m.42 hükmünün uygulama alanlarının farklı olduğuna dikkat çekilmektedir. JMK m.90 hükmü, sözleşmeler başta olmak üzere "hukuki işlemleri" kendisine konu edinirken;[47] HUGKK m.42 hükmü, "yabancı hukukun tatbik sonucunu" kendisine konu edinmektedir.[48] Bu sebeple, iç maddi hukuk anlamında kamu düzeni, sözleşme gibi hukuki işlemler bakımından gündeme gelebilirken; milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni, sadece hukuki işlemler hakkında olmayıp aile hukuku, eşya hukuku vb. alanları da içerecek şekilde özel hukuk alanının geneli bakımından rastlanabilecek hukuki ilişkiler boyutuyla ortaya çıkabilmektedir.[49] JMK m.90 hükmü, tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri hukuki işlemler üzerinde bir sınırlama getirmek fonksiyonunu haiz iken; HUGKK m.42 hükmü, yabancı hukukun tatbiki sonucuyla ilgilenmekte olup,[50] Japonya'nın temel özel hukuk düzenini korumak amacına yönelmiştir.[51] JMK m.90 hükmünün sonucu, "hukuki işlemin geçersizliği" iken; HUGKK m.42 hükmünün sonucu, "yabancı hukukun tatbikinin engellenmesi"dir.[52]

45 Yokomizo (n 4) 3; Sai Sasaki, 'Kokusaishihou ni okeru koujo to kihonken ni kansuru kousatsu' (2009) 17 Memoirs of Tokyo Management College 65; Kanzaki, Pureppu kokusaishihou (n 4) 157; Ishiguro (n 14) 275; Takasugi (n 5) 61; Sakurada (n 4) 135; Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 89. Öte yandan, her iki kavramın da Japon devletinin devletsel bakış açısından kaleme alınmış olmaları noktasında örtüştüğü, bu noktanın "devletsel kamu düzeni" (国家的公序 *kokkateki koujo*) olarak adlandırıldığı belirtilmektedir. Bkz. Nakanishi and others (n 10) 112.

46 *Deguchi*'ye göre, JMK m.90 ve JMYK m.118 bent 3 hükümlerinde yer alan kamu düzeni maddi hukuka ilişkin iken, HUGKK m.42 hükmündeki kamu düzeni kanunlar ihtilâfı hukukuna ilişkindir. Bkz. Deguchi (n 11) 135.

47 Mahkeme kararları içerisinden bir gruplaştırma yapan *Sasaki*'ye göre, JMK m.90 anlamında kamu düzenine aykırılık oluşturan başlıca haller; ahlaka aykırılık; adalet anlayışına aykırılık; vurgunculuk (bir ürünü çok yüksek fiyattan satarak kazanç sağlama); kişi özgürlüğünün ciddi ölçüde sınırlandırılması; işletme özgürlüğünün sınırlanması, hayatta kalmak için gerekli temel malvarlığı değerlerinin yok edilmesi, ve ciddi ölçüde spekülatif faaliyetlerde bulunmak şeklinde sıralanabilir. Bkz. Sai Sasaki, 'Minpou to kokusaishihou ni okeru koujo gainen (kokusaikazokuhou kenkyuukai houkoku : Dai19kai)' (2011) 55/1 Touyouhougaku 204.

48 Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 89, 90; Takasugi (n 5) 62; Itou (n 4) 52; Sasaki, Minpou (n 47) 203.

49 Takasugi (n 5) 62.

50 Itou (n 4) 52. Öte yandan, HUGKK m.42 hükmü, milletlerarası özel hukuk bağlamında taraf özerkliğini de sınırlandıran bir yapı arzetmektedir. Zira, tarafların seçtikleri yabancı hukukun tatbiki sonucunda kamu düzenine bir aykırılık meydana geleceği öngörülüyorsa, seçilen hukukun tatbiki engellenmektedir. Bkz. Yoshiaki Nomura, 'Dai 6 Shou' in Y Nomura (ed) *Keesu de manabu kokusaishihou* (2nd edn Houritsubunkasha 2014) 144.

51 Takasugi (n 5) 62.

52 JMYK m.118 bent 3 hükmünün sonucu ise, yabancı mahkeme kararının tanınmamasıdır. Bkz. Deguchi (n 11) 135. Japon Yüksek Mahkemesi'nin 1983 yılında vermiş olduğu bir kararda da kabul ettiği üzere, yabancı mahkeme kararının Japonya'da tanınabilmesi için, sadece söz konusu kararın içeriğinin değil, kararın meydana getirilmesindeki usuli süreçlerin de Japon kamu düzenine aykırı yönleri bulunmuyor olmalıdır. Bkz. Deguchi (n 11) 138.

JMK m.90 hükmü bağlamında kamu düzenine aykırılık bulunup bulunmadığı hususu, maddi hukuk bakış açısıyla belirlenmekte olduğu için, Japon maddi hukukundaki emredici hükümlere bir aykırılık söz konusu ise, bu durum genel olarak kamu düzenine aykırılık anlamını taşımaktadır. Buna karşılık, HUGKK m.42 hükmü bağlamında kamu düzenine aykırılık bulunup bulunmadığı hususu, milletlerarası özel hukuk bakış açısıyla belirlenmekte olup, sırf Japon maddi hukuku hükümlerine aykırılık bulunduğundan bahisle, milletlerarası özel hukuk bağlamında da kamu düzenine aykırılık bulunduğu sonucuna varılması mümkün değildir. Zira, böyle bir sonuca varılması halinde, Japon maddi hukukunca benimsenmiş emredici hükümlere aykırılık taşıyan yabancı hukukun tatbiki bir bütün olarak dışlanmış olacağından, uygulanacak hukukun tespiti faaliyeti de anlamını yitirecektir.[53] Maddi hukuk seviyesinden bakıldığında kamu düzeni, esasen taraf iradelerine aykırılık bulunsa dahi tatbiki gereken "emredici kurallar" görünümünde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, bu emredici kurallara aykırılık genel olarak kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilmektedir. Buna karşılık, milletlerarası özel hukuk seviyesinden bakıldığında, uygulanacak hukuk örneğin Japon medeni hukukundaki emredici kurallara aykırı olsa dahi, sırf bu sebepten ötürü kamu düzenine aykırılıktan bahsedilemeyecektir.[54]

Bu durumu bir örnek üzerinde açıklayan *Takasugi*'ye göre; %25 oranında faiz öngörülmüş bir tüketici kredisi sözleşmesi yahut yazılı olmayan şekilde yapılmış bir kefalet sözleşmesi, Japon maddi hukuku açısından pekalâ kamu düzenine aykırı olarak telakki edilebilecek iken; kanunlar ihtilâfı kurallarınca tayin edilmiş uygulanacak yabancı hukukta, örneğin o ülkenin para birimindeki enflasyon oranı düşünülerek %40'ın altında olmak kaydıyla faiz belirlenmesini mümkün kılan yahut kefalet sözleşmesinin geçerliliği için yazılılık şartını aramayan bir düzenlemenin, sırf bu hususların Japon hukukunda düzenlenenlerden farklı olduğu öne sürülerek, milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzenine aykırılığı sonucuna varılmamalıdır.[55]

Benzer şekilde, JMK m.787 hükmünde yer alan, baba veya annenin ölüm tarihinden itibaren 3 yıllık bir süre içerisinde çocuğun, onun altsoyunun veya onların yasal temsilcilerinin babalık davası açabilme hakları bulunduğuna dair düzenleme de emredici nitelikte olmakla birlikte; uygulanacak hukukun yabancı hukuk olduğu hallerde, bu 3 yıllık zaman diliminin mutlak surette verilmesi gerektiği anlamı çıkarılmamalıdır. Nitekim, bir Japon Yüksek Mahkemesi kararında[56], ölüm tarihinden itibaren en fazla 1 yıllık sürede babalık davası açma hakkı tanıyan Güney Kore hukukundaki düzenlemenin, bu haliyle Japon kamu düzenine aykırılık taşımadığı yönünde karar verilmiştir. *Kono*'ya göre, öncelikle her emredici kuralın hangi

53 Nakanishi and others (n 10) 113; Itou (n 4) 51; Sasaki, Minpou (n 47) 203. *Kanzaki*'ye göre, Eğer HUGKK m.42'de benimsenen kamu düzeni anlayışı, iç hukuktaki kamu düzeni anlayışı ile aynı görülecek olursa, o zaman miras ve eşya hukuku gibi çoğunlukla kamu düzeninden ve emredici nitelikte hükümler barındıran alanlar bakımından uygulanacak hukukun tespiti ve tatbiki faaliyeti anlamını yitirecektir. Bkz. Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 89.

54 Takasugi (n 5) 61, 62; Deguchi (n 11) 137.

55 Takasugi (n 5) 62.

56 最判昭和50・6・27家月28・4・83.

değerleri korumak istediği hususu araştırılmalıdır. Ardından ise, yabancı hukukun nasıl bir içeriğe sahip olduğu ve bu içeriğin somut olaya tatbik edildiğinde nasıl bir sonuca yol açacağına bakılarak, bu sonucun emredici kurallarca korunan değerler ile olan ilişkisinin dayanılması zor sonuçlar doğuracak nitelikte olup olmadığı değerlendirilerek bir karara varılmalıdır.[57]

HUGKK m.42 hükmünün işletilmesi için aranan kıstasların, JMK m.90 uyarınca aranacak olanlara kıyasla daha katı oldukları belirtilmekte, bu açıdan HUGKK m.42 hükmünün içerik yönünden daha geniş bir alanı kapsamasına[58] karşın, daha sınırlı bir işletilme imkânına sahip olduğu düşünülmektedir.[59] Uygulanacak yabancı hukukun tatbikini engelleme kıstaslarının da Japon kamu düzeni anlayışına dayandıkları, fakat bunun iç hukuk bağlamındaki kamu düzeni anlayışı olmayıp kanunlar ihtilâfı hukuku boyutundaki kamu düzeni anlayışı olduğu belirtilmekte; söz konusu anlayışın, Japon özel hukuk düzeninin çekirdek kısmını oluşturan hukuk kurallarının ve hukuk anlayışının temelinde yattığı vurgulanmaktadır.[60]

Kanzaki'ye göre, HUGKK m.42 hükmü, JMK m.90 hükmüne kıyasla daha sınırlı ve istisnai olacak şekilde, "bir acil durum çıkışı" özelliği ile uygulanacaktır.[61] Bu iki hükme başvurulma sırası hakkında görüş bildiren *Itou* ise, uygulanacak yabancı hukukun "maddi hukuk anlamında kamu düzeni"nden hükümlerine (iç hukuk anlamında kamu düzeni) aykırılık bulunup bulunmadığı hakkında karar verildikten sonra, "milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni" hükmünün ancak işlevsellik kazanabileceği düşüncesindedir.[62]

Milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni anlayışının Japon Anayasası'nda korunan temel haklar ile olan ilişkisi de doktrinde inceleme konusu yapılmıştır. *Sasaki*, bu hususa ilişkin olarak kaleme aldığı eserinde, Japon Anayasası ile Japon milletlerarası özel hukuku arasındaki ilişkinin iki temel soru etrafında değerlendirilebileceği kanısındadır. Bunlar, kanunlar ihtilâfı kurallarınca uygulanacak hukukun belirlenmesi sürecinin Japon Anayasası'na aykırı olup olmadığı sorusu ile; uygulanacak yabancı hukukun Japon anayasa hukukunca benimsenen sınırlara tabi tutulup tutulmayacağı sorularıdır.[63]

Yazar, birinci soruya ilişkin bir örneğin Japon hukuku açısından geçmişte zaten yaşanmış olduğundan bahsetmektedir. 1989 değişikliği öncesi Hourei'de, evlenme

57 Kono (n 4) 334.

58 Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 90.

59 Nakanishi and others (n 10) 113; Deguchi (n 11) 137; Sasaki, Minpou (n 47) 203. JMYK m.118 bent 3'de yer alan kamu düzeni hükmüne ilişkin uygulama kıstaslarının da aynen HUGKK m.42'dekiler gibi katı oldukları belirtilmektedir. Bzk. Deguchi (n 11) 137.

60 Nakanishi and others (n 10) 117.

61 Kanzaki, Pureppu kokusaishihou (n 4) 157.

62 Itou (n 4) 52.

63 Sasaki, Kihonken (n 45) 63.

ve boşanmaya ilişkin meseleler bakımından "kocanın milli hukukuna tabi olunması" kuralı benimsenmekte idi. Bu durumun Japon Anayasası m.14/1 ve m.24/2 hükümlerinde düzenlenen kadın - erkek eşitliği kuralına aykırı olup olmadığı tartışması yapılmakta, anılan bağlama kuralının değiştirilmesi gerektiği öne sürülmekteydi. Bu görüşün, zamanla Japon doktrininde geniş oranda destek bulduğu ve neticede 1989 değişikliği ile birlikte, bugün de aynı şekilde varlığını koruyan sistemin[64] benimsenerek "kocanın milli hukuku" bağlamasından vazgeçildiği belirtilmektedir.[65]

İkinci soruya ilişkin olarak *Tameike*, Japon Anayasası'na aykırı gibi görünen yabancı hukukların büyük bir çoğunluğu açısından, onların tatbiki sonuçlarının da Japon özel hukuk ve toplumsal yaşam düzenine zarar verici olarak görülebileceklerini; fakat tüm tatbik sonuçlarının bu şekilde daha en baştan "zarar verici" olarak da nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir.[66] *Sasaki* de, gerek *Tameike*'nin anılan görüşü, gerek kamu düzeni müdahalesine ilişkin diğer doktrin görüşlerinden hareketle, uygulanacak yabancı hukukun Japon Anayasası tarafından benimsenmiş sınırlamalara doğrudan tabi olmadığı sonucuna ulaşılabileceği kanısındadır.[67]

2) Devletsel - Evrensel Kamu Düzeni Ayrımı

Japon milletlerarası özel hukuk doktrininde tartışılmış bir başka husus, dış kamu düzeni anlayışının hangi temele dayandırılacağı noktasında ortaya çıkmıştır. Milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni müdahalesine başvurulurken, medeni devletlerce genel olarak kabul edilen bir kamu düzeni anlayışına mı, yoksa Japon devletinin kamu düzeni anlayışına mı dayanılması gerektiği sorusuna yanıt aranmıştır.

Yabancı hukukun tatbikinin engellenmesine ilişkin kıstaslara her devletin kendi devletsel bakış açısına göre karar vermesi halinde, milletlerarası özel hukuk sistemleri uyumlaştırılsa dahi, münferit olaylar bakımından, tayin edilecek yabancı hukukun bir devlet mahkemesince tatbik edilirken diğer devlet mahkemesince dışlanması ihtimâli gündeme gelmektedir. Böyle bir durumun ise, uyumlaştırmadan beklenebilecek faydaya engel olacağı, dolayısıyla, Japon milletlerarası özel hukuku anlamında kamu düzenine ilişkin kıstasların, medeni ülkelerce benimsenenler ile ortak olması gerektiği yönünde bir görüş öne sürülmüştür. Bu görüş, "evrensel kamu düzeni teorisi" adıyla bilinmektedir.[68] Birden fazla sayıda devlet tarafından (medeni devletlerce) kabul edilen birtakım genel kuralları kamu düzeni anlayışına dayanak yaparak, geniş bir bakış açısı ile konuyu ele almak şeklinde özetlenebilecek bu yaklaşımın, geçmişte[69]

64 Evlenmeye ve boşanmaya dair günümüzde yürürlükte olan bağlama kurallarının Türkçe çevirisi için bkz. Saatcıoğlu (n 2) 120-122.

65 Sasaki, Kihonken (n 45) 63.

66 Yoshio Tameike, *Kokusaishihou kougi* (3rd edn Yuuhikaku 2005) 216, 217 (Sasaki, Kihonken (n 45) 64'den atfen).

67 Sasaki, Kihonken (n 45) 65.

68 Nakanishi and others (n 10) 112. "Evrensel kamu düzeni teorisi"nin kaynak dildeki karşılığı 普遍的公序論 (*fuhenteki koujoron*) şeklindedir.

69 1989 Değişikliği öncesindeki haliyle Hourei'nin yürürlükte olduğu dönem kast edilmektedir.

yaygın kabul görmüş olduğundan bahsedilmektedir.[70] Evrensel kamu düzeni anlayışı uyarınca, yabancı hukukun tatbiki, mahkeme devletinin devletsel bakış açısına göre dayanılması güç olsa dahi, medeni devletlerce genel olarak kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı görülebilecek bir netice ortaya çıkmıyorsa, söz konusu yabancı hukuk olaya tatbik edilmelidir.[71]

Buna karşılık, hangi hususların medeni ülkelerce genel olarak benimsenen kamu düzeni anlayışını yansıttığını belirleyebilmenin güç olduğu da ifade edilmektedir.[72] Evrensel kamu düzeni anlayışı, milletlerarası özel hukuk sistemlerinin uyumlaştırılması penceresinden bakıldığında mâkul gibi durmakta ise de, hangi unsurların medeni devletlerde genel olarak yürürlükte olan kamu düzeni anlayışını karşıladığını bilebilmek oldukça zordur. Ayrıca, kişilerin özel hukuka dair hayat ilişkilerinin geniş anlamda "devlet" birimi altında idare edildiği günümüz milletlerarası toplumunda, kamu düzenine ilişkin kıstasların her devletin kendi devletsel bakış açısından hareketle belirlenmesinden başka çıkar yol olmadığı da söylenmektedir.[73] Evrensel kamu düzeni anlayışını bu şekilde eleştiren düşüncelerin, "devletsel kamu düzeni anlayışı" adı altında somutlaştırıldığı ve günümüz Japon doktrininde baskın şekilde savunulduğu ifade edilmektedir.[74] Şu halde, günümüzde, yabancı hukukun tatbikinin engellenmesine ilişkin kıstaslara Japon devletinin kendi devletsel bakış açısına göre karar vermesi gerektiği görüşünün baskın olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

3) Özel - Genel Kamu Düzeni Ayrımı

HUGKK içerisinde, "kamu düzeni" ibaresine madde başlığında yer veren iki ayrı düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan ilki, çalışmamızın da ana inceleme konusunu oluşturan HUGKK m.42 hükmünde getirilmiş genel hüküm niteliğindeki düzenlemedir. Öte yandan, HUGKK m.22 hükmünde ayrıca "özel nitelikte"[75] bir düzenlemenin de sevk edilmiş bulunduğundan bahsedilmelidir. Söz konusu madde metni şu şekildedir;

> Madde 22 - Haksız Fiillere İlişkin Kamu Düzeni Kaynaklı Sınırlamalar
>
> 1) Haksız fiil ile ilgili olarak yabancı hukuka tâbi olunması gerekli hâllerde, söz konusu yabancı hukukun uygulanmasını gerekli kılan vakıanın Japon hukukuna göre haksız olmaması durumunda, söz konusu yabancı hukuktan kaynaklanan tazminatların veya diğer yaptırımların talep edilmeleri mümkün değildir.
>
> 2) Haksız fiil ile ilgili olarak yabancı hukuka tâbi olunması gereken hâllerde, söz konusu

70 Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 88, 89.

71 Deguchi (n 11) 136.

72 Nakanishi and others (n 10) 112.

73 Deguchi (n 11) 136.

74 Kono (n 4) 334; Sakurada (n 4) 135; Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 89; Sasaki, Minpou (n 47) 205, 206. "Devletsel kamu düzeni" ifadesinin kaynak dildeki karşılığı 国家的公序 (*kokkateki koujo*) şeklindedir.

75 Yokoyama (n 6) 215.

> yabancı hukukun uygulanmasını gerekli kılan vakıanın söz konusu yabancı hukukça ve Japon hukukunca haksız olduğu hâllerde dahi, zarar gören, Japon hukukunca tanınan tazminatların veya diğer yaptırımların mevcut olmadığı taleplerde bulunamaz.[76]

HUGKK m.22 hükmü, bütün fonksiyonunu aynı Kanun m.17 - m.21 arasındaki maddeler uyarınca "haksız fiil ile ilgili olarak yabancı hukukun uygulandığı hâller" bakımından göstermektedir. Dolayısıyla, sayılan maddelerden herhangi birine göre yabancı hukukun tayin edilmiş olması, m.22 hükmünün dikkate alınması için yeterlidir.[77] Düzenlemenin varlık sebebi olarak; "haksız fiillere ilişkin hükümlerin, kişilerarası adalet ve hakkaniyetin devamı şeklindeki kamusal menfaatin korunması amacına işaret ediyor olmaları sebebiyle, konunun Japon kamu düzenini de ilgilendirmekte olduğu" düşüncesi gösterilmektedir.[78]

HUGKK m.22 içerisinde getirilmiş bulunan hükümler, doktrinde "özel nitelikli muhafaza edici hükümler" olarak bilinmektedir.[79] Açıkça anlaşılacağı üzere, HUGKK m.22 içerisinde iki fıkra halinde getirilmiş hükümler aracılığıyla, iç hukuk düzenini korumak adına belirli birtakım hukuki ilişkiler bakımından, sınırlı kapsamda dahi olsa Japon hukukunun "mutlak surette" tatbik edilmesi öngörülmektedir.[80] Nitekim doktrinde *Sakurada*, bu maddenin, uygulanacak yabancı hukuku Japon hukuku lehine özel olarak "askıya alan" bir yapısı bulunduğuna dikkat çekerken[81]; özellikle birinci fıkra hükmünü değerlendiren *Kanzaki*'ye göre, bu hüküm aracılığıyla mahkemeye, "uygulanacak hukuka gitmeden önce Japon hukukuna göre haksız fiil ilişkisinin kuruluşunu reddetme" imkânı verilmiştir.[82] Birinci fıkra hükmünün fikri mülkiyet haklarına ilişkin kimi ihlâller bakımından; ikinci fıkra hükmünün ise cezalandırıcı nitelikte tazminatlar bakımından devreye girme ihtimâlinden bahsedilmektedir.[83]

Eski kanun Hourei döneminde HUGKK m.22'ye karşılık gelen hükümler, Hourei m.11/2 ve m.11/3'de yer almakta idi.[84] Buna karşılık, daha o dönemde iki fıkra şeklinde getirilen bu hükümlerin eleştirildiği, haksız fiiller bakımından hakimin hukukunun (Japon hukuku) olaya mutlak surette uygulanmasından bahsedilemeyeceği, bu düzenlemenin teorik açıdan problemli olduğu;[85] kamu düzeni ile ilgili olarak yalnızca

76 Kaynak fıkra hükmü, Türkçe'ye bu şekilde çevrildiğinde, basit bir hususu karmaşık ve belki de devrik anlatım oluşturabilecek bir yönden belirtir gibi durmaktadır. Kaynak ifadenin benimsediği ifade şekline sadık kalmak adına bu hüküm, anlatımı kolaylaştırabilecek herhangi bir dış müdahalede bulunmaksızın Türkçe'ye aynen çevrilmiştir. Aslında, hükümde kast edilmek istenen husus, "Japon hukukunca tanınmayan tazminat yahut diğer yaptırımların talep edilemeyecek" olmasıdır.

77 Tadashi Kanzaki, 'Fuhoukoui ni tsuite no koujo ni yoru seigen' in Y Sakurada and M Dougauchi (eds) *Chuushaku Kokusai Shihou (Daiichi Ken)* (Yuuhikaku 2011) 529.

78 Nakanishi and others (n 10) 246.

79 ibid 112; Sakurada (n 4) 135.

80 Nakanishi and others (n 10) 112.

81 Sakurada (n 4) 261.

82 Kanzaki, Fuhoukoui (n 76) 538, 539.

83 Nakanishi and others (n 10) 246, 247.

84 Kanzaki, Fuhoukoui (n 76) 526, 528.

85 Nakanishi and others (n 10) 237.

buna ilişkin genel hükme başvurulmasının yeterli olacağı şeklinde gerekçeler sunulduğu görülmüştür.[86] Böyle eleştirilerin bulunduğu bir ortamda hazırlanmasına başlandığı için, HUGKK içerisinde, anılan fıkra hükümlerine denk düşecek ayrı bir maddeye yer verilmesi, *Kanzaki*'ye göre şaşırtıcı olmuştur.[87] HUGKK'nın hazırlık çalışmaları esnasında düzenlemenin korunması lehine görüşlerin varlığı sebebiyle bir uzlaşıya varılamadığı,[88] neticede, özel nitelikteki bu düzenlemeye yeni kanun HUGKK bünyesinde de yer verildiği belirtilmektedir.[89]

II. Kamu Düzeni Hükmünün İşletilmesi

Doktrinde, kamu düzeni hükmünün işletilmesi ihtimâli doğduğunda, özellikle iki sorunun akla geleceğinden bahsedilmektedir.[90] Bunlardan ilki, kamu düzeni veya genel ahlaka aykırılıktan ne anlaşılması gerektiği, bir başka deyişle hükmün hangi hallerde işletileceği sorusudur. Akla gelecek ikinci soru ise, yabancı hukukun tatbiki engellendikten sonra ana meselenin nasıl bir esastan hareketle çözümlenmesi gerektiği, bir başka deyişle hüküm bir kez işletildikten sonra uygulanacak hukukun tespiti yönünden nasıl hareket edileceği sorusudur.[91]

Aşağıda, ilk olarak kamu düzeni hükmünün işletilebilmesi için doktrinde zorunlu olarak aranması gerektiği düşünülen şartlara değinilecektir. Ardından, engellemenin konusunun ne olduğuna dair kısa bir tartışmaya yer verilecek ve son olarak engellemeyi takiben Japon mahkemesinin engellenen hükmü veya hukuku nasıl ikame edebileceği hususuna ilişkin olarak doktrinde ifade edilmiş görüşler sunulacaktır.

A- Zorunlu Şartlar

1) Yabancı Hukukun Tatbiki ile Ortaya Çıkan Sonucun "Olağandışı" Görülmesi

Yabancı hukukun tatbikinin "dışlanması", tatbik sonucunda ortaya çıkacak durumun Japon hukukunca "izin verilmez[92]" nitelikte görülmesinden, yani Japon hukukundaki çözüm ile çelişmesinden kaynaklanmaktadır.[93] Ancak, burada basit ve yüzeysel farklılıklar değil, objektif olarak bakıldığında Japon özel hukuk düzeninden ciddi ölçüde farklılaşan sonuçlar kastedildiği için[94], farklılığın ciddiyetine vurgu

86 Konuya ilişkin gerekçe sunmuş yazarlar için bkz. Kanzaki, Fuhoukoui (n 76) 527 dipnot 3.

87 ibid 527.

88 Nakanishi and others (n 10) 246.

89 Kanzaki, Fuhoukoui (n 76) 527.

90 Kasahara (n 4) 108; Kono (n 4) 333, 334.

91 Kamu düzeni hükmü aracılığıyla yabancı hukukun tatbikinin engellenmesinin şartları bakımından 1989 değişikliği sonrası Hourei m.33'ün benimsediği kıstaslar korunmuş, dolayısıyla bu konu hakkında mevcut doktrin görüşlerinin de HUGKK dönemine aktarılmaları sağlanmıştır. Bkz. Kunio Koide, *Chikujou kaisetsu-Hou no tekiyou ni kan suru tsuusokuhou* (Shoujihoumu 2009) 375.

92 Kono (n 4) 332.

93 Yokoyama (n 6) 100.

94 Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 86.

yapmak adına, doktrin ve yargı kararlarında "tatbik sonucunun olağandışılığı" ifadesi kullanılmaktadır.[95]

Doktrinde sıklıkla vurgulanan önemli bir husus, kamu düzeni müdahalesinin "yabancı hukukun kendisi" hakkında değil, o hukukun "tatbik sonucu" hakkında gündeme getirilmesi gerektiğidir.[96] Uygulanacak yabancı hukukun soyut bir hükmüne ait içeriğin, Japon maddi hukukunda aynı konuya ilişkin bulunan içerikten farklı olması, kamu düzeni müdahalesine başvurulabilmesi için tek başına yeterli değildir. Müdahaleye başvurulabilmesi için, söz konusu yabancı hükme dayanılarak belirli bir talebin / itirazın kabulü veya reddi şeklinde ortaya çıkacak somut tasarrufun, Japon özel hukukuna dair hayat ilişkilerinin düzenine gerçek bir zarar verecek olması gerekmektedir.[97] Sırf yabancı hukukun içeriği Japon hukukundakinden farklı olduğu için kamu düzeni müdahalesine başvurulması halinde, milletlerarası özel hukukun anlamını yitireceği düşünülmektedir.[98]

Şu halde kamu düzeni, yabancı hukuk düzeninin kendisini, yani "genel ve soyut yapısıyla yabancı hukuku" konu edinerek onu itham edemeyecektir.[99] Dolayısıyla, örneğin, Filipin hukukunun boşanma kurumunu yasaklamış olmasının Japon bakış açısından dayanılmaz olup olmadığı hususu değil; kadın eşin kocasına yönelttiği boşanma talebinin Filipin hukukuna göre reddedilecek olmasının dayanılmaz olup olmadığı hususu mesele edilecek ve bu durumun dayanılmaz olduğu kanaatine varılması halinde kamu düzeni hükmü işletilecektir.[100] Bu örnek açısından, boşanma kurumunun yasaklanması, her devletin kendi tasarrufunda bir husus olmakla, anılan yasağın

95 Kanzaki, Pureppu (n 4) 161. "Tatbik sonucunun olağandışılığı" ifadesine, kaynak metinlerde 適用結果の異常性 (*tekiyoukekka no ijousei*) şeklinde yer verilmektedir.

96 Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 86; Takasugi (n 5) 63; Deguchi (n 11) 140; Itou (n 4) 51; Kanzaki, Pureppu (n 4) 158; Sasaki, Kihonken (n 45) 64; Sasaki, Minpou (n 47) 206; Yokomizo (n 4) 1; Sakurada (n 4) 136. Öte yandan, *Yokoyama*'ya göre, yabancı hukukta içerik yönünden de bir olağandışılık bulunması gerekli olup, sadece yabancı hukukun tatbik sonucuna bakılarak kamu düzenine aykırılık neticesine varılması mümkün olmamalıdır. Yazar, bu düşüncesini bir örnek üzerinde şu şekilde açıklamaktadır: "*A devleti vatandaşı olan erkek eş H'nin, yine A devleti vatandaşı olan karısı W'ye boşanmak yönündeki iradesini ilettiği varsayılsın. A devleti hukuku yalnızca kocanın irade beyanıyla boşanabilmeyi mümkün kılıyorsa, A devleti hukukunun tatbik sonucu, yalnızca H'nin irade beyanı ile çiftin boşanmalarına karar verilmesi şeklinde tezahür edecektir. Dikkat edilirse, burada hukuki açıdan "eşitliğe aykırı" olan husus, tatbik sonucunun kendisinin olağandışı olması değildir. Anormal olarak görülebilecek husus, A devleti hukukunun "yalnızca kadın eşin irade beyanı ile söz konusu boşanmanın gerçekleşmesine imkân tanımıyor oluşu"dur. Bir başka deyişle, A devleti hukukunun genel / soyut içeriğini oluşturan ve "yalnızca kocanın irade beyanına bağlı olarak boşanılması mümkün olmasına rağmen, karısının irade beyanına bağlı olarak boşanılamıyor oluşu" şeklinde özetlenebilecek durumunun kendisi, hukuki eşitlik ilkesi ile çatışma halindedir.*" Bkz. Yokoyama (n 6) 98.

97 Nakanishi and others (n 10) 112.

98 Kasahara (n 4) 109.

99 1989 Değişikliği öncesi Hourei içerisinde yer alan kamu düzeni hükmünün (m.30) lafzına bakıldığında, kamu düzeni müdahalesine sanki yabancı "hukuk sistemi" bakımından başvuruluyormuş gibi bir anlam çıkarılabilmekteydi. Fakat o dönemlerde dahi doktrinde, bu düzenlemenin aslında yabancı hukukun tatbik sonucu bakımından işletilmesi gerektiği vurgulanmaktaydı. Bu görüşlerin kanun metnine yansıtılması amacıyla, 1989 değişikliği sonrası yeni kamu düzeni hükmü olan m.33'de yer alan kuralın içeriği esasa ilişkin bir değişim geçirmez iken, bu yanlış anlaşılmaya yol açan ifade düzeltilmiştir. Neticede, HUGKK metni oluşturulurken, değişiklik sonrası m.33 aynen korunmuş; bu sebeple, eski kanun dönemi mahkeme kararları ve doktrin görüşleri yeni kanun bakımından da kamu düzeni hükmü özelinde önemlerini kaybetmemişlerdir. Bkz. Kono (n 4) 332. İfadenin düzeltilmiş halinin, yabancı hukuka değil onun tatbik sonucuna vurgu yapıyor olması bakımından benzer yönde görüşler için bkz. Sakurada (n 4) 137; Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 86; Takasugi (n 5) 63; Kanzaki, Pureppu (n 4) 160.

100 Yokoyama (n 6) 98.

yerindeliğine ilişkin bir kararın mahkemece verilmesi düşünülemez. Fakat, yasağın somut olaya tatbikinin yerindeliği bakımından mahkemece pekalâ bir değerlendirme yapılabilir.[101] Zira, uygulanacak yabancı hukukun kendisi kamu düzenine aykırı değil iken, tatbiki pekalâ aykırı olabilir.[102] Yine, bunun tersi şekilde, Japon bakış açısında göre içeriği "olağandışı" görülebilecek her yabancı hukukun somut olaya tatbik edilmesi halinde Japon kamu düzenini sarsan sonuçlara yol açacağı da önceden kesin olarak söylenemez.[103] Doktrinde bu durum, bir örnek üzerinden şu şekilde ortaya konmuştur:

Bir borç ilişkisi hakkında uygulanacak yabancı hukuka göre zamanaşımı 100 yıl iken, borcun muaccel olmasının ardından 98 yıl geçtiği ve söz konusu borcun ifası talebiyle bir dava açıldığı varsayılsın. Bu durumda, olaydaki borç açısından zamanaşımı süresi henüz dolmamış olacaktır. Muaccelliyet tarihinden itibaren 98 yıl geçmiş olmasına rağmen borcun halen zamanaşımına uğramamış olması şeklinde bir tatbik sonucunun Japon kamu düzenine aykırı görülmesi ihtimâli oldukça yüksektir. Buna karşılık, aynı uygulanacak hukuka tabi olan bir başka borç açısından, muacelliyet tarihinin üzerinden 3 yıl geçtikten sonra borcun ifası talebiyle bir dava açılacak olursa, söz konusu borcun zamanaşımına uğramamış olması şeklindeki bir tatbik sonucunun kamu düzenine aykırı görülmeyeceği düşünülebilir.[104]

Bir başka örnek ise, şu şekilde verilmektedir: Çocuk evliliklerine izin veren bir düzenlemenin X devleti hukukunda mevcut olduğu kabul edilsin. Her ikisi de 20 yaşında ve X devleti vatandaşı olan A ile B'nin evlenmek istemeleri durumunda; X devleti hukukunda yer alan evlilik yaşına ilişkin düzenlemenin Japon hukukuna çok yabancı olduğu şüphe götürmez[105] ise de, 20 yaşında iki kişinin X devleti hukukuna göre yapılacak evliliklerinin kabul edilmesi Japon hukuku bakımından herhangi bir sorun teşkil etmeyecektir.[106] Bu örnekte, çocuk evliliklerine izin veren yabancı hukuk Japon bakış açısına göre "olağandışı"dır. Buna karşılık, milli hukukları Japon hukuku olmayıp söz konusu yabancı hukuk olan ergin kimselerin birbiriyle evlenmesinin sırf bu sebeple engellenemeyeceği düşünülmektedir.[107]

Yokoyama'ya göre, eşler arasındaki evlilik ilişkisinin yürümediği ve kadın eşin de boşanmak istediği hallerde, uygulanacak yabancı hukukun o evliliği sonlandırma hakkını sadece kocaya tanımış olması, yabancı hukukun tatbik edilip tarafların

101 Sakurada (n 4) 134.

102 ibid 136.

103 Yokoyama (n 6) 98.

104 Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 87.

105 Japon mahkeme uygulamasında bugüne kadar yayınlanmış kararlar içerisinde, yabancı hukukun boşanmaya izin vermediği somut olayları konu edinen kararların istisnasız tümü açısından kamu düzeni müdahalesine başvurulduğu belirtilmekte, fakat bu kararların büyük çoğunluğunda "boşanma yasağı = kamu düzenine aykırılık" şeklinde bir önkabul yerine, yabancı hükmün tatbik sonucunun sertliği ve olayın Japonya ile bağlantılılığı araştırılarak karara varılmış olduğu belirtilmektedir. Bkz. Kono (n 4) 337, 338.

106 Nakanishi and others (n 10) 113.

107 Yokoyama (n 6) 98.

boşanmasını uygunsuz kılmayacaktır.[108] Benzer yönde düşünen *Itou*'ya göre, erkek çok eşliliğini kabul eden bir devletin ülkesinde kocanın ikinci eşinden doğmuş bir çocuğun, Japonya'da babasına mirasçı olabilme hakkını ileri sürmesi halinde, bu hakkın mevcudiyetinin Japon hukuk düzenine aykırı olduğundan bahsedilemez.[109]

Japonya'da yaşayan ve her ikisi de A devleti vatandaşı olan karı-koca arasında, kocanın karısına karşı her gün şiddet uyguladığı bir örnek kurgulayan *Kanzaki*'ye göre, bu durumda kocaya karşı boşanma davası açıldığında, A devleti hukukunun boşanmaya izin vermiyor oluşu sebebiyle boşanma talebinin reddedilecek olması, kamu düzenine aykırılık müdahalesini bir "acil durum çıkışı" vasfıyla gündeme getirebilecektir. Buna karşılık yazar, aynı şekilde Japonya'da ikamet eden ve A devleti vatandaşı olan karı-koca bakımından, kocaya karşı bir boşanma davası açıldığında, fakat bunun sebebi kadın eşin bir başkası ile birlikteliği olduğunda, A devleti hukukunun tatbiki sonucunda boşanma talebi reddedilecek olsa bile bu durumun şok edici/korkutucu olarak görülmesi için bir sebep bulunmadığı kanaatindedir. Dolayısıyla, ortada "acil durum çıkışı"nı kullanmayı gerektiren bir durum da olmayacaktır.[110]

Kamu düzeni incelemesine yabancı hukukun değil de onun tatbiki sonucunun konu edilmesi anlayışı, doktrinin yanısıra mahkeme uygulaması tarafından da benimsenmiş gözükmektedir. *Kono*, 2012 yılına kadar yayınlanmış tüm mahkeme kararları içerisinde[111] kamu düzenine aykırılık tartışmasının toplam 110 kararda yapılmış olduğunu, bu tartışmalar esnasında yalnızca yabancı hukukun içeriğine bakılarak doğrudan bir sonuca ulaşılmış olanların az sayıda bulunduğunu bildirmekte; kararların büyük çoğunluğu açısından somut olaydaki vakıasal ilişkinin ülke ile bağlantısı çerçevesinde "uygulanacak yabancı hukukun tatbiki sonucunun sertliği" meselesinin araştırılmış olduğundan bahsetmektedir.[112]

Yukarıda verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, tatbik sonucunun olağandışı olup olmadığı hususunun, somut olay ile aradaki ilişki gözetilerek değerlendirilmesi gerekmektedir.[113] Yabancı hukukun tatbik sonucunun yerinde olup olmayacağı meselesi, içinde yaşanılan zaman ve toplum açısından göreceli şekilde karar verilebilen bir mesele olmakla, bu hususta genel geçer ve mutlak bir uygulama kriteri oluşturulmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir.[114]

108 ibid 98.

109 Itou (n 4) 51.

110 Kanzaki, Pureppu (n 4) 158. Önemle dikkat çekmekte fayda vardır ki, bu örnekte yazar, hiçbir eşi Japon vatandaşı olarak kurgulamamıştır. Kanımızca, taraflardan biri Japon vatandaşı ise, böyle bir örnek kurgulanması güç olmalıdır.

111 Hem 1989 değişikliği öncesi Hourei m.30 hükmü açısından, hem de değişiklik sonrası Hourei m.33 ve günümüz HUGKK m.42 hükümleri uyarınca verilmiş kararlar dahil edilmektedir.

112 Kono (n 4) 341.

113 Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 87.

114 Kamu düzeni müdahalesine başvuru kıstaslarının zamana bağlı olarak değişim geçirmelerinden de bahsetmek mümkündür. Bkz. Sakurada (n 4) 137.

2) Somut Olayın Japonya ile "Bağlantılı" Olması

Doktrinde, HUGKK m.42 hükmü bağlamında kamu düzeni müdahalesine başvurabilmek için, tatbik sonucunun olağandışılığı yanında "Japonya ile bağlantılılık" şartının da aranması gerektiği hususu üzerinde sıkça durulmuştur.[115] Zira, bağlantı bulunmayan hallerde, Japon hukuk düzeninin çekirdek kısmına yönelik "etki derecesinin" azalacağı, dolayısıyla yabancı hukukun tatbikini dışlama gereksiniminin de zayıflayacağı düşünülmektedir.[116] Benzer şekilde, Japonya ile olan bağlantı arttıkça somut olayın Japon özel hukuk düzeni üzerinde doğurduğu etkinin de o ölçüde büyüyeceği[117]; bu çerçevede yabancı hukukun tatbikinin kamu düzenine aykırı olması ihtimâlinin de artacağından bahsedilmektedir.[118]

Şu halde, yabancı hukukun tatbik sonucunun kamu düzenine aykırılık taşıdığı varsayılsa bile, söz konusu olay ile ülke arasındaki bağlantının zayıf olduğu hallerde değil, güçlü olduğu hallerde kamu düzeni hükmünün işletilmesi gerekmektedir.[119] Zira, tatbik sonucu bir şekilde uygunsuz olsa dahi, Japonya ile bir bağlantının varlığı olayda saptanamıyorsa, kamu düzeni hükmünü işletmekte haklı bir menfaat bulunmayacaktır.[120] Somut olayın Japonya ile bir bağlantısı yok ise, Japon hukuk düzeninin çekirdek kısmına aykırılık taşınan hallerde dahi, söz konusu yabancı hukukun tatbikini engellemek, uygulanacak hukukun tespiti faaliyetini anlamsızlaştırmaktan ibaret olacaktır.[121] Kamu düzenine aykırılık (tatbik sonucunun olağandışılığı) bulunmayan ihtimâlde ise, olayın Japonya ile bağlantısı yoğun olsa dahi zaten bir müdahaleden bahsedilmesi mümkün değildir.[122]

Ülke ile bağlantılılık şartı hakkında, her ikisi de Filipin vatandaşı karı-kocanın Japonya'da boşanmak istemelerine ilişkin bir örnek üzerinde durulabilir. Tarafların Japonya'da evlenmiş ve Japonya'da evlilik hayatlarını sürdürdükleri ihtimâlde, eşlerin müşterek milli hukuku olan Filipin hukukunda yer alan boşanma yasağını düzenleyen hükmün tatbikinin kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle dışlanması olasılığı yüksek görülmektedir. Öte yandan, eşlerin en baştan beri Filipin'de evlenmiş ve evlilik hayatlarını sürdürdükleri, Japonya'ya geldikten birkaç ay sonra boşanmak istedikleri ihtimâlde, Filipin hukukunun tatbikinin engellenmesi olasılığının düşük

115 Yokoyama (n 6) 99; Sasaki, Minpou (n 47) 206; Sakurada (n 4) 137; Takasugi (n 5) 63; Kanzaki, Pureppu (n 4) 161; Yokomizo (n 4) 1. Doktrinde, yalnızca HUGKK m.42 hükmü açısından değil, JMYK m.118 bent 3'de yer alan kamu düzeni hükmünün işletilebilmesi için de "ülke ile yeterli bağlantı" şartının aranması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Ishiguro (n 14) 275.

116 Somut olayın Japonya ile bağlantısı az ise, yabancı hukukun tatbik sonucu Japon hukuku açısından ne kadar farklı olursa olsun, sonucun özel hukuk düzeni üzerindeki etkisi de hafifleyeceğinden, kamu düzeni hükmü ile yabancı hukukun tatbikini engellemeye gerek kalmayacaktır. Bkz. Takasugi (n 5) 63.

117 Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 87; Takasugi (n 5) 63.

118 Deguchi (n 11) 140.

119 Kono (n 4) 335.

120 Itou (n 4) 52.

121 Nakanishi and others (n 10) 114; Sakurada (n 4) 137.

122 Nakanishi and others (n 10) 114.

olacağından bahsedilmektedir.[123] Bu örnekteki temel mantık, "evlenme / boşanma özgürlüğü" değeri açısından, gelecekteki bir zamansal noktada "ülke ile bağlantının" esas alınmasıdır. Filipinli karı-kocanın boşanmaları bakımından, her iki tarafın gelecekte de Japonya'da hayatlarını idame ettirecekleri öngörülebilen haller ile, yakın gelecekte kendi ülkelerine geri dönecekleri haller bakımından kamu düzeni hükmünün işletilmesine ilişkin değerlendirmenin farklılaşacağı ifade edilmektedir.[124]

Yine, Japonya'da birkaç yıldır ikamet etmekte olan Amerikan vatandaşı kadın eş ile Filipin'de ikamet eden Filipin vatandaşı erkek eşin boşanmak istemeleri durumunda, Japonya ile yeterli bağlantının mevcudiyetinden şüphe duyulacak iken; her ikisi de Japonya'da ikamet eden Kore vatandaşı kadın eş ile Filipin vatandaşı erkek eşin boşanmaları bakımından, boşanmayı bir kurum olarak reddeden Filipin hukukunun tatbik gücü kazanmasına izin verilemeyecek ölçüde bir "Japonya ile bağlantı"dan bahsedilmesi mümkündür.[125] Evlenme merasiminin gerçekleştirildiği yerin Japonya'da olduğu haller[126] ile taraflardan birinin Japon vatandaşı olduğu hallerde de, ülke ile sıkı bir bağlantının var olduğunun kabul edilebileceği belirtilmektedir.[127]

Yokomizo, Japonya'da yaşayan bir erkeğin hâlihazırda evli iken tekrar evlenmek istemesi hâli ile; yabancı ülkede çok eşli olarak yaşayan bir erkeğin ölümü akabinde, eşlerinden birisinin üçüncü bir kişi aleyhine Japonya'da malvarlığına ilişkin bir hakkı ileri sürmesi hâlini birbirinden ayırmaktadır. Yazar, bu iki hâl özelinde "ülke ile bağlantılılık" şartlarının sağlanması açısından bir farklılık olacağına dikkat çekmekte; dolayısıyla, kamu düzeni hükmünün işletilmesi noktasında da bir farklılığın gündeme gelebileceğini belirtmektedir.[128] Benzer doğrultuda bir başka örnekte ise, tek erkeğin birden çok kadın ile evli bulunduğu ve evliliğini Japonya'da sürdürdüğü hâllerden farklı olarak; aynı erkeğin, tüm eşlerini kendi memleketinde geride bırakarak Japonya'ya geldiği ve fakat geride bıraktığı eşlerinin bakımını ihmâl ettiği bir ihtimâl ele alınmış; kadın eşlerden birisinin bakım için ödeme yapılması talebini Japon mahkemesinde ileri sürmesi halinde, evlilik hayatının kendisi Japonya'da yürütülmediği için ülke ile bağlantının zayıf olacağı görüşü ifade edilmiştir.[129]

Bağlantılılık şartı hakkında son olarak, doktrinde, ülkesel değerlerin evrensel değerleri de kapsadığı haller bakımından, ülke ile güçlü bir bağlantının aranmayabileceği görüşünün de ileri sürüldüğünden bahsetmekte fayda vardır.[130] Örneğin, köle ticaretini, bir başka deyişle insanların alım-satım konusu yapılmasını kabul eden bir hukukun tatbik sonucu,

123 ibid 114.

124 Yokoyama (n 6) 99, 100.

125 Sakurada (n 4) 138.

126 Sasaki, Minpou (n 47) 206.

127 Deguchi (n 11) 140.

128 Yokomizo (n 4) 1.

129 Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 87.

130 Yokoyama (n 6) 100.

çok yüksek düzeyde uygunsuzluk barındıracağından, böyle bir halde, olayın Japonya ile bağlantılılığı çok olmasa dahi milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzenine başvurmak için yeterli gerekçenin oluşmuş sayılabileceği düşüncesi ifade edilmektedir.[131]

B- Engellemenin Konusu

Kamu düzeni müdahalesinde bulunabilmek için doktrin ve uygulamada varlığı aranan temel iki şart incelendikten sonra, engellemenin gerçek konusunun ne olduğu meselesine temas edilebilir. Japon doktrininde, *Satou*, kamu düzeni müdahalesi ile yabancı hukukun mu, yoksa o hukuk içerisinde belirli bir hükmün mü engellenmiş sayılacağı meselesi üzerinde özel olarak durmuştur. Yazara göre kamu düzeni, eğer yabancı hukukun engellendiği kabul edilecek olursa, "bağlamanın değiştirilmesi" fonksiyonuna hizmet ederken; yabancı hukukta yer alan ilgili hükmün engellendiği kabul edilecek olursa, "tatbik kapsamında bir düzeltmeye gidilmesi" fonksiyonuna hizmet edecektir.[132] Yabancı hukukun, ilgili hüküm engellenerek "düzeltilmiş bir kapsamda" tatbik edilmesi, acaba gerçek anlamda bir "yabancı hukukun tatbiki" midir sorusunu yönelten yazar, bu sorunun özellikle "yabancı hukukun yürürlükte olduğu devlette anlaşıldığı şekilde tatbik edilmesi ilkesi" bağlamında önem kazanacağını düşünmektedir.[133]

Hourei'nin yürürlükte olduğu dönem açısından, kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle tatbiki engellenen yabancı hukukun kapsamına ilişkin açık ve genel kabul gören görüşlere ne doktrin ne de mahkeme uygulamasında rastlanıldığı belirtilmektedir.[134] *Satou*'ya göre, o dönem kanunkoyucuları, kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle "kanunda yer alan ve aslında uygulanacak hukukun tespitinde kullanılmış ilgili bağlama kuralının" tatbikinin engellendiği fikrine itibar etmekteydiler. Bağlama kuralının engellenmesi neticesinde, uygulanacak yabancı hukukun yerini iç hukukun alması ve böylelikle yabancı hukuk yerine iç maddi hukukun (Japon hukuku) tatbik edilmesi şeklinde bir sonuca varılması düşünülmekte idi.[135] Bu bakış açısında engellemenin konusu, Japon hukukundaki ilgili bağlama kuralı olup, uygulanacak yabancı hukukun tatbikinin, buna bağlı olarak engellenmesi şeklinde bir algı söz konusudur.[136] Öte yandan, aynı dönem doktrinde büyük çoğunluk, kamu düzeni engellemesine maruz bırakılan hususun, söz konusu yabancı hukukun bütünü olmayıp yabancı hukuk düzeni içerisinde belirli bir hüküm olduğuna dair bir önkabul içerisinde idi.[137]

131 Kanzaki, Pureppu (n 4) 162.

132 Fumihiko Satou, 'Koujoihai ni yoru gaikokuhou no tekiyouhaijo ni tsuite: Haijotaishou ni kansuru jyakkan no kousatsu' (2016) 66/1,2 Meijouhougaku 531.

133 Satou (n 131) 531, 532.

134 ibid 514.

135 Buna karşılık, aynı dönemde doktrinin çoğunluğu, bir kural boşluk doğduğu fikrine ağırlık vererek Japon hukukunun tatbiki görüşünü kabul etmekteydi (Boşluğun doğumuna ilişkin tartışma için aşağıda bkz. Text to n 153). Bir başka deyişle, doktrinde Japon milletlerarası özel hukukunda yer alan bağımsız bağlama kurallarının engellenmesi değil, ilgili bağlama kuralları aracılığıyla tayin edilen uygulanacak hukukun engellenmesi anlaşılmakta idi. Bkz. Satou (n 131) 513.

136 *Satou*'ya göre, geçmişteki bu algı yanlış idi. Kamu düzenine aykırılığın varlığı veya yokluğu hususu, somut bir tatbikin sonucunda görünür hale geleceğinden, engellemenin konusunun, sonucu ortaya çıkaran uygulanacak hukuk olarak görülmesi gerekmekte olup, bağlama kuralının kendisi olarak düşünülmesi mümkün değildir. Bkz. Satou (n 131) 517.

137 Satou (n 131) 514.

Satou, eserini kaleme aldığı 2016 yılı itibariyle yayımlanmış durumda olan mahkeme kararlarını incelemiş, 1989 yılından bu yana kamu düzenine aykırılık tartışmasının yapıldığı kararlar içerisinde 14 karar açısından yabancı hukukun tatbikinin kamu düzenine aykırılık gerekçe gösterilerek engellenmiş olduğunu tespit etmiştir.[138] Yazar, engellenen hususun yabancı hukukun bütünü mü yoksa belirli bir hükmü mü olduğu yönünden de kararları tasnif etmek istemiştir.[139] Anılan 14 kararın içerisinde, 5 tanesinde "yabancı hukukun"[140]; yine 5 tanesinde, yabancı hukuk bünyesindeki "belirli bir hükmün"[141] engellenmiş olduğu sonucuna varan yazar; geriye kalan 4 karar bakımından ise engellemenin konusunun ne olduğu hususunun açık olmadığını ifade etmektedir.[142]

Yazar, incelemesi esnasında, mahkeme devletinin kanunlar ihtilâfı kurallarınca alternatif bir çözüm getirilemeyen hâller ile, yine yabancı hukukun içinden bir çözüm bulunamayan hâllerde, olaya hakimin hukuku sıfatıyla Japon maddi hukukunun tatbik edilebildiğini tespit etmiş; fakat, yabancı hukukun bütününün değil, sadece ilgili hükmün engellenerek çözüme ulaşılmış birtakım örneklerin de mevcut olduğunu görmüştür.[143] Japon mahkemelerinin, yabancı hukukun engellendiği durumlarda doğan boşluğu Japon hukuku ile doldurmak yönünde bir eğilimleri olduğunu fark etmiş, fakat özellikle yabancı hukuktaki belirli bir hükmün tatbikinin engellendiği hallerde, boşluğun doldurulmasında doğrudan Japon hukukundan faydalanılmadığı neticesine varmıştır.[144]

Satou'ya göre, yabancı hukukun düzeltilerek tatbikine izin verilmeyecekse, "yabancı hukukun engellenmesi"nden farklı olarak "yabancı hukuktaki hükmün engellemesi" şeklinde ayrı bir kategori oluşturmaktan beklenecek pratik fayda zaten baştan kaybedilmiş olmaktadır.[145] Yabancı hukukun bütününün değil, yalnızca o hukuk içerisinde yer alan ve mahkeme devletinin kamu düzenine aykırı olan sonucu doğuran hükmün tatbikinin engellenmesi düşüncesinin Alman hukukunda da genel olarak kabul edildiğini belirten[146] yazar, uygulanacak yabancı hukukun içeriğindeki belirli bir hükmün tatbik sonucunun kamu düzenine aykırı olarak değerlendirilmesi ve neticede ilgili hükmün yok sayılarak yabancı hukukun tatbiki yolunun izlenmesinin, söz konusu yabancı hukuku bütünüyle engellemeye kıyasla, kamu düzeni hükmünün dar kapsamda

138 ibid 518.

139 ibid 518.

140 ibid 524.

141 Bu örneklerin, genellikle evlenme veya evlat edinme ilişkilerinin kuruluşuna yahut geçerliliğine ilişkin bulundukları belirtilmektedir. Bununla birlikte, yabancı hukuktaki "hükmün" tatbikinin engellenmesi durumunda, yabancı "hukukun" tatbikine devam edilip edilmeyeceği hususuna ilişkin olarak karar metinlerindeki açıklık farklılık arzetmektedir. *Satou*'ya göre, üç adet kararda netlik varken, iki adet kararda bu konuya hiç değinilmemiştir. Bkz. Satou (n 131) 525.

142 Satou (n 131) 525.

143 ibid 515.

144 ibid 535, 536.

145 ibid 532.

146 ibid 515.

işletilmesi fikrine daha uygun olduğu düşüncesindedir.[147] Kendisi, yalnızca yabancı hukuktaki belirli bir hükmün tatbikinin engellenip, onun haricinde kalan kısmın tatbikine devam edilmesi halinde, intibak sorunu[148] içeren birtakım problemlerin ortaya çıkabileceğini belirtmekte, ancak yabancı hukukun bu şekilde düzeltilerek tatbik edilmesine yine de izin verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ona göre, "engellenen hüküm yerine ikame edilecek kural" ile "engellenen hüküm dışında kalan kısım" arasındaki ilişki, pekalâ intibak sorununa ilişkin çözüm yolları ile kurgulanabilir.[149]

Kamu düzeni müdahalesinde engellemenin konusu ele alınırken üzerinde durulabilecek bir başka husus, kamu düzeni müdahalesi ve önsorun arasındaki ilişkidir. Doktrinde, kamu düzeni müdahalesinin konusu olarak esas sorunun kendisinin görüldüğü, bu çerçevede önsorunun kamu düzeni müdahalesine konu kılınması ihtimâlinin pek de yüksek görülmediği ifade edilmektedir.[150] Yabancı hukukun önsoruna da tatbik edildiği hallerde, esas soruna tatbik edildiği hâllere kıyasla, kamu düzenine aykırılığın daha dolaylı bir nitelik taşıyacağı, gerçek anlamda bir kamu düzenine aykırılık olarak nitelendirilmeyeceği[151] hallerin akla gelebileceğinden bahsedilmektedir. Böyle bir duruma örnek olarak, çok eşli bir evlilik bünyesinde dünyaya gelen çocuğun, evlilik birliği içinde doğup doğmadığı meselesi örnek verilmektedir.[152] Çok eşliliğe izin veren bir hukukun tatbiki açıkça kamu düzenine aykırılık olarak görülse dahi, Japonya'da bu hususun esas sorun olarak değil de, önsorun olarak ele alındığı hallerde kamu düzenine aykırılık sebebiyle bir müdahalede bulunmaya gerek olmadığı düşünülmektedir. Evlilik ilişkisinin kurulması bağlamında çok eşli evlenmenin geçerliliği kendi başına kamu düzenine açık aykırılık olarak addedilebilecek iken; çok eşli evlilikten doğan çocuğun Japonya'da bulunan babasının malvarlığı ile ilgili olarak evlilik içinde doğmuş çocuk sıfatıyla mirasa hak kazandığının iddia edilmesi halinde, ülke ile olan bağlantının soluk bir görünüm arz edeceği ve Japon kamu düzenine aykırılıktan bahsedilmeyeceği belirtilmektedir.[153]

C- Yabancı Hukukun Tatbikinin Engellenmesinin Ardından İzlenecek Yol

HUGKK m.42 hükmü, şekli anlamda bir "dışlayıcı hüküm" formunda kaleme alınmış olduğu için, uygulanacak yabancı hukukun tatbikinin engellenmesini mümkün kılmış; fakat engellemeyi takiben somut olayın çözümüne yönelik yeni bir kural ihdas etmemiş, herhangi bir yol öngörmemiştir.[154] Bir başka deyişle, hüküm içerisinde yabancı

147 ibid 517.

148 "İntibak sorunu" ifadesinin kaynak dildeki karşılığı 適応問題 (*tekioumondai*) şeklindedir.

149 Satou (n 131) 532, 533.

150 Nakanishi and others (n 10) 114.

151 *Nomura*, ön sorun bakımından gündeme gelen kamu düzeni tartışmasında, aykırılığın çok dikkate alınmayabileceği görüşündedir. Bkz. Nomura (n 50) 145.

152 Sakurada (n 4) 137.

153 Nakanishi and others (n 10) 114.

154 Sakurada (n 4) 138; Satou (n 131) 509.

hukukun dışlanmasının ardından ne yapılacağına dair bir açıklık yoktur.[155] *Ishiguro*'ya göre, kamu düzeni müdahalesinin ardından nasıl hareket edileceği meselesi, iki ana sorun bağlamında ele alınabilir: Bunlardan ilki, yabancı hukukun engellenen kısmındaki normun nasıl ikame edileceği sorunudur. Diğeri ise, "engellenen yerine benimsenen norm" ile "aynı yabancı hukukun herhangi bir engellemeye maruz bırakılmamış diğer hükümleri" arasındaki ilişkinin nasıl ele alınması gerektiği sorunudur.[156]

Yabancı hukukun tatbikinin engellenmesinin ardından nasıl bir yol izleneceği hususu, Hourei'nin yürürlükte bulunduğu dönemde de düzenlenmemiş idi. Özellikle, 1989 değişikliği öncesi Hourei sistemi bakımından, bu hususta doğal olarak Japon hukukunun tatbik edileceği şeklinde bir anlayışın hakim olduğu belirtilmektedir.[157] HUGKK'nın hazırlık çalışmaları esnasında Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan rapora göre, bahsedilen dönemdeki baskın görüş, engellemenin ardından bir "uygulanacak hukuk boşluğu" doğduğu varsayımını kabul eden ve bu boşluğun Japon maddi hukukunca doldurulmasını savunan görüştür.[158]

Günümüze yaklaşıldığında ise, 1989 değişikliği sonrası -özellikle HUGKK'nın hazırlık çalışmalarına başlanan- dönem açısından, doktrinde pek çok yazarın halen aynı görüşü savunuyor olmasına karşılık, bu hususta muhtelif görüşlerin varlığına da rastlanmaya başlandığı anlaşılmaktadır.[159] Doktrinde ifade bulmuş görüşler bir gruplandırmaya tabi tutulduklarında, iki ana grup görüşten bahsedilmesi mümkün hâle gelmektedir. Bu iki grup arasındaki temel farklılık, kamu düzeni hükmünün işletilmesinin ardından, somut olaya uygulanacak hukukun kapsamı yönünden bir "boşluk" doğup doğmadığı meselesine ilişkindir.[160] Bu hususta ilk grup, yabancı hukukun tatbikinin dışlanmasına bağlı olarak bir "kural boşluğu"na meydan verildiğine, bu boşluğun giderilmesi mecburiyeti bulunduğuna dikkat çekmektedir (boşluğu kabul eden görüş). Buna karşılık, günümüzde çoğunlukla savunulduğu belirtilen ikinci grup görüş, yabancı hukukun tatbikinin engellenmesine karar verildiği an itibariyle aslında bir maddi hukuk neticesine varılmış olduğunu, dolayısıyla yeniden herhangi bir devlet hukukunu tatbik ederek engellenmiş hükmü ikame etmek gerekliliği bulunmadığını düşünmektedir (boşluğu reddeden görüş). Bu görüş açısından, örneğin, boşanma talebine ilişkin bir olayda, boşanmayı yasaklayan bir yabancı hukukun olaya tatbiki sonucu kamu düzeninin ihlal edileceği varsayılıyorsa, aslında "boşanmanın bir kurum olarak kabul edilmesi" biçiminde maddi hukuk minvâlinde bir karar çoktan verilmiş olduğundan, ortada doldurulması gereken bir kural boşluğundan söz edilemez.[161]

155 Yokoyama (n 6) 100.

156 Ishiguro (n 14) 286.

157 Ishiguro (n 14) 282, 283; Koide (n 90) 374, 375.

158 Houmushou minjikyoku sanjikanshitsu, 'Kokusaishihou no gendaika ni kansuru youkouchuukanshian hosoku setsumei', (2005) 123 <www.moj.go.jp/content/000071219.pdf> accessed 20 May 2018.

159 Koide (n 90) 374, 375.

160 Satou (n 131) 509; Deguchi (n 11) 143; Kono (n 4) 342.

161 Yargı kararları arasında, ikinci grup görüşü destekleyen kararlara, dağınık bir halde de olsa rastlandığı belirtilmektedir. Bkz. Nakanishi and others (n 10) 115.

Engelleme sonrasında bir boşluk doğduğunu kabul eden görüş içerisinde, muhtelif alt görüşler bulunduğu belirtilmelidir. Bu kapsamda, boşluğun doğduğu varsayımı çerçevesinde; boşluğun Japon maddi hukukunca doldurulması; boşluğun söz konusu yabancı hukuk tarafından doldurulması; boşluğun hukukun genel ilkeleri tatbik edilerek doldurulması; engellenen hukuktan sonra gelen en sıkı irtibatlı yer hukuku tatbik edilerek doldurulması şeklinde görüşlere rastlanmaktadır.[162] HUGKK'nın yürürlüğe girdiği dönemde, doktrinde ikinci grup görüş yaygın iken; mahkeme uygulamaları bakımından, ilk grup görüş altında boşluğun Japon maddi hukukunca doldurulması fikrinin genellikle benimsenmekte olduğu ifade edilmektedir.[163]

Kanunun yasama komisyonundaki hazırlık çalışmaları esnasında, yabancı hukukun tatbikinin engellenmesinin ardından nasıl hareket edilmesi gerektiği meselesi üzerinde durulmuştur.[164] Boşluğun doğumunu reddeden görüşün madde metnine yansıtılmasının yasama tekniği açısından sıkıntılı olacağı düşünüldüğünden, tartışmaların boşluğun doğumunu kabul eden görüş başlığı altında ve "Japon hukukunun tatbikini öngören bir düzenleme getirilmeli mi getirilmemeli mi" noktasına yoğunlaştırılmış olduğu belirtilmektedir.[165] Tartışmalar esnasında, kamu düzeni hükmünün işletilmesinin ardından Japon maddi hukukunun tatbik edilmesi ihtimâlinde bir "ters etki" olgusunun[166] gündeme geliyor olmasından ötürü, karar yeknesaklığının kaybedilmesi ihtimâline dikkat çekilmiş; yine, o güne kadar müdahale sonrasında nasıl bir tasarrufta bulunmak gerektiğine ilişkin somut bir düzenlemenin mevcut olmayışının pratikte bir sıkıntıya yol açmamış olduğuna da değinilmiştir. Neticede, hükmün işletilmesinin ardından hangi hukukun tatbik edileceği hususunda özel bir düzenleme getirilmeksizin, meselenin yorum alanına bırakılması fikri baskın çıkmıştır.[167] Aşağıda, boşluğun doğumunu kabul eden ve reddeden yaklaşımlar üzerinde ayrı ayrı durulacaktır.

1) Kural Boşluğunun Doğumunu Kabul Eden Yaklaşım

Kamu düzeni hükmünün işletilmesi akabinde bir kural boşluğu doğduğunu savunan görüş içerisinde, bu boşluğun doldurulma usulüne ilişkin farklı öneriler getirilmiş olduğuna yukarıda değinilmiş idi. Bu kapsamda, boşluğun; hakimin hukukuna (Japon hukuku) göre doldurulmasını savunan görüş[168]; müdahale yapılmasa idi uygulanacak

162 Takasugi (n 5) 67.

163 Koide (n 90) 375.

164 Çalışmalara ilişkin olarak hazırlanan raporda, Türk hukukundaki duruma da örnekler arasında yer verildiği görülmektedir. Raporda, o dönem yürürlükte bulunan 2675 sayılı MÖHUK m.5 hükmü, "iç hukukun tatbikini özel olarak öngören" normatif örnekler arasında zikredilmiştir. Bkz. Houmushou (n 157) 124.

165 Koide (n 90) 375.

166 Bkz. Text to n 185.

167 Houmushou (n 157) 124. Doktrinde *Koide*, boşluğun doldurulması bakımından Alman hukukunda ve İsviçre hukukunda özel bir hüküm getirilmediğini; buna karşılık, Avusturya hukukunda, Macar hukukunda ve Türk hukukunda iç hukukun tatbik edileceğini öngören özel düzenlemeler getirilmiş olduğunu belirtmektedir. Bkz. Koide (n 90) 376 dipnot 7.

168 Iwatarou Kubo, *Kokusaishihou gairon* (Kaiteihan, 1954) 66.

olan yabancı hukukun maddi hükümlerine göre doldurulmasını savunan görüş[169]; hukukun genel ilkelerine göre doldurulmasını savunan görüş; uygulanacak hukukun yeniden tayin edilerek engellenen hukuk dışında söz konusu olayla sıkı irtibata sahip yer hukukunca doldurulmasını savunan görüşler[170] mevcut olup, bunların içerisinde hakimin hukukunun esas alınmasını savunan görüşün geçmişte ve günümüzde yaygın şekilde benimsendiği belirtilmektedir.[171]

Japon mahkemelerinin büyük bir çoğunluğu, kamu düzeni müdahalesi sonrasında Japon hukukunu tatbik ederek uyuşmazlığı çözümlemektedirler.[172] Bu yaklaşım sonucu varılan kararlar da boşluğun doğduğunu kabul eden görüşe dahil edilmektedir.[173] Aslında, kamu düzeni hükmünün devreye sokulduğu kararların büyük çoğunluğunda, hükmün işletilmesinin ardından izlenecek sürece dair özel açıklamalar yapılmamakta, bu kapsamda Japon hukukunun uygulanması gerekliliği de izah edilmemektedir. Yine de, bu durum boşluk sonrasında Japon maddi hukukunun tatbik gücü kazandığı yönündeki bakış açısının benimsendiği şeklinde yorumlanmaktadır.[174]

Kamu düzeni müdahalesinin ardından Japon hukukunun tatbikini savunan görüş açısından sıkıntılı bir nokta, yabancı hukuktaki hükmün tatbikinin hangi kapsamda engellenmiş sayılacağı hususuna ilişkindir. *Ishiguro*'ya göre, müdahalenin istisnai niteliği düşünülecek olursa, engelleme mümkün olan en sınırlı kapsamda gerçekleştirilmeli, en sıkı irtibatlı diğer hükme yönelerek karar verilmesinde söz konusu yabancı hukukun tatbik amacı kaybedilmemelidir.[175] Benzer yönde düşünen *Deguchi*'ye göre, yabancı hukukun tatbikinin engellenmesinin ardından onun yerine Japon hukuku tatbik edilecekse, burada dikkat edilmesi gereken husus, Japon hukukunun tatbikinin "yabancı hukukun engellenmiş kapsamı" ile sınırlı tutulmasıdır. Bir başka deyişle, sırf yabancı hukukun tatbiki engellendi denilerek somut olayı bütünüyle Japon hukukuna tabi tutmak gerektiği anlamı çıkarılmamalıdır. Yazara göre engelleme, Japon özel hukukunun ve toplumsal yaşamının düzenini devam ettirmek amacına yönelik asgari bir gereklilik kapsamında gerçekleştirilmekte olup, bu kapsamın dışında kalan tatbikin, engelleme olmasa idi uygulanacak yabancı hukuka göre ele alınması düşünülebilir.[176]

169 Sanekata Masao, *Kokusaishihou gairon* (Saiteihan, Yuuhikaku 1952) 110.

170 Koresuke Yamauchi, *Wa ga kokusaishihou ni okeru koujojoukou no tekiyou ni tsuite: Hikakuhou no kadai to tenbou* (Nihon hikakuhou kenkyuusho 1982) 67; Yutaka Orimo, *Kokusaishihou kakuron* (Shinhan, Houritsugaku zenshuu Yuuhikaku 1972) 301 (Koide (n 90) 375'den atfen)

171 Nakanishi and others (n 10) 115 (Sayılan görüşlerin mahkeme uygulamasına yansıyan görünümleri için bkz. aynı eser 115, 116); Deguchi (n 11) 141. Yüksek Mahkeme'nin, kamu düzeni müdahalesi sonrasında Japon hukukunu tatbik ettiği belirtilmektedir. Bkz. Kanzaki, Pureppu (n 4) 163.

172 Takasugi (n 5) 67. *Sakurada*'ya göre, Bakım Ödevlerine Uygulanacak Hukuka Dair Kanun m.8/1 uyarınca kamu düzeni müdahalesi işletilerek yabancı hukukun tatbikinin engellenmesinin ardından da, hakimin hukukuna (Japon hukuku) tabi olunması düşünülebilir. Bkz. Sakurada (n 4) 140.

173 Kono (n 4) 342; Sakurada (n 4) 138.

174 Kono (n 4) 342. Doktrinde, engellenen kısım hakkında yabancı hukuk boşluğuna denk gelindiğine işaret edilmiş olması, aslında tayin edilmiş yabancı hukukun içerisindeki "belirli bir hükmün" olaya tatbikinin kabul edildiği şeklinde anlaşılmaya müsaittir. Bkz. Satou (n 131) 514.

175 Ishiguro (n 14) 284, 285.

176 Deguchi (n 11) 141.

Müslüman bir kadın ile başka bir dine inanan erkek arasındaki evliliğe izin vermeyen yabancı hükmün engellenmesi örneği hakkında *Yokoyama*, söz konusu yabancı devlet hukukunun evlilik için aradığı diğer şartların taraflarca sağlanıyor olması kaydıyla, evliliğin geçerli şekilde kurulduğunu kabul etmek gerektiğini düşünmektedir. Yazara göre, söz konusu diğer şartları düzenleyen bağlantılı diğer hükümlerin görmezden gelinmeleri durumunda, artık yabancı hukukun tatbikinden bahsedilemeyecektir.[177] Benzer yönde düşünen *Ishiguro*, boşanma talebinin yanında velayet hakkının da istendiği bir olayda[178], velayete ilişkin bu ikinci talep hakkında Güney Kore hukukunun tatbikinin engellenmesine rağmen, boşanma talebi hakkında Güney Kore hukukuna tabi olmak yönünde bir yaklaşımın sergilenmiş olmasını isabetli bulmaktadır.[179]

Boşluğun doğumunu kabul eden yaklaşım içerisinde savunulan bir diğer görüş, engellenen yabancı hukuktan sonra somut olay ile sıkı irtibatlı olan hukuk hangisi ise ona tabi olunmasıdır. "Basamaklı bir bağlama kuralının tatbik edildiği hallerde, kullanılan basamak sonucu ulaşılan hukuk kamu düzeni engeline takılacak olursa, bir sonra gelen basamağa göre uygulanacak hukukun belirlenmesi" şeklinde somutlaştırılan bu görüşün İtalyan Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.16/2 hükmünde de kabul edildiği belirtilmekte, Japon mahkemelerince de bu yönde verilmiş kararlar bulunduğundan bahsedilmektedir.[180] Doktrinde *Kasahara*, kamu düzeni engellemesi üzerine başka bir bağlama yapılmasını öngören teorinin gün geçtikçe ağırlık kazandığını belirtmektedir.[181]

Buna karşılık, özellikle basamaklı bağlama kuralları bakımından anılan bu görüşün doktrinde yoğun şekilde eleştiri aldığından da bahsetmek gerekir. *Kono*, basamaklı bağlama sistemindeki temel mantığın, önceki basamakta yer alan uygulanacak hukukun "bulunmadığı" hallerde sonraki basamağa göre uygulanacak hukukun tayin edilmesi olduğundan bahsetmekte; önceki basamağa göre uygulanacak hukukun "bulunmaması" ile aynı hukukun kamu düzeni hükmü aracılığıyla "engellenmesi"

177 Yokoyama (n 6) 101.

178 最判昭和52年3月31日民集31巻2号365頁

179 Ishiguro (n 14) 285. *Deguchi,* nafaka yükümlülüğü bakımından meseleyi tartışmaktadır. Japon hukukunda, boşanmış eşler arasındaki nafaka yükümlülüğü "boşanma ile ilgili olarak tatbik edilen hukuka" tabidir (Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka Dair Kanun, m.4/1). Bununla birlikte, burada sözü edilen hukuk, bağlama kuralları uyarınca normalde boşanma statüsü olarak tespit edilmesi gereken hukuk olmayıp, söz konusu boşanma hakkında "gerçekten" tatbik edilmiş hukuktur. Örneğin, yabancı bir boşanma kararının Japonya'da tanınması halinde, söz konusu boşanmanın tarafları arasında nafakaya ilişkin ihtilâf çıkacak olursa, yabancı boşanma kararında uygulanacak hukuk olarak tatbik edilmiş hukuk, kanunun lafzında geçen "o boşanma hakkında tatbik edilmiş hukuk" olacaktır. Buradan hareketle, boşanma statüsü niteliğindeki yabancı hukukun kamu düzenine aykırılık sebebiyle tatbikinin engellendiği hallerde, onun yerine Japon hukuku ikame edilmiş ise, bu sefer Japon hukuku, söz konusu hükümde geçen "o boşanma hakkında tatbik edilmiş hukuk" haline gelmektedir. *Deguchi,* bu noktada şu soruyu sormaktadır: Boşanma statüsü konumundaki yabancı hukukun içeriğinde yer alan belirli bir şartın tatbiki kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle engelleniyor ise, onun dışındaki şartlar ve hükümler/geçerlilikler hakkında aynı yabancı hukukun tatbik edileceği hallerde, acaba boşanmanın tarafları arasındaki nafaka yükümlülüğü hangi hukuka tabi görülmelidir? Yazara göre, burada boşanmanın bütününe tatbik edilen hukuka, özellikle de boşanmanın hükümlerini düzenleyen hukuka tabi olunması gerekir. Bkz. Deguchi (n 11) 141, 142.

180 Sakurada (n 4) 139.

181 Kasahara (n 4) 111.

hallerinin birbirlerine denk olmadıklarını belirtmektedir.[182] *Deguchi*'ye göre, bu çözüm yolu tercih edilecek olursa, uygulanacak hukukun Japon hukuku olarak belirlenmediği bütün haller bakımından, kamu düzeni hükmünün yeniden işletilmesi ihtimâli hep gündemde kalacaktır. Yazara göre, bu yöntemde yabancı hukukun engellenmesi sebebi ile ilgisi bulunmayan bir çözüm ortaya çıkarılmaktadır.[183] *Sakurada*, tayin edilmiş yabancı hukuk üzerindeki engelin, söz konusu meseleyi kanunlar ihtilâfı bağlamında bütünüyle yeni bir çözüme kavuşturmak amacıyla konduğunu düşünmekte, bu açıdan anılan görüşün savunulamayacağını ifade etmektedir.[184]

Boşluğun doğumunu kabul eden görüş bünyesinde geçmişte dile getirilmiş bir diğer öneri, tatbikin engellenmesiyle ortaya çıkan boşluğun, yabancı maddi hukuktaki bir boşluk gibi değerlendirilmesini, tatbiki engellenen hükmün, sanki istisna hükmü imişcesine, yabancı hukukun genel hükümlerine göre doldurulmasını, buna göre doldurulamıyorsa artık yabancı hukuk sistemi içerisinden değil, hukukun genel ilkelerine göre, bir başka deyişle medeni devletlerce kural olarak kabul edilen hukuki bilinç doğrultusunda doldurulmasını savunmaktadır.[185] Ancak, günümüz Japon milletlerarası özel hukuk yazınında bu görüşe pek yer verilmediği söylenebilir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, boşluğun doğumunu kabul eden görüş bünyesinde günümüzde en yaygın benimsenen yaklaşımın, boşluğun Japon maddi hukukunca doldurulması olduğu anlaşılmaktadır. Bu durum, mahkeme uygulaması açısından daha belirgin iken; doktrinde, yabancı hukukun engellenme kapsamına göre Japon hukukunun sınırlı biçimde tatbik edilmesi yönünde bir gerekliliğe vurgu yapılabildiği de görülmektedir.

2) Kural Boşluğunun Doğumunu Reddeden Yaklaşım

Yabancı hukukun tatbikinin kamu düzenine aykırılık sebebiyle engellenmesinin ardından, uyuşmazlığın nasıl bir yoldan çözülmesi gerektiğine dair ikinci grup yaklaşım, kural boşluğunun doğumunu reddeden görüştür. Bu görüş, belirli bir talebe ilişkin olarak yabancı hukukun tatbik sonucunun kabul edilmemesi durumunda, o talep ile ilgili olarak Japon maddi hukukunun kendisine tabi olunmasa dahi, aslında en baştan Japon maddi hukukuna göre bir kararın (kabul etmemek) verilmiş olduğunu öne sürmektedir.[186] Boşluğun doğumunu reddeden görüşün, özellikle günümüz Japon doktrininde yaygın şekilde benimsendiği ifade edilmektedir.[187]

Yabancı hukukun tatbikinin engellenmesi, bir talebin veya itirazın kabulü yahut

182 Kono (n 4) 342, 343.

183 Deguchi (n 11) 144.

184 Sakurada (n 4) 139.

185 Sakurada (n 4) 138, 139.

186 Sueo Ikehara, *Kokusaishihou souron* (Houritsugaku zenshuu Yuuhikaku 1973) 262; Ryouichi Yamada, *Kokusaishihou* (3rd edn Yuuhikaku 2004) 148; Tameike (n 66) 217; Dougauchi (n 32) 272.

187 Sakurada (n 4) 139; Itou (n 4) 52; Houmushou (n 157) 124; Yokomizo (n 4) 4.

reddi şeklinde somut bir tasarruf biçimini alabilmektedir.[188] Bu şekilde, örneğin, olayda boşanmanın kabulü veya reddi gibi iki şıktan birinin seçimini gerektiren hâller açısından, gerek boşluğa hakimin hukukunun tatbikini öngören görüşün, gerek boşluğun doğumunu reddeden görüşün, ulaşılacak netice yönünden bir farklılık yaratmayacağı söylenebilmektedir. Zira, kamu düzeni hükmü işletildiğinde her iki görüş üzerinden de ulaşılacak netice, "boşanma"nın bir "kurum" olarak kabul edilmesi şeklinde olmaktadır.[189] Mahkemenin, bu örnekte görüldüğü gibi "mümkün mü - değil mi" şeklinde özetlenebilecek türde bir karar vermesi istenen olaylar (ör. boşanma mümkün mü, evlat edinmenin iptali mümkün mü vb.) bakımından, kamu düzenine aykırılık sonucuna ulaşıldığı an itibariyle "Japon hukukunun olaya tatbiki" şeklinde bir sonuca da ulaşılmış olacağı için, "boşluğun varlığı-yokluğu" problemini incelemek gereğinin artık kalmayacağından bahsedilmektedir.[190]

Boşluğun doğumuna ilişkin bu iki görüş bakımından esas netice farklılığı, iki seçenekten birinin tercihi bakımından değil, boşanma nafakasının yahut tazminatın miktarına karar verilmesini gerektiren örneklerde rastlanabileceği gibi "niceliksel yönden" bir karar verilmesi istenen durumlarda ortaya çıkmaktadır.[191] Bu açıdan örneğin, boşanma akabinde evlilik mallarının paylaşılmasını kabul etmeyen bir yabancı hukukun tatbiki engelleniyorsa, somut olayda paylaşımının miktarı vb. hakkında niceliksel yönden de bir karar verilmesi gerekecektir. Böyle hallerde, kural boşluğunun doğmadığından ne ölçüde bahsedilebileceği sorgulanmakta ve boşluğun doğumunu reddeden yaklaşım, miktara ilişkin kararın somut bir kurala (bir hukuk sistemi içerisinde yer alan) dayanarak verilmesindeki zorunluluğa dikkat çekilerek eleştirilmektedir.[192]

Buna karşılık, boşluğun doğumunu reddeden görüşü destekleyen *Takasugi*, varsayımsal bir örnek üzerinden, boşluğun doğumunu ve ona Japon hukukunun uygulanmasını savunan görüşe dair sıkıntılı bulduğu bir noktaya temas etmektedir:[193]

> *"İçerikleri birbirine büyük oranda benzeyen iki farklı boşanma vakası olsun. Her ikisinde de nafaka miktarı üzerinde ihtilâf bulunsun. Her iki vaka açısından da, Japon hukukunun tatbiki halinde 8 milyon Yen'lik bir miktar "kabul edilebilir" iken, -Japonya ile olan bağlantı vs. ek değerlendirmeler ışığında- yabancı hukuka göre 4 milyon Yen'lik bir seviyenin Japon kamu düzenini ihlâl etmediği, fakat bunun altında bir miktarın kamu düzenine aykırılık olarak görüleceği varsayılsın.*
>
> *İlk vaka açısından; uygulanacak hukuk olan S devleti hukukuna göre 5 milyon Yen'e hükmedilebiliyor olsun. Böyle bir durumda, yukarıda bahsedilen sınırlamalar ışığında kamu düzeni hükmü işletilmeden 5 milyon Yen'lik hüküm rahatlıkla tesis edilebilecektir. İkinci vaka açısından ise; uygulanacak hukuk olan T devleti hukukuna göre 3 milyon Yen'den fazlasına*

188 Yokoyama (n 6) 101.

189 Nakanishi and others (n 10) 116; Takasugi (n 5) 68; Itou (n 4) 52; Ishiguro (n 14) 284.

190 Kono (n 4) 343.

191 Nakanishi and others (n 10) 116; Sakurada (n 4) 139; Ishiguro (n 14) 284; Yokoyama (n 6) 101-103.

192 Nakanishi and others (n 10) 116.

193 Takasugi (n 5) 68.

hükmedilemiyor olsun. Bu durumda, yukarıda ülke ile bağlantı vb. değerlendirmeler ışığında belirlenmiş 4 milyon Yen'lik kıstasa erişilemediği için kamu düzeni hükmü işletilebilecektir. Japon hukukunun boşluğa tatbiki görüşü benimsenecek olursa, bu ihtimâlde Japon hukukunca mümkün olan 8 milyon Yen'e hükmedilecek ve uyuşmazlık çözülecektir.

Dikkat edilirse, ikinci vakada bu şekilde Japon hukukunun tatbiki yolu benimsendiğinde, bir tarafta 3 milyon Yen'den fazlasını kabul etmeyen T devleti hukukunun tatbik sonucu kamu düzenine aykırı kabul edilirken; diğer tarafta, 5 milyon Yen'e hükmedilebilen S devleti hukukunun uygulanacak hukuk olduğu birinci vaka'ya göre çok daha yüksek bir miktarın (8 Milyon Yen) kabul edilmesi şeklinde bir "ters etki"ye[194] *yol açılmaktadır."*

Halbuki *Takasugi*'ye göre, bu örnek açısından boşluğun doğumunu reddeden görüş esas alınacak olursa, T devleti hukukunun tatbikinin kamu düzenine aykırı görülerek engellenmesi kararı, herşeyden önce kamu düzenin müsamaha kapsamına ilişkin bir kıstastan hareketle gerçekleştirilmiş olacağından, bu kıstas uyarınca 4 milyon Yen'lik miktar veya daha azının tatbikinin mümkün olduğu kabul edilecektir.[195]

Şu halde, miktara ilişkin bir belirlemeyi zorunlu kılan talepler bakımından, eğer Japon hukukunu tatbik görüşü esas alınacak olursa, Japon maddi hukukuna göre bu belirleme yapılacak iken; boşluğun doğumunu reddeden görüşe bakılacak olur ise, "kamu düzenine aykırı olmayan en düşük sınır" esas alınarak ilgili miktar belirlenecektir[196]. Bununla birlikte *Yokomizo*, anılan görüşün değerlendirme kriterlerinin Japon medeni kanununda benimsenenlerden farklılaştıklarını, yine somut olayda bu kriterlerin hakim tarafından ne ölçüde oluşturulabileceği hususunun pratik açıdan zorluk teşkil ettiğini belirtmektedir.[197]

III. Japon Mahkemelerinde Kamu Düzeni Müdahalesi

Japon milletlerarası özel hukuk teorisi açısından doktrinde kamu düzeni müdahalesine ilişkin olarak ifade bulan görüşler ele alındıktan sonra, konunun Japon mahkemelerindeki görünümü üzerinde durmakta fayda vardır. Mahkeme uygulamasında, kamu düzeni hükmünün işletildiği konular çeşitlilik arz etmektedir. Bu kapsamda olmak üzere geçmişte; farklı dini inanca sahip kimselerin evlenmesini yasaklayan Mısır hukukunun; boşanmayı yasaklayan Filipin hukukunun;[198] boşanmanın gerçekleşebilmesi için mahkemenin boşanma kararı vermesinin ardından 3 yıl ayrı yaşanması zorunluluğu arayan Brezilya hukukunun; boşanmaya bağlı velayet hakkını sadece babaya tanıyan eski Güney Kore hukukunun; soybağının reddini kabul etmeyen

194 Kaynak metinde逆転現象 (*gyakuten genshou*) şeklinde kullanılan kavramın, içeriği esas alındığında Türkçe'ye "ters etki" olarak çevrilebileceğini düşünüyoruz.

195 Takasugi (n 5) 68. *Itou*, bu ters etki ihtimâlinden dolayı boşluğu reddeden görüşün daha yerinde olduğu kanısındadır. Bkz. Itou (n 4) 53.

196 Itou (n 4) 52, 53.

197 Yokomizo (n 4) 4.

198 1989 değişikliği öncesi Hourei sisteminde, boşanma hakkında "kocanın milli hukuku"na bağlama yapılmakta idi. Bu sebeple Japon kadın ve Filipinli erkek barındıran evlilikler bakımından, "Filipin hukukunun boşanmayı yasaklaması" olgusu ile sık karşılaşılmaktaydı. Bkz. Sakurada (n 4) 134.

Brezilya hukukunun; babanın ölümünden sonra onunla soybağı ilişkisi kurulmasına ilişkin hükümler barındırmayan bir yabancı hukukun; evlat edinmeyi kabul etmeyen İran hukukunun; evlat edinmeyi sadece bir kişinin evlat edinilmesi ile sınırlayan Çin Halk Cumhuriyeti hukukunun; geçerli bir evlat edinme için evlat edinenin 10 yaşından büyük ve evlilik birliği içinde doğmuş çocuklarının yazılı rızasının alınmasını şart koşan Filipin hukukunun;[199] evlat edinme işleminin iptaline izin vermeyen ABD Teksas hukukunun; velayet hakkının babadan başkasına devrine izin vermeyen İran hukukunun; miras hakkına ilişkin olarak, gayrimenkul mirasına izin vermeyen Kuzey Kore hukukunun tatbik edilmesinin engellenmiş olduğu görülmektedir.[200]

Benzer şekilde, evlilik birliği temelinden sarsılmış olmasına rağmen, bu durumun yabancı hukukta bir boşanma sebebi olarak benimsenmediği hallerde Japon kamu düzenine aykırılığın kabul edildiği kararlar bulunduğundan da bahsedilmektedir.[201] Yine, ABD'nin Hawai eyaletinde benimsenen 30 yıllık zamanaşımı süresinin kamu düzenine aykırı kabul edilerek olayda Japon maddi hukukunda yer alan zamanaşımı süresine tabi olunduğuna[202] da değinilebilir.

Yukarıda verilen örneklerden anlaşılabileceği üzere, Japonya'da kamu düzeni müdahalesinin tartışıldığı kararların büyük çoğunluğu, farklı devletler bakımından farklı düzenlemelere konu olabilmesi ihtimâli yüksek olan "aile hukuku" alanını ilgilendirmektedirler.[203] Bununla birlikte, aile hukukunun dışında kalan konular bakımından bu değerlendirmenin yapıldığı da görülmüştür. Aşağıda, öncelikle, doktrinde sık değinilmiş olmaları bakımından özellik arz ettiğini düşündüğümüz bazı örnek olaylara ana hatları ile değinilecektir. Ardından, kamu düzeni müdahalesinin tartışıldığı ancak kamu düzenine herhangi bir aykırılığın saptanmamış olduğu bazı örnek hallerden bahsedilecektir.

A- Kamu Düzenine Aykırılık Bulunması

1) Farklı Dinden Kimseler Arası Evlilik

Kamu düzeni hükmünün işletilmesi açısından doktrin ve uygulamada sıklıkla üzerinde durulan bir olgu, farklı dinden kimselerin evlenmelerine izin vermeyen

199 Söz konusu olayda, Japon vatandaşı koca, Filipin vatandaşı karısı ile birlikte, karısının evlilik dışında doğmuş Filipin vatandaşı çocuğunu evlat edinmelerine izin verilmesi talebinde bulunmuşlarıdır. Evlat edinmenin maddi şartları bakımınından evlat edinenlerin milli hukuku olan Japon hukukunca aranan şartların yanında, evlatlığın milli hukuku olan Filipin hukukununca aranan bir rıza şartına da bakılmış (evlat edinen olmak isteyen kimsenin 10 yaş üstü evlilik içi çocuğu var ise, onun bu işleme dair yazılı rızasının bulunması), buna karşın, varlığı aranan rızanın mevcut olmadığı anlaşılmıştır. Sırf bu gerekçe ile evlatlık ilişkisinin kurulmadığının kabul edilmesi, Japon kamu düzeni ve genel ahlakına aykırı görülerek ilgili hükmün olaya tatbiki engellenmiştir. Bkz. Satou (n 131) 520.

200 Nakanishi and others (n 10) 117, 118; Kono (n 4) 340.

201 Kono (n 4) 338.

202 Sakurada (n 4) 140.

203 Takasugi (n 5) 63; Itou (n 4) 53. "Taşıyıcı annelik" kurumu üzerinden varsayımsal bir kamu düzenine aykırılık tartışması yapan *Sasaki*'nin detaylı analizi için bkz. Sasaki, Minpou (n 47) 207, 208.

yabancı hukukun tatbikinin engellenmesidir. Bu konuda Mısır hukukunun tatbikinin dışlandığı bir karara[204] sıkça atıf yapılmakta, Müslüman kadının farklı dinden erkek ile evlenmesini yasaklayan Mısır hukuku açısından bu yasağın Japon kamu düzenine aykırı oluşu vurgulanmaktadır.[205]

Söz konusu karara konu olayda, ana talep olarak evliliğin geçersizliğine hükmedilmesi, evlilik geçersiz görülmüyorsa boşanmaya hükmedilmesi talebiyle dava açılmıştır. Evliliğin geçersizliğinin tespiti talebine ilişkin olarak ilgili bağlama kuralı uyarınca (1989 değişikliği öncesi Hourei m.13/1) tarafların milli hukuklarının tatbik edilmesine karar verilmiştir. Ancak, Müslüman davalı açısından tatbik edilecek Mısır mevzuatı uyarınca, Müslüman davalı ile Budist davacı arasındaki evlilik, farklı dinden kimseler arasındaki bir evlilik olmakla yasaklanmış olup, bu sebeple geçersiz görülmektedir. Salt farklı dine mensup kimseler arasında kurulmuş olduğu için bu evliliğin geçersiz kılınmasının, Japon kamu düzeni ve genel ahlâkına aykırı olacağı kanaatine varan mahkeme, Mısır hukukunun tatbikini engellemenin yerinde olacağına karar vermiştir. Mahkeme, bu husus haricinde somut evliliğin geçersiz kılınmasını gerektirecek herhangi bir durum olmadığını da kararında belirtmiştir.[206]

2) Boşanma Sonrasında Velayet Hakkından Yoksunluk

Doktrinde sıkça dikkat çekilen bir diğer örnek hal, velayetin yalnızca ve kendiliğinden babaya verilmesini öngören yabancı hükümlerin Japon kamu düzenine aykırılığıdır. Bu durumun somutlaştığı bir olayda[207], boşanma ve eşlerin ortak çocuğu için velayet hakkı talep edilmiş; boşanma bakımından, o dönem Japonya'da yürürlükte bulunan ilgili bağlama kuralları (Hourei m.16, m.14) uyarınca "eşlerin müşterek mutad mesken yeri hukuku" olan Japon hukuku tatbik edilmiştir.

Velayet hakkının kullanımı bakımından ise, hem çocuğun milli hukuku hem de davalı babanın milli hukuku niteliğinde olan Güney Kore hukuku uygulanacak hukuk olarak belirlenmiştir (Hourei m.21 uyarınca). Bununla birlikte, o dönemki Güney Kore Medeni Kanunu m.900'e göre, babanın kendiliğinden ve kanunen veli olarak tayin edilmekte olduğu anlaşılmış ve çocuğun menfaati göz önüne alındığında, boşanma sonrası velayet hakkının kullanımı açısından annenin tayin edilmesi önünde bir engel oluşturan bu düzenleme, Japon kamu düzenine aykırı görülerek olaya tatbik edilmemiştir. Bunun yerine, basamaklı bir bağlama kuralı niteliğinde olan Hourei m.21'de ikinci sırada yer alan "çocuğun mutad mesken yeri hukuku" olarak Japon hukukunun tatbik edilmesi yönünde karar verilmiştir.[208]

204 東京地判平成 3・3・29.

205 Yokoyama (n 6) 100; Sakurada (n 4) 134; Nakanishi and others (n 10) 110, 111.

206 Satou (n 131) 520.

207 最高裁昭和52年3月31日判決民集31巻2号365頁.

208 Satou (n 131) 519.

Söz konusu olayda baba, alkolik, anneye karşı şiddet uygulayan ve çeşitli suçlardan cezaevinde yatmış bir profile sahiptir. İlk derece mahkemesinin kararını temyiz merci sıfatıyla inceleyen Japon Yüksek Mahkemesi, mahkemenin velayeti anneye veren kararını onamış ve babanın temyiz talebini reddetmiştir. *Kanzaki*'ye göre, olayda yüksek mahkemenin ele aldığı husus, yabancı hukukun velayet hakkını sadece babaya hasrediyor olması değildir. Ele alınan mesele, bu kuralın tatbiki sonucunda, aslında çocuğa bakmaya ehil olmayan baba veli olarak tayin edilmesine karşın, hâlihazırda çocuğun bakımı ile ilgilenen anneden velayetin zorla alınacak olmasıdır.[209] Benzer yönde düşünen *Sakurada*'ya göre, babanın tek başına velayet hakkına sahip oluşu kabul edilirken, annenin bu haktan mahrum bırakılıyor oluşu, somut olaya göre babanın veli olarak tayin edilmesinin uygun düşmeyeceği durumlar dikkate alındığında "çocuğun refahını bozucu" etki gösterebilmesi sebebiyle kamu düzenine aykırı görülmüştür.[210]

Öte yandan *Yokomizo*, yüksek mahkemenin bu karardaki yaklaşımı hususunda farklı düşünmektedir. Yazara göre, mahkeme, "velayet hakkının anneye verilmesi gerektiği" şeklinde bir somut sonucu varsayımsal olarak kabul etmiş ve bu yüzden yabancı hukukun tatbikini engellemiştir. Halbuki, böyle bir somut sonucun maddi bir hukuk kuralına dayandırılması gerekmekte olup, yabancı hukukun tatbikinin Japon hukuk düzenine aykırı olup olmadığına karar verilen bir aşamada gündeme getirilmesi yersizdir. Tokyo Bölge Mahkemesi'nin benzer vakıalar içeren bir kararını[211] örnek gösteren yazar, temyiz mercii gibi Tokyo Bölge Mahkemesi'nin de ilgili Güney Kore hukuku hükmünün tatbikini engellediğini hatırlatmaktadır. Fakat mahkemenin değerlendirmesini "kimin veli tayin edilmesi isabetli olur" şeklinde bir somut neticeyi konu edinerek değil, "ilgili hükmün çocuğun refahını esas alan bir değerlendirme yapabilmeyi imkansız kılıp kılmadığı" noktasından hareketle yaptığını belirtmekte ve bu yaklaşımı isabetli bulmaktadır.[212]

Anlaşılacağı üzere, *Kanzaki* ve *Yokomizo*, yüksek mahkemenin yukarıdaki yaklaşımını farklı yorumlamaktadırlar. Bununla birlikte, her iki yazar da benimsenmesi gereken isabetli yaklaşım konusunda hemfikir gözükmektedirler.

3) Baba ile Soybağı Kurulması

Japon mahkemelerinde sıklıkla ele alınan bir diğer somut olay grubunu, baba ile çocuk arasında soybağının kuruluşu oluşturmaktadır. Yabancı hukukta babanın evlilik dışı çocuğunu tanıması imkânının yahut babalık davası açılması imkânının bulunmadığı hallerde, Japon mahkemeleri istikrarlı biçimde kamu düzenine aykırılık neticesine varmaktadırlar.[213] İlk derece mahkemesi kararları arasında, babanın ölümünden sonra çocuk ile arasında soybağı kurulmasına ilişkin bir hüküm

209 Kanzaki, Pureppu kokusaishihou (n 4) 159.

210 Sakurada (n 4) 140.

211 東京地判平成2・11・28判例時報1384号71頁.

212 Yokomizo (n 4) 2, 3.

213 Kono (n 4) 339.

barındırmayan Liechtenstein ve İran hukuklarının tatbikine kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle engel olunduğu bilinmektedir.[214]

Yine bir olayda[215], yalnızca çocuğun doğumundan sonraki ilk beş yıl içerisinde babalık davası açılabileceğinin öngörülmüş olmasından ötürü, bu sürenin geçmiş olması yüzünden dava açılamayacağı şeklinde bir sonuca yol açacağı anlaşılan Tayvan hukukunun tatbiki kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle engellenmiştir.[216] Buna karşılık bir başka olayda[217], babanın ölümü sonrasında açılabilecek babalık davasının, babanın ölümünün öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde açılabileceğini öngören Kuzey Kore düzenlemesi söz konusu olduğunda, kamu düzenine herhangi bir aykırılık görülmemiştir.[218] Bu şekilde babalık davasının açılabilme (baba hayattayken veya öldükten sonra) sürelerinin az veya çok oluşunun mesele edildiği olaylarda, "dava açılabilmesinin süre ile sınırlı olması fikri"nin makul görüldüğü belirtilmekte, dolayısıyla salt böyle sürelerin varlığının "yabancı hukukun içeriğinin Japon hukukundan yüksek derecede farklılaşması" olarak nitelendirilmediği düşünülmektedir.[219]

4) Yabancı Patent Hakkının Japonya'da İhlâl Edilmesi

Kamu düzeni müdahalesinin malvarlığı üzerindeki haklar bakımından da gündeme getirilebildiğini gösteren ve doktriner eserlerde sıkça kendisine yer bulan önemli bir karar[220], Amerika Birleşik Devletleri'nde tescil edilmiş bir patent hakkının Japonya'da ihlâl edilmesi iddiasına ilişkindir.[221] Davada, her devlet bakımından patent hakkının, sadece tescil edildiği o devletin sınırları içerisinde etki doğurması ilkesinden bağımsız şekilde, ABD'de tescil edilmiş bir patent hakkına dayalı olarak, Japonya'da gerçekleştirildiği iddia edilen bir ihlâl eyleminin men'i yahut ihlâle konu malların imha edilmesi talep edilmiştir.[222]

Kararda, ABD patent hakkının, coğrafi sınırlarının ötesine geçerek Japonya'ya uzanması ve orada geçerlilik yönünden maddi nitelikte bir sonuca yol açması olgusu, Japon patent hukukunda benimsenen "bölgesellik" prensibine açık bir aykırılık olarak telakki edilmiştir. ABD ile Japonya arasında karşılıklı olarak birbirlerinin patent haklarını tanıyacaklarını öngören bir milletlerarası antlaşmanın da mevcut olmadığını değerlendiren mahkeme; ABD patentinin aktif ihlâli anlamındaki eylemin Japonya'da gerçekleştirilmesi gerekçesiyle Amerikan patent hukukunun tatbiki

214 Sakurada (n 4) 141.

215 神戸地判昭56・9・29家月34巻9号110頁.

216 Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 94.

217 最判昭50・6・27家月28巻4号83頁.

218 Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 94.

219 Kono (n 4) 339.

220 最高裁平成14年9月26日判決民集56・7・1551.

221 Takasugi (n 5) 66.

222 Kouji Deguchi, 'Beikoku tokkyohou no ikigaitekiyou to kokusaishihoujou no koujo' (2010) 108/4 Kokusaihougaikouzasshi 48-51.

sonucu olarak Japonya'daki eylemin men'ine yahut Japonya'da bulunan ihlâl konusu malların imhasına hükmedilmesinin, Japon patent hukuku düzeninin temel anlayışı ile uyumsuz olacağı sonucuna varmıştır.[223]

Bu doğrultuda, kararın verildiği dönemdeki ilgili hüküm olan Hourei m.33 bağlamında kamu düzeni müdahalesi -sadece yabancı hukukun yüksek derecede farklılaştığına değinilerek- işletilmiştir.[224] *Kono*'ya göre bu karar, uygulanacak yabancı hukukun içeriğinin Japon hukukundan yüksek derecede farklılaştığına mahkemece kanaat getirilmesi halinde tatbik sonucu ve ülke ile bağlantı araştırılmadan kamu düzenine aykırılık sonucuna varılabildiğini göstermektedir.[225]

B- Kamu Düzenine Aykırılık Bulunmaması

Japon mahkemelerince kamu düzeni değerlendirmesinin yapılmış olduğu bazı kararlar bakımından, kamu düzenine aykırılık şeklinde bir sonuca varılmamış olduğu görülmektedir. Kamu düzenine aykırılık tespit edilememiş olay örnekleri arasında, evlilik birliğinin bozulmasına kendi hâl ve tavırları ile katkı sağlamış eşin sorumluluğu dikkate alınmaksızın boşanılabilmesi; evlilikte "kuma" birlikteliklerinin yasal olduğu bir hukuk sisteminde, erkek eşin tanıma beyanı gerekmeksizin erkek eş ile kuma arasındaki birliktelikten olan çocuk ve erkek eş arasındaki soybağı ilişkisinin kendiliğinden kurulması halleri gösterilebilir.[226]

Yine, iş sözleşmesinin sebep gösterilmeksizin feshine izin veren New York hukukunun tatbiki[227]; evlilik içinde doğmuş çocuk ile evlilik dışı doğmuş çocuk arasında miras payı yönünden bir ayrım yapmayan Tayvan hukukunun tatbiki[228]; çocuğun geçirdiği trafik kazasına bağlı olarak ebeveynlerin "teşekkür parası" talep hakkını kabul etmeyen Güney Dakota Eyaleti hukukunun tatbiki[229]; baba tarafından tanınmış çocuğun kendiliğinden babanın nüfusuna geçirilmesini öngören Kore örf-adet hukukunun tatbiki[230]; avukatlık ücretini talep hakkının 6 yılda zamanaşımına uğradığı New York hukukunun tatbiki bakımından da, Japon kamu düzenine herhangi bir aykırılık saptanmamıştır.[231]

Bu başlık altında değinilebilecek ve doktrinde tartışmalı olması açısından önemli bir karar[232], Amerika Birleşik Devletleri'nde doğmuş bir kumar borcunun Japonya'da ifasının talep edilmesi durumunun Japon kamu düzeni ile olan ilişkisi hakkındadır. Karara

223 Deguchi, Beikoku (n 222) 48-68.
224 Kono (n 4) 336, 337.
225 ibid 336, 337.
226 ibid 340, 341.
227 Nakanishi and others (n 10) 119.
228 Takasugi (n 5) 65.
229 Sakurada (n 4) 141.
230 Itou (n 4) 53.
231 Takasugi (n 5) 66.
232 東京地判平成5・1・29判例時報1444号41頁.

konu olayda, Las Vegas'a davet edilen ve tüm masrafları karşılanan Japon vatandaşı müşterinin güveni kazanılarak kendisine orada kumar oynama imkanı sunulmuş ve kişi de bu doğrultuda kumar oynamıştır. Müşterinin Japonya'ya dönmesinin ardından, söz konusu kumar borcunun Japonya'da tahsil edilmesine ilişkin bir talepte bulunulmuş, kumar oynanmasına izin veren Nevada hukukunun olaya tatbiki Japon kamu düzenine aykırı görülmemiştir.[233] Bu karar, içeriğindeki özgün unsurlar bakımından doktrinde *Nomura* ve *Ishiguro* tarafından ayrı eserlerde ele alınmıştır.

Olayda, ilgili ülke vatandaşının seyahat masraflarının, yeme-içme masraflarının ve konaklama masraflarının kendisi tarafından değil bir başkası tarafından karşılandığı bir gezi türü (*junket*) mevcut olup; Las Vegas'a davet edilen müşteriye orada kumar oynatıldığı, o kimsenin ülkesine dönüşünün akabinde ise kumar borcunun ödenmesinin istendiği ve bu yönüyle Nevada hukukuna göre yasal bir sistem söz konusudur.[234] Kumar borcunun doğumunu takiben, ilgili kişi aleyhine Japonya'da borç tahsil edilmek istenmiştir. Ancak bu tahsil istemi, Japon maddi hukukunda yer alan cezai nitelikte birtakım düzenlemelere aykırı görülmüş ve karmaşık bir sürecin ardından müşteriye ait olup borcun da içerisinden ödeneceği malvarlığı değeri, Japon hazinesine intikâl etmiştir. Bunun üzerine kumar oynatıcısı, Japonya devleti aleyhine sebepsiz zenginleşilen miktarın iadesi talebiyle dava açmıştır ki, bu ana meseledir. Kararda, dava dışında bırakılan Japon vatandaşı müşteri ile kumar oynatıcısı arasındaki sözleşmede uygulanacak hukuk olarak Nevada hukukunun belirlenmiş olduğu, ve "söz konusu sözleşme ilişkisinin Japon toplumu ile bağlantısının dolaylı ve zayıf olduğu" belirtilmiş, Nevada hukukunun kamu düzeni müdahalesi ile engellenmesine gerek bulunmadığı ifade edilmiştir.[235]

Nomura, somut olayda, tarafların genel işlem şartı formunda bir hukuk seçimi yaptıklarını (Nevada Eyaleti hukuku), fakat böyle bir seçim yapılmış olsa dahi Japonya'da Nevada hukuku uygulanarak kumar borcunun ödenmesinin talep edilmesinin milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir. Bununla birlikte aynı yazar, somut olayda kumar borcunun Japon hazinesine intikâl etmiş olmasından ötürü zarara uğrayan davalı kumar oynatıcısının devlete karşı sebepsiz zenginleşilen miktarın iadesi talebiyle açtığı bir davanın söz konusu olduğuna da dikkat çekmektedir. Dolayısıyla, burada ana mesele "sebepsiz zenginleşme"ye ilişkin talebin kabulü veya reddi olup, "kumar sözleşmesinin geçerliliği" hususu, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin talep hakkında karar verilebilmesi için bir önsorun niteliğinde görülmelidir. Önsorun bakımından ise, somut olay ile Japonya arasındaki bağlantı güçlü görülmeyeceğinden, bu durum kamu düzeni hükmünün tatbiki için gerekli bir şartın eksikliği şeklinde yorumlanabilir.[236]

233 Takasugi (n 5) 66; Kanzaki, Hayakawa and Motonaga (n 7) 95.

234 *Ishiguro*'ya göre bu durum, Japon vatandaşının kendiliğinden Las Vegas'a gidip kumar oynadığı hallerden farklı şartlar içermektedir. Bkz. Ishiguro (n 14) 279.

235 Ishiguro (n 14) 278, 279.

236 Nomura (n 50) 144, 145. Kamu düzeni müdahalesi ve önsorun ilişkisi hakkında bkz. Text to n 131.

Kararı eleştiren *Ishiguro*'ya göre ise, kararda sözleşmeye uygulanacak hukuk olan Nevada Eyaleti hukukuna bakılmış ve Japon devletince el koyulan malvarlığı değeri üzerinde kumar oynatıcısının mülkiyet benzeri bir hakka sahip olduğu varsayılarak sebepsiz zenginleşme talebi Japon hukukuna göre karara bağlanmıştır. Halbuki, kumar oynatıcısının böyle bir hakka sahip olduğunun kabulü sebebiyle dahi, Japon toplumsal yaşam düzenine zarar verilip verilmeyeceğinin değerlendirilmesi ve buna bağlı olarak milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni hükmüne başvurulmasına gerek olup olmadığı hususunun tartışılması gerekirdi. Yazara göre, mahkeme yukarıda bahsedilen *"davet edilme ve tüm masrafların karşılanması"* özelliğinin somut olaydaki mevcudiyetini karar verme sürecinde dikkate almamıştır.[237]

Hourei'nin yürürlükte bulunduğu dönemde verilmiş mahkeme kararları bakımından günümüzde dikkat çekilen önemli bir husus, 1989 yılında Hourei üzerinde yapılan ciddi değişik öncesinde kamu düzeni hükmü işletilmiş bazı olay grupları bakımından, değişiklik ile birlikte ve özellikle de HUGKK'nın yürürlüğe girmesinin ardından artık kamu düzeni müdahalesine başvurmaya duyulan fiili ihtiyacın azalmış olmasıdır. Değişiklik sonrası Hourei ve günümüz HUGKK açısından, çeşitli bağlama kurallarında alternatifli bağlama,[238] basamaklı bağlama gibi yolların izlenmiş olması ve boşanmada taraflardan birinin Japon vatandaşı olduğu haller bakımından münhasıran Japon hukukunun uygulanması biçiminde kurallar getirilmiş olması[239] sebebiyle, Japon hukukunun uygulanacak hukuk olarak tayin edilme ihtimâlinin kuvvetlendirildiği, dolayısıyla, kamu düzenine aykırılığın bir mesele teşkil etmediği hallerin sayısının da artırılmış olduğu düşünülmektedir.[240]

Kasahara'ya göre, milletlerarası özel hukukta kamu düzeni hükmünün varlığı bile, aslında her olaya uygun muameleyi mümkün kılan bağlama kurallarına sahip olunmadığının bir ispatıdır. Dolayısıyla, ileride kanun (HUGKK) içerisinde daha yumuşak hükümler getirilmesi durumunda, kamu düzeni hükmü de var oluşundaki önemi kaybetmek zorunda kalacak, kendisine başvurulması gereken hallerin sayısı da önemli ölçüde azalacaktır. Yazar, bir üst paragrafta değinilen "Hourei değişikliğinde alternatifli bağlama imkanlarının benimsenmiş olması"nı da, bu yönde bir adım olarak görmektedir.[241]

Öte yandan *Ishiguro*, HUGKK m.27 hükmünde getirilmiş ve böylelikle Filipin hukukundaki boşanma yasağının Japon kamu düzeni engeline takılması ihtimâlini

237 Ishiguro (n 14) 279, 280.

238 Evlilik dışı çocuğun tanınmasına ilişkin bağlama kuralı (Hourei m.18/2, HUGKK m.29/2) alternatifli hale getirildiği için artık kamu düzeni hükmünü işletmeye duyulan ihtiyacın azalacağı düşünülmektedir. Bkz. Itou (n 4) 54; Ishiguro (n 14) 277, 278.

239 1989 değişikliği sonrası Hourei'de, boşanmaya ilişkin bağlama kuralında (HUGKK bünyesine m.27 olarak aynen aktarılmıştır) Japon vatandaşları açısından Japon hukukunun tatbiki lehine önemli bir değişiklik yapıldığı için, bu konuda kamu düzeni müdahalesine duyulacak ihtiyacın da artık azaldığı düşünülmektedir. Bkz. Itou (n 4) 54; Ishiguro (n 14) 277.

240 Takasugi (n 5) 64.

241 Kasahara (n 4) 110.

çoğu olay bakımından kaldırmış yeni bağlama kuralını, devletin kendi vatandaşını diğerlerine göre tek taraflı olarak daha fazla koruduğu gerekçesiyle eleştirmektedir. Zira mevcut halde, Japon vatandaşı bir kadının Filipin vatandaşı kocasına açtığı bütün davalarda Japon hukukunun uygulanacağı neticesine ulaşılmaktadır.[242] Yazar, gerek boşanmaya dair bağlama kuralındaki değişiklik olsun, gerek alternatifli bağlama kurallarına ilişkin değişiklik olsun, bu yeni hükümler ile birlikte, kamu düzeni hükmünün işletilmesinin eskiye nazaran daha "tek katmanda lokalize" bir hale geldiği eleştirisinde bulunmaktadır.[243]

Sonuç

Japon milletlerarası özel hukukunda kamu düzeni müdahalesine ilişkin olarak çalışma boyunca yer verilen açıklamalar ışığında, aşağıdaki sonuçlara varılması mümkündür.

(i) Japon hukuku açısından "kamu düzeni" kavramı, sadece milletlerarası özel hukuk tarafından kullanılan bir kavram değildir. Çoğu eserde, kavramın bu alana özgü kullanımı, "milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni" biçiminde ifade edilmiştir. Ayrıca, "iç hukuk anlamında kamu düzeni" şeklinde bir kavram daha mevcut olup, bu ikisi arasındaki ayrım üzerinde doktrinde detaylı olarak durulmak ihtiyacı hissedilmiştir.

(ii) Milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzenine aykırılıktan bahsedebilmek için, uygulanacak hukuk olarak belirlenmiş yabancı hukukun somut olaya tatbiki neticesinde, Japon "özel hukuk düzeni"nin çekirdeğinde yer alan hukuk ilkeleri ve anlayışında bozulma ihtimâli gündeme gelmeli; Japonya'da kaim olan "özel hukuk düzeni"ne ilişkin temel kurallar ve hukuk anlayışı ile ciddi ölçüde bir uyumsuzluk ortaya çıkmalı; bir başka deyişle, yabancı hukukun tatbiki, mahkeme devletinde geçerli bulunan hukuk düzeninin "temeline" zarar veriyor olmalıdır.

(iii) Uygulanacak yabancı hukukun tatbikini kamu düzenine aykırılık sebebiyle engelleyen hükümlere, "kamu düzeni hükmü" adı verilmekte ve bu hükümlere başvurulması hali, "kamu düzeni hükmünün işletilmesi" şeklinde ifade edilmektedir. Japon milletlerarası özel hukuku açısından "kamu düzeni hükmü" dendiğinde esas alınacak genel nitelikteki hüküm HUGKK m.42'de bulunmaktadır. Ancak bu hükmün dışında, Bakım Ödevlerine Uygulanacak Hukuka Dair Kanun m.8/1 hükmü ile Vasiyetnamenin Şekline Uygulanacak Hukuka Dair Kanun m.8 hükmünde; yine, uygulanacak yabancı hukukun engellenmesi bakımından Japon Medeni Yargılama Kanunu m.118 bent 3 hükmünde kamu düzeni hükümleri getirilmiştir.

(iv) Milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni müdahalesi, "gerçekten ihtiyaç duyulan haller ile sınırlı olarak" kullanılması arzu edilen ve kendisinden "mümkün

242 Ishiguro (n 14) 277.

243 Ishiguro (n 14) 278. Bununla birlikte yazar, "tek katmanda lokalize" (一層限局 *issougenkyoku*) ifadesi ile neyi kast etmek istediğini açıklamamaktadır.

olduğunca kaçınılması salık verilen" istisnai nitelikte bir yoldur. Müdahalenin bir "acil durum çıkışı / kaçışı" özelliği taşıdığına vurgu yapılmıştır. Öte yandan, her ne kadar kamu düzeni hükmünün istisnai bir işlerliğe sahip olduğu vurgulansa dahi, hükmün kendi başına bir "istisna hükmü" şeklinde görülmediği de anlaşılmaktadır.

(v) Doktrinde, kamu düzeni anlayışının hangi temele dayandırılacağı noktasında da bir tartışma yapılmış, milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni müdahalesine başvurulurken, medeni devletlerce genel olarak kabul edilen bir kamu düzeni anlayışına mı, yoksa Japon devletinin kamu düzeni anlayışına mı dayanılması gerektiği sorusuna yanıt aranmıştır. Günümüz itibariyle ikinci görüşün yaygın şekilde kabul edildiği, kamu düzeni anlayışının "evrensel" değil "devletsel" şekilde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.

(vi) HUGKK içerisinde genel hüküm niteliğindeki m.42'nin yanısıra, "özel nitelikte bir muhafaza edici hüküm" olarak m.22'nin varlığına dikkat çekilmektedir. Bu madde ile, iç hukuk düzenini korumak adına haksız fiil ilişkileri bakımından, sınırlı kapsamda dahi olsa Japon hukukunun "mutlak surette" tatbik edilmesi istenmektedir. Bu maddenin, uygulanacak yabancı hukuku Japon hukuku lehine özel olarak askıya alan bir yapısı bulunmakta olup, özellikle birinci fıkra hükmü aracılığıyla mahkemeye, "uygulanacak hukuka gitmeden önce Japon hukukuna göre haksız fiil ilişkisinin kuruluşunu reddetme" imkânı verilmektedir. Öte yandan, doktrinde böyle bir maddeye bağlama kuralları arasında yer verilmiş olması eleştirilmekte, Hourei döneminde benimsenmiş bu kuralın yeni kanuna taşınmış olması yadırganmaktadır.

(vii) Kamu düzeni müdahalesine başvurulabilmesi için doktrinde varlığı zorunlu olarak aranan şartlar; "yabancı hukukun tatbik sonucunun olağandışı görülmesi" ve "somut olayın Japonya ile bağlantılı bulunması"dır. Doktrinde sıklıkla vurgulanan önemli bir husus, kamu düzeni müdahalesinin "yabancı hukukun kendisi" hakkında değil, o hukukun "tatbik sonucu" hakkında gündeme getirilmesi gerektiğidir. Bu husus, mahkeme uygulamasında da benimsenmiş gözükmektedir.

(viii) Kamu düzeni müdahalesinde engellemenin konusu ele alınırken üzerinde durulabilecek bir başka husus, kamu düzeni müdahalesi ve önsorun arasındaki ilişkidir. Doktrinde, kamu düzeni müdahalesinin konusu olarak esas sorunun kendisinin görüldüğü, bu çerçevede önsorunun kamu düzeni müdahalesine konu kılınması ihtimâlinin pek de yüksek olmadığı ifade edilmektedir. Yabancı hukukun önsorunu idare eder şekilde tatbik edildiği hallerde, esas soruna tatbik edildiği hallere kıyasla, kamu düzenine aykırılığın daha dolaylı bir nitelik taşıdığı, gerçek anlamda bir kamu düzenine aykırılıktan bahsedilemediği ifade olunmaktadır.

(ix) HUGKK m.42 hükmü, yabancı hukukun engellenmesini mümkün kılmakla birlikte, engellemenin ardından nasıl bir yol izleneceğine dair bir kural sevk etmemiş

olduğu için, yabancı hukukun dışlanmasının ardından nasıl hareket edileceği meselesi, doktrinde tartışılmış, bu hususta iki ana grup görüş ortaya çıkmıştır.

İlk grup, yabancı hukukun engellenmesini takiben bir kural boşluğunun doğduğunu savunmaktadır. Bu görüş içerisinde muhtelif alt görüşler mevcuttur. Bu kapsamda, boşluğun Japon maddi hukukunca doldurulması; boşluğun söz konusu yabancı hukuk tarafından doldurulması; boşluğun hukukun genel ilkeleri tatbik edilerek doldurulması; boşluğun engellenen hukuktan sonra gelen en sıkı irtibatlı yer hukukunca doldurulması şeklinde alt görüşlere rastlanmaktadır. Japon mahkemelerinin, boşluğun Japon maddi hukukunca doldurulması yolunu genellikle benimsedikleri ifade edilmektedir.

İkinci grup ise, yabancı hukukun tatbikinin engellenmesine karar verildiği an itibariyle aslında bir maddi hukuk neticesine varılmış olduğunu, dolayısıyla yeniden herhangi bir devlet hukukunu tatbik ederek engellenmiş hükmü ikame etmek gerekliliği bulunmadığını düşünmekte ve boşluğun doğumunu reddetmektedir. Bu görüş açısından, örneğin, boşanma talebine ilişkin bir olayda, boşanmayı yasaklayan bir yabancı hukukun olaya tatbiki sonucu kamu düzeninin ihlâl edileceği varsayılıyorsa, aslında "boşanmanın bir kurum olarak kabul edilmesi" biçiminde maddi hukuk benzeri bir karar çoktan verilmiş olmaktadır. Bu görüşün günümüzde, özellikle doktrinde yaygın şekilde benimsendiğinden bahsedilmektedir.

(x) Boşluğun doğduğunu savunan ve Japon hukukunca doldurulmasını öneren görüşe yöneltilmiş en belirgin eleştiri, her durumda Japon hukukunun tatbik edilmesinin adil sonuçlar vermeyebileceği, kimi olaylar bakımından bir "ters etki"nin gündeme gelebileceği şeklindedir. Öte yandan, boşluğu reddeden görüşe yöneltilen temel eleştiri ise, boşanmanın bir kurum olarak kabulü veya reddi gibi iki şıktan birinin seçimini gerektiren haller açısından bu görüşün sorun yaratmayacağı; buna karşılık, iki şıktan birinin tercihi bakımından değil de boşanma nafakasının yahut tazminatın miktarına karar verilmesini gerektiren örneklerde rastlanabileceği gibi "niceliksel yönden" bir karar verilmesi de gereken durumlar bakımından, miktarın somut bir kurala (bir hukuk sistemi içerisinde yer alan) dayanarak belirlenmesinin pratik bir zorunluluk olduğu şeklindedir.

(xi) Mahkemelerce kamu düzeni müdahalesinin tartışıldığı kararların büyük çoğunluğu, farklı devletler bakımından farklı düzenlemelere konu olabilmesindeki kolaylık itibariyle "aile hukuku" alanını ilgilendirmektedir. Bununla birlikte, aile hukukunun dışında kalan konular bakımından da bu tartışmanın yapılabildiği görülmektedir. Farklı dinden kimselerin evlenmeleri üzerindeki yasağın; boşanma sonrasında annenin kendiliğinden ve kanun hükmü gereği velayet hakkından yoksun bırakılmasının; baba ile soybağı kurulmasına getirilmiş kimi yasakların yahut kısıtlamaların; yabancı patent hakkının Japonya'da ihlâli iddiasına ilişkin

men talebinin Japon kamu düzenine aykırı oluşu halleri doktrinde sıkça ve önemle bahsedilen örneklerdir. Ancak bu örnek haller dışında, çalışmada değinilen pek çok farklı uygulama örneği bulunmakta olup, bu yönüyle kamu düzeni müdahalesinin mahkemelerde çeşitlilik arz eden bir görünüm sunduğu anlaşılmaktadır.

Kaynakça / References

Deguchi K, 'Beikoku tokkyohou no ikigaitekiyou to kokusaishihoujou no koujo' (2010) 108/4 Kokusaihougaikouzasshi (出口耕自, 米国特許法の域外適用と国際私法上の公序, 国際法外交雑誌, 2010, 108巻, 4号)

Deguchi K, *Rontenkougi kokusaishihou* (Hougakushoin 2015) (出口耕自, 論点講義国際私法, 東京, 法学書院, 2015)

Dougauchi M, *Pointo kokusaishihou souron* (2nd edn Yuuhikaku 2007) (道垣内正人, ポイント国際私法総論, 第2版, 有斐閣, 東京, 2007)

Houmushou minjikyoku sanjikanshitsu, 'Kokusaishihou no gendaika ni kansuru youkouchuukanshian hosoku setsumei', (2005) 123 <www.moj.go.jp/content/000071219.pdf> accessed 20 May 2018 (法務省民事局参事官室, (平成１７年３月２９日), 国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明) www.moj.go.jp/content/000071219.pdf

Ikehara S, *Kokusaishihou souron* (Houritsugaku zenshuu, Yuuhikaku 1973) (池原季雄, 国際私法総論, 法律学全集, 有斐閣, 東京, 1973)

Ishiguro K, *Kokusaishihou* (2nd edn Shinseisha 2007) (石黒一憲, 国際私法, 第二版, 新世社, 東京, 2007)

Itou M, *Kokusaishihou* (3rd edn Koubundou 2013) (伊藤真, 国際私法, 第三版, 弘文堂, 東京, 2013)

Kanzaki T, *Pureppu kokusaishihou* (Koubundou 2015) (神前禎, プレップ国際私法, 弘文堂, 東京, 2015)

Kanzaki T, 'Fuhoukoui ni tsuite no koujo ni yoru seigen' in Y Sakurada and M Dougauchi (eds) *Chuushaku Kokusai Shihou (Daiichi Ken)* (Yuuhikaku 2011) (神前禎, 不法行為についての公序による制限) (Kısaltma: Fuhoukoui)

Kanzaki T, Hayakawa Y and Motonaga K, *Kokusaishihou* (3rd edn Yuuhikaku 2012) (神前禎, 早川吉尚, 元永和彦, 国際私法, 第三版, 有斐閣, 東京, 2012)

Kasahara T, *Kokusaishihou genron* (Bunshindou 2015) (笠原俊宏, 国際私法原論, 文眞堂, 東京, 2015)

Koide K, *Chikujou kaisetsu-Hou no tekiyou ni kan suru tsuusokuhou* (Shoujihoumu 2009) (小出邦夫, 逐条解説 - 法の適用にかんする通則法, 商事法務, 東京, 2009)

Kono T, 'Dai 42 jou Koujo' in Y Sakurada and M Dougauchi (eds) *Chuushaku kokusaishihou* (Yuuhikaku 2011) (河野俊行, 第42条 - 公序)

Kubo I, *Kokusaishihou gairon* (Kaiteihan, 1954) (久保岩太郎, 国際私法概論, 改訂版, 1954)

Masao S, *Kokusaishihou gairon* (Saiteihan, Yuuhikaku 1952) (實方正雄, 国際私法概論, 再訂版, 有斐閣, 東京, 1952)

Matsuoka H, *Kokusaishihou ni okeru housentakukisoku kouzouron* (Yuuhikaku 1987) (松岡博, 国際私法における法選択規則構造論, 有斐閣, 東京, 1987)

Matsuoka H, *Gendai kokusaishihou kougi* (Houritsubunkasha 2008) (松岡博, 現代国際私法講義, 法律文化社, 東京, 2008)

Matsuoka H (ed), *Kokusaikankei shihou nyuumon* (3rd edn Yuuhikaku 2012) (松岡博(編), 国際関係私法入門, 第三版, 有斐閣, 東京, 2012)

Nakanishi Y and Kitazawa A and Yokomizo D and Hayashi T, *Kokusaishihou* (Yuuhikaku 2014) (中西康, 北澤安紀, 横溝大, 林貴美, 国際私法, 有斐閣, 東京, 2014)

Nomura Y (ed), *Keesu de manabu kokusaishihou* (2nd edn Houritsubunkasha 2014) (野村美明 (編者), ケースで学ぶ国際私法, 第二版, 法律文化社, 東京, 2014)

Nomura Y, 'Dai 6 Shou' in Y Nomura (ed) *Keesu de manabu kokusaishihou* (2nd edn Houritsubunkasha 2014) (野村美明, 第六章)

Orimo Y, *Kokusaishihou kakuron* (Shinhan, Houritsugaku zenshuu, Yuuhikaku 1972) (折茂豊, 国際私法各論, 新版, 法律学全集, 有斐閣, 東京, 1972)

Saatcıoğlu, OC, 'Hukukların Uygulanmasına Dair Genel Kurallar Hakkında Kanun (Kanunlar İhtilafı Hukuku Alanındaki Temel Japon Kanununun Türkçe Çevirisi)' (2012) 2(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 103-130

Sakurada Y, *Kokusaishihou* (6th edn Yuuhikaku 2012) (櫻田嘉章, 国際私法, 第六版, 有斐閣, 東京, 2012)

Sakurada Y and Dougauchi M (eds), *Chuushaku kokusaishihou* (Yuuhikaku 2011) (道垣内正人, 櫻田嘉章 (編者), 注釈国際私法, 有斐閣, 東京, 2011)

Sasaki S, 'Kokusaishihou ni okeru koujo to kihonken ni kansuru kousatsu' (2009) 17 Memoirs of Tokyo Management College 59-69 (佐々木彩, 国際私法における公序と基本権に関する考察, Memoirs of Tokyo Management College 2009, 17, 59-69) (Kısaltma: Kihonken)

Sasaki S, 'Minpou to kokusaishihou ni okeru koujo gainen (kokusaikazokuhou kenkyuukai houkoku : Dai19kai)' (2011) 55/1 Touyouhougaku (佐々木彩, 民法と国際私法における公序概念 (国際家族法研究会報告第１９回), 東洋法学, 第５５巻第１号 ２０１１年７月) (Kısaltma: Minpou)

Satou F, 'Koujoihai ni yoru gaikokuhou no tekiyouhaijo ni tsuite: Haijotaishou ni kansuru jyakkan no kousatsu' (2016) 66/1,2 Meijouhougaku 509-536 (砂糖文彦, 公序違背による外国法の適用排除について: 排除対象にかんする若干の考察, 名城法学, 2016, 66(1,2), 509-536)

Takasugi N, 'Dai 2 Shou' in H Matsuoka (ed) *Kokusaikankei shihou nyuumon* (3rd edn Yuuhikaku 2012) (高杉直, 第２章)

Tameike Y, *Kokusaishihou kougi* (3rd edn Yuuhikaku 2005) (溜池良夫, 国際私法講義, 第3版, 有斐閣, 東京, 2005)

Yamada R, *Kokusaishihou* (3rd edn Yuuhikaku 2004) (山田鐐一, 国際私法, 第三版, 有斐閣, 東京, 2004)

Yamauchi K, *Wa ga kokusaishihou ni okeru koujojoukou no tekiyou ni tsuite: Hikakuhou no kadai to tenbou* (Nihon hikakuhou kenkyuusho 1982) (山内惟介, わが国際私法における公序条項の適用について・比較法の課題と展望, 日本比較法研究所, 1982)

Yokomizo D, 'Gaikokuhou tekiyouseido souron(2)' (2013Nendokoukikougi kokusaishihou dai9kai, 2013) <http://ocw.nagoya-u.jp/files/443/yokomizo_09.pdf> accessed 20 May 2018 ((横溝大, ２０１３年度後期講義国際私法第９回: 外国法適用制度総論, 2013)

Yokoyama J, *Kokusaishihou* (Sanseidou 2012) (横山潤, 国際私法, 三省堂, 東京, 2012)

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Public and Private International Law Bulletin, 38(1): 191–216

DOI: 10.26650/ppil.2018.38.1.0004
http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/_

Başvuru: 01.07.2018
Kabul: 24.07.2018

Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Yatırımcı Vatandaşlık Olgusu: *Ius Pecuniae*

Alper Çağrı Yılmaz[1]

Öz

Günümüzde pek çok devlet, ülkelerinde yatırım yapan varlıklı bireylerin, o devletin vatandaşlığını kolaylaştırılmış biçimde kazanmasına imkân tanıyan bazı programlar geliştirmektedir. Mukayeseli hukukta bazı devletlerin hukuk nizamlarında yatırımcılara, öncelikle ilgili ülkede ikamet etme hakkı verilmekte, vatandaşlığın iktisabı ise söz konusu ikamet şartı ve öngörülen diğer şartların karşılanmasından sonra gündeme gelmektedir. Buna karşılık başka bazı devlet ve yönetim uygulamalarında ise ikamet ve diğer şartlar aranmaksızın, yatırımcıların doğrudan vatandaşlık kazanabilmelerine imkân tanınmaktadır. Yatırımcı vatandaşlık olgusuna ilişkin doktrindeki eleştiri noktasını, temeli Uluslararası Adalet Divanının Nottebohm kararına dayanan, birey ile devlet ve toplum arasında gerçek bir bağ kurulamaması oluşturmaktadır. Türk hukukunda yabancı yatırımcıların Türk vatandaşlığını kazanmalarına imkân sağlayan düzenleme, yakın zamanda, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 12. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (b) bendiyle kabul edilmiştir. Doktrindeki temel eleştiri, Türk hukukunda söz konusu düzenlemeyle uygulamaya konan bazı yatırım türleri bakımından da geçerlilik arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler

Yatırım • Yatırımcı vatandaşlık • İkamet şartlı vatandaşlık

Investor-Citizenship Concept in Comparative Law and Turkish Law: *Ius Pecuniae*

Abstract

Recently, many states have started to develop programs that facilitate the citizenship applications of wealthy individuals investing in their adopted countries. In comparative law, some states entitle the investors to reside in the country, and the acquisition of citizenship comes after the usual requirements for residency and other conditions are met. On the other hand, in some of the other state and administration practices, investors are allowed to acquire citizenship directly, without going through the normal naturalization procedures. The main criticism of the doctrine toward investor citizenship concept is the lack of a genuine link, based on the notion of the Nottebohm case of the International Court of Justice, between the individual and the state and society. The regulation enabling foreign investors to acquire Turkish citizenship has recently been approved in Turkish law, by means of the sub-paragraph (b) added to the first paragraph of Article 12 of the Turkish Citizenship Act No. 5901. The main point of criticism in the doctrine is also valid for Turkish law, in terms of certain types of investment, which are enshrined in the aforementioned Act.

Keywords

Investment • Investor citizenship • Citizenship in condition with residence

1 **Sorumlu Yazar:** Alper Çağrı Yılmaz (Dr. Öğr. Üyesi), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Muammer Bostancı Caddesi No: 4 Beşevler/Ankara. Eposta: alprcgr@gmail.com

Atıf: Alper Çağrı Yılmaz, "Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Yatırımcı Vatandaşlık Olgusu: Ius Pecuniae" (2018) 38 PPIL 191, 216
https://dx.doi.org/10.26650/ppil.2018.38.1.0004

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

Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Yatırımcı Vatandaşlık Olgusu: *Ius Pecunıae*

Vatandaşlık, devletin egemenlik hakkını kullanarak, şartlarını ve hükümlerini tek taraflı olarak tespit ettiği bir hukuki statüyü şahsında gerçekleştiren kişi ile arasında kurduğu hukuki bağdır[2]. Devlet ve birey arasındaki karşılıklı hak ve yükümlülükleri konu alan vatandaşlığın siyasi boyutunu, bireyin, vatandaşlığını taşıdığı devlet ve o devletin toplumuyla olan bağlılığı oluşturmaktadır. Vatandaşlığın doğum yoluyla kazanılması ihtimalinde, bu bağlılığın mevcut olduğu ve özellikle vatandaşlıktan kaynaklanan temel yükümlülüklerin ifası suretiyle tatbik edildiği kabul edilmektedir. Buna karşılık, vatandaşlığın sonradan kazanılmasında bireyin, söz konusu bağlılığın tesisi amacıyla devletçe tek taraflı olarak belirlenen şartları gerçekleştirmesi gerekli görülmektedir. Vatandaşlığın normatif boyutunu temsil eden bu şartlara ulusal vatandaşlık hukuku düzenlemelerinde yer verilmektedir[3]. Keza Uluslararası Adalet Divanının *Nottebohm* kararında[4], vatandaşlığın uluslararası hukuk açısından sonuç doğurabilmesi için devlet ve birey arasında gerçek bir bağ bulunması gerektiği dile getirilmiş ve bu bağın bireyin, vatandaşı olduğu devletle sıkı ilişki içinde olmasıyla kurulabileceği beyan edilmiştir[5].

Günümüzde birey ve devlet arasındaki bağın tespiti bakımından pek çok devletin ulusal düzenlemelerinde; bireyin ilgili devlette ikamet etmesi, söz konusu devletin sosyo-kültürel normlarına uyum sağlaması, iyi ahlak ve belirli bir gelir seviyesine sahip olması gibi muhtelif şartlara yaygın olarak yer verilmektedir[6]. Bunun yanında çağdaş vatandaşlık hukuku düzenlemelerinde vatandaşlığın kazanılması bakımından söz konusu şartların her durumda arandığını söylemek de mümkün değildir. Pek çok devlet, özellikle ulusal menfaatlerinin gerekli kıldığı durumlarda, kendilerine veya toplumlarına olağanüstü katkı sunabilecek nitelikteki bireylere kolaylaştırılmış yoldan vatandaşlık kazanma imkânı sağlamaktadır. Bu yöntemi benimseyen devletlerde, birey tarafından sunulması beklenen katkı; kültür, spor veya eğitim gibi satın alınması mümkün olmayan, liyakate ilişkin değerler üzerine inşa edilmiştir[7]. Vatandaşlığın izah edilen şekilde istisnai olarak kazanılmasının en temel özelliği, genel olarak kazanmada aranan şartlardan, ulusal menfaatler karşılığında vazgeçilmiş olmasıdır.

Diğer taraftan özellikle son otuz yılda, küresel ölçekte bazı devletler, ülkelerinde yatırım yapan varlıklı bireylere vatandaşlık verme yönünde çalışmalar yapmaktadır. Dokt-

2 Doğan Vahit, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (Savaş Yayınevi, Güncellenmiş 14. Baskı, Ankara, Eylül 2017) 12; Güngör Gülin, *Tabiiyet Hukuku Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler* (Yetkin Yayınları, 5. Bası, Ankara 2017) 1, 2; Erdem B. Bahadır, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2013) 5.

3 Dzankic Jelena, "The Pros and Cons of Ius Pecuniae: Investor Citizenship in Comparative Perspective", [RSCAS 2012/14] EUI Working Papers, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, EUDO Citizenship Observatory, 1.

4 Bkz. http://www.icj-cij.org/en/case/18 (ET. 02.02.2018)

5 Demirkol Berk, "Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık: Gerçek Kişilerde "Etkin Vatandaşlık" Sorunsalı" [2015/2] Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 159-193, 163.

6 Dzankic (Ius Pecuniae), 1.

7 Dzankic (Ius Pecuniae), 3.

rinde ilk defa 2011 yılında *Joachim Stern* tarafından *ius pecuniae*[8] olarak isimlendirilen, yatırım yoluyla vatandaşlık kazanma şartlarının tespitine ilişkin olarak, mukayeseli hukukta yeknesak bir uygulama bulunmamaktadır. Sözgelimi Kanada, Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Birleşik Krallık, İsviçre, Avustralya ve Singapur gibi devletlerin hukuk nizamlarında, yatırımcılara ilgili ülkede ikamet etme hakkı verilmekte, vatandaşlığın iktisabı ise söz konusu ikamet şartı ve öngörülen diğer vatandaşlık iktisap şartlarının karşılanmasından sonra gündeme gelmektedir. Bir diğer ifadeyle bu devletler, yatırımcılara öncelikle ikamet izni vermek suretiyle, bir yandan yatırımın ülkelerine sunacağı ekonomik katkıdan istifade etmeyi, diğer yandan birey ve devlet arasında vatandaşlık hukukunun gerekli kıldığı sıkı ilişkinin tesis edilmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Buna karşılık Saint Kitts ve Nevis, Dominik, Antigua ve Barbuda ve Greneda gibi bazı Karayip devletlerinde ise ikamet ve diğer şartlar aranmaksızın, yatırımcıların doğrudan vatandaşlık kazanabilmesine imkân tanınmaktadır. Bir diğer ifadeyle, bahse konu devletlerde yatırım yoluyla vatandaşlığın kazanılması bakımından ikamet etme şartına yer verilmeyerek, bizatihi yatırımın varlığı, birey ve "yeni" devlet arasındaki vatandaşlık hukukunun gerekli kıldığı bağın kurulduğunun tespiti bakımından yeterli görülmektedir[9]. Bu çerçevede; söz konusu devletlerde vatandaşlığın genel olarak kazanılmasında aranan şartlardan, iktisadi kazanımın artırılması saikıyla vazgeçilmiş olmaktadır[10].

Mukayeseli hukukta, vatandaşlığın yatırım yoluyla iktisabına ilişkin olarak, devletlerin belirlediği yatırım türleri bakımından da önemli farklılıklar bulunduğu gözlenmektedir. Bazı devletler, vatandaşlığın iktisabı bakımından gayrimenkul edinme, belirli bir sermayeyle şirket kurma veya belirli bir meblağın üzerinde vergi getirici faaliyette bulunma şeklindeki özel sektör yatırımlarını geçerli kabul ederken, bazılarında devlet tahvillerinin satın alınması ya da doğrudan devlet kurumlarına bağış yapılması talep edilmektedir[11]. Son yıllarda, uygulamaya konan yatırımcı vatandaşlık programlarının sayısıyla doğru orantılı biçimde, bu programlara başvuran yatırımcıların sayısında da kayda değer bir artış gözlenmektedir[12]. Yatırımcı vatandaşlık programlarına en yoğun başvuran kişi grubunu, gelişmekte olan ülkeler ile siyasi veya ekonomik istikrarsızlık yaşayan ülkelerin vatandaşları oluşturmaktadır. Sözgelimi, ABD, Kanada, Avustralya ve Portekiz tarafından uygulanan programlara en fazla

8 Stern Joachim, "Ius Pecuniae - Staatsbürgerschaft Zwischen Ausreichendem Lebensunterhalt, Mindestsicherung und Menschenwürde, Migration und Integration - Wissenschaftliche Perspektiven aus Österreich" [1/2011], Vienna University Press, 55-74. (bkz. http://homepage.univie.ac.at/joachim.stern/wp-content/uploads/2014/03/Stern-Ius-Pecuniae.pdf - ET. 01.02.2018). "Ius pecuniae" ibaresinin ilk defa adı geçen yazarca kullanılmış olması hakkında bkz. Dzankic (Ius Pecuniae), 1 ve dn. *.

9 Dzankic (Ius Pecuniae), 1, 2.

10 Shachar Ayelet, "Dangerous Liaisons: Money and Citizenship, Should Citizenship be for Sale?" [RSCAS 2014/01] Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European Union Democracy Observatory on Citizenship, EUI Working Paper, Ed. Ayelet Shachar/ Rainer Bauböck, 3.

11 Parker Owen, "Commercializing Citizenship in Crisis EU: The Case of Immigrant Investor Programmes, Journal of Common Market Studies (JCMS)", [2017] Vol. 55. No. 2, 332-348, 334

12 Sözgelimi sadece 2014 yılında, ABD tarafından yürürlüğe konan programa yaklaşık 10.000, Kanada tarafından yürürlüğe konan programın geçerli olduğu süre zarfında ise yaklaşık 65.000 başvuru kaydedilmiştir. Bkz. Sumption Madeleine/ Hooper Kate, "Selling Visas and Citizenship: Policy Questions from the Global Boom in Investor Immigration Report" [2014], Migration Policy Institute, Washington DC, 2, 3.

Çin Halk Cumhuriyeti vatandaşlarından, Letonya tarafından uygulanan programa ise çok yüksek oranda eski Sovyetler Birliğine üye ülkelerin vatandaşlarından başvuru yapıldığı görülmektedir[13].

Çalışmamızda öncelikle, yatırımcı vatandaşlık uygulamalarına ilişkin uluslararası hukuk literatüründe öne çıkan doktriner görüşler ortaya konacak, sonrasında ise farklı devlet uygulamalarında yer verilen yatırımcı vatandaşlık modelleri ve yatırım türleri hakkında bilgi verilecektir. Çalışmada ayrıca yatırımcı vatandaşlık uygulamasının Avrupa Birliği (AB) vatandaşlığına muhtemel etkileri analiz edilecek ve nihayet tüm bu bilgiler ışığında, Türk hukukunda, 28.07.2016 tarihinde 5901 sayılı Kanunun 12. maddesinde yapılan değişiklikle kabul edilen yatırımcı vatandaşlık düzenlemesi değerlendirilmeye çalışılacaktır.

I. Yatırımcı Vatandaşlık Olgusu İle İlgili Teorik Çerçeve

Yatırımcı vatandaşlık programlarının devletler ve bireyler bakımından sağladığı faydayı, teorik olarak izah etmek zor değildir. Müstakbel yatırımcılar, yatırım yaptıkları devletin hukukuyla uyumlu olarak, söz konusu devlette ikamet etme, eğitim görme ve o devlet pasaportuyla çok sayıda ülkeye vizesiz seyahat etme hakkına sahip olmayı amaçlamaktadır. Buna karşılık devletlerin temel amacı ise mali kaynaklarının artırılması ve ülkelerinde yeni istihdam alanlarının meydana getirilmesidir[14]. Bu çerçevede yatırımcı vatandaşlık olgusu lehine geliştirilen görüşlerin temelinde, iktisadi bir bakış açısı yer almaktadır. Sözgelimi devleti ekonomik bir "kulüp" olarak ele alan *Buchanan*, kulübe yeni "üye" alımının, mevcut kulüp üyelerinin katlanmakla yükümlü oldukları maliyeti azaltması gerektiğini dile getirmiştir[15]. Bu yaklaşıma göre, yapılacak fayda-maliyet analizi çerçevesinde, yatırımın sağladığı katkı, yeni üyenin kulübe alınmasının yol açacağı masraftan fazla olduğunda, kulübün ekonomik performansını artırmak mümkün olabilecektir[16]. Buna karşılık, söz konusu bakış açısının belirli bir sosyal gruba üstünlük tanıdığını dile getiren *Walzer* ise iktisadi yaklaşımın, birey ve devlet arasında bir bağlılık ilişkisi ortaya koyması gereken vatandaşlığı, para karşılığı ticareti yapılan bir metaya dönüştürdüğünü ileri sürmüştür[17].

Doktrinde *Walzer* dışındaki bazı yazarlar tarafından da yatırımcı vatandaşlık ol-

13 2003 yılında ABD yatırımcı vatandaşlık programı kapsamında EB-5 vizesi almaya hak kazanan kişilerin yüzde 81'ini, 2001-2010 yılları arasında Kanada yatırımcı vatandaşlık programından yararlananların yaklaşık yüzde 60'ını, 2009-2013 yılları arasında Avustralya yatırımcı vatandaşlık programından yararlananların yaklaşık yüzde 70'ini ve Portekiz yatırımcı vatandaşlık programından yararlananların yaklaşık yüzde 75 ilâ 80'ini Çin Halk Cumhuriyeti vatandaşları oluşturmuştur. Benzer şekilde, son dönemde Kuzey Afrika ve Orta Doğu ülkelerinden de söz konusu programlara yönelik yoğun başvurular yapılmıştır Bkz. Sumption/ Hooper, 4, 5 ve dn. 6.

14 Parker, 334; Sumption/ Hooper, 3-5.

15 Buchanan James Michael, "An Economic Theory of Clubs, Economica", [1965] New Series, Vol. 32, No. 125, 1-14, 8 (bkz. https://www.jstor.org- ET.20.01.2018); Dzankic (Ius Pecuniae), 2.

16 Dzankic (Ius Pecuniae), 2.

17 Walzer Michael, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, (Basic Books, 1983) [Dzankic (Ius Pecuniae), 2 ve 3'ten naklen].

gusunun, vatandaşlığın hukuki mahiyetiyle uyumlu olmadığı dile getirilmiştir. Bu yaklaşımın en katı savunucularından biri olan *Shachar*, uluslararası hukukta kimlerin vatandaşlığa kabul edileceği hususunda devletlerin egemenlik hakkından kaynaklanan münhasır yetkileri olduğunu, ancak yatırımcı vatandaşlık olgusunun bu yetkiyi devletlerden alarak "piyasa şartlarına" teslim ettiğini, bir diğer ifadeyle ekonomik alanın siyasi alan üzerinde haksız bir hâkimiyet sağladığını ifade etmiştir. Vatandaşlığın Aristo'dan bu yana katılımcılık, birlikte yönetim ve sosyal dayanışma ruhunu yansıtan bir bağlılık ilişkisi olduğunu vurgulayan *Shachar*, vatandaşlığın iktisabındaki değerlendirme şartlarının bireylerin mali gücüne indirgendiği bir ortamda, söz konusu değerlerin korunması ve yaşatılmasının mümkün olamayacağını ileri sürmüştür. Yazara göre yatırımcı vatandaşlık olgusunun kabulü, ancak uzun vadede oluşabilen güven esası, sorumluluk ve fedakârlık duygusu üzerine inşa edilen vatandaşlık tasavvuru üzerinde telafisi imkânsız zararlara yol açabilecektir[18].

Benzer şekilde *Bauböck* de yatırımcı vatandaşlığın, vatandaşlığın iktisabı bakımından gerekli görülen toplumsal uyum ve bütünleşme hedefleriyle bağdaşmadığını ifade etmiş, ayrıca varlıklı bireylerin vatandaşlığa kabulünün, kabul eden devletin iç siyasetine menfi etkileri olabileceğini dile getirmiştir[19]. Ayrıca, vatandaşlığın gerek yatırım yoluyla gerekse istisnai olarak kazanımında söz konusu uyum ve bütünleşmeye ilişkin şartların aranmıyor olmasını, belirli sosyal sınıflara imtiyaz tanınması olarak mütalaa eden yazar, bu durumun ilgili devletin vatandaşlığını kazanmak isteyen bireyler arasında eşitsizliğe yol açtığını ileri sürmüştür. Yazar bu noktada, uzun dönemli ikamet şartını, sadece vatandaşlık kazanmak isteyen bireyler arasında değil, aynı zamanda söz konusu bireyler ile ilgili devletin vatandaşları arasındaki eşitliği sağlamaya yönelik etkin bir tedbir olarak teklif etmiştir[20]. Aynı düşüncenin bir diğer savunucu olan *Ochoa* da kişinin ilgili ülkede fiziksel olarak bulunmasını, yatırımcı vatandaşlığın en esaslı unsuru olarak kabul etmiştir[21]. Yazara göre, yatırımcının, vatandaşlığını kazanmak istediği devletteki fiziki varlığı; o devletin kurumları ve toplumsal hayatıyla uyumunu zaruri kılacak, bu ise etnik ve kültürel bağı bulunmasa

18 Shachar, 4-6.

19 Bauböck Rainer, "What is wrong with selling citizenship? It corrupts democracy!" [RSCAS 2014/01] Should Citizenship be for Sale?, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European Union Democracy Observatory on Citizenship, EUI Working Paper, Ed. Ayelet Shachar/ Rainer Bauböck, 20, 21. *Bauböck* yatırımcı vatandaşlığın, vatandaşlığa kabul eden devletin iç siyasetine menfi etkileri konusunda Avusturya örneğini incelemiştir: Avusturya vatandaşı milyarder bir kişi Kanada vatandaşlığını kazandıktan sonra Avusturya vatandaşlığından çıkarılmıştır. Bu kişi sonrasında, Kanada vatandaşı olarak Avusturya'da büyük yatırımlar yapmış ve bunun üzerine Avusturya hukuku uyarınca, ikamet şartı aranmaksızın ve önceki vatandaşlığından çıkmasına gerek olmaksızın yeniden Avusturya vatandaşlığına alınmıştır. Avusturya vatandaşlığını yeniden kazanan bu kişi, öncelikle etkin gördüğü eski siyasetçilere şirketinde istihdam sağlamış, sonrasında ise bu ülkede bir siyasi partiyi devralmıştır. Masraflı bir seçim kampanyası yürüten bu kişi, seçimlerde beklenenden az oy almış olmasına rağmen, Avusturya Parlamentosunda temsil gücü kazanabilmiştir. *Bauböck* izah edilen durumu, yatırımcı vatandaşlığın iç siyasete menfi etkisini ortaya koyan önemli gösterge olarak değerlendirmiştir. Bkz. Bauböck, 20.

20 Yazara göre vatandaşlığın kazanımında yatırımın öncelenmesi açık, bireyin kişisel yeteneklerinin öncelenmesi ise gizli biçimde belirli bir sosyal sınıfa imtiyaz tanınması anlamına gelmektedir. Bkz. Bauböck, 20, 21.

21 Ochoa Paulina, "What Money Can't Buy: Face-to-Face Cooperation and Local Democratic Life", [RSCAS 2014/01] Should Citizenship be for Sale?, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European Union Democracy Observatory on Citizenship, EUI Working Paper, Ed. Ayelet Shachar/ Rainer Bauböck, 24.

dahi, kişinin, dayanışma duygusu ve güven esası üzerinde yükselen bir medeniyetin demokratik bir parçası olmasını sağlayacaktır. Yazar, ancak bu sayede, insanların ekonomik statülerine bakılmaksızın, vatandaşlık temelinde eşit bireyler olduğu sonucuna ulaşılabilmesinin mümkün olabileceğini savunmuştur[22].

Diğer taraftan, doktrinde yatırımcı vatandaşlığa yönelik daha ılımlı yaklaşımlar sergileyen yazarlar da bulunmaktadır. Esasında, söz konusu yazarların geneli, yatırımcı vatandaşlığın olumsuz yönlerini kabul etmekle birlikte, görüşlerini, yapılan eleştirilerin yatırımcı vatandaşlığa münhasır olmadığı fikri üzerine inşa etmiştir. Sözgelimi *Armstrong*, vatandaşlığın temelinde; bireyin topluma uyumu, toplumsal kurumlarla olan etkileşimi ve toplumsal hayata katılımı gibi unsurların bulunduğunu ifade etmiş, birey ve toplum arasındaki bu ilişkiye mali anlamda değer biçen ve bu itibarla bir "sözleşme" hüviyeti taşıyan yatırımcı vatandaşlık olgusunun kabul edilemeyeceğini dile getirmiştir[23]. Sonrasında konunun farklı bir veçhesini ele alan *Armstrong*, yatırımcı vatandaşlık olgusu bakımından getirilen bazı eleştirilerin, diğer vatandaşlık iktisap yolları bakımından da geçerli olduğunu ifade etmiştir. Bu çerçevede, yatırımcı vatandaşlık yoluyla, varlıklı bireylerin devletin iç siyaseti üzerinde etkili olması ihtimalini haklı bir endişe olarak değerlendiren yazar, aynı ihtimalin vatandaşlığın sonradan kazanıldığı bütün hallerde gündeme gelebileceğini dile getirmiştir. Keza yatırımcı vatandaşlığın, ilgili devletin vatandaşlığını kazanmak isteyen bireyler arasında ayrımcılığa yol açtığını da kabul eden yazar, benzer bir itirazın kişisel nitelikleri itibariyle olağanüstü hizmet üretebileceği öngörülen bireyler bakımından yapılmıyor olmasını çelişkili bulmuştur[24].

Barbulescu da vatandaşlık iktisap şartlarının münhasıran sermayeye indirgenmesinin, birey ve devlet arasındaki kültürel ve sosyal bağları önceleyen geleneksel vatandaşlık hukuku anlayışıyla bağdaşık olmadığını dile getirmiştir. Serbest piyasa şartlarının devletlerin egemenlik yetkisi aleyhine gelişmekte olmasını izaha muhtaç bir durum olarak gören yazar, bununla birlikte yatırımcı vatandaşlık olgusunun altında yatan temel mantığın, vatandaşlığın istisnai olarak kazanılmasına ilişkin diğer yollardan farklılık arz etmediğini ileri sürmüştür. Yazara göre, vatandaşlığın kolaylaştırılmış şartlarla kazanılmasında aranan "devlete ve topluma olağanüstü katkı sunma" fikri, istisnai vatandaşlıkta bireyin üstün bazı kişisel niteliklere, yatırımcı vatandaşlıkta ise belirli bir mali güce sahip olması esasına dayanmaktadır. Bu noktadaki temel sorunun "küresel eşitsizlik" olduğunu savunan *Barbulescu*, devletlerce farklı vatandaşlık iktisap yolları benimsenmesinin bu eşitsizliğin sebebi değil, sonucu olduğunu ifade etmiştir. Yazar bu

22 Ochoa, 24. Keza doktrinde, yetkili makamların vatandaşlığın kazanılmasında sahip olduğu takdir yetkisi de dikkate alındığında, yatırımcı vatandaşlık uygulamalarının pek çok sorun alanını beraberinde getirmesine de muhtemel gözüyle bakılmaktadır. Bkz. Dzankic (Ius Pecuniae), 3.

23 Armstrong Chris, "The Price of Selling Citizenship" [RSCAS 2014/01] Should Citizenship be for Sale?, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European Union Democracy Observatory on Citizenship, EUI Working Paper, Ed. Ayelet Shachar/ Rainer Bauböck, 13.

24 Armstrong, 14.

çerçevede, tüm devletlerin eşit hayat şartlarına sahip olduğu farazi bir ihtimalde, yatırımcı vatandaşlığa yönelik eleştirilerin etkisini yitireceğini dile getirmiştir[25].

Son olarak, yatırımcı vatandaşlık olgusunun doktrindeki ender savunucularından birisi olan *Kochenov* ise devletlerin, vatandaşlığın kazanılmasında bireyin eğitim seviyesi, ailevi yapısı veya sportif anlamda "kas gücünü" dikkate alması ile "maddi gücünü" dikkate alması arasında demokratik ve ahlaki değerler açısından farklılık bulunmadığını ileri sürmüştür. Yazar, sıra dışı bir yaklaşımla, bireyi ilgili ülkenin dilini veya kültürünü öğrenmeye zorlayan vatandaşlık hukuku kaidelerinin, insani açıdan rahatsızlık verici ve bireyi küçük düşürücü uygulamalar olduğunu savunmuştur[26].

II. Mukayeseli Hukukta Yatırımcı Vatandaşlık Uygulamaları

Yatırımcı vatandaşlık uygulamaları, devletlerin iç hukuk düzenlemeleri uyarınca; yatırımcıya öncelikle ikamet izni verilmesi ve sonrasında vatandaşlık iktisabını konu alan "ikamet şartlı yatırımcı vatandaşlık programları" ile vatandaşlığın iktisabında yatırımın varlığını yeterli gören ve ikamet şart aramayan "doğrudan yatırımcı vatandaşlık programları" başlıkları altında incelenebilir. İkamet şartlı yatırımcı vatandaşlık programları genellikle ekonomik açıdan kalkınmış ve geleneksel olarak göç alan gelişmiş ülkeler tarafından, doğrudan yatırımcı vatandaşlık programları ise gelişmekte olan veya mali desteğe ihtiyaç duyan ülkeler tarafından tercih edilmektedir.

A. Yatırımcının İkamet Şartına Bağlı Olarak Vatandaşlık Kazanması Usulü

İkamet şartına bağlı olarak vatandaşlık kazanma usulü; yatırımcıya öncelikle kabul eden devlette ikamet etme hakkı verilmesi, sonrasında bu hakkın belirli sürelerde uzatılması ve nihayet son safhada ise yatırımcının söz konusu devletin vatandaşlığını kazanmasını konu alan bir vatandaşlık iktisap yöntemidir. Bir diğer ifadeyle bu tür programlarda, yatırıma bağlı olarak ilgili ülkede belirli süre ikamet etmek, o ülke vatandaşlığının iktisabı bakımından ön şart teşkil etmektedir. Belirtilen türdeki programları benimseyen devletlerde zorunlu ikamet uygulamasının yanı sıra genellikle yatırımcının iş merkezini ilgili devlete taşıması da şart koşulmaktadır. Bu sayede bir taraftan ev sahibi devletin vergi gelirlerini artırması ve yeni istihdam sahalarının oluşumuna zemin hazırlaması, diğer taraftan da yatırımcı ile devlet ve toplum arasında vatandaşlık hukukunun gerekli kıldığı gerçek bir bağ kurulması hedeflenmektedir[27]. Belirtilen devlet uygulamalarında, genellikle yaş sınırı ve ülkenin dilini bilme gibi, vatandaşlığın genel olarak kazanılmasında aranan şartlara yer verilmemektedir. Buna

25 Barbulescu Roxana, "Global Mobility Corridors for the Ultra-Rich The Neoliberal Transformation of Citizenship" [RSCAS 2014/01] Should Citizenship be for Sale?, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European Union Democracy Observatory on Citizenship, EUI Working Paper, Ed. Ayelet Shachar/ Rainer Bauböck, 15, 16.

26 Kochenov Dimitry, "Citizenship for Real: Its Hypocrisy, Its Randomness, Its Price" [RSCAS 2014/01] Should Citizenship be for Sale?, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European Union Democracy Observatory on Citizenship, EUI Working Paper, Ed. Ayelet Shachar/ Rainer Bauböck, 28, 29.

27 Dzankic (Ius Pecuniae), 3, 4.

karşılık, söz konusu devletlerce, yatırımcının ve aile bireylerinin güvenlik soruşturmasından başarıyla geçmiş olması ise gerek ikamet izni verilmesi gerekse vatandaşlığın iktisabı bakımından temel bir ölçüt olarak tespit edilmektedir. Bu noktada, ikamet şartlı yatırımcı vatandaşlık programlarının kabul edildiği bazı devletlerin hukuk sistemleri hakkında bilgi vermek, belirtilen yöntemin uygulama biçiminin izahı bakımından aydınlatıcı olabilecektir.

1. Kanada Devleti vatandaşlık politikası.

Kanada hukukunda, vatandaşlığın iktisabına giden süreç içinde yatırımcının daimi ikamet etme hakkı elde edebilmesi için karşılaması gereken dört önemli şart belirlenmiştir. Buna göre (i) yatırımcı başvuru tarihinden geriye doğru beş yıllık sürenin asgari iki yılı boyunca nitelikli bir iş sahasında yönetici veya işletmeci olarak görev yaptığını ispat etmelidir, (ii) yatırımcı ve ailesi devlet tarafından yapılan tıbbi testlerden ve güvenlik soruşturmasından başarıyla geçmelidir, (iii) yatırımcı ve eşi 1,600,000 Kanada Doları tutarında net sermaye sahibi olmalıdır ve (iv) yatırımcı Kanada devleti tarafından yürütülen iki farklı yatırım programından (Federal Yatırımcı Göçmen Programı ve Kübek Yatırımcı Göçmen Programı) biri kapsamında beş yıl süreyle asgari 800,000 Kanada Doları tutarında devlet tahvili satın almalıdır. Devlet garantili olan bu yatırım, öngörülen beş yıllık yatırım süresinin sonunda, faiz uygulanmaksızın yatırımcıya iade edilmektedir[28]. Bununla birlikte gerek Federal Yatırımcı Göçmen Programı gerekse Kübek Yatırımcı Göçmen Programı kapsamında, yatırımcının söz konusu beş yıllık zaman dilimi içinde asgari olarak yedi yüz otuz gün fiilen ülkede bulunması gereklidir[29]. Belirtilen şartları karşılayan bir yatırımcının Kanada vatandaşlığını kazanması ise daimi ikamet hakkını elde etmesinden üç yıl sonra mümkün olabilmektedir[30]. Belirtilmelidir ki, Federal Yatırımcı Göçmen Programı 2011 yılında askıya alınmış, 2014 yılı Şubat ayında ise yatırım programından beklenen ekonomik faydanın temin edilemediği ve ayrıca söz konusu program kapsamında kabul edilen yatırımcıların, diğer göçmenlere kıyasla Kanada toplumuyla uyum konusunda daha büyük güçlükler yaşadığı gerekçeleriyle tümden kapatılmıştır. Buna karşılık Kübek Yatırımcı Göçmen Programı ise yürürlükte bulunmaktadır[31].

2. ABD vatandaşlık politikası.

ABD tarafından uygulanan ikamet şartlı yatırımcı vatandaşlık programında yatırımın sadece özel sektörde ve fakat devletçe önceden belirlenen alanlarda yapılması ön-

28 Bkz. https://www.henleyglobal.com/residence-canada-residence/ (ET: 24.01.2018); Sumption/ Hooper, 13.

29 Xu Xin/ El-Ashram Ahmed/ Gold Judith, "Too Much of a Good Thing? Prudent Management of Inflows under Economic Citizenship Programs", [May 2015] IMF Working Paper, 5.

30 Dzankic (Ius Pecuniae), 4.

31 Bkz. https://www.henleyglobal.com/residence-canada-residence/ (ET: 24.01.2018); Sumption/ Hooper, 13, 19.

görülmüştür. Bu çerçevede 1990 yılında[32] uygulamaya konan ve "EB-5 Vizesi[33]" olarak isimlendirilen program uyarınca tarım alanında veya yoğun işsizlik yaşanan alanlardan birinde asgari 500.000 ABD Doları tutarında yatırım yapan kişilere, iki yıl süreli şartlı yeşil kart (*green card*), bu süre zarfında asgari on kişilik tam-zamanlı istihdam sağlanması halinde ise daimi ikamet etme hakkı verilmesi öngörülmüştür[34]. ABD hukukunda yatırım faaliyetinin işletilme ve yapılandırılma şekline ilişkin katı kurallar bulunmamakta, ancak yatırımın mutlaka bir ticari girişim kapsamında gerçekleştirilmesi gerekli görülmektedir[35]. Ticari girişim; ticari işletme, adi şirket, ticaret şirketi veya tröst şeklinde kurulabileceği gibi, yatırımın böylesi mevcut bir girişime katılım sağlamak[36] suretiyle gerçekleştirilmesi de mümkündür. Bunun dışında yatırımın varlığından bahsedebilmek için ticari girişimin, her ihtimalde kâr gütme amacı taşıması, bir iş planı ve istihdam sağlayacak altyapıya sahip olması gereklidir[37]. Öte yandan, kural olarak yeşil kart sahipliği ve daimi ikamet hakkının devam etmesi bakımından ülkede belirli bir süre kalma mecburiyeti olmamasına rağmen[38], EB-5 Vize programı kapsamında, yatırımcıların vatandaşlığa kabulü için ilk iki yıllık ikamet süresinin yarısında fiilen ülkede bulunmaları gerekmektedir[39]. Bununla birlikte, ABD vatandaşlığının iktisabı ise yatırımcının şartlı yeşil kart almasından itibaren işlemeye başlayan beş yıllık ikamet döneminin sonunda (toplamda yedi yıl sonra) gündeme gelmektedir[40].

3. Birleşik Krallık vatandaşlık politikası.

Birleşik Krallık tarafından 1994 yılında[41] uygulamaya konan ve "Tier 1 Yatırımcı Vizesi" olarak isimlendirilen program kapsamında yatırımcının ülkede ikamet izni alabilmesi için beş yıl süreyle 2.000.000 Sterlin tutarında devlet tahvili[42] veya Birleşik Krallık'ta tescil edilmiş ve aktif faaliyet gösteren ticaret şirketlerden aynı tutarda pay veya tahvil satın alması gereklidir. Buna karşılık gayrimenkul yatırımları ve off-

32 Schneider Jeffrey C./ Diaz-Cortes Marcelo, "The Bitter Side of Ius Pecuniae in the United States: Risks Facing EB-5 Investors", [Spring 2017] Miami, International Law Quarterly, Vol. XXXIII, No. 2, 37-40, 37.

33 Employment-Based Fifth Preference Visa. Bkz. Schneider/ Diaz-Cortes, 37

34 Sumption/ Hooper, 6, 8 ve 9.

35 Schneider/ Diaz-Cortes, 37.

36 Yatırımın mevcut bir ticari işletmeye katılım sağlamak suretiyle gerçekleştirilebiliyor olması, yatırımın ABD'de kurulu şirket sahipleri tarafından kötü niyetle ve yatırım programının amacı dışında kullanılmasına fırsat vermekte, ancak netice itibariyle ortaya çıkan hukuki sonuçlara çoğunlukla yatırımcılar katlanmak durumunda kalmaktadır. Ayrıntılı bilgi ve konuya ilişkin açılmış davalar hakkında bkz. Schneider/ Diaz-Cortes, 38, 39.

37 Schneider/ Diaz-Cortes, 38.

38 Buna rağmen, yeşil kart sahiplerinin ülkede daimi biçimde yerleşme niyetini göstermeleri beklendiğinden, doktrinde yatırımcının uzun süre ABD dışında bulunması halinde bahse konu statünün kaybedilme riskinin bulunduğu ifade edilmektedir. Bkz. Sumption/ Hooper, 16 ve dn. 30

39 Surak Kristin, "Global Citizenship 2.0 The Growth of Citizenship by Investment Programs", [IMC-RP 2016/3] Investment Migration Working Paper, 16; Xu/ El-Ashram/ Gold, 5.

40 https://www.henleyglobal.com/residence-united-states-overview/ (ET: 24.01.2018).

41 Surak, 21.

42 2014 yılı Şubat ayında Birleşik Krallık Göç Danışma Komitesi devlet tahvillerine yapılan yatırımın, Birleşik Krallık Ekonomisine katkısı olmadığına ilişkin bir rapor yayınlamıştır. Bkz. Sumption/ Hooper, 19. Yukarıda ifade edildiği üzere, Kanada da aynı gerekçeyle Federal Yatırımcı Göçmen Programını 2014 yılı Şubat ayında yürürlükten kaldırmıştır. Buna karşılık, devlet tahvilleri hâlihazırda Birleşik Krallık Tier 1 Yatırımcı Vizesi kapsamında yatırım olarak kabul edilmektedir.

shore şirketlerinden alınan pay veya tahviller, Tier 1 Yatırımcı Vizesi kapsamında değerlendirilmemektedir[43]. Yatırımcıya olağan prosedürde, ilk etapta üç yıl dört aylık ikamet izni verilmekte, bu sürenin sonunda, yatırımın devam ediyor olması şartıyla, ikamet izin süresi iki yıl için uzatılmaktadır. Yatırımcı, belirtilen ikamet süresini tamamladıktan sonra daimi ikamet izni alma hakkına sahip olmaktadır[44]. Bununla birlikte Birleşik Krallıkta 06.04.2011 tarihinde kabul edilen bir düzenlemeyle daha yüksek tutarda yatırım yapan kişiler bakımından belirtilen sürenin kısaltılması ve hızlandırılmış bir prosedür uygulanması öngörülmüştür. Buna göre, yukarıda belirtilen alanlarda 10.000.000 Sterlin tutarında yatırım yapan kişiler iki yıl, 5.000.000 Sterlin tutarında yatırım yapan kişiler ise üç yılın sonunda daimi ikamet izni alma hakkına sahip kılınmıştır[45]. Belirtilen tüm bu süreler zarfında yatırımcının her yıl asgari yüz seksen beş gün ülkede bulunması gereklidir[46]. Yatırımcı, Birleşik Krallık vatandaşlığına ise ancak daimi ikamet izni aldıktan bir yıl sonra (olağan prosedürde toplam altı yıl dört ay sonra) müracaat edebilmektedir[47].

4. İsviçre Devleti vatandaşlık politikası.

İsviçre tarafından uygulanan ikamet şartlı yatırımcı vatandaşlık programında; AB üye ülke vatandaşları, Avrupa Serbest Ticaret Bölgesi (EFTA) üyesi ülke vatandaşları ve üçüncü ülke vatandaşları bakımından farklı rejimler benimsenmiştir. Üçüncü ülke vatandaşları bakımından öngörülen program kapsamında, yatırımcının ikamet izni alabilmesi için İsviçre'de yıllık asgari 150,000 İsviçre Frangı tutarında vergi ödemesine imkân sağlayan bir faaliyette bulunması ve yeni istihdam sağlaması şartı aranmaktadır. İkamet izin süresi, bu sürenin uzatılması ve yatırımcının ülkede fiilen bulunma süresi; yatırımın büyüklüğüne, ülkedeki farklı Kantonların uygulamalarına ve yatırımcının tabiiyetine göre değişiklik göstermektedir. Yatırımcının İsviçre vatandaşlığını iktisabı ise ancak on iki yıllık ikamet döneminin sonunda mümkün olabilmektedir[48].

Görüldüğü üzere, ikamet şartlı yatırımcı vatandaşlık programları kapsamında muhtelif devletlerce, gerek talep edilen yatırım miktarı gerekse yatırım türü ve yatırımın ülke ekonomisine etkisine ilişkin farklı kriterler belirlenmiştir. Bu çerçevede ikamet etme hakkının elde edilmesi ve vatandaşlığın iktisabı bakımından, Kanada'da devlet tahvili alımına, İsviçre'de ise yeni istihdam sağlanması ve ülkede vergi ödemesine öncelik verilmiştir. ABD'de yatırım belirli sektörel alanlarla sınırlanmış, Birleşik Krallık'ta ise gayrimenkul alımı ve off-shore şirketlerinden alınan pay ve tahviller kapsam dışında bırakılmıştır. Yatırımdan beklenen faydanın artırılmasını ve yatırımın

43 https://www.henleyglobal.com/residence-united-kingdom-res-cit/ (ET: 24.01.2018).

44 http://workpermit.com/immigration/united-kingdom/tier-1-investor-visa (ET: 25.01.2018); Dzankic (Ius Pecuniae), 5.

45 http://workpermit.com/immigration/united-kingdom/tier-1-investor-visa (ET: 25.01.2018); https://www.henleyglobal.com/residence-united-kingdom-res-cit/ (ET: 24.01.2018).

46 Xu/ El-Ashram/ Gold, 5.

47 Dzankic (Ius Pecuniae), 5.

48 https://www.henleyglobal.com/residence-switzerland/ (ET: 24.01.2018); Dzankic (Ius Pecuniae), 4.

devamlılığını teminen de farklı usullere müracaat edilmiştir. Sözgelimi, Kanada'da yatırımın beş yıl devam etmesi şart koşulmuş, Birleşik Krallıkta ise ikamet izin süresinin uzatılması, yatırımın devam etmesi kaydına bağlı kılınmıştır. Tüm devletlerde vatandaşlığın iktisabı değişen sürelerle ikamet izni alınmasına bağlanmış, bu sayede kabul eden devletin ekonomik fayda elde etmesinin yanı sıra yatırımcının ülkede kişisel ve ticari bağlar kurabilmesi temin edilmeye çalışılmıştır[49].

B. Yatırımcının Doğrudan Vatandaşlık Kazanması Usulü

Yatırımcının doğrudan vatandaşlık kazanması usulü, bir devlette, o devlet hukuku uyarınca belirlenmiş miktarda yatırım yapan bir yabancının, söz konusu devletin vatandaşlığını kazanmasını konu alan bir vatandaşlık iktisap yöntemidir. Bu usulü benimseyen devletlerde, vatandaşlığın iktisabı bakımından ilgili ülkede ikamet etme şartı aranmamaktadır. Belirtilen usul genellikle sektörel veya ekonomik açıdan mali desteğe ihtiyaç duyan ülkelerce tercih edilmektedir. Bununla birlikte, ikamet şartına bağlı olarak vatandaşlık kazanma usulüyle mukayese edildiğinde, doğrudan vatandaşlık kazanması usulünün çok daha az sayıda devlet tarafından benimsendiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Yatırımcının doğrudan vatandaşlık kazanması usulü Antigua ve Barbuda, Grenada, St. Kitts ve Nevis ve Dominik gibi bazı Karayip devletlerinde uygulanmaktadır. Bu devletlerin müşterek özellikleri; kişi başına gayrisafi yurtiçi hâsılalarının düşük olması, rekabetçi piyasa şartlarından mahrum olmaları ve temel endüstri kaynağı konumundaki tarımsal ürünlerin fiyatlarında ani düşüşler yaşanmasıdır. Nitekim adı geçen devletler, belirtilen gerekçelerden kaynaklanan mali sıkıntılarını aşabilmek ve ekonomik performanslarını artırabilmek amacıyla yatırımcı vatandaşlık programlarını uygulamaya koymuşlardır. Bununla birlikte doğrudan vatandaşlık kazanması usulünün en fazla eleştiri alan boyutunu, vatandaşlığın iktisabında ikamet şartının aranmıyor olması sebebiyle, yatırımcı ile devlet ve toplum arasında gerçek bir bağın kurulamıyor olması teşkil etmektedir[50]. Bu noktada, söz konusu usulün uzun zamandan beri tatbik edildiği St. Kitts ve Nevis ve Dominik devletlerinin hukuk sistemleri hakkında bilgi verilmesi faydalı olabilecektir.

1. St. Kitts ve Nevis Devleti vatandaşlık politikası.

St. Kitts ve Nevis tarafından 1984 yılında[51] uygulamaya konan programda, yatırımcıların vatandaşlık kazanabilmesi için iki alternatif yöntem belirlenmiştir. Buna göre yatırımcılar, beş yıl boyunca elden çıkarmamak kaydıyla, asgari değeri 400.000 ABD Doları olan bir gayrimenkul edinmek veya söz konusu devlet bünyesindeki

49 Dzankic (Ius Pecuniae), 5, 6.

50 Dzankic (Ius Pecuniae), 7.

51 Xu/ El-Ashram/ Gold, 5.

bir kamu kurumuna[52] 250.000 ABD Doları tutarında bağış yapmak suretiyle, vatandaşlık iktisabına imkân sağlayan yatırımı gerçekleştirmiş olmaktadır. Bağış miktarı üç aile ferdine bakmakla yükümlü olan yatırımcılar bakımından 300.000, beş aile ferdine bakmakla yükümlü olan yatırımcılar bakımından 350.000, yedi aile ferdine bakmakla yükümlü olan yatırımcılar bakımından 400.000 ABD Doları olarak belirlenmiştir. Yatırımcının bakmakla yükümlü olduğu ilave her aile ferdi bakımından ise bağış miktarı ilave 50.000 ABD Doları olarak tespit edilmiştir. Bu devlet hukuku uyarınca, vatandaşlığın genel olarak kazanılmasında on dört yıl ikamet etme şartı aranıyor olmasına rağmen, yatırımcı vatandaşlık programı kapsamında başvuruda bulunan kişiler bakımından herhangi bir ikamet şartına yer verilmemiştir. İzah edilen şekilde iktisap edilen vatandaşlık, yatırımcıya, oy kullanma hakkı dışında, vatandaşlıktan kaynaklanan hakları bahşetmektedir. Oy kullanma hakkı ise sadece, seçmen kütüğüne tescil tarihinden geriye doğru asgari bir yıl söz konusu devlette ikamet eden vatandaşlara tanınmaktadır. Benzer şekilde vergi ödeme yükümlülüğü de adı geçen devlette ikamet eden vatandaşlara münhasır kılınmıştır[53].

2. Dominik Devleti vatandaşlık politikası.

Dominik tarafından 1993 yılında[54] uygulamaya konan programda yatırımcıların vatandaşlık kazanabilmesi için sadece bağış yöntemine yer verilmiştir. Buna göre, yatırımcının tek başına yapmakla yükümlü olduğu bağış miktarı 75.000 ABD Dolarıdır. Bu miktar üç aile ferdine bakmakla yükümlü olan yatırımcılar bakımından 100.000 ABD Doları olarak belirlenmiştir. Bağış miktarı ilave her küçük çocuk bakımından 15.000, on sekiz ilâ yirmi beş yaş arası çocuklar bakımından ise 25.000 ABD Doları olarak tespit edilmiştir. Uygulanan program uyarınca Dominik devletine, yapılan bağışları; okul yapımı, hastane yenilemesi, ulusal spor merkezi inşası veya off-shore, tarım, turizm ya da bilgi teknolojisi gibi sektörlerin geliştirilmesi amacıyla kullanma yetkisi verilmiştir. Bu devlet hukuku uyarınca, vatandaşlığın genel olarak kazanılmasında aranan beş yıl süreli ikamet şartına, yatırımcı vatandaşlık programı kapsamındaki kişiler bakımından yer verilmemiştir. Diğer taraftan, Dominik devletinde de oy kullanma hakkına sahip olabilmek için vatandaşlığın iktisabı yeterli görülmemiş ve bu hak seçmen kütüğüne tescil tarihinden geriye doğru asgari bir yıl ülkede ikamet eden vatandaşlara münhasır kılınmıştır. Keza vergi ödeme yükümlülüğünün doğumu bakımından da yatırımcının ülkede ikamet etmesi şart koşulmuştur[55].

Görüldüğü üzere söz konusu devletlerce uygulanan programlar kapsamında, vatandaşlığın iktisabı yatırımcılara, vatandaşlıktan kaynaklanan (örneğin serbest dolaşım hakkı gibi) bazı imkânları sağlamaktadır. Buna karşılık, oy kullanma hakkı ve

52 Sugar Industry Diversification Foundation. Bkz. http://www.sknsidf.org/ (ET: 25.01.2018).

53 Dzankic (Ius Pecuniae), 8-10.

54 Xu/ El-Ashram/ Gold, 5.

55 Dzankic (Ius Pecuniae), 10, 11.

vergi ödeme yükümlülüğü gibi bazı önemli hak ve ödevler ise sadece ilgili ülkede ikamet etmek suretiyle, söz konusu devlet ve toplumla arasında güçlü bir bağ kurabilen kişililere özgülenmiştir[56]. Bununla birlikte, uluslararası alanda, doğrudan yatırımcı vatandaşlık programlarının, bazı kişilerce haklarında uygulaması muhtemel cezai işlemlerden kaçınmak amacıyla kullanılabileceği dile getirilmekte ve bu itibarla bu programları uygulayan devletlere karşı eleştirel bir bakış açısıyla yaklaşılmaktadır[57].

III. Avrupa Birliği Ülkelerinde Yatırım Yapan Yatırımcılara İlişkin Vatandaşlık İktisap Politikaları

Yatırımcı vatandaşlık, özellikle son yıllarda bazı AB üyesi ülkelerde de uygulanmaya başlanmıştır. Öncelikle, EUDO[58] verilerine göre hâlihazırda yirmi iki AB üyesi devlette vatandaşlığın istisnai olarak kazanılmasına ilişkin hukuki düzenlemelere yer verilmiştir[59]. Bununla birlikte, vatandaşlığın yatırım yoluyla kazanılmasına ilişkin özel programlar ise sadece on üye devlette kabul edilmiştir[60]. Söz konusu devletlerden büyük çoğunluğunda, vatandaşlığın kazanılması bakımından yatırımcının belirli bir süre ilgili ülkede ikamet etmesi şart koşulmuştur. Öte yandan AB Antlaşmaları uyarınca, üye devletlerden birinin vatandaşlığının iktisabı, AB vatandaşlığının da iktisabı sonucunu doğurduğundan, biri üye devletçe yürürlüğe konan yatırımcı vatandaşlık programları, gerek diğer üye devletlerde gerekse AB kurumları içinde yoğun tartışmaların yaşanmasına sebep olmuştur. Bu çerçevede, çalışmamızın bu başlığı altında, öncelikle AB üyesi devletlerin ulusal vatandaşlık düzenlemeleri ile AB vatandaşlığı arasındaki ilişki kısaca izah edilecek, sonrasında ise tartışmaların odağında yer alan bazı ülkelerin yatırımcı vatandaşlık uygulamaları hakkında bilgi verilecektir.

A. AB Vatandaşlığı-Üye Ülke Vatandaşlığı

AB vatandaşlığı, Avrupa değerlerini ve Avrupa kimliğini korumak ve geliştirmek amacıyla Maastricht Antlaşmasıyla kabul edilmiş bir hukuki mekanizmadır[61]. Keza Amsterdam ve Lizbon Antlaşmalarıyla; serbest dolaşım ve ikamet hakkı, aile birleşmesi hakkı, diplomatik koruma hakkı, dilekçe hakkı, yerel seçimler ve Avrupa Parlamentosu seçimlerinde seçme ve seçilme hakkı gibi bazı temel haklar AB vatandaşlığına bağlı kılınmıştır[62]. Bununla birlikte AB vatandaşlığının ulusal vatandaş-

56 Dzankic (Ius Pecuniae), 10, 11.

57 Sumption/ Hooper, 18. Sözgelimi 2001 yılında Kanada, Greneda devletinin vatandaşlığını, bu devletin yatırımcı vatandaşlık programı kapsamında kazanan kişilere yönelik vize serbestisini askıya almıştır.

58 European Union Democracy Observatory Bkz. https://www.eui.eu/Projects/EUDO/About (ET. 10.02.2018)

59 Dzankic Jelena, "Investment-Based Citizenship and Residence Programmes in the EU", [RSCAS 2015/08] Robert Schuman Centre for Advanced Studies, EUDO Citizenship Observatory, 5-7, Table 2. Facilitated Naturalisation on Grounds of National Interest in EU Member States.

60 Bulgaristan, Fransa, Yunanistan, Macaristan, İrlanda, Malta, Hollanda, Portekiz, Romanya ve İspanya. Bkz. Dzankic (Investment-Based Citizenship), 15-18, Table 7. Golden Residence in the EU 28.

61 Dzankic (Investment-Based Citizenship), 1.

62 Söz konusu haklara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Özkan Işıl, *Avrupa Birliği Kamu Hukuku Lizbon Antlaşmasındaki Son Değişikliklerle* (Seçkin Yayınevi, Ankara 2011), 282 vd.

lıkları ikame eden değil, söz konusu vatandaşlıkları tamamlayıcı nitelikte bir vatandaşlık türü olduğu kabul edilmektedir. Bu ilke Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 20(1) maddesinde *Birlik vatandaşlığı ulusal vatandaşlığın yerini almayıp ona ilavedir.* şeklinde ortaya konulmuştur[63]. Bir diğer ifadeyle, AB üyesi devletlerden birinin vatandaşlığını taşıyan kişilerin eş zamanlı olarak AB vatandaşlığına bağlanan haklardan da istifade edebileceği, buna karşın üye devletlerin kendi vatandaşlıkları üzerinde egemenlik yetkisine sahip oldukları hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede, tek başına mevcut olmayan ve ancak bir üye devlet vatandaşlığıyla bağlantılı olarak uygulama kabiliyeti kazanan AB vatandaşlığı, ulusal vatandaşlıkların "türevi" niteliğindedir[64]. Keza, ulusal vatandaşlıkların aksine, AB vatandaşlığına bağlanan ve AB Antlaşmalarıyla yürürlüğe konan temel haklardan önemli bir kısmı, *de facto* olarak, kişinin vatandaşlığını taşıdığı devletin sınırlarının dışına çıkmasıyla birlikte işlerlik kazanmaktadır[65]. AB vatandaşlığının izah edilen özellikleri, üye devlet vatandaşlığını kazanma şartlarının, AB vatandaşlığından doğan hak ve yükümlülükler üzerinde ne derece büyük bir etkiye sahip olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

B. AB Üyesi Ülkelerde Yatırım Yapan Yabancının Vatandaşlık Kazanabilmesi

AB içinde yatırımcıya vatandaşlık verilmesi fikri en yoğun biçimde, Malta tarafından 2013 yılı Ekim ayında Malta Vatandaşlık Kanununda yapılan değişiklik çerçevesinde tartışılmaya başlanmıştır. Malta, söz konusu değişiklikle uygulamaya koyduğu Bireysel Yatırım Programı (*Individual Investor Programme-IIP*) kapsamında, 650.000 Euro tutarında bağış yapan (bu meblağın yüzde yetmişi Malta Ulusal Kalkınma ve Sosyal Fonuna, yüzde otuzu ise doğrudan merkezi hükümete yönlendirilmektedir[66]) kişilere, ikamet şartı aranmaksızın, doğrudan vatandaşlık verilmesini öngörmüştür[67]. Gerek ülke içinden gerekse AB kurumlarından gelen yoğun itiraz ve eleştiriler üzerine Malta, 2013 yılı Kasım ayında yatırım programında değişikliğe gitmiş ve vatandaşlığın kazanılmasında ek bazı şartlar kabul etmiştir. Bu kapsamda Malta vatandaşlığının iktisabı bakımından yukarıda zikredilen 650.000 Euro tutarında bağış miktarına ek olarak; beş yıl boyunca elden çıkarmamak kaydıyla Malta'da asgari 350.000 Euro tutarında gayrimenkul satın almak veya yıllık kira gideri asgari 16.000 Euro tutarında gayrimenkul kiralamak, ayrıca Malta devlet otoriteleri tarafından belirlenen bir projede (devlet tahvili satın alınması gibi), beş yıl boyunca elden

63 Tekinalp/ Tekinalp; *Avrupa Birliği Hukuku* (Güncelleştirilmiş 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2000) 21; https://ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf (ET. 15.08.2018).

64 Dzankic (Investment-Based Citizenship), 2.

65 Dzankic (Investment-Based Citizenship), 1, 2; Parker, 335.

66 Xu/ El-Ashram/ Gold, 8, dn. 16.

67 Carrera Sergio, "How Much Does EU Citizenship Cost? The Maltese Citizenship-for-Sale Affair: A Breakthrough for Sincere Cooperation in Citizenship of the Union?" [April 2014] CEPS Papers in Liberty and Security in Europe, No. 64, 3. Bu tutara ilave olarak yatırımcının eşi için 25.000, her küçük çocuk için 25.000, on sekiz ilâ yirmi altı yaş arasında evli olmayan çocuklar için 50.000 ve yatırımcının bakmakla yükümlü olduğu elli beş yaş üstü aile fertleri için 50.000 Euro tutarında ek bağış yapılması öngörülmüştür. Bkz. Carrera, 3.

çıkarmamak kaydıyla 150.000 Euro tutarında yatırım yapmak gerekli kılınmıştır[68]. Bu çerçevede Malta vatandaşlığının iktisabı için yapılması gereken toplam yatırım miktarı 1.150.000 Euro tutarına yükseltilmiştir[69]. Yapılan bu değişikliklerin de AB üyesi ülkeler tarafından yeterli görülmemesi üzerine, 15.01.2014 tarihinde Avrupa Parlamentosunda "Satılık AB Vatandaşlığı" başlığıyla bir oturum açılmış ve yapılan tartışmalar neticesinde 2013/2995 sayılı Avrupa Parlamento Kararı[70] alınmıştır. Kararda vatandaşlıkla ilgili meselelerin üye devletlerin münhasır egemenlik yetkisi kapsamında yer aldığı kabul edilmiş, ancak üye devletlerin vatandaşlıkla ilgili düzenlemelerin yapılması sırasında AB Antlaşmalarıyla benimsenen değerleri ve özellikle de AB vatandaşlığına bağlanan hakları muhafaza etmekle yükümlü oldukları vurgulanmıştır[71]. Ayrıca Parlamento Kararında açıkça *Malta hükümetinin Malta vatandaşlığını satılığa çıkardığı, bu durumun aynı zamanda, herhangi bir ikamet şartı aranmaksızın, AB vatandaşlığının da satılığa çıkarıldığı anlamına geldiği* ifade edilmiştir[72]. Malta, bahse konu Karar ve Avrupa Komisyonuyla yapılan müzakereler sonrasında, yatırım programında değişikliğe gitmiş ve Malta vatandaşlığının iktisabı bakımından yukarıda açıklanan yatırım şartlarına ilave olarak, yatırımcının Malta'da asgari bir yıl ikamet etmesi ve bu sürenin yüz seksen günlük kısmında fiilen ülkede bulunmasını şart koşmuştur. Bu değişiklikle, yatırımcı ile Malta devleti ve toplumu arasında vatandaşlık hukukunun gerekli kıldığı gerçek bir bağlılığın tesisi ve diğer üye ülkeler ile AB kurumlarının tereddütlerinin giderilmesi sağlanmaya çalışılmıştır[73].

Güney Kıbrıs Rum Yönetimi de 2013 yılında, Malta'da uygulanan yatırım programının ilk haline benzer bir programı uygulamaya koymuştur. Buna göre vatandaşlığın iktisabı bakımından, 2.000.000 Euro tutarında tahvil alımı ve 500.000 Euro tutarında bağış veya 5.000.000 Euro tutarında doğrudan yatırım yapılması yeterli sayılmış, buna karşılık herhangi bir ikamet şartına yer verilmemiştir[74]. Konu AB vatandaşlığı perspektifiyle birlikte ele alındığında, Güney Kıbrıs Rum Yönetiminde, "St. Kitts ve Nevis" ve "Dominik" gibi Karayip devletlerine kıyasla dahi (söz konusu devlet uygulamalarında en azından ülkede ikamet etmeyen yatırımcılar oy kullanma hakkından mahrum bırakılmaktadır), vatandaşlık hukuku anlamında eleştiriye açık bir uygulamanın benimsendiği dikkat çekmektedir[75]. Nitekim doktrinde *Carrera* da; Avrupa'daki yatırımcı vatandaşlık uygulamalarına yönelik eleştirilerin sadece Malta ile sınırlı tutulmasını, Malta

68 Carrera, 3, 4; Dzankic Jelena, "The Maltese Falcon, or: My Porsche for a Passport!, Should Citizenship be for Sale?" [RSCAS 2014/01], Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European Union Democracy Observatory on Citizenship, EUI Working Paper, Ed. Ayelet Shachar/ Rainer Bauböck, 10, 11.

69 Xu/ El-Ashram/ Gold, 5.

70 Bkz. European Parliament Resolution on EU Citizenship for Sale - 2013/2995 (RSP) http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+P7-RC-2014-0015+0+DOC+XML+V0//EN (ET: 25.01.2018).

71 Dzankic (The Maltese Falcon), 1.

72 Bkz. European Parliament Resolution on EU Citizenship for Sale - 2013/2995(RSP), Para. (F). (ET. 15.08.2018).

73 Carrera, 8, 9.

74 Carrera, 10 ve 40.

75 Benzer bir görüş için bkz. Surak, 15.

programından önce uygulanmaya konan Güney Kıbrıs Rum Yönetimi programının eleştirilmemesini ve bu program hakkında Avrupa Parlamentosu nezdinde herhangi bir girişim başlatılmamış olmasını yoğun biçimde eleştirmiştir[76].

Öte yandan 2013 yılında Bulgaristan tarafından uygulamaya konan programda ise bir Bulgar ticaret şirketinden asgari 1.000.000 Bulgaristan Levası tutarında hisse alan veya aynı tutarda devlet tahvili edinen kişilere daimi ikamet hakkı verilmesi öngörülmüştür. Söz konusu yatırımcıların Bulgaristan vatandaşlığına alınması ise daimi ikamet hakkının verilmesinden bir yıl sonra mümkün olabilmektedir[77]. Buna karşılık, Bulgar hukukunda vatandaşlığın genel olarak kazanılmasında aranan "on iki ardışık ay boyunca Bulgaristan'da bulunma" şartına, yatırımcılar bakımından yer verilmemiştir[78].

Son olarak, Portekiz tarafından 2012 yılında[79] yürürlüğe konulan program kapsamında ise yatırımcıların ikamet izni alabilmesi için üç farklı alternatif sunulmuştur. Buna göre yatırımcılar asgari olarak (i) bir Portekiz şirketine 1.000.000 Euro tutarında sermaye transferi yapmak, (ii) Portekiz hukukuna uygun olarak on kişilik personel istihdam eden bir şirket kurmak veya (iii) 500.000 Euro tutarında gayrimenkul iktisap etmek suretiyle ikamet izni alabilmektedir[80]. İkamet izni ilk etapta bir yıl için verilmekte ve yatırımın devam ediyor olması şartıyla, ikişer yıllık sürelerle uzatılabilmektedir. Yatırımcı toplam beş yıllık ikamet süresinden sonra daimi ikamet izni alma hakkına sahip olmaktadır[81]. Bulgaristan hukukundan farklı olarak, Portekiz hukuku uyarınca, belirtilen süreler zarfında yatırımcının her yıl bir hafta süreyle ülkede bulunması gerekli görülmüştür[82]. Yatırımcının Portekiz vatandaşlığını kazanması ise toplamda altı yıllık ikamet süresinin doldurulmasından sonra mümkün olabilmektedir[83].

Görüldüğü üzere yatırımcı vatandaşlık, AB içinde de önemli tartışmaların yaşanmasına sebebiyet vermiş bir alandır. Bu tartışmaların temelinde, bir AB üyesi devlet tarafından tek taraflı olarak belirlenen ulusal vatandaşlık kazanma şartlarının, AB Antlaşmaları uyarınca aynı zamanda AB vatandaşlığının da iktisabı neticesini doğuruyor olması bulunmaktadır. AB vatandaşlığına bağlanan hakların arasında serbest dolaşım imkânına da yer verilmiş olması, hem üye devletleri hem de AB kurumlarını konuyla yakından ilgilenmeye sevk etmiştir. Buna karşın, henüz yatırımcı vatandaşlık olgusunun yol açtığı tereddütlerin giderilmesine ilişkin kalıcı bir çözüm bulunabilmiş değildir. Yukarıda izah edilen ülke uygulamalarından da görüleceği üzere, Malta hakkında alınan Avrupa Parlamentosu kararından sonra dahi, Güney Kıbrıs

76 Carrera, 19, 20.

77 Dzankic (The Maltese Falcon), 12.

78 Sumption/ Hooper, 15; Carrera, 16 ve dn. 88.

79 Xu/ El-Ashram/ Gold, 5.

80 Carrera, 50; http://www.sef.pt/documentos/56/ARIEN2.pdf (ET. 25.01.2018).

81 Sumption/ Hooper, 11.

82 Xu/ El-Ashram/ Gold, 5.

83 Dzankic (Investment-Based Citizenship), 16.

Rum Yönetiminde ikamet şartsız (doğrudan) yatırımcı vatandaşlık programı uygulanmaya devam etmektedir. Bulgaristan ve Portekiz gibi devletlerde ise ikamet şartı olmasına rağmen, yatırımcının fiilen ülkede bulunma mecburiyetine ya hiç yer verilmemiş ya da bu süre son derece kısa tutulmuştur. Bu çerçevede yatırımcı vatandaşlık olgusu, yakın gelecekte de özellikle üye devletlerin ulusal vatandaşlık hukuku kurallarını düzenleme konusunda sahip olduğu egemenlik yetkisi ve AB vatandaşlığının sağladığı haklar ekseninde tartışılmaya devam edecektir.

IV. Türk Hukukunda Yatırımcının Vatandaşlık Kazanabilmesi

Türk hukukunda, 11.02.1964 tarih ve 403 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanununun[84] 7. maddesinin (d) bendinde Türkiye'ye "sanayi tesisi getiren", "ekonomik alanda" olağanüstü hizmeti geçmiş veya hizmeti geçeceği düşünülen kişilerin, istisnai olarak Türk vatandaşlığını kazanmalarına imkân sağlayan bir düzenlemeye yer verilmişti. Benzer şekilde, 29.05.2009 tarih ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun[85] (TVK) 12(1)(a) maddesinde de Türkiye'ye "sanayi tesisi getiren" veya "ekonomik alanda" olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen yabancılar, istisnai yoldan Türk vatandaşlığı kazanabilecek kişiler arasında sayılmıştır. Bu itibarla Türk hukukunda 403 sayılı Kanunun kabulünden bu yana, Türkiye'de yatırım yapan yabancıların Türk vatandaşlığını istisnai olarak kazanmasına ilişkin bir hukuki alt yapı oluşturulduğu söylenebilir. Ancak, gerek 403 ve 5901 sayılı Kanunun ilk hali gerekse söz konusu Kanunların uygulanmasına ilişkin yönetmelik hükümlerinde, "hangi tür ve miktardaki" yatırımların Türk vatandaşlığının istisnai olarak kazanılmasına imkân sağlayabileceği belirsiz bırakılmıştır[86].

Türk vatandaşlığının istisnai yolla kazanılmasına esas teşkil eden "yatırım türleri ve asgari yatırım tutarları", 28.07.2016 tarih ve 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanununun[87] (UİK) 27. maddesiyle, 5901 sayılı TVK'nın 12. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (b) bendiyle somutlaştırılmıştır. Bu düzenlemeyle; 04.04.2013 tarih ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun[88] (YUKK) 31(1)(j) maddesi uyarınca ikamet izni alan yabancılar ile bunların yabancı eşleri, kendilerinin ve eşlerinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocukları, Türk vatandaşlığını istisnai olarak kazanabilecek kişi gruplarına dâhil edilmiştir. YUKK'nın 31(1)(j) maddesinde ise *Türkiye'de çalışmayan ancak Bakanlar Kurulunca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapacaklar ile bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan*

84 Resmî Gazete Tarih: 22.02.1964/ Sayı: 11638. 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu, 5901 sayılı Kanunun 47(1) maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

85 Resmî Gazete Tarih: 12.06.2009/ Sayı: 27256.

86 Nitekim doktrinde de 5901 sayılı Kanunda, Türkiye'ye "olağanüstü hizmeti geçen" ibaresinden farklı olarak, "olağanüstü hizmeti geçeceği düşünülen" ibaresinin soyut nitelikte olduğu, bu sebeple bahse konu kişilerin istisnai olarak Türk vatandaşlığına alınmasında somut verilere dayanan gerekçeler oluşturulması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Doğan, 80, 81.

87 Resmî Gazete Tarih: 13.08.2016/ Sayı: 29800.

88 Resmî Gazete Tarih: 11.04.2013/ Sayı: 28615.

veya bağımlı yabancı çocuğu[89], kısa dönem ikamet izni verilebilecek kişiler arasında sayılmıştır. Bu çerçevede Bakanlar Kurulu, hangi yatırımcıların istisnai yoldan Türk vatandaşlığını kazanabileceğini, Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte[90] (TVKUY) 12.12.2016 ve 13.03.2017 tarihlerinde yaptığı iki değişiklikle somutlaştırılmıştır[91]. Söz konusu değişiklikler neticesinde TVKUY'nin 20. maddesine eklenen ikinci fıkrada;

a) En az 2.000.000 Amerikan Doları tutarında sabit sermaye yatırımı gerçekleştirdiği Ekonomi Bakanlığınca tespit edilen,

b) En az 1.000.000 Amerikan Doları tutarında taşınmazı tapu kayıtlarına üç yıl satılmaması şerhi koyulmak şartıyla satın aldığı Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca tespit edilen,

c) En az 100 kişilik istihdam oluşturduğu Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca tespit edilen,

ç) En az 3.000.000 Amerikan Doları tutarında mevduatı üç yıl tutma şartıyla Türkiye'de faaliyet gösteren bankalara yatırdığı Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunca tespit edilen,

d) En az 3.000.000 Amerikan Doları tutarında Devlet borçlanma araçlarını üç yıl tutmak şartıyla satın aldığı Hazine Müsteşarlığınca tespit edilen,

e) En az 1.500.000 Amerikan Doları tutarında gayrimenkul yatırım fonu katılma payı veya girişim sermayesi yatırım fonu katılma payı aldığı ve üç yıl süre ile elinde tuttuğu Sermaye Piyasası Kurulunca tespit edilen yatırımcıların, TVK'nın 12(1)(b) maddesi kapsamında Türk vatandaşlığını istisnai olarak kazanabilecekleri hükme bağlanmıştır[92].

Görüldüğü gibi Türkiye'de, TVKUY'nin 20(2) maddesinde belirlenen kapsam ve tutarda yatırım yapan yabancılara kısa dönem ikamet izni verilebilecek, TVK'nın 12(1)(b) maddesi uyarınca da bahsi geçen kişiler, istisnai olarak Türk vatandaşlığını kazanabilecektir. TVK'nın aynı maddesinde bu kişilerin Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hallerinin olmaması şart koşulmuş, ayrıca bu noktadaki yetkili karar mercii İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu olarak tespit edilmiştir. İzah edilen dü-

89 Bu ibare anılan maddeye 28.07.2016 tarih ve 6735 sayılı UİK'nın 27. maddesiyle eklenmiştir.

90 Resmî Gazete Tarih: 06.04.2010/ Sayı: 27544.

91 Kanımızca, yatırım tür ve tutarlarına ilişkin düzenlemenin, YUKK'nın 31(1)(j) maddesinin verdiği yetkiye dayanarak, kısa dönem ikamet izni kapsamında ve YUKK Yönetmeliğinde yapılması daha uygun olabilirdi. Bu sayede, tespit edilen tutarlarda yatırım yapan yabancıların YUKK'nın 31(1)(j) maddesi uyarınca kısa dönem ikamet izni alabilecekleri, TVK'nın 12(1)(b) maddesi uyarınca da istisnai olarak Türk vatandaşlığını kazanabilecekleri sonucuna ulaşılabilirdi. Buna karşılık, söz konusu düzenlemenin TVKUY kapsamında ve doğrudan TVK'nın 12(1)(b) maddesine atıfla yapılması neticesinde, tespit edilen yatırımcıların kısa dönem ikamet izni almadan Türk vatandaşlığını iktisap edip edemeyecekleri sorgulanır hâle gelmiştir. Buna karşılık, TVK'nın 12(1)(b) maddesinde YUKK'nın 31(1)(j) maddesine atıf yapılmış olması, belirtilen tereddütleri görece olarak gidermekte ve TVKUY kapsamında belirlenen yatırım tür ve tutarlarının, öncelikle kısa dönem ikamet izni alınması, sonrasında ise Türk vatandaşlığının istisnai olarak kazanılması bakımından müşterek kriterler ortaya koyduğu yorumuna kapı aralamaktadır. Bununla birlikte, konu hakkındaki tereddütlerin bütünüyle giderilebilmesi ancak, TVKUY'nin 20. maddesine ikinci fıkra olarak eklenen hükmün, kısa dönem ikamet izni kapsamında ve YUKK Yönetmeliğinde düzenlenmesi suretiyle mümkün olabilecektir. Ayrıca doktrinde, yatırım tür ve tutarlarına ilişkin düzenlemenin TVKUY kapsamında ve doğrudan TVK'nın 12(1)(b) maddesine atıfla yapılmasının "kanunilik" ilkesi üzerinde doğurduğu sonuçlar hakkında bir değerlendirme için bkz. Güngör, 107, 108.

92 TVKUY'nin 20(6) maddesinde, TVKUY'nin 20(2) maddesinde bahsi geçen parasal değerlerin belirlenmesinde, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasının tespit tarihindeki efektif satış kurunun esas alınacağı beyan edilmiştir.

zenlemeler uyarınca, TVKUY'nin 20. maddesinin (a) ve (c) bentlerinde geçen tutarda "sabit sermaye yatırımı" veya "istihdama yönelik yatırım" yapan yabancılar, söz konusu yatırımlarını ilgili Bakanlık marifetiyle belgelediklerinde, istisnai olarak Türk vatandaşlığını kazanmak için girişimde bulunabileceklerdir. TVKUY'nin 20(2) maddesinin (b), (ç), (d) ve (e) bentlerinde sıralanan yatırımlar kapsamında Türk vatandaşlığının istisnai olarak kazanılmasına ilişkin girişimlerin yapılması ise yatırımın gerçekleştirilmesinden üç yıl sonra[93] mümkün olabilecektir[94].

YUKK'nın 31(1)(j) ve TVK'nın 12(1)(b) maddeleri uyarınca, yabancı yatırımcıların yanı sıra bunların yabancı eşleri, kendilerinin ve eşlerinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocukları da kısa dönem ikamet izni alabilecek ve bu suretle Türk vatandaşlığını istisnai olarak kazanabilecek kişiler arasında sayılmıştır. Bu çerçevede kanun koyucu, yatırımcıların aile fertleri bakımından, yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılmasının sonuçlarına yer verilen TVK'nın 20. maddesinden farklı bir düzenlemeye gitmiştir. TVK'nın 20. maddesine göre yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılması eşin vatandaşlığına etki etmemektedir. Aynı madde uyarınca, Türk vatandaşlığını kazanan kişinin küçük çocuğunun velayetine sahip olması ve diğer eşin muvafakat etmesi şartıyla, söz konusu çocuklar da Türk vatandaşlığını kazanan ana veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanabilmektedir. Oysa TVK'nın 12(1)(b) maddesinde, aile fertlerinin istisnai olarak Türk vatandaşlığını kazanması, doğrudan, yabancı yatırımcının istisnai olarak Türk vatandaşlığını kazanmasına bağlanmıştır[95].

Diğer taraftan, TVK'nın 12(1)(b) maddesiyle, yatırımcıya bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanabilecek aile fertlerinin kapsamı da genişletilmiştir. Buna göre, yabancı yatırımcının istisnai olarak Türk vatandaşlığını kazanması, bu yatırımcının "yabancı eşi" ile "eşinin çocuklarının" da Türk vatandaşlığını istisnai olarak kazanması neticesini doğuracaktır[96]. Bunun dışında, anılan maddede çocuk kavramının kapsamı ise ergin olmayan çocukların yanı sıra ergin olmakla birlikte "bağımlı" çocukları da ihtiva edecek biçimde genişletilmiştir[97]. Belirtilmelidir ki vatandaşlık hukukunda ergin olmayan çocuklar on sekiz yaşını doldurmayan kişileri ifade edecek biçimde kullanılmış, ancak

93 Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünce kabul edilen "Yabancı Yatırımcıların İstisnai Olarak Türk Vatandaşlığını Kazanmalarına İlişkin Usul ve Esaslar"ın (bkz. https://www.nvi.gov.tr/ ET. 30.01.2018) 7. maddesinde; TVKUY'de öngörülen yatırımın üç yıl devam etmesine ilişkin şartın yerine getirilmediğinin tespiti halinde, bu durumun yetkili Bakanlık veya Kurumca Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğüne bildirileceği ve bu kişinin vatandaşlığının, TVK'nın 31. maddesi uyarınca iptal edileceği ifade edilmiştir. Her ne kadar söz konusu maddede vatandaşlığa alınma kararının Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünce iptal edileceği ifade edilmiş ise de TVK'nın 31. maddesi uyarınca vatandaşlığa alınma kararları ancak kararı veren makam tarafından iptal edilebilmektedir. Bu itibarla TVKUY'de geçen yatırımın üç yıl devam etmesine ilişkin şartın ihlali halinde vatandaşlığa alınma kararını iptale yetkili makam Bakanlar Kurulu olarak tespit edilmelidir.

94 Doğan, 81, 82.

95 Aile fertleri, yatırımcının Türk vatandaşlığını kazanmasını sağlayan işleme bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazandıklarından, TVK'nın 31. maddesi uyarınca ilgili yatırımcının vatandaşlığa alınma kararının iptal edilmesi durumunda, bu iptal kararından söz konusu aile fertleri de etkilenecektir.

96 Turan Turgut/ Tanrıbilir Feriha Bilge, *Vatandaşlık Hukuku* (Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2017), 107.

97 Turan/ Tanrıbilir, 107.

bağımlı çocuk kavramının tanımı yapılmamıştır[98]. Buna karşılık doktrinde, söz konusu kavramın, ergin olmakla birlikte, fiziksel (bedensel veya zihinsel hastalığı bulunan) veya ekonomik anlamda ana-babanın bakım, yardım ya da desteğine muhtaç durumda olan çocuklar için kullanıldığı kabul edilmektedir[99]. Bununla birlikte, söz konusu aile fertlerinin istisnai olarak Türk vatandaşlığını kazanabilmesi bakımından, TVKUY'nin 20(2) maddesinde beyan edilen şartları gerçekleştirmeleri beklenmeyecektir. Nitekim doktrinde, TVKUY'nin 20(2) maddesinde beyan edilen şartların ergin olmayan çocuklar ve bağımlı çocuklar bakımından sağlanmasının güçlüğü ve aynı ailenin her ferdi bakımından bu şartların ayrı ayrı gerçekleşmesini aramanın makul olmadığı dikkate alınarak, kanun koyucunun hepsini bir çeşit, "soy ve kültür unsurlarından arındırılmış[100] münferit göçmen" gibi kabul ettiği değerlendirilmiştir[101].

Öte yandan, TVK'nın 12(1)(b) maddesinde, yabancı yatırımcıların Türk vatandaşlığını istisnai olarak kazanmak amacıyla başvuruda bulunabilmeleri, YUKK'nın 31(1)(j) maddesi kapsamında kısa dönem ikamet izni almış olmalarına bağlanmıştır. Türk hukukunda, UİK'nın 27. maddesiyle YUKK'nın 31. maddesine eklenen beşinci fıkra uyarınca, yatırımcılara yönelik kısa dönem ikamet izni, idarenin takdirine bağlı olarak[102] en fazla beşer yıllık sürelerle verilebilmektedir. Bu çerçevede Türk vatandaşlığının istisnai olarak kazanılabilmesi için yatırımcının vatandaşlık kazanmak amacıyla yaptığı başvuru sırasında kısa dönem ikamet izninin geçerli olması ve hâlihazırda ikamet süresinin sona ermemiş olması gereklidir[103]. Bu noktada, kısa dönem ikamet izni alan bir yatırımcının, hangi an itibariyle TVK'nın 12(1)(b) maddesi kapsamında Türk vatandaşlığını istisnai olarak kazanmak amacıyla başvuruda bulunabileceğinin tespiti de önem arz etmektedir. Bu sorunun cevabı, yatırımcının, Türk vatandaşlığını istisnai olarak kazanabilmesi için Türkiye'de fiilen bulunmasının gerekli olup olmadığını ortaya koyacaktır.

Belirtilmelidir ki, TVK'nın 12(1)(b) ve YUKK'nın 31(1)(j) maddelerinde, kısa dönem ikamet izni alan yatırımcıların, Türk vatandaşlığını istisnai olarak kazanabilmeleri için Türkiye'de fiilen bulunmalarına dair herhangi bir süre sınırına yer verilmemiştir. Buna karşılık, YUKK'nın 33(2) maddesinde kısa dönem ikamet izinlerinin yurt dışında kalış süresi bakımından iptaline ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceği hükme bağlanmıştır. YUKK Yönetmeliğinin[104] 29(1)(c) maddesinde ise *zorunlu kamu hizmeti, görev, eğitim veya sağlık nedenleri haricinde son bir yıl içinde toplamda yüz yirmi günden fazla süreyle yurt dışında kalınması* durumu, kısa dönem ikamet izninin

98 Turan/ Tanrıbilir, 107.

99 Güngör, 104, 105; Turan/ Tanrıbilir, 107.

100 Güngör, 105.

101 Güngör, 102.

102 Çelikel Aysel, *Yabancılar Hukuku* (Yenilenmiş 23. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Mart 2017), 107.

103 Güngör, 101, 102.

104 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik. Bkz. Resmî Gazete Tarih: 17.03.2016/ Sayı: 29656.

iptali ve uzatılmaması sebebi olarak kabul edilmiştir[105]. Hükmün mefhumu muhalifinden, Türkiye'de fiilen, son bir yıl içinde toplamda iki yüz kırk beş günden az süre kalan yabancı yatırımcıların, kısa dönem ikamet izinlerinin iptal edileceği ve dolayısıyla istisnai yoldan Türk vatandaşlığını kazanmak amacıyla başvuruda bulunamayacakları sonucuna ulaşılmaktadır. Bu sonucun TVKUY'nin 20(2) maddesinde yer verilen yatırım türleri bakımından ne şekilde etki doğuracağının açıklanmasında da fayda vardır.

Yukarıda ifade edildiği üzere, TVKUY'nin 20(2) maddesinin (b), (ç), (d) ve (e) bentlerinde sıralanan yatırımlar kapsamında Türk vatandaşlığının istisnai olarak kazanılmasına ilişkin girişimlerin yapılması, yatırımın yapılmasından ancak üç yıl sonra mümkün olmaktadır. Bu hüküm ve YUKK Yönetmeliğinin 29(1)(c) maddesi birlikte değerlendirildiğinde, bahsi geçen yatırımcıların Türk vatandaşlığını kazanabilmeleri, üç yıllık yatırım döneminde yıllık asgari iki yüz kırk beş gün Türkiye'de fiilen bulunmaları şartıyla mümkün olabilecektir. Benzer şekilde, TVKUY'nin 20. maddesinin (a) ve (c) bentlerinde geçen tutarda sabit sermaye yatırımı veya istihdama yönelik yatırım yapan yatırımcıların, kısa dönem ikamet izni almalarından "bir yıl sonra" Türk vatandaşlığını istisnai olarak kazanmak için başvuruda bulunmaları ihtimalinde de, bu kişilerin söz konusu bir yıl içinde asgari iki yüz kırk beş gün Türkiye'de fiilen bulunmaları şarttır. Ancak TVKUY'nin 20(2) maddesinin (b), (ç), (d) ve (e) bentlerinin aksine, (a) ve (c) bentlerinde sıralanan yatırımlar bakımından, yatırımın devam etmesi gereken asgari bir süre sınırına yer verilmediğinden, bahse konu yatırımcıların kısa dönem ikamet izni aldıktan "hemen sonra" Türk vatandaşlığını istisnai olarak kazanmak için başvuruda bulunmaları da mümkündür. Kanımızca bu son ihtimalde, TVKUY'nin 20. maddesinin (a) ve (c) bentleri kapsamındaki yatırımcılar, kısa dönem ikamet izni aldıkları an itibariyle, Türkiye'de fiilen bulunmalarına ihtiyaç olmadan, vatandaşlık başvurusuna ehil hale geleceklerdir[106]. İzah edilen çerçevede Türk hukukunda, TVKUY'nin 20. maddesinin (a) ve (c) bentleri kapsamındaki düzenlemelerde, mukayeseli hukuktaki bazı devlet uygulamalarında da görüldüğü gibi, iktisadi kazanımın artırılması saiki, birey ile devlet ve toplum arasında sıkı ilişki tesis edilmesi amacına tercih edilmiştir. Kanımızca iktisadi bakış açısıyla makul karşılanabilerek bu sonuç, yabancı yatırımcı ile Türk devleti ve toplumu arasında vatandaşlık hukukunun gerekli kıldığı gerçek bağlılığın tesisi amacına hizmet etmemektedir.

105 YUKK'nın 33(19(c) maddesinde, "*Son bir yıl içinde toplamda yüz yirmi günden fazla süreyle yurt dışında kalınması*" şeklindeki hüküm, 6735 sayılı Kanun ile kaldırılmış ve kaldırılan hüküm yerine, yabancının yurt dışında geçirdiği sürelerin, ikamet iznine etkisinin yönetmelikte düzenleneceği kabul edilmiştir (YUKK md. 33/2). Ancak ilk düzenlemeye göre hazırlanmış yönetmelik hükmü halen yürürlüktedir [Doğan Vahit, *Türk Yabancılar Hukuku* (Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara, 2017) 92, dn. 88'den naklen].

106 Bu tespit, TVK'nın 12(1)(b) maddesinin, yabancı yatırımcılara Türk vatandaşlığını kolaylaştırılmış biçimde kazandırılması yoluyla, ülke ekonomisine katkı sağlanması hedefiyle de uyumlu görünmektedir. Nitekim yabancı yatırımcıların Türk vatandaşlığını kazanmasına ilişkin TVK'nın 12(1)(b) maddesinin kabul edildiği UİK'nın Genel Gerekçesinde "ülke ekonomisinin gelişiminin" ve "yabancı yatırımlarının artırılmasının" hedeflendiği belirtilmiştir. Bkz. http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0727.pdf (ET. 30.01.2018). Diğer taraftan, YUKK Yönetmeliğinin 19(5) maddesinde "*Yurt dışından alınan ikamet izinleri, altı ay içinde kullanılmaya başlanmadığında geçerliliğini kaybeder.*" hükmüne yer verilmiştir. Bu itibarla, TVKUY'nin 20. maddesinin (a) ve (c) bentleri kapsamında olup da yurt dışından ikamet izni alan yatırımcıların, kısa dönem ikamet iznine işlerlik kazandırabilmek ve nihayet Türk vatandaşlığını istisnai olarak kazanabilmek amacıyla Türkiye'ye asgari bir defa giriş yapması gereklidir.

Son olarak, mukayeseli hukukta hemen her devlet tarafından kabul edildiği gibi, Türk hukukunda da, yatırım yoluyla vatandaşlık kazanılması usulüne başvuran kişiler hakkında "millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama" şartı aranmıştır. Belirtilmelidir ki, TVKUY'nin 72(5) maddesinde[107] milli güvenlik ve kamu düzeni konusunda ilgili kurumlarca yapılacak araştırma temel olarak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlara dair faaliyetlerle ilişkilendirilmiştir. Oysa yatırım yoluyla vatandaşlık kazanılması olgusu bakımından milli güvenlik ve kamu düzeni şartının tam anlamıyla gerçekleştiğinin tespiti için ilgili yatırımcı veya ona bağlı eşi ve çocukları hakkında, Türk hukukundaki cezai işlemlerin yanı sıra menşe devlette veya üçüncü bir devlette cezai işlem yürütülüp yürütülmediği veya kesinleşmiş bir suçun bulunup bulunmadığı da büyük önem taşımaktadır. Bununla birlikte, TVKUY'nin 20. maddesinde de, istisnai olarak Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen kişilerden, böylesi bir araştırmaya imkân tanıyacak nitelikte bir belge talep edilmemiştir[108]. Bu itibarla kanımızca, Türk vatandaşlığını kazanma talebinde bulunan yatırımcılardan, haklarında yürütülen herhangi bir cezai işlem bulunmadığını ve/veya herhangi bir suçtan mahkûm olmadıklarını gösteren ve "menşe devlet yetkili makamlarınca" düzenlenmiş bir belgenin talep edilmesi zaruridir. Ayrıca söz konusu yatırımcılar hakkında uluslararası kuruluşlarla işbirliği içinde kapsamlı bir araştırmanın yapılması ve bu çerçevede TVKUY'nin 20. maddesi ile 72(5) maddesinin içeriklerinin bu tür bir araştırmaya imkân tanıyacak biçimde genişletilmesi gerekli görülmektedir.

Değerlendirme ve Sonuç

Yatırım yoluyla vatandaşlık kazanılması olgusuna ilişkin doktrindeki temel eleştiri noktasını, vatandaşlığın bu yolla iktisabında, geleneksel olarak vatandaşlık hukukun gerekli kıldığı ve temeli Uluslararası Adalet Divanının *Nottebohm* kararına dayanan birey ile devlet ve toplum arasında gerçek bir bağın/sıkı irtibatın kurulamaması oluşturmaktadır. Bununla birlikte, bu temel sorun alanı yatırımcı vatandaşlık olgusundan ziyade, bu iktisap yolunun uygulanma biçiminden ileri gelmektedir[109]. Bu çerçevede, yatırımın doğrudan vatandaşlık iktisabına imkân sağlamasını konu alan bir yön-

107 Söz konusu maddede "İlgili kurumlarca yapılan araştırma sonucunda Anayasa ile kurulu devlet düzenini yıkma yolunda faaliyette bulunduğu, bu faaliyetlerde bulunanlarla işbirliği yaptığı veya bunları maddi olarak desteklediği, Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne karşı yurt içinde veya dışında, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarla ilgili faaliyetlerde bulunduğu, isyan, casusluk ve vatana ihanet suçlarına katıldığı, silah ve uyuşturucu madde kaçakçılığı, insan kaçakçılığı ve insan ticareti yaptığı veya bunlarla ilişki içerisinde bulunduğu tespit edilenler ile taksirli suçlar hariç olmak üzere ertelenmiş, zamanaşımına uğramış, hükmün açıklanması geriye bırakılmış, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa dahi, altı aydan fazla hapis cezası alanlar Türk vatandaşlığını kazanamaz." hükmüne yer verilmiştir.

108 TVKUY'nin 16(2)(ç) maddesinde Türk vatandaşlığının "genel olarak" kazanmak için başvuran kişilerin herhangi bir suçtan dolayı yargılamalarının devam etmemesi veya hükümlü ya da tutuklu olmamaları şart koşulmuş, ancak TVKUY'nin 20. maddesinde Türk vatandaşlığının istisnai olarak kazanmak ilişkin başvuran kişiler bakımından bu şartlara yer verilmemiştir. Keza TVKUY'nin 17(1)(h) maddesinde de "*Herhangi bir suç nedeniyle hakkında kesinleşmiş mahkeme kararı bulunuyorsa onaylı bir örneği*" Türk vatandaşlığının "genel olarak" kazanılmasında başvuru için gerekli belgeler arasında sayılmış, buna karşılık TVKUY'nin 20. maddesinde Türk vatandaşlığının istisnai olarak kazanmak için başvuran kişilerden benzer bir belge talep edilmemiştir.

109 Dzankic (The Maltese Falcon), 18.

tem yerine, öncelikle ilgili yatırımcıya ikamet izni verilmesi, vatandaşlık iktisabının ise dolaylı bir sonuç olarak tasarlanması çok daha rasyonel bir çözüm olarak öne çıkmaktadır. Bu sayede hem devletlerin iktisadi beklentileri karşılık bulmuş olacak hem de vatandaşlık hukukunun temel prensiplerinden sapma eğilimi sergilenmemiş olacaktır. Bununla birlikte, izah edilen amaca ulaşılması noktasında, devletlerin belirlediği yatırım türünün de hayati önemi haiz olduğu ifade edilmelidir. Sözgelimi yatırımın münhasıran gayrimenkul iktisabı ile sınırlı tutulduğu bir ihtimalde, bireyin devlet ve toplumla uyumunu tesis edecek iklimi oluşturabilmek oldukça güçtür. Benzer şekilde, nihai olarak vatandaşlık iktisabıyla sonuçlanan ikamet etme (veya ülkede fiilen bulunma) şartının kısa tutulması durumunda da vatandaşlık hukukunda benimsenen amaca hizmet edilemeyecektir. Bu itibarla takip edilmesi gereken yöntem; çok yıllı yatırım dönemini kapsayan, kabul eden ülkede istihdam oluşmasını güvence altına alan, özellikle iş merkezinin bu ülkeye taşınmasını ihtiva eden ve vatandaşlığın iktisabı öncesinde zorunlu ikameti şart koşan bir sistemin uygulamaya konulmasıdır. Zira ancak bu sayede, yatırımcının toplumla gerçek anlamda irtibatının kuvvetlendirilmesini ve kabul eden devletin vatandaşlarının refah düzeyinin artırılmasını sağlayacak bir hukuki yapının inşası mümkün olabilecektir[110].

Türk hukukunda YUKK Yönetmeliğinin 29(1)(c) maddesi çerçevesinde, TVKUY'nin 20(2) maddesinin (b), (ç), (d) ve (e) bentleri kapsamındaki yatırımcıların, Türk vatandaşlığını istisnai olarak kazanabilmeleri, üç yıllık yatırım döneminde yıllık asgari iki yüz kırk beş gün Türkiye'de fiilen bulunmaları şartıyla mümkün olabilmektedir. Bu itibarla söz konusu yatırım türleri bakımından, yabancı yatırımcı ile Türk devleti ve toplumu arasında vatandaşlık hukukunun gerekli kıldığı sıkı ilişkinin tesis edilmesi muhtemel görülebilir. Ancak bunun aksine, TVKUY'nin 20(2) maddesinin (a) ve (c) bentlerinde geçen yatırım türleri bakımından, yatırımın devam etmesi gereken asgari bir süre kaydına yer verilmediğinden, yatırımcıların kısa dönem ikamet izni aldıktan hemen sonra Türk vatandaşlığını istisnai olarak kazanmak için başvuruda bulunmaları mümkündür. Bu durumda yatırımcıların Türk vatandaşlığını istisnai olarak kazanabilmeleri için Türkiye'de fiilen bulunmalarına ihtiyaç olmadığından, söz konusu yatırım türleri bakımından yabancı yatırımcı ile Türk devleti ve toplumu arasında gerçek bir bağın kurulabilmesi de mümkün olamayacaktır. Bu çerçevede sorunun, YUKK Yönetmeliğinin 29(1)(c) maddesinin korunması kaydıyla, TVKUY'nin 20(2) maddesinin (a) ve (c) bentlerinde geçen yatırımlar bakımından belirli bir devam süresi öngörülmesi suretiyle çözülmesi mümkün görünmektedir.

Esasında yukarıda belirtilen sorun alanı, sadece yatırımcı vatandaşlık bakımından değil, istisnai olarak vatandaşlığın kazanılmasına imkân tanıyan tüm yollar bakımından mevcuttur. Buna karşılık yatırımcı vatandaşlık olgusu, vatandaşlığın kazanılmasında temel kriter olarak, kişisel nitelikler veya liyakat unsuru yerine, devlete

110 Dzankic (The Maltese Falcon), 18.

mali kaynak temin edilmesini, bir diğer ifadeyle "vatandaşlık yatırımı[111]" yapılmasını konu aldığı için, vatandaşlığın istisnai olarak kazanılmasına imkân tanıyan diğer yollara nispetle, üzerinde çok daha fazla tartışma yaşanan bir alan olmuştur. Bunun yanında söz konusu iktisap yolları arasındaki esas farklılık ise cezai konular bakımından öne çıkmaktadır. Sözgelimi spor, sanat veya bilimsel alandaki nitelikleriyle temayüz etmiş bir kişinin belirli bir devletin vatandaşlığını kazanmasında, menşe devlette hakkında yürütülen bir cezai işlemden kaçınmak amacıyla böyle bir yola başvurması görece olarak düşük bir ihtimaldir. Ötesinde, belirtilen nitelikleriyle öne çıkmış kişilerin vatandaşlığa alınmasında, ilgili kişilerden ziyade devletlerin başat rol oynadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Buna karşılık yatırımcı vatandaşlık yolunda ise izah edilen risk çok daha yüksek seviyededir. Türk hukukunda bu riskin bertaraf edilmesi veya en azından asgariye indirgenmesi amacıyla, Türk vatandaşlığını kazanma talebinde bulunan yabancı yatırımcı hakkında uluslararası kuruluşlarla işbirliği içinde kapsamlı bir incelemenin yapılması ve bu çerçevede TVKUY'nin 20. maddesi ile 72(5) maddesinin içeriklerinin bu tür bir araştırmaya imkân tanıyacak biçimde genişletilmesi zaruri görülmektedir.

Son olarak, mukayeseli hukukta incelenen muhtelif ülke örneklerinde olduğu gibi, Türkiye'deki yatırımcı vatandaşlık uygulamasının etki analizinin düzenli aralıklarla yapılması da büyük önem arz etmektedir. Bu çerçevede, vatandaşlık hukukunun temel ilkelerine bağlı kalınarak, TVKUY'nin 20(2) maddesinde öngörülen yatırım tür ve tutarlarına ilişkin güncellemelerin yapılması, yatırımcı vatandaşlık programından beklenen ekonomik faydanın artırılmasını teminen elzem görülmektedir.

Kaynakça/References

ARMSTRONG Chris, The Price of Selling Citizenship, Should Citizenship be for Sale?, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European Union Democracy Observatory on Citizenship, EUI Working Paper, Ed. Ayelet Shachar/ Rainer Bauböck, RSCAS 2014/01.

BARBULESCU Roxana, Global Mobility Corridors for the Ultra-Rich The Neoliberal Transformation of Citizenship, Should Citizenship be for Sale?, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European Union Democracy Observatory on Citizenship, EUI Working Paper, Ed. Ayelet Shachar/ Rainer Bauböck, RSCAS 2014/01.

BAUBÖCK Rainer, What is wrong with selling citizenship? It corrupts democracy! Should Citizenship be for Sale?, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European Union Democracy Observatory on Citizenship, EUI Working Paper, Ed. Ayelet Shachar/ Rainer Bauböck, RSCAS 2014/01.

BUCHANAN James Michael, An Economic Theory of Clubs, Economica, New Series, Vol. 32, No. 125, 1-14, February 1965 (https://www.jstor.org).

CARRERA Sergio, How Much Does EU Citizenship Cost? The Maltese Citizenship-for-Sale Affair: A Breakthrough for Sincere Cooperation in Citizenship of the Union? CEPS Papers in Liberty and Security in Europe, No. 64, April 2014.

111 Nomer Ergin, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (23. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, Kasım 2017) 91.

ÇELİKEL Aysel, Yabancılar Hukuku, Yenilenmiş 23. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Mart 2017

DEMİRKOL Berk, Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık: Gerçek Kişilerde "Etkin Vatandaşlık" Sorunsalı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 159-193, 2015/2.

DOĞAN Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, Savaş Yayınevi, Güncellenmiş 14. Baskı, Ankara, Eylül 2017.

DOĞAN Vahit, Türk Yabancılar Hukuku, Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara, 2017.

DZANKIC Jelena, Investment-Based Citizenship and Residence Programmes in the EU, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, EUDO Citizenship Observatory, RSCAS 2015/08. (Investment-Based Citizenship)

DZANKIC Jelena, The Maltese Falcon, or: My Porsche for a Passport!, Should Citizenship be for Sale?, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European Union Democracy Observatory on Citizenship, EUI Working Paper, Ed. Ayelet Shachar/ Rainer Bauböck, RSCAS 2014/01. (The Maltese Falcon)

DZANKIC Jelena, The Pros and Cons of Ius Pecuniae: Investor Citizenship in Comparative Perspective, EUI Working Papers, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, EUDO Citizenship Observatory, RSCAS 2012/14. (Ius Pecuniae)

ERDEM B. Bahadır, Türk Vatandaşlık Hukuku, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2013.

EUROPEAN PARLIAMENT Resolution on EU citizenship For Sale - 2013/2995 (RSP).

GÜNGÖR Gülin, Tabiiyet Hukuku Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler, Yetkin Yayınları, 5. Bası, Ankara 2017.

http://homepage.univie.ac.at/

http://workpermit.com/immigration/united-kingdom/tier-1-investor-visa

http://workpermit.com/immigration/united-kingdom/tier-1-investor-visa

http://www.europarl.europa.eu/

http://www.icj-cij.org/

http://www.sef.pt/

http://www.sknsidf.org/

http://www2.tbmm.gov.tr/

https://ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf

https://www.eui.eu/Projects/EUDO/

https://www.henleyglobal.com/residence-canada-residence/

https://www.henleyglobal.com/residence-switzerland/

https://www.henleyglobal.com/residence-united-kingdom-res-cit/

https://www.henleyglobal.com/residence-united-states-overview/

https://www.jstor.org

https://www.nvi.gov.tr/

KOCHENOV Dimitry, Citizenship for Real: Its Hypocrisy, Its Randomness, Its Price, Should Citizenship be for Sale?, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European Union Democracy Observatory on Citizenship, EUI Working Paper, Ed. Ayelet Shachar/ Rainer Bauböck, RSCAS 2014/01.

NOMER Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, 23. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, Kasım 2017.

OCHOA Paulina, What Money Can't Buy: Face-to-Face Cooperation and Local Democratic Life, Should Citizenship be for Sale?, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European Union Democracy Observatory on Citizenship, EUI Working Paper, Ed. Ayelet Shachar/ Rainer Bauböck, RSCAS 2014/01.

ÖZKAN Işıl, Avrupa Birliği Kamu Hukuku Lizbon Antlaşmasındaki Son Değişikliklerle, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011.

PARKER Owen, Commercializing Citizenship in Crisis EU: The Case of Immigrant Investor Programmes, Journal of Common Market Studies (JCMS), Vol. 55. No. 2, 332-348, 2017.

SCHNEIDER Jeffrey C./ Diaz-Cortes Marcelo, The Bitter Side of Ius Pecuniae in the United States: Risks Facing EB-5 Investors, Miami, International Law Quarterly, 37-40, Vol. XXXIII, No. 2, Spring 2017.

SHACHAR Ayelet, Dangerous Liaisons: Money and Citizenship, Should Citizenship be for Sale?, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European Union Democracy Observatory on Citizenship, EUI Working Paper, Ed. Ayelet Shachar/ Rainer Bauböck, RSCAS 2014/01.

STERN Joachim, Ius Pecuniae - Staatsbürgerschaft Zwischen Ausreichendem Lebensunterhalt, Mindestsicherung und Menschenwürde, Migration und Integration - Wissenschaftliche Perspektiven aus Österreich, Vienna University Press, 55-74, Jahrbuch 1/2011.

SUMPTION Madeleine/ HOOPER Kate, Selling Visas and Citizenship: Policy Questions from the Global Boom in Investor Immigration Report, Migration Policy Institute, Washington DC, October 2014.

SURAK Kristin, Global Citizenship 2.0 The Growth of Citizenship by Investment Programs, Investment Migration Working Paper, IMC-RP 2016/3.

TEKİNALP/ TEKİNALP; Avrupa Birliği Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2000.

TURAN Turgut/ TANRIBİLİR Feriha Bilge, Vatandaşlık Hukuku, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2017.

WALZER Michael, Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality, Basic Books, 1983 (Dzankic, 2012, 2 ve 3'ten naklen).

XU Xin/ EL-ASHRAM Ahmed/ GOLD Judith, Too Much of a Good Thing? Prudent Management of Inflows under Economic Citizenship Programs, IMF Working Paper, May 2015.

Notes for Contributors
OSCOLA Quick Reference Guide

Primary Sources
Do not use full stops in abbreviations. Separate citations with a semi-colon.

Cases
Give the party names, followed by the neutral citation, followed by the *Law Reports* citation (eg AC, Ch, QB). If there is no neutral citation, give the *Law Reports* citation followed by the court in brackets. If the case is not reported in the *Law Reports*, cite the All ER or the WLR, or failing that a specialist report.

Corr v IBC Vehicles Ltd [2008] UKHL 13, [2008] 1 AC 884

R (Roberts) v Parole Board [2004] EWCA Civ 1031, [2005] QB 410

Page v Smith [1996] AC 155 (HL)

When pinpointing, give paragraph numbers in square brackets at the end of the citation. If the judgment has no paragraph numbers, provide the page number pinpoint after the court.

Callery v Gray [2001] EWCA Civ 1117, [2001] 1 WLR 2112 [42], [45]

Bunt v Tilley [2006] EWHC 407 (QB), [2006] 3 All ER 336 [1]–[37]

R v Leeds County Court, *ex p Morris* [1990] QB 523 (QB) 530–31

If citing a particular judge:

Arscott v The Coal Authority [2004] EWCA Civ 892, [2005] Env LR 6 [27] (Laws LJ)

Statutes and statutory instruments
Act of Supremacy 1558

Human Rights Act 1998, s 15(1)(b)

Penalties for Disorderly Behaviour (Amendment of Minimum Age) Order 2004, SI 2004/3166

EU legislation and cases
Consolidated Version of the Treaty on European Union [2008] OJ C115/13

Council Regulation (EC) 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (EC Merger Regulation) [2004] OJ L24/1, art 5

Case C–176/03 *Commission v Council* [2005] ECR I–7879, paras 47–48

European Court of Human Rights
Omojudi v UK (2009) 51 EHRR 10 *Osman v UK* ECHR 1998–VIII 3124

Balogh v Hungary App no 47940/99 (ECHR, 20 July 2004)

Simpson v UK (1989) 64 DR 188

Secondary Sources

Books

Give the author's name in the same form as in the publication, except in bibliographies, where you should give only the surname followed by the initial(s). Give relevant information about editions, translators and so forth before the publisher, and give page numbers at the end of the citation, after the brackets.

Thomas Hobbes, *Leviathan* (first published 1651, Penguin 1985) 268

Gareth Jones, *Goff and Jones: The Law of Restitution* (1st supp, 7th edn, Sweet & Maxwell 2009)

K Zweigert and H Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (Tony Weir tr, 3rd edn, OUP 1998)

Contributions to edited books

Francis Rose, 'The Evolution of the Species' in Andrew Burrows and Alan Rodger (eds), *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks* (OUP 2006)

Encyclopedias

Halsbury's Laws (5th edn, 2010) vol 57, para 53

Journal articles

Paul Craig, 'Theory, "Pure Theory" and Values in Public Law' [2005] PL 440

When pinpointing, put a comma between the first page of the article and the page pinpoint.

JAG Griffith, 'The Common Law and the Political Constitution' (2001) 117 LQR 42, 64

Online journals

Graham Greenleaf, 'The Global Development of Free Access to Legal Information' (2010) 1(1) EJLT < http://ejlt.org//article/view/17 > accessed 27 July 2010

Command papers and Law Commission reports

Department for International Development, *Eliminating World Poverty: Building our Common Future* (White Paper, Cm 7656, 2009) ch 5 Law Commission, *Reforming Bribery* (Law Com No 313, 2008) paras 3.12–3.17

Websites and blogs

Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (*Naked Law*, 1 May 2009) <www.nakedlaw. com/2009/05/index. html> accessed 19 November 2009

Newspaper articles

Jane Croft, 'Supreme Court Warns on Quality' *Financial Times* (London, 1 July 2010) 3

You can reach for details of Notes for Contributors and OSCOLA 4th Edition.