

Doğu Akdeniz Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

(DAÜHFD)

Cilt: 1 / Sayı: 1/ Yıl: 2024

PROF. DR. MURAT TURGUT TURHAN'A ARMAĞAN

Doğu Akdeniz Üniversitesi
©2024 Doğu Akdeniz Üniversitesi Yayınevi

ISSN: 3023-8803

Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
(Hakemli bir dergidir)

Yayın Sahibi : Doğu Akdeniz Üniversitesi

Yayın Sahibi Temsilcisi: Prof. Dr. Hasan KILIÇ (Doğu Akdeniz Üniversitesi Rektörü)

Editör : Doç. Dr. Arzu ALİBABA

Editörler Kurulu: Doç. Dr. Demet ÇELİK ULUSOY
Yrd. Doç. Dr. Bezar Eylem EKİNCİ
Yrd. Doç. Dr. Emine KOÇANO RODOSLU
Araş. Gör. Murat ÖZAD
Araş. Gör. Gönül DERYA

Danışma Kurulu: Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU (Bilkent Üniversitesi, TC)
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR (Ankara Üniversitesi, TC)
Prof. Dr. Feriha Bilge TANRIBİLİR (Çankaya Üniversitesi, TC)
Prof. Dr. Rifat ERTEN (Ankara Üniversitesi, TC)
Doç. Dr. Kazım Sedat SİRMEN (Osmangazi Üniversitesi, TC)

Yazışma Adresi: Doğu Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakóltesi, Albert Einstein Sokak,
99628, Gazimağusa-KKTC.
e-posta: dauhfd@emu.edu.tr

Eastern Mediterranean University Journal of the Faculty of Law
(Peer-reviewed journal)

Publisher: Eastern Mediterranean University (EMU)

Publisher's Representative: Prof. Dr. Hasan KILIÇ (Rector, EMU)

Editor : Assoc. Prof. Dr. Arzu ALİBABA

Editorial Board : Assoc. Prof. Dr. Demet ÇELİK ULUSOY
Asst. Prof. Dr. Bezar Eylem EKİNCİ
Asst. Prof. Dr. Emine KOÇANO RODOSLU
Res. Asst. Murat ÖZAD
Res. Asst. Gönül DERYA

Advisory Board : Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU (Bilkent University, TR)
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR (Ankara University, TR)
Prof. Dr. Feriha Bilge TANRIBİLİR (Çankaya University, TR)
Prof. Dr. Rifat ERTEN (Ankara University, TR)
Assoc. Prof. Dr. K. Sedat SİRMEN (Osmangazi University, TR)

Mailing Address: Eastern Mediterranean University the Faculty of Law, Albert Einstein Street,
99628, Famagusta-TRNC.
e-mail: dauhfd@emu.edu.tr

Prof. Dr. Murat Turgut TURHAN'A ARMAĞAN

DAÜHFD Özel Sayı



Önsöz.....	III
Anı Paylaşımları.....	IV
Prof. Dr. Murat Turgut Turhan'ın Özgeçmişi.....	X

MAKALELER

Ali ÖNAL

Yabancı Unsurlu Tek Satıcılık Sözleşmelerinden Doğan Denkleştirme (Portföy) Tazminatı Davalarında Milletlerarası Yetkili Mahkeme Sorunu.....1

Banu Şit KÖŞGEROĞLU/Nimet ÖZBEK

Milletlerarası Yetki Kuralı Olarak İfa Yeri Kuralının Kapsamı: "Sözleşmeden Doğan Davalar".....24

Mehmet DOĞAR

Konut Kiralarında Yıllık Kira Artışının Yüzde Yirmi Beş Olarak Sınırlandırılmasına Dair Düşünceler.....48

Gülin GÜNGÖR

Türk Milletleraras Özel Hukukunda Nükleer Tesis İşletenin Üçüncü Kişilere Karşı Hukukî Sorumluluğu.....67

Feriha BİLGE TANRIBİLİR

Aile Hayatına Saygı Hakkı ve Kamu Yararı ile Çocuğun Hakları Arasında Denge.....89

Işıl ÖZKAN

Uluslararası Ticari Hakem Kararlarının Türkiye'de İptali mi Tenfizi mi Gereklidir: Yargıtay Kararlarından Örnekler.....111

Hakan BİLGEÇ

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hukuku'nda Kooperatiflerin İç İlişkilerinden Kaynaklı Uyuşmazlıkların Çözüm Yönteminin Hukuki Açından Değerlendirilmesi.....138

Bilgin TİRYAKİOĞLU

Aşamalı Tahkim Anlaşmaları.....168

Dedication to
Prof. Dr. Murat Turgut Turhan

Preface.....	III
Memories.....	IV
Prof. Dr. Murat Turgut Turhan's CV.....	X

ARTICLES

Ali ÖNAL

The Problem of the Authorized International Court in Actions for Damages Arising from Sole Seller Agreements With Foreign Elements (Portfolio).....1

Banu Şit KÖŞGEROĞLU/Nimet ÖZBEK

Scope of the Place of Performance Rule as an International Jurisdiction Rule: "Actions Arising out of a Contract"24

Mehmet DOĞAR

Thoughts on Limiting The Annual Rent Increase in Residential Rents to Twenty-Five Percent.....48

Gülin GÜNGÖR

Third Party Liability of the Nuclear Installation Operator in Turkish Private International Law.....67

Feriha BİLGE TANRIBİLİR

Equilibration Among the Right to Respect For Family Life and the Public Interest and the Rights of the Child.....89

Işıl ÖZKAN

Should International Arbitration Awards Enforced or Annuled in Turkey? Examples From Turkish Court of Cassation Judgements.....111

Hakan BİLGEÇ

Legal Evaluation of The Method of Resolving Disputes Arising From The Internal Relations of Cooperatives in The Law of The Turkish Republic of Northern Cyprus.....138

Bilgin TİRYAKİOĞLU

Phased Arbitration Agreements.....168

Önsöz

Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin (DAÜHFD) ilk sayısını yayınlıyor olmanın gurur ve mutluluğuyla bu önsözümü kaleme aldım. Dile kolay, Fakültemiz eğitim öğretim hayatında 27 yılı geride bıraktı. 27 yılın ilk yılı hariç kalan yıllarında Fakülte'de hizmet veren bir kişi olarak, Fakültenin gelişim sürecine yakından tanık oldum. Başta Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi olmak üzere, Türkiye Cumhuriyeti'nin güzide hukuk fakültelerinden gelen kıymetli öğretim üyelerinin desteğiyle Fakültemiz yola çıktı. İşte bu yolculukta Prof. Dr. Murat Turgut Turhan hep bizimleydi. Bu nedendir ki, DAÜHFD'nin ilk sayısının 14.08.2023 tarihinde emekli olan kıymetli Hocamıza armağan edilmesi vefa borcumuzun ifası anlamına gelmektedir.

Kurucu dekanımız Prof. Dr. Aydoğan Özman'ın ardından 1998 yılında dekan olarak DAÜ Hukuk Fakültesi'nde göreve başlayan Turgut Hocamla yollarımız aslında 1996-1997 Akademik Yılı'nda ben Ankara Hukuk Fakültesi son sınıf öğrencisiyken kesişti. Kendisinden Devletler Özel Hukuku dersini almış ve ders anlatışına hayran kalmıştım. Sonrasında Kıbrıs'a dönüp DAÜ Hukuk Fakültesi'nde araştırma görevlisi olarak göreve başladım ve bir dönem sonra da Turgut Hocam Fakültemizin dekanı oldu. Bilgisi, kültürü ve zarafeti ile Fakülte'deki herkesin kalbini kazanan Hocamız, hem dekanlık dönemlerinde, hem de öğretim üyesi olarak görev yaptığı yıllarda Fakültemize koyduğu katkılarla Fakülte tarihine adını altın harflerle yazdırmıştır.

Turgut Hocamızı yakından tanıma şansına sahip bir kimse olarak, Devletler Özel Hukuku alanında çalışmam için beni kendisinin yönlendirdiğini söylemeliyim. Bu bağlamda saygıdeğer Hocamla birlikte çalışma imkanım oldu. Hocamın asistanlığını üstlendim, dekanı olduğu Fakültenin öğretim üyesi oldum, yaklaşık 6 yıl da dekan yardımcılığını yaptım. Kendisinden çok şey öğrendim ve her zaman varlığından güç aldım. Turgut Hocamızın emekli olmasıyla birlikte, DAÜ Hukuk Ailesi olarak emaneti olan Fakültemize sahip çıkmaya ve Fakülteyi Hocamızın bıraktığı yerden daha ileriye taşımaya gayret sarf ediyoruz. Biz hiç Turgut Hocamızın olmamıştık. Yeri doldurulamayacak kıymetli Hocamıza sağlıklı, mutlu, huzurlu ve güzel yazılar yazıp, resimler çizeceği bir emeklilik diliyorum.

Prof. Dr. Murat Turgut Turhan Armağanı'na eserleriyle katkı koyan saygıdeğer hocalarıma ve hakemlik yaparak desteklerini esirgemeyen kıymetli hocalarıma saygılarımı sunuyorum. DAÜHFD'nin ilk sayısının yayınlanmasını sağlayan DAÜ Rektörlüğü'ne, Yayınevi Yönetim Kurulu'na ve Basımevine teşekkürlerimi ifade etmek istiyorum. Armağan'ın yayına hazırlanması sırasında yardımlarından ve gösterdikleri gayretten dolayı Araş. Gör. Murat Özad ve Araş. Gör. Gönül Derya'ya ayrıca müteşekkir olduğumu belirtmek istiyorum. Bu özel sayıyla yayın hayatına başlayan DAÜHFD'nin yayın hayatının daim ve başarılı olmasını temenni ediyorum.

Doç. Dr. Arzu ALİBABA
Dekan Vekili
Hukuk Fakültesi
Doğu Akdeniz Üniversitesi

Prof. Dr. Turgut Turhan Hoca ile Otuz Beş Yıl

Öğrencisi olarak kendisinden çok şey öğrendiğim ve hâlâ pek çok konuda bilgilenmemi sağlayan sayın Hocam Prof. Dr. Turgut Turhan ile birlikte otuzbeş yıl geçirmişiz. Bu sürede neler olduğunu düşündüm. Hocamla birkaç anımı sizlerle paylaşmayı isterim.

Hiç unutmadığım bir konu, bir doktora dersinde “mahkemelerin kararları arasında ahenk”den söz etmişti. Bunu Hocamdan duyduğumdan bu yana hiç aklımdan çıkmadı. Uygulamada dikkat edilmesi gereken son derece önemli bir husustu. Henüz “Adil Yargılanma” kavramını duymadığımız yıllarda...

Hocamla bir diğer anım. Merhum babam kalp krizi geçirmişti. Ben on-onbeş günü hastanede babamla ilgilenerek geçirmiştim. Hekim, hastaya acilen anjiyo yapılması ve ardından kalp ameliyatı olması gerektiği bilgisi vermişti. Bunun üzerine Ankara’ya döndüm. Ve hemen Fakülte’ye gittim. İlk karşılaştığım Turgut Hocamdı. Hal hatır sormasının ardından “Ne o Nuri, canın sıkkın; bir sorun mu var?” demesi üzerine ben can havliyle iyi bir hastanede babama hekiminin belirttiği uygulamaların yapılması gerektiğini, benim de böyle bir hastane aradığımı söyleyince, Turgut Hocam, hemen oracıkta çareyi söyleyiverdi. O dönem tüm Türkiye’de adı pek çok alanda olduğu gibi kalp hastalıklarında ve kalp damar cerrahisinde de duyulmuş olan bir hastanedeki kuzeninin bu konudaki en iyi hekimlerden olduğunu belirten Turgut Hocam, beni o hastaneye yönlendirdi. Kısa sürede o hastanede gereken bütün işlemler yapıldı ve babam sağlığına kavuştu.

Turgut Hocam, DAÜ’de görev yapmaya başladığı ilk yıllarda, Ankara’da karşılaştığımızda bana DAÜ Hukuk Fakültesi’nde ders verme daveti yapınca biraz mırın kırın etmiştim. Hocam, yaz okulu yapmak isteyip istemeyeceğimi sormuştu, ben de, “aman sayın Hocam, ben o kadar sıcak bir ortamda erir, ölür giderim. Ne olur beni affedin” demiştim. Hocam, biraz serzenişte bulunmuş, fakat çok da üstelememişti. Talih bu ya! Daha sonraki yıl Bahar dönemi bir hocamızın mazereti çıkınca Turgut Hocam artık geliyorsun deyince hiç düşünmeden kabul ettim. O gün bugündür Turgut Hocam ile DAÜ’de yarı zamanlı olarak çalışmaktayım.

O coşkulu bir kimsedir. Enerjik, bilim kadar toplumsal olaylarla da ilgili; sıkı bir okur ve yazardır. Ada ve tarihi hakkındaki yazıları “çerez” gibi keyifle okur; adada ve tarihinde zevkle gezinti yaparsınız.

Engin bir uçak ve uçuş kültürü olması, uçmaktan korkusunu yenmek için gösterdiği bir çabanın ürünü gibi gelir bana. Ama bu sözlerle yine de hafife almış görünmekten korkarım; çünkü Turgut Hoca, bir kültür insanıdır. Daha doğrusu kültürler arası bir fenomendir.

Turgut Hocam, herkes ile çok iyi anlaşır. Ayrımcılığı yoktur. Bir gün Cumhurbaşkanı veya Başbakanla diğer gün çöpçü, bekçi araba yıkayıcısıyla oturur konuşurken görebilirsiniz. Çatışmacı değil, barışçı ve uyuşmacı/bağdaştırıcı bir söylem ve tutum aradığımızda Turgut Hocayı bulmalısınız.

O tam bir öğretim üyesidir; araştırır, yazar ve anlatır. Anlatışı, dinleyicisinde, sadece işitsel değil görsel etkiler de yaratır. Konuşmasını, dinleyici kafasında kolayca resmedilecek bir anlatımla yapar.

O bir görev adamıdır; her koşulda, en dara düştüğü zamanlarda bile derslerini hiç ihmal etmez. Derslere dakikasında girer, dakikasında çıkar; derslerini eksik yaptığı hiç görülmemiş duyulmamış bir husustur. Kaç saat dersi varsa, o kadar saat dersliktedir.

Daha neler neler!?

O bir okurdur: Neler okumuştur bilseniz!

O bir yazardır; neler yazmıştır bilseniz!

O bir fikir adamıdır...

O bir kültür adamıdır...

O bir bilim insanıdır...

O sosyal sorumluluklarının bilincinde olan bir insandır...

Sevgili Turgut Hocam, bundan sonra da bizi bilgilendirmeye, yolumuzu aydınlatmaya, dağarcığınızı bizimle paylaşmaya devam etmenizi umuyoruz.

Siz hep yaşayın Hocam; hep bizlere ışık tutmaya devam edin Hocam.

Allah yolunuzu açık etsin.

Prof. Dr. Nuri ERİŞGİN

Doğu Akdeniz Hukuk Fakültesi ile Özdeşleşmiş Bir İsim: Prof. Dr. Turgut Turhan

Saygıdeğer Hocam Prof. Dr. Turgut Turhan'ı, 1996 yılında eğitim hayatına başlamış olan Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin canlı hafızası olarak nitelemek yanlış olmayacaktır. Prof. Dr. Turgut Turhan, fakültenin kuruluşundan itibaren bugüne kadar aldığı görevler ve yaptığı hizmetler ile Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile özdeşleşmiş bir isimdir. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndeki görevinden emekli olarak ve Ankara'daki kurulu düzenini ikinci plana atarak günümüzde dahi altyapısal olarak büyük sorunlarla yüzleşmek durumunda kalan bir farklı bir ülkede yaşamını devam ettirmeyi tercih etmesi Prof. Dr. Turgut Turhan'ın Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne ne denli bağlı olduğunu ortaya koymaktadır; Hocamız fakülteyi adeta yaşamının merkezine almıştır.

Prof. Dr. Turgut Turhan ile olan anılarımı bu yazıya sığdırmam elbette mümkün değil. Fakülteye adım attığım ilk günden itibaren Hocamızın zihnimde silinmeyecek bir şekilde yer ettiğini söylemem abartılı olmayacaktır: Hafızamda Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne ilişkin ilk fotoğraf dolaylı da olsa Prof. Dr. Turhan ile ilişkili. 2006 yılının Eylül ayında, üniversiteyi yeni kazanmış bir öğrenci olarak ailem ve o sıralarda Hukuk Fakültesi üçüncü sınıf öğrencisi ile bir aile dostumuz ile Hukuk Fakültesi binasını ziyaret ettiğimiz sırada otoparkta bugün artık Hocamız ile özdeşleşmiş olan siyah otomobilini görmüştüm. Aile dostumuzun *dekanın arabası* olarak tanıttığı otomobil Kıbrıs güneşinin altında adeta yanıyordu. Sanırım sıcak ile aram çok iyi olmadığından yıllar geçmesine rağmen güneşin altındaki siyah araba görüntüsü benim için canlılığını korumaya devam ediyor.

Lisans eğitimim döneminde fakültemizin ders dağılımı nedeniyle fakülteye Turgut Hoca ile başlanır ve fakülte Turgut Hoca ile tamamlanırdı. Hocamız engin hukuk bilgisi ile birinci sınıf öğrencilerine o zamanki müfredattaki adlarıyla Hukuk Başlangıcı; dördüncü sınıf öğrencilerine ise Devlet Özel Hukuku II derslerini okuturdu. Dolayısıyla kendisinden ilk dersimi 2006 yılında alma şansına erişmiş; dördüncü sınıfta kendisinden yeniden ders almıştım. Hocamızın davudi sesi, sınıfa hakimiyeti, ders anlatmaya ve öğretmeye olan sevgisi ile derslerinde zamanın nasıl geçtiğini anlayamazdık. Hukuk fakültesinin okunması ne kadar zor bir fakülte olduğunu belirten ifadeleri bugün hala aynı canlılıkta kulaklarımdadır.

Yüksek lisansa başladığımda, yeni eğitim seviyesinde ilk hocamız da yine Turgut Hoca olmuştu. Çok şanslıyım ki Hocamız o yıl Bilimsel Araştırma Teknikleri dersini adeta uygulamalı bir şekilde işlemişti. Ders mekânımız fakülte'deki herhangi bir derslik değil; doğrudan Hocamızın evindeki çalışma odasıydı. Her hafta ders günü bizi fakülte'den alır evine götürür; kitaplığının önündeki masasına yerleşir ve bilimsel çalışmalara ilişkin tüm ayrıntıları, yaşadığı tüm tecrübeleri saatlerce bizlerle paylaşırdı. Doktora eğitimimi Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde tamamladığım için doktora sürecinde Hocamız'dan ders alma şansından mahrum kaldım ancak akademik hayatımın sonraki sürecinde de kendisinin rolü oldu. Doktora sonrası yardımcı doçentlik jürimde yer alan Hocam, doçentlik başvurumda da *dekan görüşünü* kaleme aldı.

Prof. Dr. Turgut Turhan'ı öğrencisi olarak 2006 yılından beridir tanısam da en yakından izlediğim ve en çok vakit geçirdiğim dönem 2020-2023 yılları arasındaki son dekanlığı sırasında kendisinin yardımcısı olarak görev yaptığım zaman dilimidir. Hocamız, neredeyse her gün gerçekleştirdiğimiz sabah toplantılarında resimden müziğe, tarihten tiyatroya kadar her alandaki sonsuz bilgisi ile adeta zihinlerimize kültür şöleni yaşattı. Kendisi ile yakın çalışma fırsatı bulduğum bu dönemde olaylara ve kişilere dair öngörülerinin tamamının gerçeğe

dönüştüğünü zaman zaman ibret alarak izledim. Bu da Hocamızın yalnızca iyi bir akademisyen değil, çok üst düzeyde gözlem yeteneğine sahip olduğunun da açık kanıtıdır.

Bu yazıda özellikle değinmek istediğim bir husus Prof. Dr. Turgut Turhan'ın Doğu Akdeniz Üniversitesi'nin yerleşmiş uygulamasından farklı olarak hayata geçirdiği Öğretim Üyesi Yetiştirme Programı sayesinde bugün fakültemizin akademik kadrosunun çoğunluğunu benim de aralarında bulduğum, lisans eğitimini Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde tamamlayan öğretim üyelerinin oluşturmasıdır. Hocamız bu programla, meslektaşı *Rosovsky*'nin deyişiyle fakültesini kendi *öz evlatlarına* emanet etmiştir¹. Günümüz de fakültemiz kadrosunda bulunan genç ve birbirinden başarılı araştırma görevlilerimizin varlığı bu geleneğin devam ettirileceği konusunda güvenimizi tazelemektedir.

Hocamızın bugün yaş haddinden emekli olması benim için bir ayrılık değildir. Kendisinin ömrünün sonuna kadar üreteceğinden, tecrübelerini her ortamda bizlerle paylaşacağından en ufak bir kuşku duymuyor, Hocamıza bundan sonraki yaşantısında saygıdeğer eşi Sezgin Turhan, kızı, damadı ve torunları ile sağlıklı ve mutlu bir ömür diliyorum.

Doç. Dr. Hakan BİLGEÇ,
11.08.2023

¹ **Rosovsky, Henry:** Üniversite – Bir Dekan Anlatıyor, 17. Basım, Ankara 2004, Tübitak Yayınları, s. 75.

Sayın Dekanım Prof. Dr. Turgut Turhan'a

Sizinle tanışmamız daha öncesine dayansa da esas olarak 2003 yılına denk gelmekte ki, o yıl hayatımın dönüm noktası olarak nitelendirebileceğim bir yıl. Zira 2003 yılı Kasım ayı itibarıyla Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi ailesine katıldım. Üyesi olmaktan büyük onur ve gurur duyduğum Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi ailesine katılmamdaki rolünüz yadsınamayacak kadar büyük ve benim için bir o kadar da önemli. Bu konuda diğer önemli bir role sahip olan arkadaşınız ve yakın dostunuz rahmetli Hakan Arslan'ı da anmadan geçemeyeceğim. Kendisini minnet, saygı ve rahmetle anıyorum. 2003 yılından itibaren, sizinle defalarca yakından çalışma fırsatı buldum. Bu süreçte bana ve diğer çalışma arkadaşlarıma her zaman çok nazik, anlayışlı ve çözüm odaklı davrandınız. Hangi konuda olursa olsun her zaman bilgi ve tecrübelerinizi bizimle paylaştınız, destek oldunuz. Emekleriniz için çok teşekkür ederim. Fakültemiz dergisinin ilk sayısı olarak ve de sizin için çıkarılan bu Armağanda yazı yazmaktan büyük bir onur ve mutluluk duyuyorum. Bana bu fırsatı sağladığınız için başta size, Dekan Yardımcılarımız çok değerli ve sevgili hocalarım Sayın Doç. Dr. Arzu Alibaba ve Sayın Doç. Dr. Hakan Bilgeç'e de teşekkürü bir borç bilirim.

Sayın Turgut Bey, başta eşiniz Sezgin Hanım olmak üzere, kızınız Özge Hanım, damadınız Çağlar Bey ve de torunlarınız Uzay ile Eliz'le birlikte sağlık, mutluluk, huzur ve esenlikler dolu yıllar dilerim.

Emine SOYKARA ORANLI

Fakültemize çok emek vermiş ve burayı çalışmak için harika bir yer haline getirmiş, birlikte çalışmaktan onur duyduğumuz, bize her konuda destek veren Turgut Hocamıza emeklilik hayatında tüm sevdikleriyle sağlıklı günler dilerim.

Demet SAFAOĞLU

Emeklilik kararınız ile başlayan bu yeni süreçte, Fakültemiz için her zaman en iyisini düşündüğünüzü bizleri ve öğrencilerinizi daha ileriye götürmeyi hedeflediğinizi biliyoruz. İş yaşamımda sizinle karşılaşp sizinle çalışmak benim için çok büyük onurdur. Fakültemizde bizlere karşı göstermiş olduğunuz özveriden dolayı size sonsuz teşekkürlerimi sunarım. Yeni yaşamınızda size mutlu, huzurlu ve arzu ettiğiniz tüm faaliyetleri gerçekleştireceğiniz yeni bir yaşam diliyorum.

Zalihe HÜDAOĞLULARI

Sevgili Turgut Hocam,

Yaklaşık 24 yıldır birlikte çalışmaktan son derece onur, gurur ve mutluluk duyduğum, pek çok bilimsel alanda öğrenci ve akademisyenin yolunu açmada ön ayak oldunuz, samimiyetle ve içtenlikle yaptığınız çalışmalardan dolayı sizi kutluyorum. Sağlıklı ve huzurlu bir emeklilik geçirmenizi diliyorum.

Saygılarımla,

Murat COŞKUNSU

Prof. Dr. Murat Turgut TURHAN'ın Özgeçmişi ve Bilimsel Çalışmaları

AKADEMİK UNVANLARI

Lisans	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1975
Doktora	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1988
Yardımcı Doçentlik	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1989
Doçentlik	: Üniversitelerarası Kurul YÖK, Milletlerarası Özel Hukuk, 1995
Profesörlük	: Ankara Üniversitesi, Milletlerarası Özel Hukuk, 2000

BİLİMSEL ÇALIŞMALARI

Kitaplar:

- Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfi Alanında İka Yeri Kuralı, (Doktora Tezi), Ankara 1989.
- Polis İçin Devletler Özel Hukuku Mevzuatı, Ankara 1995.
- Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları, (Doçentlik Esas Çalışması), Ankara 1996.
- KKTC Yurttaşlık Hukukunda Yurttaşlığın Kazanılması, (Profesörlük Esas Çalışması), Ankara 2001.
- Ticari Tahkimi Düzenleyen Temel Metinler, (S.Sirmen,G. Bayraktaroğlu, R.Erten'le birlikte), Ankara 2001.
- KKTC Yurttaşlık Hukuku, Ankara 2002.
- Annan Plânı'nın Vatandaşlığa İlişkin Düzenlemeleri, I.Bs. Gazimausa 2003, 2. Bs. Gazimağusa 2003.
- Avrupalı Üniversite, Yüksek Öğretimde Yönelimler/Eğilimler, Gazimağusa 2008.
- Vatandaşlık Hukuku, (Doç.Dr. F. Tanrıbilir ile birlikte), Ankara 2009.
- Ada Yazıları (2007-2009), Ankara 2010.
- Kıbrıs Makaleleri, Lefkoşa 2012.
- 80 Pişmiş Kuruyemiş, İstanbul 2017.
- Ortographiam, Kültür/ Sanat Yazıları, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

Bilimsel Dergilerde Yayınlanmış Olan Makaleler:

- Davacının veya Davaya Katılanın Teminat Gösterme Yükümü, Prof. Dr. O.F. Berki'ye Armağan, Ankara 1977.
- Çin Halk Cumhuriyeti Vatandaşlık Yasası üzerine düşünceler, 38 AÜHFD, (1983), sh. 223-250.
- İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Yasa Tasarısı ve Milletlerarası Tahkim, 4. MHB, (1984), sh. 32-39.
- 10 Haziran 1978 tarihli İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanun Tasarısı, Prof. Dr. H. Belbez'e Armağan, Ankara 1978, sh. 247-298.
- Extradition of criminals in Turkish Criminal Law,14. Warsawa Law Review, (1988), sh.341-361.(Prof. Dr. Bogdan Wierbcki ile beraber)
- Literatürden hareketle haksız fiilden doğan kanunlar ihtilâfi alanına ilişkin bazı gözlemler, 41 AÜHFD,(1990), sh. 95-117.

- İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku, 41 AÜHFD,(1990), sh. 119-149.
- İtalyan Hukukunda Kanunlar İhtilâfı Hukukunun Genel Problemleri, Prof. Dr. A. Bozer'e Armağan, Ankara 1998, sh. 761-765.
- KKTC Yurttaşlık Hukukunda Evlenmenin Vatandaşlığa Etkisi ve Kadın, I. Women 2000, (2002), sh. 41.
- Euro'nun Hukuki Yapısı ve Özellikleri, 50 AÜHFD, (2002), sh. 1-13.
- Annan Plânı'nın Değiştirilmiş Şeklinin Vatandaşlıkla İlgili Düzenlemeleri, BM'nin Kıbrıs'ta Son Diplomatik Girişimi, Annan Plânı'nın Analizi, (Der. Efegil, E.), İstanbul 2003, sh. 157-207.
- Annan Plânı'nın II. ve III. Halinin Vatandaşlık Hukukuna İlişkin Düzenlemeleri, Karşılaştırmalı Bir İnceleme, BM'nin Kıbrıs'ta Son Diplomatik Girişimi, Annan Plânı'nın Analizi, İstanbul 2003, sh. 207-261.
- Legal Education in North Cyprus, Legal Education, Leuven 2006, sh. 9-11. (A. Alibaba ve U. Gündüzler'le birlikte)
- Euro'nun Hukuki Araçlara Etkisi Hakkında Kanun'da Yer Alan Kanunlar İhtilâfı Kuralları, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, sh. 371-390.
- Çanakale Savaşı ve Kıbrıs, Prof. Dr. Aslan Gündüz'e Armağan, İstanbul 2007, sh. 71-92.
- Tarihsel Bakış Açısıyla Kıbrıs Türk Hukuk Sistemi, Prof. Dr. H. Fişek Armağanı, 57 AÜHFD,(2008), sh. 253-286.
- Kıbrıslı Türklerin Vatandaşlığının Gelişimi, Kıbrıslılık, (Der. Hasgüler,M.), İstanbul 2008, sh. 56-83.
- Uluslararası İnsancıl Hukuk ve İsrail'in Gazze Harekâtı, 41 İÜSBFD,(2009), sh. 161-181.

Metni Yayınlanmış Tebliğler:

- Fransız Hukukunda Milletlerarası Tahkim, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal bir Düzenleme Gerekir mi? Sempozyum: Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 1997, sh. 67-98.
- Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku Alanındaki Son Gelişmeler, 24-25 Eylül , İstanbul 1998, sh. 101-127.
- Sözleşmelerin Sürekliliği Bakımından Euro ve Türk Hukuku, Avrupa Ekonomik ve Parasal Birliği'nin Doğurduğu Hukuki Sonuçlar ve Türkiye Sempozyumu, (Abant), Ankara 1999, sh. 84-104.
- TC ve KKTC'den Alınan Mahkeme İlâmlarının Karşılıklı Tanınması ve Tenfizi, TC-KKTC Hukuk Formu, Şubat 1999, Kıbrıs Türk Hukuk Dosyası, Ankara 1999, sh. 209-228.
- Euro'nun Özgün Yapısı Karşısında Sözleşmelerin Sürekliliği İlkesi, Birinci Yılında Euro Sempozyumu, 8-22 Ekim 1999, Ankara, sh. 155-166.
- Sözleşmelerin sürekliliği ilkesi ve kanunlar ihtilâfı hukuku, Birinci Yılında Euro Sempozyumu, 18-22 Ekim 1999, Ankara, sh. 340-345.
- TC-KKTC Arasında İmzalanan Anlaşmaların İki Ülke İç Hukukundaki Yeri Ve Uygulanması, Tanıma ve Tenfiz, TC- KKTC Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu, 8-10 Kasım, Lefkoşa 2000, sh. 224-230.
- Para Hukukunun Temel Kavramları Karşısında Euro, Ekonomik ve Parasal Birliğe Uyum Çalışmaları, Ankara 2002, sh. 48-51.
- Birleşmiş Milletler Çözüm İnsiyatifleri ve Annan Plânı, Kıbrıs'ın Dünü, Bugünü , Yarını Paneli, 5 Nisan 2003 Kayseri, 27. Kayseri Barosu Dergisi, (2003), sh. 17-29.

- TC ve KKTC vatandaşlığına sahip olan kişilerin askerlik yükümlülükleri, 5. Uluslararası Kıbrıs Araştırmaları Kongresi Bildirileri, 14- 15 Nisan 2005, C. I, sh. 85-108.
- Doğu Akdeniz havzasının jeopolitik önemi, Kıbrıs Ekseninde Uluslararası Deniz Hukukundaki Son Gelişmeler Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2008, sh. 1-40.
- Parlayan küresel güç Çin Halk Cumhuriyeti ve Kıbrıs, I. Uluslararası Kıbrıs Sempozyumu, Kıbrıs Türk Kültür Derneği, 21-23 Kasım 2008, sh. 1-34.
- KKTC- Azerbaycan ilişkileri, 7. Uluslararası Kıbrıs Kongresi, DAÜ Kıbrıs Araştırmaları Merkezi, Gazimağusa 2009, 1 AÜHFD, (2011), sh. 175-193.
- GKRY nin Yürütmekte Olduğu Doğal Gaz Arama Çalışmalarına Genel Bir Bakış, III. Dünya Kıbrıs Türkleri Kongresi, 21-23 Kasım 2013 Girne, Prof. Dr. R. Arslan'a Armağan, Ankara 2015, sh. 1553-1563.
- GKRY'nin Avrupa Enerji Piyasasının Merkezine Oturma Hayalinin Çöküşü, Uluslararası Boyutlarıyla Kıbrıs Meselesi Uluslararası Sempozyumu, Atatürk Araştırma Merkezi-DAÜ Atatürk Araştırma ve Uygulama Merkezi, 12-14 Aralık 2014, Gazimağusa.
- Anayasa ve Vatandaşlık (md 66), Türkiye'nin Anayasa Gündemi Sempozyumu, 2-3 Mayıs 2013, DAÜ, Gazimağusa 2015, sh. 221-248.
- Güncel KKTC Yurttaşlık Hukukuna Genel Bir Bakış, Prof. Dr. Esin Konanç'ın Anısına TC- KKTC Karşılaştırmalı Vatandaşlık Hukukun Sempozyumu, Bildiriler ve Tartışmalar, 23 Aralık 2016, DAÜ, Gazimağusa 2018, sh. 27-39.

Sunumu Yapılmış, Henüz Yayınlanmamış Olan Tebliğler:

- Doğal gaz ekseninde Türkiye-İsrail ilişkileri, IV. Uluslararası Kıbrıs Sempozyumu, 16-18 Ekim 2014, Gazimağusa.
- Doğal Gaz Ekseninde Türkiye-Mısır ilişkileri, Deniz ve Enerji Hukuku Sempozyumu, GAÜ 2 Mart 2015, Girne.

Kitap İncelemesi:

DE BOER, th.: Beyond Lex Loci Delicti: Conflicts Methodology and Multistate Torts in American Case Law, Deventer 1987, AÜHFD (1990), sh. 287-294.

Tercümeleler:

- Yabancı Devletlerin Yargı ve İcra Bağışıklığı, 37 AÜHFD (1980), sh. 513-521.
- İsviçre Devletler Hususi Hukuku Federal Yasa Tasarısı, Tahkime İlişkin Hükümler, II. Tahkim Haftası, Ankara 1984, sh. 327-329.
- Fransız Yeni Yargılama Usulü Yasasına Dahil Edilecek Olan 80-350 Sayılı Tahkime İlişkin Kararname, II. Tahkim Haftası, Ankara 1984, sh. 331-338.
- Ortak Pazar'dan İç Pazar'a (Prof. Dr. Jean Louis Buban), 44 AÜHFD (1989), sh. 321-327.

Uluslararası Burslar:

- 1978-1981 İsviçre Hükümet Bursu (Friburg ve Neuchatel Üniversiteleri)

AKADEMİK VE İDARİ GÖREVLER

Ders Verdiği Kurumlar:

- Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
- Polis Akademisi
- Türk Dış Ticaret Enstitüsü
- Bankalar Birliği
- Doğu Akdeniz Üniversitesi
- Lefke Avrupa Üniversitesi

Verdiği Dersler:

- Milletlerarası Özel Hukuk
- Hukuka Giriş
- Tahkim Hukuku
- Dış Ticaret Hukuku
- Para Hukuku
- Milletlerarası Bankacılık İşlemleri Hukuku
- Bilimsel Araştırma Yöntem ve Teknikleri
- Lisans Sözleşmeleri Hukuku
- Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Çözümü
- Konsolosluk Hukuku

İdari Görevleri:

- 27.07.2009-14.09.2009: DAÜ Rektör Yardımcılığı
- 15.02.2007-15.01.2008: DAÜ Rektör Yardımcılığı
- 14.08.2020-14.08.2023: DAÜ Hukuk Fakültesi Dekanlığı
- 12.11.2014-15.07.2015: DAÜ Hukuk Fakültesi Dekanlığı
- 16.07.2002-19.08.2008: DAÜ Hukuk Fakültesi Dekanlığı
- 06.02.1998-30.09.2000: DAÜ Hukuk Fakültesi Dekanlığı
- 1994-1996 : TC Başbakanlık Danışmanlık
- 1993-1996 : AÜ Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcılığı

YABANCI UNSURLU TEK SATICILIK SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN
DENKLEŞTİRME (PORTFÖY) TAZMİNATI DAVALARINDA MİLLETLERARASI
YETKİLİ MAHKEME SORUNU

Av. Dr. Ali ÖNAL*

Öz

Tek satıcı; ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi, işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak (acentelik sözleşmesi) belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelere aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseye denir. Tek satıcının, işletme ile arasında kurduğu bağdan kaynaklı olarak yaptıkları sözleşmeye de tek satıcılık sözleşmesi denir. Önceleri, *sui generis* bir sözleşme modeli olarak ortaya çıkan tek satıcılık sözleşmeleri, zamanla TTK ve TBK içinde de düzenleme alanı bulmuştur. İçinde kişi, konu veya yer bakımından yabancılık unsuru bulunan uyuşmazlıklar tek satıcılık sözleşmelerini daha karmaşık bir hale getirmektedir. Bu gibi uyuşmazlıklardan doğan davalarda, yetkili mahkemenin tespitinde zorluklar meydana gelebilir. Bu konuda yakın zamanda Konya 1. Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından verilen bir karar incelenerek kararda ele alınan usulî ve teknik sorunlar üzerinde açıklamalar yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tek Satıcılık, Denkleştirme İstemi, Münhasır Yetki, Kamu Düzeni, Doğrudan Uygulanan Kural.

*THE PROBLEM OF THE AUTHORIZED INTERNATIONAL COURT IN ACTIONS FOR
DAMAGES ARISING FROM SOLE SELLER AGREEMENTS WITH FOREIGN ELEMENTS
(PORTFOLIO)*

Abstract

To act as an intermediary in contracts involving a commercial enterprise on an ongoing basis in a certain place or region, on the basis of a contract (agency contract) without having a legal position attached to the enterprise, such as an agent, commercial representative, commercial attorney, sales officer or employee of the enterprise, or to make them on behalf of that trader. It is called a person who takes up making as a profession (Turkish Commercial

* Öğretim Üyesi-Avukat, (avalionall@gmail.com), ORCID: 0000-0002-2661-7370.

Code art. 102). The contract made by the agency as a result of the bond it establishes with the business is also called the agency contract. Agency contracts, which emerged as a sui generis contract model in the past, have also found an area of regulation in the Turkish Commercial Code and Turkish Code of Obligations over time. Disputes in which there is a foreign element in terms of person, subject or place, agency contracts become more complex. In cases arising from such disputes, difficulties may arise in the determination of the competent court. In this regard, a recent decision by the Konya 1st Commercial Court will be examined and explanations will be made on the procedural and technical problems addressed in the decision.

Keywords: *Single Vendor, Portfolio Compensation, Exclusive Jurisdiction, Mandatory Rules of Law, Public Order.*

Giriş

Çalışmamızda esas alınan Konya 1. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2016/209 K. 2019/1099 sayılı ve 1.12.2019 tarihli kararına konu olay, merkezi Almanya’da bulunan bir şirketin Türkiye’de tek satıcısı olan şirket ile sözleşmesini, tek taraflı olarak feshetmesi sonrasında, Türkiye’deki şirketin sözleşmenin haksız feshi nedeniyle uğradığı zararların tazmini taleplerini konu almaktadır.

Tarafların talepleri ve ilk derece mahkemesi kararı özetle şu şekildedir:

Davacı şirket, merkezi Almanya’da bulunan şirketin Türkiye’de tek satıcısıdır. Davacı şirket, tek satıcılık sözleşmesinin davalı şirket tarafından haksız şekilde feshi nedeniyle uğradığı zararların tazminini talep etmektedir. Davacı şirket bu bağlamda Türk Ticaret Kanunu’nun (TTK) ilgili hükümleri uyarınca denkleştirme istemi ile diğer zararlarını talep etmiştir.

Davalı şirket, Davacının Türkiye’de kendisinin tek satıcısı olduğunu, aralarında "*Dağıtım Çerçeve Sözleşmesi*" akdedildiğini, bu sözleşmenin 14. maddesinde açık ve kesin olarak sözleşme ile ilgili her türlü uyuşmazlığa uygulanacak hukukun belirlenmiş olduğunu ve münhasır yetki sözleşmesi yapıldığını; buna göre sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlıklara Federal Almanya Cumhuriyeti hukukunun uygulanacağını ve Almanya - *Regensburg* mahkemelerinin her türlü ihtilâf bakımından kesin, münhasır (tek) yetkili mahkeme olacağını kararlaştırıldığını; aynı şekilde ana sözleşmenin eki konumundaki Servis Ortağı Sözleşmesi'nin 9. maddesinde "*Yetkili mahkeme yeri imalatçının iş yeri olacaktır.*" denilmek suretiyle münhasır yetki sözleşmesi bulunduğunu; dolayısıyla bütün ihtilâflar bakımından *Regensburg*, Almanya mahkemelerinin münhasıran yargı yetkisine sahip olduğu gerekçesiyle davanın reddini talep etmiştir.

Konya 1. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2016/209 K. 2019/1099 sayılı kararında, tarafların arasındaki sözleşmeye göre meydana gelen uyuşmazlığa, her iki tarafın tüzel kişi olması, tarafların ticaret şirketi olması, tacir hükümlerine tabi olmaları ve nihayet taraflar arasındaki sözleşmede Federal Almanya Cumhuriyeti hukuku uygulanacağı ve Almanya - *Regensburg* mahkemelerinin her türlü ihtilâf bakımından kesin, münhasır (tek) yetkili mahkeme olacağını kararlaştırıldığından bahisle davanın usulî yönden reddine karar verilmiştir. Söz konusu Karar halihazırda Konya Bölge Adliye Mahkemesinde inceleme sürecindedir.

I. Hukuki Sorun

Dava konusu olaya ilişkin olarak verilen mahkeme kararında temel iki hukuki sorun vardır:

1- Taraflar arasındaki yetki sözleşmesi geçerli midir?

2- Denkleştirme isteminden doğan talepler bakımından, tazminatın konusu gereği münhasır yetki söz konusu mudur?

Bu çalışmamızda, ilgili karardan yola çıkarak yabancı unsurlu tek satıcılık sözleşmelerinden doğan alacaklar bakımından Türk mahkemesinin münhasır yetkisi ve taraflar arasındaki yetki sözleşmesi bakımından yetki konusu incelenecektir.

II. Tek Satıcılık Kavramı, Denkleştirme İsteminin Konusu, Amacı ve Hukuki Niteliği

Çalışmanın temel konusunun denkleştirme isteminde yetkili mahkemenin tespiti olduğu dikkate alınarak tek satıcılık, denkleştirme isteminin niteliği, unsurları ve bu konuda doktriner tartışmalar üzerinde ayrıntılı şekilde durulmayacaktır. Ancak “*tek satıcılık, yetki/münhasır yetki/yetki sözleşmesi*” hususları ile bağlantısına işaret etmek bakımından genel olarak denkleştirme konusuna değinmekte kısmen de olsa fayda bulunmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu kapsamında tek satıcının tanımı yapılmamıştır. Bu konuda özel bir düzenleme de mevcut değildir. Ancak Türk ticaret hukukunda tacir yardımcılarında sayılan acentelere ilişkin hükümler tek satıcılar için de kıyasen uygulanır¹. Türk Ticaret Kanunu m. 102’ye göre acenteler “*Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denir*” şeklinde tanımlanmıştır. Doktrinde ise acenteler, bir sözleşmede aracılık etmeyi ve üreticinin mallarını, hizmetini yetkili olduğu bölgede satmak, dağıtmak, hizmet ağını genişletmek amacını taşıyan kimselerdir². Bu hizmetleri veren acenteler, zaman içinde emek, zaman ve nakit harcamakta ve bir müşteri portföyü oluşturmaktadır. Böylece markanın veya hizmetin bilinirliğini artırmaktadır. Nihayet asıl işletmenin bilinirliği bu şekilde üst seviyeye çıkmaktadır. Acentelik sözleşmesi de sözleşme süresinin dolması veya öncesinde haklı/haksız şekilde feshedilmesi sonrasında, verilen hizmetin ekonomik karşılığının oluşturulması gereklidir³.

Acentelere ilişkin hükümler tek satıcılara uygulanacak olsa da, acentelik ve tek satıcılık birbirinden farklıdır⁴. Acentelik sözleşmesinde, acente müvekkili adına ve hesabına hareket etmek zorundadır. Tek satıcı ise müvekkili adına hareket etmemektedir. Tek satıcı, müvekkilinin sürüm

¹ **Kaya**, Arslan: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap: Ticari İşletme, Yedinci Kısım: Acentelik (Şerh), Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s. 228-229; **Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kendigelen**, Abuzer/**Kaya**, Arslan/**Nomer Ertan**, Füsün: Ticari İşletme Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 816.

² **Poroy**, Reha/**Yasaman**, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 17. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 282. Doktrinde farklı tanım ve görüşler için bkz. **Yağcı**, Uğur: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Acentenin Denkleştirme İstemi”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013, C. 2, S. 5, s. 15-44; **Cengiz**, Ali: “Acente Kavramı ve Acentelik Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçları”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011, C. 1, S. 2, s. 140-165; **Kaya**, Arslan: “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Acenteliği İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi Eleştiriler-Öneriler” (Yeni Türk Ticaret Kanunu), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, İstanbul 2012, s. 53-69; **Teoman** Ömer: Tek Satıcılık-Portföy Tazminatı, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. 1, Hukuki Mütalalar, Kitap 11, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 51-83.

³ **Poroy/Yasaman**: s. 282.

⁴ **Kaya**, Şerh, s. 230.

riskini alır ve sözleşme konusu malları kendi nam ve hesabına satar⁵. Şu hâlde acentenin bağımsızlığının, tek satıcıya göre daha sınırlı olduğu söylenebilir⁶.

Ülkemizde ithalat oldukça yoğundur. Bu nedenledir ki, ithal edilen mal ve hizmetlerin Türkiye’de ifa edicileri vardır. Bunlar tacir yardımcıları olan tek satıcılardır. Tek satıcılar, ithalat kaynaklı ürünlerin Türkiye’de yaygınlaştırılması, kullanım alanının genişletilmesi amacıyla zaman ve nakit harcamaktadır. Bu nedenle, eğer ki yurt dışındaki ana işletmeci acentelik sözleşmesini sona erdirir ise tek satıcının haklarını korumak amacıyla, TTK’da acenteler hakkında düzenlenen denkleştirme istemi (portföy tazminatı) konusunun kıyasen tek satıcılar için uygulanması mümkündür⁷.

Denkleştirme istemi Türk hukukunda TTK m. 122’de düzenlenmiştir. Buna göre. “*Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra;*

a) *Müvekkil, acentenin bulduğu yeni müşteriler sayesinde, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler elde ediyorsa,*

b) *Acente, sözleşme ilişkisinin sona ermesinin sonucu olarak, onun tarafından işletmeye kazandırılmış müşterilerle yapılmış veya kısa bir süre içinde yapılacak olan işler dolayısıyla sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı elde edeceği ücret isteme hakkını kaybediyorsa ve*

c) *Somut olayın özellik ve şartları değerlendirildiğinde, ödenmesi hakkaniyete uygun düşüyorsa, acente müvekkilden uygun bir tazminat isteyebilir”.*

Temelde acenteler için getirilen bu düzenleme pek çok farklı uyumsuzlukta kendini göstermektedir. Bu bakımından denkleştirme isteminin acenteler, tek satıcılık sözleşmeleri veya bağımsız tacir yardımcılarının sürekli olarak işlem yaptıkları ticari ilişkiler, temsilcilikler ve dağıtıcıların işleri nedeniyle kurdukları müşteri çevresini sözleşmenin sona ermesi ile kaybetmesi, emek ve masraflarının zayı olması nedeniyle uğradığı zararların hepsi denkleştirme tazminatları ile talep edilecek, denkleştirme isteminin konusunu oluşturacaktır⁸. Bu anlamda portföy tazminatı,

⁵ **Bahtiyar**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 18. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017s. 231; **Arkan**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 24. Basıdan Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 2018 s. 239; **Ayhan**, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin: Ticari İşletme Hukuku, Genel Esaslar, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 535.

⁶ Bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 03.11.2003 tarih ve 2003/1710E., 2003/10859K. sayılı kararı “*Belirli bir bölgede faaliyet gösterme, pazarlama, tekel hakkı, süreklilik bakımından acente sözleşmesi ile tek satıcılık sözleşmesi birbirine çok benzemektedir. Ne var ki tek satıcı, acenteden farklı olarak işletme sahibi tarafından imal edilen malları kendi nam ve hesabına satın alarak kendisine tanınan tekel bölgesi içerisinde, yine kendi nam ve hesabına satar. Bu anlamda tek satıcının yapımıcıyı temsil etme hak ve yetkisi yoktur. Bir başka anlamla tek satıcı yapımıcının hesabına faaliyette bulunamaz. İşletme sahibi tarafından verilen satış yetki belgesi de acentelik sözleşmesi olarak kabul edilemez. Bu itibarla tek satıcının yaptığı işlemlerden işletme sahibi değil tek satıcı sorumlu olur”* şeklindedir.

⁷ **İşgüzar**, Hasan: Tek Satıcılık Sözleşmesi, Dayımlarlı Hukuk, Ankara 1989, s. 160; **Kayihan**, Şaban: Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2003, s. 149.

⁸ **Erdem**, Ercüment: Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 272; **Karasu**, Rauf: “Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Acentenin Denkleştirme istemi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008, C. 57 S. 4, s. 288-289; **Doğan**, Murat: “Franchise Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt III, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 330; **Şenol**, A. Nilay: Bayilik Sözleşmesi Sona Ermesi ve Sonuçları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 242; **Demir Gökyayla**, Cemile: Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Tek Satıcılık), 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 249-250; **Sarıöz-Büyükalp**, Ayşe İpek, “Denkleştirme isteminin Hukuki Niteliği ve Kanunlar İhtilafı Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2019, C. 21, S. 2, s. 523-580.

komisyon tazminatı, komisyon akçesi, sözleşme sonu akçesi gibi farklı anlamlarda kullanılan denkleştirme istemi kavramını, biz Kanunda belirtilen şekliyle kullanmayı tercih ediyoruz⁹.

Denkleştirme isteminin konusunun geniş bir alana yayılması nedeniyle hukuki niteliği hakkında da pek çok görüş ileri sürülmektedir¹⁰. Denkleştirme isteminin borcun kaynaklarından temelde sözleşme ilişkisine dayanması nedeniyle, hukuki niteliği de sözleşmeden doğan bir borç ilişkisidir¹¹. Bu doğrultuda sözleşme benzeri veya haksız fiil ilişkilerinden ayrılmaktadır. Öte yandan sözleşmesel talebin sonucu olarak da taraflar arasındaki iş bu sözleşmenin sona ermesi nedeniyle, sözleşmenin yürürlükte kaldığı süre zarfında tarafların sözleşmenin ifası sırasında sürekli bir kazanım yaratması nedeniyle sözleşme konusu bir alacak meydana gelecektir¹². Dolayısıyla hem sözleşmeden kaynaklanan hem de sözleşmenin sona ermesi ile meydana gelen bir alacak olarak denkleştirme istemi, hukuki niteliğini karşılıklı edim alacağı olarak sözleşmesel ilişkiye dayandırması nedeniyle sözleşmesel bir nitelik taşımaktadır¹³. Konunun maddi hukuk boyutunun esas olarak inceleme alanımız olmaması nedeniyle bu hususu ayrıntılı şekilde inceleme gereği duymamaktayız.

III. Yabancı Unsurlu Sözleşmelerden Kaynaklı Denkleştirme istemi Alacağından Doğan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukuk

A. Yabancı Unsur

Milletlerarası özel hukukun, oluşum sebebi yabancı unsurlu hukukî ilişkilerdir. Milletlerarası özel hukuk disiplininin temel amacı yabancı unsurlu bir hukukî ilişkiye dayanan uyuşmazlıkta hangi ülkenin hukukunun uygulanacağını gösteren milletlerarası kurallardır¹⁴. Bu kurallar uluslararası özel

⁹ Farklı kullanımlar için bkz. **Tekinalp**, Ünal: “Türk Hukukunda Acentenin Portföy Akçesi Talebi”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s. 4; **Kayhan**: s. 149, 321 no.lu dn.; **Kaya**, Şerh, s. 230; **Kanışlı**, Erhan: “Türk Ticaret Kanunu’na Göre Acentenin Denkleştirme istemi”, Legal Hukuk Dergisi 2014, C. 12, S. 138, s. 120-121; **Akkanat**, Halil/**Çekin**, Mesut S: “Denkleştirme Bedeli (Portföy Tazminatı) Önceden Ödenebilir mi?”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, Der Yayınları, İstanbul 2015, s. 29, 1 no.lu dn.; **Köker**, Nilüfer: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sona Ermenin Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2015, s. 62, 270 no.lu dn.; **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 816; **Sak**, Burak: Bir Üst Kavram Olarak Dağıtım Sözleşmeleri ve Bunlara Özgül Denkleştirme İstemi Sorunu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018, s. 100

¹⁰ Görüşler için ayrıntılı olarak bkz. **Sarıöz-Büyükalp**, s. 530.

¹¹ **Badak Aybar**, Zehra: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Denkleştirme İstemi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 2013/2, S. 24, s. 170.

¹² **Ayan**, Özge: Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 92; **Erdem**, s. 270-271; **Karasu**, s. 285, 1 no.lu dn.; **Doğan**, s. 331; **Aydın Evcimik**, Ayça: Acentenin Müşteri Tazminatı Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010, s. 30, 72 no.lu dn.

¹³ Bkz. **Sarıöz-Büyükalp**: s. 530.

¹⁴ **Berki**, Osman Fazıl: Devletler Hususi Hukuku Cilt II, 4. Bası, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1961, s.54 vd.; **Göger**, Erdoğan: Devletler Hususi Hukuku, 4. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1977, s. 51 vd.; **Aybay**, Rona/ **Dardağan-Kibar**, Esra, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, 2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 13 vd.; **Şanlı**, Cemal/ **Ataman-Figenmeşe**, İnci/ **Esen**, Emre, Milletlerarası Özel Hukuk, 10. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 5 vd.; **Doğan**, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 3. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara 2015, s. 5 vd.; **Nomer**, Ergin: Devletler Hususi Hukuku (Devletler), 21. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 5 vd.; **Tekinalp**, Gülören/ **Uyanık**, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 12. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 21 vd.; **Çelikel**, Aysel/ **Erdem**, B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 9 vd.; **Özel**, Sibel/ **Erkan Mustafa**/ **Pürselim**, Selin/ **Karaca**, Hüseyin Akif: Milletlerarası Özel Hukuk, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022, s. 85.

hukukun gösterici nitelikli kurallarıdır. Bu anlamda yabancılik unsuru denilince, milletlerarası özel hukuk kuralının geçerli olduğu hayat olayında coğrafi veya kişisel yönü itibarıyla yabancı hukuk sistemi ile irtibatlı olan hukukî ilişkiler kastedilmektedir¹⁵.

Denkleştirme istemi bakımından tarafların birinin veya birkaçının yer veya konu bakımından Türk tabiiyetinin dışında olmasının sonucunda bir yabancı unsurun varlığından bahsedilir. Hal böyle olunca yabancılik unsurunun yer, kişi veya konu bakımından sağlandığı tek satıcılık sözleşmeleri bakımından yabancılik unsurunun varlığında uygulanacak hukuk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) çerçevesinde tayin edilecektir. Bu durumda konunun niteliği gereği tek satıcının Türk tabiiyetinde olduğu ya da asıl satıcının Türk olması veya tek satıcılık konusunun Türkiye sınırları olması durumunda yabancı unsurlu olarak meydana gelen bir hukuki ilişkiye MÖHUK uyarınca ilgili hukukun uygulanması mümkün olacaktır¹⁶.

Denkleştirme taleplerinin, temelde acentecilik, tek satıcılık ve niteliği gereği bunlara uyan dağıtıcılık sözleşmelerinden kaynaklanması nedeniyle sözleşmeye uygulanacak olan hukukun uyumsuzluğa tatbik edilmesi önerilmiştir. Bu bağlamda MÖHUK m. 24 uyarınca sözleşmesel ilişkilere uygulanacak genel kurala göre karar verilmesi gerekmektedir¹⁷.

B. Tek Satıcılık Sözleşmesi Bakımından Uygulanacak Hukuk

Yukarıda açıkladığımız gibi, tek satıcılık sözleşmesi bakımından uygulanacak hukukun tayini hakkında farklı alternatifler gündeme gelebilecektir¹⁸. Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği uyarınca tek satıcılık sözleşmesinin vasıflandırma şekline ve nitelendirilmesine göre hukuki durumda değişiklikler olacaktır¹⁹. Ancak konunun bir başka yönü de Türk bir tek satıcının haklarının Türk kamu düzeni veya doğrudan uygulanan kurallar bakımından değerlendirilmesidir ki, kanaatimizce konunun esas önem arz eden boyutu bu noktadır.

Tek satıcılık sözleşmesinde, denkleştirme alacağı kanundan doğan bir alacaktır (TTK m. 122). Denkleştirmenin konusu, Türk tabiiyetinde²⁰ olan tüzel kişi veya Türk vatandaşı olan gerçek kişinin ekonomik haklarıdır. Bu nedenle Türk tabiiyetinde olan tüzel kişinin veya gerçek kişi Türk vatandaşının haklarının korunması esastır. Hal böyle olunca tek satıcının denkleştirme alacağı ve talepleri için tarafların seçtikleri hukuk veya objektif bağlama kuralları değil, kamu düzeni müdahalesi (MÖHUK m. 5) veya doğrudan uygulanan kuralların uygulanması (MÖHUK m. 6) önerilmiştir²¹. Hatta bu konuda kamu düzeni veya doğrudan uygulanan kuralların uygulanması

¹⁵ Şanlı/Esen/Fegenmeşe, s. 6 vd.; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 85 vd.

¹⁶ Bkz. Sarıöz-Büyükalp, s. 530.

¹⁷ Benzer yönde görüş için bkz. Sarıöz-Büyükalp, s. 531.

¹⁸ Demir-Gökyayla, Tek Satıcılık, s. 249-250.

¹⁹ Demir-Gökyayla, Tek Satıcılık, s. 249.

²⁰ Tabiiyet ve vatandaşlık kavramları arasındaki farklar için bkz. Önal, Ali: Türk Hukukunda Yabancı Bankaların Durumu ile Bankaların Kuruluş Faaliyet ve Sona Ermesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 51 vd.; Önal, Ali: "Tâbiyet Hukuku Kapsamında Tek Ortaklı Türk ve Yabancı Bankaların Durumu", Adalet Akademisi Dergisi 2015, Y. 6. S. 20, s. 447-476.

²¹ Tartışmalar için bkz. Sarıöz-Büyükalp, s. 555 vd.

yönünde görüşler de ağır basmaktadır²². Konuya ilişkin doktrindeki tartışmalar ve uygulanacak hukuka ilişkin görüşler çalışmamızın konusu olmadığı için, metodolojik olarak konuyu tartışmayı uygun bulmadık²³. Görüşümüzü vardığımız sonucu açıklayarak belirtmek istiyoruz.

Türk hukuku bakımından denkleştirme alacağının kamu düzeni veya doğrudan uygulanan kural niteliğini, kanaatimizce TTK m. 122 belirtmektedir. Hükmün kabul ediliş amacı ve kanun koyucunun verdiği vasıf konuyu doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirmemizi gerektirmektedir. Zira, doğrudan uygulanan kuralların niteliği ve tanımı, denkleştirme istemi kavramının bu yönde değerlendirilmesi gerektiğini göstermektedir. MÖHUK m. 6 lafzı “*Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır*” şeklindedir. Bu kurallar, genellikle devletin dış ticaret, ekonomi, savunma, çevre ve sosyal politikalarından kaynaklanır. Haliyle, bir Türk vatandaşının veya tabiiyetinde olan bir kişinin yabancı bir kişi ile sözleşmesel çerçevede yaptığı bir akit sonrasında, akdin bozulması ile mağduriyetinin giderilmesini ele alan denkleştirme istemi, Türk devletinin sosyal, ekonomik, ihracat, kamu ve özel menfaatlerine hizmet eden bir araçtır²⁴. Bu nedenle denkleştirme isteminin doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi hukuka ve hakkaniyete daha uygundur²⁵.

Denkleştirme alacağının kamu düzeni olarak nitelendirilmemesinin bir sebebi de kamu düzeninin uygulama alanınının daha geniş olması ve uygulama kavramı açısından yorumlanabilir. Şöyle ki: Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni denildiğinde, *hukukî uygulamaların ülkeden ülkeye farklılaşması sonucunda, uygulanacak olan yabancı hukukun, hâkimin hukukunun (lex fori) temel normları ile çelişmesi halinde, yabancı hukukun uygulamasından vazgeçilmesi ve nihayet yerel hukukun uygulanması olarak tanımlanmaktadır*²⁶. Bu nedenle de kamu düzeni yer bakımından ülkeden ülkeye, kültürden kültüre değişkenlik gösterirken; aynı ülke içinde de zamandan zamana göre dâhi değişkenlik arz edebilir²⁷. Bu nedenle kamu düzenine başvuru çok istisna teşkil eden, her

²² Görüşler için bkz. **Sarıöz-Büyükalp**, s. 556 vd.

²³ Ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Demir-Gökyayla**, Tek Satıcılık s. 249-250; **Sarıöz-Büyükalp**, s. 556 vd.

²⁴ **Özdemir-Kocasakal**, Hatice: Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001, s. 12-13.

²⁵ Benzer yönde görüşler için bkz. **Sarıöz-Büyükalp**, s. 556 vd.

²⁶ Farklı tanımlar için bkz. “...amme intizamı tabiri hukuk ilminin belki en çok kullanılan ve fakat aynı zamanda mana ve mahiyeti ve şümul sahası hakkında kolaylıkla sarih bir fikir edinilemeyen büyük bir mefhumudur”, **Timur**, Hıfzı: “Devletler Hususi Hukukunda Amme İntizamı”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 1941, S. 4, s. 867; **Göger**, Erdoğan: Devletler Hususi Hukuku (Amme), Ankara 1971, s. 100; **Demir-Gökyayla**, Cemile: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni (Tanıma ve Tenfiz), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001, s. 23.

²⁷ Kamu düzeni kavramının tanımı her ne kadar değişkenlik gösterse de, bu konuda yapılan pek çok tanım da mevcuttur. Anayasa Mahkemesi bir kararında kamu düzeninden şu şekilde bahsetmektedir: “*Toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, Devletin ve Devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, başka bir deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır*”. Anayasa Mahkemesi, E. 63/128, K. 64/8, T. 28.01.1964. Bir Yargıtay kararında; “*Yabancı ilâmın anayasa ile düzenlenen temel hak ve hürriyetlere, milletlerarası hukukta kabul edilen temel prensiplere, adil yargılama ve savunma hakkına, genel ahlaka, Türk Hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve devletin vazgeçemeyeceği ilkelerine aykırı olması halinde kamu düzenine aykırılıktan söz edilebilir.*” denmektedir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2006/2773, K. 2006/9267, T. 12.6.2006. Bir başka Yargıtay kararında ise, “*Kamu düzenine aykırılığın saptanmasında esas alınması gereken kıstas, yabancı ilamın Türk Hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı bulunmasından çok, Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap*

durumda başvurulmaması gereken bir uygulamadır²⁸. Dolayısıyla devlet içinde herkesin uyması gerekli olan kuralların ihlal edilmesi ile kamu düzeninin ihlal edileceği ve bu kamu düzeni ihlalinin ancak, kuralın ihlal edildiği ülkenin önleyici kuralları ile telafi edilebileceği düşünülmüştür²⁹.

Bilindiği üzere kamu düzeni kavramının gelişimi sürecinde, niteliğine ilişkin olarak çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu bağlamda kamu düzeninin bağımsız bir bağlama kuralı olduğu³⁰ görüşü olduğu gibi, yabancı hukukun uygulanmasının bir istisnası olduğu şeklinde de bir anlayış da belirtilmiştir³¹. Günümüz itibarıyla uygulaması ortadan kalkmış olan kamu düzeninin bağımsız bir kanunlar ihtilafı kuralı niteliğinde olduğu anlayışına göre, kamu düzeni kuralı uygulanacak hukuk ile bağlantılı ve kanunlar ihtilafı kuralını tamamlayıcı niteliğe sahiptir. Ancak günümüzde geçerli olan kamu düzeni anlayışına göre kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca belirlenen kuralın, kuralın uygulanacağı devlet tarafından tespit edilen yabancı hukuka gidilmeden, ilgili oldukları hukuki ilişkiye doğrudan doğruya uygulanması kabul edilmektedir. Böylelikle kamu düzeni mahkeme hukukunun uygulanması sonucunu doğuracak şekilde vücut bulmaktadır³².

Konumuz bakımından denkleştirme alacağının, doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesinin esas nedeni, konunun ülkemizin daha çok ekonomik ve sosyal durumunu ilgilendirmesi ve kamu düzeni müdahalesini doğrudan gerektirecek bir uygulama alanına sahip olmamasıdır. Zira denkleştirme alacağında korunan değer Türk Hukukunun temel değerleri, Türk genel adap ve ahlak anlayışı, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışı ve hukuk siyaseti, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükler, milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejime aykırılık değildir. Burada esas korunan değer, denkleştirme alacaklısının maddi korunaklığı, Türk hukukunun ekonomik, sosyal, ihracat, kamu ve özel menfaatleridir. Bu nedenle korunan değer doğrudan uygulanan kural olarak m.6'da düzenlenen esaslara karşılık geldiği aşikardır.

TTK m. 122 tek satıcının tazminat alacağını, bir diğer ifade ile tek satıcı olduğu süre zarfındaki emek ve gayretlerini teminat altına almak amacı taşımaktadır³³. MÖHUK m. 6 ise Türk devletinin ekonomik, sosyal, kültürel, siyasi politikalarına, özel hukuk ilişkilerine giren tüm uyumsuzluklarında

ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejime bakmak olmalıdır" denmektedir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.02.2012.

²⁸ **Özdemir-Kocasakal**, s. 22.

²⁹ **Ökçün**, s. 50 vd.; **Göger**, s. 482-483.

³⁰ **Ökçün**, A. Gündüz: Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dış Münasebetler Enstitüsü, Ankara 1997, s. 75. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK, E: 2000/ 2- 1051, K: 2000/ 1068, 21.06.2000.

³¹ **Ökçün**, s. 75 vd.

³² **Ökçün**, s. 75 vd.

³³ **Takavut**, Doğan: Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 32.

devletin ve üzerinde yaşayanların Türk hukukunun asgari hükümleri uyarınca korunması ihtiyacından ortaya çıkmıştır. Her iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, denkleştirme isteminin Türkiye’de yerleşik ve Türk tabiiyetinde olan bir tek satıcının tazminat ve tek satıcı olduğu dönemdeki emek, gayretlerini korumak amacı taşıdığı görülecektir³⁴. Doğrudan uygulanan kuralların, birer emredici kurallar bütünü olarak iç hukukun emredici niteliklerinin üzerinde, kamu menfaatini ilgilendiren yönü itibarıyla önem kazandığı ve bu amaçla düzenlendiği görülecektir.

Her ne kadar TTK m.122 bu yönü itibarıyla doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilse de, zaman ve süre içerisinde ve farklı uyumsuzluklarda farklı şekillerde vasıflandırılması mümkün olabilecektir. Her ülkenin sosyal, ekonomik koşullarının farklılık gösterdiği düşünüldüğünde, ülkeden ülkeye değişen bir bakış açısının olduğu görülecektir³⁵. Örneğin İtalya’da denkleştirme alacağı kapsamında bir alacak düzenlenmediği için Türk ve İtalyan hukuklarının karşılaştığı bir uyumsuzlukta, Türk tek satıcının korunması önem arz edeceğinden doğrudan uygulanan kural niteliği haiz olacakken; Alman hukuku gibi geniş bir uygulama alanı olan bir ülke ile karşılaştırma durumunda doğrudan uygulanan kural niteliği söz konusu olmayabilecektir.

Soruna acente veya tek satıcının denkleştirme istemi bakımından bakıldığında Türkiye’nin üretimden ziyade, ithal eden ve hizmet sektörü ülkesi olduğu, denkleştirme alacağının doğrudan uygulanan kural olarak değerlendirilmesinin daha da önem arz ettiği görülecektir³⁶. Türkiye’nin bu yönü itibarıyla genellikle acente veya tek satıcı olan tabiiyetindeki kimseleri korumak zorunda kalacaktır. Korumanın karşısında yer alan taraf ise, üretici pozisyonunda olan yabancı uyruklu asıl satıcıdır. Tek satıcı ülkemizde risk üstlenerek, yıllara ve coğrafyaya yayılacak bir şekilde emek ve maddi harcama yaparak sürekli bir gayret içinde olacaktır. Asıl üretici karşısında zayıf tarafta olması onun her zaman korunmaya muhtaç olduğunu göstermektedir.

Öte yandan hükmün emrediciliği ayrıca TTK m. 122/4’te vurgulanmaktadır. Buna göre *“Denkleştirme isteminden önceden vazgeçilemez. Denkleştirme istem hakkının sözleşme ilişkisinin sona ermesinden itibaren bir yıl içinde ileri sürülmesi gerekir”* şeklindedir. Hükmün gerekçesinde *“Acente sözleşmesinin yapılmasının, gizli bir anlaşma ile bu talepten daha sonra vazgeçilmesi şartına bağlanması veya bu sonucu doğuracak bir düzenin kabulü, hükmün dolanılmasıdır”* şeklindeki ifade de, denkleştirme istemi alacağının kesin ve kat’i şekilde emredici niteliğini vurgulamaktadır³⁷.

Sonuç olarak, gerek TTK m. 122, gerek MÖHUK m. 6 lafzının kesin ve kat’i şekilde emredicilik niteliği taşıması ve Türk ekonomisinin ithalat temelli politikası, tek satıcısının ve acentesinin korunmaya muhtaç bir durumda olmasını gerektirmektedir³⁸. Hal böyle olunca da, TTK

³⁴ Özdemir-Kocasakal, s. 14. Ayrıca bkz. Tekinalp/Uyanık, s. 47-48; Nomer, s. 185; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 7; Doğan, s. 273-274.

³⁵ Sarıöz-Büyükalp, s. 560 vd.

³⁶ Demir-Gökyayla, Tek Satıcılık, s. 251.

³⁷ Sarıöz-Büyükalp, s. 560 vd.

³⁸ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 7.

m. 122’te yer alan kuralın doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi daha uygun olacaktır. Yer veya kişi bakımından MÖHUK m. 6’nın uygulanmasını gerektiren durumlar dikkate alındığında doğrudan uygulanan kurallar, Türk ekonomisinin politik durumu ile Türk devletinin tarihsel, ekonomik, hukuki tüm gereçlerinin sonucu olarak uygulama alanı bulabilecektir.

IV. Yabancı Unsurlu Denkleştirme İstemi Alacaklarında Yetkili Mahkeme Sorunu

Denkleştirme tazminatlarının hukuki niteliğinin çeşitliliği uygulanacak hukuka etki ettiği gibi, yetki bakımından da kendini göstermektedir³⁹. Denkleştirme isteminin hukuki niteliğinin milletlerarası özel hukuk bakımından doğrudan uygulanan hukuk olarak nitelendirilmesinin sonucu olarak, yetkili mahkeme tayini bakımından da bu duruma uygun bir şekilde yetkili mahkeme tayini olacaktır. Böylece uygulanacak hukuktan, usul hukukunda işleyecek kurallara kadar tüm süreci ilgilendiren bir durum söz konusu olacaktır.

Denkleştirme istemi konusu, yukarıda belirttiğimiz üzere, hukuki nitelik olarak emredicilik özelliğini haiz olan ve Türkiye’nin ekonomik, hukuki ve sosyal bakımından kendisine özel çıkarlarının olduğu bir alandır. Bu nedenle doğrudan uygulanan kural olmasının sonucu olarak, yetkili mahkemenin tespiti bakımından münhasır yetkinin var olup olmadığı da tartışılacaktır. Zira, uygulanacak hukuk bakımından doğrudan uygulanan kuralların varlığı ne ise, münhasır yetki ile kesin yetki kuralları yargı yeri bakımından benzer karşılığa denk düşmektedir.

Öncelikle münhasır yetki her durumda ve şartta kendisini gösteren bir yetki konusu değildir⁴⁰. Özel hal ve şartlarda varlık gösterir. Esasen yetki ve uygulanacak hukukun tespiti birbirinden ayrı olsa da, konunun hukuki niteliği yetki ve görev bakımından bir gösterge olmaktadır⁴¹. Milletlerarası yetki kuralı olarak sayılan münhasır yetki, bir devletin hukuki bir ihtilâfta kendisini tamamen yetkili saymasıdır⁴². Diğer bir ifadeyle bir devlet kendisini münhasır yetkili sayıyorsa, bir başka devlet mahkemesinde bu uyuşmazlığın görülmesi mümkün değildir⁴³. Devlet kendisini münhasır yetkili olarak görüyorsa, söz konusu davanın başka bir ülkenin mahkemesinde ele alınmasını istemez. Ayrıca bir başka devlet mahkemesinde verilen kararın dahi kendi mahkemesi önünde tanınması veya tenfizi hakkındaki taleplere izin vermez.

³⁹ Sarıöz-Büyükalp, s. 561 vd.

⁴⁰ Erdoğan, Ebru: “Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi”, Terazi Hukuk Dergisi Mart 2020, C. 15, S. 163, s. 466-480; Ekşi, Nuray: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi (Tanıma ve Tenfiz), 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 189-190; Aygül, Musa: “Yabancı Mahkemeden Verilen Vesâyet Kararlarının Tanınması”, Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 145.

⁴¹ Süzen, Begüm: Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s. 19; Tiryakioğlu, Bilgin: “Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 1141-1167; Sargin, Fügen: İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 8; Nomer, Ergin, “Devletler Hususî Hukukunda Milletlerarası Yetki Mefhumu” (Milletlerarası Yetki), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 2011, C. 40, S. 1-4, s. 393-426.

⁴² Süzen, s. 20.

⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz: Çelikel/Erdem, s. 531 vd.; Nomer, Milletlerarası Yetki, s. 404 vd.; Ekşi, Nuray: Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (Milletlerarası Yetki), Beta Yayıncılık, İstanbul 1996, s. 214.

Münhasır yetkinin, MÖHUK kapsamında tanımı yapılmamıştır⁴⁴. Bu kavram doktrin ve yargı kararlarında tartışılan bir kavramdır⁴⁵. Münhasır yetkili mahkeme, iç hukukta kamu düzeni ile ilgili bir konudan kaynaklanan olayın, olaya uygulanacak hukuk ve olayın niteliğinin, yetki kuralı uyarınca kuralın konuluş amacının, varlık sebebinin ve diğer tüm unsurlarının irdelenerek sonuca gidilmesini konu almaktadır⁴⁶. Bir olayda Türk mahkemeleri kendisini münhasır yetkili olarak görüyorsa, ihtilâf konusu olayın tamamen ve her durumda Türk mahkemelerinde görülmesi isteniyordur. Bu nedenle münhasır yetki esası getiren bir kuralı incelerken, ilgili olayın sadece ve kat'i olarak Türk mahkemelerinde görülmesinin amaçlanıp amaçlanmadığına bakılmalıdır⁴⁷.

Pek çok yargı kararında da münhasır yetki konusu tartışılmıştır⁴⁸. Münhasır yetki kuralı, davanın konusu, mahiyeti itibarıyla, davanın sadece Türk mahkemelerinde görülmesini temin eden kurallar olarak tanımlanmıştır. Münhasır yetkinin temel dayanağı ise kamu düzenidir. Burada kamu düzeninden anlaşılması gereken Türk hukukunun değerleri, genel adap ve ahlak anlayışı, Türk kanunlarının ve Anayasasının dayandığı adalet anlayışı ve siyasetidir⁴⁹. Özellikle Anayasal temel hak ve özgürlükler, milletlerarası hukukta geçerli ortak temel prensipler, siyasi ve ekonomik çıkarlar ile ekonomik rejim ve nihayet insan hak ve özgürlükleri Türk milli kamu düzeninin dayanaklarını oluşturmaktadır. Bu nedenle tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir durum söz konusu olduğu gerçeği mevcuttur.

Yukarıdaki şekilde bahsedilen kamu düzenine ilişkin pek çok yetki kuralları münhasır yetkiyi de beraberinde getirmektedir⁵⁰. Milletlerarası özel hukukun yetki kuralları çerçevesinde münhasır yetki kuralları, devletin kendi ülke sınırları içinde var olan mutlak güç, otorite ve yetkisini ifade etmektedir⁵¹. Aynı zamanda münhasır yetki, devletin egemenlik ve hükümranlık haklarının kullanmasını gösteren kurallardır. Burada önemli olan Türk Hukukundaki kamu düzenine ilişkin her yetki kuralının münhasır bir yetki kuralı olmamasıdır. Bu anlamda münhasır yetkinin dar yorumlanması esastır⁵². Bir konunun Türk mahkemelerinin münhasır yetki kuralı içine dahil olup olmadığı, ilgili olayın ifadesinden, varoluş amacından ve yabancı unsurlu dava konusunun özellikleri

⁴⁴ Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 215.

⁴⁵ Süzen, s. 20; Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 215; Nomer, Milletlerarası Yetki, s. 399; Çelikel/Erdem, s. 714-715 vd.; Sarıöz-Büyükalp, s. 561 vd.; Erdoğan, s. 477; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 535; Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 178; Esen, Emre: "Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 2002, C. 2, S. 22, Prof. Dr. Engin NOMER'e Armağan, s. 186.

⁴⁶ Süzen, s. 20; Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 215; Nomer, Milletlerarası Yetki, s. 399; Çelikel/Erdem, s. 714-715 vd.; Sarıöz-Büyükalp, s. 561 vd.; Erdoğan, s. 477; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 535; Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 178; Erten, s. 172; Esen, s. 186.

⁴⁷ Aybay/Dardağan-Kibar, s. 234.

⁴⁸ Süzen, s. 20; Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 215; Nomer, Milletlerarası Yetki, s. 399; Çelikel/Erdem, s. 714-715 vd.; Sarıöz-Büyükalp, s. 561 vd.; Erdoğan, s. 477; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 535; Ekşi, Tanıma ve Tenfiz, s. 178; Erten, s. 172; Esen, s. 186.

⁴⁹ Nomer, Milletlerarası Yetki, s. 399; Çelikel/Erdem, s. 714-715 vd.; Sarıöz-Büyükalp, s. 561 vd.; Erdoğan, s. 477; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 535.

⁵⁰ Çelikel/Erdem, s. 714-715 vd.; Erdoğan, s. 467; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 536.

⁵¹ Sarıöz-Büyükalp, s. 561.

⁵² Süzen, s. 20; Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 215; Nomer, Milletlerarası Yetki, s. 399.

nazara alınarak tayin edilir⁵³. Öte yandan doktrinde ve kanunda münhasır yetki konusu tanımlanmaması nedeniyle, uygulama açısından yargı kararlarının da gösterici nitelikte olduğunu belirtmek gerekir⁵⁴.

Peki denkleştirme alacağı bakımından Türk mahkemelerinin her durumda münhasır yetkisi var mıdır? Bu durum her olayın özelliğine göre değişir. Öncelikle olayın niteliği ve meydana geliş şekli önemlidir. Münhasır yetkinin amacı doğrultusunda ilgili olayın Türk mahkemelerinde incelenmesinin gerekip gerekmediği hususu üzerinde durulması gereklidir. Hangi durumda Türk mahkemelerinde bir davanın görülmesinin amaçlandığı da davanın ve uyuşmazlığın niteliğine göre belirlenecektir. Örneğin, iflas hukukundan doğan yabancılık unsuru içeren davalarda, devletin kamu düzenine ilişkin egemenlik yetkisinin kullanılacağından bahisle, İcra ve İflas Kanunu (İİK) m. 154'ten kaynaklı olarak bu tür davalarda Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır olduğu ileri sürülmüştür⁵⁵.

Denkleştirme alacağı bakımından incelenmesi gereken, olayın meydana geliş şekline göre, doğrudan uygulanan kural niteliğini haiz olup olmadığıdır⁵⁶. Eğer olay bazında taraflar arasında denklik yoksa, bir diğer ifade ile, zayıf tarafta olan tek satıcının sözleşme yapma özgürlüğü ihlal edildiyse veya akamete uğradıysa bu durumda hukuk seçiminin ve hatta varsa yetki sözleşmesinin dahi sıhhati şüpheli olacaktır. İncelediğimiz ilk derece mahkemesi kararında da belirtildiği üzere, sözleşmenin güçlü tarafı olan üretici, yetki ve uygulanacak hukuku tamamen kendi iradesi doğrultusunda dayatmıştır. Zira tek satıcı olan Türk tek satıcı, Federal Almanya Cumhuriyeti hukukunun uygulanacağını ve Almanya - *Regensburg* mahkemelerinin her türlü ihtilâf bakımından kesin, münhasır (tek) yetkili mahkeme olacağını kararlaştırılması hususunda herhangi bir söz sahibi değildir. Türk tek satıcı bir dayatmaya maruz kalmaktadır. Hal böyle olunca, Türk tabiiyetinde olan şirketin, Türk hukuku uyarınca TTK m. 122'de tanımlanan asgari orandaki denkleştirme istemi alacağı dahi, bu hakkın tanınmadığı bir başka ülke hukukunun insafına terk edilmektedir. Bu durum da Türk şirketinin korunması gerekliliğine yol açacağından, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinden söz edilmelidir. Bu durum aynı zamanda denkleştirme alacağının yukarıda belirttiğimiz üzere doğrudan uygulanan kural olmasının bir sonucudur.

Taraflar arasında, tamamen denk bir sözleşme sürecinin olduğu, seçilen hukukun maddi hukuk hükümlerinin Türk hukukunun asgari uygulama etkisini sağladığı, nispeten de olsa Türk

⁵³ Yargıtay 18. HD., E. 2016/3763 K. 2016/6542 T. 25.4.2016. Benzer yönde 8. HD., E. 2017/6609 K. 2018/1418 T. 25.1.2018; 8. HD., E. 2017/6589 K. 2017/15189 T. 14.11.2017; HGK., E. 2015/541 K. 2015/1287 T. 29.4.2015; HGK., E. 2013/1628 K. 2015/894 T. 4.3.2015.

⁵⁴ **Süzen**, s. 20; **Ekşi**, Milletlerarası Yetki, s. 215; **Nomer**, Milletlerarası Yetki, s. 399; **Çelikel/Erdem**, s. 714-715 vd.; **Sarıöz-Büyükalp**, s. 561 vd.; **Erdoğan**, s. 477; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 535; **Ekşi**, Tanıma ve Tenfiz, s. 178; **Erten**, s. 172; **Esen**, s. 186.

⁵⁵ **Yılmaz**, Ejder: 4949 ve 5092 Sayılı Kanunlarla İflâs Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler, 2004, s. 89 vd.; **Nomer**, Ergin: Milletlerarası İflâsta Yetki Sözleşmesi (İflas), İstanbul Barosu Dergisi 2011, C. 85, S. 6, s. 4. YHGK, E. 1998/12-287, K. 1998/325, T. 6.5.1998.

⁵⁶ **Sarıöz-Büyükalp**, s. 561 vd.

tabiiyetinde olan şirketi koruma altına aldığı bir durumda taraflar arasında geçerli bir hukuki ilişkinin ve hukuk seçiminin varlığından söz edilebilecek midir? Bir diğer ifade ile, bu gibi bir durumda münhasır yetki yine var olabilecek midir? Bu durum nitelik itibarıyla denkleştirme alacağına doğrudan uygulanan hukuk kurallarının müdahalesini gerektirmeyebilecektir. Zira bu durumda Türk devletinin sosyal, ekonomik ve diğer egemenlik haklarından kaynaklanan özgürlüğü sınırlanmayacak, aksine buradan amaçlanan maksat hasıl olacaktır. Bir başka ifadeyle, taraflar arasında denk ve sistematik bir şekilde müzakerelerin yapıldığı sözleşme süreci var olduğundan, doğrudan uygulanan kuralların varlığından söz edilemez. Bu durumda Türk devletinin Anayasal temel hak ve özgürlükleri, milletlerarası hukukta geçerli ortak temel prensipleri, siyasi ve ekonomik çıkarlar ile ekonomik rejim ve nihayet insan hak ve özgürlükleri gibi Türk milli kamu düzeninin dayanaklarını oluşturan özellikleri zedelenmeyecek, böylece kamu düzeninin müdahalesi şartları oluşmayacaktır⁵⁷.

Peki bu durum Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olması özelliğini etkileyecek midir? Bir diğer ifade ile Türk mahkemelerinin, taraflar arasında eşit şartların olduğu, geçerli bir hukuk seçiminin olduğu ve Türk hukukunun asgari hükümlerini taşıyan bir hukukun seçilme ihtimalinde yine de münhasır yetkisi devam edecek mi; ya da Türk kamu düzeni müdahalesinin olmadığı bir durumda da münhasır yetkinin varlığından bahsedebilecek midir? Kanaatimizce bu soruya cevabımız olumludur. Zira münhasır yetki, niteliği itibarıyla konunun Türk mahkemelerinde görülmesinin amaçlandığı bir olayda geçerli olacaktır. Öyle ki, daha önce de dile getirdiğimiz üzere, münhasır yetkide olayın özelliği gereği uyuşmazlığın Türk mahkemelerinde görülmesinde Türkiye'nin bir amacı ve egemenlik menfaati vardır. Hal böyle olunca, yabancı hukuk seçilmiş olsa da Türk mahkemelerinin yetki alanı çerçevesinde Türk hâkimi tarafından taraflar arasındaki uyuşmazlığın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi dahilinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Münhasır yetki kavramı niteliği itibarıyla kamu düzeni müdahalesinden bağımsızdır⁵⁸. Münhasır yetki, kendi içinde Türk mahkemesinin yetki ve yargı sınırını gösteren bir kavramdır. Münhasır yetki, Türk devletinin anayasal temel hak ve özgürlükleri, milletlerarası hukukta geçerli ortak temel prensipleri, siyasi ve ekonomik çıkarları ile doğrudan ilişkidir⁵⁹. Türk devletinin ekonomik rejimi ve nihayet insan hak ve özgürlükleri Türk milli kamu düzeninin dayanaklarını oluşturan özellikler olarak münhasır yetkinin sınırlarını çizmektedir. Öte yandan Türk devletinin ekonomik rejimi ile insan hak ve özgürlükleri zedelenmese dahi ve kamu düzeni müdahalesi söz konusu olmasa da Türk devletinin münhasır yargı yetkisinden bahsetmek mümkündür⁶⁰. Türk devleti

⁵⁷ Benzer yönde **Nomer**, Milletlerarası Yetki, s. 399; **Çelikel/Erdem**, s. 714-715 vd.; **Sarıöz-Büyükalp**, s. 561 vd.; **Erdoğan**, s. 477; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 535.

⁵⁸ **Erdoğan**, s. 470.

⁵⁹ **Erdoğan**, s. 461.

⁶⁰ **Nomer**, Milletlerarası Yetki, s. 399; **Çelikel/Erdem**, s. 714-715 vd.; **Sarıöz-Büyükalp**, s. 561 vd.; **Erdoğan**, s. 477; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 535.

bu yargı yetkisini kendi egemenlik gücünden alır. Münhasır yetki, olaydan ve konudan bağımsız yargı kararlarında da ittifakla belirtildiği üzere, Türk devletinin Anayasal temel hak ve özgürlükleri, milletlerarası hukukta geçerli ortak temel prensipleri, siyasi ve ekonomik çıkarlar ile ekonomik rejim ve nihayet insan hak ve özgürlükleri Türk milli kamu düzeninin dayanaklarını oluşturan özellikleri dahilinde her olayda var olacaktır⁶¹. Hal böyle olunca, konudan ve olaydan bağımsız olarak vardır veya yoktur. Münhasır yetki, ancak zaman içinde Türk devletinin belirtilen konularda hassasiyetinin ve temel egemenlik alanı gördüğü hususların esnetilmesi durumunda değişebilecektir⁶².

Sonuç olarak, TTK m. 122'den kaynaklı olarak, denkleştirme alacağının hukuki niteliği ile bağlı şekilde, denkleştirme alacağı bakımından her durumda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinden bahsetmek mümkündür.

V. Yargıtay Kararları Bakımından Konunun Ele Alınışı

Belirttiğimiz durumun araştırmalarımızda birkaç Yargıtay ve bölge adliye mahkemesi kararlarında da eleştirdiğimiz şekilde ele alındığı görülmüştür. Türk mahkemeleri özetle, denkleştirme isteminden doğan, yabancı unsurlu ihtilâflarda kendisini münhasır yetkili görmemektedir. Bu konuda tarafların tacir olması, yetki sözleşmesi ile yabancı mahkemelerin yetkilendirilmesi, acentelik sözleşmelerinin ve denkleştirme isteminin kamu düzeni veya doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmemesi gibi gerekçelere dayanılmıştır. Çalışmanın tamamlandığı tarih itibarıyla inceleme fırsatı bulduğumuz kararları burada paylaşmak istiyoruz:

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 14.04.2008 tarihli, 2007/3087 E.ve 2008/4981 K. sayılı kararında⁶³;

"Davaya konu konişmentoda ihtilâfların Napoli mahkemesinde çözümleneceği ve hallerinde İtalyan hukukunun uygulanacağına kararlaştırıldığı, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda yabancı mahkemenin yetkili kılınabileceği gerekçesiyle, dava dilekçesinin yetki yönünden reddine, yetkili mahkemenin Napoli mahkemeleri olduğuna dair verilen kararın onanması gerekmiştir."

Yargıtay 19. HD'nin 13.04.2015 tarihli, 2015/3313 E. ve 2015/5338 K. sayılı, kararında⁶⁴;

Mahkemece toplanan delillere göre; taraflar arasında yabancılık unsuru taşıyan borç ilişkisi mevcut olup, bu ilişkiden doğan uyuşmazlıkların yabancı bir devlet mahkemesinde görülmesi konusunda tarafların anlaşma yapmasının mümkün olduğu, olayda kamu düzenine ilişkin

⁶¹ Benzer yönde görüş için bkz. **Nomer**, Milletlerarası Yetki, s. 400; **Çelikel/Erdem**, s. 714-715 vd.; **Sarıöz-Büyükalp**, s. 562 vd.; **Erdoğan**, s. 475; **Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe**, s. 537.

⁶² **Nomer**, Devletler, s. 228.

⁶³ Yargıtay 11. HD, 14.04.2008 T., 2007/3087 E., 2008/4981 K., çevrimiçi: www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

⁶⁴ Yargıtay 19. HD, 13.04.2015 T., 2015/3313 E., 2015/5338 K. çevrimiçi: www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

münhasır yetkinin söz konusu olmadığı, bu kapsamda davalı yanın yetki itirazının kabulünün gerektiği, zira 5718 sayılı MÖHUK'un 47. maddesi ile taraflar arasındaki sözleşmenin 23. maddesi gereğince Denizcilik ve Ticaret mahkemesinin yetkili olduğu gerekçesiyle mahkemenin yetkisizliği nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenden alınmasına, 13.04.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay 19. HD.'nin 31.05.2002 tarihli 2001/9668 E. ve 2002/4187 K. sayılı kararında ise esasa girerek karar vermiş, benzer sonuca farklı bir gerekçeyle ulaşmıştır⁶⁵. Buna göre:

1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle taraflar arasındaki temsilcilik sözleşmesinin 11. maddesinde ihtilâf halinde ihtilâfi çözecek yetkili merci tayin edilmiş ve yargulama yeri olarak İsviçre/Winterthur olarak gösterilmiştir. 2675 Sayılı MÖHUK'nun 31.maddesi de gözetildiğinde ve süresinde yetki itirazında bulunulduğundan portföy tazminatı ile ilgili olarak yetkisizlik kararı verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığından, davacı vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Lisans ücreti ile ilgili temyiz nedenine gelince; Davacı 1968 tarihinden sözleşmenin feshedildiği 28.2.2000 tarihine kadar lisans ücretini hak edecek hizmetlerde bulunduğunu belirterek, lisans ücreti isteminde bulunmuş, mahkemece bu talep davalının zamanaşımı defii yerinde görülerek reddedilmiştir. Oysa, dava tarihinden geriye doğru gidilerek zamanaşımının tahakkuk etmediği süre için bu yöndeki istemin değerlendirilerek uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile bu istemin reddi isabetli görülmemiştir.

Her üç Yargıtay kararında da Yüksek Mahkemenin doğrudan yetki sözleşmesi çerçevesinde işin esasına girmeksizin karar verdiği görülmektedir. Yüksek mahkeme heyeti, işin esasına girmeden, denkleştirme isteminin konusu ve içeriği hakkında bir yorum ve açıklama yapmadan, yetki sözleşmesinin usulüne uygun olduğuna karar vermiş ve Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisizliğini esas alarak karar vermiştir. Halbuki bu değerlendirme hatalıdır. Yargıtay tarafların yetki sözleşmesinin geçerliliğine dayanarak konuyu, esas bakımından doğrudan uygulanan kural ve kamu düzeni ekseninde değerlendirmiştir. Hal böyle olunca da münhasır yetki konusu hiç gündeme gelmemiştir. Yukarıda etraflıca açıkladığımız üzere, denkleştirme istemi konusu bakımından doğrudan uygulanan kuraldır. Mahkemenin yetkisi bakımından ise Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi söz konusudur. Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin söz konusu olduğu bir konu hakkında da yetki sözleşmesi yapılamayacağı MÖHUK m. 47'de düzenlenmiştir. Buna göre "Yer

⁶⁵ Yargıtay 19. HD, 31.05.2002 T., 2001/9668 E., 2002/4187 K. çevrimiçi: www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

itibarıyla yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hâllerde, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler” şeklindedir. Şu durumda görüldüğü üzere Türk mahkemelerinin yetkisizliği söz konusudur. Her iki mahkeme kararı da gerekçe bakımından hatalıdır.

Yakın tarihli bir başka kararda ise İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi tarafların tacir olması nedeniyle TTK’daki basiretli tacir hükümlerine⁶⁶ atıf yaparak yine denkleştirme isteminin Türk hukuku kapsamında ve Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi içinde değerlendirilmesini reddetmiştir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. HD. 19.6.2017 T., 2017/2404 E., 2017/2162 K. Tarihli kararında⁶⁷;

...Davacı yan uyuşmazlık konusu sözleşmenin 17. Maddesindeki yetki şartının uygulanacak hukukun İtalyan kanunları olması ve İtalyan kanunlarında denkleştirme istemi isteminin düzenlenmediğini, bu şekildeki yetki şartının denkleştirme alacağından önceden vazgeçileceği anlamına geleceğini, dolayısıyla bu türden sözleşme hükümlerinin geçersiz sayılması gerektiğini ileri sürmüştü de bu istinaf talebi yerinde görülmemiştir. **Zira davacı taraf tacirdir. 6102 sayılı TTK’nın 18/2 maddesi uyarınca ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir.** Davacının sözleşmeyi imzaladığı ve sözleşme ile gerek İtalyan kanunlarının uygulanacağını gerekse Roma mahkemelerinin yetkili olacağını kabul etmiştir. Yani bu uyuşmazlığa zaten İtalyan kanunları uygulanacaktır. Öte yandan sözleşme maddelerinde de doğrudan denkleştirme isteminden vazgeçeceğine dair bir ibare yoktur. Hal böyle olunca usul ve yasaya uygun ilk derece mahkemesinin kararına yönelen davacı vekilinin istinaf talebinin reddi gerekmiştir şeklinde karar vererek talebi reddetmiştir. Bu kararda göze çarpan husus mahkemenin TTK m. 18/2’ye atıf yaparak “basiretli tacir” ilkesini öne sürmesidir. Bir noktada mahkeme, yetki sözleşmesinin yapılmasının, tacirin basiretli bir iş insanı olarak öngörülmesi davranması gerektiğini ve bu durumu öngörememesinin sonuçlarına katlanması gerektiğini belirtmiştir.

Kanaatimizce bu yorum da hatalıdır. Zira mahkeme hem işin esasına girmekte, hem de seçilen hukukun maddi hükümlerinde yer almayan denkleştirme istemi düzenlemesine rağmen, Türk şirketini yine yabancı bir hukukun insafına terk etmektedir. Bu durum kanaatimizce Türk devletinin ekonomik ve sosyal egemenlik haklarını ihlal etmektedir. Hal böyle olunca doğrudan uygulanan kuralın tatbikine ilişkin açık bir durum varken, mahkemenin hatalı yorumu sonrasında telafisi imkânsız zararlara yol açacak bir sonuca doğru kararın evrildiği görülmektedir. Mahkeme ilgili kararda, Türk şirketinin ve dolaylı olarak Türkiye devletinin sosyal ve ekonomik egemenlik haklarının

⁶⁶ TTK m. 18/2: Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir.

⁶⁷ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. HD., 19.6.2017 T., 2017/2404 E., 2017/2162 K. çevrimiçi: www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

zedeleneceğinden bahisle, doğrudan uygulanan kural müdahalesinin olaya tatbik edilmesi gerektiğine karar vermesi gerekirdi.

Nihayet inceleme konusu olan Konya 1. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2016/209 K. 2019/1099 sayılı kararı da konuyu tıpkı emsal Yargıtay kararlarında olduğu gibi değerlendirmiştir. Mahkeme, tarafların tacir olduğunu, bu nedenle yetki sözleşmesi ve uygulanacak hukuku seçmede özgür ve eşitler arası bir işlem olduğunu, bu nedenle bu seçiminin de sonuçlarına katlanılması gerektiğine karar vermiştir. Yukarıda açıkladığımız üzere, bu şekilde Türk şirketi, yabancı bir hukuk ve yetkili mahkemenin insafına terk edilmekte, böylece Türk devletinin Anayasal temel hak ve özgürlükleri, milletlerarası hukukta geçerli ortak temel prensipleri, siyasi ve ekonomik çıkarlar ile ekonomik rejim ve nihayet insan hak ve özgürlükleri Türk milli kamu düzeninin dayanaklarını oluşturan özellikleri ihlal edilmektedir.

Sonuç

Makale konumuza esas teşkil eden Konya 1. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2016/209 K. 2019/1099 sayılı kararına konu karar her ne kadar çalışmanın gönderildiği tarihte istinaf aşamasında olsa da, hem bu karar, hem de uygulamaya yansımış diğer emsal kararlar bakımından Türk mahkemelerinin yabancı unsurlu denkleştirme istemi konusunda nitelendirmeyi yanlış yaptıklarını göstermektedir. Denkleştirme (Portföy) tazminatları, tek satıcılık sözleşmeleri bakımından tek satıcının yapmış olduğu emek, zaman ve gayret neticesinde sözleşmenin haksız veya süresinden önce feshi nedeniyle Kanun tarafından tek satıcıya tanınmış bir haktır.

Türk ekonomisinin daha çok ithalata endeksli olması ve tek satıcı olarak çalışması nedeniyle, konunun Türk tabiiyetine sahip olan şirketler ile Türk vatandaşlarının korunmasına hizmet ettiği aşıkardır. Bu durumda Türkiye'nin sosyal, ekonomik, kültürel egemenlik ve özlük hakları ile doğrudan iç içe olduğu söylenebilir. Hal böyle olunca, portföy tazminatı konusunu doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirmek yerinde olacaktır.

Türk mahkemelerinin denkleştirme isteminden kaynaklanan uyuşmazlıkları yanlış değerlendirmesi sonrasında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini de yanlış değerlendirdiğini belirtebiliriz. Zira, tek satıcı olan Türk tabiiyetindeki şirketin veya Türk vatandaşının zayıf durumda olarak, asıl şirkete karşı sözleşme serbestisi içinde hareket ettiğini belirtmek zordur. Bu nedenle de asıl şirketin tabiiyetinde olduğu devletin hukuku uygulanacak hukuk ve mahkemeleri yetkili mahkeme olarak tayin edilmektedir. Hal böyle olunca, eğer ki uygulanacak olan hukuk kapsamında tek satıcıyı koruyan portföy tazminatı benzeri bir koruma yoksa, bu durum Türk şirketlerini mağdur edebilecektir. Yukarıdaki emsal kararlarda da görüldüğü üzere Türk şirketleri portföy tazminatı uygulaması olmayan ülke hukuklarının insafına bırakılmaktadır. Bu durum portföy tazminatının doğrudan uygulanan kural olma niteliğine aykırılık teşkil etmektedir. Sonuç olarak Türk tek satıcıları korumak maksadıyla, doğrudan uygulanan kural niteliğine uygun olarak denkleştirme isteminden

kaynaklanan uyuşmazlıklarda, Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğunu ve münhasır yetkili mahkeme sıfatıyla uyuşmazlığın değerlendirilmesi gerektiğini belirtmek isteriz.

Kaynakça

Akkanat, Halil/Çekin, Mesut S.: “Denkleştirme Bedeli (Portföy Tazminatı) Önceden Ödenebilir mi?”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, İstanbul 2015, s. 29-44.

Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 24. Basıdan Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 2018.

Ayan, Özge: Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.

Aybay, Rona/Dardağan, Esra: Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008.

Aydın Evcimik, Ayça: “Acentenin Müşteri Tazminatı Hakkı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010.

Aygül, Musa: “Yabancı Mahkemeden Verilen Vesâyet Kararlarının Tanınması”, Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 135-159.

Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin: Ticari İşletme Hukuku, Genel Esaslar, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

Badak Aybar, Zehra: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Denkleştirme İstemi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 2013/2, S. 24, s. 167-201.

Bahtiyar, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 18. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017.

Berki, Osman Fazıl: Devletler Hususi Hukuku Cilt II, 4. Bası, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1961.

Çelikel, Aysel/ Erdem, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016.

Cengiz Ali: “Acente Kavramı ve Acentelik Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçları”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011, C. 1, S. 2, s. 140-165.

Demir-Gökyayla, Cemile: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001.(Anılış: Tanıma ve Tenfiz)

Demir Gökyayla, Cemile: Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri”, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013. (Anılış: Tek Satıcılık)

Doğan, Murat: “Franchise Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt III, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 327-344.

Doğan, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 3. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara 2015.

Ekşi, Nuray: Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, Beta Yayıncılık, İstanbul 1996. (Anılış: Milletlerarası Yetki)

Ekşi, Nuray: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013. (Anılış: Tanıma ve Tenfiz)

Erdem, Ercüment: Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008.

Erdoğan, Ebru: “Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi”, Terazi Hukuk Dergisi 2020, C. 15, S. 163, s. 466-480.

Esen, Emre, "Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı", Prof. Dr. Ergin NOMER'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 2002, C. 2, S. 22, , s. 183-206.

Göğer, Erdoğan: Devletler Hususi Hukuku, 4. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1977.

Kanışlı, Erhan: “Türk Ticaret Kanunu’na Göre Acentenin Denkleştirme İstemi”, Legal Hukuk Dergisi 2014, C. 12, S. 138, s. 111-144.

Karasu, Rauf: “Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Acentenin Denkleştirme İstemi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008, C. 57, S. 4, s. 283-318.

Kaya Arslan: “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Acenteliği ilişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi Eleştiriler-Öneriler”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, İstanbul 2012, s. 53- 69. (Anılış: Yeni Türk Ticaret Kanunu)

Kaya, Arslan: “Türk Ticaret Kanunu Şerhi”, Birinci Kitap: Ticari İşletme, Yedinci Kısım: Acentelik, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013. (Anılış: Şerh)

Kayhan, Şaban: Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2003.

Köker, Nilüfer: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sona Ermenin Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2015.

İşgüzar, Hasan: Tek Satıcılık Sözleşmesi, Dayınlarlı Hukuk, Ankara1989.

Nomer, Ergin, “Milletlerarası İflâta Yetki Sözleşmesi” (İflas), İstanbul Barosu Dergisi 2011, C. 85, S. 6, s. 3-11.

Nomer, Ergin, “Devletler Hususî Hukukunda Milletlerarası Yetki Mefhumu” (Milletlerarası Yetki), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 2011, C. 40, S. 1-4, s. 393-426.

Nomer, Ergin: “Devletler Hususi Hukuku” (Devletler), Yenilenmiş 22. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017.

Ökçün, A. Gündüz: Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dış Münasebetler Enstitüsü, Ankara 1997.

Önal, Ali: Türk Hukukunda Yabancı Bankaların Durumu ile Bankaların Kuruluş Faaliyet ve Sona Ermesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

Önal, Ali: Tâbiyet Hukuku Kapsamında Tek Ortaklı Türk ve Yabancı Bankaların Durumu, Adalet Akademisi Dergisi 2015, C. 6, S. 20, s. 447-476.

Özdemir Kocasakal, Hatice: Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001.

Özel, Sibel/ Erkan Mustafa/ Pürselim, Selin/ Karaca, Hüseyin Akif: Milletlerarası Özel Hukuk, On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2022.

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 17. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.

Sak, Burak: Bir Üst Kavram Olarak Dağıtım Sözleşmeleri ve Bunlara Özgül Denkleştirme İstemi Sorunu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018.

Sargın, Fügen: İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

Sarıöz-Büyükalp, Ayşe İpek: “Denkleştirme isteminin Hukuki Niteliği ve Kanunlar İhtilafı Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2019, C. 21, S. 2, s. 523-580.

Süzen, Begüm: Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman-Figanmeşe, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2022.

Şenol, A. Nilay: Bayilik Sözleşmesi Sona Ermesi ve Sonuçları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

Ülgen, Hüseyin/ Helvacı, Mehmet/ Kendigelen, Abuzer/ Kaya, Arslan/ Nomer Ertan, Füsün: Ticari İşletme Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

Takavut, Doğan: Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

Tekinalp, Ünal: “Türk Hukukunda Acentenin Portföy Akçesi Talebi”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998.

Tekinalp, Gülören/ Uyanık, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2016.

Teoman, Ömer, “Tek Satıcılık- Portföy Tazminatı”, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. 1, Hukuki Mütalalar, Kitap 11, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 51-83.

Timur, Hıfzı: “Devletler Hususi Hukukunda Amme İntizamı”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 1941, S. 4, s.866-905.

Tiryakioğlu, Bilgin: "Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi" Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 1141-1167.

Yağcı, Uğur: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentenin Denkleştirme İstemi”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013, C. 2, S. 5, s. 15-44.

MİLLETLERARASI YETKİ KURALI OLARAK İFA YERİ KURALININ KAPSAMI:
“SÖZLEŞMEDEN DOĞAN DAVALAR”

Prof. Dr. Banu Şit Köşgeroğlu*

Doç. Dr. Nimet Özbek**

Öz

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10. maddesinde yer alan ifa yeri yetki kuralının, yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar bakımından da uygulama alanı bulmakta olması, bu kuralın kapsamına giren uyuşmazlıkların tespitini milletlerarası usul hukuku bakımından da önemli kılmaktadır. Madde metninde “sözleşmeden doğan davalar”ın ifa yeri kuralının kapsamına girdiği ifade edilmiş ise de, “sözleşmeden doğan davalar”ın kapsamını belirlemek üzere objektif bir kriter geliştirilmiş değildir. Hangi uyuşmazlıkların bu hükmün kapsamına girdiğinin tespit edilebilmesi için, bu çalışmada, başta Avrupa Birliği hukuku olmak üzere Kıta Avrupası hukuk sistemine mensup bazı hukuk düzenlerinde hangi türden uyuşmazlıklar bakımından ifa yeri mahkemelerinin yetkili kılındığı incelenmiş; ardından Türk medenî usul hukuku alanında ortaya konulmuş olan yaklaşımlar çerçevesinde milletlerarası yetki kuralı olarak ifa yeri kuralının kapsamı belirlenmeye çalışılmıştır. Bu çerçevede, ifa yeri yetki kuralının yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar bakımından geniş yorumlanması eğiliminin karşılaştırmalı hukukta ağırlık taşıdığı; özellikle dava konusu taleplerin maddî hukuk karakterinin usul hukuku alanında yetki tesisi bakımından belirleyici olmaması gerektiği ortaya konulmuştur. Türk milletlerarası usul hukuku alanında da sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların kapsamının geniş yorumlanmasının Türk mahkemelerinin özellikle genel yetki kuralı uyarınca yetkili olmadığı durumlarda yetkili kılınması bakımından işlevsel olduğu tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İfa Yeri Yetki Kuralı, Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıklar, Sözleşmesel Meseleler, Milletlerarası Yetki.

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (banusit@hacettepe.edu.tr), ORCID: 0000-0001-8407-9446.

** Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (ozbek@politics.ankara.edu.tr), ORCID: 0000-0002-5380-7778.

*SCOPE OF THE PLACE OF PERFORMANCE RULE AS AN INTERNATIONAL
JURISDICTION RULE: "ACTIONS ARISING OUT OF A CONTRACT"*

Abstract

The fact that the place of performance jurisdiction rule under Article 10 of the Code of Civil Procedure also applies to disputes arising out of contracts with a foreign element makes the determination of the disputes falling within the scope of this rule important in terms of international procedural law. Although the Article states that "actions arising out of a contract" fall within the scope of the place of performance rule, no objective criteria have been developed to determine the scope of "actions arising out of a contract". In order to determine which disputes fall within the scope of this provision, this study examines the jurisdiction of the place of performance courts for which types of disputes in some legal systems belonging to the Continental European legal system, particularly the European Union law, and then tries to determine the scope of the place of performance rule as an international jurisdiction rule within the framework of the approaches put forward in the field of Turkish civil procedure law. Within this framework, it has been revealed that the tendency to interpret the place of performance rule broadly in terms of disputes involving a foreign element is predominant in comparative law; in particular, the substantive law character of the claims should not be determinative in terms of establishing jurisdiction in the field of procedural law. In the field of Turkish international procedural law, it has been determined that the broad interpretation of the scope of contractual disputes is functional in terms of the competence of Turkish courts, especially in cases where Turkish courts are not competent under the general rule of jurisdiction.

Keywords: *Place of Performance Rule, Disputes Arising out of a Contract, Contractual Matters, International Jurisdiction.*

Giriş

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun¹ (HMK) 10. maddesinde yer alan yetki kuralı uyarınca sözleşmeden doğan davalarda, sözleşmenin ifa yeri mahkemesi yetkilidir. Bu yetki kuralı, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un² (MÖHUK) 40. maddesinin göndermesi ile yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar hakkında da uygulama alanı bulur. Böylece, ifa yeri Türkiye'de bulunan sözleşmelerden doğan davaların bu yer mahkemelerinde görülmesi imkânı tanınmaktadır. İfa yeri kriterinin kabul edilmesi, hangi borcun ifa yerinin esas alınacağı ve bu borcun ifa yerinin hangi hukuka göre belirleneceği sorularını beraberinde getirmiş; bu sorulara çeşitli çalışmalarda yanıt aranmıştır³. Konunun bir diğer yönü ise, ifa yeri kuralının kapsamına giren uyuşmazlıkların belirlenmesi ile ilgilidir. Gerçekten hukukumuzda “sözleşmeden doğan davalar”ın ifa yeri kuralının kapsamına girdiği kuralın lafzından anlaşılmaktadır. “Sözleşmeden doğan davalar” kavramının kapsamına hangi uyuşmazlık ve işlerin girdiği, bir usul hukuku kuralı olan HMK m. 10 hükmünün yorumlanması ile belirlenebilir. Bu yorumun Türk hukukuna göre yapılması gerekir;⁴ ancak ifa yeri kuralının Kıta Avrupası hukuk sistemine ait bir yetki kuralı olması itibarıyla kuralın kapsamı yorumlanırken Kıta Avrupası hukuk sistemine ait yaklaşımlar dikkate alınmalıdır. Bu çerçevede Avrupa Birliği hukukunda Medenî ve Ticarî Konularda Yargı Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 27.09.1968 tarihli Sözleşme⁵ (Brüksel Sözleşmesi) ile başlayıp 22.12.2000 tarihli Medenî ve Ticarî Konularda Yargı Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Konsey Tüzüğü⁶ (Brüksel I Tüzüğü) ve 12 Aralık 2012 tarihli Medenî ve Ticarî Konularda Yargı Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü⁷ (Yeni Brüksel I Tüzüğü) ile güncel görünümüne kavuşan

¹ R.G. T. 4.2.2011, S. 27836.

² R.G. T. 12.12.2007, S. 26728.

³ Son döneme ait eserlere örnek olarak bkz. **Karademir Aydemir**, Dilek: Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi, B. 2, Ankara 2019, s. 244-256; **Demir Gökyayla**, C.: Ticari Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul 2021, s. 155 vd.; **Şanlı, Cemal./Esen, Emre./Ataman Figanmeşe**, İnci.: Milletlerarası Özel Hukuk, B. 10, İstanbul 2023, s. 480-487; **Şit Köşgeroğlu**, Banu: Milletlerarası Yetki Tesisinde İfa Yeri Kuralı, Ankara 2022; **Süzen**, Begüm: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10. Maddesi Kapsamında Yabancı Unsurlu Sözleşmelerden Doğan Davalarda Yetki”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2016, C. 11, S. 145-146, s. 1111-1144; **Kazmaz**, Büşra: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10. Maddesi Uyarınca İfa Yerinin Tespiti”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2014, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 1935-1950.

⁴ **Erdoğan**, Ersin: Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması, B. 2, Ankara 2020, s. 72 vd., 117-118; **Ekşi**, Nuray: Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, B. 2, İstanbul 2000, s. 116-117.

⁵ *Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters*, O.J. L 299, 31/12/1972 P. 0032 – 0042.

⁶ Brüksel Sözleşmesi'nin yerini 22.12.2000 tarihli Medenî ve Ticarî Konularda Yargı Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Konsey Tüzüğü (*Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, O.J. L 12, 16.1.2001) (Brüksel I Tüzüğü) almıştır.

⁷ Brüksel I Tüzüğü ise, yerini 10 Ocak 2015 tarihi itibarıyla 1215/2012 sayılı ve 12 Aralık 2012 tarihli Medenî ve Ticarî Konularda Yargı Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü'ne (*Regulation (EU) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (recast)*, O.J. L 351/1, 20.12.2012) (Yeni Brüksel I Tüzüğü) bırakmıştır.

Brüksel rejimi öncelikle incelenmelidir. Buna ek olarak, Kıta sistemine mensup belli başlı ulusal hukuk düzenlerinde, Brüksel (ve 2007 Lugano) rejiminin kapsamı dışında kalan haller bakımından kuralın kapsamının milletlerarası yetki tesisine yönelik olarak nasıl tespit edildiği de ele alınmalıdır. Zira Kıta sisteminin karakteristik özelliklerini taşıyan Alman, Fransız ve İsviçre hukuku gibi başlıca hukuk düzenlerinde⁸ ifa yeri kuralının ne kapsamda uygulandığının belirlenmesi, Kıta sistemine ait bütüncül sonuçlara varılması açısından yararlı görülmektedir. Brüksel rejiminin, bölgesel ve kapalı bir sistem kurduğu düşünülürken, ulusal hukuk düzenlerinin Brüksel (ve 2007 Lugano) rejiminin kapsamı dışında kalan haller bakımından milletlerarası yetki kurallarının kapsamına yaklaşımı önemlidir.

Brüksel rejiminin temeli olan Brüksel Sözleşmesi ve Brüksel I Tüzüğü döneminde ifa yeri kuralının kapsamına ilişkin kavram “sözleşmesel meseleler” veya “sözleşmeye ilişkin meseleler” (*“matters relating to a contract”*) olarak öngörülmüş; Yeni Brüksel I Tüzüğü’nde de ifa yeri kuralının kapsamı aynı kavram ile belirlenmiştir. Yeni Brüksel I Tüzüğü’nde “sözleşmesel meseleler” bakımından m. 7(1)(a) hükmünde uyuşmazlık konusu borcun ifa yeri mahkemesi ve bu çerçevede m. 7(1)(b) hükmünde satım ve iş görme sözleşmeleri bakımından teslim veya işin görülme yeri mahkemesi yetkili kılınmıştır. Aşağıda önce Brüksel rejiminde “sözleşmeye ilişkin meseleler” ile kastedilen uyuşmazlık ve işler belirlenecek; ardından Alman ve Fransız hukukunda Yeni Brüksel I Tüzüğü’nün; İsviçre hukukunda 2007 Lugano Sözleşmesi’nin kapsamı dışında kalan haller bakımından Alman ve Fransız Medenî Usul Kanunlarında ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun’da yer alan ifa yeri kurallarının kapsamı belirlenmeye çalışılacaktır. Brüksel rejiminde ve anılan hukuk düzenlerinde ifa yeri kuralının kapsamı tespit edildikten sonra Türk hukukunda ifa yeri kuralının kapsamına ilişkin görüşler ve uygulama incelenerek “sözleşmeden doğan davalar” kavramı ele alınmaktadır.

Brüksel Sözleşmesi’nden yirmi yıl sonra 1988 yılında Avrupa Ekonomik Toplulukları (AET) üyesi 12 ülke ile Avrupa Serbest Ticaret Bölgesi (*European Free Trade Area – EFTA*) üyesi 6 ülke (Avusturya, Finlandiya, İzlanda, Norveç, İsveç ve İsviçre) arasında Brüksel Sözleşmesi ile aynı hükümleri içeren Lugano Sözleşmesi imzalanmış ve 1 Ocak 1992’de yürürlüğe girmiştir. Bkz. *Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters*, signed at Lugano on 16 September 1988 [1988] O.J. L319/9 (1988 Lugano Sözleşmesi).

Brüksel I Tüzüğü’nün 2001 yılında kabul edilmesini takiben, Tüzük hükümleri doğrultusunda Lugano Sözleşmesi 2007 yılında Avrupa Toplulukları ile EFTA üyesi üç ülke (İzlanda, Norveç ve İsviçre) arasında yeniden imzalanmış ve 1 Ocak 2010’da yürürlüğe girerek 1 Mayıs 2011 tarihinden itibaren 1988 Lugano Sözleşmesi’ni ilga etmiştir. Bkz. *Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters* [2009] O.J. L52/5 (2007 Lugano Sözleşmesi).

Yeni Brüksel I Tüzüğü ile 2007 Lugano Sözleşmesi arasındaki ilişki Tüzük m. 73(1)’de düzenlenmiştir.

⁸ Alman, Fransız ve İsviçre hukukunun seçilmesi, bu hukuk düzenlerinde ifa yeri kuralının Brüksel (ve 2007 Lugano) rejiminin kapsamına girmeyen yabancı unsurlu uyuşmazlıklar için de uygulama alanı bulmasına ve kuralın farklı örneklerinin kabul edilmiş olmasına dayanmaktadır. İfa yeri kuralı, Alman hukukunda uyuşmazlık konusu borcun ifa yeri, Fransız hukukunda satım ve iş görme sözleşmelerinde teslim yeri veya işin görülme yeri ve son olarak İsviçre hukukunda karakteristik edimin ifa yeri şeklinde düzenleme konusu edilmiş ise de, aşağıda görüleceği üzere, kuralın kapsamı birbirine yakın uygulamalar ortaya koymuştur.

I. Brüksel Rejiminde “Sözleşmesel Meseleler”in Kapsamı

İfa yeri kuralının Brüksel rejiminde kapsamı incelenirken, ilk olarak Brüksel Sözleşmesi m. 5(1) hükmünde, daha sonra Brüksel I Tüzüğü m. 5(1) ve Yeni Brüksel I Tüzüğü m. 7(1) hükmünde yer alan “sözleşmesel meselelere ilişkin olarak uyuşmazlık konusu borcun ifa yeri mahkemesinde dava açılabileceği” yönündeki hüküm hareket noktası olmalıdır. Brüksel Sözleşmesi’nin “özel yetki” (“*special jurisdiction*”) başlıklı 5. maddesinde sözleşmesel meseleler yanında nafaka talepleri ve haksız fiilden doğan talepler bakımından da, “nafakaya ilişkin meseleler” (“*matters relating to maintenance*”) (m. 5(2)) ve “haksız fiile ilişkin meseleler” (“*matters relating to tort...*”) (m. 5(3)) ifadelerine yer verilerek yetkili mahkemeler tespit edilmiştir. Benzer şekilde m. 7’de sigortaya ilişkin meseleler (“*matters relating to insurance*”) ifadesi ile düzenleme yapılmıştır. Bu ifade tarzının genel bir yaklaşıma işaret ettiği görülmektedir; zira devam eden hükümlerde daha spesifik olarak belirli uyuşmazlıklara referansla da yetki kuralları getirilmiştir⁹.

Brüksel Sözleşmesi m. 5(1) hükmünde yer alan “meseleler” ibaresi muğlaklığı ile dikkat çekmiş ve sözleşme ile ne ölçüde bağlantılı, ilişkili olması gerektiğine ilişkin bir açıklık getirilmemiştir. Gerçekten Sözleşme’de ya da Avrupa Adalet Divanı (*European Court of Justice*) kararlarında sözleşmesel meseleler veya bunu oluşturan unsurlar tanımlanmamış; ancak bazı kararlarda uyuşmazlık konusunun sözleşmesel meseleler olması veya sözleşmesel karakter taşıması nedeniyle tartışmalı olduğundan bahsedilmiştir. Brüksel I Tüzüğü m. 5(1) ve Yeni Brüksel I Tüzüğü m. 7(1) hükmünün uygulanması bakımından da söz konusu kararlar etkili olmaya devam etmektedir.

Bunlardan *Martin Peters Bauunternehmung GmbH v Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*¹⁰ kararında iki önemli husus vurgulanmıştır: İlk olarak, yetki kurallarında yer alan kavramların yeknesak bir uygulama yaratmak amacıyla bağımsız yorum esasına tâbi tutulması ve bu çerçevede “sözleşmesel meseleler”in *lex fori* ya da *lex causae* uyarınca, yani ulusal hukuk düzenlerinin bakış açısıyla değil, ulusal hukuk düzenlerinden bağımsız yorumlanması gereğine yer verilmiştir¹¹. İkinci olarak da, bir dernek ile, dernek aidatlarını derneğin iç kuralları uyarınca ödemeyen üye şirket arasındaki ilişkinin, katı bir şekilde sözleşmesel bir ilişki olarak görünmese de, bu ikisi arasında, bir sözleşmenin tarafları arasındaki ilişkiye benzer türden yakın ilişki yarattığı kabul edilmiş ve üye devlet mahkemesi, söz konusu aidat borcunu m. 5(1)’in (bugün m. 7(1)) amacı doğrultusunda sözleşmesel olarak değerlendirmiştir¹².

⁹ Bkz. Brüksel Sözleşmesi m. 5(5), 5(7).

¹⁰ (C-34/82) [1983] ECR 987 vd.

¹¹ Bağımsız yorum esası hakkında ayrıca bkz. **Magnus**, Ulrich: *Introduction*, Brussels I Regulation, Magnus, U./Mankowski, P. (eds.), European Law Publishers 2007, s. 31-32.

¹² *Ibid.*, s. 1002-1003, para. 13-14. Ayrıca bkz. **Dickinson**, Andrew/ **Lein**, Eva: *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford 2015, s. 143-144.

Benzer şekilde *SPRL Arcado v SA Haviland*¹³ kararında Avrupa Adalet Divanı (AAD), bağımsız yorum esasını teyit etmiş ve acentelik ilişkisinde komisyon ödeme borcunun temelini acentelik sözleşmesine dayandığını tespit etmiş; bu anlamda talebin dayanağının sözleşme olmasından hareket etmiş; ancak “sözleşme”den ziyade sözleşmesel “meseleler”i öne çıkarmıştır.¹⁴ Bir başka deyişle, sözleşme kavramının, herhangi bir üye devlet hukuku uyarınca tanımlanması reddedilerek, bağımsız yorum esasına vurgu yapılması sözleşmeden ziyade sözleşmesel meseleler kavramının geniş yorumlanması eğilimine yol açmıştır.

1992 yılında verilen *Jakob Handte & Co. GmbH v Société Traitements Mecano-Chimiques des Surfaces*¹⁵ (*Handte*) kararında ise, sözleşmesel meseleler’in kapsamı konusunda biraz daha açıklık yakalanmıştır. Bu karara konu olayda, *Société Traitements Mecano-Chimiques des Surfaces (TMCS)*, İsviçreli bir firmadan iki adet cilalama makinesi satın almış; bu makinelere monte edilecek bir parçayı davalı Alman firma, Handte tarafından üretilmiş ve Handte Fransa tarafından söz konusu parça TMCS’ye satılıp monte edilmiştir. Sonradan monte edilen bu parçanın ayıplı olduğu ortaya çıkınca, TMCS İsviçreli firmaya, Handte Almanya’ya ve Handte Fransa’ya karşı dava açmıştır. Bu dava sürecinde TMCS tarafından Handte Almanya’ya yöneltilen talepler bakımından sözleşmenin ifa yeri mahkemesinin yetkili olup olmadığı tartışılmış ve yukarıda yer verilen kararlara da atıfla “sözleşmesel meseleler” kavramının, Brüksel Sözleşmesi’nin yeknesak uygulanmasını temin etmek üzere, ulusal hukuk düzenlerinde dava konusu hukukî ilişkinin nasıl nitelendirildiğinden bağımsız olarak yorumlanması gereğine işaret edilmiştir¹⁶. AAD’nin sözleşmesel meselelerin kapsamına ilişkin tespiti ise, bir tarafın diğer tarafa karşı özgürce üstlendiği bir borcun bulunmadığı durumların m. 7(1) kapsamında olmadığı yönünde olmuştur¹⁷. Devamla, alt-alıcının aracı firmadan (Handte Fransa) satın aldığı malların sözleşmeye uygun olmadığı iddiası ile malların üreticisine karşı açtığı davanın, alt-alıcı TMCS ile üretici Handte Almanya arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığı için m. 7(1) kapsamına girmediği; zira üreticinin, alt-alıcıya karşı üstlendiği bir sözleşmesel borcun bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır¹⁸. Böylece, taraflar arasındaki her bir yükümlülüğün tarafların bilgisi ve rızası dahilinde olması, sözleşmesel meseleler kapsamında yetki tesisi için gerekli görülmüştür. Bu olayda, üretici firma, alt alıcıya karşı özgürce bir borç üstlenmemiştir ve taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır; dolayısıyla m. 7(1) kapsamında yetki tesisi söz konusu

¹³ (C-9/87) [1988] ECR 1551 vd.

¹⁴ Ibid., s. 1554, para. 11-12. Kararda, “*matters relating to a contract*”in bağımsız bir kavram olarak, Brüksel Sözleşmesi’nin sistemi ve amaçlarına referansla Sözleşme’nin tam olarak etkili olmasını sağlamak üzere yorumlanması gereğine işaret edilmiş ve acenta sözleşmesi uyarınca muaccel olan komisyon borcuna ilişkin talebin acente sözleşmesine dayandığı ve dolayısıyla Sözleşme m. 5(1) anlamında “*a matter relating to a contract*” teşkil ettiği ifade edilmiştir.

¹⁵ (C-26/91) [1992] ECR I-3990.

¹⁶ Ibid., s. 3993, para. 10.

¹⁷ Ibid., s. 3994, para. 15.

¹⁸ Ibid., s. 3994-3995, para. 16. Bu kararda, AAD hukukî kesinlik ve öngörülebilirliğin, davalının kendisine karşı nerede dava açılabileceğini öngörmesini gerektirdiğini; üreticinin, alt-alıcı tarafından açılacak davaların nerede açılabileceğini öngöremeyeceğini de ifade etmiştir. Bkz. Ibid., s. 3995, para. 17-19.

değildir. Davalı açısından kendisine karşı nerede dava açılabilceğinin öngörülebilir olması gereği de öne çıkarıldığından, sadece hukukî ilişkinin niteliği değil, davalı açısından öngörülebilirlik de yetki tesisinde dikkate alınmıştır. Bu kararda yer verilen yaklaşım, AAD'nin diğer bazı kararlarında teyit edilmiş ve bir adım ileri götürülerek iki tarafın da birbirinin kim olduğunu bilmesi gereğine işaret edilmiştir¹⁹. Ancak bu karara ilişkin değerlendirmeler kapsamında, *Handte* kararının, üçüncü kişiler tarafından ileri sürülen talepleri her durumda m. 7(1) hükmünün kapsamı dışına çıkardığı sonucuna varılmaması gerektiği ifade edilmiştir²⁰. Buna göre, davacı ve davalının, sözleşmeye en başta bizzat taraf olan kişiler olması zorunlu değildir. Sözleşme taraflarının halefleri de davacı veya davalı sıfatını alabilir²¹. Örneğin, bir konşimentoyu devralan hamilin, konşimentoyu devreden hak ve borçlarına halef olduğu dikkate alınır, taşıma sözleşmesi ile bağlı olduğu ve dolayısıyla konşimento hamili ile konşimentoyu düzenleyen arasındaki ilişkinin “sözleşmesel” nitelik taşıdığı kabul edilmektedir²². Benzer şekilde, şirket hisselerini devralan kişinin, şirket ile ilişkisinin (şirkete pay sahibi olarak kaydedilmesi için başvurmasından önce şirketin kişinin varlığı ve kimliği hakkında bilgisi bulunmasa da) yetki tesisi açısından “sözleşmesel” nitelikte olduğu tespit edilmiştir²³. Buna karşılık, gönderilenin, konşimentoyu düzenleyen tarafından tayin edilen fiilî taşıyıcıya karşı açacağı davanın sözleşmesel meseleler kapsamında olmadığı; zira sözleşme taraflarının üçüncü bir kişinin sözleşmeden doğan bir kısım borcu ifa edeceğini bilmesi ve üçüncü kişinin de bu sözleşme çerçevesinde ifa faaliyetinde bulunacağını bilmesi yeterli değildir. Bir başka deyişle, somut durumda sözleşme uyarınca üçüncü bir kişinin dahil olacağını bilmek, bu üçüncü kişi ile ilgili olarak serbestçe bir borç üstlenildiğini göstermez. Bu nedenle gönderilenin fiilî taşıyıcıya karşı açtığı dava m. 7(1) kapsamında değildir²⁴. Nitekim, AAD'nin *Réunion Européenne SA and others v Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV, and the Master of the vessel Alblasgracht V002*²⁵ (*Réunion*) kararına konu olayda, taşıma sırasında doğan zararı tazmin eden sigortacılar tarafından konşimentoya dayanılarak taşıyıcılara ve gemi kaptanına karşı dava açılmıştır. Hamiline yazılı konşimento deniz taşıma için Avustralyalı firma tarafından Sydney'den Rotterdam'a malların taşınmasına ilişkin olarak düzenlenmiş; mallar Rotterdam'dan Fransa'daki gönderilene karayolu ile taşınarak teslim edilmiştir. Konşimentoda deniz yolu ile taşımayı gerçekleştiren fiilî taşıyıcı Hollandalı firma anılmamıştır. Davacılar, Hollandalı fiilî taşıyıcı ve gemi kaptanı ile gönderilen arasında bir sözleşme bulunmadığını; bu nedenle Brüksel Sözleşmesi m. 5(1) (bugün m. 7(1)) hükmünün uygulanamayacağını; yönelttikleri taleplerin haksız fiilden doğduğunu ve Brüksel Sözleşmesi m. 5(3)

¹⁹ Dickinson/Lein, s. 145.

²⁰ Bkz. Briggs, Adrian: Civil Jurisdiction and Judgments, 6th Ed., Oxon 2015, s. 211 vd.

²¹ Dickinson/Lein, s. 145.

²² Briggs, s. 212. Bkz. (C-387/98) [2000] ECR I-9337.

²³ Briggs, s. 212. Bkz. (C-241/89) [1992] ECR I-1745.

²⁴ Briggs, s. 212.

²⁵ (C-51/97) [1998] ECR I-6534.

uyarınca yetkili mahkemenin zarar yeri olan Rungis, Fransa olduğunu ileri sürmüşler ve Avustralyalı firma ile Hollandalı fiilî taşıyıcı ve gemi kaptanına karşı davanın bölünemez olduğu gerekçesiyle Rungis mahkemesinde görülmesi gereğini savunmuşlardır.²⁶ Ancak, Rungis mahkemesi, taşımanın Avustralya'dan Rungis'e doğrudan taşıma niteliğinde olmadığı; Rotterdam'dan Rungis'e taşıma için ayrı bir konşimento düzenlendiği gerekçesiyle Hollandalı fiilî taşıyıcı ve gemi kaptanı bakımından m. 7(1) uyarınca yetkili olmadığına hükmetmiş ve Rotterdam mahkemesi lehine yetkisizlik kararı vermiştir. Paris İstinaf Mahkemesi de bu kararı onamış; bunun üzerine davacılar kararı temyize götürmüş ve gönderilenin Hollandalı fiilî taşıyıcı ve gemi kaptanı ile sözleşme ilişkisinin bulunmadığını; bu nedenle m. 7(1) hükmünün uygulanamayacağını ileri sürmüş; Fransız temyiz mahkemesi konuyu AAD'ye taşımıştır; zira davalı Hollandalı fiilî taşıyıcı ile gemi kaptanı, kendilerine yöneltilen dava taşıma sözleşmesini içeren konşimentoya dayandığından uyumsuzluğu m. 7(1) kapsamında sözleşmesel meselelerden olduğunu ileri sürmüşler; ancak AAD, Avustralyalı firma tarafından düzenlenen hamiline yazılı konşimentonun malların boşaltılma ve teslim yeri olan Rotterdam'a deniz yolu ile taşımayı kapsadığını; konşimentoda gönderilenin ve geminin zikredildiğini tespit ettikten sonra konşimentonun gönderilen ile Hollandalı fiilî taşıyıcı ve gemi kaptanı arasında serbestçe kurulmuş *bir akdî ilişkiden bahsetmediğini*; bu durumda Hollandalı fiilî taşıyıcı ile gemi kaptanına karşı açılan davanın m. 7(1) anlamında sözleşmesel bir mesele olamayacağına karar vermiştir²⁷. AAD, gönderilen (sigortacılar) ile Hollandalı fiilî taşıyıcının birbirlerine karşı serbestçe üstlendikleri borçlardan bahsedilemeyeceğini; zira gönderilenin, fiilî taşıyıcının varlığından haberdar olmadığını vurgulamıştır. Böylece, bu davada m. 7(1) uyarınca yetki tesisi için tarafların karşılıklı birbirlerinin varlığından haberdar olmaları gereği ortaya konulmuştur²⁸.

²⁶ Ibid., s. 6538, para. 8 vd.

²⁷ Ibid., s. 6542, para. 17-19.

²⁸ AAD'nin m. 5(1) konusundaki bu yaklaşımının Sözleşme'nin diğer hükümlerine ilişkin yorumu ile tutarlı olmadığı ifade edilmektedir. Gerçekten, AAD'nin m. 5(1) uyarınca yetki tesisi için sözleşmesel ilişkinin niteliğine ilişkin yaklaşımı, özellikle konşimentonun üçüncü kişi hamili bakımından, taşıyıcı ile gönderen arasındaki taşıma sözleşmesinde yer alan yetki kaydının Sözleşme m. 17 uyarınca bağlayıcı olduğu anlayışı ile ters düşmektedir. *Partenreederei ms Tilly Russ and Ernest Russ v NV Haven- & Vervoerbedrijf Nova and NV Goeminne Hout* kararında AAD bu anlayışı ortaya koymuş ve konşimento hamilinin, taşıyıcı ile gönderen arasındaki taşıma sözleşmesinde yer alan yetki kaydı ile bağlı olduğunu; böylece konşimentodan doğan hak ve yükümlülüklerin taşıma sözleşmesinden ayrı değerlendirilmediğini belirtmiştir. Bkz. (C-71/83) [1984] ECR I-2418. Açıktır ki, bu tür bir durumda taşıyıcı, nihai konşimento hamilinin kim olacağını önceden bilemeyebilir ve konşimento hamili m. 17 uyarınca dava açabilir veya konşimento hamiline dava açılabilir; ancak m. 5(1) uyarınca aynı sonuca ulaşamaz. Böylece, m. 5(1) uyarınca yetki tesisi için aranan tarafların birbirinin kimliğinden haberdar olması gereği mantıksal altyapısı açısından tartışmalı hale gelmiştir. *Handte ve Réunion* kararlarında m. 5(1) uyarınca yetki tesisi için gerekli görülen taraflar arasında "serbestçe borç üstlenilmesi" şartının, özellikle üretici ile alt alıcının veya taşıyıcı ile konşimento hamilinin objektif bir şekilde serbestçe girilen bir sözleşme ilişkisi içinde olmadıkları anlamına gelip gelmediği açık değildir. Bazı sözleşmesel borçların, serbestçe kararlaştırılmış borçlar değil, kanun gereği doğan borçlar olduğu açıktır. *Handte ve Réunion* kararlarında AAD'nin amacının bu tür kanun gereği doğan borçları m. 5(1) uyarınca yetki tesisinde sözleşmeden doğan borçlardan ayrı tutmak olmadığı; esas olarak tarafların kanun gereği değil, serbestçe bir araya gelmiş olmaları şartının amaçlandığı dikkate alınmalıdır. Bu şekilde serbest iradeleriyle bir araya gelmiş olan tarafların sözleşmelerinden doğan borçlara ilişkin olarak ortaya çıkan hukukî sonuçların m. 5(1) hükmünün kapsamı bakımından önemi yoktur. Bununla birlikte, m. 5(1) hükmünün kapsamı ve tazminat talepleri bakımından söz konusu ayırımın çok net olmayabileceği; ayrıca ulusal hukuk düzenlerinde özellikle örneğin, alt alıcının taleplerinin sözleşmeden değil, haksız fiilden doğan talepler olarak değerlendirilebileceği

Eğer uyumsuzluk bazı açılardan bir sözleşme ile ilişkili ise, ancak davanın tarafları sözleşmenin tarafları değilse, m. 7(1) anlamında sözleşmesel meselelerden yine söz edilemez. Örneğin, bir tüketici derneği tarafından haksız sözleşme hükümlerini engellemek için açılan dava, sözleşme ile ilgili olmasına karşın, davanın tarafları, sözleşmenin tarafları olmadığından yetki tesisi açısından sözleşmesel meseleler kapsamında değildir. Ancak, üçüncü kişi lehine bir sözleşmeden doğan taleplerin yetki tesisi açısından sözleşmesel nitelikte görülmesi mümkündür²⁹.

Handte kararında yer verilen serbestçe üstlenilmiş borç kavramının tam bir tanımı bulunmamaktadır. Ancak kararın, davanın dayanağı olan talebin/borcun serbestçe üstlenilmiş bir borç olması gerektiği yönünde yorumlanmaması gereği ifade edilmiştir. Örneğin, satım sözleşmesinde satıcının bazı borçlarının kanundan doğduğu açıktır. Bu borçlara ilişkin bir davanın m. 7(1) kapsamında olmadığı düşünülemez³⁰.

Brüksel Sözleşmesi m. 5(1) ve devamında Yeni Brüksel I Tüzüğü m. 7(1) hükmü uyarınca yetki tesisinde sözleşmeye “*ilişkin meseleler*” veya sözleşmesel “*meseleler*”in tespiti de önemlidir. Sözleşmeye “*ilişkin meseleler*” kavramı, sözleşme odak noktası olarak ifadesini bulan bir kavramdır ve doğal olarak uyumsuzluğun “bir sözleşme” ile ilişkili olmasını ifade eder. Ancak, m. 7(1) doğrudan doğruya sözleşmeden doğan taleplerle sınırlı değildir ve “sözleşmeye ilişkin” her türlü meseleyi kapsar³¹.

Bazı davalarda sözleşme öncesi sorumluluk ve *culpa in contrahendo* ile ilgili talepler bakımından “sözleşmesel meseleler”in anlamı ve kapsamı tartışılmıştır³². Benzer şekilde bir sözleşmenin var olmadığına ilişkin tespit davasının da m. 7(1) kapsamında olduğu; zira m. 7(1) hükmünün sözleşmenin ifası ya da ihlali halinde tazminat talepleri ile sınırlı olmadığı; aksine “sözleşmesel meseleler”in genel bir referans niteliğinde olduğu görülmektedir³³. Bu çerçevede bir tarafın sözleşmenin var olmadığını, diğer tarafın ise sözleşmenin geçerli olduğunu iddia ettiği hallerin m. 7(1) kapsamında olduğu belirtilmiştir³⁴.

görülmektedir. Bu konuda detaylı inceleme için bkz. **Newton**, Justin: The Uniform Interpretation of the Brussels and Lugano Conventions, Oxford 2002, s. 52-54.

²⁹ **Briggs**, s. 212-213.

³⁰ **Briggs**, s. 213.

³¹ **Dickinson/Lein**, s. 145.

³² Bkz. **Newton**, s. 58 vd. *Culpa in contrahendo*'dan doğan taleplerin Alman hukukunda sözleşmeye ilişkin kabul edilirken, Fransız hukukunda haksız fiil kapsamında değerlendirildiği; ancak bağımsız yorum esası uyarınca genel olarak “sözleşmesel meseleler”den sayılması anlayışının ağırlık taşıdığı çeşitli mahkeme kararlarında ifadesini bulmuştur. Kararlar hakkında bkz. **Newton**, s. 62-64. Ancak aşağıda görüleceği üzere, aksi yönde kararlar ve değerlendirmeler de vardır. Bkz. aşa. dn. 41-42.

³³ İngiliz istinaf mahkemesi tarafından verilen *Boss Group Ltd v Boss France SA* kararında Brüksel Sözleşmesi m. 5(1) hükmünün, sözleşmenin mevcut olmadığına ilişkin tespit talebi bakımından uygulanabilir olduğuna hükmedilmiştir. Karar için bkz. [1996] LRLR 403, çevrimiçi metin için bkz. <https://www.unalex.eu/Judgment/Judgment.aspx?FileNr=UK-75&FixLng=en> (20.3.2023). Ayrıca bkz. **Dickinson/Lein**, s. 146.

³⁴ Bkz. *Effer SpA v Hans-Joachim Kantner* (C-38/81 [1982] 825; *Boss Group Ltd v Boss France SA* [1996] 4 All ER 970, CA; *Bio-Medical Research Ltd. T/A Slendertone v Delatex S.A.* [2000] 4 IR 307, SC. Ayrıca bkz. **Briggs**, s. 214-215.

Aynı doğrultuda olmak üzere bir sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar verilmesi talebinin de m. 7(1) uyarınca ifa yeri yetki kuralının kapsamı içinde olduğu yönünde kararlar verilmiştir³⁵. Hükümsüz sözleşme nedeniyle zararların giderilmesi talebinin de m. 7(1) kapsamında olduğu kabul edilmektedir³⁶.

Devam eden süreçte “sözleşme” kavramına nelerin girdiği tartışılmaya devam edilmiş; bu anlamda tarafların serbest iradeleri ile üstlendikleri borçların sözleşmesel olduğu teyit edildiği gibi, sadece ticarî işlerin değil, her tür karşılıklı anlaşmanın sözleşme sayıldığı vurgulanmıştır³⁷. Buna göre önemli olan, “sözleşme” kavramının, altta yatan ekonomik meseleleri kapsayacak şekilde geniş yorumlanması olup, icap – kabul tek başına belirleyici değildir. Esas sınır, sözleşme ile haksız fiilin birbirinden ayrılmasıdır³⁸. Ancak tek taraflı borçların (kambiyo senetleri, çek veya üretici tarafından verilen garanti yükümlülüğü gibi) bu kapsamda sayılıp sayılmayacağı; ayrıca, sözleşme görüşmelerinin haklı sebep olmaksızın sona erdirilmesi, sözleşme görüşmeleri veya sözleşmenin ifası sırasında taraflardan birinin mallarına zarar verilmesi bakımından “sözleşme”den bahsedilip bahsedilemeyeceği tartışmalı görülmüştür³⁹.

Brüksel I Tüzüğü döneminde tek taraflı taahhütlere ilişkin taleplerin de, taahhütte bulunan, karşı tarafın kimliği hakkında bilgi sahibi olmasa da, sözleşmesel nitelikte görülmesinin yerinde olacağı ifade edilmiştir⁴⁰.

Sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk konusunda ise, 2002 yılında verilen bir kararda⁴¹ AAD, taraflarca serbestçe üstlenilmiş bir borç söz konusu olmadığı gerekçesiyle davanın m. 7(1) kapsamına girmediğine hükmetmiştir. Bu davaya konu olayda, bir satım sözleşmesi akdetmek amacıyla sözleşme görüşmelerine başlamışlar; fakat taraflardan biri sözleşme akdedilmeden önce görüşmelere son vermiştir. İtalyan hukukuna tâbi olan bu ilişkide İtalyan hukukuna göre, zarar gören taraf, sözleşmeyi akdetmek suretiyle iyi niyetli davranmayı haksız biçimde reddeden taraftan zararlarını talep etme hakkına sahiptir. Bu borcun ihlâli dolayısıyla doğan zararlara ilişkin davanın m. 7(1) kapsamına girip girmediği konusunda AAD, her ne kadar m. 7(1) hükmünün sözleşmenin kurulmasını gerektirmediğini ifade etse de, bir borcun var olması şartını aramış ve davalı ile davacı

³⁵ Fransız Temyiz Mahkemesi'nin *Soc I.S.I. c/ Soc. De promotion des Centres privé audiovisuels* kararı ve *Société anversoise de dépôts et hypothèques c/ Richard* kararı. Kararlar hakkında bkz. **Newton**, s. 59-60. Ayrıca bkz. **Briggs**, s. 215-217; **Dickinson/Lein**, s. 146.

³⁶ **Briggs**, s. 215. Ancak sözleşmenin baştan itibaren hükümsüz olduğu konusunda taraflar mutabık ise, bu hükümsüz sözleşme nedeniyle yapılan ödemelerin iadesinin m. 7(1)(a) kapsamında olmadığı; zira geri ödemenin veya zararın tazmininin sözleşmesel nitelikte olmadığı ifade edilmekle birlikte, bu hususun tartışmalı olduğuna işaret edilmiştir. Bkz. *Kleiwort Benson Ltd v Glasgow City Council* [1999] 1 AC 153. Karar hakkında bkz. **Briggs**, s. 215.

³⁷ *Base Metal Trading Ltd v Shamurin* [2005] All ER (Comm) 17, 27 (CA per Tuckey L. J.).

³⁸ **Mankowski**, Peter: *Special Jurisdictions, Article 5*, Brussels I Regulation, Magnus, U./Mankowski, P. (eds.), European Law Publishers 2007, s. 102.

³⁹ **Mankowski**, s. 105 vd.

⁴⁰ **Briggs**, s. 213. Bkz. (C-27/02) [2005] ECR I-439.

⁴¹ (C-334/00) [2002] ECR I-7357.

arasında serbestçe üstlenilmiş bir borç bulunmadığı gerekçesiyle m. 7(1) hükmünün uygulanamayacağı sonucuna ulaşmıştır. *Briggs*'e göre AAD'nin gerekçesi hatalıdır. Zira taraflar arasında her bir tarafın iyi niyetli olarak müzakereleri sürdürme borcu bulunmaktadır. Bir kez taraflar sözleşme görüşmelerine serbest iradeleri ile girişmiş ise, bu borç ortaya çıkar. Bu nedenle kararın gerekçesi, davanın sözleşmesel meseleler kapsamında olmadığı doğrudur; fakat daha doğru bir gerekçe bu hususun taraflar arasında çekişmesiz olduğudur. Dolayısıyla ortada bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından m. 7(1) hükmünün uygulanamayacağı sonucuna ulaşılmalıdır⁴². Bu konuda, Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Roma I Tüzüğü⁴³ (Roma I Tüzüğü) ve Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Roma II Tüzüğü⁴⁴ (Roma II Tüzüğü) ile medenî ve ticarî konulara ilişkin borçların sözleşmesel ve sözleşme dışı borçlar olarak bir ayrıma tâbi tutulmuş olması ve bu ayrımın, Yeni Brüksel I Tüzüğü m. 7(1) hükmünün uygulanması bakımından etkili olması ihtimalinin bulunduğu dikkate alınmalıdır. Gerçekten *culpa in contrahendo*'dan veya sözleşme öncesi kusurdan doğan sorumluluğun Roma II Tüzüğü'nün kapsamında sözleşme dışı sorumluluk olduğu anlayışı kabul edilmiştir. Bu anlayış, sözleşme öncesi sorumluluğun Yeni Brüksel I Tüzüğü m. 7(2) hükmünün kapsamında değerlendirilmesine yol açabilir. Böylece, sözleşmenin geçerliliği ve geçersizliği ile ilgili davalar m. 7(1) kapsamında; buna karşılık sözleşme öncesi sorumluluğa ilişkin davalar m. 7(2) kapsamında değerlendirilebilir⁴⁵.

Yeni Brüksel I Tüzüğü m. 7(1) hükmünün kapsamı açısından incelenmesi gereken bir husus da, sözleşme tarafları arasında haksız fiile ilişkin sorunlardan doğan davaların sözleşmesel meseleler kapsamında görülüp görülmeyeceğidir. Özellikle sözleşmeden doğan talepler ile haksız fiile ilişkin taleplerin yarıştığı davalarda bu tür sorumluluk hallerinin m. 7(1) hükmünün amaçları açısından “sözleşmeye ilişkin meseleler”den olup olmadığı belirlenmelidir⁴⁶. *Brogstetter v Fabrication de Montres Normandes EURL*⁴⁷ kararında AAD, aralarında sözleşme ilişkisi bulunan iki tacir arasındaki sadakatsizlik ve haksız rekabet iddiaları haksız fiil olarak nitelendirilmiştir. AAD, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunduğunu tespit etmiş; fakat sözleşme taraflarından birinin diğerine karşı özel hukuk sorumluluğuna ilişkin bir talepte bulunmasının, bu talebin m. 7(1) anlamında “sözleşmesel meseleler”den olduğu sonucuna ulaşmak için yeterli olmadığına hükmetmiş ve ileri sürülen ihlâlin, sözleşmenin amacı dikkate alınarak sözleşmenin ihlâli olarak değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığını belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu çerçevede, mahkemenin

⁴² **Briggs**, s. 216-217.

⁴³ *Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)*, O.J. L 177/6, 4.7.2008.

⁴⁴ *Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)*, O.J. L 199/40, 31.7.2007.

⁴⁵ Bkz. **Briggs**, s. 217; **Dickinson/Lein**, s. 146.

⁴⁶ **Briggs**, s. 217.

⁴⁷ C-548/12, EU:C:2014:148, [2014].

davacının taleplerinin hukukî dayanak anlamında amaçsal olarak sözleşmede öngörülen hak ve yükümlülüklerin ihlâli anlamına gelip gelmediğini tespit etmesi gereği vurgulanmıştır. Buna göre, sözleşmenin amacı dikkate alındığında, davacının taleplerinin sözleşmenin ihlâline dayandığı sonucuna ulaşılabiliyorsa m. 7(1) anlamında yetki tesisi mümkün olur⁴⁸.

Benzer şekilde, yetki tesisi açısından tazminat talepleri veya sebepsiz zenginleşmeden doğan talepler bakımından da, bu taleplerin hukukî dayanağının taraflar arasında serbestçe akdedilmiş bir sözleşme ilişkisi olduğu hallerde davanın m. 7(1) kapsamında değerlendirilebileceği; buna karşılık taraflar arasındaki sözleşmenin amacı dikkate alındığında davacının taleplerinin sözleşmeye dayanmadığı sonucuna ulaşılmakta ise, haksız fiil temelinde yetki tesisinin mümkün olduğu görülmektedir⁴⁹.

Böylece Brüksel Rejiminde, m. 7(1) anlamında yetki tesisi için “sözleşmesel meseleler”in kapsamı belirlenirken *Handte* kararı ile ortaya konulan “serbestçe borç üstlenme” kriteri ile birlikte, sözleşmenin amacı doğrultusunda davacının taleplerinin hukuken sözleşmeye veya sözleşmenin ihlâline dayanan talepler olması gereği dikkat çekmektedir.

Bir diğer husus ise, Brüksel rejiminde ifa yeri kuralının uygulama alanının belirlenmesinde sözleşmesel meselelerin haksız fiillerden ayrılması hususunun öne çıktığıdır. AAD, sözleşmeye ilişkin meseleler ile haksız fiil veya haksız fiil benzeri fiiller arasındaki sınırı belirlemeye çalışmıştır. *Kalfelis v Bank Schröder*⁵⁰ kararında, Brüksel Sözleşmesi m. 5(3) uyarınca haksız fiile ilişkin meseleleri, m. 5(1) anlamında sözleşmeye ilişkin meseleler dışında kalan ve davalının sorumluluğuna yol açan tüm davaları içerecek şekilde tespit etmiştir. Yukarıda görüldüğü üzere *Reunion* kararında da meselenin sözleşmesel meseleler kapsamında değil, haksız fiil kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Benzer şekilde *Handte* kararında “sözleşmesel meseleler” haksız fiile ilişkin meselelerle bağlantılı olarak tartışılmış ve üreticinin, alt alıcıya karşı sorumluluğu, bazı hukuk düzenlerinde haksız fiil sorumluluğu iken, diğer bazı hukuk düzenlerinde sözleşmesel sorumluluk kapsamında görülse de, AAD yetki tesisi açısından bağımsız yorum esası doğrultusunda davacının talebini “sözleşmesel meseleler”den görmemiştir.

⁴⁸ Ibid., para. 24-29.

⁴⁹ Briggs, s. 219-220.

⁵⁰ (C-189/87) [1988] ECR 5565.

II. Alman, Fransız ve İsviçre Hukukunda İfa Yeri Kuralının Kapsamı

A. Alman Hukuku

Alman hukukunda ifa yeri yetki kuralı, Alman Medenî Usul Kanunu'nun 29 (1) maddesinde yer almaktadır. Bu hükme göre, “bir sözleşme ilişkisinden doğan ve sözleşmenin varlığı ile ilgili uyuşmazlıklar” ifa yeri kuralına tâbidir⁵¹.

Alman hukukunda bu hükmün kapsamına, sözleşmenin geçerliliği ile ilgili uyuşmazlıklar dahil olmak üzere, sözleşmeden doğan her türlü uyuşmazlığın girdiği ve bir talebin sözleşmeden doğup doğmadığının *lex fori*'ye göre belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir⁵². Alman hukukunun bir özelliği, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar kapsamında görülmesidir. Bunun gibi, sözleşmenin varlığı ile ilgili uyuşmazlıklar da, sözleşmenin mevcut olmadığına ilişkin tespit davaları da dahil olmak üzere, hükmün kapsamındadır⁵³. Brüksel rejiminde olduğu gibi iradî olarak üstlenilen borçlarla ilgili uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda m. 29 uyarınca yetkili mahkemenin belirlenebileceği ve hükmün yetki tesisi açısından geniş yorumlanması anlayışı dikkat çekmektedir⁵⁴. Bu kapsamda, sözleşmenin feshi, butlanı veya iptali ve buna ilişkin talepler (bunlar maddî hukukta sebepsiz zenginleşme olarak nitelendirilse bile) yetki tesisi açısından sözleşmeye ilişkin özel yetki kuralının kapsamında görülmektedir⁵⁵. Benzer şekilde, sözleşmenin ifası, ifa edilmeme nedeniyle zararın tazmini talepleri, ifa yerine tazminat talepleri de bu kapsamdadır. Buna karşılık, aynî haklara ilişkin sözleşmeler, aile hukuku sözleşmeleri, miras sözleşmeleri ve tahkim sözleşmelerinden doğan talepler hükmün kapsamı dışındadır⁵⁶.

Görüldüğü üzere, Alman hukukunda ifa yeri kuralının kapsamı geniş yorumlanmakta ve özellikle *culpa in contrahendo* sorumluluğunun yetki tesisi açısından m. 29 kapsamında görülmesi özellik arz etmektedir. Hükmün kapsamının geniş yorumlanması, Yeni Brüksel I Tüzüğü'nün kapsamı dışında kalan yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından da uygulama alanı bulduğu için milletlerarası usul hukuku bakımından da önemlidir⁵⁷.

⁵¹ Alman Medenî Usul Kanunu m. 29(1) hükmünün İngilizce metni şu şekildedir: “(1) For any disputes arising from a contractual relationship and disputes regarding its existence, the court of that location shall have jurisdiction at which the obligation is to be performed that is at issue.” Bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html

⁵² **Schack**, Haimo: Internationales Zivilverfahrensrecht, 7. Auf, Münih 2017, s. 111-112.

⁵³ **Schack**, s. 113.

⁵⁴ **Schack**, s. 112.

⁵⁵ **Schack**, s. 113.

⁵⁶ **Rosenberg**, Leo/**Schwab**, Karl Heinz/**Gottwald**, Peter: Zivilprozessrecht, 18. Auf, Münih 2019, s. 194.

⁵⁷ AB Tüzüklerinin ve yetki kuralları içeren uluslararası anlaşmaların uygulama alanına girmeyen hallerde, Alman Medenî Usul Kanunu'nun 12. maddesinde yer alan genel yetki kuralının hem iç yetkiyi (*venue*) hem de milletlerarası yetkiyi bünyesinde barındırdığı kabul edilmektedir. Buna Alman doktrininde “yer yönünden yetki kurallarının çifte fonksiyonu” (*Doppelfunktionalität*) adı verilmektedir. Bkz. **Junker**, Abbo: Internationales Zivilprozessrecht, Auf. 5, München 2020, s. 68; **Brödermann**, Eckart/**Rosengarten**, Joachim: Internationales Privat-und Zivilverfahrensrecht, B. 8, Münih 2019, s. 187.

B. Fransız Hukuku

Fransız hukukunda sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara (sözleşmesel meselelere) ilişkin olarak genel yetkili mahkemede dava açılabileceği gibi, Fransız Medenî Usul Kanunu m. 46(2) uyarınca, malların fiilî teslim yeri (*place of the actual delivery*) veya işin görüldüğü (görüleceği) yer mahkemesinde de dava açabilir⁵⁸. Kural, sadece satım ve iş görme sözleşmelerine ilişkindir. Aslında en çok başvuru alan ve en çok uyuşmazlık konusu olan iki sözleşme kategorisi için özel yetki kuralı kabul edilmiştir. Satım ya da iş görme sözleşmesi niteliğinde olmayan sözleşmeler bakımından ayrı bir özel yetki kuralı getirilmemiştir.

Hükmün uygulama alanı ise, Brüksel rejiminde olduğu gibi, “sözleşmesel meseleler” (“*en matière contractuelle*”) ile sınırlıdır. Medenî Usul Kanunu m. 46(2)’de satım ve iş görme sözleşmelerinden doğan sözleşmesel uyuşmazlıklarla sınırlı bir yetki kuralı getirilmiştir. Buna göre eğer, teslim yeri veya işin görülme yeri Fransa ise, sözleşmesel meseleler bakımından Fransız mahkemeleri özel yetkiyi haizdir. Buna göre, varlığı⁵⁹ veya geçerliliği⁶⁰ uyuşmazlık konusu olsa da bir sözleşme ilişkisinin⁶¹ var olması gereklidir. Ayrıca, bir şeyin teslimini veya bir işin görülmesini öngören bir sözleşme söz konusu olmalıdır. Uygulamada yetki meselesi daha çok teslim ve iş görme edimlerinin varlığı açısından tartışılmaktadır. Örneğin, bir miktar paranın ödenmesi⁶² teslim veya iş görme kapsamında görülmemektedir. Benzer şekilde bir taşınmazın satımı taahhüdünün bir şeyin teslimi veya iş görme niteliğinde olmadığı son dönemde Fransız Yüksek Mahkemesi tarafından vurgulanmış⁶³ ve tüm sözleşmesel meselelerin m. 46(2) kapsamında olmadığı belirtilmiştir. Aynı kararda uyuşmazlığın sözleşmesel nitelikte olması yeterli görülmemiş; önemli olanın uyuşmazlığın fiilen bir şeyin teslimi veya bir işin görülmesine ilişkin olması gereği üzerinde durulmuştur.

⁵⁸ Fransız Medenî Usul Kanunu m. 46(2)’de yer alan hüküm şu şekildedir: “*en matière contractuelle, la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l’exécution de la prestation de service*”. Bu hüküm 1981 yılında kanun değişikliği ile güncel halini almış olup, 1981 öncesinde sadece ticarî sözleşmelere uygulanmak üzere yetki kuralı mevcuttu. 1981’de yapılan değişiklikle ticarî sözleşme – ticarî olmayan sözleşme ayrımı kaldırıldı. Bkz. 81-500 sayılı ve 12 Mayıs 1981 tarihli Kararname m. 8, JORF 14 mai 1981 rectificatif JORF 21 mai 1981, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000329213/>. Ayrıca bkz. **Weser**, Martha: “Bases of Judicial Jurisdiction in the Common Market Countries”, AJIL 1961, Vol. 10, No. 4, s. 331.

⁵⁹ Sözleşmenin varlığına ilişkin uyuşmazlığın m. 46(2) kapsamında sözleşmesel meselelerden olduğu yönünde Fransız Yüksek Mahkemesi kararı için bkz. Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 15 janvier 2013, 11-27.238, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000026962349/>

⁶⁰ Bkz. Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 1 juillet 1999, 97-20.597, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007041416/>

⁶¹ Fransız Yüksek Mahkemesi “sözleşme benzeri” (*quasi contract*) ilişkiden doğan uyuşmazlıkta m. 46(2) hükmü uyarınca yetki tesis edilemeyeceğine hükmetmiştir. Bkz. Cour de Cassation, civile, Chambre civile 2, 22 mai 2008, 07-14.964, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000018869452/>

⁶² Bir miktar paranın ödenmesinin, bir şeyin teslimi veya bir işin görülmesi anlamına gelmediği yönünde Fransız Yüksek Mahkemesi kararı için bkz. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 16 mars 1999, 96-22.016, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007040483/>

⁶³ Bkz. Cour de Cassation, civile, Chambre civile 2, 27 juin 2019, 18-19.466, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000038734156/>

Böylece Fransız hukukunda genel bir ifa yeri kuralının yer almadığı; satım ve iş görme sözleşmelerine yönelik ifa yeri kuralı bakımından da, sözleşmesel meselelerin teslim ve iş görme ile sınırlı biçimde yorumlandığı; ancak ilgili sözleşmelerin varlığı ve geçerliliği dahil olmak üzere sözleşmesel meseleleri kapsadığı görülmektedir. Bu hali ile, genel ifa yeri kurallarının yorumlanmasına yönelik olarak Fransız hukukunun yol gösterici olmadığı sonucuna ulaşılabilir.

C. İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun (MÖHK) m. 113'te sözleşmesel uyuşmazlıklara yönelik olarak, karakteristik edimin ifa yeri mahkemesinin genel yetkili mahkeme yanında yetkili kılındığı görülmektedir. İsviçre'nin Lugano Sözleşmesine taraf olması nedeniyle, bu Sözleşme'nin uygulama alanı dışında kalan davalar bakımından İsviçre mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHK hükümlerine göre belirlenmektedir. MÖHK m. 113'te yer alan yetki kuralı, önceleri "uyuşmazlık konusu borcun ifa yeri" mahkemesini yetkili kılarken, 2009 yılında karakteristik edimin ifa yerini yetkili kılmak üzere yenilenmiştir⁶⁴.

İsviçre hukukunda ifa yeri kuralının kapsamı belirlenirken MÖHK m. 113 hükmünün tek başına yol gösterici olmadığı madde metninden anlaşılmaktadır. Zira bu maddede karakteristik edimin ifa yeri İsviçre'de ise, "dava"nın ifa yerindeki İsviçre mahkemesinde de açılabileceği hükmü yer almaktadır. Oysa m. 113, aslında "Borçlar Hukuku" başlığını taşıyan 9. Kısımın, "Sözleşmeler" başlığını taşıyan 1. Bölümü'nde, "I. Yetki" başlığı altında yer almakta ve bu başlığın da altında ilk olarak sözleşmelere ilişkin genel yetki kuralı olan m. 112 hükmü yer almaktadır⁶⁵. MÖHK m. 112(1) hükmüne göre, davalının yerleşim yeri, yerleşim yeri yoksa, mutad meskeninin bulunduğu yerdeki İsviçre mahkemeleri "sözleşmeden doğan davalar"ı görmeye yetkilidir⁶⁶. "İfa yeri" başlığını taşıyan m. 113'te kastedilen "davalar"ın m. 112(1) hükmünde bahsedilen "sözleşmeden doğan davalar" olduğu anlaşılmaktadır.

Görüldüğü üzere, m. 112(1)'deki yetki kuralının konusu "sözleşme" tanımlanmamıştır. Ancak MÖHK'daki sözleşme kavramının, çeşitli hukuk düzenlerindeki sözleşme ve sözleşme benzeri hukukî ilişkileri kapsamak üzere tasarlandığı dikkate alınarak maddî hukuktaki sözleşme

⁶⁴ İsviçre MÖHK m. 113 hükmünün güncel İngilizce metni şu şekildedir: "If the characteristic obligation of the contract is to be performed in Switzerland, the action may also be brought before the Swiss court at the place of performance". Metin için bkz. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en.

⁶⁵ İsviçre MÖHK m. 112 hükmünün İngilizce metni şu şekildedir: "I. The Swiss courts at the domicile or, in the absence of a domicile, at the habitual residence of the defendant have jurisdiction to hear actions arising out of a contract. 2. Moreover, the Swiss courts at the place of the defendant's establishment have jurisdiction to hear actions relating to an obligation arising out of the operation of that establishment". Metin için bkz. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en

⁶⁶ Devam eden fıkrada ise, ayrıca davalının işletmesinin bulunduğu yerdeki İsviçre mahkemelerinin de bu işletmenin faaliyetlerinden doğan borçlara ilişkin davaları görmeye yetkili olduğu hükmüne bağlanmıştır.

kavramından daha geniş kapsamlı olduğu kabul edilmektedir⁶⁷. Buna göre, İsviçre hukukunun bakışı ile taraflar arasında sözleşme niteliğinde bir ilişki olduğu anlaşılabilir. m. 112 anlamında bir sözleşme ilişkisi vardır. Hükmün kapsamına niyet mektubu niteliğinde anlaşmalardan veya *culpa in contrahendo*'dan doğan uyuşmazlıklar gibi sözleşme ve sözleşmesel meseleler ve sözleşme benzeri ilişkilerden doğan meseleler girer⁶⁸. Karakteristik edimin ifa yeri kuralı, sadece doğrudan karakteristik edimin ifasına ilişkin davaları değil, ifa etmemeden veya ayıplı ifadan; örneğin, ifa etmemeden, geç ifadan veya *culpa in contrahendo*'dan doğan tazminat taleplerini kapsamaktadır⁶⁹. Sadece karakteristik edimle ilgili davalar değil, ikincil ya da yan edim borçları ile ilgili davalar da m. 113 kapsamında karakteristik edimin ifa yeri mahkemesinde açılır. İfa yeri mahkemesinin, sözleşmenin kurulması veya geçerliliği ile ilgili davalar bakımından da yetkili olup olmadığı tartışılabilir nitelikte görülmüş;⁷⁰ ancak İsviçre Federal Mahkemesi böyle bir uygulamanın ifa yeri kuralının temelini sarsacağı; zira sözleşmenin geçersiz olduğu iddiasının her zaman ileri sürülebileceği gerekçesiyle ifa yeri yetki kuralının sözleşmenin geçersizliği ile ilgili uyuşmazlıklar bakımından da uygulanmasını teyit etmiştir⁷¹.

Böylece İsviçre hukukunda, Alman hukukunda olduğu gibi “sözleşmeden doğan davalar”ın geniş yorumlanmakta olduğu ve *culpa in contrahendo* dahil olmak üzere sözleşme ile ilgili her türlü meseleyi kapsadığı görülmektedir.

III. Türk Hukukunda İfa Yeri Yetki Kuralının Kapsamı

Türk hukukunda ifa yeri kuralının kapsamına hangi uyuşmazlıkların girdiği konusunda HMK m. 10 hükmünün ifadesi yol gösterici değildir. Zira hükümde “sözleşmeden doğan davalar” ibaresine yer verilmiş; ancak sözleşmeden doğan davaların hangi davalar olduğu konusunda bir açıklık getirilmemiştir. Bu tür bir açıklık getirilmesi aslında diğer hukuk düzenlerinde de söz konusu değildir ve ifa yeri kuralının kapsamı, özellikle yabancı unsurlu uyuşmazlıklar dikkate alınarak geniş yorumlanmaktadır.

Türk hukukunda medenî usul hukuku alanında “sözleşmeden doğan davalar”ın tespit edilmeye çalışıldığı görülmektedir. Öncelikle madde kapsamına borçlar hukuku sözleşmelerinin

⁶⁷ **Kostkiewics**, Jolanta Kren: IPRG 112, Zürcher Kommentar zum IPRG – Band II – Art. 108a-200, Auf 3, 2018, 223-224; **Möcklin-Doss**, Andrea./**Schnyder**, Anton K.: IPRG 112, Internationales Privatrecht Art. 1-200 IPRG, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Auf 3, 2016, s. 463.

⁶⁸ **Kostkiewics**, s. 224.

⁶⁹ **Möcklin-Doss/Schnyder**, IPRG 113, s. 469.

⁷⁰ **Möcklin-Doss/Schnyder**, IPRG 113, s. 470.

⁷¹ **Möcklin-Doss/Schnyder**, IPRG 113, s. 470'ten naklen: BGE 126 III 334 E 3b; ZR 1996, Nr 96, 300.

girdiği konusunda tartışma bulunmadığı belirtilmelidir⁷². Bu anlamda, kişiler hukuku, aile hukuku ve miras hukukuna ilişkin sözleşmeler,⁷³ kuralın uygulama alanı dışındadır⁷⁴.

“Sözleşmeden doğan davalar”ın kapsamına hangi davaların girdiği konusunda ise, bazı hususlarda farklı görüşlerle karşılaşılmaktadır. Özellikle sözleşmenin geçersizliği iddiaları bakımından HMK m. 10 hükmünün uygulanamayacağı; zira bu hüküm uyarınca yetki tesisi için

⁷² **Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, İstanbul 2001, s. 433-434; **Aybay**, Aydın: Borcun İfa Yeri ve Yetkili Mahkeme, İHFM, XXVI, 1-4, 1961, s. 223-224; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013, s. 168; **Arslan**, R./**Yılmaz**, E./**Taşpınar** Ayvaz, S.: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2015, s. 209; **Umar**, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014, s. 45.

⁷³ Eşya hukukuna ilişkin sözleşmelerin HMK m. 10’un kapsamı dışında olduğu doktrinde ileri sürülmüştür. Bkz. **Tanrıver**, Süha: Medenî Usûl Hukuku, C. 1, B. 1, Ankara 2016, s. 230; **Üstündağ**, Saim: Medeni Yargılama Hukukunun Esasları, B. 7, İstanbul 2000, s. 223. Ancak, taşınmazın aynına ilişkin davalar (HMK m. 12) dışında kalan taşınır ve taşınmazlara ilişkin sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların HMK m. 10’un kapsamı içinde değerlendirilmesi gerekir. Zira burada söz konusu olan eşyaya ilişkin borçlar hukuku sözleşmeleridir ve yetki tesisi açısından ifa yeri kuralı yorumlanırken maddî hukuk nitelendirmesinden ziyade tarafların serbest iradeleri ile borç üstlendikleri bir ilişkinin varlığı dikkate alınmalıdır. Sözleşme ilişkisinin maddî hukuk anlamında konusunun ne olduğu değil; borç ilişkisi niteliği taşıyıp taşımadığı önemlidir. Bu anlamda kamu düzenini ilgilendiren kişinin hukuku ve aile hukuku işlemleri dışında kalan borç ilişkilerinin HMK m. 10 kapsamında değerlendirilmemesi için geçerli bir sebep yoktur. Nitekim **Karademir Aydemir** de hangi sözleşmelerin borçlar hukuku sözleşmesi olduğunun tespitinin kolay olmadığını ifade etmiş ve miras hukukuna ait bazı ilişkiler bakımından da HMK m. 10’a göre yetki tesisinin mümkün olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **Karademir Aydemir**, s. 222. Özellikle yabancılık unsuru içeren ilişkiler bakımından bu geniş yorum tarzının kabulü Türk mahkemelerinin yetkisinin tesis edilmesi açısından önemlidir. MÖHUK m. 43 uyarınca mirasa ilişkin davalar, ölenin Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinde, son yerleşim yerinin Türkiye’de olmaması halinde terekeye dahil malların bulunduğu yer mahkemesinde görülür. Bu iki kriter uyarınca yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmadığı; ölen henüz hayatta iken açılacak mirasa ilişkin karşılıklı borçları havi sözleşmelerden doğan davalar bakımından ifa yeri mahkemelerinin yetkili olması gerekir.

⁷⁴ Usul hukuku alanında sonuç doğuran tahkim (ve yetki) anlaşmalarından doğan uyuşmazlıklar bakımından yetkili mahkemenin tespitinde HMK m. 10 hükmünün ne şekilde yorumlanacağı da ayrı bir tartışma konusudur. Tahkim anlaşmaları açısından konuya bakıldığında doktrinde **Üstündağ**’ın tahkim anlaşmalarından doğan uyuşmazlıklar bakımından ifa yeri kuralının uygulanamayacağı yönünde görüş beyan ettiği görülmektedir. Bu görüşün dayanağı, tahkim anlaşmasının salt bir borçlar hukuku sözleşmesi olmayıp aynı zamanda bir usul hukuku sözleşmesi olmasıdır. Bkz. **Üstündağ**, s. 223. Buna paralel olarak **Karademir Aydemir**, HMK m. 410’da yer alan ve “Tahkim yargılamasında mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme”yi gösteren hükümden hareketle, tahkim anlaşmasından doğan uyuşmazlıklar bakımından m. 410’da gösterilen mahkemenin (tahkim yeri mahkemesi; tahkim yeri belirlenmemişse davalının Türkiye’deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri mahkemesi) yetkili olduğu sonucuna ulaşmıştır. Esasında HMK m. 410’da yer alan hükmün ve bundan önce Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) m. 3’te yer alan yine tahkimde görevli ve yetkili mahkemeye ilişkin hükmün, tahkim yargılamasına ilişkin olarak ilgili kanunlarda devlet mahkemelerinin görevli olduğu belirtilen işler bakımından uygulama alanı bulacağı dikkate alınmalıdır. Örneğin, hakem tayin etmeyen tarafın yerine hakem tayini, hakemin reddi, ihtiyatî tedbir talebi vb. konularda devlet mahkemelerinden yardım istenmesi düzenlenmiştir. HMK m. 410 ve MTK m. 3, bu ve benzeri konularda görevli ve yetkili mahkemeyi göstermektedir. Tahkim anlaşmasından doğabilecek bir uyuşmazlığın, örneğin, tahkim anlaşmasının geçerli olmadığı tespiti davasının bu hükümler kapsamında olmadığı açıktır. Özellikle MTK m. 2 anlamında yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda m. 3 uyarınca davalının yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya iş yeri mahkemesinde tahkim anlaşmasına ilişkin davaların açılması yerine, tahkim anlaşmasının ifa yeri olarak değerlendirilebilecek olan tahkim yeri mahkemesinde açılması tahkimin niteliğine daha uygun düşer. Zira MTK m. 3 uyarınca davalının yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya iş yeri Türkiye’de değilse, İstanbul mahkemeleri yetkili kılınmıştır ki, tahkim yeri Türkiye’de olan bir uyuşmazlık bakımından tahkim yerinde bu davanın açılması hem tahkimin niteliği hem de HMK m. 10 hükmü ile uyumlu bir yaklaşım olur. Burada dikkate alınması gereken bir husus, her iki kanun hükümlerinin zaten prensip olarak tahkim yeri Türkiye olan uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı bulmakta olduğudur. Bir başka deyişle, tahkim yeri Türkiye ise, tahkim anlaşmasının konusu olan uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümü bu iki kanundan birinin uygulama alanına girer.

ortada geçerli bir sözleşmenin var olması gereği ileri sürülmüştür⁷⁵. Ancak aksi görüş de ifade edilmiştir⁷⁶.

Bütün bu görüşler ve borçlar hukuku açısından sözleşmenin geçersizliği kavramı incelenerek medenî usul hukuku alanında ifa yeri kuralının kapsamına ilişkin değerlendirmelerde bulunan *Karademir Aydemir* tarafından sözleşmenin baştan geçersizliği halinde, geçersiz de olsa bir sözleşme kurulmuş ise, bunun HMK m. 10 hükmünün uygulanması için yeterli görülmesi gerektiği ifade edilmiştir⁷⁷. Gerçekten, yukarıda görüldüğü üzere, Kıta Avrupası hukuk sistemine ait bir yetki kuralı olan ifa yeri kuralının, bu hukuk sistemine mensup hukuk düzenlerinde uygulanması bakımından, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da vurgulandığı üzere, sözleşmenin geçerliliği ile ilgili davalar kuralın kapsamı içinde görülmektedir. Özellikle yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı bulan ifa yeri kuralının, bu tür uyuşmazlıklar açısından geniş yorumlanması gereğine işaret edildiği ve Türk medenî usul hukuku alanında kabul edilmese dahi, ifa yeri kuralının milletlerarası yetki kuralı olarak uygulandığı hallerde sözleşmenin geçersizliği ile ilgili iddiaları da kapsamına alması gerektiği kabul edilmelidir⁷⁸. Gerek Brüksel rejiminin gerek yukarıda değinilen hukuk düzenlerindeki uygulamanın bu yönde olduğu dikkate alınmalıdır. Bu doğrultuda, sözleşmenin baştan itibaren geçersizliği kapsamında baştaki imkânsızlıktan doğan uyuşmazlıklar, şekle aykırılık, muvazaa, irade bozukluğu ve tamamlayıcı unsur olarak icazet aranan hallerde icazet verilmemesi nedeniyle geçersizlik iddiaları yetki tesisi açısından ifa yeri kuralının kapsamı içindedir. Maddî hukuk açısından bu iddialara dayanan örneğin, istihkak, para ve misli eşyaların iadesi taleplerinin sebepsiz zenginleşme niteliğinde olması, ifa yeri kuralına dayanılarak sözleşmenin ifa yeri mahkemesinde dava açılmasını engellemez⁷⁹. Yukarıda görüldüğü üzere, benzer bir yaklaşım Alman hukukunda da kabul edilmiş ve dava konusu taleplerin maddî hukuk anlamında hukukî niteliği ile yetki tesisi açısından davanın sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar kapsamında olmasının birbirinden ayrı konular olduğu ortaya konulmuştur⁸⁰.

Sözleşmenin varlığının davalı tarafından inkâr edilmesi halinde de HMK m. 10 hükmünün uygulanamayacağı Türk medenî usul hukukunda ifade edilmiştir⁸¹. Yargıtay da bazı kararlarında,

⁷⁵ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar**, s. 209; **Akkan**, Mine: Pekcanitez Usûl - Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 282; **Umar**, s. 45; **Yılmaz**, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013, s. 124-125.

⁷⁶ **Belgesay**, Mustafa Reşit: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1939, s. 39.

⁷⁷ **Karademir Aydemir**, s. 224-232.

⁷⁸ **Demir Gökyayla**, s. 219-220.

⁷⁹ **Karademir Aydemir**, s. 230-232.

⁸⁰ Bkz. yuk. dn. 55.

⁸¹ **Yılmaz**, s. 125. Yetki itirazı yapılmaksızın sözleşmenin inkârı halinde, mahkemece sözleşmenin geçersiz olduğuna karar verilse bile, yetkisizlik kararı verilemeyeceği dikkate alınmalıdır. Bkz. **Umar**, 45. Ancak *Postacıoğlu*'na göre, yetki ilk itirazı ileri sürülmemiş olsa bile davalının sözleşmenin varlığını inkâr etmesi veya geçersizliğini ileri sürmesi halinde mahkeme bu iddiayı öncelikle yetki meselesi açısından incelemeye yetkilidir. Ancak yetki itirazı ileri sürülmediği halde mahkemenin kendi yetkisini re'sen incelemesinin mümkün olmaması gerekir. Bkz. **Karademir Aydemir**, s. 241. Gerçekten, mahkemenin yetki tesisi açısından bir sözleşme ilişkisi bulunup bulunmadığını incelerken, sözleşmenin

davalının yetki itirazı yanında taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığını ileri sürdüğü hallerde ifa yeri mahkemesinin yetkili olup olmadığı konusunda çeşitli kararlar vermiştir. 19. Hukuk Dairesi'nin 2005 yılında verdiği bir kararda,⁸² davalının akdî ilişkiyi inkâr etmiş olması halinde ifa yeri mahkemesinin yetkili olmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. 2012 yılında aynı Daire tarafından verilen bir başka kararda⁸³ ise, davalının sözleşmenin varlığının ihtilâflı olduğunu ileri sürdüğü; ifa yeri mahkemesi olan ilk derece mahkemesinin bu nedenle yetkisizlik kararı verdiği tespit edilmiş ve 19. Hukuk Dairesi temyiz talebi üzerine sözleşmenin ihtilâflı olması nedeniyle yok sayılamayacağına, mahkemece bu hususun araştırılıp sonucuna göre karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir⁸⁴. Bu kararın, 2005 yılında verilen karara göre daha olumlu bir karar olduğu izlenimi uyansa da, aslında Yargıtay'ın görüşünün bu kararda da geçerli bir sözleşme yok ise ifa yeri mahkemesinin yetkili olamayacağı yönünde olduğu anlaşılmaktadır. 12. Hukuk Dairesi tarafından 2014 yılında verilen bir kararda⁸⁵ ise, HMK m. 10 hükmünün sadece geçerli sözleşmelerden kaynaklanan davalarda uygulanacağı; borçlunun mahkemenin yetkisinin yanı sıra borca da itiraz etmiş ve akdî ilişkiyi inkâr etmiş olmasından hareketle ifa yeri mahkemesinin yetkili olamayacağı yönünde karar verilmiştir.

Gerek doktrinde gerek Yargıtay kararlarında sözleşmenin varlığının davalı tarafından inkâr edilmesi halinde ifa yeri yetki kuralının uygulanamayacağı ileri sürülmüş ise de, yukarıda görüldüğü üzere, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından sözleşmeden doğan davalarda sözleşme ilişkisinin inkâr edilmesinin, geçerli olmadığının ileri sürülmesinin olağan olduğu tespit edilmiş ve bu tür iddiaların, yetki tesisi bakımından belirleyici olmaması gerektiği kabul edilmiştir. Türk milletlerarası usul hukuku bakımından da bu yaklaşım benimsenmelidir. Zira pek çok durumda sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda davalının sözleşmenin varlığını veya geçerliliğini inkâr etmesi muhtemeldir ve bu yaklaşıma cevaz verilirse ifa yeri yetki kuralının anlamını yitireceği açıktır.

Sözleşmeden dönme veya sözleşmenin feshi hallerinde HMK m. 10'un uygulama alanına ilişkin olarak Türk medenî usul hukuku doktrininde bir ayrıma gidilmiş; verilen şeylerin iadesi talep

geçerli biçimde kurulup kurulmadığını incelemeyeceği; sadece ifa yeri kuralının uygulama alanına giren bir ilişkinin söz konusu olup olmadığını denetleyeceği dikkate alınmalıdır. **Karademir Aydemir**, s. 241.

⁸² 19. H.D., 25.1.2005, E. 2004/6913, K. 2005/183 bkz. www.kazanci.com.

⁸³ 19. H.D., 27.6.2012, E. 2012/2644, K. 2012/10580 bkz. www.kazanci.com.

⁸⁴ Bu karar aslında doktrinde *Umar* tarafından ileri sürülen bir görüş ile uyumludur. Buna göre, ilk derece mahkemesi sözleşme inkâr edilerek yapılan yetki itirazını reddettikten sonra tahkikatın sonunda sözleşmenin var olmadığı kanısına ulaşırsa yetkisizlik kararı vermemelidir. Davayı sözleşme yok ya da geçersiz diye esastan reddetmesi de yerinde olmaz ve karara karşı istinaf yoluna gidilirse istinaf mahkemesinin yetkisizlik nedeniyle dosyanın esasını incelemeksizin dosyayı yetkili mahkemeye göndermesi gerekir. Aslında ilk derece mahkemesinin tahkikatta sözleşmenin geçersiz olduğunu tespit ettikten sonra yetki itirazının reddi ara kararından dönerek yetkisizlik kararı vermesi ve dosyanın yetkili mahkemece incelenmesini sağlaması gerekir, denilmektedir. Bkz. **Umar**, 46. Yargıtay da bir kararında bu görüş doğrultusunda hüküm tesis etmiştir. Bkz. 15. H.D., 27.1.2015, E. 2015/133, K. 2015/427 bkz. www.kazanci.com. Ancak **Karademir Aydemir** bu görüşün yerinde olmadığını; zira yetkisizlik ilk itirazını reddeden mahkemenin tahkikat aşamasında sözleşmenin var olmadığı veya geçersiz olduğu kanaatine ulaşırsa, davayı esastan reddedeceğini; dolayısıyla yetkisizlik kararından dönmemesinin söz konusu olmayacağını ortaya koymuştur. Bkz. **Karademir Aydemir**, s. 243.

⁸⁵ 12. H.D., 9.9.2014, E. 2014/16641, K. 2014/20667 bkz. www.kazanci.com. Aynı yönde bir başka karar için bkz. 12. H.D., 6.4.2016, E. 2015/34295, K. 2016/10141 bkz. www.kazanci.com.

ediliyorsa, bu talebin dayanağının sebepsiz zenginleşme olduğu; bu nedenle ifa yeri kuralının uygulanamayacağı ileri sürülmüştür⁸⁶. Ancak sözleşmeden dönülmesi ve zararların tazmini istenmekte ise, ifa yeri mahkemesinde dava açılacağı ifade edilmiştir⁸⁷. Yine sözleşmenin feshedildiğinin tespiti davasının da ifa yeri mahkemesinde açılacağı belirtilmiştir. Ancak açıktır ki aynı sözleşmeye ilişkin bu davaların ayrı mahkemelerde açılması ya da ayrılması usul ekonomisine aykırıdır⁸⁸.

Anılan yaklaşımın temelinde ise, ifa yeri kuralının geçerli sözleşmeler için uygulanabileceği ve maddî hukuk açısından talebin niteliğinin belirleyici olduğu anlayışı yatmaktadır. Ancak yukarıda görüldüğü üzere, özellikle yabancılık unsuru içeren sözleşmeler bakımından ifa yeri kuralının geniş yorumlanması eğilimi kabul görmekte ve maddî hukuk açısından talebin dayanağının niteliği belirleyici görülmemektedir. Ayrıca sözleşmenin geçerli olup olmadığına ilişkin uyuşmazlıklar da ifa yeri kuralının kapsamında değerlendirilmektedir. Bu doğrultuda, Türk medenî usul hukuku alanında sözleşmeden doğan davalar bakımından, talebin maddî hukuk açısından dayanağına göre ayırım yapılması, özellikle yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar bakımından yerinde değildir. Aksine, kuralın geniş yorumlanması ve sözleşmenin geçerliliği ile ilgili uyuşmazlıklar da dahil olmak üzere, sözleşmeden doğan, verilen şeylerin iadesi veya tazminat talepleri hakkında ayırım yapılmadan uygulama alanı bulması gerekir⁸⁹. Nitekim, son dönemde konuyu inceleyen Karademir Aydemir de sözleşmeden dönme ve fesih halinde doğan uyuşmazlıkların da sözleşmenin uzantısı olarak ortaya çıktığını ve sözleşmesel nitelikte olduğunu ifade etmiştir⁹⁰. Bu doğrultuda istenen şeylerin iadesi gibi taleplerin maddî hukukta sebepsiz zenginleşme niteliğinde olmasına atıfla yetki tesisi açısından sonuca ulaşılmamalı; maddî hukuk mülâhazaları yerine usul hukuku açısından sözleşmesel ilişki bir bütün olarak değerlendirilerek ifa yeri kuralının uygulama alanı geniş yorumlanmalıdır. Benzer şekilde sonradan çıkan ifa imkânsızlığından doğan uyuşmazlıkların, özellikle ifa edilen edimin iadesi taleplerinin de sözleşmesel nitelikte ve HMK m. 10 kapsamında olduğu kabul edilmelidir⁹¹.

Culpa in contrahendo bakımından, yukarıda görüldüğü üzere hukuk düzenlerinin maddî hukuk yaklaşımında farklılıklar olabilmektedir. Bu doğrultuda Türk hukukunda da *culpa in contrahendo* sorumluluğunun, haksız fiil sorumluluğu olduğu ileri sürüldüğü gibi, sözleşmeye

⁸⁶ **Kuru**, 448; **Akkan**, 285; **Umar**, 41-42. Bu yönde Yargıtay kararı için bkz. 19. H.D., 9.12.2015, E. 2015/1196, K. 2015/16541 bkz. Lexpera HBS.

⁸⁷ **Kuru**, 449. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2014 yılında verdiği bir kararda, sözleşmenin feshinden doğan tazminat alacağının para alacağı niteliğinde olduğu gerekçesiyle HMK m. 10 kapsamında ifa yeri mahkemesinde dav açılacağına hükmetmiştir. Karar için bkz. Y. HGK., 19.3.2014, E. 2013/11-630, K. 2014/332, www.kazanci.com. Bu ve bu yöndeki Yargıtay kararlarında tazminat alacağının sözleşmeden doğan para alacağı niteliğinde değerlendirilmesi ayrı bir eleştiri konusudur. Bkz. **Şit Köşgeroğlu**, s. 297-298. *Üstündağ* ise, temerrüt nedeniyle sözleşme feshedildiğinde menfi zararların tazmini istense dahi ifa yeri mahkemesinde dava açılmayacağını belirtmiştir. Bkz. **Üstündağ**, s. 226.

⁸⁸ **Karademir Aydemir**, s. 233.

⁸⁹ **Demir Gökyayla**, s. 232 vd.

⁹⁰ **Karademir Aydemir**, s. 235.

⁹¹ **Karademir Aydemir**, s. 236-237.

aykırılık kapsamında değerlendirilmesi görüşü de ifade edilmiştir⁹². Medenî usul hukuku alanında yetki tesisi açısından *culpa in contrahendo* sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıkların ifa yeri kuralının kapsamına girip girmediği de farklı görüşlere konu olmuştur⁹³. Karademir Aydemir ise, sözleşme kurulmuş ise ifa yeri kuralının uygulanması; sözleşme kurulmamış ise kuralın⁹⁴ uygulanmaması yönünde görüş beyan etmiştir.

Yukarıda görüldüğü üzere, Brüksel rejiminde *culpa in contrahendo* sorumluluğuna ilişkin davalar ifa yeri kuralının kapsamında görülmüş; doktrinde ise, özellikle Roma II Tüzüğü'nün bu tür sorumluluğu kapsamına alması karşısında sözleşme öncesi sorumluluğa ilişkin taleplerin sözleşme dışı talepler olarak değerlendirilerek ifa yeri kuralının kapsamı dışına çıkarılabileceği görüşü de ifade edilmiştir. Ancak doktrinde ifade edilen bu görüşün de uygulanacak hukuka ilişkin olduğu; bu doğrultuda maddî hukuk bakış açısını yansıttığı dikkate alınmalı ve AAD'nin serbest irade ile borç üstlenilmesi kriterinden hareketle sözleşme öncesi sorumluluk bakımından da ifa yeri kuralının uygulanabileceği görüşüne üstünlük tanınmalıdır. Alman ve İsviçre hukukunda bu tür sorumluluğun, özellikle milletlerarası yetki tesisi açısından ifa yeri kuralının kapsamında görüldüğü de gözden kaçırılmamalıdır.

Türk milletlerarası usul hukukunda ise, ifa yeri kuralının uygulanması bakımından objektif bir kriter bulunmamaktadır. Yetki kurallarında yer alan kavramların *lex fori*'ye göre yorumlanması prensibi uyarınca medenî usul hukuku alanında ağırlık taşıyan eğilimlerin milletlerarası usul hukuku alanına da yansması beklenir. Ancak milletlerarası usul hukuku alanında Türk mahkemelerinin yetkisinin tesisinde iç hukuka ve maddî hukuka ait tartışmalar belirleyici olmamalıdır. Özellikle *culpa in contrahendo* sorumluluğundan doğan uyuşmazlıkların, sözleşmenin kurulmuş olup olmamasına ilişkin bir ayırım yapılmadan ifa yeri kuralına tâbi olması, genel yetki kuralı uyarınca yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmadığı hallerde yabancı unsurlu ilişkiler bakımından yetki tesisinde işlevsel olabilecektir.

Sonuç

HMK m. 10'da yer alan ifa yeri kuralı, çeşitli versiyonları özellikle Kıta Avrupası hukuk sisteminde kabul edilmiş bir yetki kuralıdır. Türk hukukunda MÖHUK m. 40 göndermesi ile aynı zamanda milletlerarası yetki kuralı olarak işlev gösteren bu kuralın kapsamı “sözleşmeden doğan davalar” ile sınırlıdır. Ancak sözleşmeden doğan davaların kapsamına hangi uyuşmazlık ya da

⁹² Bkz. **Adıgüzel**, Sibel: Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, TAAD, 2012, Y. 3, S. 9, s. 284-289; **Durak**, Yasemin: Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, C. 25, S. 1, s. 263-268.

⁹³ Bkz. **Karademir Aydemir**, s. 239.

⁹⁴ **Karademir Aydemir**, s. 239.

taleplerin dahil olduğu çeşitli yönlerden, daha çok medenî usul hukuku alanında tartışılmış ve kuralın uygulama alanı bulabilmesi için öncelikle geçerli bir sözleşme ilişkisinin var olması gereği vurgulanmıştır. Bununla birlikte gerek Brüksel rejiminde gerek Kıta sistemine mensup başlıca hukuk düzenlerinde bu tür bir şartın aranmadığı; aksine kuralın özellikle milletlerarası yetki tesisinde geniş yorumlanmasının tercih edildiği tespit edilmiştir. Bu doğrultuda bir diğer husus ise, sözleşmeden doğan veya sözleşmesel taleplerin hukukî dayanağının maddî hukuk anlamında nitelendirilmesinin kuralın uygulama alanını sınırlandırdığı hususudur. Özellikle verilen şeylerin iadesi talepleri söz konusu olduğunda, hukuken sebepsiz zenginleşme nitelendirmesinden söz edilmesi, ifa yeri kuralının uygulanmasına engel olmamalıdır. Bunun gibi, sözleşme öncesi sorumluluk ile ilgili taleplerin, yetki tesisi açısından sözleşmeden doğan davalar arasında görülmesi eğilimi karşılaştırmalı hukukta ağırlık taşımaktadır.

Bütün bu değerlendirmeler neticesinde, Türk milletlerarası usul hukukunda da ifa yeri kuralının kapsamının geniş yorumlanması ve temel sınırın tarafların serbest iradeleri ile borç üstlenmesi olarak tespit edilmesi; bu doğrultuda sözleşme ilişkileri ile haksız fiiller arasında belirgin bir çizgi çizilmesi gereği vurgulanmalıdır.

Kaynakça

Adıgüzel, Sibel: Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, TAAD, 2012, Y. 3, S. 9, s. 281-312.

Akkan, Mine: Pekcanıtez Usûl - Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017.

Arslan, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayvaz**, Sema: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2015.

Aybay, Aydın: Borcun İfa Yeri ve Yetkili Mahkeme, İHFM, XXVI, 1-4, 1961, s. 218-225.

Belgesay, Mustafa Reşit: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1939.

Briggs, Adrian: Civil Jurisdiction and Judgments, 6th Ed., Oxon 2015.

Demir Gökyayla, Cemile: Ticari Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul 2021.

Dickinson, Andrew/ **Lein**, Eva: The Brussels I Regulation Recast, Oxford 2015.

Durak, Yasemin: Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, C. 25, S. 1, s. 239-288.

Ekşi, Nuray: Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, B. 2, İstanbul 2000.

Erdoğan, Ersin: Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması, B. 2, Ankara 2020.

Junker, Abbo: Internationales Zivilprozessrecht, Auf. 5, München 2020, s. 68; Brödermann, E./Rosengarten, J.: Internationales Privat-und Zivilverfahrensrecht, B. 8, Münih 2019.

Karademir Aydemir, Dilek: Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi, B. 2, Ankara 2019.

Kazmaz, Büşra: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10. Maddesi Uyarınca İfa Yerinin Tespiti, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 1935-1950.

Kostkiewics, Jolanta Kren: IPRG 112, Zürcher Kommentar zum IPRG – Band II – Art. 108a-200, Auf 3, 2018.

Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, İstanbul 2001.

Magnus, Ulrich: Introduction, Brussels I Regulation, Magnus, U./Mankowski, P. (eds.), European Law Publishers 2007, s. 4-44.

Mankowski, Peter: Special Jurisdictions, Article 5, Brussels I Regulation, Magnus, Ulrich/Mankowski, Peter (eds.), European Law Publishers 2007, s. 77-236.

Möcklin-Doss, Andrea/**Schnyder**, Anton K.: IPRG 112, Internationales Privatrecht Art. 1-200 IPRG, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Auf 3, 2016.

Newton, Justin: The Uniform Interpretation of the Brussels and Lugano Conventions, Oxford 2002.

Pekcanitez, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013.

Schack, Haimo: Internationales Zivilverfahrensrecht, 7. Auf, Mnnh 2017.

Szen, Begüm: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10. Maddesi Kapsamında Yabancı Unsurlu Sözleşmelerden Doğan Davalarda Yetki, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 11, S. 145-146, s. 1111-1146.

şanlı, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman Figanmeşe**, İnci: Milletlerarası zel Hukuk, B. 10, İstanbul 2023.

şit Köşgeroğlu, Banu: Milletlerarası Yetki Tesisinde İfa Yeri Kuralı, Ankara 2022.

Tanrıver, Süha: Medenî Usûl Hukuku, C. 1, B. 1, Ankara 2016, s. 230.

Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu şerhi, Ankara 2014.

stndağ, Saim: Medeni Yargılama Hukukunun Esasları, B. 7, İstanbul 2000.

Weser, Martha: Bases of Judicial Jurisdiction in the Common Market Countries, AJIL 1961, Vol. 10, No. 4, s. 323-344.

Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu şerhi, Ankara 2013.

KONUT KİRALARINDA YILLIK KİRA ARTIŞININ YÜZDE YİRMİ BEŞ OLARAK SINIRLANDIRILMASINA DAİR DÜŞÜNCELER

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet DOĞAR*

Öz

Ülkemizin büyük bir kesimini kiracılar oluşturmaktadır. Bu nedenle kira sözleşmeleri toplumun genelini ilgilendiren bir konudur. Özellikle ekonomik dalgalanmaların yaşandığı dönemlerde kira bedellerinde yaşanan artışlar devleti bu özel hukuk alanını ilgilendiren sözleşmelere müdahaleye zorlamaktadır. Devlet tarafından yapılan bu tür müdahaleler, ikinci dünya savaşı sonrasında zaman zaman yaşanmıştır. Bunun temel gerekçesi kiracıların korunması ilkesi ve kamu yararadır. Bu gerekçelerle çıkarılan yasaların mülkiyet hakkının özünü zedeledikleri için Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildikleri de olmuştur. Kiracıların korunması için devlet tarafından yapılan son düzenleme 7409 sayılı Kanun ile Borçlar Kanunu'na geçici bir maddenin eklenmesidir. Bu geçici madde ile konut kiralarda bir yıl süreyle kira artışlarının %25'in üzerinde yapılamayacağı kabul edilmiştir. İlgili düzenlemede açıkça konutlardan söz edildiği için işyerleri bakımından hükmün uygulanma olanağı yoktur. Öte yandan karma kullanımlı, diğer bir ifadeyle hem konut hem de işyeri olarak kullanılan kiralananlarda bahsi geçen hükmün geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Bu çalışmada 7409 sayılı Kanun ile konut kiralalarının yıllık en fazla %25 oranında artırılmasına ilişkin düşünceler ve ilgili hükmün karma kullanımlı kiralananlar açısından uygulanıp uygulanamayacağı tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kira Sözleşmesi, Kiracı, Kiralayan, Kira Artış Oranı, 7409 Sayılı Kanun.

* Harran Üniversitesi İ.İ.B.F. Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (mdogar@harran.edu.tr),
ORCID: 0000-0003-0730-7366.

THOUGHTS ON LIMITING THE ANNUAL RENT INCREASE IN RESIDENTIAL RENTS TO TWENTY-FIVE PERCENT

Abstract

A large part of our country consists of tenants. For this reason, lease agreements are an issue that concerns the general society. Especially in periods of economic fluctuations, increases in rental prices force the State to intervene in contracts concerning this private law area. Such interventions by the State occurred from time to time after the Second World War. The main reason for this is the principle of protection of tenants and the public interest. Laws enacted on these grounds have also been annulled by the Constitutional Court because they undermine the essence of the right to property. The last regulation made by the state for the protection of tenants is the addition of a temporary article to the Code of Obligations with Law No. 7409. With this temporary article, it has been accepted that rent increases cannot be made above 25% for one year in housing rents. Since the article clearly mentions dwellings, it is not possible to apply the provision in respect of workplaces. On the other hand, whether this regulation can be applied to mixed-use leases, in other words those used as both residences and workplaces, is open to debate. In this study, it will be discussed whether the provision regarding the increase of housing rents by a maximum of 25% for one year with the Law No. 7409 can be applied to mixed-use renters and thoughts on housing rents to be increased by a maximum of 25% for one year.

Keywords: Rental Agreement, Tenant, Owner, Rent Increase Rate, Law No. 7409.

Giriş

Kira sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen, belirli ya da belirsiz süreli, taraflar arasında sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir¹. Bu sözleşmenin esaslı unsurlarından² biri kira bedeli olup, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince taraflarca serbestçe belirlenebilir³. Bu özgürlüğün sınırını

¹ Eren, Fikret/Dönmez, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt: IV, Ankara 2023, s. 585 vd.; Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Birinci Cilt, 11. Baskı, İstanbul 2022, s. 416-417; Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2022, s. 210; Doğan, Murat: Kira Sözleşmesi, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Ed. Öz, M. Turgut), Ankara 2023, s. 193 vd.

² Kira sözleşmelerinde üç unsur bulunur. Bunlar: Kiracıya bırakılan kiralanan, kira bedeli ve tarafların anlaşmasıdır. Süre, sözleşmenin bir unsuru olarak kabul edilmez. Zira kira sözleşmesi belirsiz süreli de kurulabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, s. 196; Aydoğdu/Kahveci, s. 223; Eren/Dönmez, s. 596 vd.; Yavuz/Acar/Özen, s. 422 vd.

³ Eren/Dönmez, s. 677; Yavuz/Acar/Özen, s. 424 vd.; Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 15. Baskı, Ankara 2022, s. 318-323; Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2022, s. 226; Doğan, s. 290; Özen, Burak: “Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2016, Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 22, S. 3, s. 2035; Akçaal, Mehmet: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinde Artışa İlişkin 7161

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK)⁴ düzenlenen iradeyi sakatlayan haller (TBK m. 30, 35 ve 36), aşırı yararlanma (TBK m. 28), kamu düzenine, ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık oluşturur (TBK m. 27)⁵.

Kanunun 343'üncü maddesinde kira sözleşmelerinde kira bedelinin belirlenmesi dışında kiracı aleyhine bir değişiklik yapılamayacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre taraflar, yenilenen kira döneminde kira bedelinin hangi oranda artırılacağını sözleşme yaparken kararlaştırabilirler; fakat taraflarca belirlenen kira artış oranının Kanunun öngördüğü sınırı aşmaması gerekir. Kanunun öngördüğü sınır TBK m. 344 hükmünde “*bir önceki kira yılında tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalama*” olarak belirlenmiştir⁶. Bu bağlamda, yenilenen sözleşmedeki kira bedeli, önceki yılın yıllık Tüketici Fiyat Endeksi (TÜFE) ortalamasının üzerinde olamaz. Kira artış oranına ilişkin tek sınırlama bu değildir. 7409 sayılı Kanun⁷ ile Borçlar Kanunu'na geçici bir madde eklenmiş ve 11.06.2022 ile 01.07.2023 (bu tarih dahil) tarihleri arasında yenilenecek konut kira sözleşmeleri bakımından kira artış oranının bir önceki kira yılına ait kira bedelinin % 25'ini geçemeyeceği kabul edilmiştir. Anılan maddenin devamına göre bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranının % 25'in altında kalması halinde değişim oranı geçerli olacak ve bu kural bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanacaktır. Bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmeler fazla miktar yönünden geçersiz olacak ve bu hüküm 344'üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca hâkim tarafından verilecek kararlar bakımından da uygulanacaktır.

I. Konut Kira Sözleşmeleri Açısından Kira Bedeli Artışına Dair Genel İlkeler

Kira sözleşmesi kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını ve/veya yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 299-378). Kiraya veren kiralananı kullanıma hazır biçimde teslim etme, kiracı da bunun karşılığında bir bedel ödemekle yükümlüdür. Kira bedeli genellikle para cinsinden kararlaştırılır⁸.

Sayılan Kanun'la Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2022, C. XII, S. 1, s. 363.

⁴ Çalışmada “Kanun” olarak anılacaktır (RG, 04.02.2011, S. 27836).

⁵ **Altaş**, Hüseyin: “Kira Parası Artışlarının Sınırlanması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2000, C. 49, S. 1, s. 105 vd.; **Öktem Çevik**, Seda: “Türk Borçlar Kanunu m. 344 Uyarınca Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Temel Esasların Değerlendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2022, C. 24, S. 1, s. 41; **Sarı Fidan**, Özlem: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarından Kira Bedeli Artış Oranının Belirlenmesine İlişkin Sınırlamaların Değerlendirilmesi”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 2022, S. 1, s. 347; **Özen**, s. 2035; **Akçaal**, s. 365.

⁶ 17.01.2019 tarih ve 7161 sayılı Kanun m. 56 ile “*üretici fiyat endeksindeki artış*” ibaresi “*tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim*” şeklinde değiştirilmiştir (RG, 18.01.2019, S. 30659). Ayrıntılı bilgi için bkz. **Öktem Çevik**, s. 47 vd.; **Sarı Fidan**, s. 361; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 336. Bir görüşe göre kanun koyucunun, bu düzenleme yerine TÜFE veya ÜFE endeksinden hangisi daha düşükse o oranın uygulanacağını kabul etmesi gerekirdi. Bkz. **Uysal**, Hande: Kira Bedelinin Tespiti, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 43. Aynı yönde **Sarı Fidan**, s. 362.

⁷ Avukatlık Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG., T. 11.06.2022, S. 31863).

⁸ **Babaoğlu**, Tuba: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Belirlenmesi ve Arbuluculuk Yoluyla Çözümü, KTO Karatay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2023, s. 35.

Bununla birlikte taraflar, para dışında misli bir şeyin (altın, gümüş vs.) ödenmesini de kabul edebilirler⁹. Sözleşmede herhangi bir miktar zikredilmemesi de mümkündür; ancak böyle bir durumda çeşitli kriterlere göre kira bedelinin tayin edilebilir olması gerekir. Kira bedelinin para dışında bir değer ile belirlenmesi halinde kira bedelinin tespiti istenemez. Bu nedenle, kira bedelinin tespiti, sadece kiranın para olarak belirlendiği hallerde istenebilir¹⁰.

Kira sözleşmesi belirli veya belirsiz süreli olabilir (TBK m. 300). Konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az on beş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır (TBK m. 347/I/c.1). Kiraya veren, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez (TBK m. 347/I/c.2). İlgili hükümden anlaşılacağı üzere, belirli süreli konut veya çatılı işyerine dair kira sözleşmesinde kiracı bildirimde bulunmuyorsa, kira sözleşmesi aynı şartlarla bir yıl daha uzamış sayılmaktadır. Farklı bir ifadeyle, sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği söylenemez. Ancak, on yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeyi sonlandırabilir (TBK m. 347/I/c.3).

Yenilenen kira dönemi için uygulanacak kira artış oranının ne şekilde belirleneceğine dair tarafların sözleşmeye hüküm koymasının önünde bir engel yoktur. Ancak kanun koyucu, ilk defa belirlenen kira bedelinde tarafları serbest bırakmış iken, yenilenen kira sözleşmesindeki artışlar bakımından sınırlar getirmiştir¹¹. Kira artış oranındaki bu sınırlama TBK m. 344'de düzenlenmiştir. Bu hüküm sadece konut ve çatılı işyeri kiralaları için uygulanır¹². Hükme göre, yenilenen kira sözleşmesindeki artış oranı ancak TBK m. 344'deki sınırlar dahilinde geçerlidir¹³. Bu nedenle, kira sözleşmesinin yenilendiği dönemlerde taraflarca kira sözleşmesinde bir artış oranı öngörülmüşse öncelikle bu artış dikkate alınmalıdır. Ancak tarafların kararlaştırmış olduğu kira artış oranı bir önceki yıl tüketici fiyat endeks sınırlarında ise geçerli olacak, bunu aşan kısım geçersiz sayılacaktır. Burada sözü edilen geçersizlik ise kısmi kesin hükümsüzlüktür^{14 15}.

Kira bedelinin belirlenmesine ilişkin TBK m. 344 hükmünün belirsiz süreli konut veya çatılı işyeri kiralaları bakımından uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu hüküm

⁹ Aral/Ayrancı, s. 365 vd.; Kılıçoğlu, s. 226; Eren/Dönmez, s. 597-599; Yavuz/Acar/Özen, s. 427-428.

¹⁰ Doğan, s. 291; Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 422-425 vd.

¹¹ Eren/Dönmez, s. 801-805; Kılıçoğlu, s. 287; Aydoğdu/Kahveci, s. 334; Yavuz/Acar/Özen, s. 705.

¹² Doğan, s. 290; Öktem Çevik, s. 44; Aydoğdu/Kahveci, s. 335; Yavuz/Acar/Özen, s. 705 vd. Bir görüşe göre bu hükmün bütün taşınmaz kira sözleşmelerinde uygulanması gerekir. Bkz. Aydoğdu/Kahveci, s. 335.

¹³ Yavuz/Acar/Özen, s. 705 vd.; Aral/Ayrancı, s. 367-370.

¹⁴ Eren/Dönmez, s. 804; Kılıçoğlu, s. 288 vd.; Yavuz/Acar/Özen, s. 706 vd.; Özen, s. 2037.

¹⁵ Bir görüşe göre, kira sözleşmesinin akdedildiği esnada taraflar, sadece yenilenen ilk dönem için geçerli olmak üzere, kira artışını TÜFE endeksinin üzerinde kararlaştırabilirler. Örneğin bir önceki yıl endeks artış oranı % 9 iken, taraflar yenilenen ilk dönem için kira artışını %30 olarak sözleşmede kararlaştırmışsa, kararlaştırılan bu oran sadece yenilenen ilk dönem bakımından geçerli olabilir. Bununla birlikte, kira sözleşmesi imzalandıktan sonra taraflar aralarında anlaşmak suretiyle yeni dönem kira artışının önceki yıl endeks artışının üzerinde olmasını dahi kararlaştırabilir. Bkz. Özen, s. 2039.

belirsiz süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır¹⁶. Aksi görüşe göre kira bedelinin tespiti ancak kira sözleşmesinin süresinin bitip kanunen yenilendiği hallerde uygulanabileceğinden belirsiz süreli kira sözleşmelerinde TBK m. 344 uygulanamaz¹⁷.

II. Kira Artış Oranlarının Sınırlanma Sebepleri

Yenilenen kira sözleşmelerinde kira artış oranının sınırlanmasındaki temel düşünce kiracının korunmak istenmesidir. Nitekim ekonomik dalgalanmaların yaşanması ve fiyat istikrarsızlığı sözleşmeler bakımından öngörülemezlik yaratmaktadır. Bilindiği üzere sözleşmeler hukukunun önemli ilkelerinden biri de ahde vefadır. Ancak tarafların edimini yerine getirmesinde zorlayıcı bir sebep olan ekonomik kriz dönemlerinde bu ilkenin uygulanması mümkün olmamaktadır. Nitekim ekonomik kriz yaşandığı dönemlerde kiracının asıl edimi olan kira bedelini ödeme yükümlülüğünü yerine getirememesi toplumsal sorunlara neden olmanın yanında sözleşmede edim dengesinin kiracı aleyhine bozulmasına yol açabilir. Kanun koyucu, kira artışlarına üst sınır getirerek kiracıların korunmasını amaçlamakta ve kira sözleşmesinde edim dengesini sağlamaya çalışmaktadır. Böylece taraflar arasında menfaat dengesi de sağlanmış olur¹⁸.

Kiracılar genellikle, konutlarına bir an önce yerleşmek ve barınma ihtiyaçlarını hızlı bir şekilde karşılamak adına kiraya verenin tüm şartlarını kabul etmek zorunda kalırlar. Kiraya verenin kira sözleşmesinde istediği artış oranını kiracıya dayatması karşısında zayıf konumda olan kiracının korunması gerekliliği, sınırlama sebeplerinden bir diğeridir. Farklı bir anlatımla, kira bedelleri açısından sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasının nedenlerinden biri yine kiracıyı koruma düşüncesidir¹⁹. Nitekim kira sözleşmesi kurulmadan önce veya kurulması esnasında kiracıdan alınan TBK m. 352/I gereği tahliye taahhütlerinin geçersiz sayılmasındaki düşünce de aynı temele dayanmaktadır. Ancak kira sözleşmesi imzalanıp, kiralanan kiracıya teslim edildikten sonra kiracının özel bir korumaya gereksinim duyduğundan bahsedilemez²⁰.

Özel hukuk alanına kanun koyucunun bu şekilde yaptığı müdahalenin sözleşme özgürlüğüne aykırılık oluşturduğu iddia edilse de Anayasa'nın 35'inci maddesi uyarınca mülkiyet hakkının kanunla sınırlanabileceği ve bu hakkın kamu yararına aykırı şekilde kullanılmayacağı

¹⁶ **Öktem Çevik**, s. 60; **Öncü**, Özge: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Bedelinin Belirlenmesi", İzmir Barosu Dergisi, Borçlar Kanunu Özel Sayısı 2012, S. 2, s. 311; **Kılıç Öztürk**, Gizem: "Kira Tespit Davası ve Esasları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2017, S. 129, s. 238; **Doğan**, s. 291. Özen'e göre belirsiz süreli kira sözleşmesinde kira artış oranı kararlaştırılmışsa TBK m. 344/I'deki esaslar uygulanmalı; buna karşılık sözleşmede kira artış oranı kararlaştırılmamışsa TBK m. 344/II uygulanmamalıdır. Zira bu hal kira tespit davasına konu olamaz. Fakat beş yıl dolduktan sonra kira bedelinin yeniden belirlenebilmesi mümkündür. Bkz. **Özen**, s. 2060-2061.

¹⁷ Bkz. ve karşı. **Kılıçoğlu**, s. 290 vd.; **Eren/Dönmez**, s. 814-815; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 705-714.

¹⁸ **Akçaal**, s. 367-368 vd.

¹⁹ **Öncü**, s. 303; **Sarı Fidan**, s. 371; **Öktem Çevik**, s. 51; **Kılıç Öztürk**, s. 232.

²⁰ **Özen**, s. 2039.

düzenlenmiştir. Diğer bir anlatımla, kira sözleşmeleri toplumun genelini ilgilendirdiğinden kanun koyucunun bu alana müdahalesi kamu yararı gerekçesine dayanmaktadır²¹.

Tarihi açıdan incelendiğinde kanun koyucunun birçok kez kira sözleşmelerine müdahale anlamına gelen düzenlemeler yaptığı görülecektir. Yürürlükten kalkan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun (GKHK)²²,un 2'nci ve 3'üncü maddelerinde kira bedelini sınırlayan hükümler getirilmiş²³, ancak bu düzenlemeler daha sonra mülkiyet hakkının özünü zedelediği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nin 26.03.1963 tarihli 1963/3 E. 1963/7 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir²⁴. Bahsi geçen kararda mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla kanun koyucu tarafından sınırlanabileceğinin Anayasa'ya aykırı olmadığına, fakat anılan düzenlemelerin kiraya verenlerin mülkiyet hakkının özünü zedelediğine vurgu yapılmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda anılan iptal kararından sonra kira artış oranları konusunda kanun boşluğu doğmuş ve Yargıtay 18.11.1964 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında bu boşluğun hâkim tarafından Türk Medeni Kanunu (TMK)²⁵ m. 1 hükmü uyarınca doldurulması gerektiğine karar vermiştir²⁶.

İçtihadı Birleştirme Kararı sonrasında Yargıtay kararlarında, 3+1 kuralı olarak anılan sistem kabul edilmiştir²⁷. Bu sisteme göre kira sözleşmesinin yenilenen ilk döneminde sözleşmede artış oranı

²¹ Bu konuda bkz. Anayasa Mahkemesi, 16.11.2000, E. 2000/26, K. 2000/48. www.kazanci.com, (Erişim tarihi: 23.04.2023).

²² RG, 27.05.1955, S. 9013.

²³ 6570 sayılı Kanunun yayımlandığı Resmî Gazete için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/9013.pdf> (Erişim tarihi: 10.04.2023). 6570 sayılı Kanun m. 2 hükmüne göre: “A) Birinci maddede yazılı yerlerdeki gayrimenkullerin kiraları 1939 yılı kiralarına, meskenlerde yüzde iki yüz, meskenlerden ayrı yerlerde yüzde dört yüz zam yapılmak suretiyle bulunacak miktarı geçemez.

B) 1939 yılı kira bedelleri mukavele ile belli olmayan veya 1939 yılından sonra kiraya verilmeye başlanan yahut kullanma tarzı tamamen değiştirilerek kiralanan gayrimenkullerin kira bedelleri belediye encümenlerince 1939 yılı rayici esas alınarak o mahal veya semtteki mümasillerine göre takdir edilen kira bedellerine yukardaki nispetlerde zamlar yapılmak suretiyle taayyün eder.

C) 1939 yılından sonra inşa edilen veya asli heyeti tevsi veya teblil edilmek suretiyle esaslı olarak tadil edilmiş gayrimenkullerin; kira bedelleri Bina Vergisi Kanununa göre tahakkuk eden gayrisafi iratları nazara alınarak tesbit edilen kiralarına meskenlerde yüzde yüz, meskenlerden gayri yerlerde yüzde iki yüz zam yapılmak suretiyle bulunacak miktarı geçemez. Şu kadar ki bu madde gereğince yapılan zamlarla tespit olunacak kiralar üçüncü maddedeki emsal gayrimenkullerin kiralarını geçemez”. Anılan Kanunun 3. maddesine göre: “A) Birinci maddede yazılı yerlerde 24/2/1947 tarihinden sonra inşa olunan gayrimenkullerin kira bedelleri 12/5/1953 tarihinde mevcut yazılı veya sözlü mukavele ile belli miktarı geçemez.

B) 12/5/1953 tarihindeki kira bedelleri yazılı veya sözlü mukavele ile belli olmayan veya bu tarihten sonra kiraya verilmeye başlanan yahut kullanma tarzı tamamen değiştirilerek kiraya verilen gayrimenkullerin kira bedelleri o mahal veya semdeki mümasillerinin 12/5/1953 tarihindeki kiralarına göre belediye encümenlerince takdir edilir. 6084 sayılı kanunun neşrinden sonra inşa edilen gayrimenkullerle bundan sonra inşa edilecek veya yeniden kiralanan gayrimenkullerin ve mezkûr kanun hükümlerine müsteniden hükmen veya her ne suretle olursa olsun tahliye edilmek suretiyle serbestçe kiralanan gayrimenkullerin kira bedellerinin tayininde de bu madde hükümleri tatbik olunur.

C) Kiraların tayininde mümasilleri bulunmayan gayrimenkullerin kira bedelleri, o gayrimenkullerin hali hazır durumu ve mevkileri nazarı itibar alınarak belediye encümenlerince takdir olunur”.

²⁴ İptal kararı için bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1963-67-nrm.pdf> (Erişim tarihi: 10.04.2023).

²⁵ RG, 08.12.2001, S. 24607.

²⁶ Öncü, s. 302; Babaoğlu, s. 39-40; Sarı Fidan, s. 351; Aydoğdu/Kahveci, s. 321. Yarg. İBK, 18.11.1964, E. 1964/2, K. 1964/4. www.kazanci.com (Erişim tarihi: 11.04.2023).

²⁷ Öncü, s. 329; Öktem Çevik, s. 42, 46.

kararlaştırılmamışsa²⁸ sonraki üç yenileme döneminde endeks oranı ve dördüncü yenileme döneminde ise hak ve nesafete göre kira bedeli belirlenmekteydi²⁹. Öte yandan 1994 yılında yaşanan ekonomik kriz ve meydana gelen olağanüstü fiyat artışları sonrasında Toptan Eşya Fiyatları Endeksi (TEFE) % 60'a çıkmış, Nisan 1999'da ise bu oran % 100 seviyesini de aşmıştır³⁰. Yargıtay, 1994 yılından 1999 yılına kadarki süreçte yenilenen kira sözleşmelerinde kiracı aleyhine bozulan edim dengesini sağlamak için kira artışına uygulanacak endeks oranını % 65 olarak sınırlandırma yoluna gitmiştir³¹. Nitekim, 6098 sayılı Borçlar Kanunu kabul edilmeden önceki dönemde, kira sözleşmesinin ilk yılı için kararlaştırılan kira bedeli, sonraki üç yenileme döneminde endeks oranında artış ve dördüncü yenileme döneminde hak ve nesafete göre artırılan bedel uygulanmaktaydı. Yargıtay içtihatları ile gelişen bu sistem büyük ölçüde 6098 sayılı Kanunda da benimsenmiştir³².

Kanun koyucunun kira bedellerine müdahale etmesinin tek örneği 6570 sayılı Kanun değildir. Bu kanundan önce de sonra da ülkenin ekonomik durumu, enflasyon gibi veriler dikkate alınarak farklı tarihlerde çeşitli düzenlemelerle kira bedeline müdahalelerde bulunulduğu görülmektedir³³. Bunlardan biri 2000 yılında yaşanan ekonomik kriz nedeniyle kira artışlarındaki yükselişi kontrol altına almak adına 4531 sayılı Kanun ile 6570 sayılı Kanun'a geçici 7'nci maddenin eklenmesidir³⁴.

²⁸ Bu dönemde sözleşmede kira artış oranı kararlaştırılmış ise bu oranın sadece ilk yenileme döneminde uygulanacağı kabul edilmekteydi. **Öncü**, s. 321, 329; **Özen**, s. 2040. “Yargıtay’ın yerleşik uygulamalarına göre, kira sözleşmesindeki artış şartı yenilenen ilk dönemde tarafları bağlar. Tespiti istenilen dönem ilk dönem olmadığından sözleşmedeki artış şartı esas alınarak, kira tespiti yapılması doğru değildir” YHGK, 06.07.2005, E. 2005/3-396, K. 2005/443). Aynı yönde YHGK, 12.12.1990, E. 1990/3-527, K. 1990/627; Yarg. 3. HD, 25.11.2004, E. /12888, K: 2004/131115; Yarg. 3. HD, 29.01.2004, E. 2004/352, K. 2004/535; Yarg. 3. HD, 01.04.2008, E. 2008/2841 K. 2008/5706. Kira artış oranının her yenilenen dönem için geçerli olduğu yönünde Yargıtay’ın aksi yönde kararları da bulunmaktadır. Bu yönde bkz. Yarg. 6. HD. 23.05.2005, E. 2005/3651, K. 2005/5261; Yarg. 6. HD, 21.02.2012, E., 2011/14413, K. 2012/2552 (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 11.04.2023). TBK m. 344/I uyarınca ise sözleşmede kira artış oranı düzenlenmişse bu oran sadece ilk yenileme dönemi için değil, beş yıllık süre doluncaya kadarki tüm yenileme dönemleri için TÜFE endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla uygulanır. Bkz. **Öncü**, s. 321, 329; **Özen**, s. 2040.

²⁹ “... Şartlar değişmediği ve özel gelişmelerin varlığı iddia ve ispat edilmedikçe, kira sözleşmesinde olağan rayice uygun olarak kararlaştırılan kira parasına yenilenen ilk dönem için sözleşmedeki artış oranına göre sonraki iki yıl için ise Toptan Eşya Fiyat Endeksi artış oranının (TEFE % 65'i aştığı dönemlerde % 65 ile sınırlı olarak) iki yıl için (ard arda iki defa) artırımı esas alınarak bulunacak kira parasının, o dönemin hak ve nesafet kurallarına uygun ve aşırı olmayan bir kira parası olduğu ilke olarak kabul edilmeli ve ona göre uygulama yapılmalıdır. Bundan sonra ise yeniden hak ve nesafete uygun kira parası tespit edilecektir” Yarg. 3. HD, 25.03.2004, E. 2004/2563, K. 2004/2740, (www.kazanci.com, Erişim tarihi, 11.04.2023).

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kılıç Öztürk**, s. 244.

³¹ **Öncü**, s. 320, 327, dn. 109; **Altaş**, s. 98-99; **Kılıç Öztürk**, s. 244. “Toptan eşya fiyat endeksindeki artışın bir yıllık kira döneminde % 65'i geçtiği hallerde bunun kira parasına yansıyan bölümünün % 65 oranı ile sınırlandırılmasının hakkaniyete uygun ve adil bir ilke olarak kabul edilmelidir” (YHGK, 20.09.2005, E. 1995/3-539, K. 1995/766). Aynı yönde Yarg. 3. HD, 06.12.1994, E. 1994/14420, K. 1994/15771; Yarg. 3. HD, 18.01.1995, E. 1994/15703, K. 1995/41. “Tarafların her türlü etken dışında ve serbest iradeleri ile yaptıkları kira sözleşmesinde belirledikleri (kararlaştırdıkları) kira parasının, aksi iddia edilip kanıtlanmadıkça o dönemin olağan rayicine uygun olduğu kabul edilmelidir. Koşullar değişmediği ve özel gelişmelerin varlığı iddia ve ispat edilmedikçe, kira sözleşmesinde olağan rayice uygun olarak kararlaştırılan kira parasını, Toptan Eşya Fiyat Endeksinin (TEF Endeksinin % 65'i aştığı dönemlerde % 65 ile sınırlı olarak) üç yıl için (ard arda üç defa) artırımı esas alınarak, bulunacak kira parasının o dönemin hak ve nesafet kurallarına uygun ve aşırı olmayan bir kira parası ilke olarak kabul edilmeli ve ona göre uygulama yapılmalıdır”, Yarg. 3. HD, 02.04.1996, E. 1996/3377, K.1996/4339, (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 12.04.2023).

³² **Öncü**, s. 303; **Babaoğlu**, s. 41; **Öktem Çevik**, s. 43.

³³ 6570 sayılı Kanundan önce 3780 sayılı Milli Koruma Kanunu (RG, 26.01.1940, S. 4417) m. 30 ile taşınmaz kira bedelleri 1939 yılı rayici ile sınırlandırılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Babaoğlu**, s. 37; **Altaş**, s. 98, dn. 7.

³⁴ Bu hükmün 2000 ve 2001 yılları için sınırlı bir şekilde uygulanacağı kabul edilmiştir. **Erişgin**, Nuri: “6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'a Eklenen Geçici Madde 7 Üzerine”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 20,

Bu düzenleme ile 2000 yılı kira artış oranı % 25, 2001 yılı için ise %10 olarak belirlenmiştir³⁵. Ancak Anayasa Mahkemesi, 19.07.2001 tarihinde verdiği kararla “...2001 yılında ise yıllık % 10” cümlesini Anayasa’ya aykırı bulmuş ve iptal etmiştir. Karar gerekçesinde, 4531 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihte öngörülen fiyat artışlarına koşut olarak kiralarda 2001 yılı için kabul edilen % 10 oranındaki artışın 2001 yılında yaşanan ekonomik kriz nedeniyle oluşan fiyat artışlarının çok altında kaldığı ifade edilmiştir. Böylece, kira bedellerine getirilen sınırlamanın, amacını aşarak kiracı ile kiralayan arasında bulunması gereken adil dengenin kiralayan aleyhine demokratik bir toplumda makul, kabul edilebilir olarak nitelendirilemeyecek biçimde bozulması sonucunu doğurduğu ifade edilmiş ve itiraz konusu ibare ile mülkiyet hakkının özüne dokunacak biçimde yapılan ölçsüz sınırlamanın demokratik toplum düzeni ile bağdaştığının söylenemeyeceği vurgulanmıştır³⁶.

Özetle, kira sözleşmeleri sözleşme özgürlüğü ilkesinin uygulandığı özel hukuk alanına ilişkin bir akit olmasına rağmen toplumun büyük çoğunluğunu ilgilendiren bir meseledir. Kiracıların büyük bir bölümünün dar gelirli olması ve ülkenin ekonomik şartları dikkate alındığında kamu yararı ve kiracının korunması ilkesi gereğince kanun koyucu veya yargı tarafından bu alana müdahale edilmekteyse de bu müdahale sınırsız değildir ve kiraya verenin mülkiyet hakkının özünü zedeleyecek nitelikte olmamalıdır³⁷. Nitekim Yargıtay, Türk Borçlar Kanunu m. 344’ü, kamu düzenine ilişkin bir hüküm olarak kabul etmekte ve kiracıyı koruyan kararlar vermektedir³⁸.

Sayı: 4, Aralık 2000, s. 170 vd.; **Öncü**, s. 301. Bu yönde bkz. Yarg. 3. HD, 29.03.2010, E. 2010/3713, K. 2010/5246; Yarg. 3. HD., 01.04.2008 T., E. 2008/2091, K. 2008/5618. www.kazanci.com (Erişim tarihi: 12.04.2023).

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Erişgin**, s. 174 vd.; **Altaş**, s. 100 vd. Altaş’a göre kira artış oranını sadece geçici bir dönem için sınırlamak mülkiyet hakkını özünü zedelememektedir (s. 107). Aynı yönde **Sarı Fidan**, s. 371. 6570 sayılı Kanun geçici m. 7 hükmüne göre: “Sözleşmelerde kararlaştırılan kira paraları 2000 yılında yıllık % 25, 2001 yılında ise yıllık %10 oranında arttırılabilir. Ancak taşınmazın bulunduğu bölgede rayiç kira parasındaki artış bu oranların altında ise bu oranlar uygulanmaz. Kira parasının yabancı para veya kıymetli madene endeksli olarak belirlendiği sözleşmelerde ayrıca yıllık artış uygulanmaz. Kira parasının artış sınırlarının aşılması amacıyla yeniden kira sözleşmesi yapılamaz. Kira tespit davalarında da yukarıdaki sınırlamalara uyulur”. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.6570.pdf> (Erişim tarihi: 15.04.2023).

³⁶ Anayasa Mahkemesi, T. 19.07.2001, E. 2001/ 303, K. 2001/ 333 (RG. T. 15.09.2001, S. 24524). <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/09/20010915.htm#8> (Erişim tarihi: 15.04.2023). Ayrıca bkz. **Erişgin**, s. 171-172 vd.

³⁷ **Altaş**, s. 97; **Sarı Fidan**, s. 348; **Doğan**, s. 291.

³⁸ “...Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapılmamışsa, kira bedeli, bir önceki kira yılının üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla hâkim tarafından, kiralananın durumu göz önüne alınarak hakkaniyete göre belirlenir. Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda, yeni kira yılında uygulanacak kira bedeli, hâkim tarafından üretici fiyat endeksindeki artış oranı, kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri göz önünde tutularak hakkaniyete uygun biçimde belirlenir. Her beş yıldan sonraki kira yılında bu biçimde belirlenen kira bedeli, önceki fıkralarda yer alan ilkelere göre değiştirilebilir.” düzenlemesi bulunmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 2.maddesinde geçmişe etkili olma başlığı altında ise “Türk Borçlar Kanunu'nun düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları gerçekleştirdikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanır.” hükmü yer almaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun kira artışına ilişkin 344.maddesindeki düzenleme kiracıları koruyucu nitelikte olup, kamu düzenine ilişkindir...” Bkz. Yarg. 3. HD, 15.10.2019, E. 2019/1914, K. 2019/7955, Yarg. 3. HD, 27.06.2019E. 2017/8186, K. 2019/5879; Yarg. 3. HD, 02.07.2019, E. 2017/11772, K. 2019/6051. www.kazanci.com, (Erişim tarihi: 23.04.2023).

III. Kira Bedelinin Taraflarca İlk Defa Belirlenmesi

Konut ve çatılı işyeri kiralalarında kira bedelinin sözleşmede ilk kez belirlenmesi yönünden kanuni bir sınırlama söz konusu değildir. Yukarıda ifade edildiği üzere taraflar, sözleşmenin kurulması sırasında kira bedelini serbestçe belirleyebilir. Ancak burada sözleşme özgürlüğünün genel sınırlama sebeplerinin saklı olduğunu belirtmekte fayda vardır (TBK m. 26-28)³⁹. Taraflar kira sözleşmesi imzalanırken kira bedelini aşırı yararlanma, irade sakatlığı, ahlaka ve hukuka aykırı olmayacak şekilde belirleme yükümlüğündedir. Sözleşme akdedildiği anda belirlenen kira bedeli kira süresince bağlayıcı olup, tespit davasına konu edilemez. Ancak bu kuralın istisnası TBK m. 138'dir. Her ne kadar kira sözleşmesi kurulurken kira bedeline müdahale edilmesi teorik olarak mümkün değilse de uzun süreli kira ilişkilerinde TBK m. 138'e dayanmak suretiyle kira bedelinin değişen koşullara göre uyarlanmasının mahkemeden talep edilmesi mümkündür⁴⁰.

IV. Yenilenen Kira Dönemleri Bakımından Kira Bedeli Artış Oranına Üst Sınır Getirilmesi ve Kapsamı

Kira sözleşmesinin tarafları yenilenen dönemde uygulanacak kira bedeli artış oranını kararlaştırma imkanına sahiptir⁴¹. Ancak TBK m. 344/I tarafların bu oranı belirlemesine sınır getirmektedir⁴². Gerçekten de yenilenen bir kira sözleşmesi için esas alınacak kira bedeli artış oranı, önceki kira yılı tüketici fiyat endeksi artış oranı üstünde olamaz. Taraflar sözleşme ile TÜFE üzerinde bir artış için anlaşmış olsalar dahi TÜFE artış oranının üzerindeki kısım kısmi geçersiz (hükümsüz)

³⁹ **Kılıçoğlu**, s. 287; **Eren/Dönmez**, s. 801. **Babaoğlu**, s. 35. Bir görüşe göre, kira bedeli rayiç bedelin üzerinde belirlenmiş ise hakkın kötüye kullanılması kapsamında kararlaştırılan bedele sınır getirilmelidir. Bkz. **Kırkbeşoğlu**, Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011, s. 297.

⁴⁰ **Öktem Çevik**, s. 41; **Akçaal**, s. 365 vd.; **Sarı Fidan**, s. 349.

⁴¹ 6570 sayılı Kanun döneminden farklı olarak taraflarca belirlenen kira artış oranı sadece ilk yenileme dönemi için değil, kira sözleşmesi yapıldıktan sonraki beş yıllık süre içindeki tüm yenileme dönemleri için geçerlidir. **Babaoğlu**, s. 46; **Öncü**, s. 321, 329; **Kılıç Öztürk**, s. 245.

⁴² **Babaoğlu**, s. 45. Bu düzenleme ülke ekonomisinin değişme ihtimali dikkate alınmadığından hazırlandığı gerekçesiyle öğretilde eleştirilmektedir. Bkz. **Öncü**, s. 321; **Kuntalp**, Erdem/**Barlas**, Nami/**Ayanoğlu Morali**, Ahu/**Çavuşoğlu Işıntan**, Pelin/**İpek**, Mehtap/**Yaşar**, Mert/**Koç**, Sedef: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005, s. 186. Bir görüşe göre ekonomik istikrarın sağlanmadığı ülkemiz açısından kira artış oranının kanunla düzenlenmesi yerine bu konunun Yargıtay içtihatları ile çözülmesi gerekmektedir. Bkz. **Özer**, Tülay: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Kira Tespit Davasının Niteliği", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Erhan Ardal'a Armağan 2011-2012, C. 8-9, S. 2-1, s. 1031. **Kılıçoğlu**'na göre bu düzenleme kiracının korunması ilkesinden hareketle yapılmışsa da günümüzde kiracılar sadece dar gelirli kesimden oluşmamaktadır. Nitekim holding sahipleri de farklı gerekçelerle satın alma yerine kiralama yolunu tercih etmektedir. Bu nedenle kira artışlarını yasayla sınırlamak yerine bu konunun yargıya bırakılması gerekirdi. Bkz. **Kılıçoğlu**, Ahmet: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Eleştiriler, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, s. 77. Farklı bir görüşe göre bu düzenlemede konut ve işyeri kiralalarının ayırt edilmemesi doğru olmamıştır. Zira konut kiralalarında kiracılar sözleşmenin zayıf tarafıyken işyeri kiralalarında böyle bir durum yoktur. Dolayısıyla her iki tür kira sözleşmesi için farklı koruma hükümleri düzenlenmeliydi. Bkz. **Sarı Fidan**, s. 353; **Arpacı**, Abdülkadir: "Konut ve İşyeri Kiralarının Aynı Hükümlere Tabi Kılınması Doğru Mudur?", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008, C. 5, S. 2, s. 4. Bazı yazarlara göre ise kanunda bu yönde bir düzenlemenin bulunması yerindedir. Bkz. **Öncü**, s. 3, 22; **Sarı Fidan**, s. 354.

sayılacaktır⁴³. Ancak taraflar sözleşmede TÜFE ortalamasının altında bir kira bedeli artırımını öngörmüş ise bu artış geçerlidir^{44 45}.

Covid-19 salgını sonrası tüm dünya ülkeleri ile birlikte Türkiye’de yaşanan ekonomik sıkıntılar ve bunun sonucunda oluşan enflasyon nedeniyle kiraya verenler, yenilenen kira sözleşmelerinde, TÜFE endeksini dikkate almayarak bu oranın çok daha üzerinde kira artışı talep etmişlerdir. Bunun üzerine kanun koyucu tarafından 7409 sayılı Kanununun 4. maddesi ile Borçlar Kanunu’na Geçici Madde 1 eklenmiştir. İlgili düzenlemeye göre;

“Konut kiralari bakımından bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih ilâ 1/7/2023 (bu tarih dâhil) tarihleri arasında yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalar, bir önceki kira yılına ait kira bedelinin yüzde yirmi beşini geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranının yüzde yirmi beşin altında kalması halinde değişim oranı geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır. Bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmeler, fazla miktar yönünden geçersizdir. Bu fıkra hükmü, 344’üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca hâkim tarafından verilecek kararlar bakımından da uygulanır”.

İlgili düzenleme incelendiğinde, 11.06.2022 ile 01.07.2023 tarihleri arasında yenilenecek kira sözleşmelerinde kira bedeli artırım oranı bir önceki yıl kira bedelinin %25’i olarak belirlenmiştir⁴⁶.

⁴³ Eren/Dönmez, s. 804 vd.; Babaoğlu, s. 45; Öncü, s. 321; Sarı Fidan, s. 357; Özen, s. 2037; Akçaal, s. 372; Doğan, s. 294. Sözleşmede kararlaştırılan bedel yerine kanunun öngördüğü sınırlamalara göre belirlenen bedelin uygulanması bazı yazarlarca değiştirilebilir kısmi kesin hükümsüzlük şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. Öktem Çevik, s. 53; Sarı Fidan, s. 357, dn. 21; Özen, s. 2037; Doğan, s. 294. Fazla ödenen kira bedelleri sebepsiz zenginleşme davasına konu olabilir. Bkz. Sarı Fidan, s. 357.

⁴⁴ Eren/Dönmez, s. 804; Yavuz/Acar/Özen, s. 708 vd. Öncü, s. 318-319; Babaoğlu, s. 46; Özen, s. 2037; Kılıç Öztürk, s. 245; Doğan, s. 294; Aral/Ayrancı, s. 367-368.

⁴⁵ Bu hükmün bir yıldan uzun süreli kira sözleşmeleri için uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre taraflar bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde her yıl için kira bedellerini kararlaştırmış olsalar dahi kararlaştırılan bu bedellerin TBK m. 344’teki sınırlara uygun olması gerekir. Bu yönde bkz. Öktem Çevik, s. 55; Sarı Fidan, s. 356; Öncü, s. 324; Özen, s. 2045; Kılıç Öztürk, s. 247; Aydoğdu/Kahveci, s. 338. Aksi görüşe göre bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde TBK m. 344’ün uygulanmaması gerekir. Bkz. Kılıçoğlu, 2008, s. 78; Yavuz/Acar/Özen, s. 706-708. Doğan’a göre, bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde kira artışı yapılamayacağı kararlaştırılmışsa bu hüküm geçerlidir. Bkz. Doğan, s. 293.

⁴⁶ Makaracı Başak/Öktem Çevik’e göre, bu düzenlemenin zaman açısından uygulanması kiracılar arasında eşitsizlik yaratmaktadır. Zira Mayıs 2022 yıllık tüfe ortalaması % 39,33, Haziran 2022 yıllık tüfe ortalaması ise 44,54’tür. 11.06.2022 tarihinden önce fakat bu tarihe yakın zamanlarda yenilenen kira sözleşmelerine de bu oranların uygulanması gerekirken 11.06.2022 tarihinden sonra yenilenen kira sözleşmelerinde artışın %25 ile sınırlandırılması kiracılar arasında eşitsizlik yaratmaktadır. Yazarlara göre bu düzenleme ihtiyaç sebebiyle tahliye davalarında artış yaşanması tehlikesini de beraberinde getirmektedir. Öte yandan kiraya verenler açısından mülkiyet hakkının özünü zedelediği için Anayasa’ya aykırı olduğu iddia edilebilir. Bkz. Makaracı Başak, Aslı/Öktem Çevik, Seda: 7409 Sayılı Kanun ile Getirilen Geçici Madde 1 Gereğince Kira Bedelinin Belirlenmesi, <https://blog.lexpera.com.tr/7409-sayili-kanun-ile-getirilen-gecici-madde-1-geregince-kira-bedelinin-belirlenmesi/> (Erişim tarihi: 13.04.2023). Benzer eleştiriler getiren Sarı Fidan’a göre, Eylül 2022 Tüfe oranı % 83,45 olduğundan, %25’lik kira artış oranı uygulaması kiraya veren ve kiracı arasında olması gereken makul dengeyi kiraya veren aleyhine bozmaktadır. Sarı Fidan, s. 372.

Diğer bir anlatımla, belirlenen tarihler arasında yenilenecek kira sözleşmelerinde TÜFE artış oranı dikkate alınmayacak ve her halükârda kira artış oranı bir önceki dönem kira bedelinin %25'i kadar arttırılabilecektir. Özellikle belirtmek gerekir ki %25 olarak belirlenen bu oran azami artış oranıdır. Taraflar bu oranın altında bir kira bedel artırımını kararlaştırabilir veya daha önce sözleşme yapılırken bu orandan daha düşük bir artış oranı kararlaştırılmış ise o oranı uygulayabilirler⁴⁷. Ancak bu oranın üzerinde yapılacak kira bedeli artışı ise kısmi kesin hükümsüz olacaktır⁴⁸. Bu nedenle, taraflar kira bedeli artışında %25'ten daha fazla bir oranı kararlaştırmaları halinde sözleşmenin tamamı geçersiz sayılmayacak, sadece kira bedeli artış oranındaki fazla kısım kısmi kesin hükümsüzlük yaptırımına uğrayacaktır⁴⁹. Tarafların sözleşmede kira bedeli artırımına dair bir kayda yer vermemesi durumunda, kiraya veren tarafından TBK m. 345 gereği açılacak kira tespit davalarında da aynı kural geçerli olacaktır.

V. Kiralananın Karma Amaçlı (Home-Ofis) Kullanılması Hali

Yukarıda aktarılan TBK Geçici Madde 1 incelendiğinde kira bedeline getirilen sınırlamanın sadece konutlar için geçerli olacağı anlaşılmaktadır⁵⁰. İlgili düzenlemenin ilk cümlesi konut kiralarnı açıkça zikretmiş olduğundan, çatılı işyeri ve diğer kira sözleşmeleri bakımından %25'lik kira artış sınırlaması uygulanamaz. Bu düzenlemenin neden çatılı işyerlerini kapsamadığına ilişkin 7409 sayılı Kanunun gerekçesinde herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Zira kanun teklifinde ve gerekçesinde bu madde yer almamaktadır^{51 52}. Bu bağlamda, ilgili düzenleme sadece barınma amaçlı kullanılacak bir konutun kira sözleşmesine konu olduğu durumlar için geçerlidir. Ancak özellikle büyükşehirlerde sık rastlanılan ve giderek küçük şehirlerde de yaygınlaşan barınma amaçlı konutların karma kullanım için kiralınması halinde TBK Geçici Madde 1'in uygulanıp uygulanamayacağı sorusu da cevaplanmalıdır.

⁴⁷ **Babaoğlu**, s. 73. Yazara göre TÜFE yıllık değişim oranının %25' in altında kalması durumunda taraflarca sözleşmede kararlaştırılan artış oranı, TÜFE ortalamasından daha düşük ise sözleşmedeki düşük oran uygulanır.

⁴⁸ **Akçaal**, s. 372.

⁴⁹ 18.01.2019 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 7161 sayılı Kanunun 59. maddesiyle 6217 Sayılı Kanunun geçici 2. maddesine; “*Bu fıkrayı ihdas eden Kanunla değiştirilen 6098 Sayılı Kanun'un 344. maddesindeki tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranının esas alınacağına ilişkin hüküm, birinci fıkra kapsamında olan kira sözleşmeleri ile akdedilmiş diğer kira sözleşmelerinin yenilenmesinde uygulanır.*” hükmü eklenerek, tüm çatılı gayrimenkul kiralarnında 01.01.2019 tarihinden itibaren yapılacak kira artışlarının tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranı esas alınarak belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Bkz. Yarg. 3. HD, 25.5.2021, E. 2021/2915, K. 2021/5408. Buna göre, 11.06.2022 tarihinden önce yenilenecek kira sözleşmeleri bakımından en son on iki aylık TÜFE endeksi ortalaması %39,33'tür.

⁵⁰ **Babaoğlu**, s. 42; **Makaracı Başak/Öktem Çevik**, s. 1.

⁵¹ **Makaracı Başak/Öktem Çevik**, s. 2. Yazarlara göre kanun koyucu barınma ihtiyacını karşılayan konut kiracılarının enflasyona karşı korunmasını amaçlamıştır. Çatılı işyeri kiralarnının kapsam dışı bırakılmasının yerinde olduğu görüşünde; **Sarı Fidan**, s. 368.

⁵² Anılan düzenleme, esasen Avukatlık Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun görüşüldüğü Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 08.06.2022 tarihli 100 sayılı birleşiminde anılan kanuna madde ihdası suretiyle kabul edilmiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, 27. Dönem 5. Yasama Yılı, 100. Birleşim, 08 Haziran 2022, <https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/Tutanak/23749> (Erişim tarihi: 13.04.2023).

Halk arasında “*Home-Ofis*” olarak adlandırılan ve evden serbest çalışmaya yönelik tasarlanmış karma kullanım türü konutlarda dairenin belli bir bölümü, kişinin uğraştığı iş veya mesleğe paralel olarak düzenlenmekte, diğer kısımlar ise barınma amaçlı olarak kullanılmaktadır⁵³. Özellikle Covid-19 salgını döneminde, evden çalışmak zorunda kalanlar açısından karma kullanımlı konutların sayısı artmıştır. Bu noktada, bir konutun “*Home-Ofis*” olarak kiralanmış olması halinde yenilenen kira döneminde hangi oranda artış yapılacağı belirlenmesi önem arz eder. Zira, kiralanmış konut hem ikamet hem de ticari amaçlı kullanıldığından %25’lik kira artış oranının bu tip konutlar bakımından uygulanabilmesine dair ilgili düzenlemede bir hüküm bulunmamaktadır.

Home-Ofis olarak kiralanmış olan konutta öncelikle karma bir kullanım söz konusudur. Diğer bir ifadeyle, kiracı kiraladığı konutu hem mesleki veya ticari bir faaliyet amacıyla kullanmalı hem de barınma ihtiyacını karşılamalıdır. Bu noktada kiralanmanın ağırlıklı kullanım amacı tespit edilerek buna göre bir çözüm yolu bulunması akla gelebilir. Ancak örneğin bir avukatın hem konut hem de avukatlık bürosu olarak kullandığı taşınmazda ağırlıklı amacın nasıl tespit edileceği, hangi kriterlerin uygulanacağı ve ölçütün ne olacağı, hukuk güvenliği açısından sorun teşkil eder. Her ne kadar, avukatlık mesleği ticari bir faaliyet olarak nitelendirilmese de⁵⁴, bir avukatın kiraladığı konutu hem barınma hem de mesleki amaçlarla kullanması durumunda somut olaydaki duruma göre sonuca varılmalıdır. Aynı görüş bir diğ. hekim muayenehanesi veya mali müşavirlik ofisi için de geçerlidir.

Kanaatimizce hem konut hem de ofis olarak kullanılmak üzere kiralanmış bir konutta barınma amacına üstünlük tanınarak, yenilenecek olan bir kira sözleşmesinde yapılacak artış azami %25 ile sınırlı olmalıdır. Diğer bir anlatımla, TBK Geçici Madde 1, karma kullanımlı konutlar bakımından da uygulanmalıdır. Zira olması gereken hukuk açısından (*de lege ferenda*) ve ilgili kanun hükmünün ulaşmak istediği sonuçla paralellik gösteren bir çözüm şekli bulunmuş olur⁵⁵. Ancak, muayenehane, avukatlık bürosu, muhasebe ofisi, güzellik merkezi veya her ne isim altında olursa olsun kiralanmış konut sadece mesleki veya ticari bir faaliyet için kullanılıyorsa, TBK Geçici Madde 1 uygulanamaz. Bu nedenle mahkeme, önüne gelen bu tür bir uyuşmazlıkta öncelikle kiralanmış yerin kullanım amacını (iskân durumu, mimari proje vs.) araştırmalı ve ortaya çıkan sonuca göre karar vermelidir.

VI. 7409 Sayılı Kanun ile Düzenlenen Sınırlamanın Süre Yönünden İncelenmesi

7409 sayılı Kanun m. 4 ile Borçlar Kanunu’na eklenen Geçici 1’inci maddede: “*Konut kiralari bakımından bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih ilâ 01.07.2023 (bu tarih dâhil) tarihleri arasında*

⁵³ Doğar, Mehmet: “Karma Kullanım Amaçlı Bir Konut Satışı Açısından TKHK Hükümlerinin Uygulanması Sorunu”, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2021, S.1, s. 324 vd.

⁵⁴ Avukatlık Kanunu m.1’e göre: “Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir” (RG, 07.04.1969, S. 13168).

⁵⁵ Nitekim kanunlar uygulandığı zamanın koşullarına göre yorumlanırlar. Kanunlar yorumlanırken, kanun metninin lafzi yorumu ile birlikte kanun koyucunun objektif amacı yani düzenlenme nedeni de göz önünde bulundurulmalıdır. İlgili yasa metninde bulunan eksiklikler (amaçsal yorum da dikkate alınarak) mahkemeler tarafından somut olaya göre değerlendirilmeli ve çözüme kavuşturulmalıdır.

yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalar” şeklinde bir ibare söz konusudur. Madde metninde ilgili hükmün Resmî Gazete’de yayınlandığı tarihte yürürlüğe gireceği ifade edilmektedir. Buna göre, 11.06.2022 tarihi itibarıyla yenilenecek bir kira sözleşmesi azami %25 kira artış oranına tabi olacak, bu tarihten önce yenilenen sözleşmeler bakımından TBK m. 344 hükmü geçerliliğini koruyacaktır. Bu bağlamda, 11.06.2022 tarihinden önce yenilenen kira sözleşmeleri TBK Geçici m. 1 kapsamında değildir⁵⁶. Bunun nedeni “kanunların geriye yürümezlik-makable şamil olmama” ilkesidir. Kanunların geriye yürümezliği ilkesi, bir hukuki eylem ya da davranışın, hukuki ilişkinin vuku bulduğu ya da meydana geldiği dönemdeki kanun hükümlerine tabi kalmakta devam edeceğini ifade eder. Kaldı ki yapılan düzenlemede hükmün geçerli olacağı tarih aralığı belirlidir. Sonradan çıkan kanun, kural olarak yürürlüğünden önceki olaylara ve ilişkilere uygulanmaz⁵⁷. Bu nedenle, 11.06.2022 tarihinden önce yenilenen kira sözleşmeleri TBK Geçici m. 1 kapsamında değildir. Özetlemek gerekirse, 11.06.2022-01.07.2023 tarihleri arasında yenilenecek kira sözleşmelerinde kira bedeli artırımı oranı bir önceki yıl kira bedelinin azami %25’i olarak uygulanacak, 02.07.2023 tarihinden itibaren (yeni bir düzenleme yapılmaması halinde), öncelikle sözleşmede kararlaştırılan oran, sözleşmede bir hüküm yoksa TÜFE artışı dikkate alınacaktır.

VII. Beş Yıldan Uzun Süren Kira Sözleşmeleri Bakımından Değerlendirme

Beş yıldan uzun süren kira sözleşmelerinde yenileme yapılırken kira bedelinin tekrardan belirlenmesi mümkündür (TBK m. 344/III). Tarafların sözleşmede belirttikleri hükümlerden bağımsız olarak, beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde ve her beş yılın sonunda, yeni kira yılında uygulanacak kira bedeli, hâkim tarafından tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranı, kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri göz önünde tutularak hakkaniyete uygun biçimde belirlenir⁵⁸. Her beş yıldan sonraki kira yılında bu biçimde belirlenen kira bedeli, önceki fıkralarda yer alan ilkelere göre değiştirilebilir.

Taraflar arasında yapılan kira sözleşmesinin beşinci yıl sonunda yenilenecek altıncı yıl için sözleşmede önceden bir hüküm bulunsa bile taraflardan birinin TBK m. 344/III’e dayanmak suretiyle hâkimin müdahalesini talep etmesi mümkündür. Hatta önce üç, sonraki yenileme dönemleri birer yıllık olsa dahi toplam sürenin beş seneyi aşması durumunda mahkemeden kira oranının belirlenmesi

⁵⁶ Bir görüşe göre, 11.06.2022 tarihinden sonra 01.07.2022 tarihinden önce kurulan konut kira sözleşmelerinin yenilenme dönemleri 11.06.2023-01.07.2023 tarih aralığına denk geleceği için bu sözleşmeler bakımından da yine söz konusu sınırlama uygulanır. Ancak 01.07.2022 tarihinden sonra, örneğin 02.07.2022 tarihinde, kurulan kira sözleşmelerinin yenileme dönemi belirtilen tarih aralığına denk gelmeyeceği için söz konusu sınırlama bu sözleşmelere uygulanmaz. Bkz. **Babaoğlu**, s. 72.

⁵⁷ Hukuk devletinin temel özelliği, bütün vatandaşlara, hatta vatandaş olmasa bile ülkedeki tüm insanlara hukuki güvence sağlanmasıdır. Hukuki güvencenin ilk ve en basit şartı ise aleyhteki kanunların geriye yürümemesidir. Ancak Ceza Kanunu gibi lehe yapılan bazı süresiz düzenlemeler bunun istisnasıdır. Bkz. Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu, T.03.07.1989, E.1988/5, K.1989/3.

⁵⁸ **Sarı Fidan**, s. 357; **Özen**, s. 2054; **Doğan**, s. 296; **Eren/Dönmez**, s. 806; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 340; **Kılıçoğlu**, s. 290-292; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 715-716; **Aral/Ayrancı**, s. 368.

istenebilir. TBK m. 344/III'e dayanılarak açılan dava esasen kira tespit davası olup, mahkemenin vereceği karar ise yenilik doğuran bir karardır⁵⁹.

7409 sayılı Kanun m. 4 ile Türk Borçlar Kanunu'na eklenen Geçici Madde 1'in beş yıl ve sonrasında yenilenecek sözleşmeler bakımından uygulama alanı bulup bulamayacağı sorusunun da cevaplanması gerekir. Kural olarak, kira sözleşmesiyle konutunda beşinci yılını dolduran kiracılar bakımından öncelikli olarak sözleşmede bir kira artış oranı belirlenmiş olsa dahi kiralayan bununla bağlı değildir (TBK m. 344/III). Bu nedenle kiralayan, beşinci yılını dolduran kiracı için kira tespit davası açabilir⁶⁰.

Beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmesinde yeni kira bedeli, TÜFE endeks oranı⁶¹, kiralananın durumu, emsal kira sözleşmeleri gibi kriterler⁶² göz önünde bulundurularak hakkaniyete uygun bir şekilde tespit edilmelidir. Özellikle belirtmek gerekir ki mahkeme, kira bedelini belirlerken sadece takdir yetkisini kullanmakla kalmamalı, hak ve nesafet ilkesi gereği, emsal kira sözleşmelerini yerinde inceleyerek, dava konusu yer ile kira parasına etki eden tüm nitelikler (konumu, çevresi, niteliği, kullanım şekli, kira başlangıç tarihi, şerefiye, kira süreleri vb.) ayrı ayrı karşılaştırılmalı ve emsal kira bedelleri için uygun olup olmadıkları somut gerekçelerle açıklanmalıdır. Mahkeme, kiralananın yeniden boş olarak kiraya verilmesi halinde getirebileceği kira bedelini de göz önünde tutarak tarafların sözleşmeden bekledikleri amaca uygun biçimde makul bir kira bedeline hükmetmelidir⁶³.

Mahkeme, yukarıda belirtilen tespitte bulunurken %25 oranındaki üst sınır düzenlemesinden bağımsız hareket etmeli ve altıncı yıl konutunda oturmaya devam etmek isteyen bir kiracının kira bedelinde %25 artış yaparak sözleşmeyi devam ettirmesi (taraflar arasında anlaşma olmadığı sürece) mümkün olmamalıdır⁶⁴. Bu sebeple, kiralayanın kira sözleşmesinin beş yılı doldurduğundan bahisle açtığı kira tespit davasında mahkeme, herhangi bir sınırlama ile bağlı değildir. Aksi takdirde kiracı ile kiralayan arasındaki menfaat dengesi kiralayan aleyhine bozulmuş olur. Özetle, TBK'na eklenen Geçici Madde 1 ile konut kiralaları artış oranına %25 sınırlama getiren düzenleme, TBK m. 344/III'ü kapsamaz.

⁵⁹ **Özen**, s. 2054; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 717.

⁶⁰ **Eren/Dönmez**, s. 806; **Akçaal**, s. 377 vd.; **Özen**, s. 2054-2060; **Kılıçoğlu**, s. 290 vd; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 716-717; **Aral/Ayrancı**, s. 370-371 vd.

⁶¹ Hâkim TBK 344/III'e göre TÜFE ile bağlı olmayıp, TÜFE'den daha yüksek bir oranda kirayı artırabilir. **Öktem Çevik**, s 69; **Özen**, s. 2054.

⁶² Bu yönde bkz. Yarg. 3. HD, 13.06.2019, E. 2017/8272, K. 2019/5399; Yarg. 3. HD, 07.06.2021, E. 2021/3200, K. 2021/6064, www.kazanci.com, (Erişim tarihi: 19.04.2023).

⁶³ Bir görüşe göre beş yıllık süre sonunda kiraya verenin kiracıya karşı tespit davası açması engellenmek isteniyorsa, beş yıldan uzun süreli bir kira sözleşmesine "sözleşme tamamlanana kadar kira bedelinin arttırılmayacağına" dair bir madde eklenmelidir. Bkz. **Özen**, s. 2060. Ayrıca bkz. **Eren/Dönmez**, s. 806; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 715-716 vd.; **Aral/Ayrancı**, s. 380-381 vd.

⁶⁴ Aynı yönde **Makaracı Başak/Öktem Çevik**, s. 2; **Sarı Fidan**, s. 368.

Sonuç

Türkiye’de Covid-19 salgını sonrası yaşanan ekonomik gelişmeler, olağanüstü fiyat artışlarını beraberinde getirmiş ve bu durum kira oranlarına da yansımıştır. Yaşanan fiyat artışları, kira artış oranının bağlı olduğu TÜFE oranlarının da çok yüksek çıkmasına neden olmuştur. Kanun koyucu, yenilenecek olan kira sözleşmelerinde kira artış oranlarını sınırlama getirmek amacıyla 11 Haziran 2022 tarih ve 31863 sayılı Resmî Gazete ile yürürlüğe giren 7409 Sayılı “Avukatlık Kanunu ile Türk Borçlar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 4’üncü maddesi ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na eklenen Geçici Madde 1 ile konut kiralarının kira artış oranını belirlenen süre aralığı için bir önceki yıl kira bedelinin en fazla %25’ini geçemeyecek şekilde arttırılabileceğini düzenlemektedir.

Ekonomik koşulların bozulması sebebiyle kiracılar aleyhine bozulan kira sözleşmesindeki edim dengesinin sağlanmasına yönelik getirilen %25’lik kira artışı sınırlandırması esasen sözleşme özgürlüğü ilkesine müdahale olarak yorumlanmaya açıktır. Ancak 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’un yürürlükte olduğu dönemde, 2000 yılı için kira artış bedelinin %25 olarak sınırlandırıldığı görülecektir. Farklı ifade etmek gerekirse, Türkiye’de kira artış oranlarına üst sınır getirilmesi yeni karşılaşılan bir durum değildir. Yaşanan ekonomik krizlere bağlı olarak önceki yıllarda kimi zaman kanun koyucu, kimi zaman Yargıtay içtihatları olarak uygulanagelen kira artışlarına üst sınır getirilmesindeki amaç kamu düzeninin korunması düşüncesidir. Gerçekten de kira artışlarını düzenleyen TBK m. 344, aslında kiracıları koruma amacı güden ve kamu düzenine ilişkin bir hüküm olarak kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay birçok kararında Türk Borçlar Kanununun kira artışını düzenleyen 344’üncü maddesini kamu düzenine ilişkin bir düzenleme olarak kabul etmekte ve kiracıyı koruduğunu çeşitli kararlarında içtihat etmektedir.

Ekonomik dalgalanmalara bağlı olarak fiyatların sürekli artması karşısında konut fiyatlarının da aşırı yükselmesi, kira bedellerinde fahiş nitelendirilebilecek artışların talep edilmesine neden olmaktadır. Günümüzde mevcut kiracıların çoğunlukla dar gelirli olduğu ve konut kiralarının öngörülemez bir şekilde sert yükselmesi karşısında kanun koyucunun tedbir alması hem toplumsal barış hem de kamu düzeninin korunması adına bir gerekliliktir. Nitekim kira artış oranları toplumun neredeyse bütün kesimlerini ve kamu düzenini yakından ilgilendiren bir mevzudur. Bir an için özel hukuk alanında sözleşme özgürlüğü ilkesine müdahale edildiği ve bazı hakların sınırlandırıldığı akla gelse de kamu yararı ve normatif düşünce yapısı içerisinde değerlendirme yapılması gerekir. Her ne kadar getirilen düzenleme mülkünü kiraya verenler bakımından aleyhe görünse de kiraya verenler bakımından sözleşme dengesinin sağlanması her zaman dikkat edilmesi gereken bir olgudur. Ancak aylık açıklanan enflasyon rakamları karşısında getirilen %25’lik kira artış üst sınırı, kiraya verenler bakımından “aşırı sınırlama” olarak değerlendirilebilir. Hatta Anayasanın “ölçülülük” prensibinin

ihlal edildiği itirazı da gelebilir. Ancak bu durumda, ilgili düzenlemeden zarar görenlerin Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla iptal davası açılması dışında seçeneklerinin olmadığı açıktır.

Kira sözleşmesiyle konutunda beşinci yılını dolduran ve 11.06.2022 tarihinden sonra kira süresi yenilenecek bir kiracı bakımından kanun koyucunun getirmiş olduğu %25'lik üst sınır geçerli olmayacaktır. Farklı bir anlatımla kiralayan, beşinci yılını dolduran kiracıdan yeni dönemde kirayı %25'ten daha fazla arttırmasını (hakkaniyet ölçülerinde) talep edebilir. Bu talebi kabul görmeyen kiralayanın sözleşmede artışa dair bir hüküm bulursa dahi dava yoluna başvurmasının önünde engel bulunmamaktadır.

TBK m. 344/II'ye dayanarak açılan kira tespit davasında hâkim, TBK Geçici Madde 1 ile getirilen düzenlemeyi dikkate almak kaydıyla kiralananın durumunu da göz önünde bulundurarak karar vermelidir. Her ne kadar hâkim konut kirası artışlarında %25'lik üst sınır ile bağlı olsa da önüne gelen somut uyuşmazlığın niteliğine göre çözümler üretmelidir. Ancak, TBK geçici madde 1 ile düzenlenen %25'lik üst sınırın da üzerinde bir kira artışının kabul edilebilmesi için özel nedenlerin bulunması ve bunun somut deliller ile ispat edilmesi gerekir.

Kanaatimce hem konut hem de ofis (*Home-Ofis*) olarak kullanılmak üzere kiralanan bir konutta barınma amacına üstünlük tanınarak, yenilenecek olan kira sözleşmesinde yapılacak artış azami %25 ile sınırlı olmalıdır. Diğer bir anlatımla, TBK Geçici Madde 1, karma kullanımlı konutlar bakımından da uygulanmalıdır. Zira olması gereken hukuk açısından (de lege ferenda) ve genişletici yorumla, ilgili kanun hükmünün ulaşmak istediği sonuca uygun bir çözüm yolu bulunmuş olur. Ancak, muayenehane, avukatlık bürosu, muhasebe ofisi, güzellik merkezi veya her ne isim altında olursa olsun kiralanan konut (mesken olarak kiralansa dahi) sadece mesleki veya ticari bir faaliyet için kullanılıyorsa, TBK Geçici Madde 1'in uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle böyle bir uyuşmazlıkta öncelikle kiralanan yerin kullanım amacı belirlenerek, çıkan sonuca göre çözüme ulaşılmalıdır.

Kaynakça

Akçaal, Mehmet: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinde Artışa ilişkin 7161 sayılı Kanun’la Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2022, C. XII, S. 1, s. 361-384.

Altaş, Hüseyin: “Kira Parası Artışlarının Sınırlanması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2000, C. 49, S. 1, s. 97-116.

Aral, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 15. Baskı, Ankara 2022.

Arpacı, Abdülkadir: “Konut ve İşyeri Kiralarının Aynı Hükümlere Tabi Kılınması Doğru Mudur?”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008, C. 5, S. 2, s. 3-7.

Aydoğdu, Murat/**Kahveci**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2022.

Babaoğlu, Tuba: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Belirlenmesi ve Arabuluculuk Yoluyla Çözümü, KTO Karatay Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2023.

Doğan, Murat: Kira Sözleşmesi, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Ed.: **Öz**, M. Turgut), Ankara 2023.

Doğar, Mehmet: “Karma Kullanım Amaçlı Bir Konut Satışı Açısından TKHK Hükümlerinin Uygulanması Sorunu”, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2021, S.1, s. 305-326.

Eren, Fikret/**Dönmez**, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt: IV (m. 207-392), Ankara 2023.

Erişgin, Nuri: “6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’a Eklenen Geçici Madde 7 Üzerine”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 20, S. 4, Aralık 2000, s. 169-188.

Kılıç Öztürk, Gizem: “Kira Tespit Davası ve Esasları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2017, S. 129, s. 229-260.

Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2022.

Kılıçoğlu, Ahmet: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Eleştiriler, Ankara 2008. (Anılış:2008).

Kırkbeşoğlu, Nagehan: Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011.

Kuntalp, Erdem/**Barlas**, Nami/**Ayanoğlu Moralı**, Ahu/**Çavuşoğlu Işıntan**, Pelin/**İpek**, Mehtap/**Yaşar**, Mert/**Koç**, Sedef: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005.

Makaracı Başak, Aslı/**Öktem Çevik**, Seda: “7409 Sayılı Kanun ile Getirilen Geçici Madde 1 Gereğince Kira Bedelinin Belirlenmesi”, <https://blog.lexpera.com.tr/7409-sayili-kanun-ile-getirilen-gecici-madde-1-geregince-kira-bedelinin-belirlenmesi/> (Erişim tarihi: 13.04.2023).

Öktem Çevik, Seda: “Türk Borçlar Kanunu m. 344 Uyarınca Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Temel Esasların Değerlendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2022, C. 24, S. 1, s. 39-77.

Öncü, Özge: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Bedelinin Belirlenmesi”, İzmir Barosu Dergisi, Borçlar Kanunu Özel Sayısı 2012, S. 2, s. 300-348.

Özen, Burak: “Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2016, Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, S. 3, s. 2033-2062.

Özer, Tülay: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Kira Tespit Davasının Niteliği”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erhan Ardal'a Armağan 2011-2012, C. 8-9, S. 2-1, s. 1013-1033.

Sarı Fidan, Özlem: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarından Kira Bedeli Artış Oranının Belirlenmesine İlişkin Sınırlamaların Değerlendirilmesi”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 2022, S. 1, s. 345-380.

Uysal, Hande: Kira Bedelinin Tespiti, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Birinci Cilt, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul 2022.

TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA NÜKLEER TESİS İŞLETENİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE KARŞI HUKUKÎ SORUMLULUĞU

Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR*

Öz

Türk Milletlerarası Özel Hukukunda nükleer tesis işleteninin üçüncü kişilere karşı hukukî sorumluluğu Paris Sözleşmesi, Ortak Protokol ve Nükleer Düzenleme Kanununda düzenlenmiştir. Paris Sözleşmesi hukukî sorumluluk konusunun yanı sıra milletlerarası yetkiyi, uygulanacak hukuku ve yabancı mahkeme kararlarına ülke içi etki tanınmasını düzenlerken Ortak Protokol, Paris ve Viyana Sözleşmeleri arasındaki bağı kurmaktadır. Nükleer Düzenleme Kanunu ise, düzenlenmesi millî hukuka bırakılmış konuları ve yanı sıra milletlerarası yetki ve sorumluluk esaslarını ele almaktadır. Paris Sözleşmesi millî hukukları birleştirmeyi amaçlayan esas itibariyle bir maddî hukuk sözleşmesi iken onu tamamlayan Nükleer Düzenleme Kanunu nükleer zararların sınır aşıcı özelliği sebebiyle doğrudan uygulanan bir kanundur.

Anahtar Kelimeler: Nükleer, İşleten, Sorumluluk, Uygulanacak Hukuk, Milletlerarası Yetki, Tenfiz, Paris Sözleşmesi, Viyana Sözleşmesi, Ortak Protokol.

THIRD PARTY LIABILITY OF THE NUCLEAR INSTALLATION OPERATOR IN TURKISH PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Abstract

Nuclear Third-Party Liability in Turkish Private International Law is governed by the Paris Convention, the Joint Protocol, and the Nuclear Regulation Act. Paris Convention covers international jurisdiction, applicable law and enforcement issues in the field of nuclear third-party liability together with substantive law issues whereas Joint Protocol establishes the bridge between Paris and Vienna Conventions. Nuclear Regulation Act governs the issues which are left to be legislated by national laws, international jurisdiction and the principles of nuclear liability. Paris Convention is mainly a substantive law convention which aims to unify national laws whereas

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi (ggungor@law.ankara.edu.tr), ORCID:0000-0002-7689-2389.

Nuclear Regulation Act supplementing it is an immediately applicable act simply because of the trans-border feature of nuclear damages.

Keywords: Nuclear, Operator, Liability, Applicable Law, International Jurisdiction, Enforcement, Paris Convention, Vienna Convention, Joint Protocol.

Giriş ve Hukukî Çerçeve

Nükleer zararlar etkileri uzun zamana yayılan, sınır aşıcı ve mağdur sayısının çok olduğu büyük zararlardır. Bu sebeple, nükleer enerjinin barışçıl kullanımının yol açtığı zararların tazmini için nükleer sorumluluğa ilişkin hukuk kurallarının birleştirilmesi amacıyla 29 Temmuz 1960 tarihli ve 1 Nisan 1968’de yürürlüğe giren *Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Hukukî Mesuliyete Dair Sözleşme* (Paris Sözleşmesi/PS),¹ 21 Mayıs 1963 tarihli ve 12.11.1977’de yürürlüğe giren *Nükleer Zarardan Hukukî Sorumluluk Hakkında Viyana Sözleşmesi* (Viyana Sözleşmesi/VS)² ve bu sözleşmeler arasında ilişki kuran 21.9.1988 tarihli ve 27.4.1992’de yürürlüğe giren *Viyana ve Paris Sözleşmelerinin Uygulanmasına İlişkin Ortak Protokol* (Ortak Protokol/OP)³ akdedilmiştir. Yine zarar görenlerin ek tazmini amacıyla 12.9.1997 tarihli ve 15.4.2015’te yürürlüğe giren *Nükleer Zararların Ek Tazmini Sözleşmesi* (CSC) akdedilmişse de Türkiye Sözleşmeye taraf değildir⁴.

Paris Sözleşmesi ile Viyana Sözleşmesi nükleer zararların tazmini için benzer düzenlemelere sahip olup büyük ölçüde farklı devletler arasında ve sözleşen devletlerin iç hukuklarının birleştirilmesi amacıyla akdedilmiştir. Ortak Protokolle ise, bir yandan Paris ve Viyana Sözleşmelerinin coğrafi koruma alanları birleştirilerek mağdurlara sağlanan coğrafi koruma genişletilirken diğer yandan hangi sözleşmenin uygulanacağı tayin edilmiştir⁵. Belirtelim ki, nükleer

¹ **Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy.** Sözleşmenin 1964, 1982 ve 2004 olmak üzere üç protokolü vardır. Sözleşme ve 1964 protokolü 1.4.1968’de, 1982 protokolü 7.10.1988’de ve 2004 protokolü 1.1.2022’de yürürlüğe girmiştir. Günümüzde Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, İtalya, Hollanda, Norveç, Portekiz, Slovenya, İspanya, İsveç, İsviçre, Türkiye ve Birleşik Krallık Sözleşmeye taraftır. Bkz. www.iaea.org.

² **Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage.** Viyana Sözleşmesi kendisini değiştiren protokolle birlikte 1997 Vienna Convention on Civil Liability For Nuclear Damage olarak anılmaktadır. 6.5.2022 itibarıyla Sözleşmenin tarafları, Arjantin, Ermenistan, Belarus, Benin, Bolivya, Bosna Hersek, Brezilya, Bulgaristan, Kamerun, Şili, Kolombiya, Hırvatistan, Küba, Çek Cumhuriyeti, Mısır, Estonya, Gana, Macaristan, İsrail, Ürdün, Kazakistan, Letonya, Lübnan, Litvanya, Mauritius, Meksika, Montenegro, Fas, Nijer, Nijerya, Kuzey Makedonya, Peru, Filipinler, Polonya, Moldova Cumhuriyeti, Romanya, Rusya Federasyonu, Ruanda, Saint Vincent ve Grenadines, Suudi Arabistan, Senegal, Sırbistan, Slovak Cumhuriyeti, İspanya, Trinidad ve Tobago, Ukrayna, Birleşik Krallık ve Uruguaydır. Bkz. www.iaea.org. Türkiye Sözleşmeye taraf değildir.

³ RG. 19.11.2006- 26351. **Joint Protocol Relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention.** Sözleşmenin 3.6.2022 tarihi itibarıyla tarafları, Benin, Bulgaristan, Kamerun, Şili, Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Mısır, Estonya, Finlandiya, Fransa, Almanya, Gana, Yunanistan, Macaristan, İtalya, Letonya, Litvanya, Montenegro, Fas, Hollanda, Norveç, Filipinler, Polonya, Portekiz, Romanya, Saint Vincent ve Grenadines, Slovakya, Slovenya, İspanya, İsveç, İsviçre, Türkiye, Ukrayna, Birleşik Arap Emirlikleri, Birleşik Krallık ve Uruguaydır. Bkz. www.iaea.org.

⁴ **Convention on Supplementary Compensation For Nuclear Damage**, www.iaea.org (Erişim: 10.2.2023).

⁵ Bununla birlikte, İspanya ve Birleşik Krallık gibi gerek Paris Sözleşmesi gerek Viyana Sözleşmesine taraf olan devletler bakımından hangi sözleşmenin uygulanacağı hukukî sorun olarak ortadadır.

enerji alanında üçüncü kişilere karşı hukukî sorumluluğa ilişkin olarak sözleşmelerin kurduğu rejim nükleer tesis işleteninin kusursuz ve münhasır sorumluluğu, miktar ve süre açısından sınırlı sorumluluğu,⁶ tazminatların ödenmesinin sigorta ve mâli teminatlarla güvence altına alınması,⁷ tek devletin yargı yetkisinin kabul edilmesi, tazminat kararlarının diğer ülkelerde tenfizi, meblağların serbest transferi ve ayrımcılık yasağı⁸ esaslarına dayanmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti *Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Hukuki Mesuliyete Dair Sözleşmeye* (Paris Sözleşmesi), protokollerine⁹ ve Ortak Protokole taraftır. Paris Sözleşmesi ve protokolleri ile Ortak Protokol Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.90/V uyarınca usulüne göre yürürlüğe konmuş anlaşmalar olmakla kanun hükmündedir. Uygulayıcılar bu sözleşme ve protokolleri ile Ortak Protokolün doğrudan uygulanabilme özelliğine sahip olan hükümlerini kanunun emri sayarak doğrudan uygulayacaklardır¹⁰. Paris Sözleşmesinin doğrudan uygulanma özelliğine sahip olmayan hükümlerinin gereği ise yeni kanun çıkartmak ya da mevcut kanun hükümlerini değiştirmek suretiyle kanun koyucu tarafından yerine getirilecektir.

Yine 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹¹ m. 1/2 uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklı tutulmuştur. Bu sebeple yabancı unsurlu hukukî işlem ve ilişkilerde uygulanabilir bir milletlerarası sözleşme varsa ilgili sözleşme uygulanacaktır. Böylece Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Hukuki Mesuliyete Dair Sözleşme (Paris Sözleşmesi) ve protokolleri ile Ortak Protokol nükleer zararın tazmini için Türkiye'de açılan davalarda öncelikle uygulanacaktır.

⁶ **Korkmaz**, Zehra: "Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıs Sorumluluğuna İlişkin 1960 Tarihli Paris Sözleşmesi'ni Değiştiren 2004 Protokolü ile 7381 Sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu'nun Mukayese ve Değerlendirilmesi", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2023, C. 13, S. 1, s. 445 vd.

⁷ **Hekim**, Burak: "Nükleer Enerji Alanında Hukukî Sorumluluk", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2018, C. 67, S. 2, s. 360; **Kocaoğlu**, Necip Kağan: "Nükleer Tesis İşleteninin Hukukî Sorumluluğu: Karşılaştırmalı ve Uluslararası Özel Hukuk Analizi", Ankara Barosu Dergisi 2010, S.2, Y.68, s.73; **Karauz**, Ağâh Kürşat: "Nükleer Santral İşleteninin Hukukî Sorumluluğu", Nevşehir Barosu Dergisi 2014, S. 1, Y. 1, s. 14.

⁸ **Çuhadar**, Ayşe Aslıhan Erbaşı: "Uluslararası Nükleer Sorumluluk Rejimi Çerçevesinde Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşleteninin Hukukî Sorumluluğu", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2015, Özel Sayı, C. 1, s. 361.

⁹ Paris Sözleşmesi 13.5.1961 tarihinde (RG.13.5.1961-10806), 1964 tarihli Ek Protokol 29.11.1967 tarihinde (RG.29.11.1967-12763), 1982 tarihli Protokol 23.5.1986 tarihinde (RG. 23.5.1986-19115) ve 2004 tarihli Protokol 10.12.2021 tarihinde (RG. 10.12.2021-31685) Türkiye tarafından onaylanmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti 2004 tarihli protokolü çekince ile onaylamıştır. Buna göre, "Türkiye Cumhuriyeti, 29 Temmuz 1960 tarihli Paris Sözleşmesinin 18 inci maddesi uyarınca, 2 nci maddenin (a) paragrafının (iii) bendinde yer alan hükümlere hâlel getirmeksizin, Türkiye Cumhuriyeti'nden başka bir devletin ülkesinde ya da uluslararası hukuka göre belirlenmiş deniz yetki alanlarında ya da işbu Devlet adına kayıtlı olan bir gemide veya hava aracında meydana gelen nükleer zararlar için, işbu Devletin eşdeğer miktardan karşılıklı fayda sağlamadığı ölçüde, 7 nci maddenin (a) paragrafında belirtilen asgari miktardan daha düşük sorumluluk miktarını belirleme hakkını saklı tutar."

Paris Sözleşmesinin resmî olmayan konsolide metni için bkz. Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of 29 July 1960, as amended by the Additional Protocol of 28 January 1964, by the Protocol of 16 November 1982 and by the Protocol of 12 February 2004, oecd-nea.org (Erişim: 2.12.2022). Sözleşmenin protokolleri de ihtiva edecek şekilde değiştirilmiş raporu için bkz. Exposé des Motifs of the Paris Convention as amended by the Protocols of 1964, 1982 and 2004, oecd-nea.org (Erişim: 2.12.2022).

¹⁰ Aynı yönde bkz. **Hekim**, s. 358; **Korkmaz**, s. 437.

¹¹ RG. 12.12.2007- 26728.

Belirtelim ki, Paris Sözleşmesi, protokollerinin getirdiği değişikliklerle birlikte, âkit devletlerin millî hukuklarının birleştirilmesi amacını¹² taşıyan bir maddî hukuk sözleşmesidir¹³.

Öte yandan, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, nükleer enerjinin barışçıl kullanımı sırasında çalışanların, halkın, çevrenin ve gelecek nesillerin iyonlaştırıcı radyasyonun olası zararlı etkilerinden korunmasına yönelik ilke ve esaslar ile tarafların sorumluluklarını, bu faaliyetler üzerinde düzenleyici kontrol yetkisini haiz Nükleer Düzenleme Kurumunun yetki ve sorumluluklarını ve nükleer hadiselerden kaynaklanan nükleer zararlar hakkındaki hukukî sorumluluğu belirlemek amacıyla 5.3.2022 tarih ve 7381 sayılı Nükleer Düzenleme Kanununu (NDK) yürürlüğe koymuştur (NDK m. 1)¹⁴. Nükleer Düzenleme Kanununun sevk edilmesi suretiyle Paris Sözleşmesi m.14'te sözü edilen millî mevzuat hazırlanmıştır. Nükleer hadise çoğu zaman sınır aşıcı ve uzun menzilli zararlara yol açtığı için Kanunun uygulama alanına yabancı unsurlu hukukî ilişkiler de girmektedir. Bu özelliği ile Nükleer Düzenleme Kanununu doğrudan uygulanan bir kanun olarak değerlendirmek fikrimizce yerinde olacaktır. Nükleer Düzenleme Kanunu ilk olarak Paris Sözleşmesinde düzenlenmeyen konulara uygulanacaktır. Bununla birlikte, Kanunda düzenlenmeyen konuların yine Paris Sözleşmesine gönderildiğini ekleyelim (NDK m. 12/1). İkinci olarak Paris Sözleşmesi ve protokolleri ile Ortak Protokol kapsamında olmayan nükleer hadise sebebiyle doğan zararlar sebebiyle açılan davalarda da Nükleer Düzenleme Kanunu yetki ve nükleer sorumluluk konularını ayrıca düzenlediği için Türk hukukunun bir parçası olarak fikrimizce uygulama alanı bulacaktır.

I. Paris Sözleşmesi Kapsamında Milletlerarası Yetki

Paris Sözleşmesi yetki bahsini on üçüncü maddesinde kapsamlı olarak ele almaktadır. Belirtelim ki, Paris Sözleşmesinde milletlerarası yetki sadece sorumlu işletene karşı açılacak davalarla sınırlı olarak düzenlenmiştir¹⁵. Bu düzenleme şekli Paris Sözleşmesinin benimsediği temel ilkelere biri olan sorumluluğun nükleer tesisin işletenine kanalize edilmesi ile de uyumludur (*channelling of liability*).

İşleten dışında sorumlu olabilecek kişilere örneğin tesisin tasarımcılarına, inşaatçılarına, tesise bakım onarım hizmeti verenlere ya da tesise nükleer madde tedarik edenlere karşı açılacak davalarda millî mahkemelerin yetkisi ise Paris Sözleşmesinde düzenlenmemiştir. Bu davalarda milletlerarası yetki ile ilgili olarak doktrinin yorumu konunun millî hukuklara bırakıldığı yönündedir¹⁶.

¹² Bkz. Paris Sözleşmesi Dibace.

¹³ Güneysu, Gülin: “Nükleer Reaktörlerin Yol Açtığı Zararlardan Doğan Hukukî Sorumluluk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1989-1990, C. 41, S. 1, s. 214 (Anılış: Hukukî Sorumluluk).

¹⁴ RG. 8.3.2022-31772.

¹⁵ Waldner, Michael: “Conflict of Law Issues Related to Switzerland’s Participation in the Paris Nuclear Third Party Liability Regime”, Nuclear Law Bulletin 2012, C. 90, s. 38.

¹⁶ *Ibid.*

Başlarken belirtmek gerekir ki, bu maddeye göre yetki tesisi ve aynı maddenin (b) paragrafına göre “alan bildiriminin” karşı veya bitişik sahillere sahip devletler arasında deniz alanlarının sınırlandırılması itibariyle herhangi bir hak ve yükümlülük doğurması veya emsal tesis etmesi kabul edilmemiştir (PS m. 13/e).

A. Nükleer Hadisenin Meydana Geldiği Yer Mahkemelerinin Yetkisi

1. Yetki Kuralı

Paris Sözleşmesinin ön üçüncü maddesinde aksi öngörülen haller dışında, Sözleşmenin 3., 4. ve 6/a maddelerinde öngörülen sorumluluk sebebiyle¹⁷ açılacak davalarda, nükleer hadisenin ülkesinde meydana geldiği âkit devletin mahkemeleri yetkilidir (PS m. 13/a)¹⁸. Nükleer hadise, nükleer zarara sebep olan aynı kaynaklı bir ya da bir seri olaydır (PS m. 1/a). Bu tanımdan hareketle nükleer zarara sebep olan olayın meydana geldiği yer mahkemelerinin yetkili olduğu söylenmelidir. Dolayısıyla nükleer hadisenin meydana geldiği yer olayın olduğu ya da fiilin işlendiği yerdir.

Nükleer hadisenin bir âkit devletin münhasır ekonomik bölgesinde¹⁹ veya böyle bir bölge belirlenmemişse belirlenmiş olsaydı sınırları münhasır ekonomik bölgeyi aşmayan bir alanında meydana geldiği haller ayrıca düzenlenmiştir. Bu hallerde, nükleer hadisenin yol açtığı zarar sebebiyle açılan davalarda yetki o âkit devletin mahkemelerine aittir (PS. m. 13/b)²⁰. Meğerki o âkit devlet nükleer hadiseden önce söz konusu bölgeden OECD Genel Sekreterliğini haberdar etmiş olsun. Diğer taraftan bu paragraftaki hiçbir hususun milletlerarası deniz hukukuna aykırı olarak yetki tesisine izin verdiği veya deniz alanlarını sınırladığı şeklinde yorumlanması kabul edilmemiştir²¹.

¹⁷ Nükleer hukukî sorumluluğun maddî hukuk yönleri hakkında yapılmış çalışmalar için bkz. **Aydoğdu**, Murat: Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukukî Sorumluluğu, Adalet Yayınları, Ankara 2009; **Korkusuz**, Mustafa Halit: Nükleer Santral İşletenin Hukukî Sorumluluğu, Beta Yayınları, İstanbul 2012; **Özdamar**, Mehmet: “Nükleer Tesislerin İşletilmesinden Doğan Hukukî Sorumluluk”, Enerji Hukuku Dergisi 2012, S. 1, Y. 1, s. 119-135; **Görmez**, Onur: “Nükleer Santral İşletenin Kusursuz Sorumluluğu”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2014, C. 2, S. 1, s. 109-144; **Arda**, Aslı: Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Taraf Sorumluluğuna İlişkin Paris Sözleşmesi Kapsamında Nükleer Tesis İşleteninin Hukukî Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Çoğaltılmış Nüsha, Ankara 2005; **Güven**, Koray: Karşılaştırmalı Hukukta Nükleer Santrallerden Kaynaklanan Zararlardan Hukukî Sorumluluk, Yüksek Lisans Tezi, Çoğaltılmış Nüsha, Ankara 2017; **Özkahraman**, Demet/**Gürbüz**, Nazlı: “Türk Hukukunda Nükleer Santral İşletenin Sorumluluğu”, GSI ARTICLETER 2018, C. 19, s. 21-40; **Yüksel**, Furkan: “Nükleer Enerji, Paris Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, Hukuk ve Demokrasi 2022, S. 23, s. 44-48.

¹⁸ Exposé des Motifs of the Paris Convention as amended by the Protocols of 1964, 1982 and 2004, s. 36, no. 93, www.oecd-nea.org (Exposé des Motifs).

¹⁹ Münhasır Ekonomik Bölge, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde düzenlenmiştir. Münhasır Ekonomik Bölge karasularının ötesinde ve bu sulara bitişik bir bölge olup Sözleşmenin V. Kısmında belirlenen özel rejime tabidir; ve rejim gereği sahildevletinin hakları ve yetkileri ile diğer devletlerin hakları ve serbestlikleri bu Sözleşmenin ilgili maddeleriyle düzenlenmiştir (UNCLOS m.55). Türkiye Sözleşmeye taraf değildir ancak yüksek katılım sağlamış olması Sözleşmeyi Türkiye bakımından da önemli kılmaktadır. Bkz. United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 (Montego Bay, 10.12.1982), treaties.un.org/doc/Publication/ UNTS/Volume%201833/volume-1833-A-31363-English.pdf (Erişim 17.1.2023); sözleşmenin Türkçe metni için bkz. **Özman**, Aydoğan: Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, İstanbul 1984.

²⁰ Exposé des Motifs, s. 36, no. 94(a).

²¹ Exposé des Motifs, s. 37, no. 94(b).

Mevcut durumda, nükleer hadise Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesinde, münhasır ekonomik bölgesinde veya böyle bir bölge belirlenmemişse belirlenmiş olsaydı sınırları münhasır ekonomik bölgeyi aşmayan bir alanında meydana gelmişse söz konusu bölgenin daha önce OECD Genel Sekreterliğine bildirilmiş olması şartıyla Türk mahkemeleri milletlerarası yetkilidir.

2. Paris Sözleşmesi m. 3, 4 ve 6/a'da Öngörülen Sorumluluk

Türk mahkemeleri Paris Sözleşmesinin 3., 4. ve 6/a maddelerine dayanılarak açılacak davalarda milletlerarası yetkilidir.

a. Paris Sözleşmesi m. 3

Paris Sözleşmesinin 2004 protokolü ile değişik üçüncü maddesi, bir nükleer tesisin işleteninin nükleer zarardan sorumluluğunun kapsamı hakkındadır. Paris Sözleşmesinin birinci maddesinin 2004 protokolü ile değişik (vii) fıkrasına göre nükleer zarar,

1. Can kaybı ya da kişisel yaralanmalar;
2. Malvarlığının zarar görmesi ya da kaybı;

Ve yetkili mahkeme tarafından tespit edilmesi halinde aşağıdakilerden her biri,

3. Yukarıdaki 1 ve 2nci bentlere dâhil edilmemiş olduğu hallerde, bu bentlerde sözü edilen kayıp ya da zarardan ötürü vuku bulan kayıp ya da zararlar ilgili olarak tazminat talep etme hakkına sahip olan bir kişi tarafından uğranan ekonomik zarar;
4. Yukarıda ikinci bende dahil edilmemiş olduğu hallerde, zararın önemsiz olmaması kaydıyla, zarar görmüş olan çevrenin eski haline dönüştürülmesi için alınan önlemlerin, söz konusu önlemlerin gerçekten alınmış ya da alınacak olması kaydıyla, maliyeti;
5. Yukarıda 2 nci bende dahil edilmemiş olduğu sürece, çevrenin kullanılmasından ya da yararlanılmasından elde edilen doğrudan bir ekonomik çıkardan kaynaklanan, söz konusu çevrenin önemli derecede zarar görmesi sonucu uğranılan gelir kaybı;²²
6. Önleyici tedbirlerin maliyetleri ve bu tedbirlerden doğan diğer kayıp ve zararlardır.

Paris Sözleşmesinin 2004 protokolü ile değişik üçüncü maddesine göre, bir nükleer tesisin işleteni, Sözleşmenin 4 üncü maddesinde aksi belirtilen haller dışında, nükleer zararın o nükleer

²² “Yukarıda zikredilen 1 ilâ 5 inci alt bentler; kayıp ya da zarar, iyonlaştırıcı radyasyonun bir nükleer tesis içindeki herhangi bir radyasyon kaynağı tarafından yayılmasından; ya da bir nükleer tesisten gelen, çıkan veya nükleer tesise gönderilen nükleer yakıttan veya radyoaktif ürünlerden veya nükleer maddelerin içindeki ya da bu maddelere ait atıklarından yayılmasından -söz konusu maddenin radyoaktif özelliklerine veya toksik, patlayıcı ve diğer tehlikeli özelliklerinin birleşiminden meydana gelmesine bakılmaksızın- ortaya çıktığı veya sonuçlandığı ölçüde geçerlidir” (PS m.1/vii 2. Paragraf).

tesisteki bir nükleer hadiseden ya da o tesisten gelen nükleer maddelerle ilişkili bir hadiseden kaynaklandığının kanıtlanması halinde, nükleer tesisin kendisine; ya da tesisin bulunduğu yerdeki, yapım aşamasındaki bir nükleer tesis de dahil olmak üzere, başka bir nükleer tesise gelen zarar ve aynı alanda bulunan ve bu tür herhangi bir tesis ile bağlantılı olarak kullanılan ya da kullanılacak olan herhangi bir mala gelen zarar haricinde nükleer zarardan sorumlu olacaktır (PS m. 3/a)²³.

Bununla birlikte Paris Sözleşmesi m.2’de bildirilen yerlerde meydana gelen nükleer zarar Sözleşmeye göre tazmin edilecektir. Paris Sözleşmesinin 2004 protokolü ile değişik ikinci maddesinin (a) bendine göre:

- i) Bir Âkit tarafın;
- ii) Nükleer hadisenin gerçekleştiği vakitte, 21 Mayıs 1963 tarihli Nükleer Zarara İlişkin Hukukî Sorumluluğa dair Viyana Sözleşmesine, Viyana Sözleşmesinde yapılan ve kendisi için yürürlükte olan değişikliklere ve sorumlu işleticinin nükleer tesisinin bulunduğu Paris Sözleşmesi Âkit tarafının 21 Eylül 1988 tarihli Paris Sözleşmesinin ve Viyana Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Ortak Protokole Âkit taraf olduğu hallerde söz konusu Ortak Protokole Âkit taraf olan, bir Âkit Taraf Olmayan Devletin;
- iii) Nükleer hadisenin gerçekleştiği vakitte, sınırları ve uluslararası hukuk uyarınca belirlediği deniz alanları dâhilinde hiçbir nükleer tesisi olmayan bir Âkit Taraf Olmayan Devletin;
- iv) Nükleer hadisenin gerçekleştiği vakitte, eşit karşılıklı yararlar sağlayan ve diğerlerinin yanında sorumlu işleticinin kusuru olmaksızın sorumluluk, işleticinin münhasır sorumlulukları ya da aynı anlama gelen benzer bir hüküm, yetkili mahkemenin münhasır yargı yetkisi, bir nükleer hadisenin tüm mağdurlarının eşit muamelesi, yargı kararlarının tanınması ve uygulanması, tazminatın serbest devri, faizler ve mâliyetler dâhil olmak üzere bu Sözleşme ile aynı ilkelere dayanan bir nükleer sorumluluk mevzuatının yürürlükte olduğu diğer Âkit Taraf Olmayan Devletlerin²⁴ ülkesinde ya da uluslararası hukuka göre belirlenmiş olan deniz alanlarında, ya da bu paragrafın (ii) ilâ (iv) bentleri kapsamında yer almayan bir Âkit Taraf Olmayan Devletin sınırları

²³ İkinci olarak, nükleer zararın, nükleer bir hadise ve nükleer dışı bir hadisenin birleşmesi sonucu oluştuğu durumlarda, zarar içinde, nükleer hadisenin neden olduğu nükleer zarar miktarı makul olarak ayırt edilemiyorsa, zararın bütünü nükleer hadise sebebiyle ortaya çıkmış nükleer zarar olarak değerlendirilecektir. Nükleer zararın bir nükleer hadise ve bu Sözleşmenin kapsamı dışındaki bir iyonlaştırıcı radyasyon salımının birleşiminden oluştuğu durumlarda, bu Sözleşmedeki hiçbir şey, bir kişinin söz konusu iyonlaştırıcı radyasyon salımı ile bağlantılı olarak sorumluluğunu sınırlamaz ya da başka bir şekilde etkilemez (PS Sözleşmesi m. 3/b).

²⁴ Bu hüküm karşılıklı işlem şartına işaret etmektedir. Aynı yönde bkz. **Desart**, Roland Dussart: “The Reform of the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy and of the Brussels Supplementary Convention, An Overview of the Main Features of the Modernisation of the Two Conventions”, Nuclear Law Bulletin 2005, C. 75, s. 28.

içindekiler hariç olmak üzere, kayıtlı bir gemisinde ya da hava taşıtında meydana gelen nükleer zarar Sözleşme kapsamında tazmin edilecektir.

Bununla birlikte, sorumlu işleticinin nükleer tesisinin bulunduğu âkit taraf, millî mevzuatı ile bundan daha geniş bir kapsama alanı belirleyebilir (PS m. 2/b).

b) Paris Sözleşmesi m. 4

Paris Sözleşmesinin 1964 ve 2004 protokolleriyle değişik dördüncü maddesi, nükleer maddelerin nakli halinde meydana gelen bir nükleer hadise sebebiyle nükleer tesisin işleteninin hangi hallerde sorumlu olacağı hakkındadır. Buna göre, ikinci madde hükümlerine²⁵ aykırı olmamak şartı ile, nükleer maddelerin nakli ile ilgili depolama da dâhil, nükleer maddelerin nakli halinde:²⁶

- (a) Paris Sözleşmesi mucibince bir nükleer kazanın (hadisenin)²⁷ bu tesisin haricinde vuku bulduğu ve *bu tesisten nakledilmiş* nükleer maddelerle ilgili olduğu ispat edildiği takdirde, bir nükleer tesisin işleteni, kaza (hadise) ile ilgili aşağıdaki şartların bulunması halinde, nükleer zarardan sorumludur:
- (i) Nükleer maddelerin sebebiyet verdiği nükleer kazalarla (hadiselerle) ilgili sorumluluğun, yazılı bir sözleşmenin kesin şartları gereğince, başka bir nükleer tesisin işleteni tarafından yüklenilmesinden önce kaza (hadise) vuku bulursa,
 - (ii) Böyle kesin şartlar taşıyan bir sözleşme bulunmuyorsa başka bir nükleer tesisi işletenin nükleer maddeleri teslim almasından önce kaza (hadise) vuku bulursa, veya
 - (iii) Bir nakil vasıtasının aksamını oluşturan bir reaktörde kullanılmaya tahsis olunan nükleer maddenin, bu reaktörü tam yetkiyle işletecek kimsenin nükleer maddeyi teslim almasından önce kaza (hadise) vuku bulursa,
 - (iv) Nükleer maddeler âkit olmayan bir devlet ülkesinde bulunan bir şahsa gönderilmekte olup, bu âkit olmayan devletin ülkesine getirildikleri nakil aracından boşaltılmadan önce kaza (hadise) vuku bulursa,
- (b) Paris Sözleşmesi gereğince bir nükleer kazanın (olayın/hadisenin) o tesisin haricinde vuku bulduğu ve *o tesise nakledilecek*²⁸ maddelerle ilgili olduğu ispat edildiği takdirde

²⁵ Bkz. yuk. s. 9.

²⁶ Diğer taraftan dördüncü maddenin (c) paragrafı uyarınca, (a) paragrafının (i) ve (ii) bentleri ve (b) paragrafının (i) ve (ii) bentleri uyarınca sorumluluğun başka bir nükleer tesis işleticisine devri, ancak söz konusu işleticinin nakil aşamasındaki nükleer maddelerde doğrudan ekonomik çıkarı varsa gerçekleşebilir.

²⁷ Paris Sözleşmesinin orijinal metninde yer alan nuclear incident (nükleer hadise) ifadesi Türkçeye nükleer kaza olarak çevrilmiştir. Bu sebeple kaza ifadesinin yer aldığı açıklamalarda parantez içinde “hadise” ifadesi tarafımızdan eklenmiştir.

²⁸ Orijinal metinde yer alan “o tesise nakledilecek” ifadesi Türkçe metinde “o tesisten nakledilecek” şeklinde yer almışsa da biz anlam bütünlüğünü korumak açısından burada orijinal metne sadık kalıyoruz.

bu nükleer tesisin işleteni kaza (hadise) ile ilgili aşağıdaki şartların bulunması halinde nükleer zarardan mesuldür:

- (i) Başka bir nükleer tesisin işletenin uhdesinde bulunan nükleer maddelerin sebebiyet verdiği nükleer kazalarla (hadiselerle) ilgili sorumluluğun, yazılı bir sözleşmenin açık şartları gereğince kendisi tarafından üstlenilmesinden sonra kaza (hadise) vuku bulursa,
- (ii) Böyle şartları haiz bir sözleşme bulunmuyorsa nükleer maddeyi teslim aldıktan sonra kaza (hadise) vuku bulursa; veya
- (iii) Bir nakil aracının bir kısmını teşkil eden bir reaktörü işletenden nükleer maddeyi teslim aldıktan sonra kaza (hadise) vuku bulursa,
- (iv) Nükleer maddenin işletenin yazılı muvafakatiyle âkit olmayan bir devletin ülkesinde bulunan bir şahıs tarafından gönderilmesi halinde bu âkit olmayan taraf ülkesinden nakledilecek nakil aracına yüklenişinden sonra kaza (hadise) vuku bulursa,

Öte yandan, her âkit devlet millî hukukuna uygun olarak getireceği şartlarla ve m.10/a’da talep edilen şartların²⁹ yerine getirilmesi halinde taşıyıcıyı kendi talebi, kendi ülkesinde kurulan nükleer tesisi işletenin muvafakati ve yetkili resmî makamın kararıyla işletenin yerine, Paris Sözleşmesi gereğince, sorumlu kılabilir. Bu durumda, Paris Sözleşmesi hükümleri gereğince taşıyıcı, nükleer maddelerin taşınması sırasında vuku bulan kazalarda (hadiselerde), mevzuatında bu konuda hüküm sevk etmiş söz konusu âkit devletin ülkesinde kurulu nükleer tesisin “işleteni” gibi kabul edilir (PS m.4/e). Bu bağlamda, Nükleer Düzenleme Kanununun 14. maddesine yedinci fıkradan sonra gelmek üzere sevk edilen yeni fıkra ile bu yönde bir hüküm Kanuna eklenmiştir. Nükleer Düzenleme Kanunu m.14/8 uyarınca, “işleten, taşıyıcı ile yapacağı yazılı sözleşmeye taşıyıcının talebi ve işletenin muvafakatinin bulunduğu dair konulacak açık hükümlerle nükleer maddelerin taşınmasına ilişkin sigorta yaptırma veya teminat gösterme yükümlülüğünü Kurumun onaylaması şartıyla taşıyıcıya devredebilir. Yükümlülüğü devralan taşıyıcı, bu Kanun kapsamında işleten olarak sorumludur”³⁰.

²⁹ Madde 10/a uyarınca “Bu Sözleşme kapsamındaki sorumlulukları karşılamak için, işleticinin, 7 nci maddenin (a) veya (b) paragrafları ya da 21 nci maddenin (c) paragrafı uyarınca belirlenen tutarlarda ve yetkili kamu merciince belirlenecek olan tür ve şartlarda sigorta ya da diğer bir mâli güvenceye sahip olması ve bunu muhafaza etmesi şarttır.”

³⁰ 2.5.2024 tarih ve 7501 sayılı Maden Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (m. 14), RG. 11.5.2024- 32453.

c) Paris Sözleşmesi m. 6/a

Paris Sözleşmesinin 1964 ve 2004 protokolleri ile değişik 6/a maddesine göre, nükleer bir hadiseden³¹ kaynaklanan bir nükleer zarar sebebiyle tazminat hakkı sadece nükleer zarardan dolayı sorumlu olan işletene veya 10. madde ile istenen teminatı veren sigortacı veya mâli kefillere karşı yöneltilebilir. Ancak, sigortacı ve mâli kefillere doğrudan başvurulabilmesi için millî kanunda bu yönde bir hüküm bulunması aranmıştır. Böylece sigortacı ve mâli kefillere doğrudan dava hakkı millî hukuklara bırakılmıştır. Bu bağlamda Nükleer Düzenleme Kanunu, sigortacı, nükleer sigorta havuzu ve diğer teminat verenlere karşı tazminat talebiyle doğrudan dava açılabileceğini kabul etmiştir (NDK m. 17).

B. Sorumlu İşletenin Nükleer Tesisinin Bulunduğu Âkit Devlet Mahkemelerinin Yetkisi

Nükleer hadisenin âkit devletlerin ülkeleri dışında meydana geldiği veya hakkında on üçüncü maddenin (b) paragrafına uygun olarak bildirim yapılmamış bir alanda meydana geldiği veya nükleer hadisenin meydana geldiği yerin kesin olarak belirlenemediği hallerde açılan davalarda sorumlu işletenin nükleer tesisinin bulunduğu âkit devlet mahkemeleri yetkilidir (PS m. 13/c). Nükleer hadisenin açık denizde meydana gelmesi veya taşıma halinde devam eden bir nükleer kirlilik ile vücut bulması bu bağlamda verilen örneklerdir³². İşleten, bir nükleer tesisi işletmek üzere yetkili kamu otoritesi tarafından atanmış ya da tayin edilmiş kişidir (PS m. 1/a-vi).

C. Sözleşmenin 13. Maddesinin (a), (b) ve (c) Paragrafları Uyarınca Birden Fazla Âkit Devlet Mahkemesinin Yetkili Olması

Paris Sözleşmesi m.13'ün (a), (b) ve (c) paragrafları uyarınca birden fazla âkit devletin mahkemelerinin yetkili olarak ortaya çıkması da öngörü dâhilinde görülmüştür. Sözleşme bu ihtimal için özel kurallar getirmektedir (PS m. 13/f).

Buna göre:

- i. Eğer nükleer hadise kısmen âkit devlet ülkeleri dışında ve kısmen sadece bir âkit devletin ülkesinde meydana gelmişse, nükleer hadisenin ülkesinde kısmen meydana geldiği âkit devletin mahkemeleri yetkilidir (PS m. 13/f-i).

³¹ Türkçeye nükleer kaza olarak çevrilmiş olmakla birlikte orijinal metinde nükleer hadise (nuclear incident) olarak yer almaktadır. Bu sebeple biz orijinal metne sadık kalıyoruz.

³² Exposé des Motifs, s. 37, no. 95.

- ii. Diğer hallerde, yetkili mahkeme ilgili âkit tarafın talebi Üzerine Avrupa Nükleer Enerji Mahkemesi tarafından belirlenir³³. Bu halde Avrupa Nükleer Enerji Mahkemesi, nükleer hadise ile en sıkı ilgili olan ve ondan en yakından etkilenen âkit devleti belirleyerek o devletin mahkemesini yetkili olarak tayin edecektir. Böylece en sıkı irtibat fikrinin yetki tesisinde de karşımıza çıktığı görülmektedir (PS m.13/f-ii).

D. Sınırları İhtilâflı Deniz Alanlarında Meydana Gelen Olaylarda Yetki

Madde 13/d uyarınca, nükleer hadisenin m.17/d'nin uygulanacağı bir alanda meydana gelmesi halinde de yetkili mahkeme ilgili âkit tarafın talebi üzerine m.17'de belirtilen Avrupa Nükleer Enerji Mahkemesi tarafından belirlenecektir. Paris Sözleşmesi m.17/d'de sözü edilen alan, sınırları hakkında ihtilâf bulunan deniz alanlarıdır. Deniz alanlarının sınırları ile ilgili ihtilâflara sözleşme uygulanmazken (PS. m.17/d) bu alanlarda meydana gelen nükleer hadise sebebiyle ortaya çıkan zararlara Sözleşme uygulanacaktır. Sınırları ihtilâflı deniz alanlarında meydana gelen nükleer hadiselerde yetkili mahkeme yine nükleer hadisenin sonuçları ile en sıkı ilgili olan ve ondan en yakından etkilenen âkit devlet mahkemesidir. Bu mahkeme en açık şekilde nükleer hadise ile ilgili olan ve kazanın sonuçlarından etkilenen âkit devletin mahkemesi olarak açıklanmıştır³⁴.

E. Tek Yetki Prensibi

Paris Sözleşmesinde milletlerarası yetki ile yer itibariyle yetki paralel bağlanmamıştır. Yine Paris Sözleşmesi her âkit devletin nükleer zararın tazmini için açılan davalarda tek bir yer itibariyle yetkili mahkeme tayin etmesini aramakta (*single jurisdiction*), kriterleri millî hukuklara bırakmaktadır (PS m. 13/h)³⁵. Bu sebeple, millî devletlerin yer itibariyle yetkili mahkemeyi ayrıca tayin etmesi gereği vardır.

Türkiye, ülkesinde meydana gelen bir nükleer hadise ile ilgili olarak yetkili mahkemeyi Nükleer Düzenleme Kanunu m.20/2 ile Ankara mahkemeleri olarak tayin etmiştir. Fikrimizce bu mahkeme yabancı unsur taşımayan davalarda kesin yetkili iken, yabancı unsur taşıyan davalarda münhasır yetkili olarak kabul edilmelidir.

F. Taraf Sıfatı

Mahkemesi yetkili olan âkit devletin nükleer zararın tazmini sebebiyle açılan davalarda bazı hususları garanti etmesi istenmiştir. Buna göre, ilk olarak mahkemeleri yetkili olan her devlet, başka

³³ Avrupa Nükleer Enerji Mahkemesi, 20 Aralık 1957 tarihli Nükleer Enerji Alanında Güvenlik Kontrolü Tesisi Konvansiyonu ile kurulmuştur. Bkz. OECD, Convention of 20th December 1957 on the Establishment of a Security Control in the Field of Nuclear Energy, OECD/LEGAL/0020, legalinstruments.oecd.org (Erişim: 7.1.2023)

³⁴ Exposé des Motifs, s. 37, no. 94 (c).

³⁵ Exposé des Motifs, s. 36, no. 93.

bir devletin vatandaşı olan veya ülkesinde yerleşim yeri ya da meskeni bulunan zarar görenler adına bunların rıza göstermeleri şartıyla o devlet tarafından dava açılabileceğini kabul edecektir (PS m. 13/g-i). İkinci olarak, halefiyet veya temlik yoluyla hak kazanmış herkes Paris Sözleşmesine göre ilgili âkit devletin ülkesinde dava açabilecektir (PS m. 13/g-ii).

G. Yargı Muafiyeti

Paris Sözleşmesi âkit tarafların dava muafiyetini kabul etmemekle birlikte icra muafiyetini kabul etmektedir. Paris Sözleşmesinin on üçüncü maddesinin (j) bendi uyarınca “Herhangi bir Âkit Taraf aleyhine bu Sözleşme kapsamında yasal işlem başlatılması halinde, söz konusu Âkit Taraf, mahkeme kararlarının icrasıyla ilgili olanlar hariç, yetkili mahkeme nezdinde bu madde uyarınca yargı dokunulmazlığına başvuramaz”³⁶.

II. Paris Sözleşmesine Göre Uygulanacak Hukuk

Paris Sözleşmesinde düzenlenen konulara Sözleşme doğrudan uygulanır. Ayrıca Sözleşme ayrımcılık yasağı getirmiştir. Buna göre Sözleşme vatandaşlık, yerleşim yeri ve sakin olunan yer itibariyle herhangi bir ayrımcılığa gidilmeden uygulanır (PS m. 14/a). Bu husus, karşılıklı işlem şartının aranmayacağını zımnen teyit eder.

Paris Sözleşmesinde düzenlenmeyen konularda uygulanacak hukuk ise, nükleer bir hadiseden kaynaklanan zararın tazmini taleplerinin görüleceği yetkili mahkemenin hukukudur (*lex concursus/lex fori concursus*) (PS m. 14/b). Böylece uygulanacak hukuk ile yetkili mahkeme paralel olarak bağlanmıştır. Uygulanacak hukuk da vatandaşlık, yerleşim yeri ve sakin olunan yer itibariyle herhangi bir ayrımcılığa gidilmeden uygulanmalıdır.

Diğer taraftan, Paris Sözleşmesi yetkili mahkemenin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının uygulanmayacağını açıkça bildirmektedir. Bu itibarla, Paris Sözleşmesinde düzenlenmemiş konularda yetkili mahkemenin iç maddî hukuku uygulanacak hukuk olarak ortaya çıkmaktadır. Bu hukuk, esasa ve usule ilişkin her türlü hukukî soruna uygulanacaktır³⁷.

Öte yandan, Nükleer Düzenleme Kanununun düzenlemediği nükleer sorumlulukla ilgili konular için Türk iç hukukuna başvurma gereği varken Kanun Paris Sözleşmesine geri gönderme yapmaktadır (NDK m.12/1). Nükleer Düzenleme Kanununda hüküm olmayan hallerde Paris Sözleşmesinin hükümlerinin uygulanacağına ilişkin atıf (NDK m.12/1) Paris Sözleşmesi m.14/b’ye daha yakından bakmayı gerektirmektedir. Paris Sözleşmesinin açıklayıcı raporunda yetkili hukukun kanunlar ihtilafı kuralları hariç uygulanacağı teyit edildikten sonra milletlerarası özel hukuk konularına millî devletlerin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarını uygulayabilecekleri

³⁶ Exposé des Motifs, s. 39, no. 101.

³⁷ Exposé des Motifs, s. 39, no. 102.

bildirilmektedir³⁸. Bu nedenle, nükleer hukukî sorumluluğa ilişkin saf hukukî sorunlar dışında kalan hukukî sorunlardan olup Sözleşmede düzenlenmeyen hukukî sorunlar, yabancı unsurun bulunması halinde Türk kanunlar ihtilafı kuralları ile çözümlenmelidir³⁹.

Nükleer hukukî sorumluluğa ilişkin saf hukukî sorunlardan Sözleşmede düzenlenmemiş olanlar ise, Türk iç hukuk kuralları ile çözümlenmelidir. Ancak bu noktada Nükleer Düzenleme Kanunu m.12/1'in Paris Sözleşmesine yaptığı atıf kısır bir döngüye yol açmaktadır. Buna rağmen fikrimizce, nükleer hukukî sorumluluğa ilişkin saf hukukî sorunlardan Sözleşmede düzenlenmemiş sorumluluğa ilişkin konularda yetkili mahkemenin millî hukuku olarak Türk hukuku Türk Borçlar Kanunu gibi genel hükümleri ihtiva eden düzenlemeleriyle birlikte uygulanmalıdır.

III. Paris Sözleşmesine Göre Verilen İlâmlara Hukukî Sonuç Bağlanması

Paris Sözleşmesine göre yetkili bir mahkeme tarafından verilen ve işletenin, sigortacının veya mâli teminat sağlayanların sorumluluğunu konu edinen ilâmların,⁴⁰ geçici nitelikte olan ilâmlar hariç, verildiği âkit devletin hukukuna göre icra edilebilir oldukları andan itibaren diğer âkit devletlerin ülkelerinde de icra edilebilecekleri düzenlenmiştir. Sözleşmede bu ilâmların vicahî veya gıyabî olabileceği kabul edilmiştir. Ayrıca ilâma etki tanıyacak âkit devletin hukukunun öngördüğü formalitelerin yerine getirilmesi gereği Sözleşmede açıkça belirtilmiştir (PS m.13/i). Bu formalitelerden kastın ne olduğu açıklanmamakla beraber revizyon yasağı sebebiyle yabancı ilâmın esastan incelenmesi kabul edilmediği için bunların tanıma ve tenfiz şartları olduğunu değerlendiriyoruz⁴¹. Böylece Paris sözleşmesine göre yetkili bir mahkemeden verilmiş olmak (dolaylı yetki) şartıyla nükleer zararın tazminini hüküm altına alan kesinleşmiş⁴² bir yabancı ilâm Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m.50 ve devamında aranan şartların yerine getirilmesi üzerine Türkiye'de tanınabilecek ya da tenfiz edilebilecektir.

Aynı şekilde Türk mahkemelerinden verilen kararlara da Türk hukukuna göre icra edilebilir oldukları (kesinleştikleri) andan itibaren revizyon yasağı ve tanıma tenfiz devletinin kabul ettiği kurallar çerçevesinde diğer âkit devlet ülkelerinde hukukî sonuç bağlanabilecektir.

Sözleşmeye göre diğer âkit devlet ülkelerinde hukukî sonuç bağlanabilecek yabancı ilâmlar, sorumlu işletene karşı açılan davalar neticesinde elde edilmiş ilâmlar, yetkili mahkemenin hukukunun cevaz vermesi şartıyla doğrudan sigortacı ve diğer mâli güvence verenlere karşı açılan davalar neticesinde elde edilen ilâmlar, işletenin açtığı rücu davası neticesinde elde ettiği ilâmlar, müşterek

³⁸ Exposé des Motifs, s. 39, no. 103.

³⁹ Haksız fiilden doğan kanunlar ihtilafı hukuku alanında yapılmış kapsamlı bir çalışma için bkz. **Turhan**, Turgut: Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri Kuralı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1989.

⁴⁰ Exposé des Motifs, s. 38-39, no. 100.

⁴¹ Konu hakkında ayrıca bkz. **Magnus**, Ulrich: "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments on Civil Liability For Nuclear Damage", Nuclear Law Bulletin, 2021, S. 1, C. 106, s. 9 vd.

⁴² Exposé des Motifs, s. 38-39, no. 100.

ve müteselsil sorumlu kişiler arasında açılmış davalar neticesinde verilmiş sorumluluğun paylaşılmasını konu edinen ilâmlar olarak Sözleşmenin açıklayıcı raporunda bildirilmektedir⁴³.

IV. Nükleer Düzenleme Kanunu

Paris sözleşmesi yetki ve sorumluluk bahislerini ayrıntılı olarak düzenlemişken ve Nükleer Düzenleme Kanunu'nda yetki ve sorumluluk bahislerine ayrıca yer verilmesi gerekli değilken düzenleme konusu yapılması, Paris Sözleşmesi ve Ortak Protokol icabı tazmini gereken ülke, deniz alanı, gemi ve hava taşıtıdan başka ülke, deniz alanı, gemi ve hava taşıtıta meydana gelen zararların da tazmin edilmesi kapısını fikrimizce aralamakta ve Nükleer Düzenleme Kanunu'nun yetki ve sorumluluğa ilişkin hükümlerinin asıl önemi bu noktada ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, nükleer hadisenin gerçekleştiği zaman sınırları içinde ve uluslararası hukuk uyarınca belirlediği deniz alanlarında nükleer tesisi bulunan âkit olmayan devletlerin, yanı sıra Paris Sözleşmesi m. 2/iv'te sayılan ilkelere dayanmayan mevzuata sahip âkit olmayan devletlerin ülkesinde meydana gelen nükleer zararların tazmini taleplerini konu edinen davaların özellikle Nükleer Düzenleme Kanunu m. 20/1 uyarınca Türk mahkemelerinde görülmesi ve nükleer zararların tazmini gündeme gelecektir. Nükleer Düzenleme Kanunu m.20/2 ise Paris Sözleşmesi ve Ortak Protokolün yetki esaslarına gönderme yapan hükümdür.

A. Nükleer Düzenleme Kanunu Kapsamında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

1. Nükleer Hadise Sebebiyle Doğan Zararların Tazmininde Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

Uygulanabilir bir milletlerarası sözleşme bulunmayan hallerde yabancı unsur taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunda düzenlenmiştir (MÖHUK m. 1/1)⁴⁴. Aynı Kanunun 40'inci maddesi uyarınca, "Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder." Bundan kasıt 5718 sayılı Kanunda hakkında özel kural getirilmemiş davalarda iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına başvurulacağıdır⁴⁵. 5718 sayılı Kanunun "Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi" başlığını taşıyan kısmında ise, nükleer bir hadise sebebiyle doğan zararların tazmini için açılan davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ne özel olarak ne de genel olarak haksız fiiller alanında bir yetki kuralına yer verilerek düzenlenmiştir. Bu itibarla Paris

⁴³ Exposé des Motifs, s. 38-39, no. 100.

⁴⁴ RG. 12.12.2007- 26728.

⁴⁵ **Güngör**, Gülin: Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Kanunlar İhtilafı Hukuku-Milletlerarası Usul Hukuku, B.3, Yetkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 242-243 (Anılış: MÖH).

Sözleşmesi ve Ortak Protokolün uygulama alanına girmeyen konularda iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına başvurulması zarureti vardır. Bu noktada karşımıza Nükleer Düzenleme Kanunu çıkmaktadır. Nükleer bir hadise sebebiyle doğan zararların tazmini için açılacak davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi Nükleer Düzenleme Kanunu'nun 20'nci maddesinin ilk iki fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre:

“Türkiye Cumhuriyeti egemenlik alanında gerçekleşen bir nükleer hadise ile ilgili olarak veya Paris Sözleşmesi ve Türkiye Cumhuriyeti'nin tarafı olduğu 21.9.1988 tarihli Viyana ve Paris Sözleşmelerinin Uygulanmasına İlişkin Ortak Protokol uyarınca Türk mahkemelerinin yargılama yetkisinin söz konusu olduğu hâllerde sadece Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri yetkilidir (NDK m.20/1).

Birinci fıkra uyarınca Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinin yetkili olması hâlinde Ankara mahkemeleri kesin yetkilidir (NDK m.20/2).”

a. Nükleer Hadisenin Türkiye Cumhuriyeti'nin Egemenlik Alanında Gerçekleşmesi Hâli

Türkiye Cumhuriyeti'nin egemenlik alanında gerçekleşen bir nükleer hadise ile ilgili olarak sadece Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinin yetkili olduğu kabul edilmektedir (NDK m. 20/1). Böylece Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin kesin ve münhasır yetki olarak düzenlendiği ortaya çıkmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti'nin egemenlik alanı, kara ülkesi ve üzerindeki hava sahası, karasuları ve üzerindeki hava sahası, açık denizde bir Türk sivil deniz gemisi, açık denizin üzerindeki serbest hava sahasında bir Türk sivil hava aracı ve nerede olursa olsun Türk savaş (hava/deniz) gemileridir⁴⁶. Bunlara Paris Sözleşmesinin uygulanması ile sınırlı olarak Türk münhasır ekonomik bölgeleri veya böyle bir bölge belirlenmeyen hallerde OECD Genel Sekreterliğine bildirilmiş olması şartıyla sınırları münhasır ekonomik bölgeyi aşmayan alanlar da (PS m. 13/b) eklenebilir.

Türkiye Cumhuriyeti'nin egemenlik alanında gerçekleşen bir nükleer hadise ile ilgili olarak sadece Türk mahkemelerinde dava açılmasının kabul edilmesi sebebiyle Türkiye Cumhuriyeti egemenlik alanında gerçekleşen bir nükleer hadise ile ilgili olarak başka bir devletin ülkesinde açılmış davalar neticesinde elde edilmiş yabancı ilâmlara Türkiye'de hukukî sonuç bağlanmayacaktır. Bu ihtimalde zararın meydana geldiği yerin önemi bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, “nükleer hadise” Kanunda tanımlanmamıştır. Nükleer Düzenleme Kanunu, yetkili mahkeme bahsinin de yer aldığı beşinci bölümün uygulanmasında Paris Sözleşmesinde yer almakla birlikte bu Kanunda yer almayan tanımlar için Paris Sözleşmesine gönderme yapmaktadır.

⁴⁶ Bkz. **Güngör**, Gülin: Tâbiyet Hukuku, Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler, B. 10, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 76 (Anılış: Tâbiyet); ayrıca bkz. **Çelik**, Edip: Milletlerarası Hukuk, C. 2, İstanbul 1982, s. 7.

Paris Sözleşmesinin birinci maddesinin (a) bendine göre nükleer hadise, nükleer zarara sebep olan aynı kaynaklı bir ya da bir seri olaydır.

Mevcut durumda Paris Sözleşmesi ve Ortak Protokol icabı tazmini gereken ülke, deniz alanı, gemi ve hava taşıtıdan başka ülke, deniz alanı, gemi ve hava taşıtıta meydana gelen zararların, örneğin nükleer hadisenin gerçekleştiği zaman sınırları içinde ve uluslararası hukuk uyarınca belirlediği deniz alanlarında nükleer tesisi bulunan âkit olmayan devletlerin ülkesinde ve Paris Sözleşmesi m.2/iv'te sayılan ilkelere dayanmayan mevzuata sahip âkit olmayan devletlerin ülkesinde meydana gelen zararların tazmini taleplerini konu edinen davaların da NDK m. 20/1 uyarınca Türk mahkemelerinde görülmesi mümkündür.

b. Paris Sözleşmesi ve Ortak Protokol Uyarınca Türk Mahkemelerinin Yetkili Olduğu Haller

Paris Sözleşmesinin yetkiye ilişkin hükümlerinin doğrudan uygulanacak olmasına rağmen Nükleer Düzenleme Kanununda bu hususun genel olarak tekrarı cihetine gidilmiştir. Buna göre, Türkiye Cumhuriyeti egemenlik alanında gerçekleşen bir nükleer hadisenin yanı sıra, *Paris Sözleşmesi* ve Türkiye Cumhuriyeti'nin tarafı olduğu 21.9.1988 tarihli *Viyana ve Paris Sözleşmelerinin Uygulanmasına İlişkin Ortak Protokol* uyarınca Türk mahkemelerinin yargılama yetkisinin söz konusu olduğu hâllerde de sadece Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinin yetkili olduğu kabul edilmektedir (NDK m. 20/1).

Öncelikle belirtelim ki Ortak Protokol, Paris ve Viyana Sözleşmelerini birbirine bağlayan sözleşmedir ve mahiyeti icabı milletlerarası yetki tesisine ilişkin hükümler taşımamaktadır⁴⁷. Bununla birlikte, dolaylı olarak milletlerarası yetkili mahkemenin tayininde rol oynayacaktır.

Ortak Protokole göre, ilk olarak, nükleer bir kazanın (nükleer hadisenin) bir nükleer tesiste meydana gelmesi halinde nükleer tesisin ülkesinde bulunduğu devletin taraf olduğu sözleşme uygulanacaktır (OP m. 3/2). Böylece Paris Sözleşmesine taraf olan bir devletin ülkesindeki nükleer tesiste meydana gelen bir nükleer kaza (nükleer hadise) sebebiyle Viyana Sözleşmesine ve Ortak Protokole taraf olan bir devletin ülkesinde bir nükleer zarar meydana gelirse açılacak davalarda Paris Sözleşmesi uygulanacaktır⁴⁸. Buna karşılık, Viyana Sözleşmesine taraf olan bir devletin ülkesindeki nükleer tesiste meydana gelen bir nükleer kaza (nükleer hadise) sebebiyle Paris Sözleşmesine ve Ortak Protokole taraf bir devletin ülkesinde nükleer zarar meydana gelirse Viyana Sözleşmesi uygulanacaktır⁴⁹. Paris Sözleşmesinin uygulandığı hallerde Türk mahkemelerinin yetkisi Paris

⁴⁷ Aynı yönde bkz. **Waldner**, s. 38.

⁴⁸ Viyana Sözleşmesi ve Ortak Protokole taraf olan bir devletin ülkesinde meydana gelen zararlardan Paris Sözleşmesine taraf olan devlette bulunan nükleer tesisin işleteni Paris Sözleşmesi hükümlerine göre sorumludur (OP m. 2/b).

⁴⁹ Paris Sözleşmesi ve Ortak Protokole taraf olan bir devletin ülkesinde meydana gelen zarardan Viyana Sözleşmesine taraf olan devlette bulunan nükleer tesisin işleteni Viyana Sözleşmesi hükümlerine göre sorumludur (OP m. 2/a).

Sözleşmesine göre tayin edilecekken, Viyana Sözleşmesinin uygulandığı hallerde yetkili mahkeme Viyana Sözleşmesine göre tayin edilir. Bu son halde nükleer tesisin ülkesinde bulunduğu Viyana sözleşen tarafının mahkemeleri yetkili olup Türk mahkemeleri milletlerarası yetkili değildir.

İkinci olarak nükleer kazanın (olayın) nükleer bir tesisin dışında ve nükleer maddelerin taşınması sırasında meydana gelmesi halinde ise, Viyana Sözleşmesinin 2. maddesinin (b) ve (c) fıkrası ya da Paris Sözleşmesinin 4. maddesinin (a) ve (b) fıkralarına göre sorumlu işletenin nükleer tesisinin ülkesinde bulunduğu devletin taraf olduğu sözleşme uygulanacaktır (OP m. 3/3). Böylece adı geçen hükümlere göre hangi işletenin sorumlu olduğu tespit edilerek onun nükleer tesisinin bulunduğu devletin tarafı olduğu Sözleşme uygulanacaktır. Somut olayda sorumlu işletenin nükleer tesisinin bulunduğu yer Türkiye ise, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi Paris Sözleşmesine göre tayin edilecektir.

Mevcut durumda sadece Paris Sözleşmesine göre Türk mahkemelerinin yetki tesisi söz konusu olabilecektir. Paris Sözleşmesine göre yetkili mahkeme bahsi yukarıda açıklandığından burada tekrarlanmayacaktır.

2. Nükleer Bir Hadise Sebebiyle Doğan Zararların Tazmininde Nükleer Düzenleme Kanununa Göre Yetkili Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Son Bulması

Nükleer zararın Nükleer Düzenleme Kanunu m. 13'te belirtilen sorumluluk miktarı sınırlarını⁵⁰ aşmasının öngörüldüğü hallerde Cumhurbaşkanınca, Nükleer Zarar Tespit Komisyonu kurulması kabul edilmiştir (NDK m. 18/1). Nükleer Zarar Tespit Komisyonu nükleer hadise sonucu meydana gelen nükleer zararların tazmini için nükleer zarar görenler tarafından yapılan başvuruları değerlendirmek ve başvurular hakkında karar vermekle görevlidir. Nükleer hadise sonucu meydana gelen nükleer zararlar Komisyon marifetiyle tazmin edilecektir (NDK m. 18/2).

Nükleer Zarar Tespit Komisyonu kurulduktan sonra Türk mahkemelerine başvurulması kabul edilmemiştir. Nükleer Zarar Tespit Komisyonu kurulmadan önce nükleer hadiseden zarar görmüş kişiler tarafından nükleer zararların tespiti veya tazmini amacıyla açılmış olan davalarda ise bu Kanuna göre yetkili Türk mahkemelerinin yetkisi son bulacaktır. Bu halde, mahkemece karar verilmesine yer olmadığına dosya üzerinden kesin olarak karar verilerek yeni bir başvuru şartı aranmaksızın incelenmek üzere dosya Komisyona gönderilecek (NDK m. 18/3) ve nükleer zararlar Komisyon marifetiyle tazmin edilecektir (NDK m. 18/2). Komisyon tarafından verilen kararlara karşı Ankara idare mahkemelerinde dava açılabilir (NDK m. 18/5).

⁵⁰ Bkz. a.ş. dn.52.

B. Nükleer Düzenleme Kanununun Sorumlulukla İlgili Bazı Esasları

Nükleer Düzenleme Kanunu'nun on ikinci maddesinde nükleer zararlara ilişkin sorumluluk düzenlenmiştir. On ikinci maddenin birinci bendi uyarınca, "Nükleer hadiselerden kaynaklanan nükleer zararlar hakkında bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Paris Sözleşmesi hükümleri uygulanır". Yine aynı maddenin altıncı bendi uyarınca, işleten, bir nükleer hadisenin neden olduğu nükleer zararların tazminine ilişkin olarak sadece Paris Sözleşmesi ve bu maddenin de yer aldığı beşinci bölüm hükümleri kapsamında sorumludur. Böylece Nükleer Düzenleme Kanunu Paris Sözleşmesi rejimini fikrimizce Sözleşme kapsamına girmeyen zararlara da yaymaktadır.

Nükleer Düzenleme Kanununa göre işleten, nükleer hadiselerden kaynaklanan nükleer zararlar hakkında; Nükleer Düzenleme Kurumu tarafından veya ülkesindeki makamlar tarafından bir nükleer tesisi işletmek üzere yetkilendirilmiş tüzel kişi, nükleer tesis işletmek için verilecek lisans alınmadan önceki dönemde nükleer tesisi kuran tüzel kişi, nükleer tesis işletmek için verilen lisans iptâlinden sonra yeni bir işleten belirlenene kadar olan dönemde lisansı iptâl edilen tüzel kişi olarak kabul edilir (NDK m. 12/3).

Nükleer Düzenleme Kanunu, işletenin sorumluluğunu *kusursuz ve münhasır sorumluluk* esasına binaen kabul etmiştir. Buna göre, işleten, nükleer zararlardan ve tazminatların ödenmesinden, nükleer hadisenin meydana gelmesinde kendisinin, personelinin ve tesisle ilgili teknoloji, mal ve hizmet sağlayanların herhangi bir kusurunun olup olmadığına bakılmaksızın sorumlu tutulmuştur (NDK m. 12/4). İşletenin Nükleer Düzenleme Kurumundan almış olduğu yetki iptal edilmiş, askıya alınmış veya kısıtlanmış olsa da işletenin sorumluluğu devam eder (NDK m.12/7). Buna karşılık, doğrudan bir silahlı çatışma, hasmane hareketler, iç savaş ya da ayaklanmadan dolayı meydana gelen bir nükleer hadiseden kaynaklanan nükleer zarardan sorumlu tutulmamıştır (NDK m.12/5)⁵¹. Yine, nükleer zarara neden olan nükleer hadise, nükleer zarar gören kişinin kastından ya da ağır ihmalden meydana gelmiş ise, işleten, sadece nükleer zarar gören o kişiye karşı yetkili mahkemenin kararıyla kısmen veya tamamen sorumluluktan kurtulabilir (NDK m. 12/8).

Nükleer Düzenleme Kanunu işletenin sorumluluğunu miktar ve zaman itibariyle *sınırlı sorumluluk* olarak kabul etmiştir (NDK m. 13, m. 19).

İlk olarak işletenin sorumluluğu miktar itibariyle her bir nükleer hadise için sınırlandırılmış, sorumluluk miktarları Paris Sözleşmesine uygun olarak belirlenmiştir⁵². Ancak sorumluluk

⁵¹ Bu sebeplerin illiyet bağımlı kesen sebepler olduğu hakkında bkz. **Karauz**, s. 19.

⁵² **MADDE 13-** (1) Bu Bölüm kapsamında her bir nükleer hadise için işletenin sorumluluk miktarları;

a) Termal gücü on megavatın üzerinde olan nükleer reaktörler ile Kurum tarafından nükleer tesis işletmek için verilecek lisans öncesi yapılacak değerlendirme ile belirlenecek diğer nükleer tesisler için yedi yüz milyon avro,
b) (a) bendi kapsamına girmeyen nükleer tesisler için yetmiş milyon avro,
c) Nükleer maddelerin taşınması için seksen milyon avro,
ç) Nükleer maddelerin Türkiye Cumhuriyeti sınırları dâhilinde yapılacak transit geçişleri için yedi yüz milyon avro, ile sınırlıdır.

miktarının uygulanmasında hem karşılıklı işlem esası kabul edilmiş hem de söz konusu yabancı ülkede meydana gelen zararlar bakımından “o ülkede bir nükleer hadise meydana gelip nükleer zarara yol açıyorsa bunlar için uygulanacak sorumluluk miktarı ile sınırlı” sorumluluk kabul edilmiştir (NDK m. 13/2). Nükleer zararın tazmininin şekli ve tutarı kusursuz ve münhasır sorumluluk ilkesi esas alınarak 11.1.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tayin edilecektir (NDK m. 16/1)⁵³.

İkinci olarak, Nükleer Düzenleme Kanunu zamanaşımı süreleri öngörerek işletenin sorumluluğunu zaman itibariyle de sınırlandırmıştır. Buna göre, Nükleer Düzenleme Kanunu'nun hukukî sorumluluğu düzenleyen beşinci bölümü uyarınca tazminat talepleri nükleer zarar gören kişinin zararı ve sorumlusunu öğrendiği tarihten itibaren, can kaybı ve kişilerin sağlığına verilen zararlarla ilgili tazminat taleplerinde nükleer hadisenin gerçekleştiği tarihten itibaren otuz yıl ve diğer nükleer zararlarla ilgili tazminat taleplerinde nükleer hadisenin gerçekleştiği tarihten itibaren on yıl geçmemişse, üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar (NDK m. 19/3, m. 19/4).

Üçüncü olarak, Nükleer Düzenleme Kanunu m. 14/8 uyarınca, işleten sıfatı, dolayısıyla işleten sıfatının getirdiği sorumluluk taşıyıcıya devredilebilir. Buna göre, işleten ile taşıyıcı arasında yapılmış yazılı bir sözleşmede taşıyıcının talebi ve işletenin muvafakatinin bulunduğu konulacak açık hükümlerle nükleer maddelerin taşınmasına ilişkin sigorta yaptırma veya teminat gösterme yükümlülüğü Kurum onayıyla taşıyıcıya devredilmişse, taşıyıcı bu Kanun kapsamında işleten sıfatını kazanmış ve sorumluluğunu üstlenmiş olur.

Son olarak, işleten, sigortacı, nükleer sigorta havuzu, diğer teminat verenler ve Devlete, nükleer hadiseye kasıtlı olarak sebep olan gerçek kişiye karşı rücu hakkı tanınmıştır (NDK m. 19/1). Bununla birlikte rücu hakkının kullanılması zaman itibariyle sınırlandırılmıştır. Rücu hakkı, rücu hakkına sahip kişinin rücu edeceği kişiyi öğrenmesinden ve tazminatı ödemesinden itibaren üç yıl ve her halükârda tazminatın tamamının ödendiği tarihten itibaren on yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrar (NDK m. 19/5).

⁵³ Nükleer zarar gören kişiye sosyal sigortalar ve genel sağlık sigortası mevzuatı uyarınca yapılan ödemeler beşinci bölüm uyarınca alacağı tazminattan mahsup edilecektir (NDK m. 16/2). Öte yandan, sosyal sigortalar, özel sigortalar ve genel sağlık sigortasına ilişkin mevzuatın rücu hükümleri saklı tutulmuştur (NDK m. 16/3).

Yine Türkiye'nin çekincesi sebebiyle, nükleer hadisenin gerçekleştiği zamanda sınırları ve uluslararası hukuk uyarınca belirlediği deniz alanları dâhilinde hiçbir nükleer tesisi olmayan âkit olmayan bir devlet hariç (Paris Söz. m. 2/a-iii), yabancı devlet eşdeğer miktardan karşılıklı fayda sağlamadığı ölçüde Paris Sözleşmesi m. 7/a'dan daha düşük sorumluluk miktarını belirleme hakkını saklı tutar. Paris Sözleşmesi m. 7/a uyarınca “Her bir Âkit taraf, kendi mevzuatında, herhangi bir nükleer hadiseden kaynaklanan nükleer zararlarla ilgili olarak işletici sorumluluğunun 700 milyon avronun altında olmamasını sağlayacaktır”.

Sonuç

Türk Milletlerarası Özel Hukukunda nükleer tesis işleteninin üçüncü kişilere karşı hukukî sorumluluğu Paris Sözleşmesi, Ortak Protokol ve Nükleer Düzenleme Kanununda düzenlenmiştir. Paris Sözleşmesi nükleer tesis işletenin hukukî sorumluluğunun maddî esaslarını inceliyle düzenlerken yanı sıra milletlerarası hukuk konularını da ele almaktadır. Belirtelim ki Paris Sözleşmesi millî hukukları birleştirmeyi amaçlayan bir sözleşmedir. Ortak Protokol, Paris ve Viyana Sözleşmeleri arasında ilişki kurarak, Türkiye’de bulunan bir nükleer tesisin işleteninin sorumlu olduğu olaylarda Viyana sözleşmesine taraf bir devletin ülkesinde meydana gelen zararların da Paris Sözleşmesine göre tazminine imkân sağlamaktadır. Yine Ortak Protokol, Viyana Sözleşmesine taraf olan bir devletin ülkesinde meydana gelen ya da sorumlu işletenin nükleer tesisinin orada bulunduğu bir nükleer olay neticesinde Türkiye’de bir zarar meydana gelirse Viyana Sözleşmesi uygulanarak tazminini mümkün kılmaktadır. Nükleer Düzenleme Kanunu ise, düzenlenmesi millî hukuka bırakılmış konuları ve yanı sıra milletlerarası yetki ve sorumluluk esaslarını ele almaktadır. Nükleer Düzenleme Kanunu nükleer zararların sınır aşıcı özelliği sebebiyle doğrudan uygulanan bir kanundur.

Paris Sözleşmesi, tek devlet mahkemelerinin yetkisini kabul etmektedir. Yine sözleşen devletler de ülkelerinde tek bir yer itibariyle yetkili mahkeme bulundurmak zorundadır. Nükleer Düzenleme Kanunu bu mahkemeyi Ankara mahkemeleri olarak tayin etmiştir. Yetkili Türk mahkemesi Sözleşmede düzenlenen konularda Sözleşmeyi uygularken Sözleşmede düzenlenmeyen konularda Türk hukukunu uygulayacaktır. Ancak Nükleer Düzenleme Kanunu düzenlemediği konuları Paris Sözleşmesine geri göndermektedir. Bu kısır döngünün Sözleşmenin düzenlemediği konularda Türk hukuku lehine kırılması gerekmektedir. Diğer taraftan Sözleşmeye göre yetkili mahkeme millî hukukunu kanunlar ihtilâfı hukuku hariç uygulayacaktır. Buna rağmen Sözleşmenin açıklayıcı raporunda milletlerarası özel hukuk konularına milletlerarası özel hukuk kurallarının uygulanacağı bildirilmiştir. Bu bağlamda saf sorumluluk hukuku konularına iç hukuk kurallarının bunlar dışındaki konulara ise kanunlar ihtilâfı kuralları eliyle bulunacak hukukun uygulanması önerilebilir. Öte yandan, yetkili mahkemeden verilen kararlara diğer sözleşen devletlerin ülkesinde de hukukî sonuç bağlanması kabul edilmiştir. Böylece yabancı mahkemelerden verilen kararlara tanıma tenfiz şartlarını taşımaları halinde hukukî sonuç bağlanabilecektir. Yine Türk mahkemelerinden verilen kararlara diğer âkit devletlerin ülkesinde tanıma tenfiz şartlarını sağlamaları halinde hukukî sonuç bağlanabilecekken, Türk mahkemelerinin yetkili olduğu hallerde yabancı mahkemelerden verilen kararlara Türkiye’de hukukî sonuç bağlanmayacaktır.

KAYNAKÇA

Arda, Aslı: Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Taraf Sorumluluğuna İlişkin Paris Sözleşmesi Kapsamında Nükleer Tesis İşleteninin Hukukî Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Çoğaltılmış Nüsha, Ankara 2005.

Aydoğdu, Murat: Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınları, Ankara 2009.

Çelik, Edip: Milletlerarası Hukuk, C. 2, İstanbul 1982.

Çuhadar, Ayşe Aslıhan Erbaşı: “Uluslararası Nükleer Sorumluluk Rejimi Çerçevesinde Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşleteninin Hukukî Sorumluluğu”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2015, Özel Sayı, C. 1, s. 341-378.

Desart, Roland Dussart: “The Reform of the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy and of the Brussels Supplementary Convention, An Overview of the Main Features of the Modernisation of the Two Conventions”, Nuclear Law Bulletin 2005, C. 75, s. 7-33.

Görmez, Onur: “Nükleer Santral İşleteninin Kusursuz Sorumluluğu”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2014, C. 2, S. 1, s. 109-144.

Güneysu, Gülin: “Nükleer Reaktörlerin Yol Açtığı Zararlardan Doğan Hukukî Sorumluluk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1989-1990, C. 41, S. 1, s. 207-223.

Güngör, Gülin: Tâbiyet Hukuku, Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler, B. 10, Yetkin Yayınları, Ankara 2022. (Anılış: Tâbiyet)

Güngör, Gülin: Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Kanunlar İhtilâfı – Milletlerarası Usul Hukuku, B.3, Yetkin Yayınevi, Ankara 2022(Anılış: MÖH).

Güven, Koray: Karşılaştırmalı Hukukta Nükleer Santrallerden Kaynaklanan Zararlardan Hukukî Sorumluluk, Yüksek Lisans Tezi, Çoğaltılmış Nüsha, Ankara 2017.

Hekim, Burak: “Nükleer Enerji Alanında Hukukî Sorumluluk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2018, C. 67, S. 2, s. 355-414.

Karauz, Agâh Kürşat: “Nükleer Santral İşleteninin Hukukî Sorumluluğu”, Nevşehir Barosu Dergisi 2014, S. 1, Y. 1, s. 1-34.

Kocaoğlu, Necip Kağan: “Nükleer Tesis İşleteninin Hukukî Sorumluluğu: Karşılaştırmalı ve Uluslararası Özel Hukuk Analizi”, Ankara Barosu Dergisi 2010, S. 2, Y. 68, s. 33-112.

Korkmaz, Zehra: “Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıs Sorumluluğuna İlişkin 1960 Tarihli Paris Sözleşmesi’ni Değiştiren 2004 Protokolü ile 7381 Sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu’nun Mukayese ve Değerlendirilmesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2023, C. 13, S. 1, s. 417-500.

Korkusuz, Mustafa Halit: Nükleer Santral İşletenin Hukukî Sorumluluğu, Beta Yayınları, İstanbul 2012.

Magnus, Ulrich: “Recognition and Enforcement of Foreign Judgments on Civil Liability For Nuclear Damage”, Nuclear Law Bulletin, 2021, S. 1, C. 106, s. 7-20.

Özdamar, Mehmet: “Nükleer Tesislerin İşletilmesinden Doğan Hukukî Sorumluluk”, Enerji Hukuku Dergisi 2012, S. 1, Y. 1, s. 119-135.

Özkahraman, Demet / **Gürbüz**, Nazlı: “Türk Hukukunda Nükleer Santral İşletenin Sorumluluğu”, GSI ARTICLETTER 2018, C. 19, s. 21-40.

Özman, Aydoğan: Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, İstanbul 1984.

Turhan, Turgut: Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında İka Yeri Kuralı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1989.

Waldner, Michael: “Conflict of Law Issues Related to Switzerland’s Participation in the Paris Nuclear Third Party Liability Regime”, Nuclear Law Bulletin 2012, C. 90, S. 2, s. 31-69.

Yüksel, Furkan: Nükleer Enerji, Paris Sözleşmesinin Uygulama Alanı, Hukuk ve Demokrasi 2022, S. 23, s. 44-48.

AİLE HAYATINA SAYGI HAKKI ve KAMU YARARI İLE ÇOCUĞUN HAKLARI ARASINDA DENGE

Prof. Dr. Feriha Bilge TANRIBİLİR*

Öz

Aile hayatının temelinde bulunan unsurlardan birisi, aile fertlerinin birlikte yaşaması ve yakın kişisel ilişkilerini sürdürebilmeleridir. Aile içerisinde dünyaya gelen çocuk, doğal olarak aile hayatının önemli bileşenidir. Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesinde çocuğun aile içinde yaşaması ve ebeveynleri tarafından bakılması en önde gelen çocuk haklarından birisi olarak sayılmıştır. Öte yandan Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmesi, aile fertlerinin “aile hayatına saygı hakkını” güvence altına almaktadır. Aile hayatına saygı hakkı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında da yer alan haklardan birisidir. Bu hakkın kapsamına velayet, şahsi ilişki, çocuk kaçırma, aile birleşmesi, evlât edinme, koruyucu aile, devlet koruması ile sınır dışı etmede aile hayatı girmektedir. Aile hayatına saygı hakkına dair içtihatlarda konu çocuk hakları, özellikle çocuğun üstün yararı açısından değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Bu çalışmada ağırlıklı olarak çocukla şahsi ilişki kurma üzerinde durulacaktır. Aslında yabancı unsurlu meselelerde meselenin üç boyutu mevcuttur: Aile fertlerinin birlikte yaşamalarını veya şahsi ilişkilerini devam ettirme hakları, çocuğun üstün yararının gerekleri ve kamu yararı. Çalışmada üç boyut Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararından örnekler üzerinde gösterilecektir. Bu suretle yabancı unsur içeren hukuki meselelerde devletlerin uygulamaları insan hakları bakımından sonuçlarının değerlendirilmesi hedeflenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Aile Hayatına Saygı Hakkı, Şahsi İlişki, Çocuğun Üstün Yararı, Sınır Dışı Etme, Koruyucu Aile.

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku ABD Öğretim Üyesi, (fbilge@cankaya.edu.tr), ORCID ID 0000-0001-9705-5064.

NOT: Bu çalışmada kullanılan internet kaynaklarına en son erişim tarihi 17 Eylül 2023'tür.

*EQUILIBRATION AMONG THE RIGHT TO RESPECT FOR FAMILY LIFE AND THE PUBLIC
INTEREST AND THE RIGHTS OF THE CHILD*

Abstract

One of the basic elements of family life is the ability of family members to live together and maintain close personal relationships. The child born into the family is naturally an important component of family life. In the United Nations Convention on the Rights of the Child, the child's living in the family and being cared for by his parents are counted as one of the most prominent children's rights. On the other hand, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms guarantees the “right to respect for family life” of family members. The right to respect for family life is one of the rights included in the Constitution of the Republic of Turkey. The scope of this right includes custody, personal relationship, child abduction, family reunification, adoption, foster family, state protection and family life in deportation. In the jurisprudence on the right to respect for family life, the subject children's rights are evaluated especially in terms of the best interests of the child. In this study, the emphasis will be on establishing a personal relationship with the child. In fact, in matters with foreign elements, there are three dimensions of the issue: the right of family members to live together or maintain personal relations, the requirements of the best interests of the child, and the public interest. In the study, three dimensions will be shown on examples from the decision of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court. In this way, it is aimed to evaluate the practices of states in legal matters involving foreign elements and the results in terms of human rights.

Keywords: *Right to Respect for Family Life, Personal Relationship, the Best Interest of the Child, Deportation, Foster Family.*

Giriş

Devletler Özel Hukuku denilince, en genel hatlarıyla, vatandaşlığın kazanılması ve kaybı (Vatandaşlık Hukuku), yabancıların tabi olduğu hukuki rejim (Yabancılar Hukuku), yabancı unsurlu hukuki ilişki, olay ve işlemlerin tabi olduğu devlet hukuk düzeninin belirlenmesi (Kanunlar İhtilâfi Hukuku) ile yabancı unsurlu davalardaki usul, yabancı mahkeme/hakem kararlarının etkisi gibi (Milletlerarası Usul Hukuku) meseleler anlaşılır. Bu alan, milletlerarası hukuku ilgilendiren konularda her bir alt dalının kendine özgü kavramları ve çalışma metotları olan milli hukuk türüdür. Her devlet, alanın özelliklerini ve milletlerarası hukuktaki gelişmeleri dikkate alarak, yabancılar ve yabancı unsurlu meseleler için kabili tatbik kurallar ihdas eder.

Diğer yandan milletlerarası hukuk içinden çıkıp bağımsız bir alan hâline gelen insan hakları hukuku ve bu hukuk dalına dair kurallar ile içtihatlar bütün hukuk dallarını etkiler hâle gelmiştir. Nitekim literatürde örneğin adil yargılanma hakkı kapsamında milletlerarası yetki kuralları ele alınabilmektedir. Aslında insan hakları kavramının milletlerarası hukuktaki gelişiminden çok önce devletler özel hukuku ele aldığı konular itibariyle bazı değerleri, menfaatleri (örneğin, işlem menfaati, milletlerarası toplumun menfaatleri) ister istemez hep dikkate almak durumunda kalmıştır. Örneğin kanun koyucular için çocuğun korunması, ticari hayatta işlem güvenliği gibi, etkisini başka ülkelerde de gösterebilecek olan konularda verilecek kararların etkinliğini sağlamak ister istemez önemli bir husus olmuştur.

Bu çalışmada yabancı unsur içeren çocuklarla ilgili hukuki meselelerde devletlerin uygulamalarının insan hakları bakımından sonuçları değerlendirilecektir. Elbette insan hakları hukukunun pek çok kaynağı ve kurumu mevcuttur ancak burada konu, sadece Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme¹ (AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ile kısmen Türk Anayasası ve içtihatlarıyla sınırlı olarak ele alınacaktır. Çocuklarla ilgili AİHM ve kısmen Anayasa Mahkemesi içtihatları çok geniş bir yelpazeye yayılmış vaziyettedir; bu nedenle alan daraltılıp sadece çocuğun aile içinde kalması ve çocukla şahsi ilişki kurma yönüyle irtibatlı olanlara değinilecektir.

Konu bu çerçevede ele alınınca, AİHS'nin aile hayatına saygı hakkına dair hükmünün (m. 8) uygulanması öne çıkmaktadır. Dolayısıyla çalışmada önce aile içinde yaşama hakkı kavramı ve kapsamı üzerinde durulacak, ardından bu hakkın soybağının tespiti, şahsi ilişki kurma, velayet tevdi, sınır dışı etme gibi devletler özel hukukunun kapsamındaki olaylarda devlet uygulamalarının nasıl değerlendirildiği örnek olaylarla birlikte ele alınacaktır. Öte yandan merkeze çocuk konulduğunda “aile içinde yaşama hakkının”, “çocuk haklarıyla” birlikte değerlendirilmesi icap eder. Kararlarda bu iki hakkın nasıl dengelenmeye çalışıldığı da tespit edilecektir.

I. Temel Kavramlar

Temel kavramlar başlığı altında çalışmada kullanılacak olan “çocuk”, “çocuk hakları ve ilkeler” ile “aile hayatına saygı hakkı” kavramlarına kısaca açıklık getirilecektir.

A. Çocuk

Çocuk kavramının muhtelif bilim dallarına göre farklı tanımları mevcuttur. Çalışmamızın alanı dikkate alınarak hukuken kimlerin çocuk olarak addedildiğinin belirlenmesi üzerinde

¹ İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşme, RG 19.3.1954-8662. Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan bu Sözleşme daha sonra kabul edilen protokollerle güncellenmiştir. Anılan Sözleşme'nin güncel metni için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/media/3542/aihs_tr.pdf.

durulacaktır. Hukuken çocuk olarak tanımlananlar ulusal ve uluslararası hukukun çocuklara tanıdığı hak ve özgürlükten yararlanabilirler ve korunabilirler. Ayrıca çocuk kimliğinin belirlenmesi, bazı konularda zorunlu olarak getirilen asgari veya azami yaş sınırları için de önemlidir. Örneğin evlenme yaşı, refakatsiz çocuk, cezai ehliyet gibi konularda çocuk tanımına ihtiyaç bulunmaktadır. Bununla birlikte her devlet kendi sosyal, ekonomik, siyasi ve hukuki yapısına göre çocuk tanımında farklılaşma eğilimindedir. Uluslararası hukuk bakımından ise özellikle milletlerarası sözleşmelerde kendi uygulama alanı bakımından çocuk tanımına gidildiği bilinmektedir.

1989 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda kabul edilen Çocuk Haklarına Dair Sözleşme² (ÇHDS), çocuk tanımı açısından temel metin olarak kabul edilmektedir. Sözü edilen Sözleşme’de çocuk şu şekilde tanımlanmıştır: “Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.” (m. 1). Bu hükme göre çocuk, onsekiz yaşın altındaki insan yavrusudur. Toplumların hangi kültürel, sosyal yapıda oldukları, hangi dine inandıkları veya mezhepten olduklarına bakılmaksızın, aksine yasa veya milletlerarası sözleşme hükmü bulunmadığı sürece, onsekiz yaşın altındakiler çocuk olarak addedilmektedir³. Bu durum özellikle çocuk haklarından yararlanacak olan kişilerin statüsünü belirleme açısından önemlidir. Nitekim, eğer devletler çocuğun yaşının belirlenmesi noktasında gecikirlerse kişinin çocuk olarak yararlanabileceği bazı statülerden yararlanamaması durumu ortaya çıkabilir. Örneğin AİHM’nde görülen *Darboe ve Camara – İtalya* davasında⁴ davacılar⁵ uluslararası koruma başvurusu incelemelerinde davalı devletin işlemleri geciktirdiği, bu nedenle de davalı devletin küçükleri koruma yükümlülüğünü yerine getirmemesinde ve refakatsiz çocuk olarak ülkeye giriş şanslarını kaybetmelerinde hak ihlali bulunduğunu iddia etmişlerdir. Mahkeme hem uluslararası sözleşmeler hem Avrupa Birliği Hukuku hem de İtalyan hukuku çerçevesinde konuyu değerlendirmiş ve neticede davalı devletin refakatsiz gelen ve küçük olduğunu beyan edenlere yasal temsilci atanmadığını, onların yaşını tespitte gecikildiğini ve başvurularını yeterince bilgilendirmediğini tespit etmiştir. Belirtilen beyana itibar etmeme halinin AİHS m. 8’de düzenlenen özel hayata saygı hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.

² RG 27.1.1995-22184.

³ Bkz. **Tanrıbilir**, Feriha Bilge: Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 49 vd.

⁴ AİHM, *Darboe ve Camara – İtalya Davası*, Başvuru No: 5797/17, Karar tarihi: 21/10/2022, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22age-assessment%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-218424%22%5D%7D>).

⁵ Söz konusu davanın ilerleyen safhalarında davacı Camara ile vekili arasındaki iletişim sona ermiş, kendisine ulaşılamadığı için mahkeme onunla ilgili iddiaları inceleme dışı bırakmıştır.

B. Çocuk Hakları

Günümüzde “çocuk hakları” kavramı, genellikle, onların yaşamasına ve sağlıklı bir şekilde geleceğe hazırlanmasına yönelik temel haklar ile kendisini ifade edebilmesi gibi katılım haklarını da kapsayacak içeriğe sahiptir. Başka deyişle çocuk haklarıyla, bir yanda çocukları koruyan diğer yanda da onların kullanabileceği, yararlanabileceği haklardan söz edilir.

Genel olarak insan hakları alanında karşılaşılan yapısal sorunlar çocuk hakları için de karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de devletlerin, toplumların farklı sosyal, siyasi, dini ve ekonomik yapıları ve gelişmişlik düzeyleri dünyanın her yerinde çocukların aynı şekilde korunması ve hak sahibi olmasını da zorlaştırıcı faktörlerdir.

Bununla birlikte hem uluslararası toplum, zaman içinde niteliğini arttıran ve kapsamını genişleten çocukları koruyan ve onları birey olarak kabul eden muhtelif beyannameler, milletlerarası sözleşmeler hazırlamışlardır. Bununla da yetinilmemiş, çocuk haklarının korunması ve sağlanmasında devletlere getirilen yükümlülükleri izleme ve hatta denetleyecek mekanizmalar tesis edilmiştir. Ayrıca çocuk haklarının sağlanmasında hem devletlerarasında hem devletlerle uluslararası organizasyonlar arasında iş birlikleri teşvik edilmiştir.

Çocuk hakları açısından dönüm noktası, Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanıp 1989 yılında kabul edilen Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (ÇHDS)'dir. ÇHDS, çocuk hak ve özgürlüklerinin listesi ile beraber bu hak ve özgürlüklerin sağlanmasında dikkate alınması gereken ilkeleri düzenlemiştir. Sözleşme'de yer alan hakların büyük bir bölümü insan hakları metinlerinde düzenlenmiş olan haklardır. Örneğin kimliğini bilme ve koruma hakkı, görüşlerini özgürce açıklayabilme, dernek kurma, barış içinde toplantı özgürlüğü, mahremiyetin korunması, bilgiye ulaşma hakkı, işkence ve kötü muamele görmeme, adil yargılanma, sağlık ve eğitim olanaklarından yararlanma, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, bilgiye ulaşma hakkı, her türlü sömürden korunma hakkı gibi. Ancak bu hakların çocukların yaş ve olgunluk seviyelerine göre nasıl kullanılacağı ve saygı gösterileceği Sözleşme ile düzenlenmiştir. Buna mukabil bazı hak ve özgürlükler ise çocuklara özgüdür. Oyun, dinlenme hakkı, aile çevresinde yaşama hakkı gibi.

ÇHDS ile ayrıca çocuk haklarının tanınması ve kullanılmasında mutlaka göz önünde bulundurulması gereken bazı ilkeler tespit edilmiştir. Bu ilkeler, ayırım yasağı ilkesi (m. 2)⁶, çocuğun

⁶ Ayırım yasağı ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Abramson**, Bruce: Article 2: The right of non-discrimination, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, (ed. **A. Alen/V. Lanotte/E. Verhellen/F. Ang/E. Berghmans/M. Verheyde**), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2008.

üstün yararının gözetilmesi ilkesi (m. 3)⁷, yaşama ve gelişme hakkı (m. 6)⁸ ve çocuğun görüşlerine saygı ilkesidir (m. 12)⁹. Devletler, Sözleşme kapsamındaki hakları tanırken, mahkemeler çocuklarla ilgili karar verirken (ceza davasında veya hukuki uyuşmazlıklarda) Sözleşme'nin somut olaya dair düzenlemesi ile birlikte bu ilkeleri de göz önünde tutmaları gerekmektedir. Belirtilen ilkeler aynı zamanda çocuklarla ilgili düzenleme yapan veya karar vermek durumunda olan uluslararası organizasyonlar ve uluslararası mahkemeler tarafından dikkate alınmaktadır.

Birleşmiş Milletler, ÇHDS'ni esas alarak üç protokol daha hazırlamış ve kabul etmiştir¹⁰. Sözleşme ile devletlerin çocuk haklarına saygı gösterme ve koruma yükümlülüklerini izlemek üzere Çocuk Hakları Komitesi kurulmuştur. Anılan Komiteye aynı zamanda Sözleşme'nin ihlâline dair şikayetleri inceleme görevi verilmiştir¹¹. Komite ilgili taraflara Sözleşme ve ek protokollerde belirtilen yükümlülüklerle saygı çerçevesinde dostane çözüm bulmalarına arabuluculuk yapmaktadır¹².

Çocuklarla ve onların haklarının korunması ile ilgili olarak devletler arasında işbirliğine yönelik muhtelif milletlerarası organizasyonlar tarafından pek çok sözleşme hazırlanmıştır. Örneğin

⁷ Çocuğun üstün yararının gözetilmesi ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Freeman**, Michael: Article 3: The best interests of the child, (the best interest) A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, (ed. **A. Alen/V. Lanotte/E. Verhellen/F. Ang/E. Berghmans/M. Verheyde**), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2007.

⁸ Çocuğun yaşama ve gelişme hakkına saygı ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Nowak**, Manfred: Article 6: The right to life, survival and development, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, (ed. **A. Alen/V. Lanotte/E. Verhellen/F. Ang/E. Berghmans/M. Verheyde**), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2005

⁹ Çocuğun görüşlerine saygı ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Hodgin**, Rachel/**Newell**, Peter: Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı, (çev. Şebnem Akipek), 2. B., Cenevre 2003, s. 165 vd.

¹⁰ Kabul edilen protokoller şunlardır:

25 Mayıs 2000 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocukların Silahlı Çatışmalara Dahil Olmaları Konusundaki İhtiyari Protokol. Metin için bkz. RG. 21.10.2003–25266 ve RG. 18.3.2004–25406.

25 Mayıs 2000 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi İle İlgili İhtiyari Protokol. Metin için bkz. RG 9.5.2002–24755 ve RG. 28.6.2002–24799.

17 Haziran 2011 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Başvuru Usulüne İlişkin İhtiyari Protokol. Metin için bkz. RG 7.12.2017-30263.

¹¹ Bu protokol, çocuğu hak sahibi birey olarak kabul ederek, onların maruz kaldığı hak ihlallerine ilişkin şikayetlerin bildirilmelerine olanak sağlamaktadır. Başvuru olanağı bireylere ve devletlere tanınmıştır. Sözleşme ve protokollerde ortaya konan herhangi bir hakkın taraf devletçe ihlâl edilmesi nedeniyle mağdur olduğunu iddia eden çocuk, grup veya onlar adına hareket eden kişi Komiteye başvurabilir (m. 5). Komite, talebi (başvuruyu) kabul edilebilir (m. 7) bulunduğu takdirde ilgili devlete durumu bildirip, açıklamalarını alır.

Öte yandan son dönemde Komiteye gelen başvuruların yarısından fazlasının uluslararası koruma başvurularının reddi, yeterince çocuğun görüşlerine saygı göstermeme, sınır dışı edilme ve refakatsiz çocukların koruma altına alınması sebeplerine dayalı olduğu görülmektedir. Son bir yıl içindeki başvuruların Peru'dan Gürcistan'a Türkiye'den Avrupa ülkelerine kadar pek çok devlet aleyhine yapılmakla beraber en yoğun talebin 27 dosya ile İsviçre'ye karşı yapıldığı görülmektedir. Bkz. Pending cases <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/crc/individual-communications>.

¹² Örneğin, Azerbaycan vatandaşı iki çocuğun İsviçre'den İtalya'ya sınırdışı edilmesi dolayısıyla çocuklar, uluslararası korunma işlemleri esnasında ÇHDS nin çocuğun yüksek yararının gözetilmesi ilkesi ile çocuğun görüşlerine saygı ilkelerinin ihlal edildiği ve bu nedenle uğradıkları zararın tazminini talep etmişlerdir. Komite tazminatın bu sözleşme kapsamında talep edilemeyeceğini belirtmiş, ihlal iddialarını hem başvuruculardan hem taraf devletten dinleyerek sonuca varmıştır. Olayda kardeşler işlemler sırasında kendilerinin dinlenmediklerini, onların yararına olan çözümlerin araştırılmadığını ve kötü muamele gördüklerini iddia etmişlerdir. Komite taraf devletten bundan sonraki işlemlerinde çocukların dinlenmesi ve görüşlerinin alınması hususuna dikkat etmesini, bu konuda yetkili makamları bilgilendirmesini tavsiye etmiştir. İlgili devlet bu konuda Komiteyi ikna edici çaba gösteremeyince görüşmelerin halen devam ettiği bildirilmiştir. Bkz. https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/crc/2022-11-17/CRC-C-90-R.1_UV.pdf.

Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansı'nın hazırladığı Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlât Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşme (1993)¹³ veya Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme'de (1980)¹⁴ çocuğun aile ortamında kalmasına yönelik menfaatlerinin devletlerarasında iş birliği yapılarak sağlanması hedeflenmiştir.

Çocuk haklarını düzenleyen ve koruyan düzenleyici faaliyetlerin etkili (idari ve adli) uygulamalar ile desteklenmesi gerekir. Nitekim ulusal ve uluslararası düzeyde idari ve adli makamların milletlerarası sözleşmeleri ve çocuklara dair kendi ulusal mevzuatını uygulamalarıyla oldukça canlı, etkili bir başka ortam da hemen oluşmuştur. Artık hem uluslararası mahkemeler hem devlet mahkemelerinde çocuklarla ilgili davalarda milletlerarası sözleşmeler çerçevesinde karar alma yoluna gitmektedir. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurularda çocuklarla ilgili meselelerin önemli yer tutmaya başladığı görülmektedir.

C. Aile Hayatına Saygı Hakkı

Çocuk için kendisiyle ilgilenen ve seven, ona huzurlu aile ortamı sağlayan ana ve baba yanında büyümek büyük şanstır. Olması gereken ana babanın, çocuğun anne karnından yetişkinliğine kadar temiz bir çevrede gıda, sağlık, barınma, eğitim gibi temel ihtiyaçlarının karşılayıp, onun yeteneklerinin gelişmesine olanak tanıyan aile hayatı sağlamasıdır. Ana babanın gelir durumu, sağlık koşulları, eğitim seviyesi, kültürel özellikler, suç, göç, boşanma gibi farklı faktörler nedeniyle çocuğun ana babasından uzak olması veya mahrum kalması mümkündür. Bu gibi hâllerde dahi çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa çocuk ile ebeveynleri arasında şahsi ilişkinin bir şekilde tesisi gerekmektedir.

Nitekim ÇHDS'de çocuğun yeteneklerinin geliştirilmesi ile uyumlu olarak, çocuğa yol gösterme ve yönlendirme ile çocuğun bakımı ve yetiştirilmesine dair sorumluluğun ve görevlerin esasen ana babaya ait olduğu ve taraf devletlerin bu duruma saygı göstermesi hususu açıkça belirtilmiş (m. 5), ardından taraf devletlerin ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu karara bağlanmadıkça, çocuğun ana babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alma yükümlülüğüne işaret edilmiştir (m. 9/1). Aynı şekilde taraf devletler ana ve/veya babasından

¹³ RG 19.4.2004-25438.

¹⁴ RG 15.2.2000-23965. Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanacak Kanuna, Tanıma, Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme (1996) (RG 22.5.2016-29719), 1980 sözleşmesinin uygulama alanına giren konuları ele almakla birlikte daha geniş kapsamlıdır: "madde 50 - *Bu Sözleşme, her iki Sözleşmeye de Taraf olanlar arasında olduğu gibi, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair 25 Ekim 1980 tarihli Sözleşme'nin uygulanmasını etkilemez. Bununla birlikte, hiçbir şey, yanlışlıkla gönderilen veya tutulan çocuğun iadesini gerçekleştirmek veya erişim haklarının düzenlenmek amacıyla bu Sözleşme'nin hükümlerine başvurulmasını önlemez.*"

ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi üstün yararına aykırı olmadıkça, ebeveynleri ile düzenli şahsi ilişkin kurma ve görüşme hakkına da saygı göstermelidirler (m. 9/3).

Diğer yandan AİHS’nde “özel ve aile hayatının korunması” başlığını taşıyan 8. maddesi ile herkesin özel ve aile hayatına saygı hakkı güvence altına alınmış, ancak daha üstün menfaatin bulunması halinde kamunun müdahalesi kabul edilmiştir:

“Madde 8 Özel hayatın ve aile hayatının korunması

1. Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmuş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.”

AİHS’nin 8. maddesi, dört hakkı güvence altına almaktadır: kişilerin özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı. Bu maddede güvence altına alınan “özel hayata saygı gösterilmesi hakkı”, kişinin fiziki ve manevi bütünlüğü, mahremiyeti ve kimliğini korumayı kapsamaktadır¹⁵. Bu çerçevede kişinin vatandaşlığı da onun kimliği içindedir ve vatandaşlığa dair uyumsuzluklar özel hayata saygı hakkına dahil edilerek değerlendirilmektedir. AİHS’nin 8. maddesinde yer alan diğer hak ise aile hayatına saygı hakkıdır. Aile hayatına saygı hakkının kapsamına birlikte yaşayan ve birbirine destek olan eşler, birlikte yaşayanlar, çocuklar, diğer aile üyeleri girmektedir¹⁶. Anılan maddenin çocuk evlilik içinde veya dışında dünyaya gelmiş olsa da ana ve babası ile birlikte olma (ana babanın da çocukla birlikte yaşama) hakkını içerdiği kabul edilmektedir. AİHM’nin uygulamasında velayet, ana baba ile çocuk arasında ilişki, çocuk kaçırma, evlât edinme, koruyucu aile ve göç gibi hususlar hakkında verilmiş pek çok karar mevcuttur¹⁷.

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Guide on Article 8 of the European Convention on Human Right, to respect for private and family life (2017), s. 17 vd., Guide-to-Art.-8-of-the-ECtHR-COE-and-ECTHR.pdf.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Guide on Article 8 of the European Convention on Human Right, to respect for private and family life (2017), s. 38 vd., Guide-to-Art.-8-of-the-ECtHR-COE-and-ECTHR.pdf.

¹⁷ Bkz. Handbook on European law relating to the rights of child (2022), Handbook_rights_child_ENG.pdf.

AİHM’nin önüne gelen çocuk haklarına dair davalar, daha ziyade AİHS’nin özel yaşam ile aile hayatına dair 8. madde çerçevesinde ele alınıp karara bağlandığı görülmektedir. Somut olayın özelliğine göre bu davalarda m. 8 ile birlikte AİHS’nin yaşam hakkı (m. 2), düşünce, din ve vicdan özgürlüğü (m. 9), adil yargılanma hakkı (m. 6), ifade özgürlüğü (m. 10) ve ayırım yasağı (m. 14) hükümleri de uygulanmaktadır.

İnsan hakları hukukunda hazırlanan uluslararası metinlerin birbirine paralel ama aynı zamanda birbirini tamamlar bir şekilde kaleme alınmaktadır. AİHM’nin çocuklara dair kararlarının gerekçesinde 8. madde ile birlikte kullandığı diğer maddeler aynı zamanda Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’de karşılığı olan hükümlerdir. Dolayısıyla bu ihtisas mahkemesi kararlarının gerekçesini ister istemez ÇHDS hükümleri ile de desteklemektedir. Aynı şekilde çocuğun istismarı konusunda Avrupa Konseyinin kabul ettiği ve Türkiye’nin de taraf olduğu Lanzarote Sözleşmesi ile çocuğun istismarı ve pornografisini konu alan ÇHDS’ye Ek Protokol hükümleri de bu çerçevede değerlendirilmektedir. Lanzarote Sözleşmesi, Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi, 10 Eylül 2011 tarihinde 28050 Sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Dolayısıyla AİHM, onun üstün yararına olduğu sürece çocuğun aile ortamında kalmasına yönelik kararlar verdiği görülmektedir.

Türk hukukunda da aile hayatına saygı hakkı, Anayasamızda düzenlenmiştir. Anayasa'nın 20. maddesinde¹⁸ yer alan hüküm AİHS ile büyük benzerlik göstermektedir. Türk hukukunda da aile hayatına saygı hakkının ihlalleri nedeniyle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluna başvurulabilmektedir.

II. Çocuk ve Aile Ortamına Dair Muhtelif Meseleler

Bu başlık altında devletler özel hukuku kapsamına giren aile hukuku meseleleri hakkında AİHM'nin yaklaşımı ele alınacaktır.

A. Ana Babayı Bilme

ÇHDS'ne göre çocuğun doğumla isim ve vatandaşlık sahibi olması, buna bağlı olarak kimlik düzenlenmesi ve anne babasını bilme hakkı bulunmaktadır (m.7/1)¹⁹. Yukarıda ifade edildiği üzere çocuğun bakımından birinci derecede ana baba sorumlu olduğuna göre ana veya babanın belirlenmesi önem taşımaktadır.

AİHM'ne intikal eden bir olayda, *Mikulić – Hırvatistan*²⁰ davasında, çocuk evlilik dışında dünyaya gelmiş ve tabii babaya karşı babalık davası açılmıştır. Olayda tabii baba DNA testi yapmayı defalarca reddettiği için davanın beş yıl uzamasına yol açmıştır. Bu davada davacı aile hayatına saygı hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüştü de davalı Hırvatistan savunmada tarafların hiçbir zaman birlikte yaşamadıklarını belirterek bu hakkın ihlâlinden söz edilemeyeceği savunmasında

¹⁸ A. Özel hayatın gizliliği

Madde 20 – Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Mülga üçüncü cümle: 3/10/2001- 4709/5 md.) (Değişik fıkra: 3/10/2001-4709/5 md.) Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranmaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/2 md.) Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."

¹⁹ ÇHDS m. 7 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ziemele**, Ineta: Article 7: The right to birth registration, name and nationality, and the right to know and be cared for by parents, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, (ed. **A. Alen/V. Lanotte/E. Verhellen/F. Ang/E. Berghmans/M. Verheyde**), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2007.

²⁰ AİHM, *Miculić - Hırvatistan Davası*, Başvuru No: 53176/99, Karar Tarihi: 7 Şubat 2002, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-60035%22%7D>}.

bulunmuştur. AİHM ise babanın bilinmesinin davacı açısından kimliğindeki belirsizliği gidermede önem taşıdığını, dolayısıyla somut olayda davacının aile hayatı değilse de özel hayatına saygı hakkının ihlâlinin (AİHS m. 8) bulunduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme ayrıca iç hukuka göre baba olduğu iddia edilen kişilerin tıbbi testlerden geçmeye zorlanamaması durumunda devletlerin, tabii babanın bağımsız bir makam tarafından hızlı bir şekilde tespit edilmesini sağlayacak başka yollara başvurması gerektiğini belirterek davalı devleti bu noktada kusurlu bulmuştur. Dava konusu olay milli hukuk meselesi olmakla birlikte babanın belirlenmesinin çocuk için taşıdığı öneme işaret etmesi açısından dikkate değerdir.

AİHM'nin 2011 de karara bağladığı *Schneider – Almanya*²¹ davasındaki olay ilginçtir. Davada evli bir kadınla ilişkisinden dünyaya gelen oğlu ile şahsi ilişki kurmak ve durumu hakkında bilgi almak isteyen Alman vatandaşı olan ve Almanya'da yaşayan biyolojik babanın başvurusu ele alınmaktadır. Anne kocası, kızı ve başvurandan olduğu iddia edilen oğluluyla birlikte İngiltere'de yaşamaktadır ve karı koca oğlanın babasını belirlemekten ailenin huzuru için vazgeçmişlerdir. Biyolojik baba, oğlunu hukuken tanıma girişimleri ile şahsi durumu hakkında bilgi alma isteği Alman makamlarınca kabul görmeyince çocuğun gerçek babasının belirlenmesinin onun yüksek yararına olacağını belirtip özel ve aile hayatının ihlâl edildiği gerekçesiyle AİHM'ne başvurur. Mahkeme neticede yerel mahkemenin başvuranın oğluluyla ilişki kurmasının onun yararına olup olmayacağını, hatta çocuğun yasal ebeveynleri ile yaşamının onun yüksek yararına olup olmayacağını araştırmamasını AİHS'nin 8. maddesinin ihlâli olduğuna karar vermiştir. Elbette başvuru çocuk veya onun adına anası veya vasisi tarafından yapılmamakla birlikte olayda çocuğun biyolojik babasının bilinmesinin ve ilişki kurulmasının çocuğun üstün yararı noktasında tartışılması önem taşımaktadır.

Aslında çocuğun ebeveynlerinin tespiti sadece çocuğun üstün yararı bakımından değil, aynı zamanda kamu yararı bakımından da değerlendirilmelidir. Daha önce ifade edildiği üzere gerek milletlerarası gerek milli hukuk düzenlerinde çocuğun bakımından ve yetiştirilmesinden öncelikli olarak ebeveynleri yetkili ve sorumludur. Eğer ana baba kendi yetki ve sorumluluklarını gereği gibi yerine getirebilecek olanaklara sahip iseler devlet kaynaklarını ihtiyacı olan çocuklara aktarabilecektir.

²¹ AİHM, *Schneider – Almanya Davası*, Başvuru No: 17080/07, Karar Tarihi: 15.9.2011, *SCHNEIDER v. GERMANY* (coe.int).

B. Velayetin Tevdii, Çocuğun Yerinin Değiştirilmesi ve Şahsi İlişki

Çocuğun ana babasını bilmesi aralarında hukuki bağ kurulması neden bu kadar önemli? Çünkü ÇHDS’de ana babanın Sözleşme’nin tanıdığı haklar doğrultusunda çocuklarının yeteneklerinin geliştirilmesini sağlayacak şekilde “yol gösterme” ve “yönlendirme” hususlarında yetkili ve görevli oldukları hükme bağlanmıştır. Devlet, Sözleşme çerçevesinde çocuğa yol gösteren ve yönlendiren ebeveynin hak ve görevine saygı göstermekle yükümlüdür ve çocuğun ana babasının rızası olmaksızın onlardan ayrılamamasını ile ayrı yaşama veya boşanma gibi sebeplerle ana babanın ayrılması hâlinde çocukların her iki ebeveyni ile şahsi ilişki kurmasını güvence altına almalıdır.

Çocukların ana veya babaları tarafından yaşadıkları devlet dışına çıkarılıp geri döndürülmemeleri de karşılaşılan sorunlardan birisidir. ÇHDS’ye göre taraf devletler bu durumla mücadele için gerekli tedbirleri almalıdır. Bu amaçla uluslararası iş birliğine gitmeleri de ayrıca tavsiye edilmektedir (ÇHDS m. 11).

Lahey DÖH Konferansı, daha ÇHDS kabul edilmeden önce, 1980 yılında Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme’yi hazırlamıştır. Bugün yüzden fazla devletin taraf olduğu bu Sözleşme, uygulamada en fazla kullanılan milletlerarası sözleşmelerden birisidir. Mahkemeler, çocuk kaçırmaya dair davaları Lahey Sözleşmesi bakımından değerlendirmekte ve meseleyi aile hayatının korunması hakkı (m. 8) içinde karara bağlamaktadırlar. En genel hâliyle, çocuğun aile ortamı içerisinde yaşamasının ana veya babası tarafından sonlandırılıp, başka bir ülkeye götürülmesi ve velayetini haiz ebeveynin yetkilerini kullanamaz duruma düşmesi hâlinde aile hayatına saygı hakkının ihlâl edildiği kabul edilmektedir²².

Bununla birlikte çocuk kaçırma davalarında da çocuğun üstün yararının her somut olayda araştırılması gerekmektedir. Çocuğun oturduğu yerin değişmesi, yeni ortamda kalış süresi, önceki ve yeni ortamın koşulları, birlikte olunan kişiler gibi pek çok husus üstün yararın tespitinde rol oynamaktadır. Ulusal mahkemeler ve AİHM’nin çocuk kaçırma davalarındaki tavrı, mümkün olduğunca çocuğun yerinin değiştirilmemesi yönündedir²³.

²² Çocuk kaçırma davalarında aile hayatına saygı hakkının ihlâli ile birlikte makul sürede yargılama yapılmaması iddiası (AİHS m. 6) da gündeme gelebilmektedir. Zira genellikle aile hayatına saygı hakkı, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme çerçevesinde ele alınmaktadır. Anılan Sözleşme’de ise yargılamanın hızlı bir şekilde sonlandırılmasına dair hükümler bulunmaktadır.

Anılan sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Pérez-Vera**, Elisa: Explanatory report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, Acts and Documents of the Fourteenth Session (1980), Cilt III (Child Abduction), Lahey 1982 (<https://assets.hcch.net/docs/a5fb103c-2ceb-4d17-87e3-a7528a0d368c.pdf>).

²³ AİHM, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi çerçevesindeki mükellefiyetler uyarınca çocuğun ivedi olarak iadesinin sağlanması hususunda yeterli önlemlerin alınmasında başarısız olunması, çocuğun mutad ikametine dönüşünün sağlanmasında özenli davranılmaması ve iadeye ilişkin talep hakkında yürütülen yargılamanın gereğinden uzun sürmesi nedeniyle Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlâl edildiğine hükmetmektedir. Bkz. AİHM, Şirvinskas – Litvanya Davası, Başvuru No: 21243/17, Karar Tarihi: 23.7.2019, ŞİRVINSKAS v. LITHUANIA (coe.int).

AİHM'nin çok yeni bir kararına konu olayda, *Byčenko – Litvanya Davasında*, çocuğun velayeti boşanma neticesinde anneye verilmiş ve baba ile şahsi ilişki kurma düzeni tayin edilmiştir. Dava konusu olayda anne, çalışmak üzere, çocuğu ile birlikte Litvanya'dan Hollanda'ya gitmiştir. Baba çocuğu ile şahsi ilişki kurma gerekçesiyle Hollanda'ya gelir ve oturma izni talep ederse de talebi reddedilir. Bunun üzerine baba önce Litvanya mahkemelerinde çocuğunun yerleşim yerinin kendisine danışılmadan ve bilgi verilmeden değiştirildiği için kendisiyle şahsi ilişki kurmasının güçleştiğini, bu nedenle çocuğun yerleşim yerinin kendisine göre ayarlanmasını talep eder. Ancak Litvanya mahkemeleri Brüksel Tüzüğü II *bis* kuralları²⁴ uyarınca çocuğun Hollanda'da bulunması nedeniyle milletlerarası yetkiyi haiz olmadığını belirtip davayı reddetmişlerdir (parag. 12 vd). Davacı baba bu karardan sonra çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirildiğini ve çocuğun asıl oturma yeri olan Litvanya'ya iadesini Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi uyarınca talep eder. Talep, Hollanda makamlarına iletilir ve sözü edilen makamlar çocukla görüşme dahil birçok açıdan inceleme yapar. Neticede ilk incelemede çocuğun yerinin babanın rızası olmaksızın değiştirilmesini Lahey Sözleşmesi'nin 3. maddesi uyarınca haksız yer değiştirme olarak nitelenir. Ayrıca ilk incelemede yer değiştirmenin üzerinden bir yıldan fazla zaman geçtiği, ancak çocuğun Hollanda'da okula başlamasına rağmen henüz ülke dilini öğrenemediği, arkadaşı olmadığı ve ülkedeki tek yakınının annesi olduğunu belirtilip küçüğün Hollanda'ya intibak edemediği sonucuna varılır. Bununla birlikte Hollanda yetkili makamları, Litvanya mahkemelerinin çocuğun yerleşim yerini belirleme konusunda kendilerini yetkisiz görmelerinin, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi'nin uygulanması açısından dikkate alınması gerektiğini belirtip talebin reddine karar verir²⁵. Davacı baba karara karşı üst mahkemeye başvuru yolunu kullanırsa da üst mahkeme yaptığı incelemede geçen süre zarfında çocuğun ülkeye intibak ettiğinin anlaşıldığını belirtip iade talebinin reddi kararını onar. Davacı baba tekrar Litvanya mahkemesinde dava açar ve çocuğun oturma yerinin kendi yanında olması ve annesi ile şahsi ilişki kurması için düzenleme yapılmasını talep eder. Bu talep de çocuğun görüşlerinin alınmasından sonra reddedilince davacı baba AİHM'ne başvurarak aile hayatına saygı hakkının ihlâl edildiğini ileri sürer. AİHM, talebi kabul edilebilir bulur. Kararda Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme'nin ebeveynlerin çocuklarının yerini değiştirerek yarattıkları fiili durumu kendi lehlerine çevirmelerine engel olmayı amaçladığı, bu nedenle çocuğun derhal önceki meskenine iadesinin sağlandığı hususuna vurgu yapılır. AİHM, bu vurgunun akabinde süreç içinde mahkemelerin davacının talebini çocuğun üstün yararı yönünden değerlendirmeye tabi tutup sonuca

²⁴ Sözü edilen Tüzük için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32012R1215>.

²⁵ AİHM kararında Litvanya mahkemesinde çocuğun mutad oturma yerinin Hollanda'da bulunduğu kabul edildiği belirtilmektedir. Çocuğun mutad oturma yeri Hollanda ise, somut olayda milletlerarası sözleşme bakımından haksız yer değiştirme olgusu gerçekleşmemiştir. Bu nedenle Litvanya mahkemesi babanın talebini reddetmiştir. Hollanda mahkemesi de bu gerekçeyi kendisine yapılan başvuruyu değerlendirirken kullanmıştır.

varmalarının gereği ve yapılan incelemelerin yeterliliğini kabul eder. Bunun yanı sıra davacı babanın yerel makamlara başvurusunu çocuğun yerinin değiştirilmesi üzerine inşa ettiğini, oysa amacının onunla şahsi ilişki kurmak olduğuna göre çocukla şahsi ilişki takviminin yeniden düzenlenmesini hiç talep etmediği de kararda belirtilir. İlgililerin talebi olmaksızın yetkili makamların yeni bir şahsi ilişki düzenlemesi kararı alamayacaklarına göre davacının talebini değiştirerek bu yönde dava açması mümkündür. Kaldı ki süreç içinde davacının bütün yargılamalarda dinlendiği, başvuranın iddialarını usulüne uygun bir şekilde gerekçeli olarak karara bağladıklarını, yargılamalarda herhangi bir gecikme iddiasının davacı tarafından ileri sürülmediği de ortadadır. Neticede çocuğun hâlihazırdaki yaşam koşulları bir bütün olarak değerlendirildiğinde onun üstün menfaatinin Hollanda’da kalması yönünde olduğundan, davacının yer değiştirme nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlâl edildiği iddiası yerinde bulunmamıştır.

Görüldüğü üzere ana babanın ayrı devletlerde yaşamaları hâlinde şahsi ilişki düzeninin çocuk ve ebeveyninin şartlarına uygun olarak yeniden yapılandırılması gerekmektedir. Şahsi ilişki kurulmasına dair kararlar değişen şartlara göre gözden geçirilebilen kararlardır. Dolayısıyla aksi bir durum bulunmuyorsa, çocuğun her iki ebeveyni ile sağlıklı ve düzenli görüşmesi ve ilişki kurmasında üstün menfaati bulunmaktadır. Aslında bu suretle çocuğun yer değişikliği öncesi koşullara dayanılarak belki de farklı beklentileri olan ebeveynlerin, örneğin başka bir devletten oturma izni almak gibi, başvurularının önüne de geçilmiş olmaktadır.

Öte yandan Türk hukukunda çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesi nedeniyle diğer ebeveynin velayetten doğan yetki ve sorumluluklarını kullanamaz hale gelmesi veya eşlerin ayrılığı halinde şahsi ilişki kurmada zorluk yaşanması dolayısıyla aile hayatına saygı ilkesinin ihlâli iddiaları Anayasa Mahkemesinin de önüne gelmektedir.

Anayasa Mahkemesine intikal eden başvurulardan birine konu olan olayda²⁶ Amerika Birleşik Devletleri (ABD)’nde yaşayan ABD vatandaşı koca ile Türk vatandaşı kadının bir çocuğu vardır. Kadın kardeşinin düğününe katılmak üzere çocuğu ile birlikte Türkiye’ye gelir ancak geri dönmez. Koca çocuğunun kaçırıldığı iddiasıyla ABD yetkili makamlarına başvurup Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme uyarınca çocuğun iadesini talep eder. Sözleşme uygulama makamları arası yazışmalar yapılır, dava açılır. Kadının Türkiye’ye gelince boşanma davası açtığı ve çocuğun geçici velayetinin anneye verildiği, daha sonra verilen boşanma kararının kesinleştiği anlaşılır. Çocuğun iadesi için açılan davada çocuğun yaşı, koşulları dikkate alınarak anne bakımına muhtaç olduğu gerekçesiyle iade talebi reddedilir. Bu arada davacı baba kendi ülkesinde boşanma ve sonuçlarına dair dava açar. Kaliforniya Yüksek Mahkemesi açılan boşanma davasında,

²⁶ Anayasa Mahkemesi, Marcus Frank Cerny Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/5126, Karar Tarihi : 2/7/2015 (RG 12.8.2015-29443).

yetkili olduğu kabul edilen Türk Mahkemelerince velayet ve ziyaret hakkına ilişkin uyuşmazlığın karara bağlanmış olması nedeniyle kendilerince karara bağlanacak meselenin sadece evlilik mallarının paylaşımına ilişkin olacağı sonucuna varmıştır. Netice olarak Anayasa Mahkemesi, AİHM içtihatları ile ulusal mevzuatı ve uluslararası sözleşmeleri birlikte değerlendirerek somut olayda aile hayatına saygı hakkının ihlâl edildiği yönünde karar vermiştir. Ancak Lahey Sözleşmesi kapsamındaki incelemede yerel mahkemenin incelemesini anılan Sözleşme'ye göre yapmayıp, adeta velayet davası gibi inceleme yapmasını eleştirmiştir. Gerçekten iade talebine bakan mahkeme, sadece Lahey Sözleşmesi uyarınca, yani haksız yer değiştirme olup olmadığı, süre, çocuğun menfaati ve yetki yönünden inceleme yapması gerekirken çocuğun küçük olduğundan bahisle anne yanında kalmasının daha iyi olacağını belirtmiştir.

Buna karşılık Anayasa Mahkemesinin önüne gelen bir başka başvurunun özelliği gereği hak ihlâlinin bulunmadığı yönünde karar verilmiştir. Başvuru konusu olayda²⁷ İsviçre'de yaşayan ailede eşlerden biri (koca) İsviçre ve Türk vatandaşlığına diğeri de sadece Türk vatandaşlığına (kadın) sahiptir ve ailenin tek çocuğu vardır. Kadın yaz tatili için çocuğuyla Türkiye'ye gelir ve geri dönmez. Bunun üzerine koca İsviçre makamlarına başvurarak çocuğunun kaçırıldığını ve iadesini talep eder. Bunun üzerine Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi çerçevesinde yetkili merciler işlemlere başlar, Türkiye'de iade davası açılır. Mahkeme, Sözleşme hükümleri çerçevesinde çocuğun iadesinin koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırır, bilirkişilere başvurur. Düzenlenen raporlara göre baba aşırı baskıcı, kontrolcü gibi olumsuz özellikler taşıdığı için çocuğuna ve karısına psikolojik şiddet uyguladığı, çocuğun baba ile birlikte olduğu her görüşmeden sonra terapiye sokulduğu anlaşıldığından mahkeme iade talebini reddeder. Bu arada kadın Türkiye'de boşanma ve velayet davası açar, çocuğunun yurt dışına çıkışına engel olacak tedbir kararı alır. Baba iade talebi reddedilince Anayasa Mahkemesine başvurur. Mahkeme sürecin işleyişinde herhangi bir gecikme, eksiklik görmediğinden, yetkili makamların incelemelerinin Lahey Sözleşmesi'ne uygunluğunu tespit edip, hak ihlâli bulunmadığı sonucuna varır. Karar metninden anlaşıldığı kadarıyla bu olayda gerek idari gerek adli makamlar konuyu ivedilikle ele almışlar, her aşamada çocuğun menfaatini gözetmişler, bilirkişilere başvurulmuş ve çocuğa psikolojik destek sağlanmıştır²⁸.

²⁷ Anayasa Mahkemesi, Levent Aşıklar Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/13936, Karar Tarihi : 8.3.2018 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/13936>).

²⁸ Başka bir olayda, Avusturya'da yaşayan üç çocuklu ailenin çocuklarına ilişkin davada koşullar çok farklı bir şekilde cereyan etmiştir. Olayda da Türk vatandaşı baba üç çocuğunu alıp Antalya'ya gelir boşanma ve velayet talebiyle dava açar. Bunun üzerine Avusturya vatandaşı anne bir yandan çocuklarının kaçırıldığı iddiasıyla mutad meskenlerine iadesini yetkili makamlardan talep eder diğeri yandan da Avusturya'da boşanma ve velayet talebiyle dava açar. Avusturya'daki boşanma davası kısa sürede sonuçlanır çocukların velayeti anneye verilir. Karar, Türk mahkemesi tarafından tanınır. Bunun üzerine kocanın açtığı boşanma davası reddedilir. Çocukların iadesi için açılan davada ise düzenlenen raporlardan babanın çocuklarını anneleri hakkında olumsuz etkilediği anlaşılır. Uzmanlardan destek alan çocuklarla annenin görüşmesi sağlanır ve olumsuzlukların önüne geçilmeye çalışılır. Bu arada babanın çocukları vermemek adına anne

Yukarıda bahsedilen kararlarda çocuğun yerinin ebeveynlerinden biri tarafından hukuka aykırı olarak değiştirilmesi nedeniyle çocuğun diğer ebeveyn ile (ve/veya diğer ebeveynin de çocukla) kişisel ilişki kurması güçleşmektedir. Bu durumda çocuğun ilk oturma yerine iadesi için Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşmenin iade mekanizmaları devreye sokulmaktadır. Gerek milli mahkemeler gerek AİHM Sözleşmenin amacına uygun olarak uygulanması için çok titiz davranmaktadırlar. Kararlardan da açıkça görüldüğü üzere, AİHM, öncelikle yerel makamların anılan Lahey Sözleşmesi uyarınca derhal iadesi hususunda yeterli önlemleri alıp almadığı ve iade taleplerine dair yargılamanın gereğinden uzun sürüp sürmediği ile ilgilenmektedir. Örnek alınan karar metinlerinde başvuru sahiplerinin bu konuda itirazlarının olup olmadığı öncelikle tespit edildikten sonra hak ihlâli incelemesine geçilmektedir. İkinci olarak ise yerel makamların iade talepleri hakkında verdiği kararlarda adil yargılama yapılıp yapılmadığı, çocuğun görüşlerini ifade edebilecek durumdaysa görüşlerine başvurulup başvurulmadığı araştırılmaktadır. İade taleplerinde yerel makamların çocuğun üstün yararının ne yönde olduğu hususunu inceleyip incelemediklerini ise adeta bir “işlemi sağlama unsuru” gibi ayrı bir başlık altında değerlendirmeye tabi tutmaktadır. Böylesi titiz bir incelemenin önemi çocuk hakları açısından tartışmasızdır. Zira her ne kadar uluslararası organizasyonlar birtakım sözleşmelerle çocuk haklarını güvence altına almaya çalışsalar da AİHM’nin taraf devletlerin bu tür milletlerarası sözleşmeleri amacına uygun uygulamalarını temine yönelik kriterler tespit ederek bu sözleşmelerin etkinliğini pekiştirmesi dikkate değer bir çabadır. Üstelik AİHM’nin izlediği inceleme yöntemi Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında olduğu gibi milli mahkemelerce de tatbik edilmesi, sözleşmelerin etkinliği artırıcı sonuç doğurmaktadır.

C. Koruma Altına Alma - Şahsi İlişki

Çocukların mümkün olduğunca aile ortamında ve ebeveynleri ile birlikte olması gereğine rağmen yetkili makamların somut olayda ayrılığın çocuğun üstün yararına olduğuna karar vermedikçe, taraf devletler, ana babanın rızası dışında çocuklarından ayrılmamasını güvence altına almakla yükümlüdür. ÇHDS’de ana babası tarafından çocuğun kötü muameleye maruz bırakılması ya da ihmal edilmesi yahut ana ile babanın ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesi hâllerinde bu tür ayrılığa karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır (ÇHDS m. 9/1). Geçici veya sürekli olarak aile çevresinden yoksun kalan çocuk, devletten özel koruma ve yardım

hakkında olumsuz iddialarda bulunarak iade talebinin reddi kararı verilirse de savcılığın temyizi ve Yargıtay’ın bozması üzerine çocukların anneye iadesine karar verilir. Bunun üzerine baba da aile hayatına saygı hakkının ihlâl edildiğini iddia ederek Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Mahkeme sürecin adil yargılanma ölçütlerine uygun, çocuğun menfaati gözetilerek ve Lahey sözleşmesi hükümlerine uygulanarak ilerlediğini tespit ettiğinden davacının ihlâl iddiasını kabul etmemiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, Mehmet Emin Balcı Başvurusu, Başvuru Numarası: 2015/10459, Karar Tarihi: 8.1.2020 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/10459>).

görme hakkına sahiptir (ÇHDS m. 20/1). ÇHDS'ye göre taraf devletler bu durumdaki çocuklara kendi mevzuatına uygun²⁹ olan bakımı sağlamakla yükümlüdür (ÇHDS m. 20/2). Bu tür bakım kapsamında, bakıcı aile yanına yerleştirme, evlât edinme, çocuk bakımevlerine yerleştirme mümkündür. Ancak taraf devletler hangi koruma tedbirini uygularsa uygulansın korumanın sürekliliğini sağlamalı ve çocuğun etnik, dinsel, kültürel ve dil kimliğine saygı göstermelidirler (ÇHDS m. 20/3).

Çocuk hakkında koruma tedbiri uygulanıp, koruyucu aile veya kuruma yerleştirilse de çocuk ile ana baba arasındaki ilişkinin kurulmasına olanak sağlanmalıdır. Ancak çocukla ana babası arasında kişisel ilişkinin kurulması çocuğun yüksek yararına uygun olması şartıyla kabul edilmektedir (ÇHDS m. 9/3).

Kural olarak çocuğun ailesinden alınarak hakkında koruma tedbirinin uygulanması, AİHS m. 8/1 kapsamında aile hayatına müdahaledir. AİHS'ne göre aile hayatına müdahalenin esasları AİHM, çocuğun ana babasından ayıran işlemler konusunda AİHS'nin 8. maddesinin ikinci fıkrasındaki kriterlerin³⁰ mevcudiyeti üzerinde ciddiyetle durmaktadır. Nitekim AİHM'nin pek çok kararında olduğu gibi, Kılıç – Avusturya davasında³¹ da bu hususlar araştırılmıştır. Türk vatandaşlarının çocuklarıyla ilişkili başvuruları üzerine verilen bu kararda sorun, farklı devletlerdeki ana veya babanın çocuğu ile ilişkisi olmayıp, koruma altına alınan çocuklarıyla ilişki kurmaya çalışan ebeveynlerle ilgilidir. Başvuranlar Avusturya'da yaşayan ve beş çocuğu olan karı kocadır. Avusturya idari makamlarınca yeterince iyi bakılmadıkları gerekçesiyle çocukları koruma altına almışlardır. İlk üç çocuk bakımevine, en küçük iki çocuk bakıcı aile yanına yerleştirilmiştir. Bir süre sonra da bakıcı ailenin isteği üzerine bu çocuklara Avusturya vatandaşlığı da verilmiştir. Çocuklar koruma altına alınmış ama aileleriyle de düzenli olarak görüşmeleri için belli günler tayin edilmiştir. Bununla birlikte yaz tatilinde çocuklar ailesi tarafından alınmış ama tatil sonunda bakımevine getirilmedikleri

²⁹ Türk hukukunda bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocukların koruma altına alınması 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (RG 15.7.2005-25876) ve ilgili yönetmelikleri ile ayrıntı bir şekilde düzenlenmiştir. 5395 sayılı Kanuna göre devlet, korunmaya muhtaç çocuklar için gerekli koruyucu ve destekleyici tedbirleri almakla yükümlüdür. Koruyucu ve destekleyici tedbirler ise çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir (m. 5/1). Çocuğun bakımından sorumlu olan kişilerin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi halinde, çocuğun resmi veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetinden yararlandırılması veya bir kuruma yerleştirilmesi suretiyle korunması gerekir (m. 5/1,c). Ayrıca bkz. Türk Medeni Kanunu (RG 8.12.2001-24607) m. 348 vd. (velayetın kaldırılması).

³⁰ AİHS m. 8/2 hükmünde müdahale için aranılan hususlar şu hususlara taalluk etmektedir:

I. Sözleşmede belirtilen müdahale sebepleri mevcut olmalıdır:

1. Müdahale ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzeninin korunması amacı,
2. Suçun işlenmesinin önlenmesi amacı,
3. Sağlığın ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacı.

II. Müdahale demokratik toplumda zorunlu olan ölçüde yapılmalıdır.

III. Müdahale ancak yasayla öngörülen hallerde mümkündür.

³¹ AİHM, Kılıç – Avusturya Davası, Başvuru No: 27700/15, Karar Tarihi: 12.1.2023 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-222139%22%5D%7D>).

için haklarında işlem yapılmış. Bir başka ziyarette küçük çocuğun haç kolye taktığını gören aile bağırıp, olay çıkarmış ve kızı kaçırmaya kalkışmıştır. Bu ve benzeri olaylar üzerine ailenin şahsi ilişkisinin yeniden düzenlenmesi yoluna gidilmiştir. Bakıcı aile, Kılıç ailesinin dini hassasiyetleri konusunda uyarılmıştır. Hatta ailenin yaşadığı çevreden Müslüman ve Türk kökenli koruyucu aile ve akraba araştırılmış, ama bulunamamıştır. İlerleyen dönemlerde ailenin biraz kendine çeki düzen vermesi üzerine bakımevindeki üç çocuk kendilerine teslim edilmiştir. Ancak küçüklerin yüksek yararı yönünden yapılan incelemede aileye teslim edilmeleri sakıncalı bulunduğundan bunlar için verilen koruma kararı devam ettirilmiş, aileye belli aralıklarla çocuklarını ziyaret imkânı verilmiştir. Zaman içinde koruyucu aile yanındaki çocuklar Türkçeyi öğrenememişler, İslâm dini ve Türk kültürü hakkında bilgi sahibi olamamışlar, giderek kendi ailelerine yabancılaşmışlardır. Bunun üzerine koruma kararı kaldırılmayarak, ailenin çocuklarını kendi din, dil ve kültürüne göre yetiştirmelerine engel olduğundan bahisle din ve vicdan özgürlükleriyle birlikte aile hayatına saygı haklarının ihlâl edildiği ileri sürülmüştür. AİHM oldukça geniş inceleme yapmış, hatta Türk Hükümeti de davayı izlemiş, görüş bildirmiş. Neticede Avusturyalı yetkililerin çocukların orijinlerine uygun koruyucu aile bulma konusunda gayret sarfettiği ve herhangi bir hak ihlâlinin bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Karar bütünüyle gözden geçirildiğinde yabancı unsurlu bir olay mevcuttur ve çocukların mutad meskeninin bulunduğu devlet makamlarının kendi mevzuatı uyarınca çocukların yararını gözeterek birtakım tedbirler aldığı görülmektedir. Bilindiği üzere çocuklarla ilgili alınacak tedbirler konusunda akdedilen Lahey sözleşmelerinde³² ev sahibi devletin bu konuda yetkisi mevcuttur. Ancak AİHM kararından anlaşılabilirdiği kadarıyla ne Avusturyalı yetkililer ne davayı izleyen Türk Hükümeti ne de AİHM bu sözleşmeleri kullanma yoluna gitmişlerdir. Bununla beraber Lahey sözleşmelerinde çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet makamları kendi mevzuatına göre çocuğu koruyucu her türlü tedbiri alma konusunda yetkili kılınmıştır. Ancak sözü edilen makamlar bu yetkisini ÇHDS’de olduğu gibi, çocuğun üstün menfaatini gözeterek kullanmakla yükümlüdürler. Somut olayda gerek uyumsuzluğun taraflarının gerek ilgili devletlerin anılan sözleşmeleri kullanmamaları eleştiri konusu yapılabilir. Anılan olayda çocukla ana babanın şahsi ilişkisinin özellikle farklı kültürde yetiştirilmesi nedeniyle sıkıntıya girmesi ise yine eleştiri konusu yapılabilecek bir husustur. Eğer çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa Türk yetkililerin çocuğun bakımını kendi makamları nezdinde sağlamaları yönünde girişimde bulunmaları çok daha isabetli olabilirdi. Zira somut olayda Avusturya makamları bütün çabalarına rağmen çocuğun orijinine uygun bir aile bulmaları mümkün olmadığına göre bu konuda çocuğun vatandaşı olduğu devlet makamlarının yardımcı olması beklenebilirdi. Böylece çocuk ile ana ve babası arasındaki şahsi ilişki dönemleri daha uzun sürelerde (örneğin resmi

³² Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansı tarafından çocuğun korunması konusunda alınacak tedbirlere ilişkin olarak şu sözleşmeler hazırlanmıştır: Küçüklerin Korunmasında Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme (1961) (RG 11.1.1973- 14418) ve Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkisine, Uygulanacak Kanuna, Tanıma, Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme (1996) (RG 22.5.2016-29719).

ve dini tatiller ile yıllık izin dönemi gibi) gerçekleşmesine rağmen en azından aile fertleri arasında konuşulan dil ortak olabilir, ortak kültürel değerleri paylaşabilirlerdi.

D. Sınırdışı Etme ve Aile Hayatına Saygı Hakkı

Uluslararası hukukta devletlerin, ülkesinde bulunan yabancıları devletin ve toplumun menfaatlerine aykırı davranışları, güvenlik açısından sakıncalı olmaları, kamu düzenini bozmaları hâlinde ülke dışına çıkarma hakkının bulunduğu kabul edilmektedir³³. AİHS'nin ilk metninde sınır dışı etmeye dair hüküm bulunmamakla birlikte hiç kimsenin işkenceye, gayriinsani yahut haysiyet kırıcı ceza veya muameleye tâbi tutulamayacağına dair 3. maddesi ile aile hayatına saygı hakkını güvence altına alan 8. maddesi sınır dışı etme işlemlerinde uzun süre güvence oluşturmuştur. AİHS'ne Ek 4 nolu Protokolde³⁴ açıkça toplu sınır dışı etme yasaklanmıştır (m. 4). Yine aynı Sözleşme'ye Ek 7 nolu Protokolde³⁵ sınır dışı etme kararının yasaya dayanması ve karara karşı uygun başvuru yollarının kabulü öngörülmüştür (m. 1).

Türk hukukunda sınır dışı etme, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda³⁶ (YUKK) düzenlenmiştir (m. 52-61). Kanunda belirtilen sebeplerin (m. 54) varlığı hâlinde yetkili makamlar yabancıyı sınır dışı etme kararı verebilirler. YUKK ayrıca sınır dışı etme kararına karşı başvuru yollarını (m. 53) ve ilgilinin içinde bulunduğu koşulların dikkate alınmasını (m. 55) da hüküm altına almıştır.

Aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirilen hususlardan birisi de sınır dışı etme işlemlerinde çocuğun üstün yararının ne ölçüde dikkate alınabileceği meselesidir. Zira bir yanda devletlerin kendi düzenlerini ve toplumun huzurunu, güvenliğini korumaya yönelik görev ve sorumlulukları ile bundan doğan yetkileri, diğer yanda ise çocuk ile ebeveyninin aile hayatını sürdürebilme hakkı söze konudur. Mesele pek çok yargı kararına konu olmuştur.

AİHM tarafından verilen çok yeni tarihli *Otite – Birleşik Krallık* kararına³⁷ konu olayda, sahtecilik, dolandırıcılıktan sabıkalı Nijerya vatandaşı başvurusunun Birleşik Krallıktan sınır dışı edilmesine karar verilmiştir. Başvurucu ülkeye geldikten sonra Nijerya asıllı İngiliz vatandaşı ile evlenip süresiz oturma izni almıştır. Ailenin biri diyabet hastası olan üç çocuğu vardır. Başvurusunun işlediği suçlar nedeniyle yargılanarak hapis cezasına mahkûm olması ve cezasının infazından sonra

³³ Örneğin Avrupa İkamet Sözleşmesinde (RG 17.9.1989-20285), milli güvenliğini, kamu düzenini ve genel ahlakını tehdit eden yabancıların sınır dışı edilebileceği belirtilmektedir (m.3/1).

³⁴ RG 14.7.1994-21990.

³⁵ RG 8.4.2016-29678.

³⁶ RG 11.4.2013-28615.

³⁷ AİHM, *Otite – Birleşik Krallık Davası*, Başvuru No: 18339/19, Karar tarihi: 27.9.2022. Bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-219755%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-219755%22]}).

İngiliz hukukuna göre sınır dışı edilmesini gerektirmektedir. Yetkili makamlar sınır dışı etme kararı verir ancak başvuru aile hayatına saygı hakkını ve ailesinin koşullarını (kızı hasta, kendisi hapsedildiği için karısı ve iki çocuğu üzüldü, depresyona girmeleri gibi hususları) ileri sürerek karara itiraz eder. Yetkili makam oldukça ayrıntılı bir inceleme yapar, düzenlenen rapora göre ailenin bakımının zaten kadın tarafından karşılandığı, çocuklarıyla onun ilgilendiği, cezaevindeyken de ailesi tarafından ziyaret edilmediği, dolayısıyla babanın sınır dışı edilmesinin çocuklar açısından baba-çocuk dengesini bozmayacağı, dolayısıyla itiraz konusu özel koşulların gerçekte mevcut olmadığı, itirazların sınır dışı etmeye engel olacak ağırlıkta bulunmadığı belirtilmiştir. Ayrıca suçlu değerlendirme sistemi tarafından da hazırlanan raporda ilgilinin serbest kaldığında yeniden suç işlemeye meyilli olduğu anlaşılmıştır. Bu nedenlerle itiraz reddedilir. İlgilinin hiçbir aşamada düzenlenen raporlara itiraz etmediği de ayrıca kararda belirtilmektedir. İtirazın reddi kararına karşı yargı yoluna başvuran Nijerya vatandaşının gösterdiği aile hayatına dair gerekçeler kabul edilerek sınır dışı etme kararı kaldırılır. İdare bunun üzerine üst mahkemeye başvurur. Üst mahkeme ilgili hakkında düzenlenen raporları dikkate alarak sınır dışı etmeye karar verir. Bunun üzerine ilgili AİHM'ne başvurur. Mahkeme somut olayla ilişkin bazı tespitlerde bulunur³⁸. Bir kere ilgili 31 yaşında İngiltere'ye gelmiştir, Nijerya'ya döndüğünde ailevi, sosyal, kültürel ve dilsel bağlarının kalmadığını ileri süremez. Karısı ve çocukları İngiliz vatandaşıdır, dilerlerse onunla gidebilirler ancak ilgili ile bağlarının çok sıkı olmadığı ve babanın desteğine ihtiyaçlarının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenlerle ilgilinin sınır dışı edilmesindeki kamu yararının önüne geçecek ağırlıkta aile hayatının mevcudiyetinden söz edilemeyeceğinden AİHS m. 8 ihlâli bulunmadığı sonucuna varmıştır.

Anayasa Mahkemesinin de sınır dışı etme kararını aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirdiği kararlardan birisi de *Gülnura Toktomambetova* başvurusudur³⁹. Somut olayda başvuran Türk vatandaşı ile evli ve bir çocuk sahibidir ve aile ikamet izni ile ülkede kalmaktadır, ancak çalışma izni olmaksızın çalıştığı anlaşıncaya kadar sınır dışı edilmesine karar verilir. Sınır dışı etme kararına itirazı reddedilince ilgili bireysel başvuru yoluna gider. Diğer itirazlarının yanı sıra Türk vatandaşı eşi ve kızıyla aile hayatı yaşadığını ve kararla birlikte aile hayatına saygı hakkının ihlâl edildiğini öne sürer. Mahkeme sınır dışı etme kararının ailenin bütünlüğü ile kamu yararı arasındaki dengenin orantısız bir şekilde bozulduğundan bahisle Anayasa'nın aile hayatına saygı hakkına dair 20. maddesinin ihlâl edildiği sonucuna varmıştır. Kararda idarenin sınır dışı etme kararının ilgilinin aile hayatı üzerinde doğuracağı etkiler bakımından inceleme ve dengeleme yapmamış olması, herhangi gerekçe gösterilmemesi eleştirilmiştir.

³⁸ Otite – Birleşik Krallık Davası, parag 36.

³⁹ Anayasa Mahkemesi, *Gülnura Toktomambetova* Başvurusu, Başvuru Numarası: 2018/29906, Karar Tarihi: 15.3.2022 (RG 18.5.2022-31839).

Öte yandan kararda sınır dışı etme kararının başvuruçunun küçük çocuğunun yüksek yararı bakımından sonuçları ise hiç dikkate alınmamıştır. AİHM kararlarında bu bağlamda yapılan incelemelerde çocukların yüksek yararı ve refahı, özellikle başvuranın herhangi bir çocuğunun başvuranın sınır dışı edileceği ülkede karşılaşması muhtemel zorlukların ciddiyeti üzerine de değerlendirme yapılması üzerinde durulmaktadır. Nitekim AİHM, *Otite* kararında atıfta bulunduğu *Boultif - İsviçre* davasında⁴⁰ sınır dışı etme ile aile hayatına saygı hakkı arasındaki ilişkiye dair bazı kriterler tespit etmiş bulunmaktadır. *Boultif* kararında önce AİHS’nde yer alan aile hayatına saygı hakkının sınır dışı etme bakımından yabancıya herhangi bir hak sağlamadığı açıkça ifade edilmiştir. Daha sonra bazı hâllerde yabancıнын sınır dışı edilmesinin aile hayatına saygı hakkını ihlâl edebileceği belirtilmiştir. Aslında kararda belirtilen hâller, aile hayatına saygı hakkına müdahalelerin demokratik toplumda gerekliliğinin kapsamındadır. *Boultif* kararındaki kriterler şunlardır: Başvuran tarafından işlenen suçun niteliği ve ciddiyeti; başvuranın sınır dışı edileceği ülkede kalış süresi; suçun işlenmesinden bu yana geçen süre ve başvuranın bu süre içindeki davranışı; ilgili çeşitli kişilerin vatandaşlıkları; evliliğin süresi gibi başvuranın aile durumu ve bir çiftin aile yaşamının etkililiğini ifade eden diğer faktörler; bir aile ilişkisine girdiği sırada eşin suçu bilip bilmediği; evli olan çocukların olup olmadığı ve varsa yaşları ile başvuranın sınır dışı edileceği ülkede eşin karşılaşması muhtemel zorlukların ciddiyeti⁴¹. AİHM, bu sayılanlara Üner – Hollanda kararında⁴² iki kriter daha eklemiştir: çocukların yüksek yararı ve refahı, özellikle başvuranın herhangi bir çocuğunun başvuranın sınır dışı edileceği ülkede karşılaşması muhtemel zorlukların ciddiyeti ve ev sahibi ülke ve varış ülkesi ile sosyal, kültürel ve aile bağlarının sağlamlığı. Görüldüğü üzere mahkeme kamu yararı, aile hayatı ve çocuğun üstün yararının dengelenmesine özel önem vermektedir.

Sonuç

Çalışma dolayısıyla çocuk için çok önemli bir kavram olan “aile hayatı” ile ilgili uygulamadan örnekler ele alınmıştır. Örnek olarak verilen kararlarda yabancı unsurlu soybağı, şahsi ilişki, koruma tedbirleri, sınır dışı etme gibi devletler özel hukukunun konusunu oluşturan meselelerde çocuk haklarının korunması ve çocuğun üstün yararının her halde gözetilmesi hususları üzerinde ciddiyetle durulduğu görülmektedir. Zira ÇHDS ve diğer insan haklarıyla ilgili düzenlemelerde devletlere kendi yetkileri altında bulunan çocuklara hiçbir ayırım gözetmeksizin hakları tanıma yükümlülüğü getirilmektedir (ÇHDS m.2/1). Dolayısıyla taraf devletler mümkün olduğunca çocuğun aile içinde

⁴⁰AİHM, *Boultif – İsviçre Davası*, Başvuru No: 54273/00, Karar Tarihi: 2.11.2001. Bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-59621%22%5D%7D>.

⁴¹ *Boultif – İsviçre Davası*, paragraf 48.

⁴²AİHM, *Üner – Hollanda Davası*, Başvuru No: 46410/99, Başvuru Tarihi: 18.1.2006. Bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Uner%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%7D%22%22itemid%22:%5B%22001-77542%22%5D%7D%7D>.

kalması veya ebeveynleri ile şahsi ilişkilerini kurabilmeleri için gerekli tedbirleri almalıdırlar. Bunun yanı sıra AİHS’nde düzenlenen aile hayatına saygı hakkı (m. 8) ile aile hayatı çift yönlü olarak güvence altına alınmaktadır. Bunlardan ilki çocuğun ana ve babası ile birlikte yaşaması veya şahsi ilişki kurması, ikincisi de ana ve babanın çocukla birlikte yaşaması veya şahsi ilişki kurmasıdır. Bununla birlikte kararlardan aile hayatına saygı hakkının mutlak olmadığı, çocuğun üstün yararının gözetilmesini gerektiren hâller bakımından sınırlandırıldığı açıkça anlaşılmaktadır. Hatta bu hususun, sınır dışı etme veya koruma altına alma örneklerinde olduğu gibi kamu yararı ve kamu düzeni ile irtibatlı konularda dahi öncelikle dikkate alınması üzerinde durulmaktadır. Dolayısıyla her somut olayda aile hayatına saygı hakkı, kamu yararı ile çocuğun üstün yararı boyutlarını dengeleyen çocuğun üstün yararının gözetilmesi ilkesi olduğu sonucuna varılmaktadır.

Kaynakça

Abramson, Bruce: Article 2: The right of non-discrimination, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, (ed. A. Alen/V. Lanotte/E. Verhellen/F. Ang/E. Berghmans/M. Verheyde), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2008.

Freeman, Michael: Article 3: The best interests of the child, (the best interest) A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, (ed. A. Alen/V. Lanotte/E. Verhellen/F. Ang/E. Berghmans/M. Verheyde), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2007.

Guide on Article 8 of the European Convention on Human Right, to respect for private and family life (2017), s. 17 vd., çevrimiçi: [Guide-to-Art.-8-of-the-ECtHR-COE-and-ECtHR.pdf](#).

Handbook on European law relating to the rights of child (2022), çevrimiçi: [Handbook_rights_child_ENG.pdf](#).

Hodgin, Rachel/**Newell**, Peter: Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı, (çev. Şebnem Akipek), 2. B., Cenevre 2003.

Nowak, Manfred: Article 6: The right to life, survival and development, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, (ed. A. Alen/V. Lanotte/E. Verhellen/F. Ang/E. Berghmans/M. Verheyde), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2005.

Pérez-Vera, Elisa: Explanatory report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, Acts and Documents of the Fourteenth Session (1980), Cilt III (Child Abduction), Lahey 1982, çevrimiçi: <https://assets.hcch.net/docs/a5fb103c-2ceb-4d17-87e3-a7528a0d368c.pdf>

Tanrıbilir, Feriha Bilge: Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

Ziemele, Ineta: Article 7: The right to birth registration, name and nationality, and the right to know and be cared for by parents, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, (ed. A. Alen/V. Lanotte/E. Verhellen/F. Ang/E. Berghmans/M. Verheyde), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2007.

ULUSLARARASI TİCARİ HAKEM KARARLARININ TÜRKİYE'DE İPTALİ Mİ TENFİZİ Mİ GEREKLİDİR: YARGITAY KARARLARINDAN ÖRNEKLER

Prof. Dr. Işıl ÖZKAN*

Öz

Gelişen uluslararası ekonomik ilişkiler, şahıslar arasında ve kamu ve özel şirketlerin birbiriyle olan ilişkilerinde sınır aşan işlemlerin çoğalmasına yol açmıştır. Bu durum yeni hukuki uyumsuzlukların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Normal olarak devlet mahkemelerinde çözülen bu uyumsuzlukların tarafların iradesiyle belirledikleri hakem ya da hakem kurulu tarafından incelenip, bir karara bağlanması tercih edilir olmuştur. Zira bu yol daha hızlı, etkili, geçerli bir usuldür.

Herhangi bir tahkim yerinde belli bir devletin usul kurallarına göre ya da uluslararası bir tahkim kurumunun kuralları gereğince verilen hakem kararının borçlunun mallarının bulunduğu devlette icrası önemlidir. Tarafsız ve bağımsız bir hakem ya da hakem kurulu tarafından verilen kararın tenfiz ülkesinde çeşitli engellerle karşılaşması mümkündür. 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi bu amaçla hazırlanmış ve 160'tan fazla devlet tarafından kabul edilmiştir. Yabancı bir hakem kararının tenfizi ancak Sözleşmenin V. maddesinde belirtilen red sebepleriyle engellenebilir.

Kamu düzeni tanıma ve tenfizin reddinde en çok kullanılan sebeptir. Madde V (2) (b) de yer alan bu sebep *Maurer* tarafından “azgın bir at” olarak nitelendirilmiştir. Üstelik hakim bu sebebi re'sen gözetmek zorundadır. Bir diğer re'sen gözetilecek red sebebi tenfiz ülkesinin hukukuna göre uyumsuzluğun tahkime elverişli olmamasıdır (New York Sözleşmesi md. V (2) (a)).

Türk Yargıtayı'nın bu konudaki kararları yabancı yazarlar tarafından eleştirilmekte ve ülkemiz “tahkim dostu” bir ülke olarak nitelendirilmemektedir. Her ne kadar Türkiye 1992 yılından itibaren iki çekinceyle New York Sözleşmesine taraf olduktan sonra, şartları varsa MÖHUK yerine Sözleşme hükümleri uygulansa da uluslararası hakem kararlarının-özellikle ICC (MTO) kararlarının tanınması ve tenfizinde pek çok sorunla karşılaşmaktadır. Yargıtay bazen “otorite kanunu” sebebiyle yabancı ülkede görülen ICC kararlarını yerli karar saymakta, bazen yabancı bir ülkede ve yabancı kanun otoritesinde verilen ICC kararlarını Türkiye'de iptal etmek yoluna gitmektedir.

Bu makalede Yargıtay kararlarından örneklerle ve doktrinin tutumu ele alınarak, Yargıtay'ın kamu çıkarını “kamu düzeni” sayan ya da belli bir tahkim yerine bağlı olmayan (*delocalised*) uluslararası hakem kararlarını iptal ya da tenfiz eden kararlarını inceleyip, kendi görüşümüzü ifade edeceğiz.

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk ABD Başkanı (isil.ozkan@yasar.edu.tr), ORCID: 0000-0002-6414-8827.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, Uluslararası Ticari Hakem Kararı, Kamu Düzeni, Tahkime Elverişlilik, Hakem Kararının İptali, Tanıma ve Tenfiz.

*SHOULD INTERNATIONAL ARBITRATION AWARDS ENFORCED OR ANNULLED IN TURKEY?
EXAMPLES FROM TURKISH COURT OF CASSATION JUDGEMENTS*

Abstract

Developing international economic relations has led to increase in the number of cross-border transactions between individuals and in the relations between public and private companies. This situation has led to the emergence of new legal disputes. It has been preferred that these disputes, which are normally resolved in state courts, are examined and decided upon by the arbitrator or arbitral tribunal determined by the will of the parties. Because this method is faster, more effective and valid method.

It is also important that the arbitral award given in any arbitration place according to the procedural rules of a particular state or in accordance with the rules of an international arbitration institution is enforced in the state where the debtor's assets are located. It is possible that the decision made by an impartial and independent arbitrator or arbitral tribunal may face various obstacles in the country of enforcement. The New York Convention of 10 June 1958 was drawn up for this purpose and has been ratified by more than 160 states. Enforcement of a foreign arbitral award can only be prevented for the reasons for refusal specified in Article V of the Convention.

Public order is the most commonly used reason for refusal of recognition and enforcement. This reason, which is specified in Article V (2) (b), was described by Maurer as a “raging horse”. Also, the judge has to observe it ex officio. Another ex officio reason for refusal is that the dispute is not arbitrable under the law of the country of enforcement (New York Convention art. V (2) (a)).

The decisions of the Turkish Court of Cassation on this subject are criticized by foreign authors and our country is not being described as an “arbitration friendly” country. Although Turkey became a party to the New York Convention with two reservations since 1992, many problems are encountered in the recognition and enforcement of international arbitral awards, especially ICC (MTO) decisions, even if the provisions of the Convention are applied instead of MÖHUK, if there are conditions. The Court of Cassation sometimes considers ICC decisions awarded in a foreign country to be domestic due to “authority law”, and sometimes resorts to set aside the ICC decisions made in a foreign country or a with a foreign legal authority in Turkey.

In this article, we will examine the decisions of the Court of Cassation, which considers the public interest as "public order" or annuls the international arbitral awards that are not tied to a specific arbitration place (delocalised), by considering the attitude of the doctrine and the judgements of the Court of Cassation, and we will express our own opinion.

Keywords: *Arbitration, International Commercial Arbitral Award, Public Policy, Arbitrability, Set-Aside, Recognition and Enforcement.*

Giriş

Türk Yargıtayının tahkim dostu bir mahkeme olduğu söylenemez. Yine de tarihsel gelişimi içinde çok yol katetmiştir. Örneğin 1976’da, hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığına aykırı olduğu gerekçesiyle, ICC kararının MTO Tahkim Divanı tarafından imzalanmasını kamu düzenine aykırı bulan ilgili daire, 10 yıl sonra bu içtihadını değiştirmiştir. Türkiye’nin 1992 yılından itibaren New York Sözleşmesi’ne taraf olmasından sonra Yargıtay içtihatlarının bundan açıkça etkilendiği görülmüştür.

Buna karşın, incelediğimiz çok yeni kararlarda bile ICC kararlarının tanınma ve tenfizi yerine iptalinin istendiği ve bu talebin kabul gördüğü anlaşılmaktadır. Tahkim yeri Türkiye olan kararlar için iptal davası açılması Sözleşmelere uygun ise de kararlarda tahkim yerinden hiç söz edilmemektedir.

New York Sözleşmesi esas olarak coğrafi kriteri kabul etmiştir. Dolayısıyla tahkim yeri Türkiye dışında olan kararların tanınması ve tenfizi gerekmektedir. Yargıtay’ın anlayışı ICC (MTO)’nun bir kamu kuruluşu olmaması nedeniyle onun kurallarına göre verilen kararların uluslararası nitelik taşımamasıdır. Tahkimin esasına genellikle Türk hukukunun uygulanması nedeniyle iptale karar verilmektedir. Tarafların hukuk seçimi yapması halinde, seçilen hukukun sadece esasa ilişkin olmayıp, usule de uygulanması gerektiği yönündeki anlayış, kararın iptaline yol açmaktadır.

Yargıtay’ın geçmiş kararlardaki yaklaşımı, “uyuşmazlığın MTO Tahkim Kurallarına göre çözülmüş olması, hakem kararına başlı başına yabancı hakem kararı olma vasfını vermez” şeklinde olmuştur¹. Yerleşmiş içtihatlar hakem kararının yerli mi, yabancı mı olduğunun “otoritesi altında verilen kanun” kriterine bağlı olması yönündedir. Türkiye’de ICC kuralları uygulanarak verilen hakem kararları yerli hakem kararı sayılmaktadır. Zira MTO bir kamu kuruluşu değildir. Karar Türk

¹ 15. H. D., E. 1996/3249, K. 1996/5584, T. 25.10.1996; 15. H. D., E. 1998/3507, K. 1998/4108, T. 6.11.1998. Bkz. **Ekşi**, Nuray: “Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi” (Yargıtay), ABD 2009, Y. 67, S. 1, s. 60.

hakem kararıdır². Yabancı ülkede Türk hukuku uygulanarak verilen hakem kararları da iptale tabi tutulmaktadır.

I- New York Sözleşmesi ile Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi Arasındaki İlişki

Cenevre Sözleşmesi, New York Sözleşmesinden farklı olarak yabancılık unsuru aramaktadır. Tahkim anlaşmasının taraflarının oturma yeri veya iş yerinin iki farklı devlette bulunması gerekir. Sözleşme milletlerarası tahkimi başından sonuna kadar ve hiçbir milli hukuka bağlı olmaksızın yöneten (*delocalised*) hale getiren bir sözleşmedir³.

Hakem kararının verildiği yerde *lex loci arbitri*'ye göre iptal edilmiş hakem kararlarının başka bir ülkede tanınıp tenfiz edilebilmesi sorunu uzun yıllardır tartışılmaktadır. Bu konuyu incelemek için öncelikle 1958 tarihli New York Sözleşmesi ile 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi arasındaki ilişkiye bakmak gerekir. Her iki Sözleşme birbirine yakın zamanlarda müzakere edilmiştir ve birbiriyle bağlantılıdır.

Bir görüşe göre: Avrupa Sözleşmesi IX (2) maddesi dikkate alındığında, aynı zamanda New York Sözleşmesi'ne taraf olan devletler için, New York Sözleşmesi V (1) (e) maddesindeki akdin tenfizinin red sebebi (verildiği ülkede iptal edilmiş olması) Avrupa Sözleşmesi'nin IX (1) maddesindeki sebeplerle sınırlıdır. Avrupa Sözleşmesi IX (1) maddesinde sayılan iptal sebepleri, New York Sözleşmesi V (1)'de sayılan tenfizi red nedenleriyle aynıdır. Bu sebepler dışında, öncelikle menşe ülkede kamu düzenine aykırılık nedeniyle iptal edilen kararlar, sistem içinde tenfizi red sebebi teşkil etmez⁴. Eğer kararın tenfizi (icrası) menşe ülkeden istenirse, bu ülkede iptal edilen kararın icrası orada mümkün değildir, fakat başka bir Âkit devlette tenfiz edilebilir⁵. New York Sözleşmesi V (2) (a) maddesinde yer alan objektif tahkime elverişlilik ise milli mahkemelerin münhasır yetkisindedir⁶. Hem V (2) (b) maddesinde düzenlenen kamu düzeni şartı, hem de V (2) (a) maddesi aynı amaca hizmet etmektedir ve devletlerin kendi çıkarını ilgilendirir⁷. V (2) (a) maddesinin menşei ise Cenevre Sözleşmesinin 1(b) maddesidir⁸. V (2) (a) maddesi anlamında mahalli tahkimle uluslararası tahkim edilebilirlik arasında ayırım yapılması özellikle hakem kararının iptali talebinde önemlidir⁹.

² Ekşi, Yargıtay, s. 61.

³ Yeşilova, Bilgehan: "1961 Cenevre (Avrupa) Sözleşmesi'nin Türk Milletlerarası Tahkim Hukukundaki Yeri ve Uygulama Alanı (MTK M. 1/VI)" (Cenevre), UTDER 2014, C. 3, S. 2, s. 144.

⁴ Quinke, David: New York Convention, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958, Article by article Commentary, 2nd ed, Eds. Wolff, Reinmar et al, Beck/Hart/Nomos, München 2019, Art VII, No. 88.

⁵ Van den Berg, Albert Jan: The New York Arbitration Convention of 1958, Kluwer Law, The Hague 1981, s. 356.

⁶ Quinke, Art V No. 418, s. 393.

⁷ Quinke, No. 440. S.424, s. 395-96.

⁸ Quinke, No. 422. s. 395.

⁹ Quinke, No. 440. s. 402.

Diğer yandan New York Sözleşmesi VII (1). maddesi “daha lehe hak hükmü” (*more favourable right*) getirmektedir¹⁰. Pek çok ülke bu alternatifte sahiptir. Hollanda Usul Kanunu (ICP) 1076. maddesi buna örnek gösterilebilir¹¹. Düzenlemenin amacı yabancı kararın mümkün olduğunca icrasının sağlanmasıdır. Ayrıca tenfiz isteyen beklenmeyen durumlara karşı korumak da hedeflenmiştir¹².

New York Sözleşmesine göre tenfiz yeri ülkesi de Âkit devlet olmak şartıyla, ancak VII a-d maddelerinde sayılan nedenlerle iptal edilen bir hakem kararının tenfizinden Cenevre Sözleşmesi IX /2’ye göre kaçınılmaktadır¹³.

Tahkime elverişlilik ve özellikle kamu düzeni gibi nedenlerle iptal edilmiş bir hakem kararının tenfizi, diğer Sözleşmeciler devletlerce belirlenecektir¹⁴.

Akıncı, New York Sözleşmesi ile MÖHUK 45. madde (yeni MÖHUK 62/1 h) arasındaki farkın MÖHUK’ta verildiği ülkede iptal edilen hakem kararının tenfizi konusunda mahkemeye bir takdir yetkisi tanınmamış olması şeklinde olduğunu belirtmiştir. Oysa New York Sözleşmesi V (1). maddesine göre mahkeme tenfiz talebini reddedebilir¹⁵.

Aksi görüşe göre, Cenevre Sözleşmesi IX. maddeyi bu nedenle sınırlamak doğru değildir. Bu konudaki gerekçeler tatmin edici değildir ve hazırlık çalışmasıyla çelişmektedir¹⁶. Avrupa Sözleşmesi, New York Sözleşmesindeki tanıma tenfizi red sebeplerini sınırlandırmamakta, sadece bir devlette iptal edilen kararın diğer devletteki sonuçlarını sınırlandırmamaktadır. Menşe ülkedeki tüm sebepler. başka bir ülkede tanınmasında da kullanılabilir¹⁷. Yine de usule aykırılık, hile, yolsuzluk gibi nedenlerle menşe ülkede iptal edilen bir kararın tanınıp tenfiz edilmesini ilk dört sebeple sınırlamak ne derece doğrudur. Asıl sorun bu kontrolün nereye kadar gideceğindedir¹⁸.

New York Sözleşmesi V (1) (e) maddesi ile verildiği yerde iptal edilmiş kararların tenfiz edilemeyeceği kabul edilmiştir. Burada tartışılan tek konu, bir devletin milli hukukuna göre bir karar iptal edilirse, bu durumun bahse konu kararın uluslararası niteliğine başka bir ülkede nasıl bir

¹⁰ Âkit taraflar arasında hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde daha elverişli hükümler getiren iki veya çok taraflı bir anlaşma varsa veya tenfiz devletinin mevzuatı daha elverişli hükümler taşıyorsa, kişiler bundan faydalanmaktan mahrum bırakılamaz.

¹¹ **Van den Berg**, Albert Jan: “Enforcement of Annulled Awards?” (Annulled Awards), The ICC Int. Court of Arb. Bulletin November 1998, Vol. 2, s. 15.

¹² **Van den Berg**, Albert Jan: “The New York Arbitration Convention on 1958”, A Asser/Kluwer, The Hague 1981, s. 83.

¹³ Avrupa Sözleşmesi IX/2. madde iş bu maddenin IX/1 paragrafı hükmü, New York Sözleşmesine taraf olan Akit Devletler arasındaki münasebetlerde münhasıran yukarıda sayılan V-1 (a-d) iptal sebeplerine hasretmek nedenini oluşturur.

¹⁴ **Yeşilova**, Cenevre, s. 168; **Akıncı**, Ziya: “Verildiği Ülkede İptal Edilen Kararların Türkiye’de Tenfizi”, İZBD 1994, Y. 59, s. 17.

¹⁵ **Akıncı**, s. 17-18.

¹⁶ **Gaillard**, Emmanuel/**Savage**, John (eds): Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, V.II- The Hague 1999, No.1716, s. 1000.; **Blackby**, Nigel/**Partasides**, Constantine et al (eds): Redfern and Hunter On International Arbitration, 7th ed., Kluwer Law International, Oxford University Press 2023, No. 11.93.

¹⁷ **Redfern/Hunter**, No.11.94.

¹⁸ **Redfern/Hunter**, No. 11.95.

etkisinin olacağıdır? Fransa, Belçika, Avusturya, Birleşik Krallık ve ABD başka bir ülkede iptal kararı verilse de kararları tanıyıp tenfiz edebilmektedir.

Bunun nedeni New York Sözleşmesi (V). maddesinin dilinin zorlayıcı olmamasıdır. İngilizce metinde “*may refuse*” (reddedebilir) olarak geçmektedir¹⁹.

Hakemde açtığı davayı kazanan taraf, kararın sadece tanınmasını istiyorsa, kendisine karşı dava açılan mahkemeden bunu ister. Böylece karar gerçekten sınır ötesi (milletlerarası) nitelik kazanır²⁰.

Eğer kazanan taraf kararın icrasını istiyorsa, bunu kaybeden tarafın mallarının bulunduğu yer mahkemesinden ister. Eğer mallar birden çok ülkede ise farklı yerlerde tenfiz istenebilir²¹. Tenfiz istenen devletin, devlet dokunulmazlığı konusundaki tutumu da önemlidir²².

II- Tahkim Yerinde İptal Edilen Kararların Tanınması Ve Tenfizi

Tahkim yeri taraflarca seçilebilir ve nötrdür. Tenfiz için sadece malların bulunduğu yer değil, başka faktörler de *forum shopping*'e (mahkeme seçimi) neden olabilir. Tenfizi isteyen taraf kendisine en uygun mahkemeyi bulmak isteyebilir²³.

Bazı ülkeler, iptal edilen hakem kararlarını tanıyıp, tenfiz etmektedirler. Bunun çeşitli teorik gerekçeleri vardır.

A- Görüşler

Bir görüşe göre, tahkim yerinin mahalli standartlarına göre ulusal mahkemelerce verilen iptal kararları, New York Sözleşmesi V/1. maddedeki sebepler veya uluslararası kamu düzeni nedeniyle tanınmayabilir. Tenfiz hakiminin bu konuda takdir yetkisi vardır²⁴. New York Sözleşmesi V/1 e maddesi uluslararası standartlara göre takdire engel teşkil etmez²⁵. *Paulsson*, mahalli standartlara dayanan (LSAs) kararların, diğer ülkelerce (LSA) dikkate alınmayabileceğini ileri sürmüştür²⁶.

İsviçre Federal Mahkemesince iptal edilen bir karar, Fransız İstinaf Mahkemesince tenfiz edilmiştir²⁷. *Norsolon* kararı bir diğer örnektir. Bir Fransız şirket ile Türk şirketi Pabalk arasındaki tahkim sonucu ICC kurallarına göre verilen karar Viyana Mahkemesince ulusötesi kurallara dayandığı için iptal edilmiş fakat Paris İstinaf Mahkemesince tanınmıştır.

¹⁹ *Redfern/Hunter*, No. 11-96.

²⁰ *Redfern/Hunter*, s. 23.

²¹ *Redfern/Hunter*, s. 11-24.

²² *Redfern/Hunter*, s. 11-25.

²³ *Redfern/Hunter*, s.27.

²⁴ *Paulsson*, Jan: “Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding A Local Standart Annulements” (Enforcing), APLR 1998, Vol. 6, No. 2, s. 26-27.

²⁵ The Hilmarton Case ICC Award No: 5622, 1993, Rev. Arb. 327; XIX Y.B. Com. Arb. Y.B. 105 (1995), *Gaillard*, Emmanuel: “The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin” (Set Aside), ICSID Review 1999, s. 16-45.

²⁶ *Paulsson*, Enforcing, s. 10.

²⁷ Paris Tribunal de grande instance of March 4, 1981. Rev. Arb. 466 Nov. 19, 1982, 1983, Rev. Arb. 472, bkz. *Gaillard*, Set Aside, s. 21 vd.

Bir diğerk gerekçe tarafların tahkim yerindeki yargı kontrolünü bildiğini, eğer taraflar anlaşarak iptal davasından vazgeçerlerse, bu istisnanın geçerli olduğunu ifade eder. Bu ekonomik yaklaşımla, taraflar akitlerine bir kural (*default rule*) koyarak iptal davasından istisna edilebileceklerini kabul edebilir²⁸. Örnek olarak ABD’de görülen *Chromalloy* davası²⁹ gösterilebilir.

Park’ın “nezaket yaklaşımı”na (*comity*) göre, hakem kararının iptali kararı nezaket kuralı gereğince tanınabilir fakat tenfiz edilmez. İptal kararı usulen haksız ve temel adalet anlayışına aykırı olmadıkça tanınmalıdır³⁰. İptal edilen karar malın bulunduğu yerde kesin hüküm (*res judicata*) teşkil etmelidir. Eğer iptalden sonra, birincisinden farklı başka bir hakem kararı verilirse, bu bazı tahkim yerlerinin diğerklerinden daha çok seçilmesine neden olabilir³¹.

Bazıları da iptal edilen hakem kararının artık hiçbir etki doğurmayacağını, çünkü yok sayılması gerektiğini iddia etmiştir (*ex nihilo nihil fit*)³².

Tahkim yeri mahkemesi hakem kararını mahalli kamu düzeni nedeni ile iptal ederse, bu durum kararın başka bir ülkede tanınmasına engel teşkil etmez. Zira New York Sözleşmesi V (2). maddesi istisnai bir hüküm getirmektedir³³. Bu mahalli kamu düzenidir. Ancak uluslararası bağlayıcılık taşımaz³⁴. İptal edilen kararlar sadece V/1 a-d paragrafındaki sebepleri ihtiva ediyorsa, tahkim yeri dışındaki mahkeme dikkatlice inceleyip karar verir, zira sebep ayındır.

B- Değerlendirme

Paulsson mahalli standartlara göre iptal edilen kararlarla (LSAs), uluslararası standartlara göre iptal edilen kararları birbirinden ayırmaktadır (LSA). Ona göre eğer karar LSAs’ya göre iptal edilmişse, tanınıp tenfiz edilebilir³⁵.

Van den Berg bu görüşü reddetmekte, tek istisnanın V/1 (e)’deki red sebebinin kalıntı takdir gücüne bağlı olduğunu kabul etmektedir. Bu takdir gücü özellikle V (1) (6) (*due process*) açısından bazı mahkemelerce tanınmaktadır. Ona göre iptal edilen karar artık mevcut değildir (*Ex nihilo nihil fit*). Burada hukuki bir imkansızlık vardır³⁶.

²⁸ **Drahozal**, Christopher R.: “Enforcing Vacated International Arbitration Awards: An Economic Approach”, Am. Rev. of Arb. 2000, Vol.1, s. 478.

²⁹ *Chromalloy Aero-Services v. Arap Republic of Egypt*, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996), bkz. **Drahozal**, s. 459.

³⁰ **Park**, W. William: “Duty and Discretion in International Arbitration” (Duty), Am. Rev. of Arb. 1999, Vol. 93, No. 4, s. 813-814.

³¹ **Park**, Duty, s. 813.

³² **Van den Berg**, Annuled Awards, s. 16.

³³ Hakem kararının tanınması ve icrası istenen memleketin yetkili makamı tarafından aşağıdaki hallerin bulunduğu görülecek olursa, tanıma ve icra isteği kezalet red olunabilir:

a- Tanıma ve icra isteğinin öne sürüldüğü memleketin kanununa göre uyumsuzluk konusunun hakemlik yolu ile halle elverişli bulunmaması veya,

b- Hakem kararının tanıma ve icrasının zikri geçen memleketin amme nizam kaidelerine aykırı olması.

³⁴ **Born**, Gary B.: *International Commercial Arbitration*, Vol. 3, 3rd ed., Walters/Kluwer, The Netherlands 2021, s. 3995.

³⁵ **Paulsson**, *Enforcing*, s. 10.

³⁶ **Van den Berg**, *Annuled Awards*, s. 16.

Gaillard / Savage'e göre, Fransız hukukunda kararın nerede verildiği önemlidir. Eğer taraflar veya tahkim kurumu belli bir yer belirlemişse, bu yer Fransa ise 1502. maddeye göre karar ancak Fransa'da iptal edilebilir. Bunun olumlu sonucu Fransız olmayan kararların iptali kabul edilemez. Menşe ülkede iptal edilen kararlar başka ülkede tenfiz edilebilir. Olumsuz sonucu ise, Fransa'da verilen kararların iptali için sadece Fransız mahkemeleri yetkilidir. Fransız olmayan fakat Fransa'da verilen kararlar için tahkim yeri usul hukuku yetkilidir. Viyana'da Fransız ve Türk şirketi arasındaki kararın iptalini Paris mahkemesi kabul etmemiştir³⁷ (CPC-1504)³⁸.

III. Belirli Bir Yere Bağlı Olmayan (*Delocalised*) Uluslararası Tahkim

Tahkim yeri bir yandan *lex arbitri*'nin uygulama alanını belirler, diğer yandan yer itibariyle yetkili mahkemelerin yetkisini belirler³⁹. *Lex arbitri*'ye (tahkim yeri hukuku) göre yürütülen tahkim "*localised*" tahkimdir. Hakemlerin *lex arbitri*'nin zorunlu kurallarına uyma mecburiyetlerinin olup olmadığı, ya da hakemlerin bir "*lex fori*"si olup olmadığı konuları tartışmalıdır. Belli bir tahkim yerine bağlı olmayan tahkime "*anational*" veya "*floating award*" denilmektedir⁴⁰. Bu da coğrafi ve hukuki olarak ikiye ayrılır⁴¹. Bir yere bağlı olmayan tahkimin son örneği elektronik tahkimdir⁴². Coğrafi delokalizasyon, New York Sözleşmesi 1/1. maddede görülmektedir. "Mahalli sayılmayan tahkim" ifadesi hatta tanıma ve tenfiz istenen ülkede verilen kararları da kapsadığını gösterir. New York Sözleşmesi V (1) (e) sadece tahkim yerinde iptal edilen kararları değil, kararın usulüne uygulanan hukuka göre iptal edilen kararları da kapsar⁴³. Hukuki *delocalised* tahkimin tüm milli sistemlerden ayrılmasıdır⁴⁴.

Sorun uluslararası kamu hukukuna tâbi tahkimde; özellikle petrol uyuşmazlıklarında görülür ve "*lex mercatoria*" uygulanır⁴⁵. Transnational tahkim de denilen bu durum kendi hukuk sistemine tâbidir⁴⁶.

Paulsson 1981 yılında Bağlı Olmayan Tahkim (*Arbitration Unbound*) adlı makalesinde⁴⁷ hakem kararının zorlayıcı niteliğinin mutlaka hakem kararının verildiği yer hukukuna bağlı olmadığını iddia

³⁷ *Gaillard/Savage*, s. 903-904.

³⁸ Decree No: 2011-48 of 13 January 2011 bkz. *Özsunay*, Ergun: 21. Yüzyılda Tahkim Hukukunda Üç Önemli Reform, Vedat Kitabevi, İstanbul 2014, s. 97, 99.

³⁹ *Yeşilova*, Bilgehan: "Lex (loci) Arbitri" ve "Tahkim Yeri" Kavramları Işığında Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Yer İtibariyle Uygulanma Alanı" (MTK. M. I/II), UTTDER 2013, C. 2, S. 1., s. 113.

⁴⁰ *Poudret Jean François/Besson, Sébastien: Comparative Law of International Arbitration*, Sweet&Maxwell, London 2007, s. 114 vd.

⁴¹ *Poudret/Besson* No. 121,125, s. 92, 95.

⁴² *Poudret/Besson* No. 132, s. 99.

⁴³ *Poudret/Besson*, No. 121,s. 92.

⁴⁴ *Poudret /Besson*, No. 125, s. 95. Bu ikinci form tahkimi tüm milli sistemlerden ayırıp *lex mercatoria*'ya bağlamaktadır.

⁴⁵ *Poudret/Besson*, No. 125-127.

⁴⁶ *Poudret/Besson*, No.132, s. 99.

⁴⁷ *Paulsson*, Jan: "Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin", I.C.L.Q 1981, Vol. 30, s. 358.

etmiştir. *Park* ise bunu “tehlikeli sapkınlık” olarak nitelendirmiştir⁴⁸. *Paulsson*’a göre uluslararası tahkim, tahkim yerinin mahalli özelliklerinden ayrılmalıdır⁴⁹. Tahkim yeri (*situs*) coğrafi elverişlilik nedeniyle, tarafların ikametgahına göre seçilir, verildiği yerde mahalli mahkemelerce geçersiz sayılan bir karar başka bir yerde etkili olabilir⁵⁰.

Park’a göre, verildiği yerde iptal edilen kararlar tenfiz edilemez. İptalden sonra tanıma ancak iki durumda mümkün olur. 1- 1961 Andlaşmasına göre verilen ve farklı ülkelerin vatandaşları olan kişiler arasındaki tahkimde. Menşe ülkede kararın iptalinin tanınmasının reddi sebebi olması sadece Sözleşmede sayılan nedenlerle yapılan iptalde olur. Sözleşmenin geçersizliği veya savunma hakkının ihlali gibi. 2- Eğer mahalli yargı yolsuz veya taraflı ise. Örneğin bağımsız olmayan bir mahkeme, hükümeti istediği için iptal kararı etmişse. Bu kararın tenfizi başka malların bulunduğu bir ülkede istenirse ne uygun ne de caizdir⁵¹.

Uluslararası tahkimde tahkim yerinden ayrılmak bazı durumlarda, tahkim yerinin taraflarla hiçbir ilgisi olmadığı için bazı mahalli özelliklerden liberalleşmesidir⁵². UNCITRAL kurallarında olduğu gibi ICC kuralları da evrenseldir. *Situs* genellikle coğrafi elverişlilik nedeniyle seçilir. Tüm dünya *situs* olabilir⁵³. Ancak bu görüşün fazla kabul gördüğü söylenemez.

IV- Türk Hukukunda Uygulama

A- Doktrin

Türkiye, New York Sözleşmesi⁵⁴ ve Avrupa Sözleşmesi’ne⁵⁵ taraftır. MÖHUK 1/2. maddeye göre “Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır”. Başka bir anlatımla Türkiye’nin ve New York Sözleşmesi’ne taraf olan başka bir devletin ilgili olduğu hakem kararının tanınması ve tenfizi Sözleşme hükümlerine tâbi olacaktır. Diğer taraftan New York Sözleşmesi’nin VII. maddesinde ise Sözleşmeye göre daha lehe hükümler taşıyan andlaşma ve mevzuat öncelikle uygulanacaktır denmektedir. New York Sözleşmesinin V (1) (e) maddesi ve MÖHUK 62 (1) (h) maddesi hakem kararının iptalini, tenfizi red sebepleri arasında saymıştır. Her ikisi için karşı tarafın itirazda bulunması gerekir⁵⁶.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre, New York Sözleşmesi V (1) (e) ile MÖHUK 62/1 (h) bendi arasında önemli bir farklılık vardır. 62/1 (h) bendinde sadece verildiği yerin yetkili merci

⁴⁸ **Park**, W. William: “The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration” (Lex Loci Arbitri), I.C.L.Q Jan 1983, Vol. 32, s. 22.

⁴⁹ **Paulsson**, Jan: “Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters Author(s)” (Delocalisation), I.C.L.Q Jan 1983, Vol. 32, No. 1, s. 54.

⁵⁰ **Paulsson**, Delocalisation, s.57.

⁵¹ **Park**, Lex Loci Arbitri, s 27-28.

⁵² **Paulsson**, Delocalisation, s. 54.

⁵³ **Paulsson**, Delocalisation, s. 55.

⁵⁴ R.G. 21.5.1991/20877.

⁵⁵ R.G. 23.9.1991/21000.

⁵⁶ **Ekşi**, Nuray: New York Konvansiyonuna Göre İptal Edilmiş Kararların Tenfizi (İptal), Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 134.

tarafından iptal edilen hakem kararlarından söz edilmektedir. New York Sözleşmesinde, hakem kararının verildiği yer ya da hakem kararının hükümlerine tâbi olduğu ülke hukuku yer almaktadır⁵⁷. Aynı hakem kararının hem iptal, hem de tanıma ve tenfiz davası yoluyla denetlenmesi (*double execution*) eleştirilmekle birlikte, ikisinden de vazgeçilmemiştir. İptal davası açma imkanının ortadan kaldırılmasının davalı ve davacı yönünden sakıncaları bulunduğu ileri sürülmektedir⁵⁸. Ayrıca iptal edilmiş hakem kararı “mevcut değildir” (*ex nihilo nihil fit*) şeklinde bir yorum da yapılmıştır⁵⁹.

Bir başka görüş iptal kararlarının sadece verildiği ülkede sonuç doğurması nedeniyle diğer ülke mahkemelerinin bu kararla bağlı olmadığı yönündedir⁶⁰. Türkiye'nin taraf olduğu ikili andlaşmalarda hakem kararının iptali tenfizin reddi sebepleri arasında sayılmamıştır⁶¹.

Tarman'a göre öncelikle iptale ilişkin yabancı mahkeme kararının Türkiye'de tanınması gerekir (MÖHUK 58. madde). Yabancı iptal kararı hükmü kamu düzenine aykırılık nedeniyle tanınmayabilir (MÖHUK 54/c). Yabancı bir mahkeme tarafından kendi kamu düzenine aykırılık nedeniyle verilen iptal kararı, yabancı kararın Türkiye'de tenfizine engel teşkil etmez⁶². Avrupa Sözleşmesi IX (2)'ye göre, bir hakem kararının tenfizinin New York Sözleşmesi V/1 (e)'ye göre engellenmesi Avrupa Sözleşmesi IX/1'deki nedenlerle sınırlıdır, kamu düzeni bu nedenler arasında sayılmamıştır⁶³. Tahkim yeri usul hukukunun emredici kurallarına aykırı olduğu için iptal edilmiş olan bir hakem kararı, Türkiye'de New York Sözleşmesi'ne göre tenfiz edilebilecektir⁶⁴.

Hakem kararlarının iptali sebepleri ile tanıma ve tenfiz sebepleri birbiriyle örtüşmektedir. Kamu düzeni ve tahkime elverişlilik ise ülkelerin milli hukukları çerçevesinde ele alınır. Bu durum hakem kararlarının farklı mahkemelerce kontrolüne (*double exequatur*) sebep olmaktadır⁶⁵.

Cenevre Sözleşmesinin IX/1. maddesi uyarınca iptal kararı veren mahkemenin ya tahkim yeri mahkemesi olması, ya da iptal kararının tahkim usulüne uygulanan hukukun devletinde verilmiş olması gerekir. Cenevre Sözleşmesindeki dört koşul gerçekleşmişse iptale etki tanınır⁶⁶.

New York Sözleşmesinde re'sen dikkate alınması gereken sebepler ise kamu düzenine aykırılık ve tahkime elverişsizliktir. Bu iki sebep Cenevre Sözleşmesi 9. maddede sayılmamıştır.

⁵⁷ **Ekşi**, İptal, s. 35.

⁵⁸ **Ataman-Figenmeşe**, İnci: “Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrole Tâbi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri” PPIL Bul., Vol. 31, Issue 2, s. 69-70, s. 35, **Ögünç**, Esra: “Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, AÜHFD 2021, Vol. 70, S. 3, s. 806-807.

⁵⁹ **Van den Berg**, Albert Jan, “Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished?” ICSID Review 2014, Vol. 297, No. 2, s. 279.

⁶⁰ **Paulsson**, Enforcing, s. 14.

⁶¹ **Ekşi**, İptal, s. 54.

⁶² **Tarman**, Derya Zeynep: “İptal Edilmiş Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, TBBD 2010, S. 90, s. 135.

⁶³ **Tarman**, s. 135.

⁶⁴ **Akıncı**, s. 13-14.

⁶⁵ **Ataman-Figenmeşe**, s. 56.

⁶⁶ **Kocasakal**, Hatice: “Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının Tenfiz Edilebilirliği”, in eds: Balkan Bozkurt Süheyla, Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler, Oniki Levha, İstanbul 2018, s. 144.

Hakem kararı bu gerekçelerden birisi ile iptal edilirse, karar başka bir devlette tenfiz edilebilir⁶⁷. Cenevre Sözleşmesi IX. madde hükmü, New York Sözleşmesinin VII. maddesinden daha lehe hükümler taşımaktadır⁶⁸.

Ataman – Figenmeşe bu sorunun çözümü için iki öneri getirmektedir. Bunlardan birincisi iptal davasının kaldırılmasıdır. *Fouchard*, iptal davalarının bütünüyle kaldırılmasını önermektedir. Ona göre hakem kararlarının kontrolü sadece kararın icra edileceği ülkeye bırakılmalıdır. Bunun için New York Sözleşmesi V/1/e ve VI. maddeleri kaldırılmalı mıdır? Gerçekçi yaklaşım uluslararası işbirliği için bunun devletler arasındaki farklılıkları azaltmayacağı görüşündedir. Bunu milli hukuklardaki değişimle gerçekleştirmek daha kolaydır⁶⁹. O ülkede icra edilmeyecek bir kararın, bahse konu ülke mahkemesinde iptaline ne gerek vardır? Eğer iptal yabancı ülkede etkili değilse, karar niye iptal edilecektir⁷⁰?

Bir diğer öneri iptal davasının, tahkim davasının taraflarının iradesine bağlı olarak, kaldırılmasıdır. Bu öneri İsviçre (IPBG ort. 192), Belçika (1717/4), Fransa (md. 51), Fransa ve Türkiye’de tahkim düzenlemesinde yer almaktadır⁷¹. MTK 15/A/3’e göre taraflar tahkim anlaşmasına koyulacak bir beyanla hakem kararlarının iptali başvurusunda bulunma hakkından feragat edebilirler. 2011 tarihli yeni Fransız Usul Kanununun (NCPC) 1522. maddesi, Fransa’yla hiç ilişkisi olmayan veya ilişkisi çok zayıf olan davalarda bu imkanı vermektedir⁷².

Üçüncü bir öneri hakem kararlarını kontrol edecek milletlerarası bir mahkemenin kurulmasıdır⁷³. New York Sözleşmesi’nin getirdiği tanıma ve tenfiz şartları, mahalli mahkemelerin takdirine bırakılmıştır. Özellikle, konunun tahkime elverişli olmaması ile kamu düzenine aykırılık tamamen milli mahkemenin yetkisindedir. Bu ise iş insanlarını riske sokmaktadır⁷⁴. *Holtmann* yine de bunun Don Kişot’un hayallerine benzediğini kabul etmiştir⁷⁵.

New York Sözleşmesi’nde değişiklik önerenler⁷⁶ olduğu gibi, bir ulusüstü hakem mahkemesi oluşturarak, bir tür istinaf mahkemesi görevi görmesi ve üç yargıçtan oluşması da önerilmiştir.

⁶⁷ **Kocasakal**, s. 145.

⁶⁸ **Kocasakal**, s. 148

⁶⁹ **Fouchard**, Philippe: “La Portée Internationale. de L’annulation de la Sentence Arbitrale dans Son Pays D’origine”, Rev. del’arbitrale 1993 No3/e, s. 351.

⁷⁰ **Fouchard**, s. 352.

⁷¹ **Ataman-Figenmeşe**, s. 72.

⁷² **Özsunay**, s. 98.

⁷³ **Holtmann**, Howard: “A Task for the 21st Century: Creating a New International Court for Resolving Disputes on the Enforceability of Arbitral Awards”, Eds. Hunter, Martin / Marriott, Arthur / Veeder V. V., The Internalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, Graham & Trotman / Martinus Nijhoff, London, Dordrecht, Boston 1995, s. 104-114.

⁷⁴ **Holtmann**, s. 111.

⁷⁵ **Holtmann**, s. 114.

⁷⁶ **Van den Berg**, Jan Albert: Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards (The Miami Draft) AJB/Rev. 06/29-May, 2008.

Böylece her devlette tanıma usulüne gerek olmadan veya iptale ihtiyaç duyulmadan icra edilebilir bir belge ortaya çıkacaktır⁷⁷.

B. Yargıtay Kararları

1- Kamu Yararına Aykırılık Nedeniyle İptale İlişkin Kararlar

a- Yargıtay 13. H.D., E.2012/8426, K. 2012/10349, T. 17.4.2012 Kararı⁷⁸

Dava GSM-Pan Avrupa Mobil Telefon Sistemlerinin Kurulması ve İşletilmesine ilişkin İmtiyaz Sözleşmesi ile ilgilidir. Sözleşmede brüt satışların % 0.35'inin kurum masraflarına katkı payı (KMKP) olarak Hazine'ye ödenmesi gerektiği, davalı tarafın bunu ödemekle yükümlü olmadığı iddiası ile MTO'da (ICC) 15322/JHN/62 referans numarası ile dava açtığı, hakemlerin KMKP ödemek zorunda olmadığına ilişkin karar verdiği anlaşılmıştır. Kararın MTK 15. maddesindeki "kamu düzeni" ve "yetki aşımı" nedeniyle iptali istenmiştir.

Yerel mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay 5.7.2001 tarihinden itibaren yürürlükte olan MTK'nın uygulanmasına karar vermiştir. Dava konusu sözleşme tahkim şartını içermektedir ve tahkim yeri "İstanbul" olarak belirlenmiştir. Yargıtay MTK 15. maddedeki iptal sebeplerini inceleyip, "tarafklar tahkim yargılamasına uygulanacak hukuku seçmişse, bu hukukun kamu düzenini de seçmiş olurlar" vurgusunu yapıp, bu nedenle ihtilafın "Türk Hukuk Kuralları"na göre çözümlenmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Buradan hareketle Sözleşmedeki amaç olan "kamu yararı"nın esas alındığı söylenebilir.

Hazine payı ve KMKP bir vergi olmasa da, devletin kamu hizmetini devretmesinden kaynaklanan önemli ve süreklilik arzeden bir gelir unsurudur. Kamu düzenine aykırılık nedeniyle iptaline karar verilmesi gerekir.

b- Yargıtay 13. H.D., E.2013/16287, K. 2016/5292, T. 23.2.2015 Kararı⁷⁹

GSM Mobil Telefon Sistemlerinin Kurulması ve İşletilmesi Lisans Sözleşmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi'ne göre aylık brüt satışların %15'inin her ay Hazine'ye ödenmesi gerektiğine, ancak bu ödemenin yapılmaması ve iadesi için Hazine Müsteşarlığı ve Ulaştırma Bakanlığı aleyhine ICC 17314/92 Referans Numarası ile dava açıldığı ve talebin kabulüne ilişkin kararın iptalinin istendiği anlaşılmıştır.

Yargıtay verilen kararı sunulan imtiyaz sözleşmesinin niteliğine, Devletin sürekli gelir elde etme amacına, emredici kanun hükümlerine, kamu menfaatlerine aykırılık teşkil ettiğinden kamu düzenine aykırıdır diyerek kararı bozmuştur.

⁷⁷ **Rubino-Sammartano**, Mauro: International Arbitration, Law and Practice, 3rd ed., V.III, Juris, New York 2014, s. 1788.

⁷⁸ Yargıtay 13. H.D., E.2012/8426, K. 2012/10349, T. 17.4.2012 için bkz. lexpera.com.tr (erişim tarihi: 5.09.2023).

⁷⁹ Yargıtay 13. H.D., E.2013/16287, K. 2016/5292, T. 23.2.2015 için bkz. lexpera.com.tr (erişim tarihi: 5.09.2023).

c- Yargıtay 13. H.D., E. 2015/16149, K. 2017/3322, T. 16.3.2017 kararı⁸⁰

Bu davanın konusu da davalı şirket ile davacı kamu kurumu arasındaki imtiyaz sözleşmesidir. Davalı şirket MTO/ICC'de 18632/62/MHM numaralı davayı açmıştır. Tahkim heyeti kararının MTK 15. maddesi gereğince iptalini istemiştir. Mahkemece, kamunun gelirini azaltmasının, tek başına kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm temyiz edilmiştir. MTK 15. maddesindeki iptal nedenleri incelenmiştir.

Sözleşmede ihtilafların “Türk Hukuk Kuralları” esas alınarak çözümleneceği yazılı olduğundan, Türk hukuk kuralları kamu düzeni kavramı esas alınmalıdır. Bunun değerlendirilmesi için, işin esasına girilmesi gerekli olabilir. Ancak bu davanın esastan incelenmesi anlamına gelmez. İhtilaf, GSM işletilmesi ile ilgili imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Kamu gelirinin azalmasına yol açan tahkim kararlarının doğurduğu sonuçlar Türk kamu düzenine aykırıdır.

d- Değerlendirme

13. Hukuk Dairesi'nin her üç kararında ortak olan kamu imtiyaz sözleşmesi ile yabancı şirkete verilen telekomünikasyon hizmeti sonucu, yabancı şirketin Hazine'ye katkı payı ödememesinin Türkiye'nin kamu çıkarına ve dolayısıyla kamu düzenine aykırı olması nedeniyle iptal edilmesidir.

Kararın verildiği yerin İstanbul olduğunu düşünürsek, Türk mahkemelerinin iptal yetkisi vardır. Uygulanacak hukukun Türk hukuku olduğu da iddia edilmektedir. Ancak bunun Türk usul hukuku mu, maddi hukuk mu olduğu anlaşılammamaktadır.

Burada karşımıza çıkan ilk soru “kamu yararı”na aykırılığın kamu düzenine aykırılık sayılmasıdır. Bu *Born* tarafından haklı olarak eleştirilmiştir⁸¹.

İkinci soru, kararın iptalinin tenfizinin mi söz konusu olduğudur. *Gary Born*, “kamu çıkarına aykırılığı” tenfizin reddi sebebi olarak görmüştür. Zira bunda Türkiye'de görülse bile, milletlerarası bir hakem kararı (ICC) söz konusudur.

2-ICC Hakem Kararının HMK'ya Göre İptal Talebinin Reddi

a- Yargıtay 11. H. D., E. 2021/9180, K. 2022/4726, T. 13.6.2022 kararı⁸²

Sofiteks Tekstil Sanayi ve Ticaret A.Ş.'deki hisselerin davalı Holding N.V. şirketine hisse satışı sözleşmesi ile devrine ilişkin ve sözleşme şartlarına uyulmadığı için tahkimde açılan davada, şartın kefalet hükmü şekil şartına uyulmadan yapıldığı için borçlar kanununa göre hükümsüz olduğuna ilişkin iddia sonucu ilgili fıkraların iptaline karar verilmesi talep edilmiştir.

⁸⁰ Yargıtay 13. H.D., E. 2015/16149, K. 2017/3322, T. 16.3.2017 için bkz. lexpera.com.tr (erişim tarihi: 5.09.2023).

⁸¹ **Born**, s. 4040.

⁸² Yargıtay 11. H. D., E. 2021/9180, K. 2022/4726, T. 13.6.2022 bkz. lexpera.com.tr (erişim tarihi: 5.09.2023).

Yargıtay, ICC hakem heyetinin 4.2.2016 tarih ve 20037/AGF/2F sayılı kararında kamu düzenine aykırılık bulunmadığı ve HMK 439/2. maddesinde sayılan iptal nedenleri gerçekleşmediği için iptal talebinin reddine karar verilmiştir.

b- Yargıtay 11. H.D. E. 2021/4695, K. 2022/6134, T. 21.09.2022 kararı⁸³

ICC Hakem Heyetince verilen 20795/ZF sayılı kararın iptali istemiyle açılan davada, HMK 439. maddesi gereğince tahkim süreci sona erdikten sonra karar verildiği için ve hakem heyetinin yetkisi ortadan kalktıktan sonra karar vermesi nedeniyle HMK 439/2. uyarınca iptali istenmiştir.

Davalılar ise tahkim davasının süresinin uzatılması yetkisinin ICC Divanına verildiğini, HMK 427. maddenin emredici değil, yedek hukuk kuralı olduğunu ileri sürmüştür.

Mahkemece HMK 427/2. maddeye göre süre uzatma uygulamadığından kararın iptaline karar verilmiştir.

Dava hisse devir sözleşmesine ilişkindir. Taraflarca Türk kanunlarının maddi hükümleri seçilmiştir. HMK'nın 11. kısmının emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla ICC'ye yetki verilmiştir. ICC'nin uzatma kararı geçerli olduğundan karar bozulmuştur.

c- Değerlendirme

Her iki kararda taraflar sözleşmelerinde Türk maddi hukuk kurallarının uygulanacağını, usule HMK'nın emredici kuralları saklı kalmak kaydıyla ICC kurallarının uygulanmasını kabul etmişlerdir. İhtilafların yabancılık unsuru taşımadığı ifade edilmiştir. HMK'nın 427. madde hükmü "taraflar aksini kararlaştırmadıkça" şeklinde başladığına göre emredici değildir. ICC tarafından tahkim süreci 31.12.2020 tarihine kadar uzatılmıştır. Hakem kararı ise 14.12.2020 tarihinde verilmiştir.

Bu kararda da HMK hükümlerinin ICC kurallarını tamamlayıcı nitelikteki hükümlerinin uygulanması taraflarca kararlaştırıldığına göre, milletlerarası bir hakem kararı söz konusudur ve iptalinin reddine karar verilmesi uygun olmakla birlikte, neden iptalinin istendiği ve iptal sebeplerinin incelendiği anlaşılamamıştır.

3- Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Reddi Sebepleri

a- Hakemin Tarafsızlığı ve Hukuki Dinlenilme Hakkına Aykırılık

aa-Yargıtay 11. H.D. E. 2015/11441, K. 2016/8701, K. 3.11.2016 kararı⁸⁴

MTO Tahkim Kuralları çerçevesinde tek hakem tarafından verilen 18681/MHM/EMT dava numaralı kararın tenfizi istenmektedir. Taraflar arasında tedarik sözleşmesinden doğan bir ihtilaf söz konusudur. Davalı kararın New York Sözleşmesi hükümlerine göre bağımsız ve tarafsız bir mahkemede verilmediği, savunma hakkına uyulmadığı, usul ve esasa ilişkin itirazların dikkate alınmadığı gerekçeleriyle tenfiz davasının reddini istemiştir. Tahkim şartında uyuşmazlığa Türk

⁸³ Yargıtay 11. H.D. E. 2021/4695, K. 2022/6134, T. 21.09.2022 bkz. lexpera.com.tr (erişim tarihi: 5.09.2023).

⁸⁴ Yargıtay 11. H.D. E. 2015/11441, K. 2016/8701, K. 3.11.2016 bkz. lexpera.com.tr (erişim tarihi: 5.09.2023).

hukukunun uygulanacağı kararlaştırılmıştır. Kararda Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmıştır. Tek hakem olarak atanan kişinin İsviçre'nin bir kantonundan olduğu ve tarafsızlık ilkesine ilişkin iddiaların kabul edilmez olduğu anlaşılmıştır.

Tenfizin kabulüne ilişkin davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, MTO Tahkim Kurallarına göre taraflarca hakem sayısı kararlaştırılmadığı için Divan tek hakem görevlendirmiştir. Karardan açıkça anlaşılmamakla beraber, hakemin taraflardan biriyle aynı kantondan olmasının tarafsızlığını engellediği iddiaları red nedeni olarak kabul edilmemiştir.

bb- Yargıtay 11. H.D. E. 2019/2417, K. 2021/1051, K. 10.3.2021 kararı⁸⁵

Davacı ICC/MTO 17586/FM/MHM/EMT no'lu dosyasında yapılan yargılama neticesi verilen 13.12.2012 ve 19.06.2013 tarihli kararların New York Sözleşmesi uyarınca tanınması ve tenfizini istemiştir. Mahkemece tenfiz istemi reddedilmiş, karar temyiz edilmiş ve bozulmuştur. Davalı kararı düzetme isteminde bulunmuştur.

Dava Belport SARL şirketinin tek malvarlığı olan Belde A.Ş.'nin %95 hissesinin yönetimi konusunda taraflar arasında imzalanan sözleşmeye aykırı icra talepleri (temerrüt) nedeniyle açılmıştır. İngiliz hukuku seçilmiştir. Hukuki sorumluluğun tespiti talebi halinde hakemlerce bazı talepler reddedilmiş, bazıları kabul edilmiştir. İlk derece mahkemesi, hakem heyeti kararının Türk mahkemelerince verilen kesinleşmiş karara aykırı, dolayısıyla kamu düzenine aykırı olması nedeniyle davanın reddine karar vermiştir. Bu karar 11. H.D.'nin bozma ilamıyla bozulmuştur.

Karar düzeltme istemi açısından adil yargılanma ele alınmış, "ticari sırların korunması" meşru bir hak ise de, karşı tarafın hukuki dinlenilme hakkına zarar verilmemelidir sonucuna varılmıştır. Yargılamaya konu bir delil karşı taraftan ticari sır olarak saklanacak ise bunun makul gerekçesi olmalıdır sonucuna varılmıştır. Savunma hakkının kısıtlanması aynı zamanda Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil eder. Her bir hakem kararı için ayrı ayrı hüküm kurmak gerekir. Karar bu değişik gerekçe ile bozulmuştur.

4- Değerlendirme

Adil yargılanma (*fair trial*) hem AİHS 6. Madde, hem de T.C. Anayasası 36. maddede korunan temel haklardandır. New York Sözleşmesi V. maddeye göre mahkeme savunma hakkının serbestçe kullanılıp kullanılmadığını incelemek zorundadır. Diğer taraf karara esas teşkil eden uzman raporunu görmediği için gerekli savunmayı yapamamıştır. Bu konu aynı zamanda Türk kamu düzenine de aykırılık teşkil eder. İlk derece mahkemesinin kararın tenfizini reddetmesi New York Sözleşmesi 5/1-b ve 5/2-b maddeleri ile MÖHUK 62/1-b'ye aykırılık teşkil eder⁸⁶.

⁸⁵Yargıtay 11. H.D. E. 2019/2417, K. 2021/1051, K. 10.3.2021 bkz. lexpera.com.tr (erişim tarihi: 5.09.2023).

⁸⁶ Bkz. **Esen**, Emre: "Violation of the Right to A Fair Trial in Arbitration: Analysing the Turkish Court of Cassation's Decision of 10 February 2021", AFDI, Vol. 71, s. 107.

Karara verilen iki muhalefet şerhinde; hukuki dinlenilme hakkının üç unsuru bulunduğu, bunların bilgi isteme, ispat etme ve dikkate alınma hakkı olduğu belirtilmiştir. Dinlenilme hakkı, adil yargılanma hakkına ait temel alt elemandır. Bu hakkın ihlali tarafların eşit dinlenilme hakkını ihlal eder. Bu hakların ihlali hem milli hem milletlerarası kamu düzenine aykırılık teşkil eder. Somut olayda dinlenilme hakkının ihlali uluslararası tahkimde iptal sebebidir ve res’en gözetilir.

Taraflar bu hakkı tahkimde ileri sürüp, sorumluların bu raporu sadece avukatın incelemesini sağlayabilmişlerdir. Tahkim mahkemesi buna izin vermekle sorumlu avukatın ve uzman bilirkişi raporunun kişisel incelemesine engel olduğundan adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş sayılmaz. Bu durumda Türk kamu düzenine aykırılık söz konusu değildir. Esen’e göre bu karar hakkaniyetlidir, fakat muhalefet şerhi de değersiz değildir⁸⁷.

C- Kamu Düzenine Aykırılık

1- Genel Olarak

Türk Devletler Özel Hukukunda kamu düzeninin etkisini ilk olarak inceleyen Ökçün; kamu düzeninin önceden sayılmasını eleştirmiştir⁸⁸. Yargıtayın kamu düzeni anlayışının genel ahlâk ve adab, Türk kanunlarının esas kuralları, Türk kanunlarının dayandığı genel siyaset üzerine yoğunlaştığını ifade eden Ökçün⁸⁹ bu tutumu eleştirerek kamu düzeninin yer, zaman ve konu bakımından değişken oluşuna yer vermiştir⁹⁰.

Uluslararası usul hukukunda kamu düzenine (*ordre public*) aykırılık yabancı mahkeme ve hakem kararlarının ülkemizde tanınması ve tenfizinde, ya da yabancı hakem kararlarının kararın verildiği ülkede milli mahkemelerce iptalinde karşımıza çıkabilir. Kamu düzeni milli, milletlerarası ya da milletlerüstü olarak üçe ayrılabilir⁹¹.

Uluslararası kamu düzeni, milli kamu düzeninden daha dar bir kavramdır. Mahkemeler, yabancı bir kararın tenfizini sadece, hukuka aykırılık (*illegality*), milli mevzuata ya da hukukun temel prensiplerine aykırılıktan reddedemez. Kamu düzeninin geniş değil dar yorumlanması tavsiye edilmektedir⁹². Uluslararası Hukuk Komisyonu, uluslararası ticari hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde uluslararası kamu düzeninin dar yorumlanması gerektiği görüşündedir⁹³. Kamu düzeninin dar yorumlanması uluslararası hukukçular tarafından genellikle kabul edilmiştir. Bu nedenle açıkça

⁸⁷ Esen, s. 115.

⁸⁸ Ökçün, A. Gündüz: Devletler Hususi Hukuku’nun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Sermaye Piyasası Kurulu, 1997, s. 98.

⁸⁹ Ökçün, s. 102 vd.

⁹⁰ Ökçün, s. 108 vd.

⁹¹ Sirmen, Kazım Sedat: “The Concept of Public Policy in The Eco Swiss Decision of The Court of Justice of The European Union And Its Impact on The Intra-Eu Investment Treaty Arbitrations”, İNÜHFD 2021, C. 12, S. 2, s. 439.

⁹² Maurer, Anton G.: The Public Policy Exception Under The New York Convention: History, Interpretation and Application, Revised Edition, Junis Net, New York 2012, s. 55, 64-65.

⁹³ Mayer, Pierre./Sheppard, Audley: “Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards”, Arbitration International 2003, Vol. 19, No. 2, s. 253.

aykırılıktan söz edilmektedir⁹⁴. Önemli olan sözleşmenin iyi niyetle yorumlanmasıdır. Tanıma ve tenfiz, hakemlik düzenini düzenleyen hukuka (*lex arbitri*) aykırılık nedeniyle reddedilemez. Hatta, taraflar usul hukuku olarak tanıma ve tenfiz ülkesinin hukukunu seçseler dahi durum böyledir. Böyle bir durumda taraflar kararın iptalini isteyebilir⁹⁵.

Sözleşme açıkça “o devletin” kamu düzeninden söz etmektedir. O devlet kendisinden tanıma ve tenfiz istenen devlettir. Burada söz konusu olan ulusüstü (*transnational*) kamu düzeni değildir⁹⁶.

New York Sözleşmesi V (2) (b) hakem kararının, kararın tanınması ve tenfizi istenen ülkenin kamu düzenine aykırı olmasını tenfizin reddi sebebi olarak saymıştır.

Avrupa Cenevre Sözleşmesinin IX. maddesinde yer alan iptal sebepleri arasında kamu düzenine aykırılık sayılmamıştır.

Buna karşın MTK 15. maddesi iptal sebepleri arasında kamu düzenine aykırılığı da saymaktadır. 15/A (2) (b) maddelerinde kamu düzenine aykırılık ve 15/A (2) hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması iptal sebebi olarak sayılmıştır. Her iki sebep, New York Sözleşmesi V-2/(a) (b)’de yer alan tanıma ve tenfizi red sebepleridir.

Yargıtay bu hükme dayanarak uluslararası nitelikte hakem kararlarının iptali yoluna gidebilmektedir. Oysa MTK’nın uygulama alanı “yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar”dır. Bu hükümde ifade edilen hukuk, maddi hukuk değil usul hukuku kurallarıdır. “Hakim hukuku bilir” (*iura novit curia*) usul hukuku prensibidir. Türkiye’de yapılan tahkimlerde bu takdir gücünü aşmadan ve tarafsız şekilde uygulanır⁹⁷.

Usuli kamu düzenine aykırılık da tanıma ve tenfizi red sebebidir. Savunma hakkının ihlali böyledir (New York Sözleşmesi VI/b). Hakem kararının tenfiz devleti hukukunda tahkime elverişli olmayan bir konuda verilmiş olması, New York Sözleşmesi V 2 (a) maddesinde ve MÖHUK 62/1 (c) maddesinde tenfizi red sebebidir⁹⁸.

2- Tanım

Bir devletin kamu düzeninin hakem kararı üzerinde etkili olması için, o devletle tahkim arasında yeterli bir bağın bulunması gerekir. Buna Fransızca “kamu düzeninin hafifletilmiş etkisi” (*effet atténué*) denir⁹⁹. Bu sorun İsviçre’de SGTM v. Bangladesh tahkim davasında incelenmiştir. İsviçre kamu düzeninin müdahalesini haklı kılan yeterli bağın olduğu Federal Mahkeme tarafından

⁹⁴**Torremans** Paul/**Fawcett**, James (eds): Cheshire, North & Fawcett, Private International Law, 15th ed., Oxford University Press, Oxford 2017, s. 133; **Mayer**, Pierre/ **Heuzé**, Vincent: Droit International Privé, 11th ed., LGDS, 2014, No. 397, s. 282-283.

⁹⁵ **Maurer**, s. 54-55.

⁹⁶ **Maurer**, s. 55.

⁹⁷ **Yasan-Tepetaş**, Candan: “Iura Novit Curia in Turkish Arbitration Law”, ed. Matthias Scherer, ASA Bulletin 2021, Vol. 39, Issue:4, s. 835.

⁹⁸ **Ekşi**, Nuray: “Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni”, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, PPIL Bul., Vol. 40, Issue 1, s. 152.

⁹⁹ **Loussouarn**, Yvon/**Bourel**, Pierre/ **Vareilles-Somiènes de** Pascal : Droit International Privé, 10e. Paris 2013, s. 850 vd.

kabul edilmiştir. Zira tahkim birkaç yıldan beri İsviçre topraklarında (Cenevre’de) yürütülmüştür ve İsviçre’nin itibarı söz konusudur¹⁰⁰.

Ulusötesi (transnational) ya da gerçek uluslararası kamu düzenine ne hakemler, ne de taraflar karşı gelebilirler ve bunun klasik örneği yolsuzluk ve rüşvettir¹⁰¹. Yerleşmiş bir *opinio juris* olarak etik sosyal üzerine kurulu ulusötesi kamu düzeni etkisini gösterir. Amaç uluslararası toplumun çıkarını korumaktır¹⁰². Çağımızda farklı milletlerden gelen hakemler *lex mercatoria*’yı uygularken, en azından Avrupa’da, bu kurallara dikkat etmektedirler¹⁰³.

Yargıtay 2012 yılına kadar gerekçesiz kararları kamu düzenine aykırı saymıştır¹⁰⁴. Yargıtay İctihatları Birleştirme Genel Kurulu’nun 10.2.2012 tarihli kararında¹⁰⁵ yaptığı tanım oldukça ayrıntılıdır. Yargıtay Daireleri bir dönem kamu düzenini çok geniş yorumlamıştır (Keban Barajı kararı gibi), bu ise yabancı doktrinde eleştirilere neden olmuştur¹⁰⁶.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi bir kararında¹⁰⁷, taraflarca yürürlükteki Türk kanunları ibaresi kullanılmasına rağmen hakem heyetinin Zürih kantonu usul hukukunu uygulayarak verdiği kararın tanınması ve tenfizini reddetmiştir. Bunun nedeni yürürlükteki “Türk kanunları” ifadesinin yalnız Türk maddi hukukunu değil, usul hukukunu da kapsıyor olmasıdır.

Şanlı da kamu düzeni kavramının uluslararası uygulamaya aykırı biçimde kullanıldığını ifade etmiştir¹⁰⁸.

Ekşi 2000’li yıllardan itibaren liberal kamu düzeni anlayışına Türk ve Amerikan şirketleri arasında bir orta yolun yapımı için kurulan *joint-venture* ile geçildiğini ve kamu düzeninin daha dar yorumlanmaya başladığını iddia etmektedir¹⁰⁹.

Adil yargılama hakkına aykırılık, usuli kamu düzenine aykırılık sayılır. Akhisar mahkemesinin New York Sözleşmesi (V-2/b) ye göre tenfizi red sebebi davacı firmanın Alman ve

¹⁰⁰ ATF 102/ a 581, bkz. **Dayınlarlı**, Kemal : Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni. Tahkime Etkileri ve Sonuçları, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2011, s. 105 vd.

¹⁰¹ **Lalive**, Pierre : “Ordre Public Transnational (ou Réelment International) et Arbitrage International”, Rev. D. Arb.1986, s. 330.

¹⁰² **Lalive**, s.331.

¹⁰³ **Lalive**, s.333.

¹⁰⁴ Kararlar için bkz. **Demir-Gökyayla**, Cemile: “The Turkish Supreme Court’s Approach to Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Under the New York Convention”, Schiedsvz 2020, s. 277.

¹⁰⁵ İç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi Türk hukukunun genel değerlerine, Tür genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyi niyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkelerine ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hakkı ve özgürlüklere aykırılık şeklinde çizilebilir”. E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.02.2012.

¹⁰⁶ **Kerr**, Michael: “Concord and Conflict in International Arbitration”, Arbitration International, Vol. 13, No. 1, s. 139-140.

¹⁰⁷ Bu karar Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca onanmıştır. H.G.K. E. 1999/15235, K. 1999/273, T. 5.5.1999, **Ekşi**, Nuray: Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, BETA, İstanbul 2007, s. 470-476.

¹⁰⁸ Teşviklerden yaralanması konusunda sadece Türk şirketinin teşviklerden yararlanabileceği, teşvik belgelerindeki menfaatlerin bölüşümünü reddetmiş, sadece Türk şirketinin teşviklerden yararlanabileceği, kararın kamu düzenine aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Bkz. **Şanlı**, Cemal: “Türkiye’de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, Prof. Dr. Yılmaz Artuğ’a Armağan, MHB 1997-1998, 17-18 (1-2), s. 393-406-407.

¹⁰⁹ **Ekşi**, Yargıtay, s. 171.

tek hakemin İsviçre Alman kantonundan olması idi. Yargıtay bu iddianın hakemin tarafsızlığına ve tenfize etki etmeyeceğini kabul etmiştir¹¹⁰.

İstanbul İstinaf Mahkemesi bir kararında Siemens ile bir Türk şirketi arasındaki akdi bu nedenle iptal etmiştir¹¹¹. Nedeni, asli savunma haklarına aykırılıktır. Mahkeme teknik uzman raporlarının çelişmesine karşın karar vermiştir. Bir diğer neden aynı kararda Türk olan hakemlere İngilizce akdin Türkçe çevirisinin verilmemesidir.

3- Doğrudan Uygulanan Kurallara Aykırılık

Doğrudan uygulanan kuralların tahkim yargısına etkisi, ilk olarak uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olmamasından doğar. İflas davalarında tahkim şartı, iflas kararı verilmesi konusunda ortaya çıkar. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 21.12.2021 tarihli kararında¹¹² “hak arama özgürlüğü kapsamında mahkemeye başvuran tarafın alacağına bir an önce kavuşmak için iflas yoluyla takip talebinde bulunması ve takibe itiraz üzerine mahkemede dava açması yolunu seçmesi durumunda, sözleşmedeki tahkim şartının öne sürülmesinin iyi niyetli bir yaklaşım olarak değerlendirilemez” kararına varmıştır. Yargıtay bu kararın T.M.K 2. maddesine dayandırmıştır¹¹³.

İkinci etki, uygulanacak hukukun veya 3. bir devlet hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına aykırılık, üçüncü etki ise hakem kararı verildikten sonra iptal veya tanıma ve tenfiz sırasında ortaya çıkan etkilerdir¹¹⁴.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 28.2.2018 tarihli kararında¹¹⁵ İngiliz hakem heyeti tarafından verilen ve üst hakem kurulu tarafından onanarak kesinleşen kararın tenfizine ilişkin kararın bozulmasına karar vermiştir. Mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda GDO ile ilgili Türk hukukunda Biogüvenlik Kanunu hükümlerine aykırılık nedeniyle kararın tenfizinin reddine karar verilmiş ve onanmıştır.

4- Türk Mahkemelerinden Verilen Kararla Çelişik Kararın Tenfiz Talebi¹¹⁶

ICC tarafından verilen 17586/FM/MHM/EMT no’lu kararın tanınması ve tenfizi istenmiştir. Mahkeme hakem kararının Türk mahkemelerince verilmiş ve kesinleşmiş mahkeme kararı ile çeliştiği, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle kamu düzenine aykırı bularak davanın reddine karar vermiştir.

¹¹⁰ Yargıtay 11. H.D. E. 2015/11441, K. 2016/8701, T. 8.12.2016 bkz. lexpera.com.tr, 05/09/2023.

¹¹¹ İstanbul BAM, E. 2018/6, K. 2018/7, **Sirmen**, Kazım Sedat: “The Public Policy Exception in Recognition and Enforcement Proceedings of Foreign Arbitral Awards: A Comparative Analysis of German, Swiss and Turkish Practice” in International Arbitration in Time of Economic Nationalism, Eds. Arp, Björn/Polanco, Rodrigo, Wolters Kluwer, The Netherlands 2022, s. 167.

¹¹² Hukuk Genel Kurulu E. 2019/574, K. 2021/1710, Tarih: 21.12.2021 bkz. lexpera.com.tr, (erişim tarihi: 05/09/2023).

¹¹³ **Boztaş** Nevzat: “Tahkim Sözleşmesi”, Tahkimde Güncel Sorunlar Türk Tahkim Akademisi, Ankara 2023, s. 92.

¹¹⁴ **Takavut**, İbrahim Davut: Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 76 vd.

¹¹⁵ Yargıtay 19. H.D., E. 2017/4228, K. 2018/1042, T. 28.2.2018 bkz. lexpera.com.tr, 05/09/2023.

¹¹⁶ Yargıtay 11. H.D., E. 2016/14160, K.2018/7501, T. 29.11.2018 bkz. lexpera.com.tr, erişim tarihi: 05/09/2023.

İstanbul 7. Ağır Ceza Mahkemesi kararında davalıların aralarında bulunduğu sanıkların nitelikli dolandırıcılık, sahtecilik gibi suçlardan beraat etmesine karar verilmiş ve bu karar onanmıştır. Dolayısıyla çelişkili bir karar olmadığından, kamu düzenine aykırılık söz konusu değildir.

Ayrıca raporun sadece davalının avukatları ve uzmanlar tarafından incelemesine izin verilmesi, davalı şirket yetkililerinin raporu görmelerinin yasaklanması yönteminin yargılamada uygulanmasının usul kurallarına aykırılığı belirlenememiştir. Kamu düzenine aykırılık nedeniyle davanın reddi görülmemiş, karar bozulmuştur.

5- Uyuşmazlığın Tahkime Elverişsizliği Nedeniyle İptalin Reddine İlişkin Karar¹¹⁷

Taraflar arasında yapılan eser sözleşmesinden kaynaklanan ihtilaf nedeniyle tahkim yargılaması sonucu verilen kararın iptali için dava açılmıştır. Bölge Adliye Mahkemesi hakem kararının iptaline karar vermiştir. Yargıtay Dairesi 4686 sayılı Kanunun 2. maddesine göre yabancılık unsuru bulunduğunu, MTK'nın uygulanacağını kabul etmiştir. Taraflar Türk mahalli hukukunun uygulanacağını ve MTO Yönetmeliği uyarınca ihtilafın çözümleneceğini kabul etmiştir.

MTK'a göre uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması ve kamu düzenine aykırılık re'sen dikkate alınabilecek hususlardır.

İç hukukta ve Devletler Özel Hukukunda kamu düzeninin farklı olduğunu, Devletler Özel Hukukunda dar yorumlanması gerektiğini belirten daire, tanım için İçtihatları Birleştirme Genel Kurulunun E. 2010/1 K. 2012/1, T. 10.02.2012 tarihli kararı ile Hukuk Genel Kurulu'nun 30.09.2015 T. Ve E. 2013/13-1847, K. 2015/2020 sayılı kararlarındaki tanımlara değinmiştir. "Bu hususlar dikkate alındığında, kararın kamu düzenine aykırı olması nedeniyle iptaline karar vermek için yalnızca hukuka aykırı olması yeterli değildir. Emredici olsun veya olmasın bir kanun hükmünün uygulanmamış veya yanlış uygulanmış olması da yeterli değildir."

Kamu düzenine aykırılık söz konusu değildir. Aksi MYK 15. maddedeki sınırlılık ilkelerine ve MTK 10/e maddesine aykırı olacaktır. İptal davasının tümünden reddi gerekir.

6- Türk Hukukuna Göre Tahkime Elverişli Olmayan Konularda Verilen Kararların Tenfizi

Tahkime elverişlilik (*arbitrability*), münhasıran konunun tanınıp, tenfiz edilmesi istenen devletin hukukuna tâbidir. New York Sözleşmesi V (2) (a) yetkili otoriteyi tanıma ve tenfizi reddetmeye zorlamaz (*may refuse*)¹¹⁸.

Objektif elverişlilik konusunda, uluslararası özel hukukta; Devlet işlemleri, tröst karşıtı hukuk, tüketici hukuku, distribütörlük anlaşmaları, aile ve miras hukuku, hukuka aykırılık (sadece

¹¹⁷ Yargıtay 15. HD, E.2019/2474, K.2019/3640, T.26.9.2019 bkz. lexpera.com.tr, erişim tarihi: 05/09/2023.

¹¹⁸ **Quinke**, David: New York Convention, Article-by-Article, 2nd Ed., eds. **Wolff**, Reinman et al, Beck/Hart/ Nomos, München 2019, No. 448-449, s. 405.

tahkim şartı geçerliliği ile ilgilidir), ambargo, iflas hukuku, fikri mülkiyet hakları, şirket içi ihtilaflar, iş hukuku, güvenlik hukuku ve vergi hukuku gösterilebilir¹¹⁹.

a- Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Yabancı Mahkeme Kararının Tenfizine İlişkin 2.4.2018 tarihli kararı¹²⁰

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin yabancı mahkeme kararının tenfiziyle ilgili 2.4.2018 tarihli kararında Alman mahkemesince verilen kararın T.T.K'nın 405/2. maddesinde “pay sahipleri sermaye olarak şirkete verdiklerini geri isteyemezler” hükmüne dayanarak kamu düzenine aykırılığı nedeniyle tenfizi reddedilmiştir.

Kararın temyizi üzerine ilgili Daire, benzer olaylarda Türkiye’de açılan davaların reddedilmesine karşın, aynı şartlarla yabancı ortaklara yabancı mahkemelerde açılan davaların kabul edilmesinin Türk kamu düzenine aykırılık oluşturup oluşturmayacağı incelenmiştir.

Türk tarafların Türk hukukunun emredici hükümlerinden kaçmak amacıyla yabancı mahkemeden karar elde etmeye çalışması da mümkündür. Ancak böyle bir durumun varlığı ispat edilmiş değildir. Kaldı ki aynı kural Almanya’da da kabul edilmiştir. “Aynı davanın Türk mahkemelerinde görülmesi halinde farklı sonuca varılacak olma ihtimalinin “tek başına” kamu düzenine aykırılık oluşturmayacağı kabul edilmiştir.

b- Hukuk Genel Kurulunun 8.2.2012 tarihli kararı

Hukuk Genel Kurulu 8.2.2012 tarihli kararında yabancı şirketten kesilen vergi stopajlarının D’ye iade edildiği, vergi iadeleri talebiyle ICC’ye başvurulduğu, ICC hakem kararının stopajların iadesine ilişkin olduğu, bunun ise Türk vergi kanunlarına aykırı olduğu yönündeki Yargıtay 13. Hukuk Dairesi kararı¹²¹, Hukuk Genel Kurulunca onanmıştır¹²².

Muhalefet şerhinde haklı olarak kararın verginin devlete ödenmesiyle ilgili olmadığı, hangi tarafça ödeneceğine ilişkin olduğu için yerel mahkemenin tenfiz kararını tanınması gerektiği ifade edilmiştir.

Sonuç

Hem Avrupa (Cenevre) Sözleşmesine hem de New York Sözleşmesine taraf olan devletler için, Avrupa Sözleşmesi’nin IX. maddesi, başka bir ülkede iptal edilen kararın tanınmasını sınırlamaktadır. Avrupa Sözleşmesi IX (2), New York Sözleşmesi VII (e)’yi sınırlar. Kamu düzeni nedeniyle iptal edilen bir karar, tanınmama durumunda değildir. Kamu düzeni standartlarının tamamı

¹¹⁹ Quinke, No. 451 vd. ,s. 406 vd.

¹²⁰ Yargıtay 11. H.D., E. 2016/13601, K. 2018/2276, T 2.4.2018 bkz. lexpera.com.tr, erişim tarihi: 05/09/2023.

¹²¹ Yargıtay 13. H.D., E. 2009/4018, K. 2009/15528, T. 29.12.2009 bkz. lexpera.com.tr, erişim tarihi: 05/09/2023.

¹²² Hukuk Genel Kurulu E. 2011/568, K. 2012/47, T. 8.2.2012 bkz. lexpera.com.tr, erişim tarihi: 05/09/2023.

milli karakterdedir. Eğer kararın icrası tenfiz devletinin kamu düzenini ihlal etmiyorsa, karar tanınabilir¹²³.

İstisnai olarak verildiği ÷lkede iptal edilen karar yabancı mahkemece tenfizine karar verildikten sonra düzeltilabilir. Bu aşamada hakkaniyet ile hukuki belirlilik hakkı arasındaki dengeye dikkat edilmelidir¹²⁴.

Prensip olarak uluslararası hakem kararlarının Türkiye’de iptali değil, tenfizi söz konusu olmalıdır. Bir hakem kararının iptale konu olabilmesi için ya Türkiye’de verilmesi, ya da yabancı ÷lkede verilmekle birlikte, usule Türk hukuku uygulanarak verilmesi gerekir.

Kaldı ki New York Sözleşmesi esas olarak coğrafi kriteri kabul ettiği için, yabancı bir devlette verilen kararların tanınması ve tenfizi asıldır. Usule uygulanacak hukuk prensibi tâli niteliktedir.

Kanaatimizce ICC gibi uluslararası tahkim kuruluşları kurallarına uygun olarak verilen kararların iptali talepleri reddedilmelidir. İptal davasının sırf hakem kararının tenfizini geciktirmek için açılması durumunda mahkeme tenfiz davasını durdurmamalıdır. Hakem kararı esastan iptal edilirse, tenfiz risklidir ve iptal talep eden kişinin itibarını zedeleyebilir.

New York Sözleşmesi’ne göre uluslararası bir hakem kararı ancak tahkim yeri mahkemesi veya hakem kararının milliyeti hangi hukuka bağlıysa, bu mahkemece iptal edilebilir (V-1/e maddesi). “Hangi hukuka göre verilmişse” ifadesi, usule uygulanacak hukuku gösterir. Bazı ÷lkelerde kararlar milli mahkemelerce kendi usul kuralları dışında bir hukukun uygulanması nedeniyle iptal edilebilmektedir. Bunlara örnek olarak Hindistan, Pakistan ve Endonezya mahkemeleri gösterilebilir.

Diğer yandan New York Sözleşmesinin II/1. maddesi, “Âkit devletlerden her biri, tarafların akde dayanan veya akdi olmayan, belli bir hukuk münasebetinden aralarında doğmuş veya ileride doğabilecek hakemlik yoluyla halledilmesi mümkün bir konu ile ilgili uyuşmazlıkların tamamını veya bir kısmını hakeme hallettirmek üzere birbirlerine karşı tahkimde girişimlerine dair yazılı anlaşmalar muteber addolunur” ifadesi ile tüm mahalli iptal usullerini ihmal edebileceğini ve pratikte sınırlandırabileceğini göstermiştir¹²⁵.

Tarafların bir devletin usul kanununu seçmesi halinde, bu kanun tahkimi yönetebilir. Bazı ÷lkeler New York Sözleşmesindeki “tahkim anlaşmasını yöneten hukuk” ifadesi ile akdi idare eden hukuku karıştırmaktadırlar. Bu yanlış sonuçlara götürmekte ve andlaşmanın diline aykırı düşmektedir¹²⁶.

1966 revizyonundan önce bazı Hindistan, Pakistan, Endonezya ve Türkiye mahkemelerinde uygulanmıştır¹²⁷. Türk hukukunda METEX kararı buna örnek gösterilebilir. Yargıtay İsviçre’de

¹²³ **Quinke**, No:520, s. 433-434.

¹²⁴ **Quinke**, No: 416-417, s. 393.

¹²⁵ **Born**, No. 25.02, s. 3431.

¹²⁶ **Born**, No. 2204 (A), s. 3243.

¹²⁷ **Born**, s. 3247 dn 635.

verilen kararın tenfizini reddetmiş, hakemlerin tarafların seçtiği Türk hukuku yerine İsviçre usul hukukunu uygulamasını tenfize engel saymıştır.

Born'a göre; bugün dünyada sadece tek bir mahkeme iptal kararı vermektedir¹²⁸.

Kaynakça

Akıncı, Ziya, “Verildiği Ülkede İptal Edilen Kararların Türkiye’de Tenfizi”, İZBD 1994, Y. 59, s. 9-21.

Ataman-Figenmeşe, İnci, “Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrole Tâbi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri”, PPIL Bul., Vol. 31, Issue 2, s. 35-81.

Blackby, Nigel/**Partasides**, Constantine et al (eds.), **Redfern and Hunter** On International Arbitration, 7th ed., Kluwer Law International, Oxford University Press 2023.

Born, Gary B., International Commercial Arbitration, V:3, 3rd edn., Walters/Kluwer, The Netherlands 2021.

Boztaş, Nevzat, “Tahkim Sözleşmesi”, Tahkimde Güncel Sorunlar Türk Tahkim Akademisi, Ankara 2023, s. 83-94.

Dayınlarlı, Kemal, Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni. Tahkime Etkileri ve Sonuçları, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2011.

Demir-Gökyayla, Cemile, “The Turkish Supreme Court’s Approach to Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Under the New York Convention”, Schiedsvz 2020, s. 265-283.

Drahozal, Christopher R., “Enforcing Vacated International Arbitration Awards: An Economic Approach”, Am. Rev. of Arb. 2000, Vol.1, s. 451-480.

Ekşi, Nuray, “Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi”; ABD 2009, Y. 67, S. 1, s.54-74. (Anılış: Yargıtay)

¹²⁸ Karaha Bodos Co. V. Peru Sahaan Pertanibangan Minyakı Don Gus Benti Negova, 364 F:3d 274, 30.08.09 (5th 2004) etc. **Born**, s. 3249 dn. 646.

Ekşi, Nuray, “Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni”, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, PPIL Bul., Vol. 40, Issue 1, s. 143-201.

Ekşi, Nuray, New York Konvansiyonuna Göre İptal Edilmiş Kararların Tenfizi, Beta Yayınları, İstanbul 2009.

Ekşi, Nuray, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, BETA, İstanbul 2007. (Anılış: İptal)

Esen, Emre, “Violation of the Right to A Fair Trial in Arbitration: Analysing the Turkish Court of Cassation’s Decision of 10 February 2021”, AFDI, 71, s. 99-117.

Fouchard, Philippe, “La Portée Internationale. De L'annulation De La Sentence. Arbitrale Dans Son Pays D'origine”, Rev. del'arbitrale 1993 No3/e, s. 330-352.

Gaillard, Emmanuel, “The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin”, ICSID Review 1999, p. 16-45. (Anılış: Set Aside)

Gaillard, Emmanuel/Savage, John, Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, eds. Gaillard/Savage, 1st ed., Kluwer Law International, 1999.

Holtmann, Howard, “A Task for the 21st Century: Creating a New International Court for Resolving Disputes on the Enforceability of Arbitral Awards”, eds. Hunter, Martin / Marriott, Arthur / Veeder V. V., The Internalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, Graham & Trotman / Martinus Nijhoff, London, Dordrecht, Boston 1995, s. 104-114.

Kerr, Michael, “Concord and Conflict in International Arbitration”, Arbitration International 1997, Vol. 13, Issue 2, s. 121-144.

Kocasakal, Hatice, “Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının Tenfiz Edilebilirliği”, Ed. Balkan Bozkurt, Süheyla, Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler, Oniki Levha, İstanbul 2018, s. 139-148.

LaLive, Pierre,” Ordre Public Transnational (ou Réelment International) et Arbitrage International,” Rev. D. Arb.1986, s. 329 -371.

Loussouarn, Yvon/Bourel, Pierre, Varailles Droit International Privé, 10 e. Paris 2013.

Maurer, Anton G., The Public Policy Exception Under The New York Convention: History, Interpretation and Application, Revised Edition, Junis Net, New York 2012.

Mayer, Pierre./Sheppard, Audley, “Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards”, Arbitration International 2003, Vol. 19, No. 2, s. 249-263.

Ögünç, Esra, “Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, AÜHFD 2021, C. 70, S. 3, s. 801-839.

Ökcün, A. Gündüz, Devletler Hususi Hukuku’nun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, 1997.

Özsunay, Ergun, 21. Yüzyılda Tahkim Hukukunda Üç Önemli Reform, Vedat Kitabevi, İstanbul 2014.

Park, W. William, “Duty and Discretion in International Arbitration”, Am. Rev. of Arb. 1999, Vol. 93, No. 4, s. 805-823. (Anılış: Duty)

Park, W. William, “The Lex Loci Arbirtı and International Commercial Arbitration”, I.C.L.Q Jan 1983, Vol. 32, s. 21-52. (Anılış: Lex Loci Arbitri)

Paulsson, Jan, “Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin”, I.C.L.Q 1981, Vol. 30, No. 2, s. 358-387 .

Paulsson, Jan, “Delocalisation of International Commercial Atbitration: When an Why It Matters Author(s)”, I.C.L.Q, Jan 1983, Vol. 32, No.1, s. 53-61. (Anılış: Delocalisation)

Paulsson, Jan, “Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding A Local Standart Annulements”, APLR 1998, Vol. 6, No. 2, s. 1-28. (Anılış: Enforcing)

Poudret Jean François/Besson, Sébastien, Comperative Law of International Arbitration, Sweet&Maxwell, London 2007.

Quinke, David, New York Convention, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958, Article by article Commentary, 2nd ed, Eds. Wolff, Reinmar et al, Beck/Hart/Nomos, München 2019.

Rubino-Sammartano, Mauro, International Arbitration, Law and Practice, 3rd ed., V.III, Juris, New York 2014.

Sirmen, Kazım Sedat, “The Concept of Public Policy in The Eco Swiss Decision of The Court of Justice of The European Union And Its Impact on The Intra-Eu Investment Treaty Arbitrations”, İNÜHFD 2021, C. 12, S. 2, s. 438-449.

Sirmen, Kazım Sedat, “The Public Policy Exception in Recognition and Enforcement Proceedings of Foreign Arbitral Awards: A Comparative Analysis of German, Swiss and Turkish Practice” in International Arbitration in Time of Economic Nationalism, Eds. Arp, Björn/Polanco, Rodrigo, Wolters Kluwer, The Netherlands 2022.

Şanlı, Cemal, “Türkiye’de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, Prof. Dr. Yılmaz Artuğ’a Armağan, MHB 1997-1998, 17-18 (1-2), s. 393-406.

Takavut, İbrahim Davut, Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2018.

Tarman, Derya Zeynep, “İptal Edilmiş Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, TBBD 2010, S. 90, s. 123-138.

Van den Berg, Jan Albert, Hypotetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards (The Miami Draft) AJB/Rev. 06/29-May 2008.

Van den Berg, Albert Jan, The New York Arbitration Convention of 1958, Kluwer Law, The Hague 1981.

Van den Berg, Albert Jan, “Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished?” ICSID Review 2014, Vol. 297, No. 2, s. 263-288.

Van den Berg, Albert Jan, “Enforcement of Annuled Awards?” The ICC Int. Court of Arb. Bulletin November 1998, Vol. 2, s.15-21. (Anılış: Annuled Awards)

Van den Berg, Albert Jan, “The New York Arbitration Convention on 1958”, Asser/Kluwer, The Hague 1981.

Yasan-Tepetaş, Candan, “Iura Novit Ciria in Turkish Arbitration Law”, Ed. Scherer, Matthias, Kluwer Law International, ASA Bulletin 2021, Vol. 39, Issue 4, p. 825-835.

Yeşilova, Bilgehan, “1961 Cenevre (Avrupa) Sözleşmesi'nin Türk Milletlerarası Tahkim Hukukundaki Yeri ve Uygulama Alanı (MTK M. 1/VI)”, UTDER 2014, C. 3, S. 2, s.137-186. (Anılış: Cenevre)

Yeşilova, Bilgehan, “Lex (loci) Arbitri” ve “Tahkim Yeri” Kavramları Işığında Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Yer İtibariyle Uygulanma Alanı (MTK. M. I/II)”, UTDER Y. 2013, C. 2, S. 1, s. 99-163.

KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ HUKUKU'NDA
KOOPERATİFLERİN İÇ İLİŞKİLERİNDEN KAYNAKLI UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM
YÖNTEMİNİN HUKUKİ AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Hakan BİLGEÇ*

Öz

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC)'nde kooperatif uygulaması oldukça yaygındır. Kooperatiflere ilişkin düzenlemeler, Fası 114 Kooperatif Şirketler Yasası ve bu Yasa'da dayanağını bulan Kooperatif Şirketler Tüzüğü'nde yer almaktadır. Her iki düzenlemede de kooperatiflerin iç ilişkilerinden kaynaklı uyuşmazlıklara ilişkin çözüm merci olarak Mukayyit gösterilmiş; söz konusu uyuşmazlıklar yargı denetimi dışında bırakılmıştır. Türkiye Cumhuriyeti (T.C.) hukukunda ise kooperatiflere ilişkin 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu kapsamında yer alan uyuşmazlıklar mutlak ticari dava olarak nitelendirilmiştir (KoopK m. 99). Çalışmada, kooperatiflere ilişkin uyuşmazlıklar kapsamında her iki hukuk sistemi arasındaki farklılıklara temas edilerek KKTC mevzuatındaki düzenlemeler ve konuya ilişkin yargı kararları ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. İnceleme esnasında kooperatiflerin iç ilişkilerinden kaynaklı uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği ve Fası 114 Kooperatif Şirketler Yasası'nda öngörülen çözüm yönteminin adil yargılanma hakkı karşısındaki hukuki durumu üzerinde kapsamlı bir şekilde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Kooperatif, Ticari Dava, Tahkim, Mukayyit, Adil Yargılanma Hakkı.

*LEGAL EVALUATION OF THE METHOD OF RESOLVING DISPUTES ARISING FROM THE
INTERNAL RELATIONS OF COOPERATIVES IN THE LAW OF THE TURKISH REPUBLIC OF
NORTHERN CYPRUS*

ABSTRACT

Cooperative practice is quite common in the Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC). The regulations related to cooperatives are contained in Chapter 114 of the Cooperative Companies Act and the Cooperative Companies Charter, which is based on this Act. In both regulations, the registrar for disputes arising from the internal relations of cooperatives was shown as the corresponding authority; these disputes were excluded from judicial supervision. In the Republic of Turkey (T.C.) Law, disputes related to cooperatives are classified as absolute commercial litigation

* Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Gazimağusa, KKTC (hakan.bilgec@emu.edu.tr), ORCID: 0000-0001-7951-0756.

in the Cooperative Law No. 1163. In this study, the differences between the two legal systems within the scope of disputes related to cooperatives were examined in detail by contacting the regulations in the TRNC legislation and judicial Decrees related to the issue. During the examination, the arbitrability of disputes arising from the internal relations of cooperatives and the status of the settlement method provided for in Chapter 114 of the Law on Cooperatives Companies in terms of the right to a fair trial were discussed in detail.

Keywords: Cooperative, Commercial Litigation, Arbitration, Registrar, Right to a Fair Trial.

Giriş

Dünya üzerindeki modern hukuk sistemleri temelde üçe ayrılarak incelenmektedir: Bunlar, Kara Avrupası hukuk sistemi, Anglo-Amerikan hukuk sistemi ve Şer'i hukuk sistemi olarak adlandırılmaktadır. Şer'i hukuk sistemi ayrık tutulduğunda, çağdaş hukuk sistemini benimseyen ülkeler Kara Avrupası hukuk sistemine dahil olanlar ve Anglo-Amerikan hukuk sistemine dahil olanlar şeklinde geleneksel olarak iki grupta incelenmektedir. KKTC hukuk sistemi ise Ada'nın tarihinin bir yansıması olarak bu geleneksel ayırımı farklı bir konuma sahiptir. KKTC hukuku, Ada'nın İngiliz hakimiyetinde olduğu dönemdeki yoğun etkileşim sonucunda Anglo-Amerikan hukuk sistemine daha yakın bir konumda olsa da özellikle son dönemde T.C.'deki düzenlemelerden de etkilenecek yürürlüğe konulan yasalar Kara Avrupası hukuk sistemi özellikleri de göstermektedir. Makro düzeyde ülkedeki hukuk sistemindeki bu karma yapı mikro düzeyde yasalar içinde dahi ortaya çıkmaktadır. Örneğin Anglo-Amerikan hukuk sistemine göre hazırlanmış bir yasa sonradan yapılan değişiklikler ve eklenen maddeler Kara Avrupası hukuk sistemi özellikleri taşıyabilmektedir¹. Bu nedenle KKTC hukuku üzerinde araştırma yapmak bir nebze zorlayıcı olabilmekte; özellikle kurumlar arasındaki farkların anlaşılabilmesi için T.C. hukuku ile karşılaştırmalı çalışmayı gerektirmektedir. Bu çalışmada da, inceleme konusu olan sorun hakkında T.C. hukukundaki düzenlemelere de yer verilmiştir. Çalışmada, T.C. hukuku bakımından 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu² düzenlemesi ile KKTC hukuku bakımından Fesil 114 Kooperatif Şirketler Yasası³ ile bu Yasa'ya dayanılarak hazırlanan Kooperatif Şirketler Tüzüğü hükümleri temel alınmıştır. *Kanun* ve *yasa* sözcükleri eş anlamlı kelimeler de olsa her iki ülke mevzuatında tercih farklı olduğu için söz konusu hukuki metinler resmi gazetelerde yayınlanan isimleri ile anılmış; T.C. hukukuna ilişkin açıklamalarda kanun, KKTC hukukuna ilişkin açıklamalarda ise yasa kelimesi tercih edilmiştir. Öte

¹ Fesil 262 Poliçeler Yasası bu duruma bir örnek teşkil etmektedir. KKTC hukukunda çeki de kapsar şekilde düzenlenen Fesil 262 Poliçeler Yasası'nın önemli bir bölümünün mehzazı İngiliz hukuku olmasına rağmen Yasa'ya sonradan eklenen ve bir çekin hukuken karşılıksız kalmasına ilişkin hükümlerin mehzazı T.C. hukukudur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Bilgeç**, Hakan: "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Çek Hukukunda Karşılıksız Çek ve Buna Bağlanan Yaptırım", AÜHFĐ 2019, C. LXVIII, S. 2, s. 371 vd.

² T.C. RG, 10.05.1969, S. 13195.

³ Yasanın tam metni için bkz. <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx> (Erişim Tarihi: 29.10.2023).

yandan, çalışmada *Kıbrıs Hukuku* ve *KKTC Hukuku* kavramları birbirinin ikamesi olarak kullanılmamıştır. Kooperatiflere ilişkin mevzuatın ana hatları KKTC'nin kuruluşundan⁴ önce de yürürlükte olduğundan KKTC'nin kuruluşundan önceki dönem Kıbrıs hukuku; kuruluştan sonraki dönem ise KKTC hukuku olarak anılmıştır⁵.

Kıbrıs'ta toplumsal ve ekonomik bir ihtiyaca cevaben İngiliz hakimiyetinin sürdüğü dönemde ortaya çıkan kooperatifleşme hareketi kısa sürede benimsenmiştir⁶. Günümüzde de KKTC'de kooperatif uygulamasının hayli yaygın olduğu gözlemlenmektedir. Bu durumun doğal sonucu da kooperatiflere ilişkin uyuşmazlıkların hukuk düzeninde oynadığı önemli roldür. T.C. hukuku ve KKTC hukuku kooperatiflere ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde farklı yollar tercih etmişlerdir. KKTC hukuku tarafından öngörülen çözüm yolu – ki bu çözüm yolu KKTC'nin kuruluşundan önceki dönemde de Kıbrıs mevzuatında yer almaktadır – çeşitli tarihlerde Anayasa Mahkemesi önüne de taşınmıştır. Çalışmamızda KKTC hukukunda tercih edilen çözüm yolunun hukuki açıdan isabetliliği ele alınmıştır.

I. Kooperatif Kavramı

Yardımlaşma ve iş birliği, neredeyse insanlığın ortaya çıkışı ile eş zamanlıdır. İnsanın doğa ile tek başına mücadele edemeyecek olması, hayatta kalabilmesi için diğer insanlarla yardımlaşmasını gerektirmiş ve böylelikle yardımlaşma ve iş birliğinin temellenmesine neden olmuştur. Tarihsel süreç içinde yardımlaşma ve iş birliği gelişmiş, türlere ayrılmış ve hukuk sistemleri tarafından da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Hukuki açıdan ekonomik kişi birliktelikleri arasında yer alan kooperatifler de sözü edilen yardımlaşma ve iş birliğinin gelişmiş bir ürünüdür. Nitekim kooperatif kelimesi Latince'de iş birliği anlamına gelen *cooperatio* kelimesinden türetilmiştir⁷. Günümüzde modern hukuk sistemlerinin neredeyse tamamında kooperatiflerle karşılaşmaktadır.

⁴ KKTC 15 Kasım 1983 tarihinde kurulmuştur.

⁵ Kıbrıs hukuk sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Turhan**, Turgut: “Tarihsel Bakış Açısıyla Kıbrıs Türk Hukuk Sistemi”, AÜHFD 2008, C. LVII, S. 2, s. 253.

⁶ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. II – B başlığı.

⁷ **Üstün**, Yusuf/ **Aydın**, Muhittin: Kooperatifler Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 1. Kooperatif kelimesinin kökenine ilişkin hangi dilde araştırma yapılırsa yapılsın gerek sözcük anlamıyla gerek uygulamaya yansısıyla ortaklaşa iş yapmak, bireyin tek başına yapamayacağı işi elbirliği veya bir koordinasyon içinde yapmak anlamına geldiği hakkında bkz. **Üstün/Aydın**, s. 1. Kooperatif kelimesinin Almanca karşılığını oluşturan *Genossenschaft* kelimesinin eski Almanca'daki *genoz* veya *enôz*dan kaynaklandığı ve *nôzun* davara anlamına geldiği, *Genosse*'nin davara başkalarıyla birlikte sahip olan şahısları, *Genossenschaft*'in da bunların topluluğunu ifade ettiği konusunda bkz. **Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2010, N. 1747. *Genosse* kelimesi, Almanca'da arkadaş, yoldaş anlamında da kullanılmaktadır. Dolayısıyla *Genossenschaft* kelimesi arkadaşlık, yoldaşlık, işbirliği, ortak iş yapma ve amaç birliği veya eylem birliği anlamlarına da gelmektedir. Bu konuda bkz. **Çınar**, Çağlar: Kooperatiflerde Pazarlama Yönetimi Açısından Sosyal Pazarlama ve Bir Uygulama, İstanbul 2010 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 5.

KKTC ve T.C. kültürlerinin bir parçası olan imece usulü⁸ basit anlamda kooperatifçilik hareketiyle benzer özellikler göstermektedir⁹. Kooperatifler bu usulün hukuken örgütlenmiş hali olarak nitelendirilebilir.

KKTC hukukunda kooperatiflere ilişkin temel düzenleme olan Fası 114 Kooperatif Şirketler Yasası'nda ve bu Yasa'ya dayanılarak çıkarılmış olan Kooperatif Şirketler Tüzüğü'nde kooperatife ilişkin yasal bir tanım yapılmamıştır. Buna karşın T.C. hukukunda Kooperatifler Kanunu'nun ilk maddesi tanıma ayrılmıştır. Söz konusu tanım şu şekildedir:

“Tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklara kooperatif denir.”

KKTC hukukunda kooperatifin yasal tanımı yapılmamış olmakla birlikte gerek Fası 114 Kooperatif Şirketler Yasası'nın başlığında gerekse de hükümlerinde kooperatiflerin şirket niteliğinde olduğu açık bir şekilde ortaya konulmuştur. Ayrıca, söz konusu Yasa'nın 58. maddesinde *kayıtlı şirketler* dışında kimsenin Bakanlar Kurulu'nun izni olmadan kooperatif sözcüğünün bulunduğu bir ad veya unvanla herhangi bir iş veya ticaret yapamayacağına ilişkin düzenleme de kooperatiflerin şirket niteliğini vurgular niteliktedir. T.C. hukukunda, Türk Ticaret Kanunu'nun 124. maddesinde kooperatiflerin ticaret şirketi niteliğini haiz olduğu düzenlenmiştir¹⁰.

II. Türkiye’de, Kıbrıs’ta ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde Kooperatifçiliğin Kısa Tarihi

A. Türkiye’de

1. Kooperatiflerin Ortaya Çıkışı ve Yaygınlaşması

Kooperatifçiliğin altında yatan temel düşünce olan dayanışma ve yardımlaşma Türk kültürüne yabancı olmayan kavramlardır. Türkiye’de Cumhuriyetin kuruluşundan önceki dönemde de var olan imece usulü ve ahi birliklerinin kooperatiflere benzer işlevleri olduğu söylenebilir. Türkiye’de ilk kooperatifçilik hareketinin 1863 yılında Niş Valisi Mithat Paşa tarafından kurulan *Memleket Sandıkları* olduğu kabul edilmektedir¹¹. Türkiye’de modern anlamda kooperatifçilik hareketleri ise

⁸ İmece usulü, “birçok kimsenin toplanıp el birliğiyle bir kişinin veya topluluğun işini görmesi ve böylece işlerin sıra ile bitirilmesi” anlamına gelmektedir. Tanım için bkz. TDK Büyük Sözlük (Erişim Tarihi: 17.02.2024).

⁹ Bu konuda bkz. Çıkin, Ayhan/Karacan, Ali Rıza: Genel Kooperatifçilik, İzmir 1994, s. 201; Oğuz, Hazal/Mete, Oğuz: “Kooperatiflerde Markalaşma ve Tüketici-Kooperatif Ürünleri İlişkisi: Torcu Örneği”, Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi 2017, S. 52 – Özel Sayı, s. 386-424, s. 391.

¹⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. III-A başlığı.

¹¹ *Memleket Sandıkları*, krediye ihtiyaç duyan çiftçilerin devlet arazilerini imece usulü ile ekmeleri ve elde edilen hasadın sandıklara yatırılması; ihtiyacı olan köylülerin de bu sandıklardan kredi kullanmasına olanak sağlayan bir sistemdir. Bkz. Üstün/Aydın, s. 28.

Cumhuriyetin ilanı sonrası yaşanmıştır: 1925 yılında ilk tüketim kooperatifi, 1934 yılında ilk yapı kooperatifi, 1948 yılında ilk tedarik kooperatifi, 1951 yılında ilk pancar ekicileri kooperatifi, 1951 yılında ilk esnaf kefalet kooperatifi kurulmuştur¹². Cumhuriyetin ilk yıllarında izlenen kalkınma politikaları kapsamında da teşvik edilen kooperatifçilik 1950’lü yıllardan itibaren ise, beklenen düzeye erişememiştir. Günümüzde nüfusun ancak yüzde onunu oluşturan kesimin kooperatiflere üye olduğu belirtilmektedir¹³.

2. Kooperatiflere İlişkin Hukuki Düzenlemelerin Gelişimi

Kooperatiflere ilişkin ilk hukuki düzenleme, kooperatifçilik hareketini başlatan Memleket Sandıkları’nı düzenlemek amacıyla hazırlanıp yürürlüğe konulan 1867 tarihli Memleket Sandıkları Nizamnamesi’dir. Cumhuriyetin kuruluşu sonrası yürürlüğe giren 865 sayılı Ticaret Kanunu¹⁴ ve onu takip eden 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹⁵ ile günümüzde yürürlükte olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda¹⁶ kooperatiflere ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bununla birlikte T.C. hukukunda kooperatifler 1969 yılından itibaren özel bir kanun niteliğindeki Kooperatifler Kanunu ile ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Önemle belirtmek gerekir ki, T.C. Anayasası’nda da doğrudan kooperatiflere ilişkin bir düzenleme mevcuttur. “*Kooperatifçiliğin Geliştirilmesi*” başlıklı T.C. Anayasası’nın 171. maddesi, “*Devlet, milli ekonominin yararlarını dikkate alarak, öncelikle üretimin arttırılmasını ve tüketicinin korunmasını amaçlayan kooperatifçiliğin gelişmesini sağlayacak tedbirleri alır*” şeklindedir. Görüldüğü üzere, kooperatifçiliğin geliştirilmesi noktasında devlete, Anayasa ile yüklenmiş bir görev mevcuttur.

B. Kıbrıs’ta ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde

1. Kooperatiflerin Ortaya Çıkışı ve Yaygınlaşması

KKTC görece genç sayılabilecek bir devlettir. Günümüzde KKTC’nin egemenliğinde bulunan coğrafyada kooperatiflerin tarihi ise bu devletin tarihinden daha eskidir. Bu nedenle kooperatifçiliğin tarihini KKTC’nin kuruluşundan önceki süreci de kapsayacak şekilde ele almak gerekmektedir.

Günümüzde de bu özelliği büyük oranda korumakla birlikte, tarihsel süreçte Kıbrıs ekonomisinin asıl üretim alanının tarıma dayalı olduğu anlaşılmaktadır. Kıbrıs Adası’nda Osmanlı hakimiyetinin sürdüğü dönemde uygulanan iltizam sisteminde, vergi, bir sonraki yılın beklenen hasadı üzerinden peşin olarak tahsil edilmekteydi. Oysa tarımla uğraşan kişilerin ekonomik koşulları nedeniyle genellikle böyle bir birikime sahip olmadıklarından öncelikle vergi olarak ödeyecekleri bu

¹² Üstün/Aydın, s. 28-29.

¹³ Üstün/Aydın, s. 30.

¹⁴ TC RG., 26.06.1926, S. 406.

¹⁵ TC RG., 09.07.1956, S. 9353.

¹⁶ TC RG., 14.02.2011, S. 27846.

parayı bulmaları gerekiyordu. Söz konusu para arayışı Ada'da tefecilerin varlık göstermesine neden olmuş; özellikle 1900'lü yılların başında tefecilik faaliyetleri oldukça yaygınlaşmıştı¹⁷.

Ekonomik yönden çok iyi durumda olmayan tarımla uğraşan kişiler için tefecilerin uyguladıkları yüksek faizler Ada'da ekonomik bir yıkıma neden oluyordu. Hele bir de mahsulün beklenenin altında kalması durumunda bu etki adeta katlanarak artıyordu. Ekonomik açıdan ciddi sorunlar doğuran bu durum 1900'lü yılların başında Ada'da bulunan İngiliz Yüksek Komiserliği'nin de dikkatini çekmiş ve adeta toplumsal bir sorun haline gelen tefeciliğin ortadan kaldırılması için arayışlara başlanmıştı. Çözüm arayışları kapsamında, üyelerine düşük faizle kredi veren kooperatiflerin kurulması gündeme gelmiş ve bu öneri kabul görmüştü. Bu doğrultuda Kıbrıs'ta ilk kurulan kooperatifler, kredi ve tasarruf kooperatifleri şeklinde örgütlenmişti. Kooperatifçilik alanında sonraki süreçte gelişim tüketim kooperatifçiliği ile devam etmişti¹⁸.

Kıbrıs Adası'nda ilk kooperatif, 1909 yılında Lefkonuk (Geçitkale)'ta kurulmuştu¹⁹. Söz konusu bu kooperatif bir kredi kooperatifiydi. 1914 yılında kooperatiflerin yasal olarak da düzenlenmesinin ardından²⁰ çeşitli köylerde kooperatif kuruluşları gerçekleşmişti²¹. İlk ortaya çıkan bu kooperatifler tarımla uğraşan kişilerin tefecilerden bağımsız hareket edebilme olanağı sağladıklarından bu kişilerin ilgi ve desteklerini toplamayı başarmışlardı. 1923 yılında ise yine Lefkonuk (Geçitkale)'ta Kıbrıs'ın ilk tüketim kooperatifi²² kurulmuş, bunu 1925 yılında Aslanköy'de kurulan tüketim kooperatifi izlemiştir.

İlk kooperatiflerin köylerde ortaya çıkması Kıbrıs'ta kooperatifçiliğin çağdaş ülkelerden farklı bir yol izlediğini göstermektedir. Çağdaş ülkelerin çoğunda kooperatifçilik hareketi merkezden kırsala doğru yönelirken Kıbrıs'ta bu yönelim kırsaldan merkeze doğru yaşanmıştır²³.

1925 yılına kadar Kıbrıs genelinde tespit edilebilen kooperatif sayısı 27 iken; 1930 yılına gelindiğinde kooperatif sayısı 326'ya ulaşmıştı. Bu yükselişte 1925 yılında kurulan Kıbrıs Ziraat Bankası'nın etkisinin olduğu belirtilmektedir. Zira, kooperatifler üyelerine kredi sağlayabilmek için kaynağa ihtiyaç duymaktadır. İşte 1925 yılında kurulan Kıbrıs Ziraat Bankası kooperatiflerin ihtiyaç duydukları söz konusu finansmanı sağlama işlevini yerine getirmişti. Başka bir ifade ile, kooperatiflerin duydukları kaynak ihtiyacı için merkezden ayrılan bütçe genişledikçe kooperatiflerin hareket alanı ve buna bağlı olarak da kooperatiflere duyulan ilgi artmıştı²⁴.

¹⁷ Tarihsel Gelişimi İçinde Kıbrıs'ta Sosyo-Ekonomik Yapı, s. 10 vd.

¹⁸ **Hasgüler**, Mehmet: Kıbrıs'ta Kooperatifçilik ve Tüketim Kooperatifleri Uygulaması, Lefkoşa 1996, s. 10 vd.

¹⁹ Bu kooperatifin, kurulduğu dönemde Kıbrıs'ta hakim olan sömürge yönetiminden bağımsız olarak kurulduğu hakkında bkz. **Hasgüler**, s. 16.

²⁰ Bkz. II – B – 2 başlığı.

²¹ **Hasgüler**, s. 17.

²² Kıbrıs'ta tüketim kooperatifleri kooperatif bakkaliyeleri olarak da anılmaktadır. Bkz. **Hasgüler**, s. 24.

²³ **Hasgüler**, s. 25.

²⁴ Krş. Kontrolü devlete ve dönemin siyasal yapısı nedeniyle İngiliz yönetimine ait olan Ziraat Bankası güdümündeki kooperatiflerin Kıbrıs kırsal toplumunda başlangıçta benimsenmediğine ilişkin olarak bkz. Tarihsel Gelişimi İçinde Kıbrıs'ta Sosyo-Ekonomik Yapı, s. 36.

Tüketim kooperatifi sayısındaki asıl artış ise Lefke bölgesinde faaliyet gösteren Cyprus Mining Corporation (CMC) isimli maden şirketinin kapanması ile gözlemlenmiştir. Zira, söz konusu maden şirketinin tesisi içinde büyük bir tüketim kooperatifi yer almaktaydı. Şirketin kapanması sonucunda köylerine dönen çalışanlar buradan aldıkları ilhamla köylerinde küçük tüketim kooperatifleri kurarak bu modelin yaygınlaşmasını sağlamışlardır²⁵.

1930 yılından sonraki dönemde ise kooperatif sayısındaki artış aynı oranda devam etmemiştir. Bu durumun çeşitli gerekçeleri mevcuttu: Her şeyden önce nüfus göz önüne alındığında 1930 yılında ulaşılan kooperatif sayısının ekonomik açıdan uygunluk noktasına yaklaştığı ileri sürülebilir. Ayrıca 1930'lı yıllarda Kıbrıs'ta egemen olan İngiliz yönetimine karşı girişilen ayaklanmaların kooperatif sayısının artışı üzerinde olumsuz bir etkisi olduğu da belirtilmektedir²⁶. 1939-1945 yılları arasında yaşanan İkinci Dünya Savaşı'nın da kooperatif sayılarının artışında olumsuz bir etki doğurduğu yadsınmaz. Nihayet kooperatifleşme, 1960-1974 yılları arasında Kıbrıs Adası'nda yaşanan siyasal ve toplumsal sorunlardan da olumsuz etkilenmişti²⁷. Lakin, yaşanan tüm bu olumsuzluklara rağmen, artış hızı yavaşlamış olsa da 1974 yılına gelindiğinde neredeyse her köyde bir kooperatif bulunduğu da belirtilmektedir²⁸.

Siyasal açıdan ayrılığın yerleştiği 1974-1984 yılları arasındaki on yıllık süreçte özellikle Kıbrıs Türk toplumunda kooperatifleşme ilgi görmeye devam etmiştir. 1984 yılında KKTC'nin kuruluşu sonrası takip edilen ekonomik politikalar kooperatifçilik alanında gerilemeye yol açmış; 1987 yılına gelindiğinde kooperatif sayısında yarı yarıya bir azalma gözlemlenmiştir²⁹.

Bu açıklamalar ışığında Kıbrıs'ta kooperatifleşme hareketinin 1900'lü yılların başında filizlenip, 1970'li yıllarda doruğa çıktığı ve 1980'li yılların ortalarından sonra ise gerilemeye başladığını söylemek yanlış olmayacaktır³⁰.

2. Kooperatiflere İlişkin Hukuki Düzenlemelerin Gelişimi

Kıbrıs hukukunda kooperatiflere ilişkin yasal düzenlemeler, uygulanmakta olan kurumun doğurduğu ihtiyaçlar doğrultusunda hazırlanıp yürürlüğe konulmuştur. Farklı bir anlatım ile

²⁵ Hasgüler, s. 24.

²⁶ Hasgüler, s. 18.

²⁷ 1943-1960 yılları arasında Kıbrıs ekonomisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Meyer, A. J.: The Economy of Cyprus, Cambridge 1962, s. 20 vd. 1960-1974 yılları arasında Kıbrıs ekonomisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Plümer, Aytuğ F.: Kıbrıs Ekonomi Tarihi, Sarsıntılı Bir Devrin Anatomisi (1960-1974), Lefkoşa 2008, s. 9 vd. Bu dönemde kredi kooperatiflerine ilişkin rakamsal veriler için bkz. Plümer, s. 112-113.

²⁸ 1950'li yıllarda neredeyse her okulda tescil edilmemiş (gayri resmi) okul kooperatifleri kurulduğu belirtilmektedir. Bkz. Eşref, Mehmet: Kıbrıs'taki Kooperatifçilik, Lefkoşa 1986, s. 18. Ancak, açık yasal düzenlemeler karşısında tescil edilmeyen bir oluşumun hukuki açıdan kooperatif olarak nitelendirilebilmesi kanımızca isabetli değildir. Söz konusu oluşumlar, günümüzde de karşılaşılan okul-aile birliği tarzındaki örgütlenmelerden ibarettir.

²⁹ Hasgüler, s. 23.

³⁰ Tespit için bkz. Berath, Nazım: "Kıbrıs'ta Kooperatifçilik: Başlangıcından Bugüne Kısa Bir Bakış", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi 2019, C. XII, S. 65, s. 976.

kooperatifler öncelikle yasal düzenleme olmadan ekonomik hayatta var olmuş, yasal düzenleme uygulamanın başlamasından sonra yapılmıştır.

Kooperatiflere ilişkin ilk yasa, 1914 yılında yürürlüğe giren Kooperatifler Yasası'dır. Söz konusu Yasa, hazırlandığı dönemin ihtiyaçları doğrultusunda yalnızca tasarruf ve kredi kooperatiflerine ilişkin hükümler içermiştir. Sonraki dönemde diğer kooperatif modellerinin hayata geçmesi sonucunda 1923 yılında tasarruf ve kredi kooperatifleri dışında kalan kooperatifleri düzenlemek amacıyla yeni bir Yasa daha hazırlanmıştır. 1939 yılında ise bahsi geçen iki yasa yeni bir Kooperatifler Yasası'nda birleştirilmiştir. Yaklaşık yirmi yıl yürürlükte kalan 1939 tarihli Yasa, yerini günümüzde de uygulanmakta olan 1959 tarihli Kooperatif Şirketler Yasası'na bırakmıştır.

Kooperatiflere ilişkin yasal düzenlemeler bu şekilde olmakla birlikte, 1960 Kıbrıs Anayasası'nda yer alan bir düzenlemeye de değinmek gerekmektedir. Kıbrıs Adası'nda kooperatiflerin ortaya çıkışından 1960 yılına kadar kooperatifler iki toplumlu olarak faaliyet gösterme olanağına sahiplerdi. 1960 Anayasası ile bu düzen değiştirilmiş, Türk ve Rum halklarının ayrı ayrı kooperatiflere üye olacakları düzenlenmiştir. Bu düzenleme sonucunda kooperatiflere ilişkin işlemleri yürütmekle görevli mukayyit 1960 yılına kadar tek bir kişi iken; 1960 sonrasında bir Türk ve bir Rum mukayyit atanarak, her mukayyit kendi toplumlarının kooperatifleri için yetkilendirilmiştir.

KKTC'nin kuruluşu sonrası Kıbrıs Adası'nın siyasi yapısı iki ayrı devletten oluşmakta ve hem KKTC'de hem de Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'nde kooperatif mukayyitleri bulunmaktadır. Her iki mukayyit, toplum ayrımı yapılmaksızın kendi ülkelerinin fiili egemenlik sınırları kapsamındaki kooperatifler konusunda yetkilidirler.

Tıpkı T.C. Anayasası'nda olduğu gibi, günümüzde yürürlükte olan KKTC Anayasası'nda da doğrudan kooperatifçilik ile ilgili müstakil bir hüküm mevcuttur. "*Kooperatifçiliğin Geliştirilmesi*" başlıklı bu hüküm, "*Devlet, kooperatifçiliğin gelişmesini sağlayacak önlemleri alır ve kooperatiflerin demokratik ilkelere uygun olarak çalışmalarını yasa ile düzenler*" şeklindedir (KKTC AY m. 63). Belirtilen hükme bağlı olarak geçmişi KKTC'nin kuruluşundan önceye dayanan Fasil 114 Kooperatif Şirketler Yasası ve bu Yasa uyarınca çıkarılmış Kooperatif Şirketler Tüzüğü, günümüzde KKTC hukukunun kooperatifçiliğe ilişkin temel mevzuatını oluşturmaktadır.

III. Kooperatiflerin Hukuki Niteliği

KKTC hukukunda kooperatiflerin hukuki niteliğine ilişkin ne öğretide ne de yargı uygulamasında bir tartışma yaşanmıştır. Buna karşın konu, T.C. hukukunun tartışmalı noktalarından birisini oluşturmuştur³¹. Kooperatiflerin hukuki niteliklerinin tespiti, kooperatifler hakkında

³¹ Nitekim bu tartışma, yaşandığı dönemde Türk hukuku bakımından ticaret hukukunun en önemli tartışmalarından birisi olarak nitelendirilmekteydi. Niteleme için bkz. **Kırca**, İsmail: "Kooperatiflerin Tacir Niteliği Hakkında Yargıtay'ın Tutumu: Kanuna Aykırı Yorum mu Yoksa Örtülü Boşluk Doldurma Gayreti mi?", *BATİDER* 2017, C. XXXIII, S. 2, s. 5.

uygulanacak hükümler, kooperatif ilişkisinden kaynaklı uyuşmazlıkların çözüm merci başta olmak üzere birçok noktada önemi haizdir.

T.C. hukukunda yaşanan tartışma, KKTC hukukuna da ışık tutabilecek nitelikte olduğundan aşağıda her iki ülke hukukuna ayrı ayrı değinilmiştir:

A. Türkiye Cumhuriyeti Hukukunda

T.C. hukukunda kooperatiflerin hukuki niteliğine ilişkin tartışmanın temelleri Cumhuriyet'in ilk ticaret kanunu olma özelliğini haiz 865 sayılı Ticaret Kanunu'na kadar dayanmaktadır. Söz konusu Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde kooperatiflere ilişkin ayrı bir kanun bulunmayıp, kooperatifler Ticaret Kanunu'nun 478-502. maddeleri arasında düzenlenmişti. Anılan Kanun'da hem ticaret şirketlerinin türleri sayılırken³², hem de kooperatife ilişkin tanımda³³ kooperatiflerin şirket niteliğinde olduğu belirtilmişti. 865 sayılı Ticaret Kanunu'nda kooperatifler bakımından herhangi bir ayırım yapılmadan tamamının ticaret şirketi olduğu yasal olarak ortaya konulmuştu. 865 sayılı Ticaret Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde Kanun'un lafzına uygun olarak kooperatiflerin tamamının ticaret şirketi, dolayısıyla tüzel kişi tacir ve yaptıkları işlemlerinin tamamının ticari iş olduğu yönünde kararlar mevcut olduğu gibi, kooperatiflerin işlemlerini ayırarak kooperatif ve üçüncü kişiler arasındaki işlemlerin ticari; buna karşın kooperatif ve ortakları arasındaki ilişkinin adi iş olduğu yönünde karar da verilmişti³⁴. Söz konusu kararda kooperatiflerin bazı işlemlerinin adi iş sayılabilmesi için kooperatiflerin ticaret şirketi niteliği tartışmaya açılmıştı³⁵. Konu, İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu önüne taşınmış ve Kurul bu dönemde herhangi bir ayırma tabi tutulmaksızın, kooperatiflerin tamamının ticaret şirketi olduğuna ve kooperatiflerle ortakları arasında gündeme gelen uyuşmazlıkların ticari dava olarak nitelendirileceğine oy çokluğu ile karar vermişti³⁶.

³² 865 sayılı Ticaret Kanunu m. 121/I: “Ticaret şirketleri; kollektif, komandit, limitet, anonim ve **kooperatif** nevilerine mümkasesindir.”

³³ 865 sayılı Ticaret Kanunu m. 121/I, b. 5: “Meslek, sanat veya maişetlerine ait ihtiyaç ve muamelelerini muavenet ve kefaleti müteakibe sayesinde tedarik ve ifa eylemek maksadile teşkil eden şirket kooperatiftir.”

³⁴ Bu dönemde Yargıtay 4. HD. ve Ticaret Dairesi tarafından verilen farklı yöndeki kararlar için ayrıca bkz. **Kırca**, s. 7-8.

³⁵ “İstihlak (tüketim) kooperatifi ticari iş görür; fakat yapı kooperatifinin uğraştığı gayrimenkul işi ticari olamaz, çünkü yapı kooperatifi arsa alıp satmamakta, üçüncü kişilere alış-veriş yapmamakta, sadece arsa üstüne ev yapmaktadır. Nizamnamesinde (ana sözleşmesinde) ticari gayeden bahseden kooperatif elbette ticari olacaktır, fakat yapı kooperatiflerinde böyle bir gaye mevcut değildir. Hal böyle olunca TK m. 121'de ticaret şirketlerinin türleri sayılsa ve bunlar arasında kooperatifler yer alsada, bu durum her kooperatifin ticaret şirketi olduğu anlamına gelmez” (**Kırca**, s. 8'den naklen). Karar için bkz. 4. HD., 17.07.1942, E. 1942/2796, K. 1942/2061 – hukukturk.com).

³⁶ “... Ticaret Kanunu'nda, mutlak surette tacir addolunacağı ve ticaret şirketleri nev'inden olduğu tasrih olunan ve ticaret şirketlerinin bütün mümeyyiz vasıflarını haiz bulunan kooperatif şirketlerini, muameleleri bakımından medeni veya ticari diye ayırt etmeğe kanun hükümleri müsait olmadığından bu şirketleri ortaklarının sıfatı ve muamelelerinin vasfı ne olursa olsun sadece ortaklığın hukukî şekline göre ticari şirketlerden madut olduğuna ve şirket azası arasında çıkan davanın ticaret mahkemelerinde görülmesi gerekli bulunduğuna ...” (YİBGK, 07.11.1945, E. 1944/8, K. 1945/14 – hukukturk.com).

Kooperatifler, 1956 tarihli 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 485. maddesinde de ticaret şirketi olarak kabul edilmiş ancak Kooperatifler Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile bu madde ilga edilmiştir.

T.C. hukukunda 1969 yılında özel bir kanun niteliğindeki Kooperatifler Kanunu hazırlanarak kooperatifler hakkında öncelikle bu kanunun uygulanacağı öngörülmüştür. Kooperatifler Kanunu'nun ilk halinde, kooperatiflerin hukuki niteliklerine dair *teşekkül* ifadesi kullanılmıştı (KoopK m. 1). Özel Kanunda tercih edilen teşekkül ifadesi kooperatiflerin ticaret şirketi niteliğinde sayılıp sayılmayacağına ilişkin tartışmanın yoğunlaşmasına neden olmuştu. 2004 yılında Kooperatifler Kanunu'nda yapılan değişiklikle ise teşekkül ifadesi yerine *ortaklık* ifadesi tercih edilerek, anılan tartışmanın sonlanması için önemli bir adım atılmıştır.

Günümüzde de yürürlükte olan 2012 tarihli 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ticaret şirketleri sınırlı bir şekilde sayılırken kooperatiflerin de ticaret şirketi niteliğinde olduğu açık bir şekilde belirtilmiş (TTK m. 124/I); buna karşın kooperatiflerin kendisine özgü nitelikleri nedeniyle şahıs – sermaye şirketi ayrımında kooperatiflerden söz edilmemiştir (TTK m. 124/II). Öte yandan Türk Ticaret Kanunu'nda herhangi bir ayırım yapılmaksızın ve herhangi bir ek koşul aranmaksızın tüm ticaret şirketlerinin tüzel kişi tacir niteliğini haiz oldukları da hüküm altına alınmıştır (TTK m. 16/I).

2004 ve 2012 yıllarındaki mevzuat değişikliklerinden önce Yargıtay tarafından verilmiş, kooperatiflerin tacir sıfatı taşımadıklarına ilişkin kararlar mevcuttur³⁷. 2012 yılında Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile yasal olarak konunun hiçbir tereddüte yer bırakmaksızın düzenlenmiş olmasına rağmen bu tarihten sonraki bazı kararlarda da kooperatifler Yargıtay tarafından tüzel kişi tacir olarak kabul edilmemişlerdir³⁸. 2017 yılına gelindiğinde ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Kooperatifler Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'ndaki düzenlemeler ışığında kooperatiflerin

³⁷ Örnek olarak bkz. 11. HD., 21.10.1997, E. 1997/4804, K. 1997/7552 (hukukturk.com); 16. HD., 03.06.2011, E. 2011/954, K. 2011/3255 (hukukturk.com).

³⁸ Örnek olarak bkz. 15. HD., 15.09.2014, E. 2014/2787, K. 2014/5195 (hukukturk.com). “*Şöyle ki; 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesinde kooperatifler “Tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek ve geçimlerine ait ihtiyaçlarını iş gücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklar” olarak tarif edilmiştir. Maddede, kooperatifin ortaklık (şirket) olduğu belirtilmiş ise de, bu ortaklığın “ticari nitelikte bir ortaklık” olduğu yönünde açıklama ve belirleme yapılmamıştır.*

*Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesinde gösterilen bu tanımdan açıkça anlaşılacağı üzere kooperatiflerde amaç, diğer ticaret şirketlerinden farklı olarak kazanç elde etmek ve bunu ortakları arasında paylaşmak olmayıp, ortakların ekonomik menfaatlerini, özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını iş gücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak ve gidermektir. Kooperatifler, kâr – zarar amacından ziyade sosyal yönü ağır basan ortaklıklardır. Bu tanım ve amaç 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 171. maddesinde “Devlet, milli ekonominin yararlarını dikkate alarak, öncelikle üretimin artırılmasını ve tüketicinin korunmasını amaçlayan kooperatifçiliğin gelişmesini sağlayacak tedbirleri alır.” şeklinde anlamını bulmuştur. Bu tanım ve düzenlemelere göre, yapı kooperatiflerini tacir kabul edip, tacir sıfatının sonuçlarıyla sorumlu tutmak mümkün değildir. Aksi bir kabul, kooperatiflerin ticari kazanç elde etme amacına yönelik hareket etmeleri sonucunu doğurur ki, bu durumun Anayasada dahi kendisine yer verilen kooperatifçiliğin amacına uygun düşmeyeceği açıktır” (15. HD., 15.09.2014, E. 2014/2787, K. 2014/5195 – hukukturk.com). Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Orbay Ortaç, Nurdan/Can, Ozan**: “Yapı Kooperatiflerinin Tacir Sıfatı Olup Olmadığı Sorusu Bağlamında Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 15.09.2014 Tarih, 2014/2787 Esas ve 2014/5195 Karar Sayılı Kararının Eleştirilmesi”, BATİDER 2016, C. XXXII, S. 3, s. 79 vd.*

ticaret şirketi ve tacir sayılmalarına ilişkin karar vermiştir³⁹. Bununla birlikte T.C. hukukunda kooperatiflerin hukuki niteliğine ilişkin Yargıtay'ın hukuk daireleri arasındaki görüş farklılıkları ve farklı uygulamalar nedeniyle⁴⁰ konu, 2021 tarihinde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nda ele alınmış ve oy çokluğu ile kooperatiflerin ticaret şirketi ve tacir sayılmalarına karar verilmiştir⁴¹. Böylelikle, yasal düzenlemeler ve bahsi geçen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı ile T.C. hukukunda kooperatiflerin hukuki niteliklerinin ticaret şirketi ve dolayısıyla tüzel kişi tacir oldukları herhangi bir şüpheye yer bırakılmayacak şekilde ortaya konulmuştur⁴².

B. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hukuku'nda

T.C. hukuku ile benzer bir şekilde KKTC'de de kooperatifler diğer şirketlerden farklı olarak ayrı bir kanun ile düzenlenmektedirler. T.C. hukukunun aksine KKTC'de kooperatiflerin hukuki niteliği konusunda bir tartışmanın gündeme gelmemesinde kooperatifleri düzenleyen Kanunun adında *şirket* ifadesine yer verilmesinin etkili olduğu düşüncesindeyiz. Böylelikle, kooperatiflerin hukuki niteliğine ilişkin bir tartışmanın baştan önüne geçilmiştir.

Ekleme gerekir ki, tıpkı *kooperatif* gibi KKTC hukukunda *şirkete* ait de yasal bir tanım mevcut değildir. Fasıllık 113 Şirketler Yasası'nın "Tefsir" başlıklı 2. maddesinde şirket, bu Yasa uyarınca kurulmuş ve tescilli bir şirketi veya mevcut şirketi anlatır şeklinde tefsir edilmeye çalışılmıştır. Ancak bu tefsirin bir tanımın içermesi gereken unsurlara sahip olmadığı açıktır.

Görüldüğü üzere, her iki ülke hukuk düzeninde de kooperatiflerin ticaret şirketi niteliği açık olmakla birlikte varoluşsal amaç bakımından kooperatiflerle diğer ticaret şirketleri arasındaki farka değinmek gerekmektedir. Diğer ticaret şirketlerinde şirketin varoluş amacı işletme konusu kapsamında kâr elde etmek ve bu kârı ortaklar arasında paylaşmaktır. Kooperatifler ise doğrudan kâr elde edip bu kârı paylaşma amacı taşımamaktadırlar. Ancak bu durum ortaklar bakımından kooperatiflerin kâr sağlama amacı olmadığı anlamına da gelmemektedir. Kooperatifler üyelerinin mal

³⁹ Bkz. Yargıtay HGK, 29.11.2017, E. 2017/1658, K. 2017/1464 (hukukturk.com).

⁴⁰ Bu konuda hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kırca**, s. 12 vd.; **Orbay Ortaç/Can**, s. 80 vd.; **Üstün/Aydın**, s. 6 vd.

⁴¹ "... *Neticeten, 1163 sayılı Kanun ile 6102 sayılı TTK'de yer alan yasal düzenlemeler ile anılan düzenlemelere ilişkin kanun koyucunun iradesini ortaya koyan gerekçeler nazara alındığında; kooperatiflerin nitelikleri itibariyle ticaret şirketi ve bir ticari işletmenin işletilmesi kriterinden bağımsız olarak tacir oldukları açıktır. Bu açık kanun hükümleri karşısında ticaret siciline tescili zorunlu olan, ancak bu şekilde tüzel kişilik kazanabilen, ticarî defterler tutan, ortaklarının sermaye koyma borcu bulunan, şirketler ile birlikte düzenleme yapıp birleşme, bölünme ve tür değiştirme şartları düzenlenen ve iflasa tabi olan kooperatiflerin ticaret şirketi ve tacir sayılmaları gerekmektedir. Önemle belirtilmesi gerekir ki; tek amacı kâr elde etmek olmamakla birlikte kooperatifler, ortaklarının ekonomik menfaatlerini geliştirmeyi amaçlayan ticari birer ortaklıktırlar. Zira kâr elde edilip bunun ortaklar arasında paylaşılıp paylaşılmadığı, diğer bir deyişle ne şekilde tasarruf edildiği kooperatifin amacının ekonomik olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Kooperatif şirketinin 6102 sayılı TTK'nin 124. maddesinde ne şahıs ne de sermaye şirketleri arasında gösterilmemiş olması, kanunun açık lafzı karşısında kooperatifin ticaret şirketi sayılmasına engel değildir.*" (Yargıtay İBBGK, 12.11.2021, E. 2020/2, K. 2021/3 – hukukturk.com).

⁴² Kararın hukuki açıdan ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. **Aydın, Sema/Kaplan, Hasan Ali**: "Yargıtay'ın 12.11.2021 Tarihli ve 2020/2 E., 2021/3 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Çerçevesinde Kooperatiflerin Tacir Niteliği", Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2022, C. III, S. 1, s. 193 vd.

veya hizmetlere daha uygun bedellerle ulaşmasını sağlayarak dolaylı yoldan kâr elde etmelerini sağlayarak ortaklarının ekonomik menfaatlerini geliştirmek suretiyle⁴³ toplumsal bir fonksiyonu da yerine getirmektedir⁴⁴. Bu nedenle diğer ticaret şirketlerinden farklı olarak kooperatiflerin toplumsal yönlerinin bulunduğunu söylemek de yanlış olmayacaktır⁴⁵.

IV. Kooperatiflere İlişkin Uyuşmazlıklar

Şirketlerde karşılaşılan uyuşmazlıklar çeşitli açılardan tasnife tabi tutulabilir. Bu tasniflerden bir tanesi de uyuşmazlığın tarafları açısından yapılanıdır. Anılan tasnife göre uyuşmazlıklar *şirket içi (korporatif⁴⁶) uyuşmazlıklar* ve *şirket ile üçüncü kişiler arasındaki uyuşmazlıklar* şeklinde ikiye ayrılabilir. Şirket içi uyuşmazlıklardan kasıt, taraflarının şirket ve şirket ile bağı bulunan kişiler arasındaki uyuşmazlıklardır. İkinci grup ise adından da anlaşılacağı üzere bir tarafın şirket diğer tarafın ise şirket ile herhangi bir bağı bulunmayan – şirketler hukuku anlamında üçüncü kişi olarak adlandırılan – kişiler arasında doğan uyuşmazlıklardır. Şirketler hukuku ağırlıklı olarak şirket içi uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin düzenlemeler getirirken; şirket ile üçüncü kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü, uyuşmazlığın kaynağına göre borçlar hukuku, idare hukuku gibi alanların konusunu oluşturabilmektedir.

Kooperatifler, diğer ticaret şirketlerinden farklı olarak içe dönük bir yapı arz ederler. Daha açık bir ifade ile kural olarak kooperatifler kendi üyeleri ile işlem yaparlar⁴⁷. Zira kooperatiflerin ortakları dışındaki kişilerle işlem yapmasına olanak sağlanması, kooperatifi kâr amacına yöneltir ve görünüşte kooperatifleri ortaya çıkartır⁴⁸. Buradan hareketle uyuşmazlığın taraflarına göre yapılan ayırimda kooperatifler diğer şirket türlerine göre farklı bir konumda olup, kooperatiflerin tarafı olduğu uyuşmazlıkların büyük bir bölümü şirket içi uyuşmazlık kategorisinde yer alır. Lakin bu mutlak bir kural değildir, istisnai de olsa kooperatifler ile üçüncü kişiler arasındaki uyuşmazlıklarla da karşılaşılabilmektedir. Hemen belirtelim ki, bu tür işlemlerin tamamı *kooperatiflerin ortak dışı işlem yasağı*ni ihlal etmez. Örneğin kooperatifin çalışma konusu için gerekli olan arsayı satın alması, merkezi için taşınmaz kiralaması, taşıma sözleşmeleri yapması ortakları dışında yapılan işlemler olmakla birlikte kooperatifin amacını gerçekleştirme için zorunlu olan işlemlerdir⁴⁹.

Çalışmamızın ana konusunu oluşturan ve aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecek olan Fasıl 114 Kooperatif Şirketler Yasası'nda öngörülen kooperatiflere ilişkin uyuşmazlıkların çözüm

⁴³ Bkz. **Bozer**, Ali/Göle, Celal: Ticari İşletme Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2023, s. 92.

⁴⁴ Bkz. **Bozkurt**, Tamer: Şirketler Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2022 s. 665. Kooperatifin amacının bireyin ekonomisini geliştirmek olduğu yönünde bkz. Bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, N. 1745.

⁴⁵ Kooperatifler ile diğer ticaret şirketleri arasındaki öteki farklılıklar için bkz. **Üstün/Aydın**, s. 14-16.

⁴⁶ *Korporatif uyuşmazlık* kavramı, şirket tüzel kişiliği bünyesinde ortaya çıkabilecek ve şirketler hukuku rejimine tabi uyuşmazlıklar için kullanılmaktadır. Bkz. **Ayoğlu**, Tolga: Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, İstanbul 2018, s. 75.

⁴⁷ Bu durum öğretide *ortak dışı işlem yasağı* olarak adlandırılmaktadır. Bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, N.1773.

⁴⁸ Bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, N. 1774.

⁴⁹ Bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, N. 1775.

yöntemi, şirket içi uyuşmazlıkların çözümüne ilişkindir. Kooperatif ile üçüncü kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için ise uyuşmazlığın kaynağı dikkate alınarak mevzuat kapsamında yer alan farklı çözüm yöntemleri kullanılabilir.

V. Kooperatiflere İlişkin Uyuşmazlıkların Çözüm Yöntemleri

A. Türkiye Cumhuriyeti Hukuku'nda

1. Ticari Dava Oluşturması

T.C. hukukunda ticaret hukuku ile ilgili uyuşmazlıkların çözümü konusunda, görevli mahkemeyi tespit edebilmek için atılması gereken ilk adım somut uyuşmazlığın ticari dava niteliğini taşıyıp taşımadığının tespitidir. Ticari davaya konu olacak uyuşmazlıklara ilişkin genel düzenleme Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinde yer almaktadır. Buna göre her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri tarafların tacir sıfatı taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın ticari davaya vücut verir. Öte yandan anılan maddede Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen tüm hususlardan ve tarafların sıfatına bakılmaksızın diğer kanunlarda düzenlenen bazı hususlardan doğan uyuşmazlıkların⁵⁰; havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların ise en az bir tarafın ticari işletmesini ilgilendirmeleri koşuluyla ticari davaya konu olacağı hükme bağlanmıştır.

Kooperatifler dışındaki tüm ticaret şirketleri Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olduğundan bu şirketlerin iç ilişkilerinde yaşanacak uyuşmazlıklar dolayısıyla ticari dava açılabilir. Buna karşın, kooperatiflerin iç ilişkilerinde yaşanacak uyuşmazlıklar Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesi kapsamında yer almamaktadır. Ancak bu noktada kanun koyucunun amacının uyuşmazlıkların çözümü konusunda kooperatifler ile diğer ticaret şirketleri arasında bir ayrım yaratmak olduğu ileri sürülemez. Zira, konu Kooperatifler Kanunu'nda, ticaret şirketleri için öngörülen düzenleme ile paralel şekilde hükme bağlanmıştır. Kooperatifler Kanunu'nun 99. maddesi, *"Bu kanunda düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari dava sayılır"* şeklindedir. Dolayısıyla, Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinde kooperatiflerle ilgili uyuşmazlıklara yer verilmeyerek gereksiz bir tekrarın önüne geçilmiştir. Bu düzenlemeden hareketle Kooperatifler Kanunu kapsamında yer alan hükümlere ilişkin bir

⁵⁰ Türk Medeni Kanunu'nun rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962-969 uncu maddelerinde; Türk Borçlar Kanunu'nun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasasına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ila 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ila 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ila 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcılar için öngörülen bulunan 547 ila 554, havale hakkındaki 555 ila 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ila 580 inci maddelerinde; fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuatta; borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde; bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır (TTK m. 4/I, b-f).

uyuşmazlıkta tarafların sıfatlarına yahut uyuşmazlığın bir ticari işletmeyi ilgilendirip ilgilendirmediğine bakılmaksızın davanın ticari dava olarak nitelendirilmesi gerekecektir⁵¹.

Kooperatiflerin taraf olduğu ancak Kooperatifler Kanunu'nda düzenlenmeyen işler nedeniyle, dış ilişkidenden kaynaklı açılacak davaların ticari dava niteliği taşıyıp taşımadığı ise yukarıda belirtilen Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesine göre tespit edilecektir⁵².

2. Dava Şartı Olarak Arabuluculuk

Türk Ticaret Kanunu'na 2018 yılında eklenen 5/A maddesi ile belirli taleplerle açılacak ticari davalar için öncelikle arabulucuya başvurmak zorunlu dava şartı olarak düzenlenmiştir⁵³. Düzenlemenin ilk halinde bu talepler konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri olarak belirlenmişti. 2023 yılında 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁵⁴ ile yapılan değişiklikle ise bu talepler, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları olarak genişletilmiştir⁵⁵.

Hemen belirtelim ki, söz konusu talepler kapsamında arabulucuya başvurma zorunluluğu sadece Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen ticari davalar ile sınırlı tutulmamış; diğer kanunlarda düzenlenen ticari davalar bakımından da anılan dava şartının sağlanması gerektiği açıkça hükme bağlanmıştır (TTK m. 5/A/I). Bu kapsamda, Kooperatifler Kanunu'ndaki düzenlemelerden doğacak uyuşmazlıklar bakımından da ticari dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması zorunludur. Elbette ki, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları dışındaki davalar için ise böyle bir zorunluluktan bahsedilemeyecektir. Öte yandan, özel bir kanundan yahut taraflar arasındaki anlaşmadan kaynaklı olarak tahkim gibi alternatif çözüm yöntemine başvurulması zorunlu ise, arabulucuya başvurulması dava şartı olarak nitelendirilemez (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu⁵⁶ m. 18/A/18).

B. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hukuku'nda

KKTC hukukunda kooperatif ilişkisinden kaynaklı uyuşmazlıkların çözüm yolu Fasıl 114 Kooperatif Şirketler Yasası'nın "*Tahkim*" başlıklı 11. Kısım'da yer alan 53. maddesinde hükme

⁵¹ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Üstün/Aydın**, s. 10-12.

⁵² Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Orbay Ortaç/Can**, s. 94 vd.

⁵³ Ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Eminoğlu, Cafer/Erdoğan**, Ersin: Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Ankara 2020, s. 215 vd.; **Paslı, Ali**: "Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması", Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Editörler: **Süral Efeçinar, Ceyda/Yardım, Mehmet Ertan**), İstanbul 2019, s. 13 vd.

⁵⁴ T.C. RG, 05.04.2023, S. 32154.

⁵⁵ Bu konuda bkz. **Bozer/Göle**, s. 195-197.

⁵⁶ RG, 22.06.2012, S. 28331.

bağlanmıştır. KKTC hukukunda bir uyuşmazlığın çözümü konusunda tahkime başvurmak kural olarak ihtiyaridir ve bu yolun tercih edilmesi için bir tahkim sözleşmesi veya tahkim kaydının varlığı aranır⁵⁷. Fasıllık 114 Kooperatif Şirketler Yasası'nın 53. maddesi ise bu kurala getirilen istisnalardan birisidir. Zira, hüküm kapsamında sayılan uyuşmazlıklarda taraflar arasında bir tahkim anlaşması olmasa da uyuşmazlık Yasa'nın tahkim olarak adlandırdığı yol ile çözümlenmektedir. Hemen belirtelim ki, söz konusu hükmün varlığı kooperatiflere ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü noktasında kooperatif ana sözleşmesinde tahkim kaydının veya ayrı bir tahkim sözleşmesinin varlığına duyulacak ihtiyacı da ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla, 53. madde kapsamında sayılan uyuşmazlıklar bakımından ihtiyari bir tahkimden söz edilememekte, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Madde kapsamında yer alan kooperatif ilişkisinden kaynaklanabilecek uyuşmazlıklar şu şekilde sıralanmıştır: Bir kooperatifin üyeleri, eski üyeleri veya üyeler aracılığı ile hak talebinde bulunan kişiler arasında meydana gelebilecek uyuşmazlıklar; üye, eski üye veya ölmüş üye aracılığı ile hak talebinde bulunan kişi ile şirket⁵⁸ arasında veya o şirketin komitesi, kurulu, herhangi bir yetkilisi, vekili veya müstahdemi arasında veya bir şirketle herhangi başka kayıtlı bir şirket arasında herhangi bir uyuşmazlık (Fasıllık 114 m. 53/I). Görüldüğü üzere madde kapsamı, kooperatiflerle üyeleri arasındaki uyuşmazlıkları bünyesinde barındırmakta ve neredeyse kooperatif ilişkisinden kaynaklanan tüm uyuşmazlıkları kapsar niteliktedir.

Kooperatif Şirketler Yasası uyarınca, kooperatif ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü konusunda yetkili makam Mukayyittir. Mukayyit, Fasıllık 114 Kooperatif Şirketler Yasası'nda, "*Mukayyit, Kooperatif Şirketler Mukayyidini anlatır*" (Fasıllık 114 m. 2) ve "*Mukayyit, Üst Kademe Yöneticileri*⁵⁹ *Yasasında öngörülen biçim ve koşullarla atanır*" (Fasıllık 114 m. 3); Kooperatif Şirketler Tüzüğü'nde ise "*Mukayyid metin ve durum başka türlü gerektirmedikçe, 28/2002 sayılı Kooperatif Şirketler (Değişiklik) Yasasının 2'nci ve 3'üncü maddeleri uyarınca atanan ve görev ifa eden Kooperatif Şirketler Mukayyidini anlatır*" şeklinde tefsir edilmiştir (Kooperatif Şirketler Tüzüğü m. 2).

Uyuşmazlığın Mukayyide havalesi; "*komite*⁶⁰; *genel kurul toplantısında bu amaçla verilen karar uyarınca kayıtlı şirket; uyuşmazlığın taraflarından her biri; uyuşmazlık komitenin veya kayıtlı şirketin bir üyesini ilgilendiriyorsa kayıtlı şirketin herhangi bir üyesi; müfettişlerce yapılan denetimler veya teftişler sonrası hazırlanan raporlarda vadesi düşmüş veya 4 taksit geriliği olan*

⁵⁷ KKTC hukukunda tahkim sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Alibaba**, Arzu: "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Tahkim", Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi (UTTDER) 2023, C. XII, S. 1, s. 15-21.

⁵⁸ Bu Yasa kapsamında *şirket* kelimesi kooperatifi ifade etmektedir. Bkz. Fasıllık 114 Kooperatif Şirketler Yasası m. 2.

⁵⁹ Söz konusu Yasa'nın tam adı "53/1977 Sayılı Üst Kademe Yöneticiliği Yapan Kamu Görevlilerinin Atanması Hakkında Yasa" şeklindedir.

⁶⁰ Fasıllık 114 Kooperatif Şirketler Yasası m. 2: "Komite" ve "kurul" kayıtlı bir şirketin işlerinin yönetimiyle görevlendirilen yönetim kurullarını anlatır.

borçların olması halinde borçlular, otuz gün içerisinde yönetim kurulu ve/veya sekreter⁶¹ tarafından gerçekleştirilir” (Kooperatif Şirketler Tüzüğü m. 98).

Mukayyit, önüne gelen uyuşmazlığın çözümü için iki yol izleyebilir. Ya bizzat kendisi uyuşmazlığı çözüme bağlayabilir ya da uyuşmazlığın çözümü için hakem/hakemler görevlendirebilir. Mukayyidin uyuşmazlığı birden fazla hakeme havale etmesi durumunda hakem sayısının üç olması gerekir. Bu durumda uyuşmazlığın tarafları birer hakem seçer, üçüncü hakem ise mukayyit tarafından seçilir ve hakem heyetinin başkanı olarak görev yapar. (Kooperatif Şirketler Tüzüğü m. 99). Belirtmek gerekir ki, Mukayyidin uyuşmazlığın çözümü için hakemler görevlendirdiği durumda uyuşmazlık çözüm yöntemi tahkim prosedürü ile uyuşmaktadır. Buna karşılık, uyuşmazlığın bizzat Mukayyit tarafından çözüme bağlanması halinin tahkim niteliği sorgulamaya açıktır. Bu nedenle, Fasıllık 114 Kooperatif Şirketler Yasası'nın 53. maddesinin başlığında *Tahkim* kelimesinin her iki olasılığı da kapsar şekilde kullanılması kanımızca isabetli olmamıştır.

Mukayyidin uyuşmazlığın çözümü için hakem/hakemler görevlendirdiği durumlarda, hakem ücretleri Mukayyit tarafından belirlenir. Öte yandan, uyuşmazlık konusunda hakem/hakemlerin kararından olumsuz yönde etkilenen taraf, söz konusu karara karşı Mukayyide istinaf başvurusunda bulunabilir. İstinaf başvurusunun karar tarihinden itibaren yirmi bir gün içerisinde yapılması gerekir (Kooperatif Şirketler Tüzüğü m. 101/II). Dolayısıyla Kooperatif Şirketler Yasası kapsamında hakem kararlarına karşı istinaf makamı olarak da Mukayyit belirlenmiştir.

Mukayyidin uyuşmazlığı bizzat çözüme kavuşturduğu durumlarda verdiği kararın kesin olduğu öngörülmüştür. Uyuşmazlığın hakem/hakemler aracılığı ile çözüme kavuşturulduğu durumlarda ise hakem kararlarına karşı mukayyit nezdinde istinaf olanağı bulunduğundan söz konusu kararların kesinliğinden bahsedilemez. Mukayyidin istinaf makamı olarak verdiği kararlar ise kesindir. Hakem kararlarına karşı Mukayyide yapılacak başvurularda hukuk yargılamalarındaki usulün – özellikle süre bakımından – takip edilmesi önem arz etmektedir⁶².

Fasıllık 114 Kooperatif Şirketler Yasası'nın 53. maddesindeki düzenlemeler ışığında KKTC hukukunda kooperatiflere ilişkin uyuşmazlıklarda mahkemelerin adeta sistem dışı bırakıldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim, maddede Mukayyidin bizzat karara bağladığı veya istinaf makamı olarak verdiği kararların herhangi bir hukuk mahkemesinde itiraz konusu yapılamayacağına ilişkin düzenleme bu görüşümüzün teyidi niteliğindedir (Fasıllık 114 m. 53/V).

⁶¹ Fasıllık 114 Kooperatif Şirketler Yasası m. 2: “Sekreter” kayıtlı bir şirketin sekreterini anlatır.

⁶² KKTC Yargıtay'ı bir Karar'ında dosya kapsamında hukuk yargılama usulü kurallarına göre istinaf başvurusu süresi dolduktan sonra hakem kararı aleyhine Mukayyide yapılan istinaf başvurusunun Mukayyit tarafından reddedilmesini haklı bulmuştur: *İstinaf Mahkemesinin 57. Emrinin 2. Nizamı uyarınca haiz olduğu yetkiye bağlı olarak ve bu yetkiye zarar gelmeksizin, herhangi bir ara emrine karşı veya dava sayılmayan herhangi bir meselede verilen bir emre karşı, ilgili emir gerek kesin gerek ara emri olsun, on dört gün geçtikten sonra ve diğer emirlerde ise, altı hafta geçtikten sonra, istinafa gidilemez; meğer ki, mahkeme veya yargıç, emri verirken veya emrin verilmesinden sonra herhangi bir zaman, veya İstinaf Mahkemesi süreyi uzatmış olsun. Yukarıda sözü edilen süreler, hüküm veya emrin, istinafa gitmek niyetinde olan taraf bakımından bağlayıcı olduğu tarihten başlayarak hesaplanır.* Bkz. KKTC Yargıtay, Asli Yetki No. 19/2020, D. 9/2021 (Alibaba, s. 56, dn. 121'den naklen).

Fasıl 114 Kooperatif Şirketler Yasası kapsamında, kooperatiflere ilişkin uyuşmazlıklar kapsamında mahkemelerin yetkisine bırakılan yegane durum ise Mukayyidin, uyuşmazlığı çözüme bağlayacağı durumlarda, ortaya çıkan herhangi bir hukuki sorunu görüşlerini almak için Yüksek Mahkemeye havale edebilmesidir. Havale üzerine Yüksek Mahkeme Başkanı sorunun çözümü için yargıç veya yargıçlar görevlendirir. Yüksek Mahkemenin sorun hakkında verdiği görüş nihai ve kesindir (Fasıl 114 m. 53/7). Görüşün *nihai ve kesin* niteliklerinin Yasa'da vurgulanmış olması Yüksek Mahkeme'nin açıklamasının bir görüşten öte karar olduğu şeklinde yorumlanmaya müsaittir.

VI. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hukuku'nda Kooperatiflere İlişkin Uyuşmazlık Çözüm Yöntemine İlişkin Somut Uyuşmazlıklar

Kıbrıs hukukunda kooperatiflere ilişkin uyuşmazlıkların çözüm yönteminin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla 1962⁶³, 1976⁶⁴ ve 2000⁶⁵ yıllarında Anayasa Mahkemesi önüne taşınan üç farklı karar mevcuttur. Her üç kararda da gerek Anayasa'ya aykırılık iddiası gerek Yüksek Mahkeme'nin verdiği kararlar birbirine paraleldir. Bu nedenle söz konusu kararlardan sadece en yeni tarihli olan KKTC Anayasa Mahkemesi D. 1/2000, 12/99 ve 13/99 sayılı Karar incelenmiş diğer iki karara ise bu Kararın incelenmesi sırasında değinilmekle yetinilmiştir:

KKTC Anayasa Mahkemesi D. 1/2000, 12/99 ve 13/99 sayılı Karar kapsamında, 1990'lı yılların sonunda yaşanan bir uyuşmazlık sonucunda KKTC Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen dosya kapsamında KKTC hukukunda kooperatiflere ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen yöntemin Anayasa'ya uygunluğu incelenmiştir.

A. Karara Konu Olan Uyuşmazlığın Özeti

Dosya içeriğindeki uyuşmazlık kapsamında bir kredi kooperatifinin üyeleri kooperatife karşı borçlanmış, ancak borç vadesinde ödenmemiştir. Kooperatif, borcun ödenmesi amacıyla Mukayyide başvurmuş; Mukayyit uyuşmazlığın çözümü için hakem tayin etmiş ve hakem uyuşmazlığa konu olan borcun kooperatife ödenmesi gerektiği yönünde karar tesis etmiştir. Görüldüğü üzere, uyuşmazlığın çözümü noktasında kooperatif tarafından Fasıl 114 Kooperatif Şirketler Yasası'na uygun olarak hareket edilmiş, mahkemeye değil Mukayyit'e başvurulmuş; Mukayyit ise uyuşmazlığı bizzat karara bağlamak yerine Yasa'nın kendisine verdiği yetkiyle hakeme havale etmiştir.

Kooperatif, söz konusu hakem kararını mahkeme siciline kaydettirerek alacağını tahsil etmeye çalışmıştır. Bu amaçla kararın Güzelyurt Kaza Mahkemesi nezdinde hüküm olarak kaydedilmesini talep etmiştir. Davalı borçlular ise bu talebe itiraz etmiş; kooperatiflere ilişkin uyuşmazlıklarda mahkemeye başvurma olanağının tanınmaması nedeniyle Fasıl 114 Kooperatif Şirketler Yasası'nın

⁶³ Kıbrıs Cumhuriyeti AYM, 31.10.1962, 66/62.

⁶⁴ Kıbrıs Cumhuriyeti AYM, 25.08.1976, 5/76.

⁶⁵ KKTC AYM, D. 1/2000, 12/99 ve 13/99.

Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla konunun Anayasa Mahkemesi sıfatıyla Yüksek Mahkeme'ye havale edilmesini talep etmişlerdir. Talep, mahkeme tarafından kabul edilmiş ve konu Anayasa Mahkemesi önüne taşınmıştır.

B. Davacının Hukuki Dayanakları

Davacı, iddia konusu olan Anayasa'ya aykırılığı KKTC Anayasası'nın 1, 17 ve 136. maddelerine dayandırmıştır. Bahsi geçen maddelerin ilgili fıkraları şu şekildedir:

*KKTC Anayasası m. 1: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Devleti, demokrasi, sosyal adalet ve **hukukun üstünlüğü** ilkelerine dayanan lâik bir Cumhuriyettir.*

KKTC Anayasası m. 17/I: Kimse, bu Anayasa ile veya bu Anayasa gereğince kendisine gösterilen mahkemeye başvurmak hakkından yoksun bırakılamaz. Her ne ad altında olursa olsun adli komisyonlar veya istisnai mahkemeler oluşturulması yasaktır.

KKTC Anayasası m. 136/I: Yargıçlar, görevlerinde bağımsızdırlar. Anayasaya, yasaya ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlarına göre hüküm verirler.

Davacı başvurusunda, benzer yöndeki talebi reddeden 1962 ve 1976 tarihli Anayasa Mahkemesi kararların verildiği dönemlerde sırasıyla yürürlükte olan Kıbrıs Anayasası ve Kıbrıs Türk Federe Devleti Anayasası'nda hukukun üstünlüğü ilkesinin yer almadığına vurgu yaparak, KKTC Anayasası'nın 1. maddesinin dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır.

C. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin Vardığı Sonuç

Yüksek Mahkeme Anayasa'ya aykırılık iddiasını incelemiş ve yapılan inceleme sonucunda söz konusu uyuşmazlığın 1962 ve 1976 yıllarında verilen kararların içeriği ile paralelliğine dikkat çekerek, anılan kararlara atıf yaparak sorunu çözüme bağlamıştır. Esasında 1976 yılında verilen Karar da 1962 tarihli Karar'ın tekrarı niteliğindedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin kararına dayanak gösterdiği içtihat 1962 tarihli Karardır.

2000 tarihli karara konu olan dosyada Yüksek Mahkeme öncelikle, davacının iddiasının aksine mahkemeye başvurma hakkının KKTC Anayasası'nın 17. maddesinde özel olarak hükme bağlanmış olması nedeniyle konunun dolaylı bir şekilde, genel madde niteliğindeki 1. maddeye dayandırılmasının isabetli bulmadığını belirterek düzenlemenin KKTC Anayasası'nın 1. maddesine aykırı olmadığına hükmetmiştir.

KKTC Anayasası'nın 17. maddesi kapsamında yapılan incelemede ise Yüksek Mahkeme, kooperatif ilişkisine giren kişilerin kendi serbest iradeleriyle hakemlik kurumunu kabul ettiklerini dolayısıyla mahkemeye müracaat hakkından feragat etmiş sayılacaklarına dikkat çekmiştir. Bu noktadan hareketle, kooperatiflere ilişkin uyuşmazlıkların mahkeme huzuruna taşınmamasının 17. maddeye aykırı olmadığı sonucuna varmıştır⁶⁶. Görüldüğü üzere Yüksek Mahkeme'nin diğer iki karara konu olan dönemlerde yürürlükte olan anayasalardan farklı olarak yürürlükteki KKTC Anayasa'sında yer alan hukukun üstünlüğüne ilişkin bir değerlendirme yapmadığı anlaşılmaktadır.

VII. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hukuku'nda Öngörülen Kooperatiflere İlişkin Uyuşmazlık Çözüm Yönteminin Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi

KKTC hukukunda kooperatiflere ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde mahkemeleri ikinci planda bırakarak uyuşmazlıkların çözümünde Mukayyidi merkeze alan düzenleme hukuki açıdan değerlendirilmeye muhtaçtır. Yukarıda da belirtildiği gibi bir uyuşmazlığın Mukayyide havale edilmesi üzerine Mukayyit, uyuşmazlığı bizzat çözebileceği gibi hakem veya hakemlere gönderme yetkisine de sahiptir. İkinci ihtimalde, hakem veya hakemlerin uyuşmazlığın çözümünde hukuk mahkemeleri tarafından izlenen usulü izlemeleri gerekmektedir (Kooperatif Şirketler Tüzüğü m. 100). Uyuşmazlığın çözümünün hakem veya hakemlere tevdi edilmesi halinde ortaya çıkacak hukuki kurumun tahkim olduğu kabul edilmelidir⁶⁷.

Esasında, Fasıllık 114 Kooperatif Şirketler Yasası'nın 53. maddesinde öngörülen uyuşmazlık çözüm yöntemi sadece kooperatifler ve üyeleri arasındaki uyuşmazlıklarla sınırlı değildir. Bununla birlikte kooperatiflerin üye dışı işlem yapması istisnai nitelikte olduğundan, kooperatifler bünyesinde karşılaşılan uyuşmazlıklar genellikle iç ilişkiden kaynaklıdır. Dolayısıyla üzerinde durulması gereken ilk husus kooperatiflerle üyeleri arasındaki uyuşmazlıkların (korporatif uyuşmazlıkların) çözümünün tahkime elverişli olup olmadığının tespitidir:

⁶⁶ 1962 tarihli Karar'ın İngilizce orijinali şu şekildedir: *It follows, therefore, that everybody who forms or becomes a member of, or accepts Office in, or employment with, a co-operative society, as well as a co-operative society, as such, registered under CAP 114, must be presumed to have entered voluntarily into a legal relationship which includes as one of its terms and characteristics the form of arbitration provided under section 53 in respect of certain disputes. Thus, an agreement that disputes within the ambit of section 53 shall be determined in the manner prescribed therein comes into being and, it follows that the rights safeguarded as above, under Article 30, are deemed to have been waived, to that extent, as in any other case of voluntary arbitration.*

1962 tarihli Karar'ın resmi çevirisi olarak da nitelendirilebilecek 1976 tarihli Karar'da 1962 tarihli Karar'a şu şekilde atıf verilmiştir: *Yukarıda atıfta bulunduğumuz The Co-operative Grocery of Vasilias davasında Fasıllık 114'ün 53. maddesinin Anayasa'mızın 27. maddesinin muadili olan 1960 Anayasası'nın 30. maddesine aykırı olduğu da ileri sürülmüştü. O davada Yüksek Anayasa Mahkemesi Fasıllık 114'ün 53. maddesinin öngördüğü bir hakemliğin Kooperatif Şirketleri Mukayyidi tarafından yapılmasının 1960 Anayasası'nın 30. maddesinin hükümlerine aykırı olmadığı kanaatine vardı; çünkü kooperatif şirketine üye olan bir kişi o üyeliği kabul etmekle o şirketi ilgilendiren ihtilâfları mukayyidin hâkemiğine sunulmasını kendi arzu ile kabul etmiş addolunması gerektiği kanaatine vardı.*

⁶⁷ Fasıllık 114 Kooperatif Şirketler Yasası'nda tahkime ilişkin düzenlemeler hakkında bkz. **Alibaba**, s. 55-59.

A. Tahkime Elverişlilik Açısından Değerlendirme

Korporatif uyuşmazlıkların çözümünün tahkime elverişliliği, uyuşmazlığın söz konusu olduğu şirketin tabi olduğu ülke hukukuna göre belirlenir⁶⁸. Dolayısıyla tahkime elverişlilik bakımından tüm ülkelerde geçerli olacak uluslararası standartlardan bahsedilemeyecektir⁶⁹. Karşılaştırmalı hukukta şirketlere ilişkin korporatif uyuşmazlıkların genellikle tahkime elverişli oldukları kabul edilmekle birlikte bu şekilde toptancı bir yaklaşım yerine her bir uyuşmazlık özelinde değerlendirme yapılması gerekliliği de ileri sürülmektedir⁷⁰.

T.C. hukukunda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu taşınmazlar üzerindeki aynı haklar ve tarafların iradelerine tabi olmayan işler dışındaki uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunu belirtmektedir (HMK m. 408). Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda da benzer bir düzenleme söz konusudur (MTK m. 1/IV). Öte yandan, T.C. hukukunda Kooperatifler Kanunu'nda da tahkime ilişkin özel bir düzenleme mevcuttur. Anılan düzenleme uyarınca, *kooperatif organları ile kooperatifler, kooperatiflerle bağlı buldukları kooperatif birlikleri, kooperatif merkez birlikleri ve Türkiye Milli Kooperatifler Birliği arasında iştigal konularına giren hususlardan dolayı çıkan anlaşmazlıklar, genel hükümler saklı kalmak şartıyla anasözleşmelerinde öngörülen hakem kurullarınca da halledilebilir* (KoopK m. 95). Kooperatifler Kanunu, sayılan düzenlemelerin tahkim yoluyla çözülebilmesi için şirket ana sözleşmesinde bu yönde bir hükmün varlığını aramıştır. Ayrıca hükümde sayılan uyuşmazlıklar arasında kooperatiflerle ortakları arasındaki uyuşmazlıkların yer almadığı da gözlemlenmektedir⁷¹.

Anglo-Amerikan hukuk sisteminde genel olarak tahkime elverişliliğe ilişkin yasal düzenlemeler bulunmamakta, konu yargı içtihatlarıyla şekillenmektedir. Tahkim özelinde Anglo-Amerikan hukuk sisteminin etkisinde bulunan KKTC hukukunda da tahkime elverişliliğe ilişkin bir genel düzenleme getirilmemiştir⁷². Yukarıda görüldüğü üzere kooperatiflere ilişkin uyuşmazlıklara dair Anayasa Mahkemesi önüne gelen dosyalarda Yüksek Mahkeme'nin Fasıl 114 Kooperatif Şirketler Yasası'nda öngörülen uyuşmazlık çözümünün lehinde kararlar vermesi, KKTC hukukunda kooperatiflere ilişkin korporatif uyuşmazlıkların yargı içtihatları ile tahkime elverişli kabul edildiğini ortaya koymaktadır.

⁶⁸ Ayoğlu, s. 76.

⁶⁹ Can, Mustafa Emre: "Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2020, C. XXVI, S. 2, s. 1350.

⁷⁰ Ayoğlu, s. 79. Örneğin, T.C. hukukunda genel kurul kararlarının iptali için öngörülen özel usul kuralları nedeniyle genel kurul kararlarının iptali için tahkime başvurulamayacağı hakkında bkz. Helvacı, Mehmet: "Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Tahkim Yargılamasına Uygunluğu Üzerine Düşünceler", Marmara Üniversitesi II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", İstanbul 2009, s. 200-201.

⁷¹ Bu yönde bkz. Eksi, Nuray: Türkiye'de Kurumsal Tahkim, İstanbul 2020, s. 155-156.

⁷² Bu durumun tahkim konusunda T.C. hukuku ve KKTC hukuku arasındaki en dikkat çekici farklılık olabileceği hakkında bkz. Alibaba, s. 18.

B. Adil Yargılanma Hakkı Açısından Değerlendirme

Hukukun üstünlüğünü kabul eden tüm ülkelerde bir uyumsuzluğun her iki tarafına da tanınması gereken adil yargılanma hakkı⁷³; kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma, yargı önünde hak arama, makul sürede yargılanma, aleni olarak yargılanma, hakkaniyete uygun yargılanma olmak üzere beş unsuru içermektedir⁷⁴. Fasıllık 114 Kooperatif Şirketler Yasası m. 53’de öngörülen uyumsuzluk çözüm yönteminin adil yargılanma hakkına uygunluğunu tespit edebilmek için beş unsur bakımından ayrı ayrı inceleme yapılması gerekmektedir:

1. Kanuni – Bağımsız ve Tarafsız Bir Mahkeme Tarafından Yargılanma İlkesi Bakımından

Adil yargılanma hakkının önde gelen unsurlarından birisi olan kanuni – bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkı, hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilebilmesi bakımından büyük önem taşır. Bu unsur dolayısıyla kimse kanunen tabi olduğu mahkeme dışında bir merci huzurunda uyumsuzluk çözümüne zorlanamaz. Ancak bu unsur kapsamında mahkeme kavramı geniş yorumlanmaktadır⁷⁵.

Genel olarak alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemlerinin kanuni – bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkına etkisi öğretide tartışılmış ve söz konusu hak üzerinde olumsuz bir etkisinin bulunmadığı yönünde görüş geliştirilmiştir. Bu görüşün dayanağı olarak ise alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemlerinin devlet yargısına başvurma hakkını ortadan kaldırmadığı; alternatif çözüm yöntemiyle üretilen kararın da devlet yargısı önüne taşınabilir olması gösterilmiştir⁷⁶. Lakin bu görüş Fasıllık 114 Kooperatif Şirketler Yasası bakımından uygulanabilir değildir. Zira, Fasıllık 114 Kooperatif Şirketler Yasası’nda öngörülen usule göre Mukayyidin uyumsuzluk hakkında verdiği kararlar kesindir. Devlet yargısına başvuru yalnızca Mukayyide görüş alma noktasında tanınmış bir haktır (Fasıllık 114 Kooperatif Şirketler Yasası m. 53/VII)⁷⁷. Dolayısıyla, KKTC hukukunda kooperatiflere ilişkin uyumsuzlukların çözümünde tarafların devlet yargısına başvurma olanağı ortadan kaldırılarak T.C. hukuku öğretisinde ileri sürülen görüşün temel dayanağı geçersiz kılınmıştır. Buradan hareketle öngörülen uyumsuzluk çözüm yönteminin kanuni – bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkına uygun olduğunu söylemek olanaklı gözükmemektedir.

⁷³ Öğretide adil yargılanma hakkı için *doğru ve güvenli yargılanma hakkı*, *doğru dürüst yargılanma hakkı* kavramları da kullanılmaktadır. Bkz. **Aşçıoğlu**, Çetin: “Yargıda Temel Sorun Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkı”, Türkiye Yargı Reformu, S. 10 – Özel Sayı, s. 348; **Akıllıoğlu**, Tekin: İnsan Hakları I – Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, Ankara 1995 s. 314 (**İldır**, Gülgün: Alternatif Uyumsuzluk Çözümü – Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Ankara 2003, s. 43’den naklen).

⁷⁴ **Pekcanitez**, Hakan: “Medeni Yargılamada Adil Yargılanma”, İzmir Barosu Dergisi 1997, S. 2, s. 38-39; **İldır**, s. 44.

⁷⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **İnceoğlu**, Sibel: Adil Yargılanma Hakkı – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 4, Ankara 2018, s. 69.

⁷⁶ Bkz. **İldır**, s. 45.

⁷⁷ Bu konuda bkz. V-B başlığı.

Belirtmek gerekir ki, kooperatiflere ilişkin uyuşmazlıkların çözüm merci olarak gösterilen Mukayyidin atanması hususunda Fası 114 Kooperatif Şirketler Yasası, Üst Kademe Yöneticileri Yasası'na atıf yapmaktadır (Fası 114 m. 3/I). Üst Kademe Yöneticileri Yasası uyarınca bir kişinin Kooperatif Şirketler Mukayyidi olarak atanabilmesi için gereken nitelikler;

- *Uygun konularda üniversite veya dengi bir yüksek okuldan mezun olmak ve en az on yıl kooperatif veya kamu hizmetlerinde görev yapmış olmak ya da,*
- *Lise veya dengi bir orta öğretim kurumundan mezun olmak ve en az on beş yıl Kooperatif Şirketler Yasası altında tescil edilmiş bir üst kooperatif kuruluşunda görev yapmış olmaktır (Üst Kademe Yöneticileri Yasası m. 13/II).*

Görüldüğü üzere Kooperatif Şirketler Mukayyidi olabilmek için aranan nitelikler arasında hukuk fakültesi mezunu olmak; hatta en az on beş yıl boyunca görev yapma koşulunun sağlanması halinde üniversite mezunu olmak dahi aranmamaktadır. Uyuşmazlık çözümü konusunda adeta bir üst derece mahkemesi kadar geniş yetkilere sahip olan bir kişinin hukuk eğitimi almamış olması, Fası 114 Kooperatif Şirketler Yasası m. 53'de öngörülen uyuşmazlık çözüm yöntemini, kanuni – bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkı karşısında izahı zor bir hale getirmektedir⁷⁸. Hemen belirtelim ki, adil yargılanmanın sağlanabilmesi için yargı makamının yürütmenin kurumsal yapısından ayrılması da zorunludur⁷⁹. Oysa Mukayyidin yürütme organından organik bağımsızlığından söz edilmeyecektir. Zira, Üst Kademe Yöneticileri Yasası uyarınca, Kooperatif Şirketler Mukayyitliğine atanacak kişinin bu mevkie uygunluğu ilgili Bakan tarafından saptanıp durum ve atama istemi Başbakan ve Cumhurbaşkanı'na bildirilir. Atama, ilgili Bakan, Başbakan ve Cumhurbaşkanı'nın birlikte imzaları ile yapılır (Üst Kademe Yöneticileri Yasası m. 3/II a-b). Kooperatif Şirketler Mukayyidi, herhangi bir neden gösterilmeden atandığı usul ile görevden alınabilir (Üst Kademe Yöneticileri Yasası m. 3/IV). Mukayyidin bu şekilde görevden alınabilmesi, görevini tamamen bağımsız bir şekilde sürdürmesine engel oluşturabilecek niteliktedir.

2. Yargı Önünde Hak Arama İlkesi Bakımından

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinde “*Her kişi bir mahkeme tarafından davasının dinlenilmesini isteme hakkına sahiptir*” şeklinde ifade edilen ve hem T.C. hem de KKTC anayasalarında temel hak olarak düzenlenmiş bulunan yargı önünde hak arama, adil yargılanma

⁷⁸ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, hukuk eğitimi almamış kişilerin uyuşmazlıkların çözümünde karar verici pozisyonunda bulunmalarını doğrudan bir ihlal kabul etmemekte ancak bu kişilerin yargı yerinin bağımsızlığına ilişkin güvencelerin olup olmadığı, yargı işlevini yerine getirirken kamu otoritelerinden talimat alıp almadıkları, davanın taraflarından birinin astı konumunda olup olmadıkları bakımından incelemeye tabi tutmaktadır. Bkz. **İnceoğlu**, s. 80. Hukuk eğitimi almamış kişilerin uyuşmazlıkların çözümünde karar merci olmalarının adil yargılanma hakkı bakımından yarattığı sorunlar için ayrıca bkz. **Vitkauskas/Dikov**, s. 52 vd.

⁷⁹ **Vitkauskas/Dikov**, s. 54. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **İnceoğlu**, s. 79 vd.

hakkının önde gelen unsurlarından bir diğeridir. Öğretide mahkemeye erişim hakkı olarak da adlandırılan yargı önünde hak arama, kaynağını adaletin reddini yasaklayan uluslararası hukuk prensibinden alır⁸⁰. T.C. Anayasa Mahkemesi yargı önünde hak arama hakkını, “*Adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birisi mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkı, uyumsuzluğu hakkında nihai ve icra edilebilir karar verecek bir yargı mercii önüne uyumsuzluğu götürme hakkı olarak tanımlanabilir*”⁸¹ ifadeleri ile açıklamıştır.

Yargı önünde hak arama, KKTC Anayasası’nın “*Hak Arama Özgürlüğü ve Yasal Yargı Yolu*” başlıklı 17. maddesinde çok açık ifadelerle güvence altına alınmıştır. 17. maddenin özellikle I. fıkrası doğrudan konumuza ilişkin olup fıkra şu şekildedir:

“Kimse, bu Anayasa ile veya bu Anayasa gereğince kendisine gösterilen mahkemeye başvurma hakkından yoksun bırakılamaz. Her ne ad altında olursa olsun adli komisyonlar veya istisnai mahkemelerin oluşturulması yasaktır”.

KKTC hukukunda temel hakların sınırlandırılması rejimi büyük ölçüde T.C. hukukuna paralel bir şekilde düzenlenmiştir. KKTC Anayasası uyarınca temel haklar ve özgürlükler, özüne dokunmadan, kamu yararı, kamu düzeni, genel ahlak, sosyal adalet, ulusal güvenlik, genel sağlık ve kişilerin can ve mal güvenliğini sağlamak gibi nedenlerle ancak yasalarla kısıtlanabilir (KKTC AY m. 11).

Fasıl 114 Kooperatif Şirketler Yasası’nda uyumsuzlukların mahkemeye başvurmak yerine Mukayyit tarafından çözümlenmesini öngören düzenleme bir Yasa hükmü niteliğinde olduğundan temel hak ve özgürlüklerin yasalarla kısıtlanabilmesi kuralına uygundur⁸². Ancak sınırlandırmanın yasa ile yapılmış olması tek başına hukuka uygunluğunu sağlamamaktadır. Kooperatiflere ilişkin uyumsuzluklarda tarafların mahkemeye başvurma olanağının ortadan kaldırılmış olması yargı önünde hak aramanın özüne dokunmakta⁸³, başka bir deyişle bu hakkı sınırlandırmaktan öte adeta tamamen ortadan kaldırmaktadır. Bu açıklamalar ışığında, Fasıl 114 Kooperatif Şirketler Yasası’nda öngörülen uyumsuzluk çözüm yönteminin temel hak niteliğindeki yargı önünde hak arama hakkının da ihlal edilmesi anlamına geldiği yönünde tespitini olanaklı kılmaktadır.

⁸⁰ Vitkauskas/Dikov, s. 32.

⁸¹ Bkz. T.C. AYM, 11.04.2012, E. 2011/33, K. 2012/54.

⁸² Yargı önünde hak aramaya yönelik sınırlandırmaların önemli bir bölümü süre sınırlamalarıyla ilgilidir. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İnceoğlu, s. 45 vd.

⁸³ Yargı önünde hak aramaya yönelik sınırlandırmanın hakkın özüne dokunacak düzeyde geniş olamayacağı hakkında bkz. Vitkauskas/Dikov, s. 33.

3. Makul Sürede Yargılanma İlkesi Bakımından

Mahkemelerde yapılacak olan yargılamanın makul süre içerisinde tamamlanması adil yargılanma sağlanabilmesi için gereken bir diğer unsurdur. Gerçekten, mahkemeye başvurma hakkı tanınmasına rağmen, makul süreyi aşacak zaman diliminde uyuşmazlığın mahkeme tarafından karara bağlanmaması mahkemeye başvurulmasıyla hedeflenen amacın gerçekleşmemesine neden olacaktır. Bu kapsamda yargılamanın makul sürede tamamlanması İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin kapsamında da yer almaktadır. Makul sürede yargılanma hakkı kapsamında devletlere yüklenen görev, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 10.11.1969 tarihli Kararında, "*Bütün hak arayanlar için geçerli olan bu hükmün amacı, bu kişileri yargılama işlemlerinin sürüncemede kalmasına karşı korumak; özellikle ceza davalarında, suçlanan kişinin, uzun süre davasının nasıl sonuçlanacağı endişesi ile yaşamasını önlemektir*"⁸⁴ ifadeleri ile açıklanmıştır.

Hemen belirtelim ki, makul sürede yargılamadan kasıt sadece yargılamanın hızlı bir şekilde tamamlanması değildir. Önemli olan, doğru bir karara ulaşılmasını sağlayacak şekilde yargılamanın tamamlanmasıdır. Dolayısıyla, yargılama bakımından makul süre her somut uyuşmazlığa göre değişebilmektedir⁸⁵.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri yargılamanın makul sürede tamamlanması bakımından olumlu işlemlere sahip olabilir. Hatta alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile devlet yargısı arasındaki en belirgin farkın, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri için öngörülen genellikle emredici nitelikteki süreler nedeniyle bu noktada ortaya çıktığı da söylenebilir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin makul sürede yargılanma hakkına etkisi şu ihtimallerde karşımıza çıkabilir: Bazı durumlarda bu yöntemlerle uyuşmazlık çözüme kavuşturularak konunun mahkemelere taşınmasının önüne geçilebilir; bazı durumlarda ise ya uyuşmazlık çözüm yönteminin niteliği ya da tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemiyle varılan sonucu benimsememeleri nedeniyle konu mahkemelere taşınsa dahi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi uygulanırken pek çok vakıa ele alınmış olduğundan mahkemelerin yargılama süresi kısalabilmektedir⁸⁶.

KKTC hukukunda kooperatiflere ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen sistemin makul sürede yargılanmaya olumlu etkisinden söz edebilmek de güçtür. Zira, ne Yasa'da ne de Tüzük'te uyuşmazlığın çözümü için öngörülmüş emredici bir süre söz konusudur. Süreye ilişkin tek düzenleme uyuşmazlığın Mukayyit tarafından hakemlere sevk edilmesi ihtimalinde karşımıza çıkmaktadır. Mukayyit, havaleyi yaparken hakemlerin uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaları gereken süre sınırını da havale emrinde belirtecektir. Ancak Mukayyit, kendisini tatmin edecek haklı bir sebep gösterildiği zaman havale emrindeki süreyi yeni bir emir ile uzatabilir (Kooperatif Şirketler Tüzüğü

⁸⁴ Stogmüller/Austria, 10.11.1969, B. No: 1602/62. Çeviri için bkz. **İnceoğlu**, s. 265.

⁸⁵ Avrupa Adalet Divanı tarafından makul sürenin değerlendirilmesinde, dava konusunun niteliği, başvuruda bulunan kişinin yargılama sırasındaki tutumu ile ulusal yargılama makamlarının tutumunun dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. **Pekcanitez**, s. 42. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **İnceoğlu**, s. 270-276; **Vitkauskas/Dikov**, s. 117 vd.

⁸⁶ Bkz. **İldır**, s. 52.

m. 99/II-c). Görüldüğü üzere, uyuşmazlığın hakeme havalesi halinde hakemlerin uyması gerektiği süreyi belirleme yetkisi de Mukayyide bırakılmış; ayrıca *kendisini tatmin edecek haklı bir sebep* gibi kişiden kişiye göre farklı yorumlanabilecek bir kriterle süreyi uzatma yetkisi de Mukayyide verilmiştir. Uyuşmazlığın bizzat Mukayyit tarafından çözüme kavuşturulacağı hallerde ise Mukayyidin uyması gereken herhangi bir süre sınırı yoktur. Hakem kararlarına karşı Mukayyidin istinaf makamı olarak vereceği kararlar bakımından da bir süre sınırı öngörülmemiştir.

Öte yandan, öngörülen sistemde tarafların devlet yargısına başvurulmasının önü de kapatılmış olduğundan Mukayyit veya hakem/hakemler tarafından uyuşmazlık çözümlenirken vakıaların ele alınmış olmasının devlet yargısını hızlandırma bakımından da herhangi bir etkisi bulunamayacaktır.

4. Aleni Olarak Yargılanma İlkesi Bakımından

Adil yargılanma hakkının bir diğer unsurunu oluşturan aleni olarak yargılanma hakkı, yargılamanın kural olarak açık bir şekilde yapılmasını ifade eder. Ancak her türlü yargılamanın, her durumda aleni olarak gerçekleştirilmesi mümkün olmayabilir. Ulusal güvenlik, kamu düzeni ve özellikle tarafların kişisel verilerinin korunması nedeniyle yargılamanın gizli yapılması ihtiyacı da gündeme gelebilir.

Hak Arama Özgürlüğü ve Yasal Yargı Yolu başlıklı KKTC Anayasası'nın 17. maddesinin III. fıkrasında; ulusal güvenlik, anayasal düzen, kamu düzeni, kamu güvenliği veya genel ahlak yararına olduğu ya da küçüklerin yahut tarafların özel hayatlarının korunması için gerekli olduğu ve yayının, adaletin sağlanması için mahkemece zararlı görüldüğü özel durumlarda, mahkeme duruşmanın kısmen veya tamamen kapalı yapılmasına karar verebilir düzenlemesi yer almaktadır. Söz konusu düzenleme yargılamanın aleniyetinin kural⁸⁷, gizliliğin ise ancak bazı koşulların varlığı halinde uygulanabilecek bir istisna olduğunu açık bir şekilde ortaya koymaktadır. KKTC'de yargılamanın kapalı olarak yapılabilmesi her demokratik ülkede rastlanabilecek türden bir yetki olmakla birlikte, bu yetkinin hakkının özüne zarar vermeden ve ölçülü bir şekilde kullanılması zorunludur⁸⁸.

Kooperatiflere ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için Fası 114 Kooperatif Şirketler Yasası'nda öngörülen sistemin aleni olarak yargılanma hakkını güvence altına aldığından da söz edilemez. Zira, Mukayyidin kararını oluşturmaya yönelik sürecin aleni şekilde yürütülmesine ilişkin bir düzenleme söz konusu değildir. Uyuşmazlığın Mukayyit tarafından bizzat çözümlenmek yerine hakem/hakemlere havale edilmesi ihtimalinde de aleni bir yargılamadan bahsetmek olanaklı olmayacaktır.

⁸⁷ Bu yönde bkz. **Vitkauskas/Dikov**, s. 84.

⁸⁸ Bu yönde bkz. **İnceoğlu**, s. 260.

5. Hakkaniyete Uygun Yargılanma İlkesi Bakımından

Adil yargılama hakkının son unsuru olan hakkaniyete uygun yargılama, yargılamanın her aşamasında⁸⁹ tarafların tam bir eşitlik içinde bulunmasını ifade eder⁹⁰. Hakkaniyete uygun yargılama kapsamında eşitlik, hem maddi hem de usuli eşitlik kavramlarını kapsar⁹¹. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin genel olarak taraflar arasında eşitlik sağlamak üzere getirilmiş yöntemler olduğu ifade edilmektedir⁹². Fası 114 Kooperatif Şirketler Yasası'nda öngörülen uyuşmazlık çözüm yönteminin, devlet yargısı karşısında hakkaniyet uygun yargılanma hakkına yönelik olumlu bir farklılığı mevcut değildir. Söz konusu yöntemde tarafların eşitliğini sağlamaya yönelik yegane düzenleme, uyuşmazlığın Mukayyit tarafından birden fazla hakeme havale edilmesi halinde tarafların birer hakem seçme olanaklarının bulunmasıdır. Ancak Mukayyidin uyuşmazlığı birden fazla hakeme havale etmesinin zorunlu olmadığına dikkat çekmek isteriz. Bununla birlikte yargılama konusunda adeta tek yetkili makam olarak yetkilendirilen Mukayyidin hukuk eğitimi almış olmasının dahi aranmaması verilecek kararın hakkaniyete uygun yargılanma bakımından da değerlendirilmesini gerektirecektir.

Sonuç

Karşılıklı yardımlaşma ve işbirliği esasına dayalı ekonomik kişi birliği niteliğindeki kooperatiflerin hukuki niteliği hem T.C. hem de KKTC hukuklarında ticaret şirkettir. Ancak kooperatifler diğer ticaret şirketlerinden farklı olarak kâr elde edip bunu ortakları arasında paylaşırma esasına göre faaliyet göstermezler. KKTC'de tarıma dayalı ekonomi, geçmişte uygulanan vergi sistemi ve tefeciliğe karşı adeta bir kurtuluş çaresi olarak yararlanılan kooperatifler günümüzde de ekonomik ve toplumsal alanda önemlerini devam ettirmektedir.

Kooperatifler yapıları gereği diğer ticaret şirketlerinden farklı bir şekilde kural olarak ortakları ile işlem yaparlar. Bu nedenle kooperatifler ve ortakları arasında hukuki uyuşmazlıkların çıkması olasıdır. Söz konusu uyuşmazlıkların çözümü noktasında T.C. hukuku, Kooperatifler Kanunu'nda düzenlenen hususlar ile ilgili uyuşmazlıkları ticari dava olarak nitelendirmiştir. Uyuşmazlığın Kooperatifler Kanunu'nda düzenlenmeyen bir husustan kaynaklanması halinde ise ticari dava niteliği Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesine göre tespit edilecektir. Hemen belirtelim ki, ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları açılmadan önce arabulucuya başvurulması zorunludur. Bu düzenlemeler, T.C. hukukunda kooperatiflere ilişkin uyuşmazlıkların diğer ticaret şirketlerine ilişkin uyuşmazlıklarla örtüşen bir çözüm yöntemine tabi olduğunu göstermektedir.

⁸⁹ Vitkauskas/Dikov, s. 65.

⁹⁰ Pekcanitez, s. 47.

⁹¹ İldır, s. 51.

⁹² İldır, s. 51.

KKTC hukukunda ise kooperatiflere ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için T.C. hukukundan oldukça farklı bir yöntem geliştirildiği gözlemlenmiştir. KKTC hukukunda kooperatiflere ilişkin uyuşmazlıkların çözüm merci olarak üst kademe yönetici konumundaki Mukayyit yetkili kılınmıştır. Mukayyit, kooperatiflere ilişkin uyuşmazlıkları kendisi çözümleyebilir veya çözümlenmek üzere hakem/hakemlere havale edebilir. Mukayyidin uyuşmazlığı kendisinin çözüme kavuşturduğu hallerde verdiği karar kesin olup bu karar aleyhine tarafların mahkemeye başvurma olanakları yoktur. Uyuşmazlığın hakem/hakemlere havale edildiği durumlarda ise taraflar, hakem/hakemlerin verdiği kararı istinaf edebilirler. Bu noktada da Mukayyit istinaf makamı olarak karşımıza çıkmakta ve istinaf sonucunda verdiği karara karşı tarafların mahkemeye başvurma olanakları bulunmamaktadır. Kooperatiflere ilişkin uyuşmazlıklarda devlet yargısına tanınan yegane rol, Mukayyidin uyuşmazlığın çözümü için Yüksek Mahkeme'ye başvurma imkanının bulunmasıdır. Dolayısıyla Yüksek Mahkemeye başvurma hakkı yalnızca Mukayyide tanınmış olup, tarafların uyuşmazlığın çözümünün hiçbir aşamasında mahkemelere başvurma olanakları yoktur.

Fasıl 114 Kooperatif Şirketler Yasası'nda hükme bağlanan bu çözüm yöntemi – ikisi KKTC'nin kuruluşundan önce olmak üzere – farklı tarihlerde üç defa Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi önüne taşınmış ve Anayasa Mahkemesi her üç kararda da anılan yöntemin Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme'nin kararlarına dayanak olarak gösterdiği durum bahsi geçen çözüm yönteminin Fasıl 114 Kooperatif Şirketler Yasası'nda düzenlendiği ve kooperatife üye (ortak) olan kişilerin bu Yasa'yı bilerek kendi iradeleri ile mahkemeye başvurma hakkından feragat ettikleri yönündedir. Oysa kanımızca böyle bir yoruma katılmak mümkün değildir. Zira, varoluş amacından hareket edildiğinde kooperatifleri ikame edecek bir başka şirket türü mevcut değildir. Karşılıklı yardımlaşma ve işbirliği esasına göre faaliyet gösteren tek şirket türü kooperatiflerdir. Kooperatiflerin bu yapısı bireyin ekonomisini geliştirirken toplumsal bir fayda sağlanmasına da hizmet etmektedir. Günümüzde modern hukuk düzenlerinde, sözleşmelerde yer alan genel işlem koşullarının dahi geçerliliği tartışma konusu iken bir yasa maddesi ile kooperatif üyelerinin uyuşmazlıklarını devlet yargısı dışında bırakmak doğru bir yaklaşım değildir.

Fasıl 114 Kooperatif Şirketler Yasası'nda uyuşmazlık çözüm yöntemi *Tahkim* olarak adlandırıldığı için uyuşmazlıkların tahkime elverişlilikleri de çalışmamız kapsamında incelenmiştir. Tahkim konusunda Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi etkisinde bulunan KKTC hukukunda tahkime elverişlilik konusunda genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Yasada öngörülen çözüm yönteminin Anayasa'ya aykırılığı iddiaları Anayasa Mahkemesi tarafından istikrarlı bir şekilde reddedildiğinden içtihatlar doğrultusunda kooperatiflere ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli oldukları söylenebilecektir.

Adil yargılanma hakkı bakımından yapılan değerlendirmede ise aynı sonuca varılamamaktadır. Çalışma konumuzu oluşturan uyuşmazlık çözüm yönteminin, adil yargılanma

hakkının unsurları olan kanuni – bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma, yargı önünde hak arama, makul sürede yargılanma, aleni olarak yargılanma ve hakkaniyete uygun yargılanma bakımından devlet yargısına karşın belirgin bir üstünlüğü bulunmamaktadır. Hatta, söz konusu yöntemin KKTC Anayasası'nda bir temel hak olarak düzenlenen yargı önünde hak arama bakımından Anayasa'ya uygunluğundan da söz etmek olanaklı değildir. Tarafların mahkemelere başvurma haklarını tamamen ortadan kaldıran Fası 114 Kooperatif Şirketler Yasası'nın bu düzenlemesi temel hakka yönelik kanunla getirilen bir sınırlama olmakla birlikte, mahkemelere başvurma hakkının özüne dokunmakta; uyuşmazlık taraflarını, Anayasa ile güvence altına alınmış olan bu haktan tamamen yoksun bırakmaktadır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulama alanı her geçen gün artmakta ve devlet yargısına etkili bir alternatif oluşturmaktadır. Ancak, bir uyuşmazlık için öngörülen alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminin mutlak olması, başka bir ifade ile söz konusu uyuşmazlık hakkında devlet yargılamasına başvurabilme olanağının tamamen engellenmesi adil yargılanma hakkının kapsamı ile uyuşmamaktadır. KKTC hukukunda kooperatiflerin iç ilişkilerinden kaynaklanan çözüm yönteminin de Anayasa'ya uygun hale getirilebilmesi için Mukayyit tarafından verilecek kararlara karşı devlet yargısına başvuru olanağının sağlanması hukukun üstünlüğünü Anayasa'da kabul etmiş bir devlet için gerekliliktir.

Kaynakça

Akıllıoğlu, Tekin: İnsan Hakları I – Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, Ankara 1995.

Alibaba, Arzu: “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Tahkim”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi (UTTDER) 2023, C. XII, S. 1, s. 3-64.

Aşcıoğlu, Çetin: “Yargıda Temel Sorun Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkı”, Türkiye Yargı Reformu, S. 10 – Özel Sayı, s. 347-357.

Ayoğlu, Tolga: Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, İstanbul 2018.

Aydın, Sema/**Kaplan**, Hasan Ali: “Yargıtay'ın 12.11.2021 Tarihli ve 2020/2 E., 2021/3 K. Sayılı İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Çerçevesinde Kooperatiflerin Tacir Niteliği”, Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2022, C. III, S. 1, s. 193-216.

Beratlı, Nazım: “Kıbrıs'ta Kooperatifçilik: Başlangıcından Bugüne Kısa Bir Bakış”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi 2019, C. XII, S. 65, s. 972-977.

Bilgeç, Hakan: “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Çek Hukukunda Karşılıksız Çek ve Buna Bağlanan Yaptırım”, AÜHFD 2019, C. LXVIII, S. 2, s. 369-411.

Bozer, Ali/**Göle**, Celal: Ticari İşletme Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2023.

Bozkurt, Tamer: Şirketler Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2022.

Can, Mustafa Emre: “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2020, C. XXVI, S. 2, s. 1349-1370.

Çıkın, Ayhan/**Karacan**, Ali Rıza: Genel Kooperatifçilik, İzmir 1994.

Çınar, Çağlar: Kooperatiflerde Pazarlama Yönetimi Açısından Sosyal Pazarlama ve Bir Uygulama, İstanbul 2010 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Ekşi, Nuray: Türkiye’de Kurumsal Tahkim, İstanbul 2020.

Eminoğlu, Cafer/**Erdoğan**, Ersin: Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Ankara 2020.

Eşref, Mehmet: Kıbrıs’taki Kooperatifçilik, Lefkoşa 1986.

Hasgüler, Mehmet: Kıbrıs’ta Kooperatifçilik ve Tüketim Kooperatifleri Uygulaması, Lefkoşa 1996.

Helvacı, Mehmet: “Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Tahkim Yargılamasına Uygunluğu Üzerine Düşünceler”, Marmara Üniversitesi II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul 2009, s. 179-202.

İldır, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü – Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Ankara 2003.

İnceoğlu, Sibel: Adil Yargılanma Hakkı – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 4, Ankara 2018.

Kırca, İsmail: “Kooperatiflerin Tacir Niteliği Hakkında Yargıtay’ın Tutumu: Kanuna Aykırı Yorum mu Yoksa Örtülü Boşluk Doldurma Gayreti mi?”, BATİDER 2017, C. XXXIII, S. 2, s. 5-25.

Meyer, A. J.: The Economy of Cyprus, Cambridge 1962.

Oğuz, Hazal/Mete, Oğuz: “Kooperatiflerde Markalaşma ve Tüketici-Kooperatif Ürünleri İlişkisi: Torku Örneği”, Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi 2017, S. 52 – Özel Sayı, s. 386-424.

Orbay Ortaç, Nurdan/Can, Ozan: “Yapı Kooperatiflerinin Tacir Sıfatı Olup Olmadığı Sorusu Bağlamında Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 15.09.2014 Tarih, 2014/2787 Esas ve 2014/5195 Karar Sayılı Kararının Eleştirilmesi”, BATİDER 2016, C. XXXII, S. 3, s. 79-104.

Paslı, Ali: “Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması”, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Editörler: **Süral Efeçinar, Ceyda/Yardım, Mehmet Ertan**), İstanbul 2019, s. 13-25.

Pekcanitez, Hakan: “Medeni Yargılamada Adil Yargılanma”, İzmir Barosu Dergisi 1997, S. 2, s. 35-55.

Plümer, Aytuğ F.: Kıbrıs Ekonomi Tarihi, Sarsıntılı Bir Devrin Anatomisi (1960-1974), Lefkoşa 2008.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2010.

Turhan, Turgut: “Tarihsel Bakış Açısıyla Kıbrıs Türk Hukuk Sistemi”, AÜHFD 2008, C. LVII, S. 2, s. 253-288.

Üstün, Yusuf/ Aydın, Muhittin: Kooperatifler Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2017.

Vitkauskas, Dovydas/Dikov, Grigoriy: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması, 2. Baskı, Ankara 2018.

Tarihsel Gelişimi İçinde Kıbrıs’ta Sosyo-Ekonomik Yapı, Özgürlük Yayınları, Lefkoşa 1987 (Yazar belirtilmemiştir).

AŞAMALI TAHKİM ANLAŞMALARI

Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU*

Öz

Tarafların tahkim veya devlet yargısına başvurmadan önce uyuşmazlığın çözümü için müzakere gibi dostane ve/veya arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tüketilmesini öngördükleri kayıtlara hem yatırım hem ticari tahkim yargılamasında yer verilmektedir. Ancak yatırım tahkiminde, uyuşmazlık çözüm kayıtlarında belirlenen aşamalar arasında ev sahibi devlet mahkemelerine başvuru yolu da öngörülebilir. Son aşamada yatırımcıya ev sahibi devlet mahkemeleri veya tahkimi seçme imkânının verildiği uyuşmazlık çözümü hükümleri de bulunmaktadır. Ticari tahkimde ise tahkim son aşama olup, bu anlaşmalar aşamalı tahkim anlaşması olarak adlandırılmaktadır. Tahkim öncesi uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yer veren aşamaların varlığı tahkim anlaşmasının geçerliğini etkilemez. Ne var ki, bu aşamaların yer aldığı uyuşmazlık çözüm kayıtlarının gerek yatırım tahkiminde gerek ticari tahkimde özenle kaleme alınmaması halinde önemli sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda aşamalı tahkim anlaşmasında öngörülen aşamaların zorunlu mu yoksa ihtiyari nitelikte mi olduğunun tespiti önem taşımaktadır. Aşamanın niteliği ile ilgili yapılacak değerlendirme, anılan aşamalar tüketilmeden tahkim usulüne başvurulması halinde hakem kurulunun vereceği kararı etkiler. Aşamaların tüketilmemesi, yetkisizlik kararına yol açabileceği gibi tahkim talebinin kabul edilemez olduğu yönünde bir karar verilmesine de neden olabilir. Zorunlu aşamaları göz ardı eden veya hatalı olarak ihtiyari aşamaları zorunlu kabul eden hakem kararlarının ise iptal edilmesi veya tenfizi talebinin reddi yaptırımını ile karşı karşıya kalabilir.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası Tahkim, Aşamalı Uyuşmazlık Çözüm Kayıtları, Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Hakem Kararlarının İptali, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü.

* İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (bilgint@bilkent.edu.tr), ORCID 0000-0001-5574-1525.

Abstract

Dispute resolution provisions stipulating the exhaustion of amicable settlement such as negotiation and/or ADR methods before resorting to arbitration proceedings or state courts are included in both investment and commercial arbitration. In investment arbitration, the host state courts can be provided as the previous or the final stage together with arbitration. When arbitration is envisaged as a final step, they are called multi-tiered arbitration agreements in commercial arbitration and the pre-arbitration stages does not affect the validity of the arbitration agreement. However, important problems arise if these multi-tiered provisions are not carefully drafted. It is of great importance to interpret parties' intention whether the nature of tiers is compulsory or voluntary. The evaluation regarding the nature of dispute settlement methods affects the arbitral tribunal's decision if the arbitration procedure is initiated without exhaustion of the previous steps. This may be a decision of lack of jurisdiction or a decision that the request for arbitration is inadmissible. Furthermore, after the arbitral award is rendered, non-exhaustion of previous steps may lead to the setting aside of the arbitral award, and in the case of foreign arbitral award, it may result in the rejection of its enforcement.

Keywords: *International Arbitration, Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses, Enforcement of Arbitral Award, Setting Aside of Arbitral Award, Alternative Dispute Resolution.*

I- Terminoloji ve Genel Olarak Aşamalı Uyuşmazlık Çözüm Anlaşmaları

Tahkim veya devlet yargısına başvurmadan önce uyuşmazlığın çözümü için diğer uyuşmazlık çözüm yollarının öngörüldüğü kayıtlara uyuşmazlık çözümüne ilişkin kayıtlara İngilizce '*multi-tiered dispute resolution clauses*' kavramının tam karşılığı olan aşamalı veya çok katmanlı uyuşmazlık çözüm kayıtları denmektedir¹. Aynı anlama gelmek üzere basamaklı, basamaklı, kademeli, dereceli uyuşmazlık çözüm kayıtları terimleri de kullanılmaktadır². Usul hukukunda sıkça karşılaştığımız "terditli" terimi de aynı anlama gelmek üzere kullanılmaktadır³. Bütün bu terimler basamaklı uyuşmazlık çözüm kayıtlarının temel özelliğini yansıtmaktadır. Bunlardan 'aşama', 'basamak' ve 'katman' Türkçe kökenli kelimelerdir. Bu çalışmada 'aşama' terimi tercih edilmiştir.

¹ Bu kayıtlarda *multi-tiered* terimi yerine *escalation*, *multi-step* or *ADR- first* terimleri de kullanılmaktadır: **Kayalı**, Didem: "Enforcibility of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses, Journal of International Arbitration", Kluwer Law International 2010, Vol. 27, Issue 6, s. 551 (çevrimiçi erişim için bkz. http://www.gasi-arbitration.ch/documenti/37/37_PETER_Paper%202.pdf erişim tarihi: 11.11.2023). *Multi-track*, *water-fall* and *wedding cake* terimlerinin de aynı anlama gelmek üzere tercih edildiği görülmektedir: **Aydemir**, Dilek: "Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses fter UML on Mediation 2018 and the Singapore Convention", PPIL 2001, Vol. 4, Issue 1, s. 193. (çevrimiçi erişim için bkz. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.1.819689> erişim tarihi: 11.11.2023).

² **Uygun**, Doğuhan: Basamaklı Tahkim Anlaşmaları ve Arabuluculuk, Tahkim Anlaşması (Eds. Erkan, Mustafa / Yasan Tepetaş, Candan), Onikilevha, İstanbul 2020, s. 421.

³ **Özbek**, Mustafa S.: "Arabuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk Tahkim" (Arabuluculuk), Yargıtay Dergisi 2017, C. 43, S. 1, s. 74.

Aşamalı uyuşmazlık çözüm kayıtları, taraflara tahkim ya da devlet yargısına başvurmadan önce aralarındaki ilişkinin özelliklerine uygun bir veya daha fazla çözüm yöntemine sırasıyla başvurma olanağı vermektedir. Taraflar, öngörülen bir aşamada başarılı olurlarsa aralarındaki uyuşmazlık giderilmekte, diğer bir aşamaya geçme ihtiyacı kalmamakta; taraflar bir aşamada başarılı olamadıkları takdirde ise diğer aşamaya geçilmektedir. Bu özelliği nedeniyle bu tür kayıtların daha az masrafla ve daha hızlı bir şekilde uyuşmazlıkların çözümünü sağlayacağı kabul edilmektedir⁴. Aşamalı uyuşmazlık çözüm kayıtlarında bazen öngörülen aşamalar tüketilmesi gereken bir ön şart, bazen de tarafların isterlerse başvurabilecekleri bir seçenek olabilir.

Bu tür uyuşmazlık çözüm kayıtlarında son aşamanın tahkim olması halinde, bu anlaşma, aşamalı, basamaklı ya da çok katmanlı tahkim anlaşması (veya kaydı) olarak anılmaktadır. Aşamalı uyuşmazlık çözümüne ilişkin anlaşmalar kapsamında yer alan aşamalı tahkim anlaşmaları daha dar bir çerçeveyi yansıtsa da yaygın bir kullanım alanına sahiptir. Her ikisinde de amaç taraflar için en uygun ve etkili uyuşmazlık çözüm mekanizmasını oluşturmaktır. Aşamalı uyuşmazlık çözüm kayıtlarında olduğu gibi aşamalı tahkim anlaşmalarında da tahkim öncesi başvurulması öngörülen uyuşmazlık çözüm yöntemi neticesinde bir sonuç elde edilemediğinde varsa bir sonraki aşamaya geçilmektedir. Aşamalı uyuşmazlık çözüm anlaşmalarında son aşama devlet yargısı da olabilir iken, aşamalı tahkim anlaşmalarında bu durum ortaya çıkmaz. Nitekim son aşamada tahkim veya devlet yargısını bir arada öngören bir tahkim anlaşması, tahkime gitme iradesinin mutlak olmaması nedeniyle geçerli olarak kabul edilemez⁵. Dolayısıyla, aşamalı tahkim anlaşmalarında, tahkim usulünün en son aşama olması gerekli ve zorunludur. Ancak tahkim öncesi aşamaların hangisi olacağı, kaç aşama olacağı, aşamaların üçüncü taraf usullerini içerip içermeyeceği her somut olayda tarafların iradesine göre şekillenmektedir. Gerçekten de taraflar, tahkim öncesinde aşamada tek bir aşamaya yer verip, dostane çözüm yolu olan müzakere⁶ yöntemini öngörebileceği gibi müzakere yöntemi ile birlikte veya müzakere olmaksızın arabuluculuk, uzlaştırma, uzman tayini gibi diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin birine veya birkaçına başvurulması hususunda anlaşmaya varabilir. Her durumda, hiçbir aşamada sonuç elde edilememesi halinde taraflar arasındaki uyuşmazlık nihai olarak tahkim yargısıyla çözülür. Aşamaların sıralanışı aslında tarafların rolünün giderek azalması ile bağlantılıdır. Örneğin, çok aşamalı bir tahkim anlaşmasında tahkim öncesinde başvurulacak aşamalar sırasıyla müzakere ve arabuluculuk olarak öngörülmüş ise, müzakere usulünde taraflar dışında üçüncü kişilerin rol üstlenmesi söz konusu değil iken arabuluculukta bu

⁴ **Cremades**, Bernardo M.: Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses, s. 1. (çevrimiçi erişim için bkz. https://fidic.org/sites/default/files/36%20cremades_2004.pdf erişim tarihi: 11.11.2023).

⁵ Aynı yönde bkz. **Eksi**, Nuray: Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usullerin Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları, Beta, İstanbul 2015, s. 47.

⁶Tarafların müzakereler sonucunda anlaşması en yapıcı ve maliyeti en düşük olan yöntem olsa müzakere aşamasında bir uyuşmazlığın varlığından söz edilemez. Çok aşamalı uyuşmazlık çözüm kayıtlarında yer alsa da müzakere yöntemin kendisi alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilmemektedir. Nitekim bir yönteminin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olması için taraflar arasındaki uyuşmazlığın üçüncü bir kişinin katılımı ile halledilmesi gerekir: **Özbay**, İbrahim: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, EÜHFD 2006, C. X, S. 3-4, s. 463.

görevi yerine getiren kişi uyuşmazlığın çözümüne yönelik herhangi bir teklifte bulunmayıp, uyuşmazlığın çözümü için zemin hazırlamaktadır. Nihai aşama olan tahkimde ise tarafları bağlayan kesin hüküm niteliğini taşıyan karar hakemler tarafından verilir. Tarafların rolünün giderek azalması uyuşmazlığın çözümünde daha hafif yöntemlerden daha sert yöntemlere doğru bir sıralamanın varlığına da işaret etmektedir⁷. Uygulamada daha detaylı örneklerle sıkça karşılaşmak mümkün ve hatta ileride ortaya çıkabilecek bazı riskleri bertaraf edebilmek için gerekli ise de basit bir aşamalı tahkim kaydında aşamalar şu şekilde formüle edilebilir:

*“İşbu sözleşme ile ilgili veya bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar taraflardan birinin diğer tarafa bildirimde bulunmasından itibaren (...) gün içinde dostane müzakereler ile çözülecektir. Bu yolla taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözülememesi halinde uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvurulacaktır. Uyuşmazlık arabuluculuk yöntemiyle (...) gün/ay içinde çözülemediği takdirde, uyuşmazlığın nihai olarak tahkim yoluyla çözümü için (...) gün/ay içinde tahkim yoluna başvurulacaktır”*⁸.

Son aşama olan tahkim öncesinde (tarafların müzakere, uzlaştırma, arabuluculuk, uzman tayini, uyuşmazlık çözüm paneline başvuru gibi⁹) diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin varlığı tarafların tahkim iradesinin mutlak olmadığı anlamına gelmez¹⁰. Tahkim öncesi öngörülen aşamalar, taraflarca ortaya konulan tahkim iradesi açık olduğu sürece tahkim anlaşmasının geçerliğini etkilemez. Ancak aşamalı tahkim anlaşmasının başka nedenlerle (taraf iradelerinin birbirine uygun olmaması, irade sakatlığı, ehliyet ve şekil gibi) geçersiz olması olasılığı devam etmektedir.

II- Yatırım Tahkiminde Aşamalı Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Hükümler

Nihai aşamasında tahkimin yer aldığı aşamalı uyuşmazlık çözümü kayıtları yeni bir olgu değildir. Bu tür kayıtlara yatırım tahkiminde uzun süredir yer verilmektedir¹¹. Yatırım tahkiminde

⁷ Bkz. **Ekşi**, s. 18.

⁸ Taraflar, uyuşmazlığın çözümü için kurumsal arabuluculuk veya kurumsal tahkim kurallarının uygulanmasını öngören aşamalı uyuşmazlık çözüm yollarını da kararlaştırabilir. Bu konudaki örnekler için bkz. **Kayalı**, s. 554-559.

⁹ Tahkim öncesi aşamaların hangileri olduğu ve bunlar arasındaki farklar bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Her türlü dostane veya alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi tahkim öncesi başvurulacak aşama olarak belirlenebilir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ilgili olarak bkz. **Ekmekçi**, Ömer/**Özekes**, Muhammet/**Atalı**, Murat: Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, Onikilevha, İstanbul 2018, s. 9 vd.; **Yeşilirmak**, Ali: “ADR Mechanisms: Negotiation, Mediation and Expert Determination”, Arbitration in Tukey, Eds. Yeşilirmak, Ali / Esin, İsmail G., Wolters Kluwer, The Netherlands 2015, s. 15 vd.; **Kayalı**, s. 552-555; s. **Özbay**, s. 464-471. Arabuluculuk ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasındaki farklar için bkz. **Yarar**, Güven: Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk, Onikilevha, İstanbul 2019, s. 25-35; Türk hukukunda iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk ve gönüllü arabuluculuk hakkında bkz. **Tunca**, Murat A.: İş Uyuşmazlıklarında Türkiye’de ve Farklı Hukuk Düzenlerinde Arabuluculuk, Yetkin, Ankara 2023, s. 73-75; aşamalı tahkim anlaşmalarında öngörülecek alternatif uyuşmazlık çözüm yolları için bkz. **Uygun**, s. 474-479.

¹⁰ **Demirkol**, Berk “Mutlak Olmayan Milletlerarası Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2017, S. 2, s. 329; **Ekşi**, s. 47. Yargıtay’ın da aynı görüşte olduğu görülmektedir. Bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E. 1987/3643, K. 1987/4505, T. 17.12.1987; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E.1996/295-K.1995/578, T.07.92.1995.

¹¹ Yatırımların korunmasına ve teşvikine ilişkin ikili yatırım anlaşmalarında yer alan çok katmanlı uyuşmazlık çözüm kayıtlarının nitelikleri, türleri ve etkileri hakkında bkz. **Tiryakioğlu**, Bilgin: “Extension of the Most Favoured Nation

tahkime rızanın kaynağı, genellikle ev sahibi devlet ile yatırımcının devleti (kaynak devlet) arasında yapılan uluslararası ikili veya iki devletin de taraf olduğu çok taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlerdir. Yatırım anlaşmalarında, aşamalı olarak kaleme alınmış olan bu hükümlerin çok sayıda versiyonu ile karşılaşmak mümkündür. Yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıklarda neredeyse bütün ikili veya çok taraflı yatırım anlaşmalarında¹², dostane çözüm yolu olarak ilk aşamada müzakere öngörülse de bununla yetinilmemektedir. İlk aşamada yer alan müzakere ile son aşama olan tahkim arasında uyuşmazlığın çözümü için bir veya birden çok aşamaya yer verilmektedir¹³. Ev sahibi devlet ile yatırımcı arasındaki yatırım uyuşmazlığının dostane yollarla çözülmesini sağlamak üzere öngörülen süre (3 ay, 6 ay veya 1 yıl gibi) içinde uyuşmazlık çözülmez ise yatırımcının kendi seçimine göre kurumsal ve/veya *ad hoc* tahkim yoluna başvurmasının yolu açılmaktadır. Yatırım tahkiminde bekleme süresi (*waiting period*) veya tarafların arasında bir yumuşama dönemi (*cooling off*) olarak adlandırılan¹⁴ bu sürelerin zorunlu olup olmadığı dahi tartışma konusu yapılmaktadır¹⁵.

Yatırım tahkiminde ticari tahkim yargılamasından farkı olarak, ev sahibi devlet mahkemelerine başvurulması, müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanmasının ardından tahkime başvurmadan önce kullanılacak bir ön aşama olarak öngörülebilir¹⁶. Bu durum ticari tahkimde olduğu gibi uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükmün, tahkime gitme iradesinin mutlak olmaması nedeniyle

Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties Which Turkey is a Party of”, PPIL 2023, Vol. 43, No. 1, s.13-25.

¹² Türkiye ile Romanya Arasındaki İkili Yatırım Anlaşmasının 6(2). maddesi uyarınca “Bir Akit Taraf ile diğer Akit Tarafın bir yatırımcısı arasında, ilk Akit Tarafın ülkesindeki söz konusu yatırımcının yatırımıyla ilgili herhangi bir uyuşmazlık, uyuşmazlığın tarafları arasında, mümkün olduğunca dostça görüşmeler ve müzakereler yoluyla çözümlenecektir. Aynı maddenin 3. Fıkrası uyarınca “Eğer bir uyuşmazlık çözümlenmesi talep edildiği tarihten itibaren altı ay içerisinde görüşmeler ve müzakereler yoluyla çözümlenemezse, uyuşmazlık yatırımcının tercihi doğrultusunda aşağıdaki yerlere sunulacaktır” (RG.16.07.1994-21992).

¹³ ABD-Türkiye İkili Yatırım Anlaşmasının 6(2) hükmüne göre “Bir Taraf ile, karşı Tarafın vatandaşı veya bir şirketi arasında yatırım anlaşmazlığı vukuunda, anlaşmazlık, öncelikle, iyi niyetle girişilecek istişare ve müzakerelerle çözümlenmeye çalışılacaktır. Bu istişare veya müzakerelerin başarılı olmaması halinde söz konusu vatandaş veya şirket ile Taraf arasında mutabakat sağlanarak tespit edilecek ancak bağlayıcı olmayan bir üçüncü taraf usulleri ile anlaşmazlık giderilebilir. Eğer anlaşmazlık, yukarıdaki yöntemlerle halledilemezse, daha önceden kararlaştırılmış herhangi bir usule uygun olarak çözüm bir mercie tevdi edilecektir. Aynı maddenin 3 (a) paragrafına göre ilgili vatandaş veya şirket, aşağıdaki şartlara uymak koşulu ile, anlaşmazlığın vuku undan itibaren bir yıl geçtikten sonra herhangi bir zamanda, anlaşmazlığın hakem marifetiyle çözümlenmesi için Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi ("Merkez")'ine başvurmayı seçtiğini yazılı olarak bildirebilir (RG. 20.04.1989-20145).

¹⁴ **Ganesh**, Aravind: “Cooling of Period (Investment Arbitration)”, MPILux Working Paper 7, 2017, s. 1-2.

¹⁵ Hakem kararlarının büyük bir kısmı bu süreyi tahkim öncesinde taraflara dostane yöntemlere başvurmak için verilen bir izin olarak yorumlanmıştır (örneğin, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S. v Islamic Republic of Pakistan*-Case No ARB/03/29 [http:// www.italaw.com/cases/131](http://www.italaw.com/cases/131) erişimi tarihi: 11.11.2023). Nadiren de olsa bazı hakem kararlarında bekleme süresi tüketilmesi gereken zorunlu aşama olarak değerlendirilmiştir. Örneğin, *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v Turkmenistan* davasında (ICSID Case No ARB/10/1) Türkiye Cumhuriyeti ile Türkmenistan arasındaki Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmanın (RG. 15.01.1995/22172) 7. maddesinde öngörülen sürenin zorunlu olduğu sonucuna varılmıştır: [http:// www.italaw.com/cases/1220](http://www.italaw.com/cases/1220) (erişim tarihi: 11.11.2023).

¹⁶ Yukarıda atıfta bulunduğumuz Türkiye-Türkmenistan ikili yatırım anlaşmasının yanı sıra, başka anlaşmalarda da ev sahibi devlet mahkemelerine başvuru, tahkim öncesi aşama olarak öngörülmüştür. Örneğin, Türkiye ile Tacikistan arasındaki Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmanın 10. maddesi (RG. 12.09.1997/23108), Türkiye ile Bosna Hersek arasındaki Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmanın 8. maddesi (RG 04.05.2000/24039), Türkiye ile Gürcistan arasındaki Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmanın 7. maddesi (RG. 01.06.2021/31498).

geçersizliği sonucunu doğurmaz. Yatırım tahkiminde, başarısızlıkla sonuçlanan müzakere süresinin sonunda, ön aşama olarak yatırımcının ev sahibi devlet mahkemesine başvurması zorunlu veya ona sunulan bir seçenek niteliğini taşıyabilir. Ne var ki, bu durum çelişkili hakem kararlarının verilmesine neden olmaktadır¹⁷.

Yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için ev sahibi devlet mahkemelerine başvurulması nadiren de olsa bazı ikili yatırım anlaşmalarında tahkim seçeneği ile birlikte son aşama olarak öngörülmüştür¹⁸, ki böyle bir durum ticari tahkimde tahkim anlaşmasının geçersizliğine yol açacaktır. Yatırımcının müzakere ve varsa sonraki aşamaları tükettikten sonra, son aşama olarak ev sahibi devlet mahkemelerine veya tahkim yoluna başvurması hususunu yatırımcının seçimine bırakmaktadır¹⁹. Bu durumda yatırımcının yaptığı seçim nihaidir²⁰. Bazı yatırım anlaşmalarında ise ev sahibi devlet mahkemelerine başvuru yatırımcının seçimine göre tahkim yoluna gitmeden önceki bir aşama olarak belirlenmiştir²¹.

III- Ticari Tahkimde Aşamalı Uyuşmazlık Çözüm Anlaşmaları

Yukarıda da ifade edildiği üzere, ticari uyuşmazlıklarda aşamalı uyuşmazlık çözüm kayıtlarının nihai aşamasında tahkim yer almakta olup, genellikle tahkim öncesi tüketilmesi öngörülen (alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmaması nedeniyle müzakereyi bir tarafa bırakacak olursak) alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birine yer verilmekte ve bu aşamada uyuşmazlığın çözümü gerçekleşmez ise tahkime gidilmektedir²².

Ticari hayatta aşamalı tahkim anlaşmaları, özellikle uzun süreli, karmaşık ve tarafların karşılıklı iş birliği içerisinde edimlerini yerine getirmeleri gereken sözleşmelerde daha çok karşımıza

¹⁷ ICSID önünde görülmekte olan *Kılıç v. Türkmenistan* davasında, Türkiye ile Türkmenistan Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmanın (RG. 22.09.1994-22059) uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin 7. maddesinde öngörülen aşama zorunlu olarak tüketilmesi gereken bir aşama (ön koşul) olarak kabul etmiş ve yetkisizlik kararı verilmiştir: *Decision on Respondent's Objection to Jurisdiction under Article VII (2), para 247 ve 280* (ICSID Case No ARB/12/6). 13.2.2015 tarihli karar için bkz. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4163.pdf> erişim tarihi: 11.11.2023.

¹⁸ Örneğin, 15.12.1997 tarihinde imzalanan Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma'nın 10. maddesinde, barışçıl çözüm yolu için belirlenmiş olan 6 aylık süre sonunda ev sahibi devletin mahkemeleri son aşamada başvurulacak seçeneklerden biri olarak düzenlenmiştir (RG. 16.05.2000/24051).

¹⁹ Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti ile Arjantin Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmanın 8(2). maddesi (RG. 30.03.1995-22243).

²⁰ Bu durumda yatırımcı için ev sahibi devlet mahkemelerine ya da tahkime başvurmak bir seçenek olarak sunulmuş olmakla birlikte, yatırımcı bu yollardan birini seçtiğinde diğer yola başvurma imkânı ortadan kalkar: **Schreuer**, Christoph: "Travelling the BIT-Route-Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road", *The Journal of World Investment & Trade* 2004, Vol. 5, Issue 2, s. 232. Yol ayrımı (*fork-in-the road*) olarak adlandırılan bu tür uyuşmazlık çözüm hükümlerine ikili yatırım anlaşmalarında giderek daha sık rastlanmaktadır.

²¹ Örneğin, Türkiye ile Hollanda arasındaki Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmanın 8. maddesi (RG. 08.09.1989-20276), Türkiye ile Finlandiya arasındaki Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmanın 8. maddesi (RG. 26.01.2006/26061).

²² **Dehmen**, Mine Tan: "Tahkim Öncesi Müzakere Ya Da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi", MHB 2011, C. 25, S. 1-2, s. 451.

çıkılmaktadır. Başta inşaat sözleşmeleri olmak üzere²³, mühendislik, ortak girişim, pay devri, pay sahipleri sözleşmelerinde aşamalı tahkim anlaşmalarına sıklıkla yer verilmektedir²⁴. Ticari uyuşmazlıklarda aşamalı tahkim anlaşmalarının yapılmasının ardında yatan temel neden, tarafların uzun, masraflı ve yorucu olabilecek tahkim yargılamasına doğrudan başvurmak yerine aralarındaki uyuşmazlığı daha kısa bir sürede daha az masrafla çözme arzusudur.

Son zamanlarda yaygın bir şekilde tartışılan ve bazı kurumsal tahkim kurumlarının konuyu özel olarak düzenleyen²⁵ arabuluculuk ve tahkim yolunu bir arada içeren arabuluculuk-tahkim (*med-arb*) kuralları dikkati çekmektedir. Bu anlaşmaların, aşamalı tahkim anlaşmaları kapsamında mı olduğu, yoksa bağımsız bir yöntem mi olduğu tartışmaları bir tarafa bırakılacak olursa²⁶, söz konusu anlaşmalar, bir taraftan esnek yapısı ile arabuluculuk, öte yandan nihai karar verilmesini sağlayan tahkim yönteminin bir arada gerçekleşmesini mümkün kılmaktadır²⁷. Arabuluculuk-tahkim yönteminin, arabulucu ve hakemin aynı kişi olması halini kapsayacak şekilde dar anlamda kullanıldığı durumlarda, söz konusu yöntemin bir bütünlük oluşturması nedeniyle aşamalı tahkim anlaşmalarından farklı bir yöntem olduğu düşünülebilir. Bununla beraber, arabuluculuk-tahkim anlaşmalarında arabulucunun hakem olarak görev yapması zorunlu değildir²⁸.

IV- Aşamalı Tahkim Anlaşmalarının Yararları ve Sakıncaları

Tahkim öncesinde uyuşmazlığın çözümü için aşamalara başvurulması taraflar arasındaki gerilimi azaltarak, uyuşmazlığın kıran kırana bir yargılama sürecine girmeden çözümünü sağlayabilir. Özellikle, taraflar arasında süregelen bir ticari ilişki söz konusu ise bu ticari ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlığın doğrudan tahkim yargılamasına götürülmesinin, uyuşmazlığın oluşturduğu gergin bir ortamda taraflar arasındaki ilişkilere zarar verme olasılığı yüksektir.

²³ Pryles, Michael: “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, Journal of International Arbitration 2001, Vol. 18, Issue 2, s. 159.

²⁴ Ekşi, s. 22-23.

²⁵ İstanbul Tahkim Merkezi, her iki uyuşmazlık mekanizmasını birlikte işletme zemini yaratan Arabuluculuk-Tahkim Kuralları oluşturmakta ilk harekete geçen kurumsal tahkim kurumudur. ISTAC, Arabuluculuk Tahkim Kuralları 15.11.2019 tarihinde yayınlamıştır ve Kurallar yürürlüğe girmiştir: “Arabuluculuk-Tahkim” (*Mediation-Arbitration*) <https://istac.org.tr/tr/istac-med-arb-kurallarini-ilan-etti/> erişim tarihi: 11.11.2023. İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk-Tahkim Kuralları için bkz. <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2019/11/ISTAC-Arabuluculuk-Tahkim-Kurallari-Med-Arb.pdf> erişim tarihi: 11.11.2023.

²⁶ Bazı yazarlar arabuluculuk-tahkim anlaşmasını aşamalı tahkim anlaşması olarak değerlendirmektedir: **Demir Gökyayla**, Cemile: “Arabuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu”, İstanbul Hukuk Mecmuası 2019, C. 77, S. 2, s. 584; **Sarıöz Büyükalp**, İpek: “Milletlerarası Ticari Tahkimde Arabuluculuk ve Tahkim Uygulamasında Tarafsızlık ve Gizlilik Meseleleri ile Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk Düzenlemesinin Tahkim Anlaşmaları Bakımından Değerlendirilmesi”, Tahkim Anlaşması, Eds. Erkan, Mustafa / Yasan Tepebaş, Candan, Onikilevha, İstanbul 2020, s. 428. Bazı yazarlar ise arabuluculuk-tahkim anlaşmasının aşamalı tahkim anlaşmaları ile karıştırılmaması gerektiğini, aşamalı tahkim anlaşmasında öngörülen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin birbirinden bağımsız olduğunu, arabuluculuk-tahkim yönteminin ise tek bir yargılama sürecinin olduğunu ve bu iki yöntemin birbirinin içinde eritildiğini savunmaktadır: **Özbek**, Arabuluculuk, s. 74-75.

²⁷ **Demir Gökyayla**, s. 580.

²⁸ Arabuluculuk-tahkim yönteminde, arabulucunun hakem olarak görev yapmasının yararları ve sakıncaları hakkındaki tartışmalar için bkz. **Uygun**, s. 494-495.

Tahkim anlaşmalarında öngörülen her bir aşamada yer alan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasındaki süreler gerçekten de taraflar arasındaki gerginliği azaltabilir. Buna ek olarak, aşamalar için öngörülmuş süreler, tarafların aralarındaki uyuşmazlığa neden olan esas konuları belirlemelerini, birbirlerinin istek ve ihtiyaçlarını anlamalarını da sağlayabilir²⁹.

Yabancı unsurlu uyuşmazlıkların çözümü için yapılan tahkim anlaşmasının geçerliğinin hangi hukuka tâbi olacağı, bu anlaşmaların maddi hukuka mı yoksa usul hukukuna ilişkin bir konu mu olduğunun tespiti³⁰ gibi tartışmalı konular hem aşamalı tahkim anlaşmalarında hem de yalın tahkim anlaşmalarında ortaya çıkmaktadır.

Olumlu yönlerine rağmen sadece aşamalı tahkim anlaşmalarına özgü bazı konular dikkat çekmektedir. Bunların başında, tahkim öncesinde öngörülen aşamaların zorunlu mu yoksa seçenek mi olduğuna karar verilmesi gelmektedir. Aşamalar tüketilmeden tahkime başvurulması halinde hangi sonuçların ortaya çıkacağı, bu hususun hakemler tarafından *kompetenz-kompetenz* ilkesi gereğince re'sen dikkate alınmasının gerekli olup olmadığı da tartışmalara neden olmaktadır³¹. Nihayet, aşamalı tahkim anlaşmalarında, ön aşamalar tüketilmemesine rağmen tahkim yargılamasında esasa girilerek bir karar verilmiş olması, söz konusu hakem kararının iptaline yola açabileceği gibi veya tanınması-tenfizine engel teşkil edebilir³².

Aşamalı tahkim anlaşmasının açık ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi yukarıda saydığımız tartışma konularının her birinin çözümüne yardımcı olacaktır. Böylelikle, aşamalı tahkim anlaşmalarının yalın tahkim anlaşmalarına göre daha karmaşık bir yapıya sahip olmasından kaynaklanan aşağıda sıralayacağımız riskler de azalmış olacaktır.

Aşamalı tahkim anlaşmalarının açık ve ayrıntılı bir şekilde özenle hazırlanmamasının yaratacağı risklerin temel nedeni tarafların tahkim iradesinin açıkça ortaya konmamasıdır. Bu durum bazen tahkim anlaşmasının geçersizliğine yol açabilir. Aşamalı tahkim anlaşmalarının özenle hazırlanmamış olması her bir somut olayın özelliğine ve tarafların taleplerinin niteliğine göre başka riskleri de gündeme getirebilir. Her şeyden önce, uyuşmazlığın çözümü için kısa bir süre tayin edilmiş veya süre geçmiş olabilir. Bu durumda tahkim öncesi aşamaların tüketilmesi için harcanan zaman, hakem kararının süresi içinde verilmesine engel olabilir. Benzer şekilde, özensiz olarak kaleme alınan aşamalı tahkim anlaşmaları, geçici hukuki koruma önlemleri bakımından da risk oluşturabilir. Örneğin, acil geçici koruma önleminin alınmasının talep edildiği durumlarda böyle bir kararın alınmasını geciktirmek isteyen taraf anlaşmadaki belirsizliklere sığınarak tahkim aşamasına geçilmesini geciktirebilir. Nihayet, tahkim aşamasında uyuşmazlıkla ilgili ek bir talebin ya da karşı

²⁹ **Tevendale, Craig/Ambrose, Hanah/Naish, Vanessa:** “Multi-Tier Dipute Resolution Clauses and Arbitration”, Turkish Commercial Law Review 2015, Vol. 1. Issue 1, s. 33.

³⁰ Bu tür tahkim anlaşmalarının usule ilişkin olduğu bu nedenle geçerli olup olmadıklarının usule uygulanacak hukuka tabi olduğu kabul edilmektedir: **Ekşi**, s. 27.

³¹ **Tevendale/Ambrose/Naish**, s. 34.

³² **Ekşi**, s. 24.

talebin yapılması halinde karşı taraf bu taleplerin önceki aşamalarda ileri sürülmediği yönünde itirazda bulunabilir³³.

V- Tahkim Öncesi Aşamaların Zorunlu veya Taraflar İçin Sadece Bir Seçenek Olmasının Rolü

Zorunluluk, tarafların tahkim öncesinde bir veya daha çok aşamanın tüketilmesini bir ön koşul olarak belirlemiş olmaları durumudur. Kanun tarafından öngörülen zorunlu arabuluculuk halleri ile diğer zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri bu kapsamda değerlendirilemez³⁴. Aşamaların seçenek olarak sunulması ise bu aşamaları tüketip tüketmeme konusunda tarafların serbest bırakılmasıdır. Diğer bir ifade ile burada değerlendirilmesi gereken husus, aşamaların bir yükümlülük mü getirdiği, yoksa taraflara arzu ettikleri takdirde kullanabilecekleri bir hak olarak mı sunulduğudur.

Aşamalı tahkim anlaşmaları açık bir şekilde kaleme alındığı takdirde tarafların iradelerinin yorumuna gitmeden öngörülen aşamaların zorunlu mu yoksa bir seçenek mi olduğuna kolaylıkla karar verilebilir³⁵. Gerçekten, tahkim anlaşmasında yer alan ön aşamaların herhangi bir duraksamaya yer bırakmayacak şekilde taraflar arasında bağlayıcı ve zorunlu olarak tüketilmesi gereken aşamalar olduğu ve bunlar için öngörülen sürecin kimler tarafından nasıl ve hangi süreler içinde işletileceği açıkça bu durumda taraf iradesine öncelik verilerek söz konusu sürecin işletilmesi gerekmektedir³⁶.

Aşamalı tahkim anlaşmasının açık bir şekilde kaleme alınmadığı durumlarda, tarafların iradesi yorumlanarak bu konuda yapılacak olan değerlendirme diğer hukuki sorunların çözümünü de etkileyecektir³⁷.

Zorunlu ya da ihtiyari nitelikte olup olmadığı tartışmasına yer bırakmayacak şekilde tahkim öncesinde öngörülen aşamaların kaleme alınabilmesi için Milletlerarası Barolar Birliğinin (*International Bar Association-IBA*) 2010 yılında yayımlanmış olduğu tavsiye kurallarından yararlanılabilir³⁸. IBA, Tavsiye Kurallarda bu tür kayıtlar hazırlanırken dikkat edilmesi gereken önemli hususları belirlemiştir.

- İcra edilebilir olması için bu tür anlaşmaların (kayıtların) bağlayıcı ve yeteri kadar açık olması, bunu teminen bir sürenin ne zaman sona erdiğinin ve daha sonraki aşamanın ne zaman başlayacağını her bir aşama için ayrı ayrı belirlenmiş olması gerekir.

³³ Pappas, Vasilis F.L./Vlaivanos, George M.: "Multiple Tiers, Multiple Risks-Multiple-Tier Dispute Resolution Clauses", *Dispute Resolution International* 2018, Vol.12, Issue 1, s. 6-7.

³⁴ Sariöz Büyükalp, s. 455.

³⁵ Tevendale/ Ambrose/Naish, s. 35.

³⁶ Shroff, Jeet H.: "Tiered Dispute Resolution Clauses: Do You Walk the Straight and Narrow Path?", çevrimiçi erişim için bkz. <https://www.ibanet.org/article/162496BC-C977-48E7-8AB0-33C108927DC0> erişim tarihi: 01.12.2023.

³⁷ Akıncı, Ziya: *Milletlerarası Tahkim*, 6. Bası, Vedat, İstanbul 2021, s. 180.

³⁸ IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses (Adopted by a resolution of the IBA Council, 7 October 2010 International Bar Association, <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=D94438EB-2ED5-4CEA-9722-7A0C9281F2F2> erişim tarihi: 11.11.2023.

- Müzakere ile neyin kastedildiği, müzakerenin neleri gerektirdiği ve nasıl kanıtlanacağı, ne zaman bir aşamanın başarısız olacağı ve sonraki aşamanın başlayacağı, sonraki aşamanın nasıl ve kim tarafından başlatılacağı gibi bizzat sürecin açık ve kesin olması gerekir.
- Her bir aşamada öngörülen usulün tüketilmesinin yeni bir aşamaya devam edilebilmesi için emredici olarak belirtilmesi gerekir. Kullanılan dil açık bir şekilde bağlayıcı olmalı (*shall*), aşamaların seçenek olacağı (*not may*) yönündeki yorumlara yer bırakmamalıdır.
- Bu tür aşamalı tahkim anlaşmalarında, özellikle arabuluculuk ile ilgili kurallara veya kurumsal kurallara gönderme yapıldığında arabuluculuğun müzakerelere göre daha bağlayıcı ve kesin bir adım olacağı dikkate alınmalıdır.
- İyi niyetle müzakere yöntemi üzerinde mutabakata varılmışsa, böyle bir anlaşma, süreye ilişkin sınırlamalar gibi diğer kıstasların da karışlanması halinde icra edilebilir nitelik taşır. Ancak sübjektif niteliği nedeniyle böyle bir koşula uyulduğunun ispatının zorluk yaratabileceği göz önüne alınmalıdır.
- Uygulanacak usulün ayrıntıları aşamalı tahkim anlaşmasındaki bir sonraki adıma geçilmeden önce objektif olarak belirlenebilir olmalıdır (kimlerin sürece katılacağı, ne zaman katılacağı, nerede yapılacağı ve bir sonraki aşama öncesi ne kadar süre olduğu).

Yukarıda sıralanan hususları dikkate almadan yapılan aşamalı bir tahkim anlaşmasında açıklık olmadığı sonucuna varılması olasılığı yüksektir. Bu takdirde, yukarıda açıklandığı üzere öngörülen aşamanın niteliği hakkında karar vermek için tahkim anlaşmasının geçerliğine uygulanacak hukuk belirlenerek tarafların iradelerinin yorumlanması gerekir. Belirtmek gerekir ki, tahkim anlaşmalarının geçerliğinin tâbi olduğu hukuka göre tarafların iradelerinin yorumu değişik kurallara tâbi olabilir.

Zorunlu olsa bile bir aşamanın tüketilmesine gerek olmadığını ortaya koyan makul sebeplerin bulunduğu durumlar söz konusu olabilir. Makul sebeplerin her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekir. Bununla birlikte, öngörülen aşamaya bir tarafın katılmayı reddetmesi veya söz konusu aşamanın gerçekleştirilmesinin mümkün olmayacağına tarafların davranışlarından açıkça anlaşılması halleri, zorunlu aşamanın tüketilmemesinde en sık başvurulabilecek olan sebeplerdir³⁹.

A) Aşamanın Zorunlu Olması

Tahkim öncesinde zorunlu olan bir aşamanın tüketilmeden tahkim yoluna başvurulması ve hakem kurulunun uyuşmazlığı görmeye başlaması, her şeyden önce tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil edecek, böylece tarafların iradesi göz ardı edilmiş olacaktır⁴⁰. Böyle bir durumda zorunlu

³⁹ Aynı yönde bkz. **Akıncı**, s. 180.

⁴⁰ **Tan Dehmen**, s. 462; **Ekşi**, s. 55.

aşamaların tüketilmemiş olmasının göz ardı edilmesi, hakem kurulunun tarafların kararlaştırdığı usule aykırı davrandığı ve yetkisini aştığı anlamına da gelmektedir⁴¹.

Doktrinde hâkim olan görüş, zorunlu aşamaların tüketilmeden tahkim yoluna gidilemeyeceği yönünde olsa da⁴² zorunlu aşamaların tüketilmediği hususunun hakem kurulu tarafından re'sen göz önüne alınıp alınmayacağı sorununun ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Doğrudan tahkim yoluna başvurulmuş olmasının tarafların öngörülen zorunlu aşamaya başvurmadan feragati anlamına gelmeyeceğini hükme bağlayan UNCITRAL'in Milletlerarası Ticari Uzlaştırmaya İlişkin Model Kanunun⁴³ 13. maddesi, bu meselenin hakem kurulu tarafından re'sen göz önüne alması gerektiği şeklinde yorumlanabilir⁴⁴. Ne var ki, davacının doğrudan tahkim yoluna başvurması ve davalının bu duruma itiraz etmemesi halinde⁴⁵ tarafların tahkime gitme iradesi halen varlığını sürdürdüğü için bu durumda taraflarca zorunlu aşamalardan vazgeçilmiş olduğu sonucuna varmanın daha uygun bir yaklaşım olacağı kanısındayım.

Zorunlu aşamaların tüketilmeden tahkim yoluna başvurulduğu durumlarda, davalının bu duruma itiraz etmesi şartıyla üç yol izlenerek çözüm sağlanabilir.

İlk çözüm hakem kurulunun yetkisizlik kararı vermesidir ki, seyrek de olsa yatırım tahkiminde bu çözümün tercih edildiği hakem kararlarıyla karşılaşmaktadır. Buna göre, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi öngörülmüş ise, önceki aşamayı başvurulması zorunlu olan bir ön koşul olarak belirlenmiş olduğundan söz konusu aşama tüketilmeden hakem kurulunun yetkisi doğmamaktadır⁴⁶. Dolayısıyla, uyuşmazlığın yetki yönünden reddedilmesi olasılığı yüksektir⁴⁷. Nihai bir karar olan hakem heyetinin yetkisizlik kararından sonra tarafların zorunlu aşamaları tüketmesi olanağı ortadan kalkmaktadır. Bir engel ortadan kaldırılabiliyorsa yetkisizlik kararı yerine kabul edilemezlik kararı verilmesi gerekir. Bu durumda, zorunlu aşamaların tüketilmesi taraflar açısından halen mümkün ise, örneğin tahkim anlaşmasında aşamalar için öngörülen süreler henüz dolmadıysa, hakem kurulunun yetki yönünden davayı reddetmeyip, tahkim başvurusunun kabul edilemez olduğu yönünde bir karar

⁴¹ **Kayalı**, s. 569.

⁴² **Şanlı**, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları, 5. Bası, İstanbul 2013, s. 412; **Aydemir**, s. 197; **Tan Dehmen**, s. 459; **Tevendale/ Ambrose/ Naish**, s. 35; **Berger**, Klaus P.: "Law and Practice of Escalation Clauses", Arbitration International 2006, Vol. 22, Issue 1, s. 3. Karş. **Ekşi**, s. 50, 55.

⁴³ Model Kanunun metni için bkz. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/03-90953_ebook.pdf (çevrimiçi erişimi 11.11.2023).

⁴⁴ Anılan madde, tarafların mahkemeye veya tahkime başvurulmasını uzlaştırma yöntemine ve bir süre veya belirli bir olayın gerçekleşmesine bağlı kıldıkları durumlarda hakem kurulunun tarafların bu anlaşmasına etki tanınmasını, doğrudan mahkemeye veya tahkime başvurulmasının tek başına uzlaşma usulünden feragat ettikleri veya bu usulün sonlandırılması anlamına gelmeyeceğini düzenlemektedir.

⁴⁵ **Özbek**, Mustafa S.: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. 1, 4. Bası, Yetkin, Ankara 2016; **Ekşi**, s. 41, 46.

⁴⁶ **Yeşilova**, Bilgehan: Milletlerarası Ticari Tahkimde Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, 1. Bası, Güncel Hukuk, İzmir 2008, s. 531.

⁴⁷ Örneğin, *Kılıç v. Türkmenistan* davasında, hakem kurulu Türkiye ile Türkmenistan ikili yatırım anlaşmasının uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin 7. maddesinde, öngörülen aşamayı zorunlu olarak tüketilmesi gereken bir aşama (ön koşul) olarak kabul etmiş ve yetkisizlik kararı vermiştir: *Decision on Respondent's Objection to Jurisdiction under Article VII (2), para 247 ve 280* (ICSID Case No ARB/12/6). 13.2.2015 tarihli karar için bkz. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4163.pdf> erişim tarihi: 11.11.2023.

vermesinin daha isabetli olduğu düşünülebilir⁴⁸. Bu durumda, kabul edilebilir olmadığı gerekçesiyle tahkim başvurusunun reddinden sonra taraflar ilgili aşamayı tüketip uyuşmazlığı tekrar hakem kurulu önüne getirmişlerse hakem kurulunun uyuşmazlığı görmesi gerekir. Ne var ki, bu yolun, usul ekonomisi bakımından uygun bir çözüm yolu olduğu söylenemez. Üçüncü bir yol olarak hakem kurulunun, zorunlu aşamalar tüketilmeden doğrudan tahkime başvurulması halinde esasa girmeyi reddetmesi ve tarafların anlaşmada öngördükleri aşamaların tüketilmesini bekletici mesele yapmasıdır⁴⁹. Böylelikle, bir yandan usul ekonomisi gözetilmiş olacak, diğer yandan taraf iradelerinin gereği yerine getirilmiş olacaktır.

Daha önce belirtildiği üzere tahkim anlaşmasında öngörülen aşama zorunlu olmasına rağmen, bazı durumlarda bu aşamanın tüketilmesine gerek olmadığı yönünde sonuca varılmış ise, örneğin taraflardan birinin uyuşmazlığın çözümü için öngörülen zorunlu aşamayı işletmeye çalışması, ancak karşı tarafın bu süreçlere katılmayı reddetmesi ya da olumsuz bir tutum takınması halinde süreci yürütmek için çaba harcayan tarafın doğrudan tahkime başvurabileceği bu durumda yetkisizlik, kabul edilemezlik ya da bekletici mesele kararı verilmesine gerek olmadığı sonucuna varılabilir.

B) Aşamamın Seçenek Olması

Tahkim öncesi aşamaların sadece isteğe bağlı olarak kullanılabilir seçenekler olarak taraflarca aşamalı tahkim anlaşmasında açıkça ifade edilmiş ya da uyuşmazlığa bakan hakem kurulu taraf iradelerini yorumlayarak aşamaların bir seçenek olduğuna karar vermiş ise, bu durumda tarafların doğrudan tahkime başvurabileceği, önceki aşamaların tüketilmesine gerek olmadığı sonucuna varmak gerekir⁵⁰. Ancak aşamaların seçenek olduğuna ilişkin hakem kararına karşı, iptal veya tenfiz davaları sürecinde hakem kararının yaptığı değerlendirmelerin hatalı olduğu, dolayısıyla bu aşamaların tüketilmeden esasa girilmesinin taraflarca kararlaştırılan usule aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle söz konusu hakem kararının iptali veya tenfiz sürecinde tenfiz talebinin reddi istenebilir.

VI- Türk Hukukunda Aşamaların Tüketilmemesinin Hakem Kararı Üzerindeki Etkileri

Türk hukukunda aşamalı tahkim anlaşmasının varlığına rağmen, zorunlu olarak kabul edilen aşamalar tüketilmeden doğrudan tahkime başvurulması durumunda nasıl bir yol izleneceğini ele alan bir düzenleme yoktur. Türk hukukunda tahkim anlaşmalarının varlığına rağmen mahkemeye başvurulması halinde ilk itiraz olarak tahkim itirazı yapılması öngörülmüştür (MTK m. 5⁵¹ HMK m.

⁴⁸ **Jolles** Alexander: “Consequences of Multi- tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement”, Arbitration 2006, vol. 72, issue 4, s. 336; **Kayalı**, s. 569.

⁴⁹ Aynı yönde bkz. **Tan Dehmen**, s. 465; **Akıncı**, s. 181; **Uygun**, s. 485; **Aydemir**, s. 206.

⁵⁰ Aynı yönde **Kayalı**, s. 571-572; **Şanlı**, s. 412-413; **Ekşi**, s. 55.

⁵¹ Anılan maddenin ilk fıkrası uyarınca, tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta davanın mahkemede açılması halinde karşı taraf tahkim itirazında bulunabilir; bu itirazın kabul edilmesi halinde mahkeme davayı usulden reddeder.

116 (1/b)⁵² ve m. 413⁵³). Ne var ki, Türk hukukunda aşamalı tahkim anlaşmalarında tahkim öncesi zorunlu aşamaların tüketilmeden mahkemeye başvurulması halinde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini içeren aşamanın tüketilmediğine ilişkin itirazın yapılmasına imkân veren bir düzenleme bulunmamaktadır. Söz konusu aşamalar tüketilmeden tahkime gidilmesi halinde ise hakem kurulunun hem milletlerarası tahkim (MTK m. 7(H)⁵⁴, hem iç tahkim (HMK m. 422(1)⁵⁵ bakımından *kompetenz kompetenz* ilkesi çerçevesinde bir değerlendirme yapması imkânı bulunmaktadır. Bu ilke gereğince hakem kurulunun aşamalı tahkim anlaşmasını bütünü itibarıyla değerlendirerek uyuşmazlığı dinlemeye yetkili olup olmadığını tespit etmesinin önünde bir engel bulunmadığı kanısındayız⁵⁶.

Türk hukukunda doktrinde, zorunlu aşamaların tüketilmemesi halinde hakem kurulunun, doğrudan tahkime başvurma imkanının henüz doğmadığı gerekçesiyle tahkim başvurusunun kabul edilemez olduğuna karar verip tahkim başvurusunu reddetmesine imkân bulunduğunu savunanlar olduğu gibi⁵⁷, hakem kurulunun konuyu bekletici mesele yapmasını savunanlar da bulunmaktadır. Zorunlu aşamaların tüketilmemesinin bekletici mesele yapılması pratik açıdan daha isabetli bir yaklaşım olarak kabul edilmektedir⁵⁸. Böylelikle, hakem kurulu tarafların kararlaştırdıkları zorunlu aşamaların işletilmesini sağlamak için esasa girmeyi reddederek, söz konusu aşamaların tüketilmesini bekletici yapmak suretiyle taraf iradelerinin gereğini de yerine getirmiş olacaktır⁵⁹.

VII- Tahkim Öncesi Zorunlu Aşamaya Uyulmamasının İptal veya Tenfiz Reddi Sebebi Olması

Aşamalı tahkim anlaşmasında öngörülen aşamaların tüketilmemesine bağlanan sonuçlar değerlendirilirken, bazı olasılıkları göz önüne alarak konuyu üç ayrı alt başlıkta ele almak daha uygun olacaktır.

⁵²Anılan maddede tahkim itirazı ilk itirazlar arasında belirtilmiştir.

⁵³Anılan maddenin (1). bendinde, tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı tarafın tahkim ilk itirazında bulunabileceği, bu durumda tahkim anlaşmasının hükümsüz, etkisiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkemenin tahkim itirazını kabul ederek davayı usulden reddedeceği öngörülmüştür.

⁵⁴ Bu ilke MTK'nın anılan maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “*Hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir*”.

⁵⁵ Anılan hüküm uyarınca “*Hakem veya hakem kurulu, tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir*”.

⁵⁶ Aynı yönde bkz. **Uygun**, s. 484.

⁵⁷ **Kayalı**, s.569.

⁵⁸ **Aydemir**, s. 206; **Akıncı**, s. 181.

⁵⁹ Tahkim yoluna başvurmadan önce tüketilmesi zorunlu olarak öngörülmüş alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri varsa ve bu aşamalar kullanılmadan uyuşmazlık devlet yargısına götürülmüş ise, davalının alternatif uyuşmazlık çözüm itirazı yapmasının mümkün olup olmadığı, Türk hukukunda konuya ilişkin yasal düzenleme bulunmadığından tartışma yaratabilir. Ayrı bir çalışmanın konusu olabilecek bu hususta ilk akla gelen çözüm, konuya ilişkin bir düzenleme yapılana kadar alternatif çözüm yolunun tüketilmediği itirazının ilk itiraz olarak ileri sürülen tahkim itirazı ile birlikte yapılmasıdır.

A) Zorunlu Aşamaların Tüketilmemesinin Hakem Kurulu Tarafından Dikkate Alınması

Tarafların aşamaların zorunlu olduğu konusundaki iradelerinin açık olması şartıyla, tahkim anlaşmasındaki aşamalar tüketilmeden doğrudan tahkim yoluna başvurulmuş, ancak hakem kurulu bu durumu bekletici mesele yapmış ya da tahkim başvurusunun kabul edilemez olduğu sonucuna varmış, her iki durumda da bu aşamaların işletilmesi için taraflara fırsat vermiş ise, bu süreçler bakımından hakem kararının iptali için bir sebep olmadığı gibi, hakem kararının tenfizinin talep edilmiş olması halinde bu talebin reddini gerektiren bir sebep de bulunmamaktadır.

B) Zorunlu Aşamaların Tüketilmemesinin Hakem Kurulu Tarafından Dikkate Alınmaması

İkinci olasılık, zorunlu aşamaların tüketilmemesi nedeniyle hakem kurulunun bu durumu davalının itirazına rağmen gözetmeyip esas hakkında bir karar vermesi halidir. Aşamaların zorunlu olduğu açıksa (veya tarafların iradesinin yorumundan aşamaların zorunlu olduğu sonucuna varılıyorsa ya da aşamaların tüketilmemesi makul sebeplere dayanmıyorsa) bu durum birkaç açıdan hakem kararının iptali sebebi ve tenfiz talebinin reddi olarak değerlendirilebilir. Her şeyden önce, tahkim anlaşmasında tarafların kararlaştırdığı usule aykırı davranılması hem iptal sebebi hem tenfizin reddi sebebidir. Tarafların kararlaştırdığı usule aykırılık aynı zamanda tahkim anlaşmasının ihlali⁶⁰ anlamına da gelmektedir. Bu iki sebebin dışında, hakem kurulunun hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermiş olduğu gerekçesiyle de hakem kararının iptali veya tenfizinin reddi istenebilir.

C) Seçenek Olarak Belirlenmiş Aşamaların Tüketilmemesi ve Hakem Kurulunun Tarafları Bu Aşamaları İşletmeye Zorlaması

Tahkim anlaşmasından ve tarafların iradesinden aşamaların zorunlu olmadığı anlaşılmasına rağmen hakem kurulunun davalının itirazı üzerine tarafları bu aşamayı tüketmeye zorlaması, ancak bu aşamaların sadece taraflara sunulan bir seçenek olduğunu ileri süren tarafın bu yola gitmekten kaçınması, hakem kurulunun da davayı usulden reddetmesi hem iptal sebebi hem tenfizin reddi sebebi olabilir. Bu durumda aşamaların tarafların arzu etmeleri halinde kullanacakları bir seçenek olduğunu düşünen taraf iptal davası açtığında veya kararın tenfizi talep edildiğinde tenfiz talebinin reddi için sebepler vardır. Bu durumda ayrıca hakem kurulunun yetkisini aşması sebebine dayanılabilir.

⁶⁰ Kayalı, s. 560.

VIII- Türk Hukukunda Aşamaların Tüketilmemesinin ve Tüketilmesinin İptal Davası ile Hakem Kararın Tenfizi Üzerindeki Etkileri

Yukarıda B başlığı altında ele alınan ikinci olasılığın gerçekleştiği durumlarda, yani zorunlu aşamalar tüketilmemesine rağmen hakem kurulunun davalının itirazını reddederek uyuşmazlık hakkında nihai bir karar vermesi halinde gerek milletlerarası tahkim, gerek iç tahkim bakımından aynı gerekçelere dayanılabilir.

Tahkim yerinin Türkiye olması ve uyuşmazlığın yabancı unsur taşıması nedeniyle MTK'nın uygulandığı tahkim davalarında anılan Kanunun 15. maddesinde düzenlenen iki iptal sebebine dayanılabilir. Her şeyden önce anılan maddenin (A/1-d) bendinde hükme bağlanan hakem kurulunun hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiği iddiasıyla iptal davası açılabilir. Ayrıca, söz konusu maddenin (A/1-f) düzenlenen tahkim yargılamasının tarafların usul açısından yaptıkları anlaşmaya uygun bir şekilde yürütülmediği iddiasıyla iptal davası açılabilir⁶¹. Yabancı unsur bulunmadığı için MTK kapsamına girmeyen uyuşmazlıklar bakımından da aynı iptal sebeplerine - HMK'nın 439 maddesinin (ç) ve (e) hükümlerine- dayanılabilir. Söz konusu hükümlerde, MTK m. 15 (A/1-d) ve 15 (A/1-f) öngörülen iptal sebeplerine paralel düzenlemelere yer verilmiştir.

İkinci olasılığın gerçekleştiği durumlarda, yani zorunlu aşamaların tüketilmemesine rağmen hakem kurulunun bu durumu gözetmeyerek esasa girmesinin Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesinin⁶² 5. maddesinde ve MÖHUK'un 62. maddesinde⁶³ belirtilen tenfiz talebinin reddi sebeplerinden hangisine girdiğinin tespit edilmesi gerekir.

Doktrinde, New York Sözleşmesinin V/1/(c) maddesinde tenfizin reddi sebebi olarak belirtilen hakem kararının tahkim anlaşmasının kapsamını aşması hükmüne⁶⁴ veya V/1(d) maddesinde düzenlenen tahkim usulünün tahkim anlaşmasına aykırı olduğu hükümlerine dayanılarak tenfiz talebinin reddi istenebileceği savunulmaktadır⁶⁵. Anılan Sözleşmenin kapsamı dışında kalan⁶⁶ ve MÖHUK'a dayanılarak tenfizi talep edilen hakem kararları bakımından ise zorunlu aşamaların

⁶¹ Aynı yönde **Uygun**, s. 489; ancak doktrinde bu iki durum dışında tahkim anlaşmasının henüz işlerlik kazanmaması nedenliye de iptal yoluna başvurulabileceği belirtilmektedir: **Ekşi**, s. 56.

⁶²RG. 21.05.1991-20877.

⁶³ RG.12.12.2007-26728.

⁶⁴ **Tan Dehmen**, s. 465, **Uygun**, s. 480.

⁶⁵ **Uygun**, s. 490; **Ekşi**, s. 68.

⁶⁶ Türkiye Cumhuriyeti, New York Sözleşmesinin onaylanmasının uygun bulunmasına yönelik 3731 sayı ve 08.05.1991 tarihli Kanununun 2. maddesi ile anılan sözleşme ile ilgili iki beyanda bulunmuştur. Buna göre, Türkiye Hakem kararının verildiği ülkenin New York Sözleşmesine taraf olmaması halinde Sözleşmenin 1'inci maddesinin 3' üncü paragrafına uygun olarak, anılan Sözleşmeyi sadece karşılıklılık esasına göre taraf olan bir devlet ülkesinde verilmiş olan hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında uygulayacağını, ayrıca sözleşmeyi yalnız akdi veya âkit dışı hukukî münasebetlerden kaynaklanan ve kendi iç hukukuna göre ticarî mahiyette sayılan uyuşmazlıklar hakkında uygulayacağını beyan etmiştir. Bu durumda Sözleşmeye taraf olmayan devlette verilen hakem kararlarının tanınması ve tenfizi bakımından MÖHUK uygulanacaktır. Ayrıca, karşılıklılık şartı gerçekleşse bile New York Sözleşmesinin VII maddesi daha elverişli düzenlemeler getiren milli mevzuat ve milletlerarası sözleşmelere dayanılmasına imkân vermektedir. Bu durumda, tenfiz talebinde bulunan kişi, daha elverişli hükümlere sahip olduğu gerekçesiyle MÖHUK uyarınca tenfiz talebinde bulunabilir.

tüketilmeden doğrudan tahkime başvurulması hakem kurulunun bu hususu gözetmeksizin esasa girerek karar vermesi halinde, hakemlerin uyguladıkları usulün tarafların anlaşmasına aykırı olması (m. 62(1)/f) ve hakem kararının tahkim anlaşmasında yer almayan bir hususa ilişkin olması nedeniyle (m. 62(1)/g) tenfizin reddinin talep edilebileceği ileri sürülmektedir⁶⁷. Ne var ki, böyle bir durumda New York Sözleşmesinin V/1/(c) ve bu hükmün MÖHUK'daki karşılığı olan 62(1)/(g) bendinde yer alan “hakem kararının tahkim anlaşmasında yer almayan bir hususa ilişkin olması” nedenine dayanılması mantıksal olarak isabetli değildir. Esasen tahkim anlaşmasında tahkim öncesi başvurulması gereken zorunlu aşamaların varlığına rağmen hakem kurulu aşamaların tüketilmemiş olmasını dikkate almadan bir karar vermiş olduğu için bu durumda tahkim anlaşmasında yer almayan bir hususa ilişkin karar verildiğini söylemek mümkün değildir. Aksine, bu olasılıkta tahkim anlaşmasında yer alan bir hususun dikkate alınmadan hakem kurulunun karar vermesi söz konusudur ki bu durum zaten New York Sözleşmesinin V/1(d) ve MÖHUK'un 62/1(f) maddelerinde hakemlerin uyguladıkları usulün tarafların anlaşmasına aykırı olması hali olarak düzenlenmiştir.

Hakem kurulunun ihtiyari olan bir aşamayı tüketmek için davacıyı zorlaması, davacının bu yola gitmemesi nedeniyle davayı usulden reddetmesine ilişkin yukarıda C başlığında yer alan durumlarda da yukarıda belirtilen sebeplere dayanılabilir. Diğer bir ifadeyle, hakem kurulunun hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiği (MTK m. 15(A/1-d) ve tahkim yargılamasının tarafların usul açısından yaptıkları anlaşmaya uygun bir şekilde yürütülmediği 15 (A/1-f) gerekçelerine, iç tahkim bakımından HMK'nın 439 maddesinin (ç) ve (e) hükümlerine dayanılabilir.

Bu olasılıkta hakem kararının tenfizin reddi sebebi olarak New York Sözleşmesinin V/1/(c) maddesinde belirtilen hakem kararının tahkim anlaşmasının kapsamını aşması⁶⁸ veya V/1(d) maddesinde düzenlenen tahkim usulünün tahkim anlaşmasına aykırı olduğu hükümlerine dayanılarak tenfiz talebinin reddi istenebilir. MÖHUK'a dayanılarak tenfizi talep edilen hakem kararları bakımından ise hakemlerin uyguladıkları usulün tarafların anlaşmasına aykırı olması (m. 62(1)/f) ve hakem kararının tahkim anlaşmasında yer almayan bir hususa ilişkin olması (m. 62(1)/g) nedenlerine dayanılabilir⁶⁹.

Sonuç

Bu makalede ele alınan aşamalı uyuşmazlık çözüm anlaşmalarında öngörülen aşamaların niteliği ve aşamaların tüketilmemesi halinde ortaya çıkan sorunların en temel sebebi söz konusu anlaşmaların özensiz bir şekilde kaleme alınmasıdır. Özellikle uzun süreli ticari ilişkilerde taraflar arasındaki uyuşmazlığın kısa sürede giderilmesine imkan verse de aşamalı tahkim anlaşmalarının

⁶⁷ Uygun, s. 490; Ekşi, s. 68.

⁶⁸ Tan Dehmen, s. 465; Uygun, s. 480.

⁶⁹ Uygun, s. 490; Ekşi, s. 68.

muğlak olması ve özensiz bir şekilde kaleme alınması öngörülen aşamaların zorunlu mu olduğu yoksa taraflara bir seçenek olarak mı sunulduğu konusunda tartışmalı hakem kararlarının ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Bu tartışmaların bertaraf edilmesi için atılacak en uygun adım bu anlaşmaların titizlikle hazırlanmasıdır. Tarafların iradesi tahkim öncesi aşamaların seçenek değil zorunlu olması yönünde ise, bu husus açık ve net bir şekilde ilgili uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle birlikte tahkim anlaşmasında belirtilmelidir. Aksi takdirde, tahkim öncesi aşamalarda yer alan uyuşmazlık çözüm yönteminin tüketilip tüketilmediği konusu tartışmalı hale gelecek, bu ise tahkim süreci ve sonunda iptal ve tenfiz talebinin reddi için gerekçe oluşturacaktır. Bu nedenle her bir aşamanın detaylı bir şekilde açıklanması, nasıl gerçekleşeceğinin belirtilmesi ve nasıl tüketileceğinin ortaya konulması gerekir. Her bir aşamada taraflarca harcanacak süre ve/veya bir sonraki basamağa geçmek için beklenilmesi gereken makul bir süre üzerinde mutabık kalınmalıdır. Bu kısımlar taraflarca yapılacak yorum farklılıklarına yol açmadan düzenlenmelidir. Özenle hazırlanan bir aşamalı tahkim anlaşması yorum sorunlarına yol açmayacağından, olası iptal ve tenfiz davalarında çelişkili kararların ortaya çıkması riski de asgari düzeyde olacaktır.

Kaynakça

Akıncı, Ziya: Milletlerarası Tahkim, 6. Bası, Vedat, İstanbul 2021.

Aydemir, Dilek: “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses After UML on Mediation 2018 and the Singapore Convention”, PPIL 2001, vol.4, issue 1, s. 191-229.

Berger, Klaus P.: “Law and Practice of Escalation Clauses”, Arbitration International 2006, Vol. 22, Issue 1, s. 1-18.

Cremades, Bernardo M.: Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses, https://fidic.org/sites/default/files/36%20cremades_2004.pdf erişim tarihi: 11.11.2023.

Demir Gökyayla, Cemile: “Arabuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu”, İstanbul Hukuk Mecmuası 2019, C. 77, S.2, s. 575-616.

Demirkol, Berk: “Mutlak Olmayan Milletlerarası Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği,” Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2017, S. 2, s. 325-354.

Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat: Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, Onikilevha, İstanbul 2018.

Ekşi, Nuray: Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usullerin Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları, Beta, İstanbul 2015.

Ganesh, Aravind: “Cooling of Period (Investment Arbitration)” MPILux Working Paper 7, 2017, s. 1-15.

Jolles, Alexander: “Consequences of Multi- tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement”, Arbitration 2006, Vol.72, Issue 4, s. 329-338.

Kayalı, Didem: “Enforcibility of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses, Journal of International Arbitration”, Kluwer Law International 2010, Vol. 27, Issue 6, s. 551-577.

Özbay, İbrahim: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, EÜHFD 2006, C.X, S. 3-4, s.459-475.

Özbek, Mustafa S.: “Arabuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk Tahkim”, Yargıtay Dergisi 2017, C. 43, S. 1, s. 15-106. (Anılış: Arabuluculuk)

Özbek, Mustafa S.: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. 1, 4. Bası, Yetkin, Ankara 2016 (Alternatif)

Pappas, Vasilis F.L./**Vlaivanos**, George M.: “Multiple Tiers, Multiple Risks-Multiple-Tier Dispute Resolution Clauses, Dispute Resolution International 2018, Vol. 12, Issue 1, s. 5-16.

Pryles, Michae: “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, Journal of International Arbitration 2001, Vol. 18, Issue 2, s. 159-176.

Sarıöz, Büyükalp, İpek: Milletlerarası Ticari Tahkimde Arabuluculuk ve Tahkim Uygulamasında Tarafsızlık ve Gizlilik Meseleleri ile Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk Düzenlemesinin Tahkim Anlaşmaları Bakımından Değerlendirilmesi, Tahkim Anlaşması, Eds. Mustafa Erkan/ Candan Yasan Tepebaş, Onikilevha, İstanbul 2020, s. 427-467.

Schreuer, Christoph: “Travelling the BIT-Route-Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, The Journal of World Investment & Trade 2004, Vol. 5, Issue 2, s. 231-256.

Shroff, Jeet H.: “Tiered Dispute Resolution Clauses: Do You Walk the Straight and Narrow Path?”, <https://www.ibanet.org/article/162496BC-C977-48E7-8AB0-33C108927DC0> erişim tarihi: 01.12.2023.

Şanlı, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları, 5. Bası, İstanbul 2013.

Tan Dehmen, Mine: “Tahkim Öncesi Müzakere Ya Da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi”, MHB 2011, C. 25, S.1-2, s. 451-472.

Tevendale, Craig/**Ambrose**, Hanah/**Naish**, Vanessa: “Multi-Tier Dipute Resolution Clauses and Arbitration”, Turkish Commercial Law Review 2015, Vol. 1, Issue 1, s. 31-40.

Tiryakioğlu, Bilgin: “Extension of the Most Favoured Nation Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties Which Turkey is a Party of”, PPIL 2023, Vol. 43, Issue 1, s. 1-36.

Tunca, Murat A.: İş Uyuşmazlıklarında Türkiye’de ve Farklı Hukuk Düzenlerinde Arabuluculuk, Yetkin, Ankara 2023.

Uygun, Doğuhan: “Basamaklı Tahkim Anlaşmaları ve Arabuluculuk, Tahkim Anlaşması”, Eds. Mustafa Erkan/Candan Yasan Tepetaş, Onikilevha, İstanbul 2020, s. 469-496.

Yarar, Güven: Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk, Onikilevha, İstanbul 2019.

Yeşilirmak, Ali: “ADR Mechanisms: Negotiation, Mediation and Expert Determination”, Arbitration in Tukey, Eds. Ali Yeşilirmak, İsmail G. Esin, Wolters Kluwer, The Netherlands 2015, s. 15-35.

Yeşilova, Bilgehan: Milletlerarası Ticari Tahkimde Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, 1. Bası, Güncel Hukuk, İzmir 2008.

Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (DAÜHFD) Yayın İlkeleri

1. Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki kez elektronik ortamda yayımlanan çift hakemli bir dergidir.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Yazarlar; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve e-mail adreslerini bildirmelidir.
4. Dergiye gönderilen yazıların yayımlanmak üzere verildiği kabul edilir.
5. Dergiye gönderilen yazılar hakeme sunulmadan önce dergi için belirtilen yazım kurallarına ya da bilimsellik ölçütlerine uyulmaması gibi nedenlerle Yayın Kurulu tarafından geri çevrilebilir. Yazar bu durumdan en kısa sürede haberdar edilir.
6. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar iki hakeme gönderilir; hakemden gelen raporlar doğrultusunda;
 - a. Yazının yayımlanmasına
 - b. Yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da
 - c. Yazının geri çevrilmesinekarar verilir ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilir. Hakemlerden biri tarafından geri çevrilmesine karar verilen yazılar üçüncü bir hakeme gönderilir. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda, yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilir. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
7. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlama dahil olmak üzere, yazının tüm yayın hakkına sahip olur.
8. Yazılar aşağıda belirtilen “Yazım Kuralları”na uygun olarak Microsoft Word programında, derginin e-posta adresine gönderilmelidir. Yazarlara e-posta alındığına dair bilgi yazısı gönderilir.

Yazım Kuralları

1. Yayımlanmak üzere gönderilen yazıların;
 - a. 14 punto ve büyük harflerle İngilizce ve Türkçe yazı başlığının,
 - b. En az 150, en çok 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce “Özet” ve “Abstract” yazılarının,
 - c. Özet ve Abstract sonunda beşer adet “anahtar kelimeler” ve “keywords” ile gönderilmesi gerekmektedir.
2. **Yazı Boyutu;**
 - a. Ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto,
 - b. Dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
3. **Dipnotlar** sayfa altında gösterilmeli ve şu şekilde yazılmalıdır;

- a. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.
- b. Dipnotlarda, yazarın soyadı küçük harfle ve kalın, ilk adı tam olarak gösterilmeli; eser adı düz harfle yazılmalı; aynı yazara ait birden fazla esere atıfta bulunulması halinde kullanılan kısaltmalar kaynakçada gösterilmelidir. Eserlerde ikinci ve daha sonraki basılar varsa yazılmalıdır. Birinci Bası yayınların basısını yazmaya gerek yoktur.

- Tek yazarlı kitap:

Turhan, Turgut: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yurttaşlık Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 55.

- İki ve daha fazla yazarlı kitaplar:

İlk atıf:

Göle, Celal/**Bozer**, Ali: Kıymetli Evrak Hukuku, 9. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2021, s.56.

Atfın tekrarlanması:

Göle/Bozer: s. 57.

- Makale:

Turhan, Turgut, “Tarihsel Bakış Açısıyla Kıbrıs Türk Hukuk Sistemi”, AÜHFHD 2008, C. 57, S. 2, s. 255.

- Aynı yazarın eserlerine tekrar atıf verilmesi:

Turhan, Kıbrıs, s. 47.

- Bildiri Kitaplarında Yer Alan Yayınlar

Sirmen, Lâle A.: “Ticari İşletmenin Devri (TTK m.11/3)”, Ticaret Hukukuna Hukukun İlgili Diğer Alanlarıyla Bakış Sempozyumu Bildirileri, 15-16 Mayıs 2014, Ed. Hakan Bilgeç, Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Gazimağusa, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, DAÜ Basımevi, s. 97.

4. Gönderilen yazıların sonunda mutlaka kaynakça yer almalıdır. Kaynakçada yazarın soyadı ve adı kalın ve küçük harfle; süreli yayımlarda yer alan eserlerin ise ilk ve son sayfa numaraları kaynakçada gösterilmelidir. Bir yazarın birden çok eserine atıf yapılması halinde, eserlerin anılışları kaynakçada gösterilmelidir.

Örnek:

Turhan, Turgut: “Tarihsel Bakış Açısıyla Kıbrıs Türk Hukuk Sistemi”, AÜHFHD 2008, C. 57, S. 2, s. 253-286. (Anılış: Kıbrıs)

Turhan, Turgut: “Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (TVK. md. 29 üzerine Bir İnceleme)”, AÜFHHD 1997, C. 46, S. 1, s. 41-65. (Anılış: Vatandaşlık)