T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

MEDENİ USUL HUKUKUNDA YARGI VE CEBRİ İCRA BAĞIŞIKLIĞI

Yüksek Lisans Tezi

Furkan ULUGÜN

Ankara-2018

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

MEDENİ USUL HUKUKUNDA YARGI VE CEBRİ İCRA BAĞIŞIKLIĞI

Yüksek Lisans Tezi

Furkan ULUGÜN

Danışman
Doç. Dr. Emel HANAĞASI

Ankara-2018

T. C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

MEDENİ USUL HUKUKUNDA YARGI VE CEBRİ İCRA BAĞIŞIKLIĞI

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Emel HANAĞASI

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı	**İmzası**
1-	
2-	
3-	
4-	
5-	

Tez Savunması Tarihi

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Doç. Dr. Emel HANAĞASI danışmanlığında hazırladığım "Medeni Usul Hukukunda Yargı ve Cebri İcra Bağışıklığı (Ankara.2018) " adlı yüksek lisans ☐ - doktora/bütünleşik doktora ☐ tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih:
Adı-Soyadı ve İmza

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER ..... **i**
KISALTMALAR CETVELİ ..... **iv**
GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM
YARGI HAKKININ SINIRLARI: YARGI BAĞIŞIKLIĞI

§1. GENEL OLARAK 3
§2. YARGI BAĞIŞIKLIĞI 4
A. Genel Olarak 4
B. Yargı Bağışıklığının Hukuki Dayanağı 8
C. Yargı Bağışıklığından Yararlanacak Kişiler 17
D. Yargı Bağışıklığının Kapsamı 21
I. Genel Olarak 21
II. Ticari Faaliyetler 28
III. Haksız Fiiller 30
IV. İş Hukuku Uyuşmazlıkları 33
V. Taşınmazlara İlişkin Durum 39
VI. Gemilerin Durumu 40
E. Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığından Feragat Etmesi 43
I. Genel Olarak 43
II. Yargı Bağışıklığından Feragat ile Davadan Feragatin Karşılaştırılması 49
III. Yargı Bağışıklığından Feragatten Sonra İddianın Değiştirilmesi 50
1. İddianın Değiştirilmesi Genel Olarak 50
2. Zımni Feragat Sonrası İddianın Değiştirilmesi 53
IV. Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığına Sahip Olduğu İşlemle İlgili Dava Açması ve Yabancı Devlete Karşı Dava Açılması 54
V. Tahkim Sözleşmesi 57

İKİNCİ BÖLÜM
DEVLET TEMSİLCİLERİNİN YARGI BAĞIŞIKLIĞI

§1. GENEL OLARAK 61
§2. DEVLET BAŞKANLARININ YARGI BAĞIŞIKLIĞI 62
§3. DİPLOMATİK TEMSİLCİLERİN YARGI BAĞIŞIKLIĞI 67

A. Genel Olarak 67
B. Kapsamı 71
I. Genel Olarak 71
1. Kabul Eden Devletin Ülkesindeki Taşınmazın Aynına İlişkin Davalar 74
2. Miras Davaları 77
3. Ticari veya Mesleki Faaliyetten Doğan Davalar 77
II. Tanık Olarak Dinlenilme 78
C. Yargı Bağışıklığından Feragat 80
D. Yararlanacak Kişiler ve Yararlanma Zamanı 82
I. Diplomatik Temsilciler ve Onun Bağışıklığından Yararlananlar 82
II. Misyonun İdari ve Teknik Personelinin Yargı Bağışıklığı 85
III. Müstahdem Sınıfına ve Özel Hizmet Sınıfına Mensup Kişiler 87
E. Kalıcı Yargı Bağışıklığı ve Transit Olarak Geçilen Devletlerin Ülkesindeki Durum 88
F. Diplomatik Temsilciye Tebligat 89
§4. KONSOLOSLARIN YARGI BAĞIŞIKLIĞI 92

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MEDENİ USUL HUKUKU YÖNÜNDEN İNCELENMESİ

§1. YARGI BAĞIŞIKLIĞININ DAVA ŞARTI OLARAK DÜZENLENMESİ VE YABANCI DEVLETE IURE IMPERİİ HAKKINDA DAVA AÇILMASI 101
A. Dava Şartlarının Genel Özellikleri 101
B. Iure Imperii İşlemle İlgili Olarak Yabancı Devlete Dava Açılması 103
§2. YABANCI DEVLETE DAVANIN İHBARI 107
A. Genel Olarak Davanın İhbarı ve Hukuki Niteliği 107
B. Yabancı Devlete Davanın İhbarı 109
§3. YABANCI DEVLETE TEBLİGAT 111
A. Genel Olarak Tebligat 111
B. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Tebligat Düzenlemesinin Değerlendirilmesi 112
§4. İSPAT YÜKÜ 117
§5. DAVALININ YOKLUĞUNDA HÜKÜM VERİLEBİLMESİ 119
A. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Konuya Bakışı 119
B. Yabancı Devletin Açılan Davaya Kayıtsız Kalması 121

§6. YARGI HAKKI EKSİKLİĞİNE RAĞMEN VERİLEN BİR KARARIN AKIBETİ 123
§7. MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI VE YABANCI DEVLETİN YARGI BAĞIŞIKLIĞI 125
A. Mahkemeye Erişimi Hakkı 125
B. Yargı Bağışıklığının Mahkemeye Erişimi Kısıtlaması 127

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

CEBRİ İCRA BAĞIŞIKLIĞI

§1. CEBRİ İCRA BAĞIŞIKLIĞININ ORTAYA ÇIKIŞI VE YABANCI DEVLET ALEYHİNE GİDİLEBİLİNECEK TAKİP YOLU 129
§2. CEBRİ İCRA BAĞIŞIKLIĞININ KAPSAMI VE TESPİT EDİLECEĞİ AN . 133
A. Cebri İcra Bağışıklığının Kapsamı 133
B. Cebri İcra Bağışıklığının Tespit Edileceği An 136
§3. YABANCI DEVLETİN CEBRİ İCRAYA KONU MALVARLIĞI DEĞERLERİNDEN ÖZELLİK ARZ EDENLER 137
A. Yabancı Devletin Banka Hesapları 137
B. Diplomatik Misyonlara Ait Malvarlığı 139
C. Kültürel Malvarlığı 141
§4. CEBRİ İCRA BAĞIŞIKLIĞININ ÜÇÜNCÜ KİŞİYE KARŞI İLERİ SÜRÜLMESİ 142
A. İcra ve İflas Kanunu'nun Üçüncü Kişideki Mal veya Alacağa İlişkin Düzenlemesi 142
B. Yabancı Devletin Üçüncü Kişi Olarak Ortaya Çıkması 144
§5. GEÇİCİ HUKUKİ HİMAYE TEDBİRLERİ 146
A. Geçici Hukuki Himayenin Dayanakları 146
B. Yabancı Devlete Karşı Geçici Hukuki Himaye Tedbiri Uygulanması 147
SONUÇ 150
KAYNAKÇA 153
ABSTRACT 163
ÖZET 164

KISALTMALAR CETVELİ

ABD : Ankara Barosu Dergisi

B. : Bası veya Baskı

C. : Cilt

c. : Cümle

E. : Esas

ET : Erişim Tarihi

HD : Hukuk Dairesi

HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu

ICC : International Chamber of Commerce

ICSID : International Centre for Settlement of Invesment Disputes

İİK : İcra ve İflâs Kanunu

K. : Karar

m. : Madde

s. : Sayfa

S. : Sayı

T. : Tarih

T.C. : Türkiye Cumhuriyeti

TBBD : Türkiye Barolar Birliği Dergisi

TBK : Türk Borçlar Kanunu

TMK : Türk Medeni Kanunu

TTK : Türk Ticaret Kanunu

vd. : ve devamı

Y. : Yargıtay

GİRİŞ

Belirli bir şekilde örgütlenmiş bir topluluğun, devlet sayılabilmesi için başka hiçbir üstün otoriteye bağlı olmaması, yani egemen olması gerekir[1]. Egemenlikten anlaşılması gereken ise, devletlerin kendi ülkeleri üzerinde hakimiyet tasarruflarında bulunabilme konusunda sahip oldukları münhasır yetkidir[2]. Bu egemenlik hakkının görünüş biçimlerinden biri de "yargı hakkını (kaza hakkını-yargı yetkisini)" kullanma hakkıdır[3]. Burada devletin yetkilerini değerlendirirken devletin ülkesi, temel hareket noktasını oluşturmaktadır[4]. Kural olarak devlet, yetkilerini ülkesi dışında kullanamaz, bu da, yetkinin ülkeselliği ilkesini ve devletin yetkilerinin yer itibariyle sınırını belirtir[5]. Bir devletin, milletlerarası unsur taşıyan olaylarda yahut ilişkilerde yargı hakkını kullanabilmesinin ön koşulu, bu yargı hakkına sahip olmasıdır[6]. Anayasa'nın 9. maddesine göre devlet, sahip olduğu yargı hakkını mahkemeleri aracılığıyla kullanmaktadır. Bu hak devletin ülkesiyle sınırlı bir haktır, yani hiçbir devlet bir diğer devletin ülkesinde bu hakkını kullanamaz[7].

Özel hukuk uyuşmazlıklarına ilişkin olarak bu hakkın kullanılması medeni usul hukuku kuralları vasıtasıyla olmaktadır. Kural olarak devletin ülkesi üzerinde sürekli veya geçici olarak yaşayan herkes (yabancılar dahil) ve bulunan her şey devletin yargı

---

1 **Pazarcı, H.:** Uluslararası Hukuk, 16. Bası, Ankara 2017, s.137; **Sur, M.:** Uluslararası Hukukun Esasları, 11. Baskı, İstanbul 2017, s. 114.

2 **Pazarcı, H.:** Uluslararası Hukuk Dersleri İkinci Kitap, 10. Bası, Ankara 2014, s.30.

3 **Pazarcı**, İkinci Kitap, s.30; **Nomer, E.:** Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, İstanbul 2015, s.418; **Şanlı, C./Esen, E./Ataman Figanmeşe, İ.:** Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Bası, İstanbul 2016, s.336; **Jauernig, O./Hess, B.:** Zivilprozessrecht, 30. Auflage, München 2011, s.26; **Rosenberg, L./Schwab, K. H./Gottwald, P.:** Zivilprozessrecht, 17. Auflage, München 2010, s.96.

4 **Toluner, S.:** Milletlerarası Hukuk Dersleri Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği), 4. Bası, İstanbul 1996, s.1.

5 **Toluner** s.2.

6 **Doğan, V.:** Milletlerarası Özel Hukuk, 4.Baskı, Ankara 2017, s.39.

7 **Rechberger, W./Simotta, D. A.:** Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 8. Auflage, Wien 2010, s.30.

hakkının konusunu oluşturmaktadır[8]. Ancak devletin sınırları içerisindeki her şey ve herkes üzerinde yargı yetkisinin kullanılmasının devletler hukuku veya özel düzenlemeler bazı kişiler yönünden istisnalar tanımıştır[9]. Ayrıca milletlerarası yetkinin aksine yapılacak bir sözleşmeyle yargı hakkı eksikliğinin giderilmesi mümkün değildir[10].

[8] **Pazarcı**, İkinci Kitap, s.30; **Lüke, W.:** Zivilprozessrecht : Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 10. Auflage, München 2011, s.62.

[9] **Jauernig/Hess** s.26.Yargı yetkisinin devletler hukukuna uygun düşmeyen bir biçimde düzenlenmesi hali de mümkündür,bu halde düzenlemenin sahibi devletin, devletler hukuku yönünden bir sorumluluğu gündeme gelebilir, ancak bu düzenlemenin iç hukuk bakımından geçerliliğinde bir sorun yoktur, **Nomer**, **E.** : Devletler Hususi Hukukunda Milletlerarası Yetki Mefhumu (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 40, Sayı 1-4, 1974, s.393-426) , s.397; **Jauernig/Hess** s.26.

[10] **Rechberger/Simotta** s.31.

BİRİNCİ BÖLÜM

YARGI HAKKININ SINIRLARI: YARGI BAĞIŞIKLIĞI

§1. GENEL OLARAK

Devletin, ülkesinde kullanabildiği yargı hakkına, devletler hukukunca çizilmiş olan sınırlar çok geniştir[11]. Ancak devletler hukukunun kabul etmiş olduğu yargı hakkı, yine devletler hukuku kuralları veya milletlerarası sözleşmeler ile kısıtlanabilir. Bu sınırlamalar, uyuşmazlık konusu olayın maddi içeriği ya da yargılamayı yapacak olan ülke ile bağlantısının bulunup bulunmadığından bağımsızdır[12]. Getirilen sınırlama esasen, bazı kişileri forum devletinin karar verme (hükmetme) egemenliği dışında bırakmak, ülkesel yetkisini kullanmamak şeklinde gerçekleşmektedir[13]. Dolayısıyla dışarıdan çizilen sınır yanında içeriden de belli sınırlar konulmaktadır[14]. Ancak burada yargı yetkisinin olmadığından değil, yargı yetkisinin kullanılmadığından bahsedilmektedir, zira yabancı devletin bu bağışıklıktan vazgeçmesi ve yargılanması mümkündür[15]. Devletler hukuku, devletin elinde bulunan yargı hakkını bu kişiler üzerinde kullanamayacaklarını bir örf ve adet kuralı olarak ortaya koymuştur[16].

---

11 **Nomer**, Devletler Hususi, s.421.

12 **Doğan** s.39.

13 **Nomer**, Devletler Hususi, s.421-422; **Pazarcı**, İkinci Kitap, s.36.

14 **Schack, H.:** Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2014. s.66.

15 **Toluner** s.372.

16 **Nomer**, Makale, s.403.

§2. YARGI BAĞIŞIKLIĞI

A. Genel Olarak

Geçmişte uzun bir süre devletlere mutlak yargı bağışıklığı tanınmıştır[17]. Yabancı devlete mutlak bağışıklık tanınmasıyla, yabancı devlet, sadece bu sıfatı nedeniyle hiçbir şekilde yargılanamamaktaydı. Bilhassa 19. yüzyılın sonlarına doğru, devletlerin mutlak bağışıklığı sorgulanmaya başlanmıştır[18]. Zira bu dönemde devletin fonksiyonları giderek artmış ve devlet, aynı derecede olmamakla beraber, özel hukuk kişilerince yapılan ekonomik faaliyetlere de katılmaya başlamıştır[19]. Mutlak yargı bağışıklığına sahip bir devletin ticari ilişkilerde daha çok boy göstermesiyle birlikte, ilişkinin karşı tarafındaki kişi için özel hukuktaki hakim ilke olan eşitlik ilkesi bozulmaya başlamıştır. Çünkü mutlak yargı bağışıklığı tanınması durumunda yabancı devlet bundan çok büyük bir çıkar sağlayacak ve kendisiyle ilişkiye giren özel hukuk kişilerinin haklarını bulundukları ülkede elde etme olanakları ortadan kalkmış olacaktır[20]. Buradan hareketle de devletlerin kendi işlemlerinden ötürü sorumlulukları tartışılmaya ve hukuka bağlı devlet düşüncesi kendine yer bulmaya başlamıştır. Bu gelişmelerin sonucunda Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra, devletin yargı bağışıklığının sınırlandırılması fikri kuvvet kazanmış, doktrin ve uygulamada bu bakış açısı ağırlıklı hale gelmiştir[21].

Devlete tanınan yargı bağışıklığının nedeni onun egemen yetkilerini içeren faaliyetlerini diğer devletlerin denetimine tabi kılmamaktır; dolayısıyla, devletin özel kişiler gibi ekonomik ve ticari faaliyetlerde bulunması durumunda bu istisnadan

---

17 **Nagel, H./Gottwald, P. :** Internationales Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Köln 2013, s.39.

18 **Erten, M.E.:** Uluslararası Adalet Divanı'nın Almanya - İtalya Kararı Doğrultusunda Uluslararası Hukukta Devletin Yargı Bağışıklığı, Kırıkkale 2016. s.19.

19 **Türkay, F.:** Devletin Askeri Faaliyetlerinde Yargı Bağışıklığı, İstanbul 2013, s.12.

20 **Toluner** s.373; **Malanczuk, P.:** Akehurst's Modern Introduction to International Law, Seventh Edition, Londra 1997, s.120.

21 **Nomer**, Devletler Hususi, s.423.

yararlanmasının dayanaksız kaldığı düşünülmektedir [22] . 1972 tarihli *"Devlet Bağışıklığına İlişkin Avrupa Sözleşmesi [23] "* ve 2004 tarihli *"Devletler ve Devlet Mallarının Yargı Bağışıklığı Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"*(bundan sonra Birleşmiş Milletler Sözleşmesi) sınırlı yargı bağışıklığını kabul etmiştir. Bunun dışında devletin yargı bağışıklığıyla ilgili olarak kanuni düzenlemeler yapma eğilimi anglo-amerikan hukuk sistemini benimseyen devletlerde görülmüştür [24] . Öte yandan bakıldığında yargı bağışıklığı sadece yabancı devlet hakkında hüküm verilmesini engellemez, ona ek olarak tüm yargısal ve idari usullerden bağışık olmasını sağlar[25]. Gerçekten de, dava şartlarının, söz konusu yargılamanın niteliğine uygun düştüğü ölçüde, aynı zamanda bir yargılama (hatta icra ve iflas hukukunda takip) şartı niteliğini haiz olduğu düşünüldüğünde[26], bütün yargısal işlemlerden bağışık tutulma sonucuna varılmalıdır.

Öte yandan, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Anayasa'nın 2. maddesine göre bir hukuk devletidir. Bir devletin, başka bir ülkeye karşı olan talebi hakkında, kendi vatandaşına hukuki himaye sunmamasının, hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırılması zordur [27] . Bu halde kişinin yabancı devlete karşı hiçbir yola başvuramayacağını söylemek de doğru olmaz. Bu durumda kişinin ciddi bir yük altına girerek başvurabileceği iki yol vardır: ya tabiiyetinde bulunduğu devletin diplomatik

---

22 **Pazarcı**, İkinci Kitap, s.39.

23 Avrupa Sözleşmesi'nin çevirisi için bkz. **Altuğ, Y.:** Devlet Muafiyetine İlişkin Avrupa Sözleşmesi (Kubalı'ya Armağan Mélanges Kubalı, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, Yıl:8, Sayı: 11, İstanbul 1974, s.295-305).

24 **Nomer**, Devletler Hususi, s.423.

25 **Sucharitkul, S.:** Jurisdictional immunities of States and their property (Yearbook of the International Law Commission, vol. II(1), 1979, s.227-244), s.238.

26 **Pekcanıtez, H.:** Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2017, s.951.

27 **Nomer, E.:**Devletlerin Kaza Muafiyeti (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 35, Sayı 1-4, 1969, s.471-495) s.475.

korumasına[28] başvuracak veya gidip yabancı devletin, o ülke hukuk düzeninin izin vermesi şartıyla, kendi (yabancı devletin) mahkemesinde, o devlete karşı dava açacaktır[29]. Bu yollardan nasıl ve ne kadar sürede sonuç alınacağına ilişkin bir değerlendirme yapmak ise zordur. **Nomer**[30], bu anlamda, diplomatik yollara başvurmayı *"aldatıcı"* olarak nitelemiş ve devletlerin, iyi ilişkilerini, bir tek kişinin talebini yerine getirmek için bozmayacağını ifade etmiştir. Ayrıca ikinci seçeneğin tercih edildiği bazı durumlarda da, medeni yargılama hukukunun temel ilkelerinden olan tabii hakim ilkesine aykırılık ortaya çıkabilir[31]. Yabancı devlet ise dolaylı olarak veya adli yardıma ilişkin uluslar arası sözleşmeleri kullanarak doğrudan işlemin karşı tarafı veya üçüncü kişiler için yargılama faaliyeti yürütebilecektir[32]. Bu açıdan bakıldığında da devletle işlem yapan kişinin dezavantajları görülecektir. Bir diğer handikap ise, mutlak yargı bağışıklığının tanınmasının milletlerarası ticaretin gelişmesine de engel teşkil edecek olmasıdır, zira kişiler bu kuralı uygulayan devletlerle iş yapmaktan kaçınacaklardır[33]. İşleme girişilen devlet aleyhine dava açılabilmesi için, o devlet, sözleşme aşamasında konulacak bir madde ile bağışıklıktan feragat edecektir[34]. Yani, yargı bağışıklığının mutlak olarak uygulanması uluslararası hukukun temel bir kuralı olarak kabul edilse bile, pratik ihtiyaçlar bu kuraldan ayrılmayı gerektirecektir ve bunun aşılması zor olmayacaktır. Çünkü basit bir sözleşme hükmüyle feragat edilmesi gündeme gelecektir.

---

[28] Bir devletin vatandaşlarının ve bazı hallerde kendisiyle vatandaşlık bağı olmayan kimselerin, yabancı bir devletçe zarara uğratılması durumunda, bu zarar aynı zamanda bu devlete dolaylı olarak verilmiş bir zarar olarak değerlendirilmektedir. Bu durumda ilgili devlet, vatandaşını kendi diplomatik korumasına alarak, bir uluslararası hukuk kişisi olarak gerek görüşmeler gerekse üçüncü kişilerin de katıldığı diğer uyuşmazlık çözüm yolları vasıtasıyla hakkını kabul ettirmeye çalışır, **Pazarcı**, Uluslararası Hukuk, s.397.

[29] **Toluner** s.373.

[30] **Nomer**, Kaza Muafiyeti, s.486.

[31] **Toluner** s.373.

[32] **Nagel/Gottwald** s.38.

[33] **Gündüz, A.:** Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk, Ankara 1984, s.170.

[34] **Badr, G. M.:** State Immunity: An Analytical and Prognostic View, Hague 1984, s.101.

Bu yönden bakıldığında söz konusu kuralın bir anlamı kalmayacak, kural istisnaya dönüşecektir. Mutlak bağışıklığın diplomasi ilişkilerine de olumsuz etkileri vardır[35], diplomatik ilişkilerin zorlanması ihtimali olasıdır.

Sınırlı bağışıklık anlayışının güçlenmesiyle birlikte devletin yargı bağışıklığı "*ratione personae*" (kişi bakımından)den ziyade "*ratione materiae*" (konu bakımından) ye göre belirlenmekle birlikte, davalının devlet olması hala yerel mahkemeler önünde ayrıcalıklı tutulmasının nedeni olarak belirmektedir[36]. Ancak bu ayrıcalık ona hiçbir şekilde fiilinden ötürü sorumsuzluk bahşetmemektedir. Çünkü yargı yetkisinden bağışık olan devletin *acte iure imperii* (egemenlik tasarrufu)'si değil, devletin kendisidir[37]. Ve yabancı devlete tanınan yargı bağışıklığı şekli bir savunma imkanı olarak karşımıza çıkmaktadır[38]. Dolayısıyla devlete tanınan yargı bağışıklığı, yabancı devletin maddi hukuk düzeninden de bağışık olduğu anlamına gelmez[39]. Zira bu durumda yabancı devletin mahkemeleri önünde dava açılmışsa ve oradaki kanun ihtilafı kuralları, forum devletinin kurallarına atıf yapıyorsa, o zaman davacının talebi yabancı devlet mahkemelerinde de esastan reddedilir ki, böyle ilişkili tüm hukuk düzenlerinde sorumsuzluk sağlayan bir kural uygulanamaz[40].

Ayrıca kabul edilen sınırlı bağışıklık anlayışı sonucu yabancı devletin egemenliğine müdahale edildiğini söylemek mümkün değildir. Çünkü ancak yabancı devletin *iure imperii* işlemleriyle ilgili olarak yargı yetkisini kullanan bir devlet,

---

35 **Erten** s.19.

36 **Fox, H./Webb P.:** The Law of State Immunity, Third Edition, New York 2015, s.339.

37 **Geimer, R./Geimer, E./Geimer, G.:** Internationales Zivilprozessrecht, 6. Auflage, Köln 2009, s.229.

38 **Crawford, J.:** Brownlie's Principles of Public International Law, Eighth Edition, Oxford 2012, s.487.

39 **Damian, H.:** Staatenimmunität und Gerichtszwang, Heidelberg, Tokyo, New York 1985, s.73; **Geimer** s.293; **Appelbaum, C.:** Einschränkungen der Staatenimmunität in Fällen schwerer Menschenrechtsverletzungen, Berlin 2007, s.29; **Sucharitkul**, Birinci Rapor, s.238.

40 **Damian** s.73.

yabancı devletin egemenlik haklarını ihlale çalışmış olur[41]. Zira bu alanda, yargı bağışıklığının oturduğu bir temel de, yabancı devletin egemenlik yetkilerinin kullanılmasına karışmama prensibidir[42]. Dolayısıyla devletin egemenlik alanına giren *iure imperii* işlemler için yabancı devlete bağışıklık tanımak devletlerin eşitliği ve bağımsızlığı kavramlarının olağan sonucudur denilebilir[43]. Aslında sınırlı bağışıklık anlayışı da bu yöndedir, sadece egemenlik kavramını dar biçimde yorumlamaktadır[44].

B. Yargı Bağışıklığının Hukuki Dayanağı

Yabancı devlete tanınan yargı bağışıklığının kapsamına geçmeden önce gerek Türkiye'de gerek uluslararası alanda bu kavramın dayanağını inceleyeceğiz. Bu konu üzerinde yoğun şekilde tartışılmasına rağmen, günümüzde daha belirgin bir kabul olduğunu söyleyebiliriz.

Bu konuda ilk görüşün hareket noktası, Feodal Dönem'de hükümdarın kendi ülkesinde ayrıcalıklara sahip olmasıdır[45]. Zira tarihsel olarak bakıldığında, o dönemde hükümdar ile devlet kavramları birbirini tanımlıyordu, hükümdar, ülkesinde, kendi hesabına yaptığı işlemler için bile mutlak bir bağışıklığa sahipti[46]. Monarkın kanun yapma ve bunun uygulanmasını sağlayacak zorlayıcı tedbirler alma imkanı vardı, yani *suprema potestas* (en üstün güç) olarak nitelenip, bütün kuvvetlerden yukarıda bir pozisyonda bulunuyordu[47]. Yargı bağışıklığı da ilk olarak misafir egemenin kişiliğine

---

41 **Nomer**, Kaza Muafiyeti, s.484.

42 **Schack** s.72.

43 **Nomer**, Kaza Muafiyeti, s.484; **Nagel/Gottwald** s.38.

44 **Gündüz**, Yargı Bağışıklığı, s.167.

45 **Toluner** s.373.

46 **Malanczuk** s.119.

47 **Bankas, E.K.:**The State Immunity Controversy in International Law Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts, Berlin Heidelberg 2010, s.38.

bağlı olarak gündeme gelmişti[48]. O dönemde bir hükümdarın bir diğerine karşı hükmetme yetkisini kullanamamasının nedeni devletlerin eşitliği prensibinden değil, hükümdarlardan hiçbir vesileyle hesap sorulamamasından kaynaklanmaktaydı[49]. Yani mahkemelerin, otoriteye tabii olmayan hükümdarı zorlama gücü yoktu[50]. O dönemde sağlanan bağışıklık için mahkemelerin dayandığı mantık ise *"The King can do no wrong"* ilkesiydi[51]. İlerleyen zamanlarda söz konusu siyasi yapının değişmesi ve ayrı bir devlet tüzel kişiliğinin ortaya çıkmasıyla, yargı bağışıklığı kavramı devlet üzerinden devam etti[52].

Bu konuda geçmişte kendisine epey taraftar bulmuş olan bir diğer görüş, yargı bağışıklığını devletlerin egemenliği, bağımsızlığı, eşitliği ve onuru gibi kavramlarla ifade etmeye çalışan görüştür[53]. Bu görüşe göre yargı hakkı, devletin egemenliği başlığının altındadır ve bu egemenliğin yabancı devlet üzerinde kullanılması mümkün değildir[54]. Görüş, *"par in parem non habet imperum"* (eşitin eşit üzerinde egemenliği olmaz) veya *"par in parem non habet juridictionem"* (eşitin eşit üzerinde yargı hakkı olmaz) kuralına dayandırılmıştır[55]. Rızası olmadan yabancı devletin yargılanması, onun egemenliğini aşağılamak anlamına gelir ancak bu yaklaşım devletin "*imperium*" (egemenlik) unu kullanmadığı özel hukuk işlemlerini kapsayamamaktadır[56]. Esasen, günümüzde de Birleşmiş Milletler Örgütü Andlaşması'nın 2. maddesinin birinci fıkrasında bütün üyelerin eşit olduğuna yer verilmiştir. Yani hukuken bütün devletler eşittir. Dolayısıyla, devletin bir diğer devlete ve onun egemenliğine saygı göstermesinin

---

48 **Crawford** s.488.

49 **Sak, Y.:** Devletin Yargı Bağışıklığı ve Temel Hakların Korunması, Ankara 2015, s.30.

50 **Erten** s.7; **Erson Asar, B.:** Yabancı Devletlerdeki Yargılamalar Açısından Uluslararası Hukukta Devlet Görevlilerinin Yargı Bağışıklığı, İstanbul 2016, s.106.

51 **Sak** s.30; **Gündüz**, Yargı Bağışıklığı, s.46; **Erson Asar** s.106.

52 **Toluner** s.373.

53 **Gündüz**,Yargı Bağışıklığı, s.56; **Sak** s.34 vd.

54 **Gündüz**,Yargı Bağışıklığı, s.57.

55 **Nomer**, Devletler Hususi, s.422.

56 **Crawford** s.488.

sonucu olarak yabancı devlete yargı bağışıklığı tanınması gerektiği belirtilmiştir[57]. Yukarıda da *iure imperii* işlemlerde yabancı devlete yargı bağışıklığı tanınmasının, devletlerin eşitliğine, bağımsızlığına dayandığı ifade edilmiştir. Orada yapılan değerlendirme sadece *iure imperii* işlemler bakımındandır. Ancak devletin tüm işlemlerine ilişkin bir değerlendirme yapılırken söz konusu ilkelere dayanılması mümkün değildir. Yargı bağışıklığının genel olarak egemenliğe bağlanması, onun sürekli bir şekilde varlığını sürdürmesidir[58]. Devletin egemenliği, bağımsızlığı ve eşitliği kavramları birbirileriyle sıkı ilişki içindedirler, bu yüzden birlikte değerlendirilmeleri mümkündür, zaten bağışıklığın nedenini ortaya koymak konusunda hiçbiri yeterli değildir[59]. Zira, bağımsızlık ve eşitlik ilkelerinden hareketle, yabancı devletin hukuki güvenliğine riayet edilmesine rağmen yabancı devletin forum devletinde yargılanmasının kabul edilmemesini anlamak zordur[60]. Bağımsızlığın sonucu, tanınmış diğer devletin yasama işlemlerinin, uluslararası hukuka ve adaletin temel ilkelerine aykırı olmaması, yabancı kamu ya da vergi hukukunu ilgilendirmemesi ve ülkedışı etkileri olmaması şartlarıyla geçerli kabul edilmesidir[61]. Yoksa, forum devletinin yargı yetkisi içinde işlenmiş bir haksız fiilden veya kurulmuş bir sözleşmeden doğan bir uyuşmazlıktan ötürü yabancı devletin yargılanması herhangi bir kuruma aykırı değildir[62]. Aksine, böyle bir durumda yabancı devletin ülke hukukundan bağışık tutulmasını istemesi forum devletinin bağımsızlığının, eşitliğinin ihlali anlamına gelir[63].

---

57 **Sak** s.34.

58 **Gündüz**,Yargı Bağışıklığı, s.57.

59 **Gündüz**,Yargı Bağışıklığı, s.60.

60 **Lauterpacht, H.:** The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States (British Yearbook of International Law, C.28, 1951), s.229; ancak yazar hakkın yerine getirilmesinden kaçınma ve idari egemenliğinin ihlal edilmemesi şartını getimektedir.

61 **Lauterpacht** s.229.

62 **Lauterpacht** s.229.

63 **Lauterpacht** s.229.

Bilhassa yargı bağışıklığını devletin vakarıyla açıklamaya çalışan zorlama görüş, antik (devletin hükümdarın şahsında ortaya konduğu[64]) döneme aittir ve kabul edilmesi mümkün değildir[65]. Öncelikle vakar yaşayan bir şeyde aranabilecek bir değerdir ve devletin vakarı olduğunu söylemek zordur[66]. Ayrıca, yabancı devleti, yerel ve uluslararası hukukun gerektirdiği teminatlara uygun bir şekilde forum devletinin de tabi olduğu biçimde yargılamak, o devletin (olduğu kabul edilse bile) vakarını ihlal etmez[67]. Son olarak ise, bir devletin vakar sahibi olduğu iddiası diğer devletleri bağlamaz, diğer devletlerin de bağlı sayılması için ortada bir milletlerarası hukuk kuralının bulunması gerekir, ama bu kural varsa bu sefer de devletin vakarı olgusuna işlerlik kazandırılmaz[68].

Yabancı devletin yargı bağışıklığının, diplomatik temsilcilerin yargı bağışıklığından etkilendiği de öne sürülebilir[69]. Diplomatik temsilcinin yargı bağışıklığının temelinde diplomatik görevlinin temsil işlevi vardır, dolayısıyla uluslararası hukuk, devletin egemenliğinin sonucu olarak diplomatik görevlilere bağışıklık sağlamaktadır[70]. Yukarıda yabancı devletin yargı bağışıklığının kaynağı olarak devletin bağımsızlığı, eşitliği ve egemenliği gibi kavramların kullanılamayacağını belirtmiştik. Burada ise diplomatik görevliye tanınan yargı bağışıklığının da devletin egemenliğinin bir sonucu olduğunu söyledik. Bu iki açıklama bir çelişki içermemektedir, zira diplomatik temsilci, kendi devletini gereği gibi temsil edebilmelidir. Yani burada temsil işlevi ağır basmaktadır. Eğer iki bağışıklık arasında bir sebep sonuç mantığı yürütülecek olursa, devletin yargı bağışıklığı ve diplomatik temsilcilerin yargı bağışıklığı arasında bir fark kalmaz, aynı kuralların uygulanması

64 **Gündüz**,Yargı Bağışıklığı, s.64.

65 **Lauterpacht** s.231.

66 **Gündüz**,Yargı Bağışıklığı, s.64; **Sak** s.35.

67 **Lauterpacht** s.231.

68 **Gündüz**,Yargı Bağışıklığı, s.64.

69 **Gündüz**,Yargı Bağışıklığı, s.50; **Bankas** s. 40.

70 **Bankas** s.40.

gerekir. Çünkü bakıldığında diplomatik temsilciyi atamak, geri çekmek gibi konular devletin elindedir[71]. Oysa bu iki kurum arasında ciddi farklar vardır. Bu farklara aşağıda diplomatik temsilcilerin yargı bağışıklığı anlatılırken değinilecektir. Bu yönde bir eğilimin sebebi ise diplomatik temsilcilerin yargı bağışıklığı sorununun hemen hemen çözülmüş olmasıdır[72].

Yargı bağışıklığının kaynağı olarak nezaket veya karşılıklılık kavramları da sarf edilmiştir. Nezaketin yargı bağışıklığını açıklamasında farklı olan nokta, forum devletinin yargı hakkını tam olarak tanımasıdır, dolayısıyla forum devleti, yabancı devlete bir ayrıcalık tanımış olmaktadır[73]. Karşılıklılıkta ise forum devleti, yabancı devletin kendisine tanıdığı ölçüde yabancı devlete bağışıklık tanımaktadır[74]. Nezakete ilişkin görüş yargı bağışıklığının bir milletlerarası hukuk kuralı olarak vücut bulduğu kabul edildiği için ve tek başına yargı bağışıklığını anlatamadığı için terk edilmiştir[75]. Karşılıklılık da, forum devletinin önüne gelen her davada, davalı devletin nasıl davrandığının saptanmasını gerektirdiğinden[76] ve her devletin kendi mevzuatının dikkate alınması söz konusu olduğunda sağlam bir temel olmadığı görülecektir[77]. Ayrıca, nezaketin farklı şekillerde anlamlandırılabilir olması ve karşılıklılığa hangi koşullarda bağlı kalınacağının belirlenmesi güçlük teşkil eder[78]. Dolayısıyla hukuki güvenliğe aykırı bir duruma vücut verebilir. Hukukilikten uzak oluşu, nezaketle karşılıklılığın aslında birer fiili durum teşkil etmeleri ve kapsamlarının belirsiz olmaları nedeniyle bu kavramlar dayanak olarak alınamaz[79].

---

71 **Bankas** s.40.

72 **Bankas** s.40.

73 **Gündüz,** Yargı Bağışıklığı, s.68-69.

74 **Gündüz**, Yargı Bağışıklığı, s.72; **Süral** s.12.

75 **Gündüz**, Yargı Bağışıklığı, s.71.

76 **Lauterpacht** s.245.

77 **Gündüz**, Yargı Bağışıklığı, s.72-73.

78 **Sak** s.36.

79 **Gündüz**, Yargı Bağışıklığı, s.74; **Sak** s.36.

Son olarak, bizim de katıldığımız ve ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre[80] yabancı devlete tanınan yargı bağışıklığı uluslararası bir örf ve adet hukuku kuralına dayanmaktadır. Yargı bağışıklığının kaynağını saptamak için bağımsızlık, eşitlik ve egemenlik gibi temel ilkelerden hareket edilemez, zira bu kavramlara dayanmak, yabancı devletin hiçbir koşulda yargılanamamasını gerektirir; ancak en azından taşınmazlar bakımından bunu söylemek mümkün değildir[81]. Ayrıca örf ve adet hukuku esnek bir yapı gösterir ve zamanla değişebilir, bu da konumuz bakımından daha doyurucu sonuçlar vermektedir[82]. Ama bu görüşle ilgili sorun, uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olarak kabul edilebilmek için aranan şartlarla ilgilidir. Uluslararası hukukta bir kuralın uluslararası örf ve adet hukuku kuralı mertebesine erişebilmesi için aranan iki unsur vardır: *opinio juris* (bu yönde bir uygulama olacağına dair inaç) ve *usus* (genel uygulama). Devletlerin yargı bağışıklığı konusunda *usus*'tan söz edilip edilemeyeceği tartışılabilir. Zira devlet uygulamaları hala farklılık göstermektedir[83]. Ancak yine de bu konuda ortada evrensel nitelikte bir davranış şekli olduğu söylenebilir. Ve eğer evrensel nitelikli davranış şekli söz konusuysa özellikle ilgili devletlerin de içinde bulunduğu, her türden devletin temsil edildiği çok sayıda devlet uygulaması gerekir[84]. Bakıldığında bütün devletler, değişik ölçülerde de olsa yabancı devletlere bağışıklık tanımakta ve bu konudaki kararlarını, mahalli mahkemelerinde de olsa, milletlerarası hukuk çerçevesinde vermektedirler[85]. Hatta bu hususta bir hukuki

---

[80] **Özdemir Kocasakal, H.:** Devletlerin Yargı ve İcra Muafiyetleri ve Bunların Tahkim Yargılamasındaki Rolü (Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C.22 S.2, s.525-576, İstanbul 2002), s.532; **Crawford** s.487; **Sur** s.131; **Nagel/Gottwald** s.38; **Nomer**, Devletler Hususi, s.423.

[81] **Gündüz**, Yargı Bağışıklığı, s.75.

[82] **Gündüz**, Yargı Bağışıklığı, s.57.

[83] **Sak** s.37.

[84] **Pazarcı**, Uluslararası Hukuk, s.98.

[85] **Gündüz**, Yargı Bağışıklığı, s.81; **Nomer**, Devletler Hususi, s.423.

sorumluluğun var olduğu fikri yaygındır[86]. Birçok devletin andlaşmayla düzenlenmemiş böyle bir alanı kabul etmesi de yabancı devletin yargı bağışıklığının uluslararası örf ve adet hukukuyla sağlandığına dair bir işarettir[87]. Bunlara ek olarak, Uluslararası Adalet Divanı İtalya-Almanya kararında Birleşmiş Milletler Hukuk Komisyonu'nun 1980 tarihli yıllığına atıf yaparak yargı bağışıklığının uluslararası örf ve adet hukuku olarak ortaya çıktığını belirtmektedir[88]. Divan, bu sonuca ulaşırken, devlet uygulamalarının geniş ölçekli bir şekilde araştırılmasını esas almaktadır ve Divan bunu ulusal düzenlemeler, içtihatlar ve devletlerin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne vücut veren yorumları ve bağışıklığa ilişkin hak iddialarıyla doğrulamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de *Cudak vs. Lithuania* kararında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin iş akitleri için öngördüğü kuralların bir örf ve adet hukuku kuralı oluşturduğuna işaret etmektedir[89]. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin yargı bağışıklığına ilişkin getirdiği kuralların uluslararası örf ve adet hukukunu yansıttığı kabul edildiğinde Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin öngördüğü hususların uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olarak ortaya çıktığı kabul edilebilir[90].

Yukarıda belirttiğimiz gibi günümüzde yargı bağışıklığı dayanağı olarak örf ve adet hukuku gösterilmektedir. Esasen bu fiili durumun oturtulabileceği en uygun zemindir, zira hem devletlerin ihtiyacı olan hem de mantıklı olan yöntem devlete sınırlı bir bağışıklık tanınmasıdır. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi de büyük ölçüde bu örf ve adet hukuku kuralının kodifikasyonu olarak ortaya çıkmıştır. Günümüzde pek çok

---

86 **Nomer**, Devletler Hususi, s.423.

87 **Türkay** s.19-20.

88 http://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf p.56.

89 https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"fulltext":["\"CASE OF CUDAK v. LITHUANIA\""],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"],"itemid":["001-97879"]} paragraf 66.

90 **Süral, C.:** Uluslararası Özel Hukukta Yabancı Devletlerin Sınırlı Yargı ve İcra Muafiyeti, Ankara 2015, s.11.

devlet mahkemesi Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin uluslararası uzlaşmayı yansıttığını ifade etmektedir[91].

Böyle bir saptama yapıldıktan sonra Sözleşme'nin etkisi incelenmelidir ve uluslararası bir andlaşma söz konusu olduğu için de 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi göz önünde bulundurulmalıdır. Türkiye, Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne taraf olmasa bile, Sözleşme'nin teamülü yansıtan kurallarıyla bağlı sayılabilir[92]. Bu bağlamda Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 38. maddesi hükmü önem taşımaktadır, hükme göre *"34-37 nci maddelerde yer alan hiçbir hüküm, bir andlaşmada belirtilen bir kuralın bir milletlerarası teamül kuralı olarak, bu sıfatla tanınmış olduğu üzere, üçüncü bir Devleti bağlamasını engellemez"*. Maddede geçen 34-37. maddelere genel olarak bakarsak, uluslararası andlaşmaların üçüncü bir devlete uygulanabilmesi, o devletin rızasına bağlı kılınmıştır. Ama 38. madde andlaşmanın uluslararası örf ve adet hukuku kuralını yansıtması durumunu ayrık bırakmıştır. Çünkü bir andlaşma hükmü, aynı anda bir teamül hukuku kuralı olarak karşımıza çıkabilir veya teamül hukuku kuralına evrilebilir[93]. Bu halde devleti bağlayan söz konusu andlaşma olmayıp, andlaşmanın ortaya koyduğu teamül kurallarıdır[94]. Bazı devletlerin uluslararası örf ve adet hukukuna aykırı davranması o yönde bir kuralın olmadığı şeklinde yorumlanamaz[95], zira örf ve adetin varlığı ayrı bir konu, o örf ve adetin muhatap devlete karşı ileri sürülmesi ayrı bir konudur[96]. Evrensel bir örf ve adet kuralının oluşumunda bir devletin sessiz kalması ise zımni kabul olarak algılanmaktadır[97]. Ve bütün uluslararası hukuk kuralları açısından geçerli olan ama sadece andlaşmalar hukuku bakımından Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin

---

91 **Crawford** s.490.

92 **Öktem, E.:**Uluslararası Teamül Hukuku, İstanbul 2013, s.428.

93 **Öktem** s.326.

94 **Öktem** s.351.

95 **Sur** s.80.

96 **Sur** s.81.

97 **Pazarcı**, Uluslararası Hukuk, s.101.

27. maddesinde kendine yer bulan *"Bir andlaşmanın uygulanmamasını haklı kılmak üzere taraflardan biri iç hukukunun hükümlerini ileri süremez"* kuralı gereği, kurala işlerlik kazandırma yöntemleri kendilerine bağlı olmakla birlikte, devletler uluslararası örf ve adet hukuku kuralını uygulamalıdır[98]. Öte yandan bir kodifikasyon sözleşmesinin imzalanmadan önce bile etki doğurması mümkündür, zira müzakereler esnasında, yetkili devlet temsilcilerinin ileri sürdükleri fikirleri, sözleşmenin yapılmasından mücerret bir biçimde, devletler arasındaki bir uzlaşmanın mevcudiyetine işaret edebilir[99]. Ancak bu yönde bir kural olması, bu kuralın her devlete istisnasız uygulanacağı anlamına gelmez. Şöyle ki, örf ve adet hukuku kuralı belirli bir zaman zarfında oluşur ve bu esnada sürekli itiraz eden bir devlet böyle bir kuralla bağlanmış olmaz[100].

Uluslararası örf ve adet hukukunun uygulanması söz konusu olduğunda, mahkemeler bu kuralları *"otomat"* gibi uygulamazlar, uygulama esnasında siyasi tercihler yaparlar ve bu noktadan hareketle yorumlayarak uygularlar[101]. Türk hukukunda uluslararası örf ve adet hukuku, hakimler tarafından doğrudan ve yürütmeden tamamen bağımsız bir şekilde uygulanabilmektedir[102]. Bu uygulama yargı bağışıklığı açısından önem taşımaktadır, ancak esas önemi ne Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'unda ne İcra ve İflas Kanunu'nda uygulanacak herhangi bir hüküm olmayan cebri icra bağışıklığında kendisini göstermektedir.

Sonuç olarak yabancı devlete tanınan yargı bağışıklığı, bu yöndeki bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralına dayanmaktadır. Devletlerin genel uygulaması da bu yönde olduğu ve örf ve adet hukuku kuralları bağlayıcı olduğu için Türk

---

98 **Öktem** s.424.

99 **Öktem** s.402-403.

100 **Sur** s.82; **Pazarcı**, Uluslararası Hukuk, s.101.

101 **Öktem** s.425.

102 **Öktem** s.428.

hukukunda devletin yargı bağışıklığının kabul edilmesi ve uluslararası hukukun gerektirdiği şekilde yabancı devlete muamele edilmesi gerekir.

C. Yargı Bağışıklığından Yararlanacak Kişiler

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 49. maddesinde *"Yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukukî uyuşmazlıklarda yargı muafiyeti tanınmaz"* ifadesiyle yapılan düzenleme sonucu Türk hukukunda yabancı devletin sınırlı yargı bağışıklığı anlayışının benimsendiği ortaya konulmuş bulunmaktadır[103]. Söz konusu düzenlemede içeriği doldurulması gereken kavramlar vardır, örneğin Kanun özel hukuk uyuşmazlığından doğan hukuki uyuşmazlıklardan bahsetmekte ama bunu niteliği belirlemede hangi hukuka göre karar verileceğini söylememektedir. Kanun'un söz konusu maddesinde içeriği doldurulması gereken kavramlardan biri de *"devlet"* kavramıdır. Çünkü bir birimin yargı bağışıklığını ileri sürebilmesi için yabancı devletin hakimiyeti altında bir yapı olması gerekir[104]. Ayrıca bir devletin yargı bağışıklığından istifade edebilmek için uluslararası hukukça kabul gören devlet tanımına girmesi gerekir[105]. Ama belli bir şekilde, örneğin emirlik, cumhuriyet gibi, örgütlenmesi gerekli değildir[106].

Tanınmamış devletler söz konusu olduğunda değişik değerlendirmeler yapılmaktadır. Amerika, Fransa ve Hollanda gibi ülkeler tanımadıkları devletlere

---

[103] **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe** s.341; **Çelikel A./Erdem B.:** Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Bası, İstanbul 2016, s.629; **Nomer, E.:** Milletlerarası Usul Hukuku, 2.Bası, İstanbul 2018, s.64; **Doğan** s.41.

[104] **Shaw, M.N.:** International Law, Eighth Edition, Cambridge 2017, s.549.

[105] **Süral** s.67.

[106] **Gündüz**, Yargı Bağışıklığı, s.95.

bağışıklıktan yararlanma imkanı verirken[107]; İngiltere, tanımadığı devletlere yargı bağışıklığı sağlamamaktadır[108].

Yabancı devletin tanındığı ama hükümetinin tanınmadığı olaylarda da yargı bağışıklığının sağlanması gerekir, aksi halde, yabancı devletin yargı bağışıklığı kavramı yabancı hükümetin yargı bağışıklığı kavramına dönüşecektir. Bir devletle diplomatik ilişkilerin kesilmiş olması, devletin yargı bağışıklığına halel getirmez[109].

Devletin siyasi alt birimlerine yargı bağışıklığı tanınıp tanınmayacağı sorusuna gelince; devletin siyasi yapılanmasına kendisinin karar vereceği, bunun devletin iç meselesi olduğuna dikkat çekilmiştir[110]. Dolayısıyla yargı bağışıklığı eyaletleri, belediyeleri de kapsar denilebilir[111]. Ancak konuya ilişkin belli yerleşik bir kural oluşmamıştır[112]. Amerikan hukukunda konuya yaklaşım "yabancı devlet" kavramının kapsamının genişletilmesinden yanayken, Avrupa Sözleşmesi'nde eyaletlerin yargı bağışıklığından yararlanamayacağı belirtilmiştir[113]. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ise daha geniş bir belirleme yapmıştır[114]. Bu alt siyasi birimlerin, egemen olmadıkları ve devletin temel ölçütünün egemenlik olduğu dikkate alındığında[115], söz konusu birimlerin kapsama alınmaması gerektiği de söylenebilir[116].

Bir diğer husus, yabancı devletin yaptığı bir işlemden dolayı o işlemi yapan yabancı devlet organının (ünvanın önemi olmaksızın) yargılanması söz konusu olmaz, aksi halde yabancı devlete yargı bağışıklığı tanınmasının bir anlamı kalmaz. Yani, *iure imperii* bir işlemi gerçekleştiren yabancı devlet organının konuya yönelik bir bağışıklığı

---

107 **Süral** s.67.

108 **Fox/Webb** s. 340.

109 **Damian** s.20.

110 **Geimer** s.258.

111 **Wefelscheid, M.:** Vollstreckungsimmunität fremder Staaten, 2014, (Peter Lang Database) s.38.

112 **Damian** s.21.

113 **Gündüz**, Yargı Bağışıklığı, s.107, 113.

114 **Süral** s.288.

115 **Sur** s.114.

116 Bkz. **Wefelscheid** s.38.

vardır[117]. Bu kişinin yargılanabilmesi için yargı bağışıklığından feragat edecek kişi ise onu görevlendiren devlettir, yoksa kendi adına yargı bağışıklığından feragat etmesi mümkün değildir[118]. Yine yabancı devletin *iure imperii* işlemlerini gerçekleştiren özel hukuk kişileri de bu bağışıklıktan yararlanır[119]. Örneğin, vize işlemlerinin çeşitli seyahat acenteleri tarafından yaptırılması halinde, vize talebinin kabul edilmemesinden dolayı söz konusu acenteye karşı dava açılamaz. Zira vize verip vermemek bir egemenlik tasarrufudur[120]. Devlet adına hareket eden organ, yabancı bir tüzel kişi olarak da karşımıza çıkabilir, burada önemli olan devlete isnad edilebilecek bir kamusal faaliyet yürütmesidir. Yani yabancı devlet, bağışıklığını kaybetmeksizin bağımsız bir tüzel kişi olarak da karşımıza çıkabilir[121]. Yabancı devlete ait ticari işletme söz konusuysa, yani sahibi yabancı devletse ve onun denetimi altında işlem yapıyorsa, sadece söz konusu işletmenin yürüttüğü fonksiyona bakılır[122]. Eğer bu işletme kamusal görevleri yerine getiriyorsa, o zaman yabancı devletin kendisinin ileri sürebileceği gibi işletmesi de yargı bağışıklığını ileri sürebilir[123]. Bu korumanın sınırlarına dikkat etmek gerekir. Aksi takdirde aynı işi yapan diğer işletmelere karşı rahatlıkla dava veya icra takibi yollarına başvurulabilirken, yabancı devletin işletmesi, yargı bağışıklığını bir usuli kalkan ileri sürebilecek ve söz konusu yolların kullanılmasını sekteye uğratabilecektir. Dolayısıyla,

---

117 **Geimer** s.278.

118 **Geimer** s.285.

119 **Geimer** s.278.

120 *"Vize işlemi, devletlerin egemenlik tasarrufu kapsamında yaptığı işlemlerden olup gerek uluslararası hukuk ve gerekse iç hukukumuzda bu konuda tereddüt bulunmamaktadır. Bu bağlamda vize başvurusunun reddine karar vermek ya da vize talebine olumlu ya da olumsuz cevap vermemek biçimindeki eylem ya da işlem egemenlik tasarrufu kapsamında değerlendirilmelidir."* (4. HD, 10.09.2013, E. 2013/10023, K. 2013/13933: Kazancı İçtihat Bankası).

121 **Zimmermann, W.:** Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3, §1025-§1109, EGZPO GVG EGGVG UKlaG, 4. Auflage, München 2013, s.1226.

122 **Schack** s.75.

123 **Schack** s.75; **Geimer** s.279.

devlet işletmelerinin yargı bağışıklığından yararlanacağı alanı fazla genişletmek devletin kişilere sağladığı hukuki korumayı orantısız bir şekilde azaltır[124].

Bu başlık altında değerlendirilebilecek bir diğer kurum, merkez bankalarıdır[125]. Merkez bankaları özel hukuk hükümlerine tabi olup, kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak görevlerini ifa ederler. Ayrıca bunların, uluslararası alanda tek tip bir hukuki nitelikleri olduğunda da bahsedilmesi mümkün değildir[126]. Hukuki nitelikleri ne olursa olsun merkez bankalarının sadece *acta iure imperii* nitelikli işlemler yaptığı söylenemez, zira bunlar normal bankacılık ve ticaret hayatı içinde yer almaktadırlar. Bu halde, genel kuralımız gereği, *acta iure imperii* için yargı bağışıklığı söz konusu olurken, *acta iure gestionis* (özel hukuk işlemleri) için ne yargı bağışıklığı ne de cebri icra bağışıklığı söz konusu olmayacaktır. Merkez bankalarıyla ilgili cebri icra bağışıklığının ileri sürülebileceği alan, sadece resmi olarak bildirilmiş döviz rezervleridir[127]. Bunlar devletin para politikası gereği forum devletinde bulundukları için cebri icra konusu olmazlar[128]; çünkü döviz rezervleri kullanılarak kur dengesi düzenlenebilir veya gereklilik halinde temel malzemeler ithal edilebilir[129].

---

124 **Damian** s.79.

125 Bu konuda bir örnek için bkz. **Turhan, M. T.:** Yabancı Devletlerin Yargı ve İcra Bağışıklığı Ülkesellik İlkesi (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 37 S. (1-4), 513-521).

126 **Nomer**, Devletler Hususi, s.432.

127 **Geimer** s.280.

128 **Schack** s.74.

129 **Escher, A./Nacimento, P./Weissenborn, C./Lange, S.:** Investment Arbitration and the Participation of State Parties in Germany (Arbitration in Germany, The Model Law in Practice, Second Edition, Alphen aan den Rijn 2015, s.1013-1061), s.1047.

D. Yargı Bağışıklığının Kapsamı

I. Genel Olarak

Hukukumuz açısından yabancı devletlerin yargı bağışıklığının kapsamına ilişkin kurala Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu'un 49. maddesinde rastlamaktayız, buna göre *"Yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukukî uyuşmazlıklarda yargı muafiyeti tanınmaz"*. Yukarıda belirtildiği üzere Kanun sınırlı yargı bağışıklığı anlayışına atıf yapmakla birlikte, kapsamın tayininin nasıl olacağını belirlememiştir. Burada artık uluslararası hukuk uygulaması ve doktrin göz önünde tutularak sonuca varılmalıdır. Özel hukuk işlemleri kapsam dışında bırakıldığına göre ve devletler hukuku bakımından devletin yargı bağışıklığının, *acta iure imperii* alanında bir hukuki mükellefiyet olarak ortaya çıktığı göz önüne alındığında, yabancı bir devletin özel hukuk kişisi gibi giriştiği ilişkilerinden dolayı kendisine karşı Türk mahkemelerinde hukuk davası açılabilir[130]. Günümüzde, genel olarak kabul edilen, devletin *iure gestionis* işlem için yargılanabilmesi[131], fakat egemenlik tasarruflarının bir başka devletin mahkemesinde dava konusu yapılmamasıdır[132]. Yukarıda yargı bağışıklığının bir örf ve adet hukuku kuralı niteliğinde olduğunu belirtmiştik, ancak sınırlı yargı bağışıklığının varlığı hukukumuzda hükme bağlandığı için bu başlık için örf ve adet hukukuna gitmeye gerek yoktur. Hakim doğrudan Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 49. maddesine başvuracaktır.

Yabancı devlete, bağışıklığın, hangi hallerde tanınıp hangi hallerde tanınmayacağını belirlemek zordur. Mutlak yargı bağışıklığını savunan görüşün bir

---

130 **Nomer**, Kaza Muafiyeti, s.49.

131 **Jauernig/Hess** s.27; **Rosenberg/Schwab/Gottwald** s.97.

132 **Pazarcı**, İkinci Kitap, s.40; **Gündüz**, Yargı Bağışıklığı, s.171; **Kuru, B. :** Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2. Cilt, 6. Baskı, İstanbul 2001, s.1346.

dayanak noktalarından biri hangi işlemlere bağışıklık tanınıp hangi işlemlere bağışıklık tanınmayacağının belirlenmesindeki güçlüktür[133]. Ancak bir hususun zorluk arz etmesi tek başına ondan vazgeçilmesi için bir neden oluşturmamalıdır. Sınırlı yargı bağışıklığı kabul edildiğine göre kapsamı belirlememize yarayacak ölçüt, yapılan işlemin bir *acta iure imperii* mi, yoksa bir *acta iure gestionis* mi olduğudur[134]. Dolayısıyla yargı bağışıklığı, yabancı devletin varlığında değil, fonksiyonlarında ve işlemlerinde yapılır[135]. Konuya ilişkin yapılacak ayırım, Uluslararası Adalet Divanı yargıçlarından, **Weiss** tarafından sunulmuştur[136]. Buna göre *acta iure imperii-acta iure gestionis* ayrımı yapılırken işlemin niteliği dikkate alınmalıdır. Birey, tek başına söz konusu işlemi yapabilir mi yapamaz mı, soru buna ilişkin olmalıdır; cevap evetse yargı bağışıklığı tanınması gerekli değildir[137]. Türk hukukunda da, bu hüküm uygulanırken, dava konusu yapılan hukuki ilişkinin "niteliğini", yabancı devlete yargı bağışıklığının tanınıp tanınmamasında bir ölçü olarak ele almak gerekir[138]. Dolayısıyla, uyuşmazlık konusu hukuki ilişkiye girerken yabancı devletin izlediği amaç, yargı bağışıklığının tanınıp tanınmamasında etkili olmamalıdır[139]. İşlem, niteliği gereği yalnızca devlet tarafından yapılabiliyorsa, işlem bir *"acta iure imperii"* dir[140]. Bu anlayış, Türk kanun koyucusunun sınırlı bağışıklık anlayışıyla da uyuşmaktadır. Zira, genellikle, işlemin amacının ölçüt alındığı sistemlerde, "mutlak bağışıklık", niteliğin ölçüt alındığı

---

133 **Lauterpacht** s.222; yazar ilerleyen iki sayfada söz konusu ayırım, yani iure imperii-iure gestionis ayrımının, yapılmasına ilişkin örnekler veriyor ve aynı işlemle ilgili olarak aynı devlet mahkemelerinin bile farklı kararlar verdiğine dikkat çekiyor.

134 **Shaw** s.532.

135 **Nomer**, Kaza Muafiyeti, s.485.

136 bkz. **Lauterpacht** s.225.

137 **Lauterpacht** s.225; **Toluner** s.378; **Badr** s.64; ; **Shaw** s.533.

138 **Nomer**, Devletler Hususi, s.426; **Doğan** s.41; **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe** s.341.

139 **Nomer**, Devletler Hususi, s.426; **Higgins, R.:** Themes And Theories Selected Essays, Speeches And Writings In International Law, Volume I, Oxford 2009, s.372.

140 **Gündüz**, Yargı Bağışıklığı, s.180.

sistemlerde, "sınırlı bağışıklık" anlayışı egemendir[141]. Burada işlemin amacının esas alınmasının eleştirilebilecek tarafı, devletin bütün işlemlerinin zaten kamu yararına yönelmiş olması veya en azından kamu yararıyla bir bağlantısının olmasıdır, dolayısıyla amaca göre yapılan inceleme sonunda, bütün işlemler *acta iure imperii* niteliğini haiz olur ve yabancı devlete mutlak yargı bağışıklığı veya sınırlı yargı bağışıklığı tanınması arasında bir fark kalmaz[142]. Öte yandan, kamu hizmetlerinin kapsamını her devletin kendisinin belirlemesinden dolayı bu konuda bir standart getirilmesi de mümkün değildir[143]. Devletlerin genel eğilimi de bu yöndedir, yani *acta iure imperii-acta iure gestionis* sınıflandırması yapılırken işlemin amacının dikkate alınmaması halinde ulusları hukuk ihlal edilmiş olmaz[144]. Bunun yanında söz konusu işlemin dışarıya yansıması da dikkate alınmalıdır[145]. Örneğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Lübnan Büyükelçiliği'ne yönelik kira sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlıkta yargı bağışıklığının ileri sürülemeyeceğine karar vermiş ve yerinde bir tespitle yabancı devletin sahip olduğu yargı bağışıklığıyla diplomatik bağışıklıklar ve misyonun dokunulmazlığını birbirinden ayırmıştır[146].

---

141 **Aybay**, **R**/**Oral**, **E.:** Kamusal Uluslararası Hukuk, İstanbul 2016, s.257.

142 **Damian** s.102.

143 **Gündüz**, Yargı Bağışıklığı, 179; **Toluner** s.377.

144 **Damian** s.102.

145 **Zimmermann** s.1226; **Stein, F./Jonas, M./Jacobs, M.:** Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 10 EuGVVO GVG, 22. Auflage, Tübingen 2003, s.924.

146 *"...Burada, yabancı bir devletin özel bir şahıs gibi giriştiği özel hukuk ilişkilerinden dolayı aleyhine açılacak dava ile diplomatik temsilcilerin yargı muafiyetini birbirine karıştırrnamak gerekir. Gerçekten, bu gün tüm hukuk sistemleri yabancı devletleri, hakimiyet-egemenlik-tasarrufları bakımından yerel yargıdan muaf tutmuştur. Bu itibarla, gerek Türkiye'nin taraf olduğu Viyana Sözleşmesinde ve gerekse bu hususta düzenlenmiş olan ikili ve çok taraflı anlaşmalarda kabul edılmiş olan muafiyet, diplomatik temsilcilerfe ilgili olup, temşil ettikleri devlet aleyhine açılan davalar için değildir. Kaldı ki, bu yön anılan Yasanın 33. maddesinin gerekçesinde açıkça vurgulanarak, düzenlemenin Viyana sözleşmesıne aykırılığının düşünülemiyeceği belirtilmiş olduğu gibi, doktrinde de öteden beri muafiyet konusundaki uygulamanın açıklandığı biçimde olması gereğine değinilmektedir..."*, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18.09.1991, E. 1991/6-299, K. 1991/406: Kazancı İçtihat Bankası; kira sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık için ayrıca bkz. "*…İddia ve savunmadan*

Yabancı ülke silahlı kuvvetlerinin, bir çatışma esnasında verdiği zarara ilişkin "klasik" devlet fonksiyonunu ihtiva eden işlemlerlerde bu ayrımın yapılması kolaydır[147]. Ama bu görüşün de sorunlu tarafları vardır, örneğin, dış ticareti kendi tekeline almış olan bir devletle sözleşme yapılmışsa sadece devletin yapabileceği bir faaliyet söz konusu olurken, ticari bir faaliyet için yargı bağışıklığı tanınması gerekecektir[148]. Bu anlayışla, sınırlı bağışıklığın genel kabul görme nedeni arasında bir çelişki gündeme gelecek denilebilir. **Badr** [149], burada, devletin kendi ülkesinde yürüttüğü ekonomik faaliyetleri ile yurtdışında yabancı bir tacir olarak yürüttüğü faaliyetlerin ayrılması gerektiğini öne sürerek eleştirilere cevap vermiştir. Görüşün, bu sakıncalarını ortadan kaldırmayı hedefleyen bir versiyonu da vardır. Buna göre, işlemin tarafları arasında bir bağımlılık olup olmadığı incelenmelidir[150]. Zira, bir kamusal işlem söz konusuysa, devletin kendi hakimiyet alanında, bu devlet hakimiyetini, taraflar üzerinde tek yanlı olarak kullandığı ve gerektiğinde zorlayıcı tedbirler alabildiği bir hal vardır. Bir özel hukuk ilişkisindeyse taraflar eşit seviyededir ve devletin, zorlayıcı tedbir alma imkanı yoktur[151]. Burada da genel bir bakış açısıyla işlemin özel hukuk kişisi tarafından yapılabilip yapılamayacağına bakılır ama, esas kriter, uyuşmazlık konusu somut işlemin yapılabilip yapılamayacağıdır. Yani bir kişi sözleşme yapabiliyor diye,

---

anlaşıldığı üzere kira sözleşmesi davacı ile ABD. Konsolosluğu arasında kurulmuştur. Konsolosluk, ABD.'ni temsil ettiğinden olayda kira ilişkisi davacı ile ABD. arasındadır. 23.11.1982 tarihinde yürürlüğe giren 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 23. maddesi gereğince, yabancı devletle özel hukuk ilişkilerinden doğan hukuki uyuşmazlıklarda yargı muafiyeti tanınmaz. Aynı maddenin 2. fıkrasında da, bu gibi uyuşmazlıklarda yabancı devletin diplomatik temsilcisine tebligat yapılabileceği öngörülmüştür. Olayda dayanılan kira sözleşmesi hususi hukuk işlemidir. Davacı bu sözleşmeye aykırı davranıştan doğan hor kullanma tazminatı ve telefon kullanmadan doğan alacağını istemiştir. Olayın taraflar arasındaki niteliğine göre, davalı devletin olayda yargı muafiyeti bulunmamaktadır…" 13. HD, 16.11.1989, E.1989/3896, K.1989/6648: Kazancı İçtihat Bankası.

147 **Malanzcuk** s.120.

148 **Toluner** s.378; **Badr** s.64.

149 **Badr** s.64-65.

150 **Gündüz**, Yargı Bağışıklığı, s.181.

151 **Badr** s.65.

sözleşmelerden doğan tüm uyuşmazlıklar *acta iure gestionis* sahasındadır demek yerine, uyuşmazlık konusu o sözleşmenin hükümleri esas alınmalıdır, somut işlemin devletin kamu imtiyazlarını içerip içermediğine bakmak gerekir[152]. Zira yabancı devletin bir sözleşme yaparak karşısındakiyle eşit düzene indiği durumlarda bile, her zaman *"acta iure gestionis"* vardır denilemez. Özel hukuk kişileriyle yapılan sözleşmeler çerçevesinde genellikle kamusal düzenlemelere rastlanır[153].

Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ise 2. maddesinin ikinci fıkrasında *" Bir sözleşme veya işlemin paragraf 1 (c) anlamında " ticari işlem" olup olmadığının belirlenmesinde, öncelikle sözleşme veya işlemin niteliği dikkate alınır; ancak, taraflar bu konuda anlaşmışlarsa veya mahkemenin bulunduğu Devlet uygulamasında sözleşme veya işlemin ticari olmadığının belirlenmesinde sözleşme veya işlemin amacı önem taşıyorsa, bu amaç da dikkate alınır"* hükmünü içermektedir. Bu hükmün altında yatan amaç, bilhassa ulusal ekonomik seviyelerini artırmak için çalışan gelişmekte olan ülkelere güvence sağlamaktır. Söz konusu hükmün sınırlı yargı bağışıklık anlayışından ciddi ödünler verilmesi için kullanılması durumunda, hiçbir yararı olmayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir[154]. Türk hukuku bakımından işlemin niteliği anlayışından sapılmaması gerekir. Bu anlamda uluslararası örf ve adetin zedelendiği ileri sürülemez. Öncelikle, uluslararası hukuktaki genel eğilim sınırlı yargı bağışıklığından yanadır ve bu konuda eskiden olduğu gibi bir tartışma yapılmamaktadır. Ayrıca sözleşmenin kendisi, bağışıklık ileri sürülemeyecek halleri düzenlemektedir ve işlemin amacı kriterinin dikkate alınması halinde daha önce yapılmış eleştiriler gereği mutlak yargı bağışıklığına varılacaktır ki, bu da Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin varlık nedenine aykırı olacaktır. Dolayısıyla, amacın esas alınması uluslararası örf ve adet hukuku seviyesinde değildir.

---

[152] **Gündüz**, Yargı Bağışıklığı, s.181.

[153] **Damian** s.101.

[154] **Shaw** s.533.

Vasıflandırmada başvurulacak hukuk ise *lex fori*'dir[155]. Dava konusu hukuki ilişki, Türk hukuku anlamında özel hukuk ilişkisi niteliğinde ise, yabancı devletin yargı muafiyetinden yararlanabilme imkanı kalmamaktadır. Öte yandan dava konusunu oluşturan işlem, *lex fori* vasıflandırmaya göre, devletin devlet olmasının bir gereği olarak icra edilen veya devletin devlet olma fonksiyonunu yerine getirmesinin bir sonucu olarak gerçekleştirilen bir işlem ise, *acta iure imperii* sayılıp yargı bağışıklığı sağlanacaktır[156]. Zira devlet aleyhine açılan bir davada, dava konusunun bir egemenlik tasarrufu mu yoksa özel hukuka ait bir faaliyet mi olduğu ise vasıflandırma meselesidir[157]. Vasıflandırmanın yabancı devletin hukukuna göre yapılması durumunda, *acta iure imperii* ve *acta iure gestionis* ayrımının pek bir önemi kalmayacaktır. Çünkü işlemin niteliğine, onu icra eden devlet karar vermiş olacaktır[158]. Ayrıca böyle bir uygulama uluslararası hukukun uygulanmasını gereksiz yere zorlaştıracaktır[159]. Ortada bu ayrımın yapılmasında hangi ölçütlerin esas alınacağına ilişkin bir uluslararası hukuk kuralı yoktur[160] ve vasıflandırmada *lex fori* kural olarak kabul edilmektedir[161]. Yani konumuz itibariyle bir Türk mahkemesinde yabancı devlete karşı dava açıldığında yapılan işlemin niteliğinin belirlenmesinde Türk hukukuna söz sahibi olacaktır[162].

Lex fori vasıflandırmanın kabulündeki sıkıntı, Türk hakiminin, Türk devlet teşkilatına benzemeyen yabancı devletin organlarının, işlemlerini *acta iure imperii*

---

155 **Nagel/Gottwald** s.40.

156 **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe** s.344.

157 **Pazarcı**, İkinci Kitap, s.40; **Aksar**, **Y. :** Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, 4.Baskı, Ankara 2017, s.295.

158 **Bishop, W. W. :** The New United States Policy Limiting Sovereign Immunity (American Journal of International Law, Volume 47, 1953, s.93-106), s.103.

159 **Stein/Jonas/Jacobs** s.924

160 **Aybay/Oral**, s.257; böyle bir uluslararası anlayışın geliştirilmesinin çok daha iyi olacağı ifade edilmiştir, **Bishop** s.103.

161 **Doğan** s.41; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe** s.333; **Bishop** s.105; **Özdemir Kocasakal** s.529; **Damian** s.99.

162 **Nomer**, Devletler Hususi, s.427; **Özdemir Kocasakal** s.536.

olarak kabul etmeme takdiri vermesidir[163]. Bu görüş, sadece şekli bir niteleme yapılmasına sebebiyet vereceği ve işlemin özünün doğru tespit edilemeyeceği gerekçeleriyle eleştirilmiştir[164]. Tabii ki, hakim bu vasıflandırmayı yaparken, işlemle ilişkili hukuk sistemlerinin değişkenlik gösteren unsurlarını göz ardı etmeli[165], uluslararası hukukun sınırlarına bağlı kalmalı[166] ve genel olarak bir *acta iure imperii* kabul edilen işlemi başka şekilde vasıflandırmamalıdır[167]. Devletlerin geneli bakımından *acta iure imperii* kabul edilen bir işlem *lex fori'*ye göre *acta iure gestionis* görülüyorsa, burada *lex fori* nin uygulanması uluslararası hukuk tarafından sınırlandırılır[168]. Bu bağlamda konuya ilişkin fikir yürütülürken yabancı doktrin ve mahkeme kararlarından faydalanmak kuşkusuz önemlidir. Vasıflandırmanın bu anlayışla yapılması sonucu, yargı bağışıklığını öngören milletlerarası hukuk kuralı uygulanacak ve milletlerarası bir standarda ulaşılacaktır[169]. Bu şekilde bir nitelendirme yapılmaz ve genel olarak *"acta iure imperii"* olarak kabul edilen bir işlem *"acta iure gestionis"* olarak nitelenirse uluslararası hukuka aykırılık meydana gelmiş olur[170]. Tam tersi bir durumda ise uluslararası hukuka aykırılık meydana gelmez. Çünkü yabancı devlete ek bir imkan tanınmış olmaktadır. Özel hukuk işlemlerinde devlete yargı bağışıklığı tanınmamasının nedeni de, devletin, bu işlere girişirken egemenliğini kullanmıyor oluşudur, egemenlik yetkisi kullanılmadığı için de yargı bağışıklığının tanınması gerekmez[171].

---

163 **Gündüz**, Yargı Bağışıklığı, s.175.

164 **Badr** s.64.

165 **Badr** s.64.

166 **Stein/Jonas/Jacobs** s.924.

167 **Gündüz**, Yargı Bağışıklığı, s.175.

168 **Zimmermann** s.1226.

169 **Gündüz**, Yargı Bağışıklığı, s.175.

170 **Damian** s.100.

171 **Gündüz**, Yargı Bağışıklığı, s.171.

Diğer yandan, her ne kadar Türkiye tarafı olmasa da, yargı bağışıklığının kapsamı belirlenirken Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin de dikkate alınması gerekir. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'yi uluslararası örf ve adet hukuku kapsamında değerlendirmektedir[172]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Cudak v. Lithuania* kararının 64, 65 ve 66. paragraflarında, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin temelini oluşturan Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1991 yılında hazırladığı taslak metnin devletlere gönderildiğini, söz konusu metne hiçbir devlet tarafından itiraz edilmediğini ve uluslararası hukuka göre bir sözleşmenin maddelerinin, taraf olunmasa bile, örf ve adet hukuku kuralını yansıttığı ölçüde devletlere uygulanabileceğini belirtmiştir. Türkiye'nin de tarafı olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 46. maddesinin birinci fıkrasına göre üye devletler mahkemenin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt etmiştir, dolayısıyla Türkiye'nin taraf olduğu böyle bir uyuşmazlıkta, Mahkeme'nin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ni dikkate alarak karar vermesi çok olasıdır ve Türkiye bu kararı uygulamak zorunda kalacaktır. Dolayısıyla, Türk mahkemeleri önüne gelmiş olan ve tarafı yabancı devlet olan davalarda Birleşmiş Milletler Sözleşmesi mutlaka göz önüne alınmalıdır.

Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin bazı hükümlerinin bir örf ve adet kuralı olarak kabul edilmesinin sonucu olarak bu çalışmada da özellik arz eden hususlarda yer verilecektir.

II. Ticari Faaliyetler

Yargı bağışıklığının söz konusu olamayacağı bir alan, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 49.maddesinin birinci fıkrasının lafzından rahatça anlaşılabileceği gibi yabancı devletin giriştiği ticari faaliyetlerdir; Yabancı devletin

[172] https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"languageisocode":["ENG"],"appno":["36703/04"],"documentcollectionid2":["CHAMBER"],"itemid":["001-117124"]} paragraf 66.

hangi alanlarda yargı bağışıklığına sahip olduğu konusunda ileri sürülen görüşlerden biri de ticari işlem teorisidir[173]. Konuya ilişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 10. maddesi de "ticari işlemleri" devletin yargı bağışıklığı talep edemeyeceği işlemlerden saymıştır. Burada ticari işlemlerin neler olduğu tartışılmayacak sadece *"once a trader, always a trader"* şeklindeki ilke incelenmeye çalışılacaktır. Buna göre bir devlet *iure gestionis* bir işleme giriştikten sonra, yani özel hukuk kişileriyle aynı düzeye indikten sonra tek taraflı olarak yeniden egemen seviyesine çıktığını ve yargı bağışıklığı olduğunu ileri süremez[174]. Kararda bu ilkeye temas edilemese de, **Damian**[175], Şili ve Küba arasındaki Playa Larga kararındaki vakıaların, örnek olarak ele alınabileceğini belirtmiştir. Olayda, davacı Şilili Iansa Şirketi, Şubat 1993 ayında Küba'nın Cubazucar adlı devlet işletmesiyle 128.395 ton şeker alımına ilişkin bir sözleşme imzalamıştır. 11 Şubat 1973'te Şili'nin Valparaiso şehrinde Playa Larga adlı gemi yükünü boşaltırken, Şili'de darbe olmuştur. Darbeyi gerçekleştirenler Küba karşıtıdır. Bunun üzerine Küba Hükümeti'nin talimatıyla gemi yükünü indirmeyi bitirmeden limanı terk etmiştir. Daha sonra Şili, Küba'ya ait, İngiltere'de bulunan I Congreso del Partido gemisi üzerinden zararının tazmini için dava açılmıştır. Söz konusu kararda Küba'nın yargı bağışıklığı tanınmamıştır. Bu yönde bir yaklaşım, hukuki güvenlikle de uyum içindedir. Ama böyle bir durumda devlet tamamen de korunmasız değildir. Burada yabancı devletin gidebileceği bir yol forum devleti kanunlarına göre mücbir sebep hükümlerine dayanmaktır[176], bunun mümkün olmaması halinde ise uluslararası hukukun genel kabul gören *clausula rebus sic stantibus* kuralına başvurabilir.

---

[173] Fransız kökenli bu görüş, miras, taşınır ve taşınmaz malların aynına ilişkin ihtilaflar, haksız fiil gibi temel sorunları dışarıda bıraktığı, vasıflandırma sorunu gibi nedenlerle genel bir kabule mazhar olamamıştır, **Gündüz**, Yargı Bağışıklığı, s.189.

[174] **Geimer** s.267.

[175] **Damian** s.104.

[176] **Damian** s.107; **Geimer** s.267.

III. Haksız Fiiller

Geniş anlamıyla sorumluluk hukukunun bir tarafını sözleşmeden doğan sorumluluk oluştururken, en az onun kadar önemli bir tarafını da sözleşme dışı sorumluluk hukuku oluşturur [177]. Esas olan zarar gören kişinin, zarara bizzat katlanmasıdır[178]. Fakat kanun bazı hallerde, üçüncü kişiye zararı giderme yükümlülüğü yüklemiştir [179]. Haksız fiil de bu hallerden biridir. Haksız fiil sorumluluğunda, sözleşmesel sorumluluktan farklı olarak, genel bir davranış kuralına aykırılık gündeme gelir[180]. Bu alanda fiili gerçekleştiren kişinin yabancı bir devlet olması hali, birkaç başlık altında incelenebilir. Zira insan haklarının ihlali de, esas itibariyle, haksız fiil olarak nitelendirilebilir. Ancak, biz yabancı devletin yargı bağışıklığını, insan hakları hukuku tabanında incelemeyeceğiz. Yalnız şu husus da belirtilmelidir, yabancı devlet tarafından gerçekleştirilen her haksız fiil, insan hakkı ihlali olarak nitelendirilemez; zira, örneğin yabancı devlete ait arabaların karıştığı bir trafik kazası ile yabancı devletin kişiye uygulanan işkenceden sorumlu olduğu durumlar farklı değerlendirilmelidir. Aynı şekilde, bir kişinin kamu ajanı tarafından kasıtlı olarak vurulması, insan hakları hukukuna aykırılık teşkil ederken, yanlışlık sonucu vurulması insan hakları hukukuna aykırılık teşkil etmez[181].

Yabancı devlet tarafından gerçekleştirilen haksız fiiller ülke içinde veya dışında gerçekleşmesi temel alınarak bir ayrıma tabi tutulabilir[182].

---

177 **Eren, F. :** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2014, s.491; sorumluluk kavramının çeşitli anlamları için bkz. **Eren** s.490 vd.

178 **Tercier, P./Pichonnaz, P./Develioğlu, H. M. :** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, s.569; **Eren** s.491.

179 **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu** s.569; **Eren** s.492.

180 **Oğuzman, K./Öz, T. :** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 10. Baskı, İstanbul 2013, s.1; **Tandoğan, H. :** Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), Ankara 1961, s.7.

181 **Bröhmer** s.6.

182 **Geimer** s.281.

Savaş hali dışında, münhasıran ülke içerisinde meydana gelen *acta iure imperii* olarak kabul edilebilecek haksız fiillerde bile, örneğin casusluk faaliyetlerinde, yabancı devlete yargı bağışıklığı tanınmaması genellikle, ileri sürülmektedir[183].

Haksız fiilin, davalı devlet veya herhangi bir devlete ait olmayan bir bölgede işlenen fiilin *acta iure imperii* teşkil ettiği hallerde, uluslararası hukuka aykırılığı bariz olsa da, yabancı devletin yargı bağışıklığından yararlanması gerektiği kabul edilmektedir. **Geimer** bu konuda örnek olarak kamulaştırma ve yabancı devlet tarafından gerçekleştirilebilecek diğer idari önlemleri vermektedir. Alman mahkemeleri ise yukarıdaki genel kabulden farklı olarak ülke dışında gerçekleştirilen *acta iure gestionis* haksız fiiller açısından yabancı devlete yargı bağışıklığı tanımamaktadır, ama burada da Alman mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin olup olmadığı ayrıca araştırılmalıdır[184].

Burada tartışılabilecek bir husus, klasik *acta iure imperii-acta iure gestionis* ayrımının haksız fiiller alanında yapılıp yapılmayacağına, yapılacaksa hangi ölçüte göre yapılabileceğine ilişkindir. Uzunca bir süre haksız fiillerle ilgili olarak *acta iure imperii-acta iure gestionis* ayırımına başvurulmuştur. Buna göre de kendi içtihadı çerçevesinde yabancı devletin herhangi bir davranışı veya ihmali, egemenliğin kullanımına yönelik değilse, o devlete korunma sağlanmaz ama egemenliğin kullanılmasına ilişkin bir fiil varsa yargı hakkı kullanılmaz[185]. Bu şekilde bir yaklaşım sözleşmesel sorumluluk alanında olduğu kadar optimal bir çözüm olarak karşımıza çıkmaz. Örneğin, yabancı devletin büyükelçiliğine ait bir aracın karıştığı bir trafik kazasında bu ayrım neye göre yapılacaktır? Zira bir ulaşım aracının kullanılmasının, niteliği gereği, devlet faaliyeti sayılabilmesi, ancak polisin aktif takip yaptığı veya ambulansın hastaneye yetişmeye çalıştığı haller gibi genel trafik düzeninin dışında

183 **Geimer** s.281.

184 **Geimer** s.281-283.

185 **Damian** s.112.

tutulduğu hallerde söz konusu olur. Bunun dışındaki hallerde *acta iure imperii-acta iure gestionis* ayırımı ancak yapılan işlemin amacına bakılarak yapılabilir. Böyle bir ölçüt ise istenen verimi sağlamaktan uzaktır, zira yabancı devlet kolayca niteliği kamusal olarak belirtebilir[186]. Daha önce belirtildiği üzere bu ölçüt uygulanırsa ayrımın nesnel bir temele oturduğunu söylemek zor olacaktır.

Uluslararası hukukun ağır bir şekilde ihlali bakımından, devlete yargı bağışıklığının tanınmaması gerektiği ileri sürülse de günümüzde böyle bir istisna, örf ve adet hukukunda henüz yer almamaktadır[187].

Ülkelerin silahlı kuvvetleri tarafından gerçekleştirilen haksız fiillerde ise genel eğilim, bu fiilleri yargı bağışıklığının kapsamına sokmak şeklindedir[188]. Uluslararası Adalet Divanı'nın Almanya-İtalya kararında, mağdurların, İkinci Dünya Savaşı esnasında Alman Silahlı Kuvvetleri'ne karşı İtalya sınırları içerisinde İtalyan vatandaşlarına yaptığı fiillerden dolayı dava açılamayacağına, buna Almanya'nın yargı bağışıklığının engel olduğu kanaatine varmıştır[189]. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 31. maddesinde de, Sözleşme'nin hiçbir maddesinin silahlı kuvvetlerin gerçekleştirdiği fiillerle ilgili yargı bağışıklığı iddiasına halel getirmeyeceğini ifade edilmiştir.

Yargıtay, İran-Irak Savaşı sırasında Irak jetlerinin bir Türk tankerine ve personeline verdiği zararla ilgili açılan bir davada *"harp halindeki devletlerden birinin savaş araçlarının üçüncü bir devletin vatandaşına verdiği zararın özel hukuk ilişkisinden doğmadığı bir hakimiyet tasarrufu bulunduğu…….kaldı ki olay Türk kaza*

---

186 **Bröhmer** s.105.

187 **Geimer** s.283.

188 **Crawford** s.498; **Fox/Webb** s.468; **Nagel/Gottwald** s.39.

189 http://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf p.108, bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **Erten**, Makbule Ezgi, Uluslararası Adalet Divanı'nın Almanya-İtalya Kararı Doğrultusunda Uluslar arası Hukukta Devletin Yargı Bağışıklığı, Legem Yayınları, Kırıkkale, 2016; **Türkay**, Firdes Şeyda, Devletin Askeri Faaliyetlerinde Yargı Bağışıklığı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013.

hudutları dışında cereyan etmiştir" şeklinde tespitiyle bölgesel haksız fiil anlayışını benimsediğinin işaretini vermiştir[190].

Konu, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde ve Avrupa Sözleşmesi'nde özel hükümle düzenlenmiştir. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 12. maddesi ve Avrupa Sözleşmesi'nin 11. maddesi sınırları esas alan bir yaklaşım benimsemiştir. Ayrıca, failin de fiilin gerçekleştiği sırada forum devletinde olması aranmıştır. Maddeler sadece maddi zararları ele alıp, hakaret, iftira, vb. kaynaklı manevi zararı dışarıda bırakmıştır, yani burada devletin yargı bağışıklığı uygulama alanı bulur[191]. Konuya ilişkin olarak belli bir uluslararası uzlaşma olduğunu söylemek zordur[192]. Ancak haksız fiillerde *acta iure imperii-acta iure gestionis* ayırımının yapılmasının kaypak bir zeminde olduğu ve ülke içi-ülke dışı ayırımı çok daha nesnel olduğu için Türk hukukunda da bu sistemin esas alınması doğru olacaktır[193]. Ayrıca bu sayede devlet bağışıklığını kendisine kalkan yapabilecek sigorta şirketlerinin elinden bu imkan alınarak zararın karşılanmasının önü açılacaktır[194].

IV. İş Hukuku Uyuşmazlıkları

Yukarıda yapılan değerlendirme sonucu iş sözleşmesinin de bir özel hukuk sözleşmesi olduğunun düşünülmesi ve yabancı devletin yargı bağışıklığını öne

---

190 4.HD, 17.03.1986, E.1985/9190, K.1986/2436: Kazancı İçtihat Bankası.

191 **Aksar**, Uluslararası Hukuk, s.297; **Süral** s.299; ayrıca bkz. 4.HD, 07.07.1986, E.1986/2254, K.1986/5420: **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe** s.341; **Dardağan-Kibar, E. :** Yargı Kararları Işığında Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı Alanında Güncel Gelişmelere Bakış (Rona Aybay'a Armağan, Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı, Cilt 1, 2014, s.677-713), s.692.

192 **Damian** s.114.

193 Klasik *acta iure imperii-acta iure gestionis* ayrımının uygulandığı bir örnek için: **Aybay, R. :** Yargıtay İçtihat Göre Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 72, Ankara 2007, s.109-120) s.119-120.

194 **Erten** s.89; **Arsava, F. :** Yabancı Mahkeme Kararlarının İcrası ve Devletlerin Yargı Bağışıklığı (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt 1, Yıl 3, Sayı 8, 2012, s. 1-19), s.13.

sürmesinin mümkün olmadığı düşünülebilir. Çünkü bakıldığında iş sözleşmesi, esas itibariyle, iki tarafın iradelerinin birleşmesinden doğan özel hukuka dair bir sözleşmedir[195]. Ancak iş sözleşmeleri yabancı devletin taraf olduğu uyuşmazlıklarda sözleşmenin niteliği gereği bazı farklılıklar göstermektedir. İş Kanunu, 8. maddesinde iş sözleşmesini *"....bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir"* diyerek tanımlamıştır. İş sözleşmesinin bir özelliği de onun kişisellik özelliğidir. Buna göre, işveren, iş sözleşmesini yaparken, muhatabı olan işçinin yetenekleri, objektif nitelikleri yanında sübjektif niteliklerini de göz önünde bulundurur. Yani o iş sözleşmesinin o işçiyle yapılmasında belirleyici olan, işçinin, işveren tarafından takdir edilen objektif ve sübjektif niteliğidir. İşçinin kişiliğinin ön plana çıkması nedeniyle iş ilişkisinin aynı zamanda bir güven ilişkisi olduğundan da bahsedilebilir, çünkü işvereni, o işçiyle çalışmaya sevk eden saik, o işçinin kişiliğine duyduğu güvendir[196]. Herhangi bir işçi-işveren ilişkisi için bile iş sözleşmesinin kişisellik niteliğinin ön planda olduğundan söz edilirken, yabancı devletin taraf olduğu işçi-işveren ilişkisinde bu özellik daha da önemli hale gelebilir. Bu doğrultuda, devletin, kendi adına işlem yapabilecek kişileri belirlemesi, mevcut yapısı içinde çalıştıracağı kişileri belirlemesi bağlamında bir serbestisi olduğu uluslararası hukukta bir örf ve adet kuralı olarak karşımıza çıkmaktadır[197]. Eğer, yabancı devletin yaptığı iş sözleşmelerinin hiçbir farklılık göstermediği kabul edilir ve bu sözleşmeler her durumda forum devletinin mahkemesinin kararının konusu olursa, biraz önce belirtilen örf ve adet kuralı ihlal edilmiş olur. Dolayısıyla sınırlı bağışıklığın iş sözleşmelerine uygulanması özel olarak

---

[195] **Çelik. N./Caniklioğlu, N./Canbolat T. :** İş Hukuku Dersleri, 31. Bası, İstanbul 2018, s.172; işçinin işverene bağımlı olmasının bir özel hukuk sözleşmesinin tarafları arasında bulunması gereken eşitliğe etkileri ve bunun meşru temeli için bkz. **Süzek, S. :** İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku), 16. Baskı, İstanbul 2018, s.234.

[196] **Mollamahmutoğlu, H./Astarlı, M./Baysal, U. :** İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014, s.401-402.

[197] **Fox/Webb** s.439.

incelenmeyi hak eder[198]. Konunun karmaşıklığı, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne de yansımıştır ve konuya ilişkin 11. maddenin ikinci fıkrasında altı tane istisna sayılarak iş sözleşmeleri bakımından adeta mutlak bağışıklık sistemi benimsenmiştir[199].

Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 11. maddesi, iş sözleşmelerini düzenlemiştir. Birinci fıkra genel kuralı koymuştur: Devletler aksini kararlaştırmadıkça, bir Devlet, tamamen veya kısmen diğer bir Devletin sınırları içinde ifa edilecek bir iş için devlet ile kişi arasındaki iş sözleşmesine ilişkin bir davada yetkili olan diğer Devlet mahkemesi önünde yargı muafiyetini ileri süremez. Bu zaten iş sözleşmesinin *acta iure gestionis* bir işlem olmasından kaynaklanır. İkinci fıkra ise istisnalar öngörmektedir. (a)İşçinin kamu otoritesinin icrası dahilinde belirli görevler ifa etmek üzere işe alınmış olması; (b) işçinin: (i) 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi anlamında diplomatik ajan; (ii) 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi anlamında konsolosluk memuru; (iii) bir uluslararası kuruluşun daimi temsilciliğinin veya özel temsilciliğin diplomatik personel memuru veya Devleti uluslararası bir konferansta temsil etmek üzere işe alınmış; veya (iv) diplomatik bağışıklıktan yararlanan herhangi bir başka kişi olması. (c) davanın konusunun kişinin işe alımı, iş sözleşmesinin yenilenmesi veya işe iadesi olması; (d) davanın konusunun kişinin iş sözleşmesinin feshi veya sona ermesi olması ve davanın işveren Devletin güvenlik menfaatine müdahale teşkil ettiğinin Devlet Başkanı, Başbakan veya Dışişleri Bakanı tarafından belirlenmesi; (e) işçinin mahkemenin bulunduğu Devlette daimi ikamet hakkı bulunmadıkça, davanın açıldığı esnada işçinin işveren Devletin vatandaşı olması; veya (f) kamu düzeni gerekçeleriyle davanın konusu bakımından mahkemenin bulunduğu Devlet mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu haller saklı kalmak kaydıyla, işveren Devlet ile işçinin aksini yazılı olarak kararlaştırmış olmaları.

---

198 **Bankas**, s. 347.

199 **Fox/Webb** s.441.

Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nden önce de iş sözleşmeleri ve yargı bağışıklığı ilişkisi hakkında farklı görüşler vardı. Genel kural olan *acta iure imperii-acta iure gestionis* ayrımı yapılmaktaydı, ancak bunların belirlenmesinde kullanılan ölçütler farklıydı[200]. Bu görüşleri dört başlık altında toplamamız mümkündür[201]: İlk görüş yapılan işin içeriği veya yapıldığı yere göre sınıflandırma yapmaktaydı, örneğin büyükelçilikte çalışan bir işçinin yapmış olduğu sözleşme *acta iure imperii* olarak görülürken, yabancı devlete ait bir okulun, oradaki öğretmenle yaptığı sözleşme *acta iure gestionis* olarak kabul edilebilirdi. İkinci görüş, işçinin konumundan hareket etmekteydi, buna göre üst düzey bir yönetici olarak görev yapmakta olan işçi yabancı devletin egemenlik merkezine daha yakındır ve aralarındaki sözleşme *acta iure imperii* nitelikli olabilir, öte yandan günlük işlerde çalışan sekreter gibi kişiler için bunu söylemek mümkün değildir. Üçüncü görüş, işçi ve iş sözleşmesiyle belirli bir bağlantı derecesi aramaktadır, buna göre, forum devletiyle herhangi bir ilişkisi olmayan üçüncü bir devletin vatandaşının forum devletince korunmasındaki menfaat çok azdır. Dördüncü görüş, talebin niteliğine göre değerlendirme yapmaktadır, burada talebin yabancı devletin egemenliğini ihlal edip etmediğine bakılır, böyle bir durum söz konusu değilse sadece ekonomik bir talep varsa *acta iure gestionis* söz konusu olur.

Yukarıda dört farklı görüş olduğunun belirtilmesi, bunların birbirlerini dışladığı anlamına gelmez, gerçekten de, bunların kokteyl yapılarak kullanıldığı da görülmektedir, ancak ortada farklı görüşlerin olmasının, yargı bağışıklığının sınırının belirlenmesini zorlaştırdığı da vurgulanmıştır[202].

---

200 **Garnett, R. :** State Immunity in Employment Matters (International & Comparative Law Quarterly, Volume 46 Issue I, Cambridge 1997,s.81-124), s.83.

201 Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **Garnett** s.83-85.

202 **Garnett** s.85-86.

Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin iş sözleşmelerine ilişkin 11. maddesi incelendiğinde, gerçekten de, yukarıda belirtilmiş olan yaklaşımların etkisinin olduğunu söylemek mümkündür.

Diplomatik temsilcilik ve konsolosluklarda çalışan işçilerin sözleşmeleri bakımından devletin yargı bağışıklığının istinasız uygulanması gerekir, zira buralar siyaset odaklı ve gönderen devletin egemenlik işlemlerinin yürütülmesine ilişkin yerlerdir ve yapılan sözleşmeyi *acta iure imperii-acta iure gestionis* sınıflandırmasına tabii tutmak mantıklı olmayacaktır. Gerek diplomatik temsilciliklerde gerek konsolosluklarda çalışanlar, öyle ya da böyle, gönderen devletin temsil edilmesi faaliyetine katıldıkları için, bu kişilerin bulundukları kadro derecelerine göre bir ayırım yapılmamalıdır. Yine bu bağlamda, 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi'nin 22. maddesinin ikinci fıkrası ve 29.maddesi uyarınca kabul eden devlet, diplomatik ajanın verimli bir şekilde çalışmasını temin etmek zorunda olması da dayanılacak bir argümandır. Ancak bu anlayış, hiçbir sebep gösterilmeden, keyfi bir şekilde, örneğin, kıdemli bir çalışanın işten çıkarılabileceği anlamına gelmez, iş güvencesine dair kaygılarını karşılayacak şekilde, yabancı devlet en azından iyiniyetle hareket etmelidir. Burada yabancı devletin karşımıza bir özel hukuk kişisi olarak çıkıp çıkmadığı tartışılabilir, ancak genel olarak kabul edilen yabancı devletin "*imperium"*umunu kullanarak bir işlem yaptığı ve diplomatik temsilcinin de devlet memuru olarak davrandığıdır[203]. Söz konusu durum, kanımızca, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 11.maddesinin ikinci fıkrasının c bendinde geçen *"davanın konusunun kişinin işe alımı, iş sözleşmesinin yenilenmesi veya işe iadesi olması"* altında değerlendirilebileceği gibi, işçinin görevlerine bağlı olarak, a bendinde geçen "*İşçinin kamu otoritesinin icrası dahilinde belirli görevler ifa etmek üzere işe alınmış olması"* şartı altında da değerlendirilebilir. A bendinde geçen hükmün bilhassa askeri tesislerde

[203] **Bankas** s.353.

çalışan personeller içinde uygulanacağı söylenebilir. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin kabulünden önceki dönemde de askeri tesislerde görev yapan askeri ve sivil memurların taraf oldukları uyuşmazlıklarda devlete yargı bağışıklığı tanınması gerektiği belirtilmiştir. Zira yabancı devletin forum devletindeki askeri tesislerinin örgütlenmesine ve yönetimine hiçbir devletin karışmaması gerekir, burada yabancı devletin egemenliğine saygı gösterilmesinin, forum devletinin iş hukuku kurallarının uygulanmasının, vatandaşlarının ve forum devletinde ikamet eden kişilerin korunmasının önüne geçtiği söylenebilir[204]. Ancak devlet uygulamaları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, *"devlet otoritesinin kullanılması"*nı daha dar anlamıyla ele almış, ayrıca düşük ve orta seviyeli görevliler için söz konusu fıkranın uygulanmayacağı belirtilmiştir[205]. Mahkeme, *Vilho Eskelinen vs Finlandiya* kararında bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir değerlendirme yapmıştır[206]. Buna göre Mahkeme, kümülatif olarak gerçekleşmesi gereken iki kıstas getirmiştir. Bunlardan ilki, ilgili devletin iç hukuku, söz konusu görev ya da çalışan kategorisi için, mahkemeye erişim hakkını sınırlamış olmasıdır. İkincisi ise bu sınırlamanın gerekçesinin, objektif temeller üzerine devletin menfaati için tanınmasıdır. Kişinin sadece böyle bir hizmet veriyor olması veya bu tip sektörlerden birinde çalışıyor olması tek başına belirleyici değildir. Buna göre, kural olarak, söz konusu devlet ve ilgili görevli arasındaki ilişkinin özel niteliği nedeniyle, maaşla, tazminatla ya da bu tip haklarla ilgili olağan iş hukuku uyuşmazlıklarının, 6. maddenin kapsamı dışında bırakılmasının bir temeli yoktur. Sonuç olarak, 6. maddenin uygulanacağına ilişkin bir karine bulunmaktadır ve ilgili devlet, öncelikle, kendi milli hukukuna göre, başvuranın, mahkemeye erişim hakkı olmadığını ortaya koymak ve ardından, 6. maddede güvence

---

204 **Garnett** s.105-107.

205 **Fox/Webb** s.452.

206 https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"languageisocode":["ENG"],"appno":["63235/00"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER"],"itemid":["001-80249"]}, p.62.

altına alınan hakların devre dışı bırakılmasının, bu kişi için yerinde olduğunu kanıtlama yükümlülüğü altındadır. Bu şekilde bir sınırlama olmaksızın ilgili maddenin değerlendirilmesi, kavramın muğlaklığı nedeniyle kötüye kullanılmasına zemin oluşturabilir[207].

V. Taşınmazlara İlişkin Durum

Forum devletinde bulunan taşınmazlara ilişkin ayni hak iddialarına karşı yargı bağışıklığı, diplomatik faaliyetlerin yürütüldüğü taşınmaz hariç, ileri sürülemez[208]. Bu yaklaşım sadece yargı bağışıklığı bağlamında geçerli değildir, cebri icra bağışıklığı için de bu şekilde bir sınırlama mevcuttur[209].

Kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca, taşınmazlara ilişkin ayni hak iddiaları, taşınmazın bulunduğu yer kanununa göre ve o yer mahkemelerince çözümlenir[210].

Dolayısıyla, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi, yargı muafiyeti nedeniyle, o davaya bakamadığında, bu davaya bakmaya yetkili başka bir mahkeme de bulunamayacaktır[211]. Diğer taraftan, bu anlayışın devletlerin toprakları üzerindeki hakimiyet haklarına dayandığı da savunulmuştur[212]. Bu genel ilke yüzyıllardan beri uygulanan bir örf ve adet kuralıdır[213]. Yargıtay da taşınmazlarla ilgili uyuşmazlıklarda yargı bağışıklığı tanınamayacağını kabul etmektedir[214].

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ise taşınmazlarla ilgili herhangi bir kural koymamıştır. Taşınmazlarla ilgili Birleşmiş Milletler

---

207 **Fox/Webb** s.453.

208 **Toluner** s.389; **Lauterpacht** s.244; **Türkay** s.40.

209 **Damian** s.184.

210 **Toluner** s.389; **Çelikel/Erdem** s.633; **Erten** s.24.

211 **Toluner** s.389.

212 **Çelikel/Erdem** s.633.

213 **Geimer** s.283.

214 **Nomer**, Devletler Hususi, s.426.

Sözleşmesi'nin 13. maddesi de aynı yönde bir hüküm koymakla beraber devletlerin anlaşmaları ihtimali dışlanmamıştır. 13. madde *"bir devlet mahkemenin bulunduğu devlette bulunan taşınmazlar üzerindeki herhangi bir hakkında, menfaatinden, zilyetlik veya kullanım hakkı ya da bu menfaatinden kaynaklanmış herhangi bir yükümlülük ile ilgili davalarda yargı muafiyetini ileri süremeyecektir. Yine, devlet taşınır veya taşınmazlarla üzerinde miras, bağış veya terk sebebiyle edindiği herhangi bir hak veya menfaatlerle ilgili davalarda veya vakıf (tröst) malvarlığı, iflas masası veya bir şirketin tasfiyesi halindeki malvarlığı gibi bir malvarlığının yönetimine ilişkin hak veya menfaatine ilişkin davalarda yargı bağışıklığını ileri süremeyecektir"*[215].

Taşınmazlar için söylenenler ülke içindeki taşınmazlarla ilgili olarak açılacak miras davalarıyla ilgili de geçerlidir[216].

VI. Gemilerin Durumu

Türk Ticaret Kanunu'nun 931. maddesinin birinci fıkrası *"Tahsis edildiği amaç, suda hareket etmesini gerektiren, yüzme özelliği bulunan ve pek küçük olmayan her araç, kendiliğinden hareket etmesi imkanı bulunmasa da, bu Kanun bakımından gemi sayılır"* diyerek gemiyi tanımlamıştır. Hukukumuzda gemilerin tüzel kişiliği yoktur. Yani gemi, kendisine karşı dava açılabilecek bir hukuk süjesi değildir[217]. Buna karşın **Nomer**[218] gemilerin de tıpkı devletler gibi yargı bağışıklığının konusu olabileceğini ileri sürmektedir. **Kender**[219] ise, geminin dava açılabilecek bir hukuk süjesi olmadığından hareketle, meselenin devletin bağışıklığı olduğunu ifade ederek, gemilerin

---

[215] **Acun-Mekengeç**, **M. :** Ayni Haklardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme, İstanbul 2016, s.281.

[216] **Geimer** s.283.

[217] **Kender**, **R. :** Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 5, 25-26 Mart 1988 Banka Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü,1974, s.139-158), s.145.

[218] **Nomer**, Devletler Hususi, s.422.

[219] **Kender** s.145-146.

bağışıklığının yargı bağışıklığı olmadığını, geminin aynına etki eden haciz, el koyma gibi tasarruflardan bağışıklık olduğunu ifade etmiştir. Bizce de bu görüş daha tutarlıdır. Zira yargı bağışıklığı, yabancı devlete maddi hukuk düzeninden bağımsızlık sağlamaz, sadece şekli bir bağışıklık sağlar. Oysa taraf ehliyeti olmayan geminin yargı bağışıklığı olmadığı kabul edilse bile, dava, taraf ehliyeti eksikliğinden usulden reddedilecektir. Dolayısıyla gemiye yargı bağışıklığı bahşetme anlamsız kalacaktır.

Gemilerin, devlete ya da bir kamu tüzel kişisine ait olduğu hallerde devlet gemisinden bahsedilir[220]. Hemen belirtmek gerekir ki, devlete veya başka kamu tüzel kişilerine ait gemiler, sadece devlete ait olmaları nedeniyle kamu hizmetine tahsis edilmiş olmazlar, gemi muhakkak bir kamu hizmetine tahsis edilmiş ve fiilen de bu hizmette kullanılıyor olmalı[221]. Gemiler üç sınıfa ayrılabilir[222]: savaş gemileri, kamu hizmeti ifa eden gemiler ve ticari amaçla kullanılan gemiler. Bu arada gayri ticari gaye ile kullanılan devlet gemileri, uluslararası hukukta pek çok açıdan savaş gemileriyle aynı hukuki rejim içerisinde değerlendirilmektedir[223]. Hangi devlet gemilerinin dokunulmazlığa sahip olduğuna ilişkin saptama için iki sözleşmeye bakılabilir. 1958 tarihli Cenevre Açık Deniz Sözleşmesi'nin 8. maddesinin birinci fıkrasında ve 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 95. maddesinde savaş gemileri için mutlak dokunulmazlık öngörülmüştür, ayrıca 1958 tarihli Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi'nin 22. maddesinin ikinci fıkrasında da ilgili Sözleşme hükümlerinin savaş gemilerinin dokunulmazlığını etkilemeyeceği vurgulanmıştır. Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 96. maddesinde bir devlete ait olan veya onun tarafından işletilen ve münhasıran ticari olmayan bir kamu hizmetinde kullanılan gemilerin de mutlak dokunulmazlığa sahip olduğunu belirtilmiştir. Bunun

---

220 **Kuran**, **S. :** Uluslararası Deniz Hukuku, 4.baskı, İstanbul 2014, s.28.

221 **Sözer, B. :** Deniz Ticareti Hukuku Gemi-Donata-Taşıyan ve Deniz Ticareti Hukukunda Sorumluluk Rejimi, 2. Bası, İstanbul 2012, s.37.

222 **Kuran**, Deniz Hukuku, s.28.

223 **Canca, H. S. :** Devletlerin Gemilere Müdahale Yetki ve Yükümlülükleri, Ankara 2015, s.186.

istisnaları da yine Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 32. maddesinde öngörülmüştür. 1926 tarihli Devlete Ait Gemilerin Bağışıklığına İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Uluslararası Sözleşme'nin 3. maddesinin birinci fıkrası gereği bu tip devlet gemilerine karşı ihtiyati tedbir ve haciz yoluna gidilemez. Aynı dokunulmazlıktan devlete ait hava araçları, özellikle hava harp araçları da istifade eder[224]. Çünkü devlete ait uçaklar için bu kuralların kıyasen uygulanması kabul edilmektedir[225]. Devlete ait veya devletçe işletilen ticari amaçla kullanılan gemilere 1926 tarihli Devlete Ait Gemilerin Bağışıklığına İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Uluslararası Sözleşme'nin 1. maddesinde *"hususi gemi, yük ve donatımlara tatbik olunan aynı sorumluluk kaidelerine ve aynı mükellefiyetlere tabi tutulurlar"* denilerek dokunulmazlık tanınmamıştır.

Savaş gemileri, bayrağını taşıdıkları devleti temsil etmeleri nedeniyle mutlak dokunulmazlıktan yararlanırlar. Söz konusu gemiler üzerinde sadece bayrak devletinin egemenliği vardır[226]. Ancak bu durum onlara kıyı devletinin karasularındaki düzenine uymamak şeklinde bir serbesti sağlamaz, 1958 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, bu durumda, kıyı devletinin, savaş gemisinin derhal karasularını terk etmesini isteyebileceğini ifade etmektedir[227]. Kıyı devleti ancak gemi kaptanının müsaadesi olursa gemiye dokunabilir veya girebilir[228]. Ancak bu gemilerin Türk karasuları ve iç sularda verdikleri zararlar için bayrak devletine karşı dava açılabilir ve zararın tespiti yoluna gidilmesi savaş gemisine karşı aktif bir eylem olmadığı için mümkündür[229]. Bu çalışmada bölgesel haksız fiil

---

224 **Nomer**, Devletler Hususi, s.422.

225 **Fasching, H./Konecny, A./Matscher, F. :** Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Band 1: EGJN, JN, 3. Auflage, Wien 2013, s.158.

226 **Kuran**, **S. :** Savaş Gemilerinin Dokunulmazlığı ve Yargı Bağışıklığı (Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 25, Sayı 1-2, 2005-2006, s.229-240), s.231.

227 **Kuran**, Deniz Hukuku, s.29.

228 **Kuran**, Savaş Gemileri, s.231.

229 **Kuran**, Savaş Gemileri, s.239-240.

yaklaşımı benimsendiği için Türkiye Cumhuriyeti'nin deniz ülkesinde meydana gelen bir çatmada yabancı devlete yargı bağışıklığı sağlanamaz[230]. Öte yandan Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 102. maddesine göre bir savaş gemisi, devlet gemisi yahut devlet uçağı, mürettebatı tarafından ele geçirilmişse, özel bir gemi veya uçakl tarafından gerçekleştirilen fiillerle aynı kapsamda değerlendirilir. Yani insanlığa karşı suç olarak nitelendirilen deniz haydutluğu suçu bakımından savaş gemilerine tanınan dokunulmazlık ortadan kalkar[231].

E. Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığından Feragat Etmesi

I. Genel Olarak

Yabancı devletin, *iure imperii* işlemleri için yargılanabileceği bir hal, sahip olduğu yargı bağışıklığından feragat etmesi durumudur. Yabancı devletin yargı bağışıklığından vazgeçmesi, aynı zamanda cebri icra bağışıklığından da vazgeçtiği sonucunu doğurmaz, cebri icra bağışıklığından ayrıca vazgeçilmelidir[232]. Yabancı devlet, *iure imperii* işlemlerle ilgili olarak sahip olduğu yargı bağışıklığından feragat edebilir[233]. Zaten sadece *iure imperii* işlemler dikkate alındığında feragatin bir anlamı vardır[234]. *Iure gestionis* işlemler ise yargı bağışıklığından faydalanamamaktadır. Dolayısıyla forum devletinde *iure gestionis* işlem yapan bir devletin zımnen yargı bağışıklığından vazgeçtiği kabul edilemez[235]. Zira olmayan bir haktan feragat mümkün

---

230 Bu konuda *acta iure imperii-acta iure gestionis* ayrımını esas alan yaklaşım için bkz: **Kender** s. 150 vd.

231 **Canca** s.186.

232 **Toluner** s.390; **Shaw** s.559; **Geimer** s.238; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe** s.339; **Sur** s.133; **Crawford** s.503.

233 **Nomer**, Devletler Hususi, s.429; **Özdemir Kocasakal** s.530; **Damian** s.34.

234 **Geimer** s.238.

235 Bu görüş için bkz. **Gündüz**, Yargı Bağışıklığı, s.199-200.

değildir. Bu işlemler için yapılan bir feragatin ancak açıklayıcı bir anlamı olabilir[236]. Ama burada feragatin hiçbir faydasının olmadığını kabul etmek de mümkün değildir, feragatten sonra, ilgili mahkeme artık bu davranışı nitelemeye veya uyuşmazlık konusu nesnenin kullanım amacını tespitle uğraşmayacaktır[237]. Feragattan sonra, kural olarak, yabancı devlet, forum devletinin usul kuralları tabi olur[238]. Feragat beyanı, forum devletinin uluslararası meselelere bakan ilgili organına yapılabileceği gibi uyuşmazlığı gören mahkemeye de yapılabilir. Burada feragat, gerek forum devletine karşı yapılmış olsun gerek bir özel hukuk kişisine karşı yapılmış olsun, yenilik doğurucu bir işlem niteliğindedir. Zira mahkemenin yargı hakkı yapılan açıklamanın içeriğince belirlenen kapsama kadar genişlemektedir. Ancak buradan hareket edilerek, forum devletinin yargı hakkını mutlaka kullanmak zorunda olduğu şeklinde bir varsayıma gidilemez. Ayrıca yargı bağışıklığından feragat sadece, uyuşmazlığın tarafının devlet ve uyuşmazlık konusunun *acta iure imperii* olması hallerinde tanınan usuli engelin, yargı hakkının kullanılmasını sağlar. Bunun dışında mahkemenin milletlerarası, yer bakımından ve madde bakımından yetkisine (görevine) ilişkin bir eksiklik, bu yolla giderilemez. Uluslararası hukukta, feragatin içeriğinin nasıl olacağına ilişkin bir belirleme yapılmazken, burada yabancı devletin yargı hakkından bağışık tutulmasına dair bir itirazda bulunmayacağını yeterli açıklıkta ifade etmesi gerektiği belirtilmektedir[239]. Burada sorun olarak ortaya çıkan husus hangi işlemler sonucu feragatin gerçekleştiğidir[240]. Çünkü feragat her zaman açık olarak gerçekleşmez, zımni feragat de mümkündür. Önemli olan feragat iradesinin açık ve kesin olmasıdır[241]. Örneğin, yabancı devletin, kendi isteğiyle üçüncü kişiler arasındaki bir uyuşmazlığa müdahil

---

236 **Geimer** s.238.

237 **Damian** s.34, 37.

238 **Sucharitkul**, Birinci Rapor, s.238.

239 **Damian** s.34, 37.

240 **Toluner** s.389.

241 **Geimer** s.238.

olması halinde forum devletinin yargı hakkını kabul ettiği söylenebilir[242]. Acaba yabancı devletin bu konuda hareketsiz kalması yargı bağışıklığından feragat olarak değerlendirilebilir mi? Bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekmektedir. Çünkü yabancı devletin, kendisine tanınan yargı bağışıklığının mahkemece re'sen dikkate alınacağına ilişkin bir güveni vardır ve dürüstlük kuralına göre de yabancı devletin hareketsiz kalmasının bir şekilde beyan değeri taşıdığı sonucuna varılamaz[243]. Bu yüzden yargı hakkının bir ilk itiraz şeklinde düzenlenmesi mümkün değildir. Böyle bir düzenlemenin kabul edilmesi, belli işlemlerinde devlet aleyhine hüküm verilmesini engelleyen usuli engelin kalkmasını çok kolaylaştırdığı için uluslararası hukuka aykırılık teşkil eder; çünkü ilk itirazlarda teksif ilkesi çok katı bir biçimde uygulanır[244] ve cevap süresi içerisinde cevap dilekçesiyle birlikte ileri sürülmesi gerekir. Bundan sonra bu usuli savunma imkanının bir şekilde davaya ithal edilmesi mümkün değildir. Feragat, tek taraflı bir irade beyanıyla gerçekleşir; bu beyanın karşı tarafa varması gereklidir, ama karşı tarafın kabul etmesi gerekmez[245]. Feragatin kesinlikle yetkili devlet görevlisi tarafından yapılması gerekir[246]. Yetkili devlet görevlisi belli bir makamı işaret etmez, bu konuda yetkilendirilmeyle bütün hükümet üyelerinin böyle bir beyanda bulunması mümkündür, ayrıca devlet adına uluslararası bir sözleşme yapma yetkisi bulunan bir görevlinin, bu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklar için de yargı bağışıklığından feragat yetkisinin bulunduğunun kabulü gerekir[247]. Devlete ait işletmeler de, kendi faaliyet alanlarına ilişkin işlemlerde, yetkilileri aracılığıyla yargı bağışıklığından feragat edebilir[248].

---

242 **Damian** s.39.

243 **Damian** s.40.

244 **Tanrıver, S. :** Medeni Usul Hukuku, Cilt I, Ankara 2016, s.362.

245 **Geimer** s.239; **Damian** s.34-37.

246 **Crawford** s.501; **Shaw** s.559; **Damian** s.36.

247 **Damian** s.36.

248 **Damian** s.36.

Feragatin şekline ve zamanına dair bir düzenleme, İngiliz Yargı Bağışıklığı Kanunu'nun (State Immunity Act-SIA) 2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre söz konusu feragat, uyuşmazlık çıkmadan önce yazılı bir şekilde veya uyuşmazlığın vuku bulmasından sonra mahkeme önünde yapılabilir, yine uygulanacak hukuk olarak İngiliz hukukunun seçilmiş olması feragat olarak nitelendirilemez. Uyuşmazlık çıkmadan önce yapılan yazılı feragat açık ve kesin olmalıdır[249]. Uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra yabancı devlet İngiliz mahkemelerinde dava açar, davaya müdahale eder veya davayla ilgili bir işlem yaparsa bağışıklıktan feragat etmiş sayılır. Ancak, bu işlemleri yargı bağışıklığını ileri sürmek için yaparsa veya uyuşmazlıkla ilgili olarak yargı bağışıklığını ileri sürebileceği vakıalardan haberi olmazsa, bu kural uygulanmaz.

Hukukumuz bakımından da yabancı devletin dava açması, derdest davayla ilgili herhangi bir işlem yapması veya esas bakımından savunma yapması hallerinde yabancı devletin zımnen yargı bağışıklığından feragat ettiği kabul edilmelidir[250]. Uluslararası örf ve adet hukuku da bu yöndedir. Ancak şu husus vurgulanmalıdır ki, yabancı devlet, gıyabında verilen bir karara karşı yargı bağışıklığını ileri sürerek kanun yoluna gidebilir ve bu yargı bağışıklığından feragat ettiği anlamına gelmez[251]. Hukuk seçiminin mahkemelerin yetkisine veya milletlerarası yetkiye bir etkisi olmadığı için Türk hukukunda da böyle bir şart feragat anlamına gelmez[252]. Burada anlaşma sadece uygulanacak maddi hukuku belirlemeye yöneliktir[253]. Yine aynı maddeye göre yabancı devletin, yargı bağışıklığından feragat etmesinden sonra, aynı hukuki ilişkiye dayanan veya aynı vakıalara dayanan bir karşı dava açılması durumunda yargı bağışıklığını ileri süremez. Yabancı devlet, yargı bağışıklığından feragat ettiğini bir özel hukuk kişisine

249 **Shaw** s.559-560.

250 **Süral** s.289-290.

251 **Damian** s.40.

252 **Süral** s.290.

253 **Damian** s.55.

karşı da açıklayabilir, bu yöndeki bir beyanın hangi çerçevede ve kime karşı yapıldığı önem taşımaz[254].

Feragatin bir sözleşme maddesi olarak ortaya çıkması durumunda iki etkisi gündeme gelir: ilk etkisi, hüküm ve sonuçlarına uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına göre bulunacağı bir yetki sözleşmesine sebebiyet vermesidir; ikinci etkisi ise, geçerliliğine uluslararası hukukça karar verilen, tek yanlı bir uluslararası hukuk işlemi olmasıdır. Eğer feragat beyanının muhatabı devlet değilse, feragatin geçerliliği yazılı olmasına bağlıdır[255].

Yapılan feragatten dönülüp dönülemeyeceği tartışılabilir. Bu konuda devletlerin genel tutumu işlemin geri alınmasına izin vermemek şeklindedir[256]. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde de konuya ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Feragat hükümlerinin aksini öngörmesi veya ilgili tarafların hepsinin onayı halleri dışındaki hallerde feragatten dönülemeyeceği kabul edilebilir[257]. **Damian**[258], konuyu incelerken güvenin korunması prensibinin uluslararası hukuktaki görünüş biçimlerinden biri olan *estoppel* ilkesine atıf yaparak bir çözüme varıyor. Feragat, devletin tek taraflı işlemlerinden biridir[259]. Yani konumuzda yabancı devlet yargı bağışıklığından feragat ederek forum devletinin yargı hakkını kabul ediyor. Bu açıdan yaklaşıldığında devlet nasıl tek taraflı bir beyanıyla kendini forum devletinin yargı hakkına tabi kılıyorsa, devlet bu konuya ilişkin bir görüş değişikliği yaptığında bu beyanından dönmesi normal karşılanabilir. Öte yandan feragat muhatabının hukuken korunmaya değer çıkarının hiçe sayılması doğru bir yaklaşım olmaz, bu yüzden devletin kendi kendini bağladığı anlayışı güvenin korunması anlayışıyla düzeltilmelidir. Dolayısıyla, yargılamanın

254 **Damian** s.51.

255 **Damian** s.53.

256 **Damian** s.41.

257 **Fox/Webb** s.381.

258 **Damian** s.41.

259 **Sur** s.99.

başlamasından sonra yabancı devlet feragatinden döndüğünü ileri sürecek olursa, bu yöndeki beyanı dikkate alınmamalıdır. Yargılama başlamadan önce yapılmış olan feragat beyanı için de dönülememe kuralı geçerlidir, zira forum devleti bu yetkisini hemen kullanmasa bile bunun devamlılığına duyduğu güven dikkate alınmalıdır; çünkü forum devletinin yargı hakkının sınırlarının yabancı devletin iradesine göre değiştirilmesi hukuki güvenliği zedeler[260].

Bu arada, bir özel hukuk kişisiyle yapılan işlemde yer alan feragat beyanı bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği akla gelebilir. Yukarıda anlattığımızda feragat beyanı doğrudan yabancı devlete yapılmış ve bundan hareketle güvenin korunması ilkesine başvurulmuştu. Burada ise bir özel hukuk kişisine karşı yapılan bir feragat var fakat sadece dürüstlük kuralı, bize uluslararası hukuka tabi bir beyanla, yabancı devletin bağlı tutulmasını açıklamakta zorlanabilir[261]. Özel hukuk kişisiyle yapılan bir sözleşmede yer alan feragatin geri alınması halinde, sözleşme ihlali olacağı muhakkaktır. Yabancı devletin burada neden dönemeyeceğini ise bu yöndeki bir uluslararası kurala bağlamak mümkündür, buna göre özel hukuk kişisine karşı yapılan beyanın devlete karşı yapılan beyandan daha değersiz olmasının bir nedeni yoktur[262]. Dolayısıyla yabancı devlet bu beyanla bağlı olacaktır.

İrade özerkliği, borçlar hukuku alanında olduğu gibi uluslararası hukukta da önem taşımaktadır ve uygulamada sık rastlanmasa da sakatlanmış bir iradenin ilgili devleti bağlaması düşünülemez[263].

Feragat beyanı hakkında yapılacak yorum, özellikle, feragatte genel ifadelerin kullanıldığı veya yabancı devletin esasa dair işlem yapması gibi zımni feragatin söz konusu olduğu hallerde, yabancı devletin hak kaybına neden olabileceği için dar yoruma

260 **Damian** s.41, 42.

261 **Damian** s.56.

262 **Damian** s.56.

263 **Sur** s.50.

tabi tutulmalıdır. Feragat beyanına karşı irade sakatlığı hallerinin nasıl uygulanacağı tartışılabilir. Viyana Sözleşmeler Hukuku Andlaşması'nın 48. maddesinin birinci fıkrasında yer alan çözüm burada uygulama alanı bulur, yani hata hükümlerine gidilebilmesinin tek yolu hatanın olay veya duruma ilişkin olmasıdır, hukuki yanılma ise önem taşımaz; dolayısıyla, devlet yaptığı davranışın feragat anlamına geldiğini bilmediğini ileri süremez[264]. Bu konuda Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 8. maddesinde ve Avrupa Sözleşmesi'nin 3. maddesinde düzenlemeler vardır. Düzenlemelerin ortak noktası, yabancı devletin bağışıklık iddiasına dayandırabileceği vakıalara davaya ilişkin bir işlem yapmadan ulaşamayacak oluşu ve bunlara ulaşır ulaşmaz bağışıklığı ileri sürmesidir. Avrupa Konvansiyonu'nun *a contrario* yorumundan yola çıkılarak diğer bir hata sebebine dayanılması mümkün değildir. Aynı yönde bir çözüme yöneldiği için Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin yaklaşımının da bu yönde olduğu söylenebilir. Hile ve korkutma hallerinde ise Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin ilgili 49. ve 51. madde hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması düşünülebilir[265].

II. Yargı Bağışıklığından Feragat ile Davadan Feragatin Karşılaştırılması

Yargı bağışıklığından feragat ile davadan feragat hiçbir şekilde benzemeyen iki kurumdur. Davadan feragatin çeşitli tanımları olmakla beraber kapsamlı bir tanım şu şekilde yapılabilir[266]:*"Davadan feragat, davalının ve mahkemenin kabulüne ve herhangi bir şarta bağlı olmaksızın, davacının, dava konusundan (talep sonucundan)*

---

264 **Damian** s.43.

265 **Damian** s.43.

266 **Aslan Akyol, L. :** Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2010, s.68; davadan feragat için bkz: **Atalı, M. :** Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s.2011 vd; **Arslan, R./Yılmaz, E./Taşpınar Ayvaz, S./Hanağası, E. :** Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018, s.552 vd: **Kuru, B. :** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016, s.524 vd.

kısmen veya tamamen vazgeçtiğini, yazılı veya sözlü olarak mahkemeye yönelik tek taraflı, kesin, açık ve rücu edilemez bir irade beyanıyla açıklaması suretiyle davaya son veren, böylece esas haktan da vazgeçilmesine neden olan ve kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğuran karma karakterli bir işlemdir".

Yukarıdaki tanımdan yola çıkarak davadan feragat ile yabancı devletin yargı bağışıklığından feragat etmesinin farkını değerlendirebiliriz. Öncelikle yargı bağışıklığından, daha uyuşmazlık çıkmadan feragat etmek mümkündür, davadan feragat ise ancak uyuşmazlık mahkemeye götürüldüğünde söz konusu olur. Her ikisinde de davalının kabulü aranmaz. Davadan feragat, davayı sona erdirirken, yargı bağışıklığından feragat, dava şartı eksikliğini giderip, davanın esastan görülmesinin yolunu açar. Yani biri davayı sona erdirirken, diğeri deyim yerindeyse davayı başlatır. Davadan feragat, uyuşmazlık konusu haktan da feragat anlamına gelirken, yargı bağışıklığından feragat, maddi hukuk bakımından herhangi bir sonuç doğurmaz. Davadan feragatin açık bir şekilde yapılması gerekirken, yargı bağışıklığından feragat zımni yapılabilir. Yapılma zamanı açısından da yargı bağışıklığından feragat davanın başında yapılmalıdır, aksi halde dava usulden reddedilecektir. Davadan feragat ise daha sonra yapılabilir.

III. Yargı Bağışıklığından Feragatten Sonra İddianın Değiştirilmesi

1. İddianın Değiştirilmesi Genel Olarak

Tarafların, iddia ve savunma sebeplerinin, belirli bir usul kesitine kadar mahkemeye sunulmasını, öngörülen usul kesitinin tamamlanmasından sonra ileri sürülen ya da getirilen iddia veya savunma sebeplerinin mahkemece dikkate alınmamasını öngören yargılama hukuku ilkesine "iddia ve savunmanın teksifi ilkesi"

denir[267]. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yargılamaya hakim ilkeler adlı ikinci bölümünde açıkça belirtilmese bile, bu ilkenin yansıması olan çeşitli kurumlar Kanun'da yer almaktadır. Bu açıdan bahsedilebilecek bir kurum iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağıdır. Yasak, davanın her iki tarafı için de geçerlidir. Tarafların eşitliğinin her durumda korunması esası gözetildiğinde, bu yasağın, tarafların hak arama özgürlüğünü, hukuki dinlenilme hakkını ve adil yargılanma hakkını ihlal ettiği söylenemez[268]. Hukukumuzda, iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı, talepten başka bir şeye hüküm verilebilen hallerle kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalar hariç, uygulanır[269]. Yasak, yazılı yargılama usulünde, kural olarak, davacı için cevaba cevap, davalı içinse ikinci cevap dilekçesinin verildiği andan itibaren başlar; basit yargılama usulünde ise ikinci kez dilekçe verme olanağı olmadığı için[270] davacı için dava dilekçesinin, davalı için cevap dilekçesinin verildiği anda başlar. Yasağın kapsamına davanın iki temel unsuru olan dava sebebi (talep sonucunu haklı kılmakta kullanılan vakıalar[271]) ve dava konusu (talep sonucu) girer[272]. Yani yasağın başlamasından sonra bu iki unsur değiştirilemez veya genişletilemez. Ancak bu yasak mutlak bir yasak olmayıp, çeşitli şekillerde aşılması mümkündür, bu imkanlar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun karşı

[267] **Tanrıver** s.362; **Özekes, M. :** Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s.1491; **Yılmaz, E. :** Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 4. Bası, Ankara 2013, s.169; **Karslı, A. :** Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2014, s.267-268.

[268] **Tanrıver** s.362.

[269] **Özekes**, Pekcanıtez Usul, s.1250;

[270] Basit yargılama usulünde tarafların sadece dava dilekçesi ve cevap dilekçesi verebilecekleri şeklindeki düzenlemenin adil yargılanma hakkı bakımından değerlendiren Anayasa Mahkemesi, herhangi bir ihlal söz konusu olmadığını belirtmiştir, ancak **Yılmaz** aksini belirterek, düzenlemenin değiştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir, **Yılmaz**, Şerh, s. 3071.

[271] Türk hukukunda dava sebebinden ne anlaşılması gerektiği konusunda baskın görüş vakıalara dayandırma kuramının esas alınmasını ve bu kuramın da yumuşak hali olan, yalnızca talep sonucunu çıkartmaya elverişli olan vakıaların anlaşılmasını ileri sürmektedir, **Yılmaz**, Islah, s.157; **Tanrıver** s.484; **Pekcanıtez**, Pekcanıtez Usul, s.1135; **Umar, B. :** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014, s.379.

[272] **Özekes**, Pekcanıtez Usul, s.1250; **Tanrıver** s.679;

tarafın mazeretsiz ön inceleme duruşmasına gelmemesini yaptırıma bağlayan 141. maddenin birinci fıkrası, ıslah, karşı tarafın rızası ve dava konusunun devridir.

Islah, özü itibariyle, iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağının bir istisnasını oluşturur [273] . Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 176. maddesinin birinci fıkrasına göre ıslahın konusu taraf usul işlemleridir. Taraf usul işlemi ise, taraflardan her birinin, kendi iradesiyle, yargılamanın oluşumuna yönelik olarak gerçekleştirdiği ve davada yargılamayı yürütmeye veya engellemeye yönelik olan davranış biçimleridir[274]. Bu doğrultuda ıslah, karşı tarafın yahut yargıcın onamına bağlı olmaksızın, bir tarafın (iddianın ve savunmanın genişletilmesi/değiştirilmesi yasağı kapsamındaki) usule ilişkin olarak yaptığı işlemleri, gerekli giderleri vermek şartıyla, kanunda belirtilen süre içerisinde yöntemine uygun olarak tamamen veya kısmen düzeltilmesini sağlayan hukuksal bir çaredir şeklinde tanımlanabilir[275]. Islahın konusu da yasağa paralel olarak, tarafların dayandıkları dava sebebi olarak vakıalar ve buna bağılı talep sonucudur[276]. Ancak yasağın kapsamına giren konular üzerindeki fikir ayrılıkları ıslahla yapılabilecek işlemlerin de kapsamını etkilemektedir. Bu bakımdan örneğin delil değişikliği yasağın kapsamında değerlendirilirse çözüm olarak ıslah yoluna başvurulması (145. madde saklı kalmak şartıyla) gidilebilir[277]. Yine iradi taraf değişikliği eğer dava değiştirme olarak nitelenirse [278] ıslahla taraf değişikliği

---

[273] **Özekes**, Pekcanıtez Usul, s.1487.

[274] **Yılmaz**, Islah, s.131; benzer tanımlar için bkz: **Karslı** s.359; **Erdönmez, G. :** Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s.435; **Tanrıver** s.424.

[275] **Yılmaz,** Islah, s.52.

[276] **Özekes**, Pekcanıtez Usul, s.1489.

[277] Delil değişikliğinin yasağın kapsamında olduğu için bkz. **Yılmaz**, Islah, s.413; aksi görüş için bkz. **Özekes**, Pekcanıtez Usul, s.1516.

[278] **Yılmaz**, Islah, s.403, ancak yazar olan hukuk bakımından ıslahla taraf değiştirmenin mümkün olmadığını çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124. maddesinin birinci fıkrasında geçen "ancak" ifadesinin buna engel olduğunu ifade etmektedir.

yapılabilecek, ama iradi taraf değişikliğinin kendine özgü bir usul hukuku kurumu olduğu kabul edilirse[279] ıslahla taraf değişikliği yapılamayacaktır.

2. Zımni Feragat Sonrası İddianın Değiştirilmesi

Yabancı devletin yargı bağışıklığından yararlandığı bir davada, yabancı devletin feragati iddianın değiştirilip genişletilmesini yasak harici nedenlerle engelleyebilir. Nasıl bir engelleme olabileceğini saptamak için yargı bağışıklığından feragatin açık veya zımni olup olmadığına göre farklı yollar izlenmelidir. Eğer yabancı devlet bunu irade açıklamasıyla yaptıysa onun belirlediği sınırlar gözetilmelidir[280]. Örneğin, bu davadaki uyuşmazlık konusu hukuki ilişkiyle ilgili olarak her türlü vakıa için yargı bağışıklığından feragat edilmiştir denmesi halinde sorun yoktur. Ama feragat olarak yorumlanacak bir hareketle yabancı devlet forum devletinin mahkemesine tabi kılınmışsa, dava değişimi ancak yabancı devletin rızasıyla mümkün olduğu ileri sürülmüştür[281]. Burada önem taşıyan konu bir başka konu, hangi vakıaların yeni olarak kabul edileceğidir. Eğer sonradan eklenen bir vakıa, önceki vakıaların içeriğine dahilse burada yeni bir vakıa olduğu iddia edilemez[282]. Zımnen iddia edilmiş vakıalar için de aynısı geçerlidir[283]. Böyle bir kuralın sebebi ise, yabancı devlet sadece feragat anındaki dava konusunu esas alarak hareket etmesi ve ona göre bir savunma hazırlamasıdır, dava konusu vakıalarda veya talepte yapılacak bir değişiklik ise yabancı devletin bu doğrultuda hazırladığı savunma temellerini tehdit edebilir[284]. Dikkat edilmesi gereken husus burada, yeni vakıa getirilmesi veya talebin değiştirilmesi, genişletilmesi sadece

---

279 **Taş Korkmaz, H. :** Medeni Usul Hukukunda İradi Taraf Değişikliği, Ankara 2014, s. 219.

280 **Damian** s.45.

281 **Damian** s.45.

282 **Özekes**, Pekcanıtez Usul, s.1254; **Tanrıver** s.680; **Umar** s.435; **Yılmaz**, Islah, s.159.

283 **Umar** s.436;

284 **Damian** s.45.

iddianın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı tarafından değil, aynı zamanda uluslararası hukuk tarafından da engellenir. Bu bakımdan ıslahla davada yapılmak istenen bir işlem yasağı aşabilecek olsa bile, forum devletini yargı hakkının dışında kalır. Dava değişimi, dava konusunu veya talep sonucunu kısıtlıyorsa, yapılan işlem, çizilen yargı hakkının içinde olduğundan, yabancı devletin rızası gerekmeyecektir.

IV. Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığına Sahip Olduğu İşlemle İlgili Dava Açması ve Yabancı Devlete Karşı Dava Açılması

Yabancı bir devletin Türkiye'de yargılama faaliyeti yürütmesi mümkün değildir, zira bu halde o devletin yargı hakkı olmayacaktır. Öte yandan Anayasa'nın 36. maddesinde belirtildiği üzere herkes hak arama özgürlüğüne sahiptir. Hak arama özgürlüğünün kullanılmasının iki yolu vardır, birincisi dava açılması ikincisi ise icra takibi yapılmasıdır[285]. Yabancı devletin Türkiye'de, bir özel hukuk kişisine karşı gerek dava açması[286], gerek karşı dava açması mümkündür[287]. Yabancı devletin davacı olduğu hallerde ise yabancı devlete herhangi bir ayrıcalık tanınmaz, bu bağlamda örneğin şartları gerçekleştiği için, dava şartı olarak, yabancı devletten teminat istenebilir[288]. Yabancı devletten istenebilecek teminat Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un yabancılar için teminat yükümlülüğü getiren 48.maddesi çerçevesinde kararlaştırılabilir, zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun düzenlediği teminat *"Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşı"* içindir. Dava sonunda haksız çıkması durumunda yabancı devlet yargılama giderlerine mahkûm edilebilir[289].

---

285 **Tanrıver** s.81.

286 **Rosenberg/Schwab/Gottwald** s.99; **Nagel/Gottwald** s.45; **Geimer** s.285.

287 **Geimer** s.286.

288 **Geimer** s.285.

289 **Geimer** s.286.

Buna rağmen bir görüş[290], yabancı devletin davacı olarak yargı bağışıklığından feragat edip dava açamayacağını kabul etmektedir. Buna göre *iure imperii* işlemler için yargı yoluna başvurmak yabancı devlete hem davacı hem davalı olduğu haller için kapalıdır. Ancak davalı itiraz etmezse davaya devam edilebilir. **Erdoğan**[291] yargı hakkının dava şartı olduğunu ve re'sen gözetileceğini belirterek söz konusu görüşe karşı çıkmaktadır. Burada sorun devletin dava açmak suretiyle feragat etmiş sayılıp sayılmayacağına ilişkindir. Feragat beyanının uyuşmazlığı çözecek mahkemeye karşı da yapılabileceği kabul edildiğinden yabancı devletin, *iure imperii* işlemlerle ilgili davacı olarak da karşımıza çıkabileceğinin kabulü gerekir. Yabancı devletin dava açmasının neden feragat olarak nitelendirilemeyeceğine ilişkin bir açıklama da yoktur. Zaten bu kabul edilmezse yabancı devletin forum devletinin dışişleri bakanlığına veya ilgili merciisine, dava konusu uyuşmazlığı belirleyip, onunla ilgili feragat beyanında bulunması ve ardından dava açması da mümkündür. Yani sonuç değişmemekte sadece sonuca ulaşan yol uzatılmış olmaktadır.

Kendisine karşı dava açılan bir kişinin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 132. maddesindeki şartların gerçekleşmesi halinde, karşı dava açması mümkündür. İşte bu karşı davanın konusunu oluşturan işlem *iure gestionis* ise hiçbir sorun yoktur ve karşı dava açılabilir[292]. Ancak karşı davada *iure imperii* bir işlem karşımıza çıkıyorsa ne olacağı tartışmalıdır. Normalde böyle bir işlem söz konusu olduğunda, yabancı devlete karşı dava açılması mümkün değildir, dolayısıyla bu durumda karşı dava açılamayacağını söylemek tutarlı gözükebilir. Hatta yukarıda belirtildiği üzere bağışıklıktan feragat halinde, konumuzda yabancı devlet dava açtığı için bir zımni feragat söz konusu olacaktır, feragat edilen andaki dava konusunun dışına çıkılamaz.

---

290 **Nomer**, Devletler Hususi, s.430.

291 **Erdoğan, E. :** Medeni Usul Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması, Ankara 2015, s.109, dn.483.

292 **Damian** s.45.

Ama şu husus da göz ardı edilmemelidir. Nasıl yabancı devlet, forum devletinde dava yoluna başvuruyorsa, bunun karşılığında davalının da, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda kendisine sunulan bütün imkanları kullanarak kendisine karşılık verebileceğini hesaba katmalıdır[293].

Konusu *iure imperii* bir işlem olan davada bir sınır olup olmadığı da tartışılmıştır. Bu konuda karşı davanın konusunun, yabancı devletin açtığı davadaki talep konusuyla sınırlı olabileceği, ondan fazla bir şey istenemeyeceği savunulmuştur[294]. Birleşmiş Milletler'in yargı bağışıklığına ilişkin raporlarda bu konu tartışılsa da, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde kendisine yer bulmamıştır. Bu konuda bir sınır olmamasının mantığı, yabancı devletin mahkemeye başvurmasına imkan tanınmasına rağmen, başvurulan mahkemenin söz konusu uyuşmazlığı tüm yönleriyle incelemekten alıkonulmasının adil bir çözüm olmayacağıdır[295]. Zaten böyle kabul edilse bu talebin karşı dava olarak sürülmesinde hukuki yarar olup olmayacağı tartışılabilirdi. Burada dikkat edilmesi gereken sınır, yabancı devletin iddiasına karşı etkili olabilecek bir iddia ileri sürmektir, yoksa başka bir uyuşmazlığa ilişkin iddia karşı dava olarak ileri sürülemez[296]. Zira ilgili uyuşmazlık dışındaki alanlarda, yabancı devlet, hala yargı bağışıklığından yararlanmaya devam etmektedir. Bu aslında hukukumuzda karşı davaya ilişkin düzenlemeyle de uyum içerisindedir, zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 132. maddesinin birinci fıkrasının b bendi talepler arasında takas veya mahsup ilişkisi yahut bağlantı olmasını aramıştır. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi de aynı yönde hükümler içermektedir.

---

293 **Damian** s.46; karşı görüş için bkz: **Geimer** s.287.

294 **Sucharitkul, S. :** Jurisdictional immunities of States and their property (Yearbook of the International Law Commission, vol. II(1), 1981, s.125-150), s.147.

295 **Fox/Webb** s.392.

296 **Damian** s.46.

V. Tahkim Sözleşmesi

Milletlerarası tahkim, devlet sınırlarını aşan, özel hukuka ait uyuşmazlık konularını karara bağlayan, devletçe kabul edilmiş ve düzenleme konusu yapılmış özel hakem yargılamasıdır[297]. Tahkim yoluna başvurmak için iki temel koşulun kümülatif bir araya gelmesi gerekli ve yeterlidir, birisi uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olması, diğeri ise tarafların iradesidir[298]. Tahkimde taraf iradesi ön plandadır ve taraflar, yargılama usulü dahil pek çok konuyu diledikleri gibi düzenleyebilirler[299]. Tarafların yapacağı tahkim sözleşmesi ayrı bir sözleşme olabileceği gibi, maddi hukuk sözleşmesinin bir hükmü olarak da düzenlenebilir. Milletlerarası ticaret uygulamasında ise, uyuşmazlığın tarafları, karşı tarafın milli mahkemesinde yargılanmayı istemeyecektir[300]. Uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak uluslararası tahkimin bu kadar geniş bir kabul görmesinin sebebi milli hukukların temyiz sistemlerinden bağımsız olmasıyla açıklanabilir [301] . Yani bir diğer devlet yargı hakkını doğrudan kullanamamaktadır. Milli mahkemelerde taraflar, uyuşmazlıklarının, o konuda uzmanlaşmış yahut en deneyimli hakim tarafından çözümlenmesini isteyemezken, tahkimde, uyuşmazlığı çözecek kişiyi diledikleri şekilde seçebilirler [302] . Tahkim anlaşması yapan devletin, yargı bağışıklığından feragat etmiş olduğu savunulmaktadır [303] . Bu feragat sadece yargı bağışıklığı açısından değil, kararın

---

297 **Nomer**, Devletler Hususi, s.543; benzer tanımlar için bkz.: **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe** s.588-589; **Çelikel/Erdem** s.734.

298 **Akıncı, Z. :** Milletlerarası Tahkim, 4. Baskı, İstanbul 2016, s.5.

299 **Akıncı** s.8; **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe** s.586; **Nomer**, Devletler Hususi, s.543.

300 **Akıncı** s.7.

301 **Başaran, H. R.** : Uluslararası Tahkim, İstanbul 2014, s18.

302 **Akıncı** s.8.

303 **Süral** s.183; **Nomer**, Devletler Hususi, s.430; **Schwab, K. H./Walter, G. :** Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Auflage, München 2005, s.33.

tanınması aşamasını da kapsar[304]. Tenfiz kararı da bu kapsamda kabul edilmektedir[305]. Tahkim anlaşması yapılmasıyla gündeme gelen bu feragatin kapsamı anlaşmanın konusuna göre değişiklik göstermektedir[306]. Ama bu feragatin en azından forum devletinin tahkim üzerindeki denetim yetkisini içerdiği söylenebilir[307]. Aksi takdirde yabancı devlet, tahkim yargılamasını kolayca engelleyebilecektir[308].

Tahkimde, hakemler yetkilerini tarafların iradelerinden alıp, devlet otoritesini temsil etmezler; dolayısıyla tahkimde, taraf devletin karşısında bağışık olacağı bir egemen bulunmamaktadır[309]. İngiliz Yargı Bağışıklığı Kanunu'nun 9. maddesinde ise, yabancı devletin uyuşmazlıkla ilgili bir tahkim anlaşması yapması durumunda, o tahkimle ilgili olarak mahkemelere karşı yargı bağışıklığını ileri süremeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, devlet tahkim anlaşması akdettikten sonra uyuşmazlığın karşı tarafı, mahkemeye başvurursa devlet yargı bağışıklığını ileri sürebilir[310]. Ancak burada kesin bir cevap verilmeden tahkim anlaşmasının içeriğinin bağışıklıktan feragat gibi değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin incelenmesi gerekir[311].

Tahkim anlaşması dolayısıyla kabul edilen feragatin cebri icra aşamasını kapsayıp kapsamadığı hakkında farklı uygulamalar vardır[312]. Ancak genel eğilim, icra bağışıklığından feragat edilmediği şeklindedir[313]. 1958 tarihli Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Anlaşmada da bu konuda özel hüküm yoktur, aksine 3. madde ülkenin kendi hukukuna göre kararları icra edeceğini belirtmiştir[314]. Tahkim

---

304 **Schwab/Walter** s.33; **Escher/Nacimento/Weissenborn/Lange** s.1050.

305 **Lachmann, J.P. :** Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Auflage, Köln 2008, s.654.

306 **Fox/Webb** s.392.

307 **Fox/Webb** s.392.

308 **Süral** s.188.

309 **Süral** s.183; **Özdemir Kocasakal** s.554.

310 **Süral** s.187.

311 **Özdemir Kocasakal** s.563.

312 **Fox/Webb** s.392.

313 **Schwab/Walter** s.34; **Nagel/Gottwald** s.45; **Escher/Nacimento/Weissenborn/Lange** s.1053.

314 **Escher/Nacimento/Weissenborn/Lange** s.1053.

anlaşmasından çıkartılan feragatle, devletin yargı bağışıklığından feragat ettiği diğer durumlar, mesela kendisine karşı açılan bir davanın esasına girerek cevap vermesi, arasında feragatin icra bağışıklığına uzanmasını gerektirecek fazladan bir neden yoktur. Dolayısıyla bu yönde bir yaklaşımın daha tutarlı olacağı savunulabilir.

Diğer yandan, tahkime başvurulan konular aslında yabancı devletin, mahalli mahkemede görülse bile yargı bağışıklığı iddiasıyla karşı koyamayacağı alanlardır; yani devletin tahkime başvurması imkanı, yaptığı işin mahiyetine bağlıdır. Zira, uluslararası ticaretin kaidelerine göre gerçekleştirilen bu işlemler devletin egemenliğini kullanarak meydana getirdiği işlemlerden değildir[315]. Dolayısıyla tahkimde yargı bağışıklığının gündeme gelmesi çok rastlanan bir durum olarak nitelenemeyebilir.

ICSID Tahkimi'nin gündeme geldiği uyuşmazlıklar bağlamında yargı bağışıklığı iddiası söz konusu olmaz, zira 25. maddeye göre tahkime başvuruya ilişkin rızalar tek taraflı olarak geri alınamaz ve 26. maddeye göre de ICSID Tahkimi üzerinde anlaşmış olmak, diğer uyuşmazlık çözüm yollarını devre dışı bırakır[316]. ICSID Konvansiyonu'nun öngördüğü şartları taşıyan bir tahkim şartı varsa, uyuşmazlıkla ilgili olarak akit devlet yargı organlarının karar vermesi mümkün değildir[317]. ICSID kararlarının icrası bağlamında yabancı devletin icra bağışıklığının ileri sürülmesi mümkündür. Konvansiyon'un 55. maddesi buna işaret etmektedir. Zira Konvansiyon Yönetimi'nin raporunda[318] da ICSID Tahkimi'nde verilen kararların devletin kendi kararlarıyla aynı düzeyde tutulmasının sağlanmasının gerekliliğine işaret edilip, bunun ötesinde bir geçerlilik tanınmasının gerekmediği söylenmiştir. Dolayısıyla böyle bir

315 **Özdemir Kocasakal** s.555.

316 **Özdemir Kocasakal** s.558; **Süral** s.186.

317 **Özdemir Kocasakal** s.559.

318 https://icsid.worldbank.org/en/documents/icsiddocs/icsid%20convention%20english.pdf

karara dayanılarak cebri icra faaliyetine başlanmışsa yabancı devlet, forum devletinin organlarına karşı cebri icra bağışıklığı iddiasında bulunabilir[319].

ICC Tahkim Kuralları'nın 34. maddesinin altıncı fıkrası, *"Her karar taraflar için bağlayıcıdır. Taraflar, uyuşmazlığı Kurallar uyarınca tahkime sunmakla, verilecek kararı derhal icra etmeyi kabul ederler ve bu tür bir feragat geçerli olarak yapılabildiği ölçüde kanuni yollara başvurma haklarından feragat etmiş sayılırlar"* hükmünü getirmiştir, dolayısıyla yargı bağışıklığının ileri sürülmesi mümkün değildir[320]. Fransız Yüksek Mahkemesi *Creighton v. Qatar* kararında, ICC gibi *"kararı icra etmeyi"* kapsayan açık kuralların olduğu kurumsal tahkim merkezlerinin kararlarına karşı icra bağışıklığında da bulunulamayacağını kabul etmiştir[321].

[319] **Escher/Nacimento/Weissenborn/Lange** s.1049.

[320] **Özdemir Kocasakal** s.560.

[321] **Fox/Webb** s.393.

İKİNCİ BÖLÜM

DEVLET TEMSİLCİLERİNİN YARGI BAĞIŞIKLIĞI

§1. GENEL OLARAK

Uluslararası hukuka göre devlet temsilcileri de belirli ölçülerde bulundukları yabancı devletin yargı hakkından bağışık tutulmaktadır.

Bireylere tanınan yargı bağışıklığı kişisel veya fonksiyonel olarak uygulanır[322]. Zira yabancı devletin görevlileri, işlevlerini ifa ederken forum devletinin, üzerlerinde yargı yetkisini kullanmaları sebebiyle rahatsız edilmemelidir[323]. Bu bakımdan, *ratione personae* bağışıklık kaynağını uluslararası örf ve âdet hukukunda bulmakta ve belirli bir makamda bulunan kişilere tanınmaktadır. Kendi yetki alanlarında hareket eden bütün devlet görevlilerine tanınan *ratione materie* bağışıklığa karşın, *ratione personae* bağışıklık diplomatik görevliler, devlet veya hükümet başkanları ve dışişleri bakanları gibi resmi pozisyonların zorunlu bir gereği olarak, sadece belirli devlet organı kategorilerine tanınmıştır[324]. *Ratione personae* bağışıklık devlet görevlisinin görev süresi boyunca bütün işlemlerini kapsar[325]. İlk başlarda, diplomatik temsilciler hariç, sadece devlet başkanına uygulansa da, günümüzde bu kapsam genişlemiş, devlet başkanı, başbakan, dışişleri bakanı gibi yüksek seviyeli görevlilere de tanınmaya başlanmıştır. Hangi devlet görevlilerinin bu bağışıklıktan yararlanacağına ilişkin bir

---

322 **Crawford** s.488.

323 **Crawford** s.488.

324 **Gözlügöl, V. :** Diplomatik Dokunulmazlık Ve Ayrıcalıkların Kötüye Kullanılması (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 1, 2013, s.99-127), s.110.

325 **Crawford** s.488; **Erson Asar** s.97; **Fox/Webb** s.566.

kriter mevcut olmamakla beraber, bunun kişiye değil devlete tanındığı sabittir[326]. *Ratione materiae* bağışıklık ise devlet görevlisinin temsil ettiği devletin işlemlerine tanınmıştır[327]. Her iki bağışıklık türü de bir devletin başka devlet üzerinde yargı hakkını kullanamamasına dayanmaktadır[328].

§2. DEVLET BAŞKANLARININ YARGI BAĞIŞIKLIĞI

Devlet başkanlarının yargı bağışıklığı, kaynağını uluslararası örf ve adet hukukunda bulmaktadır[329]. Bu kuralın alında yatan mantık ise, yabancı devlete yargı bağışıklığı tanınırken, o devleti temsile yetkili kişilere dava açılmasının yabancı devletin yargı bağışıklığına olan güveni boşa çıkarmasıdır[330]. Zira devlet ancak kendini yönetenler vasıtasıyla faaliyette bulunabilecektir. Devlet başkanı, egemen devletin adeta vücut bulmuş ve sahip olduğu yargı bağışıklığı onun konumuna bağlıdır[331]. Devlet Bağışıklığına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi devlet başkanının kamusal yetki ile yaptığı işlemlere ilişkin kural getirirken, şahsi bağışıklığına ilişkin bir saptama yapmamaktadır. Düzenlemenin bu şekilde kaleme alınmasının sebebi, devlet başkanının, devletin bir birimi olarak hareket ettiği ve bu bağlamda *ratione materie* bağışıklıktan yararlanması ile birey olarak hareket ettiği ve *ratione personae* bağışıklıktan yararlanması arasındaki farktan kaynaklanmaktadır[332]. Devlet başkanlarının yargı bağışıklığının belirlenmesinde 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin

---

326 **Crawford** s.489.

327 **Erson Asar** s.96.

328 **Erson Asar** s.96.

329 **Nomer**, Devletler Hususi, s.433; **Sur** s.131; **Roberts, I. :** Satow's Diplomatic Practice, Seventh Edition, Oxford 2013, 12.1.

330 **Geimer** s.229.

331 **Higgins** s.418.

332 **Roberts** 12.1.

misyon şefi hakkındaki hükümlerinin kıyasen uygulanması önerilmiştir[333]. Buna göre devlet başkanı geniş bir yargı bağışıklığından yararlanırken, Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesinde yer alan istisna durumlarda ise devlet başkanına karşı yargı yoluna gidilebilinecektir. Bu görüş misyon şefiyle ilgili konularda geniş bir birikime sahip olunduğundan belli avantajları olsa da, söz konusu bağışıklığın sadece kabul eden devletteki görev süresi ile sınırlı olması nedeniyle eleştirilmiştir[334], öte yandan devlet başkanına tanınacak koruma diplomatlarınkinden farklılık gerektirir[335]. Zira devlet başkanına sağlanması gereken yargı bağışıklığı, devlet başkanı gerek yurtdışında gerek yurtiçinde bulunsun, tüm devletlerce tanınmalıdır[336]. Bu yüzden devlet başkanına tanınacak korumanın kendine özgü olması gerektiği vurgulanmıştır[337]. Erga omnes nitelikte uygulanan bağışıklık[338], kabul eden devletin iradesinden kaynaklanmadığı için *persona non grata* ilan edilmekle de ortadan kalkmaz[339].

Devlete tanınan yargı bağışıklığının, o devletin örgütlenmesinden bağımsız olması gibi, devlet başkanının nasıl seçildiği, yetkilerinin ne olduğu gibi hususlar herhangi farklı bir uygulamayı gerektirmez, yani monarşi veya cumhuriyet sisteminin devlet başkanı olunmasının pratik bir önemi yoktur, keza Papa da yargı bağışıklığından yararlanır[340]. Bazı ülkelerde siyasi güç hükümet başkanıyla devlet başkanı arasında bölüşülmüş olabilir, devlet başkanının konumu burada seramoniktir ve esas işlevi devleti yurtdışında temsil etmektir, işte bu halde hükümet başkanı da devlet başkanına

---

333 **Fasching/Konency/Matscher** s.159; **Geimer** s.310; **Tezcan** da yabancı devlet başkanı ve dışişleri bakanının diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanacaklarını belirtmiştir, **Tezcan** s.149.

334 **Roberts** 12.4.

335 **Fox/Webb** s.550.

336 **Roberts** 12.4; **Erson Asar** s.116; **Van Alebeek, R. :** The Immunities of States and Their Officials in International Criminal Law and Human Rights Law, New York 2008, s.179.

337 **Fox/Webb** s.550.

338 **Erson Asar** s.104.

339 **Erson Asar** s.102.

340 **Roberts** 12.5; **Van Alebeek** s.182; **Akipek, Ö. İ. :** Ülke-Dışılık (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, s.27-38), s.33.

sağlanan yargı bağışıklığından yararlanabilir[341]. Yine devlet başkanlığına çeşitli nedenlerle vekalet edilmesi halinde vekalet eden kişi devlet başkanına tanınan bağışıklıktan faydalanır[342]. Bu, bağışıklığın devlete tanınmasıyla uyum içerisindedir, zira önemli olan, o makamı, aslen veya vekaleten kimin işgal eden kişiye bağışıklık tanınmasıdır.

Devlet başkanı resmi işlevinin ifası sırasındaki kamusal yetkileri ile yaptığı işlemlerden dolayı mutlak yargı bağışıklığına sahiptir[343]. Genel eğilim devlet başkanının görevinin bitmesinin ardından, tıpkı diplomatik temsilcilere tanındığı gibi, görevi gereği yaptığı işlemlerden ötürü *ratione materie* bağışıklık sağlanmasıdır[344]. **Crawford**[345] bu kapsamı devletin yargı bağışıklığıyla ilişkili işlemler olarak belirlemiştir. Yaptığı kişisel işlemler için ise böyle bir koruma söz konusu değildir[346].

Devlet başkanının, görevi esnasındaki, kişisel bağışıklığı ise daha muğlaktır ve devletlerin kabul ettiği belli bir uygulama biçimi yoktur[347]. Bu halde forum devleti, önüne gelen uyuşmazlığı, kendi hukuku ve devlet uygulaması çerçevesinde çözecektir[348]. Burada yabancı devletin yargı bağışıklığından yola çıkılarak *acta iure imperii-acta iure gestionis* ayırımına gidilemez, zira devlet başkanının gerçekleştirdiği işlem resmi bir işlem olmasına rağmen *acta iure imperii* olarak nitelendirilemeyebilir[349]. Oysa böyle bir işlem söz konusu olsa bile, devlet başkanına bağışıklık tanımak gerekir.

---

341 **Roberts** 12.5; **Erson Asar** s.129-130; **Fox/Webb** s.564.

342 **Roberts** 12.5.

343 **Roberts** 12.10.

344 **Roberts** 12.15; **Geimer** s.309; **Matscher** s.159; **Erson Asar** s.104.

345 **Crawford** s.489.

346 **Geimer** s.310; **Damian** s.77.

347 **Roberts** 12.10; **Van Alebeek** s.176.

348 **Fox/Webb** s.554; Türk hukukunda bir görüş yabancı devlet başkanının tamamen kendi adına giriştiği özel hukuk işlemlerinde, bu kişinin diğer kişilerden farklı olarak sahip bulunduğu statünün ona yargı bağışıklığı sağladığını ifade etmektedir, **Erson Asar** s.122.

349 **Erson Asar** s.120-121.

Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün hazırladığı 2001 tarihli Vancouver Önergesi'nin 3. maddesinde ise, devlet başkanının, görevinin kapsamı dahilinde icra ettiği işlemler hariç yargı bağışıklığından yararlanmayacağını, bu halde bile karşı dava açılması halinde yargı bağışıklığının söz konusu olmayacağı belirtilmiştir. Buna rağmen, yabancı devlet başkanının, görevi esnasında forum devletinde bulunduğu hallerde, ona karşı herhangi bir usuli işlem yapılamayacağı ifade edilmiştir. Aynı Önerge'de devlet başkanları ve hükümet başkanları aynı statüde ele alınmıştır.

Bağışıklığın sağlanması bakımından devlet başkanının, forum devletinde, resmi ziyaret sebebiyle, özel amaçlarla yahut kimliğini gizleyerek bulunması fark yaratmaz[350]. Devlet başkanının, bir ülkeyi resmi ziyareti sırasında, bulunduğu ülkenin medeni yargısından bağışık olduğu genellikle kabul edilmektedir[351]. Kural olarak yabancı bir ülkenin devlet başkanı, başka bir devletin mahkemesinde yargılanamaz ve tanık olarak çağrılamaz[352] ama kendi isteğiyle tanıklık yapabilir[353]. Genel olarak kabul edilen, resmi ziyaretlerde, devlet başkanının sahip olduğu yargı bağışıklığından aile mensuplarının da yararlanabilmesi olmakla beraber[354], hangi kişilerin bu kapsama girdiği belirsizdir[355]. Yine devlet başkanının maiyetindeki kişiler de şahsi bağışıklıktan yararlanır[356]. Ancak bu uygulama, ziyaret esnasında, yabancı devlet başkanının rahatsız edilmemesini amaçlamakla birlikte, ziyaret sonrası o ülke vatandaşlarının yargıya başvurmalarına engel teşkil etmemelidir[357].

---

350 **Erson Asar** s.116.

351 **Roberts** 12.10.

352 **Sur** s.241.

353 **Geimer** s.310.

354 **Pazarcı**, Uluslararası Hukuk, s.352; **Nomer**, Devletler Hususi, s.433; **Fox/Webb** s.547; yabancı devlet başkanının ailesi tanınan yargı bağışıklığının uluslararası hukukun değil, uluslararası nezaketin bir ürünü olduğu ileri sürülmüştür, **Van Alebeek** s.186.

355 **Roberts** 12.5.

356 **Nomer**, Devletler Hususi, s.433; **Fox/Webb** s.547.

357 **Fox/Webb** s.547.

Devlet başkanları cebri icra tedbirlerine karşı tam bir bağışıklığa sahiptir[358]. İcra ve İflas Kanunu'nun 88. maddesinin üçüncü fıkrasında *"Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası andlaşma hükümleri saklı kalmak kaydıyla, yabancı devlet başkanı, parlamento başkanı, hükümet başkanı veya hükümet üyelerini taşıyan ulaşım araçları, bu kişiler Türkiye'de bulundukları sürece, muhafaza altına alınamaz ve yediemine bırakılamaz"* hükmünü getirmiştir. Dolayısıyla kanun koyucu devlet başkanı, hükümet başkanı ve hükümet üyelerini adeta bir arada değerlendirmektedir.

Öte yandan devlet başkanının haiz olduğu yargı bağışıklığından feragat edilmesi de mümkündür[359].

Dışişleri bakanlarının yargı bağışıklığı daha sonra gündeme gelmiştir. *Arrest Warrant (Tutuklama Kararı)*[360] davasına kadar dışişleri bakanlarının *ratione personae* yargı bağışıklığından yararlanıp yararlanamayacağı açık bir biçimde ortaya konulmamıştı[361]. Oysa dışişleri bakanının da yurtdışında temsilen yaptığı görüşmelere dikkat edildiğinde, misyon şeflerinden farklılıkları yoktur[362]. Dışişleri bakanlarının yargı bağışıklığı işlevinin korunması amacına dayanmaktadır[363]. Davada, Uluslararası Adalet Divanı, bir dışişleri bakanının gerçekleştirdiği işlemlerle ilgili olarak zaman veya

---

358 **Fasching/Konency/Matscher** s.159.

359 **Geimer** s.310; **Çelik, E. F. :** Milletlerarası Hukuk, Cilt 1, 3. Baskı, İstanbul 1975, s.500; **Fasching/Konency/Matscher** s.159; **Pazarcı**, Uluslararası Hukuk, s.351; tabii ki burada yetkili devlet başkanının temsil ettiği devlettir; bir başka görüşe göre devlet başkanı tek başına kendi yargı bağışıklığından feragat edebilmelidir, ancak bu görüşe karşı feragatin hükümetin tamamının kararıyla yapılması gerektiği ve hükümetin aksi yöndeki düşüncesine rağmen devlet başkanının feragat imkanı olmadığı savunulmaktadır, bu konuda bkz: **Van Alebeek** s.181-182.

360 Dava konusu uyuşmazlık, Belçika'nın görevdeki Kongo Dışişleri Bakanı hakkında tutuklama kararı çıkartması, Kongo'nun ise söz konusu bakanın yargı bağışıklığı olduğunu ileri sürmesi hakkındadır. Uluslararası Adalet Divanı Kongo'yu haklı bulmuştur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: **Aksar, Y. :** Uluslararası Adalet Divanı'nın Belçika Tutuklama Kararı Davası (Belgian Arrest Warrant Case) (14 Şubat 2002) Ve Uluslararası Ceza Hukuku (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52, Sayı 4, 2003, s.131-146).

361 **Fox/Webb** s.564.

362 **Çelik** s.501.

363 **Higgins** s.412.

niteliğe dair bir sınıflandırmaya gidilmeksizin yargı bağışıklığı tanınması gerektiğini ifade etmiş ve devlet başkanına sağlanan yargı bağışıklığının dışişleri bakanına da sağlanması gerektiğine hükmetmiştir. Uygulamadaki genel eğilim *ratione personae* yargı bağışıklığının diğer yüksek seviyeli görevlilere de sağlanmasıdır[364].

Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün Vancouver Önergesi'nde devlet başkanları ve hükümet başkanları yer alırken, dışişleri bakanının yer almamasının nedeni, büyük ihtimalle, Enstitü'nün *Arrest Warrant* davası derdestken görüş bildirmekten kaçınmak istemesidir[365].

Devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanı hariç kimlerin *ratione personae* yargı bağışıklığından yararlanacağı kesin olarak tespit edilememiş olsa da[366], günümüzde kabul edilen şu üç şartın somut olayda karşılanmış olması halinde yargı bağışıklığının sağlanacağı kabul edilmektedir[367]: (a) resmi yetkilerin yurtdışına taşması, (b) bu işlevlerin yürütülebilmesi için yargı bağışıklığının zorunlu olması ve (c) yargı bağışıklığından yararlanacak kişinin devleti yurtdışında, devletinin ülkesi dışında meydana gelecek meselelerde de sorumluluğu dahil olacak şekilde, temsile yetkili kılınmış olması gerekir.

§3. DİPLOMATİK TEMSİLCİLERİN YARGI BAĞIŞIKLIĞI

A. Genel Olarak

Diplomatik temsilcilerin de yargı bağışıklığından istifade edeceği, uluslararası örf ve adet kurallarına dayanmaktadır[368]. Diplomatik bağışıklık, devlet temsilcisi olarak

364 **Fox/Webb** s.565.

365 **Van Alebeek** s.187.

366 **Roberts** 12.20.

367 **Roberts** 12.20; **Fox/Webb** s.565.

368 **Nomer**, Devletler Hususi, s.434.

nitelenebilecek kişiler hakkında kabul eden devletin hiçbir şekilde yargı hakkını kullanamamasıdır [369] . 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi'nde de bu kuralların bir kısmı kodifiye edildiği[370] gibi bazı yeni kurallar da Sözleşme'de yer almıştır[371]. 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi *lex posterior* veya *lex specialis* olarak her durumda iç hukuka göre önceliğe sahiptir [372] . Sözleşme'nin dibacesinde, Sözleşme'de yer almayan konular uluslararası örf ve adet hukukuna göre çözümlenecektir ifadesi yer almaktadır.

Diplomatik bağışıklığın temellerine bakıldığında üç görüş karşımıza çıkmaktadır: Ülkedışılık teorisi, temsil teorisi ve işlevsel zorunluluk teorisi.

Ülkedışılık teorisi, 15. yüzyılda daimi diplomatik misyon anlayışının ortaya çıkmasıyla elçinin dokunulmazlığının istenen korumayı sağlayamaması ve başka dokunulmazlık ve bağışıklıkların da diplomatik temsilcilere sağlanması ihtiyacından ortaya çıkmıştır[373]. Bu teoriye göre diplomatik temsilcilikler bulundukları devletin ülkesinde değildir ve onun kanunlarına da tabi kabul edilmez[374]. Teorinin esas itibariyle bir faraziyeye dayandığı söylenebilir. Bu teori, bir diplomatik temsilcinin, misyon sınırları haricinde, diğer herhangi bir yabancıdan neden birtakım ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlandığını açıklamakta yetersiz kalmıştır [375] . Buna ek olarak, diplomatik temsilcinin Viyana Sözleşmesi'nin 41. maddesinde öngörülen kabul eden

---

369 **Erten** s.11.

370 **Nomer**, Devletler Hususi, s.434; **Gözlügöl**, Diplomatik Dokunulmazlık, s.102-103; **Van Alebeek** s.163.

371 **Shaw** s.547; **Van Alebeek** s.163.

372 **Fasching/Konency/Matscher** s.160.

373 **Erson Asar** s.55; **Akipek** s.28; burada sözü edilen dar anlamda ülkedışılıktır, bunun yanında geniş anlamda ülkedışılık kavramının bir varsayım değil, onun yerine yargı hakkından bağışıklık olduğu için bkz. **Akipek** s.28-29; **Çelik** s.518-520.

374 **Erson Asar** s.56.

375 **Erson Asar** s.56.

devletin kurallarına saygı gösterme yükümlülüğüyle ve kabul eden devletin misyon binasını koruma yükümlülüğüyle bir çelişki oluşturmaktadır[376].

Bir diğer görüş olan temsil teorisinin kökenleri çok eskilere dayanmakta ve temsilciye, adeta temsil ettiği hükümdarın orada olduğu varsayılarak davranılmasını öngörmekteydi[377]. Buna göre diplomatik temsilcinin yargı bağışıklığı, diplomatik temsilcinin, kabul eden devlet nezdinde gönderen devletin veya devlet başkanının kişiliğini temsil etmesi nedeniyledir[378]. Bu teori diplomatik temsilcinin, gönderen devleti temsil etmek ve kabul eden devlet arasındaki ilişkilerin uluslararası hukuka uygun biçimde yürütülmesini sağlamakla yükümlü olduğu açıklanırken kullanılmaktaydı[379]. Ancak teori günümüzde diplomatik temsilcinin yargı bağışıklığını tek başına açıklayamaz. Onun yerine, temsil teorisi, günümüzde, işlevsel zorunluluk teorisini destekleyecek biçimde kullanılmaktadır[380]. Teorinin günümüzde uygunsuzluğunun sebebi ise geçmiş dönemlerdeki gibi bir hükümdarlık anlayışının artık olmaması ve egemenliğin uluslara ait kabul edilmesidir[381]. Yine diplomatik temsilcilerin kendi özel işlemlerinin yargı bağışıklığı kapsamında yer almasını ve düşük rütbeli personelin de yargı bağışıklığından yararlandığını açıklayamaması teorinin zayıf yanını oluşturur[382]. 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin dayandığı temelleri değerlendirilirken işlevsel gerekliliğin yanında temsil teorisinin de esas alındığını belirtmektedir[383].

---

376 **Fox/Webb** s.587.

377 **McClanahan, G. V. :** Diplomatic Immunity Principles, Practices, Problems, London 1989, s.28.

378 **Gözlügöl**, Diplomatik Dokunulmazlık, s.105.

379 **Erson Asar** s.57; **Gözlügöl**, Diplomatik Dokunulmazlık, s.106.

380 **Erson Asar** s.58; **Gözlügöl**, Diplomatik Dokunulmazlık, s.105.

381 **McClanahan** s.29.

382 **McClanahan** s.29.

383 **Barker, J. C. :** The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: a necessary evil?, Brookfield 1996, s.65: **McClanahan** s.29.

Diplomatik bağışıklığın dayanağını açıklamakta kullanılan görüş, esas itibariyle, temsilcinin görevini gerektiği gibi yerine getirmesini sağlama amacıdır[384]. Bu görüşe göre, diplomatik temsilci, görevini yerine getirirken kabul eden devletin denetiminden bağışık olmalıdır, aksi halde görevini gerektiği gibi yerine getiremez[385]. Günümüz uygulamasında devletler diplomatlarından antlaşmaların müzakere edilmesi, sosyal ve kültürel çeşitli faaliyetlerde bulunulması gibi ek görevler de isteyebilmektedir ve bu görevler ifa edilirken de bağışıklıktan yararlanılması gerekmektedir[386]. Gerekli olan bu esneklik işlevsel zorunluluk teorisiyle rahatlıkla sağlanabilmektedir[387]. Bu görüşün bir yansıması, diplomatik temsilcinin görevi sırasında yaptığı işlemler görevinin bitmesinden sonra bile sürekli bağışıklık tanınmasıdır, bir diğer yansıma da misyonun idari ve teknik personeline bağışıklıkta kendini gösterir[388]. Söz konusu teorinin kabulüyle, diplomatik temsilcinin görevleriyle ilgili fiiller açısından 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi'nde de, Sözleşme'de öngörülen imtiyaz ve bağışıklıkların kişilere yarar sağlamak için değil, devleti temsil eden diplomatik misyonların işlevlerini gereği gibi yerine getirmelerini sağlamak amacıyla tanındığı belirtildiğinden, görevin gereği gibi yerine getirilmesi görüşünün, kural olarak, benimsendiği söylenebilir[389]. Diplomatik temsilcinin dokunulmazlığı uluslararası hukukun en eski kurallarından biridir[390]. Diplomatik temsilcinin sahip olduğu dokunulmazlık, kabul eden devletin yargısından bağışık olmasıyla pekiştirilmektedir[391]. Diplomatik temsilcinin dokunulmazlığının, onun yargıdan bağışık olmasını da bir ön

---

384 **Toluner** s.405; **Gözlügöl**, Diplomatik Dokunulmazlık, s.106; **Van Alebeek** s.161; **Fox/Webb** s.588.

385 **Erson Asar** s.58; **McClanahan** s.32.

386 **Gözlügöl**, Diplomatik Dokunulmazlık, s.106.

387 **Gözlügöl**, Diplomatik Dokunulmazlık, s.106; **McClanahan** s.32.

388 **Erson Asar** s.61.

389 **Toluner** s.405.

390 **Van Alebeek** s.159.

391 **Barker** s.76.

koşul olarak gerektirdiği de ifade edilmiştir[392]. Yine de böyle geniş bir yargı bağışıklığının kabul edilmesi kişilerin keyfi uygulamalarını artırmalarına sebebiyet verebilir. Bu bağlamda, 1961 tarihli Sözleşme'nin 31. maddesinin dördüncü fıkrası, diplomatik temsilcinin kabul eden devletin yargısından bağışık olacağını belirttikten sonra, gönderen devletin yargısından bağışık olmadığını hüküm altına alınmıştır**.** Bu sayede diplomatik bağışıklığın kötüye kullanılmasının önüne geçilmek istenmiştir. Yani diplomatik temsilci üzerinde hiçbir denetimin olmadığından bahsedilemez ama bunun etkinliği tartışmaya açıktır. Bu halde bir yol da, eğer diplomatik temsilcinin yaptığı işlem, devlete izafe edilebiliyorsa ve şartları varsa gönderen devlete karşı dava açmaktır[393]. Diplomatik temsilcinin yargı bağışıklığının *erga omnes* bir etkisi yoktur ve kural olarak sadece kabul eden devlette etkiye haizdir[394].

B. Kapsamı

I. Genel Olarak

Diplomatik bağışıklık da, devletin yargı hakkına getirilen bir sınırdır. Diplomatik temsilcinin ceza hukuku yönünden bağışıklığı mutlaktır.

Diplomatik temsilcinin, kabul eden devletin yargısından bağışık olması, onun ülke dışında olduğunu veya kabul eden devletin hukuk düzenine tabi olmadığını ifade etmez. Aksine sadece devlet, onun üzerinde yargı hakkını kullanamaz[395]. Devletin yargı bağışıklığında olduğu gibi, söz konusu engelin usuli bir engel olduğu genel olarak kabul

---

392 **Barker** s.77.

393 **Denza, E. :** Diplomatic Law, Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, Third Edition, Oxford University Press, New York, 2008, s.327-328.

394 **Fasching/Konency/Matscher** s.160; **Erson Asar** s.102; ; **Van Alebeek** s.164.

395 **Nagel/Gottwald** s.55; **Roberts** 9.1.

edilmektedir[396]. Bu bakış açısı hukukumuz için de geçerlidir, zira yargı hakkı bir dava şartı olarak düzenlenmiştir. Buna karşın, bu kişilerin kabul eden devletin mahkemesinde, gönderen devletin rızasını almadan da, dava açmaları[397] veya açılmış bir davaya müdahale etmeleri mümkündür[398]. Gönderen devlet kendi iç düzenlemelerinde aksini öngörebilir, ancak bu halde sadece diplomatik temsilcinin, kendisini gönderen devlete karşı sorumlu olduğundan bahsedilir[399].

Öte yandan Viyana Sözleşmesi 41. maddesinde, *"Ayrıcalıklarına ve bağışıklıklarına hâlel gelmeksizin, bu gibi ayrıcalıklardan ve bağışıklıklardan yararlanan bütün şahıslar kabul eden Devletin kanunlarına ve nizamlarına riayet etmekle yükümlüdür"* hükmünü getirmektedir. Bu hükümle ilgili olarak bir görüş[400], bir yanda yargı bağışıklığı söz konusu olurken, diğer yandan bulunduğu devletin hukuk düzenine uygun davranma yükümlülüğü arasında nasıl bir sınır olacağı belirsiz bırakılmıştır, zira hukuk düzenine aykırı davranılıp davranılmadığı, genellikle bir dava sonucu, mahkeme kararıyla belirlenebilecektir şeklinde bir eleştiri getirmiştir.

Bir diğer görüş ise, diplomatik temsilciler, esas itibariyle, kabul eden devletteki hukuk düzeninin bir parçasıdır, maddi hukuk düzenine tabidir ve sorumsuzluğu söz konusu değildir diyerek bu maddenin eleştirilecek bir yanı olmadığını belirtmiştir. Zira hem diplomatik temsilciye kabul eden devletin kurallarının uygulanmasında yargı bağışıklığı verip, hem de bu kişileri sorumluluktan da ari tutmak, çelişkili bir davranış olurdu. Çünkü buna göre diplomat, borcunu ödeyecek ve daha sonra hiçbir sorumluluğu bulunmadığını ileri sürerek, borcun kendine geri ödenmesi için dava açabilecektir. Bu kural, diplomatik yargı bağışıklığının kötüye kullanılmasını önlemede devletler için

396 **Denza** s.311.

397 **Nagel/Gottwald** s.56; **Tezcan** s.154; **Kuru**, Dava Şartları, s.152.

398 **Kuru**, Hukuk Usulü, s.1357.

399 **Tezcan** s.154.

400 **Nomer**, Devletler Hususi, s.434.

önemli bir dayanak noktası da arz eder[401]. Dava konusu işlem, diplomatik temsilcinin görevinin ifasına yönelik olsun ya da olmasın, yargı bağışıklığından faydalanır[402]. Yani kural, diplomatik temsilcinin yargı bağışıklığına sahip olmasıdır; istisnalar ise, özel olarak sayılmıştır. Söz konusu istisnalar common-law ülkelerinde önceden kabul edilmezken, pek çok Kıta Avrupa'sı ülkesinde kabul ediliyordu[403]. Sözleşme'nin 31. maddesinde açıkça belirtilen istisnalar şunlardır:

> *"a) Kabul eden Devletin topraklarında bulunan özel bir taşınmazla ilgili bir aynî hak davası, yeter ki bu taşınmaz, gönderen Devlet adına ve misyon amaçları için kullanılmak üzere diplomatik ajanın tasarrufunda bulunmamış olsun. b) Diplomatik ajanın gönderen Devlet adına değil de bir özel kişi olarak vasiyeti tenfiz memuru, mirasın idarecisi, mirasçı veya vasiyet olunan kişi sıfatiyle ilgili bulunduğu mirasa ilişkin bir dava; c) Diplomatik ajanın kabul eden Devlet dahilinde resmi görevleri dışında icra ettiği herhangi bir meslekî veya ticarî faaliyet ile ilgili bir dava".*

Ayrıca bu davalarda diplomatik temsilci hakkında, diplomatik temsilcinin şahsının ve konutunun dokunulmazlığına halel getirmemek kaydıyla, icrai önlem de alınabilir. Yani diplomatik temsilcinin yargı bağışıklığının olmadığı üç durumda icra bağışıklığına da istisna getirilmiştir[404]. Dolayısıyla üç istisna ile ilgili olarak verilen bir kararın, icra edilmesi de mümkündür ama burada temsilcinin kişisel veya konut dokunulmazlığının ihlal edilmemesi gerekir[405]. Bu bağlamda diplomatik temsilcinin örneğin banka hesabına haciz konulabilir, ancak evine girilemez[406]. 31. maddenin genel çerçevesi diplomatik misyonun çalışmalarına müdahaleyi en aza indirme isteğini yansıtmaktadır[407]. 31. maddede yer alan ilk iki istisna, bunlarla ilgili gönderen devletin milletlerarası yetkisinin dışında kalması nedeniyledir[408]. Üçüncü istisna 42. maddede

---

401 **Denza** s.462.

402 **Tan, M. :** Diplomatik Temsilcinin Yargı Bağışıklığı, İstanbul 2005 (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), s.90.

403 **Roberts** 9.17.

404 **Roberts** 9.21; **Tezcan** s.155.

405 **Roberts** 9.21; **Denza** s.320.

406 **Roberts** 9.21.

407 **Barker** s.79.

408 **Barker** s.78; **Denza** s.300.

yer alan *"Diplomatik ajan kabul eden devlette şahsi kazanç maksadı ile herhangi bir meslekî veya ticarî faaliyette bulunamaz"* hükmüne aykırı davranan diplomatik temsilciye karşı iyiniyetli davacının başvurabileceği bir yol olarak öngörülmüştür, aksi takdirde davacının gönderen devlette dava açma imkanı olmaz[409]. Bunun dışında, diplomatik temsilcinin yargı bağışıklığı, boşanma yahut evlilik birliğine ilişkin diğer konular veya diplomatik temsilcinin aile üyelerinden birinin adli koruma altına alınması gibi alanlarda da diplomatik temsilcinin yargılama süjesi, davalı olmasına engel olur[410].

Madde incelendiğinde, yargı bağışıklığının çok geniş bir ölçüde tanındığı görülecektir. Ancak bu kadar geniş bir yargı bağışıklığı tanıyan anlayış, bizzat, 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin dibacesinde yer alan, ayrıcalık ve bağışıklıkların tanınmasındaki amacın, kişileri yararlandırmak değil, devletleri temsil eden diplomatik misyonların görevlerinin etkin şekilde yapılabilmesi olduğu ilkesiyle bağdaşmamaktadır[411].

1. Kabul Eden Devletin Ülkesindeki Taşınmazın Aynına İlişkin Davalar

Geniş yargı bağışıklığına getirilen sınırlardan ilki, kabul eden devletteki taşınmazlara ilişkindir. Kabul eden devletin ülkesinde bulunan bir taşınmazdaki ayni hak uyuşmazlıklarında diplomatik temsilcinin yargı bağışıklığı bulunmadığı kuralı, uzun zamandan beri kabul edilmekle birlikte, 20. yüzyılda bazı eleştirilerin hedefi olmuştur. Böyle bir kuralın sürekli bir biçimde uygulandığına dair herhangi bir kanıtın olmadığı, uygulayan devletlerin bile bunu farklı dayanaklarla açıkladığı ve kapsamının değiştiği söylenmiştir. Yine Fransız ve İngiliz yazarlar bu kuralın bir uluslararası hukuk

409 **Barker** s.78.

410 **Denza** s.284.

411 **Tan** s.101; **Çelik** s.534 dn. 54.

kuralı seviyesine çıkarılmasını eleştirmişlerdir[412]. Ancak taşınmaz ile bulunmakta olduğu ülkenin mahkemeleri arasındaki güçlü yargısal bağ bu istisnanın husule gelmesinde etkili olmuştur[413]. Ülkedeki bir malın taşınır olup olmadığının ayırımında bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır[414]. Hükümde yer alan, "ayni hak davası" kavramından ne anlaşılması gerektiği belli değildir ve Viyana Konferansı esnasında da bu konuda bir tartışma yapılmamıştır[415]. Ama kira bedelinin ödenmesi veya taşınmaza malik yahut zilyet olmaktan doğan yükümlülükler için yargı bağışıklığının devam edeceği söylenebilir[416]. Öte yandan diplomatik temsilcinin yargı bağışıklığı, tahliye gibi, kira bedelinin talep edilmesi veya kira sözleşmesinden doğan diğer yükümlülük davalarını engeller. Ancak kiralananın gönderen devlet adına misyonun amaçları uğruna tutulmuş olması halinde, gönderen devlete karşı dava açılabilir[417].

Genel olarak kabul edilen ise, kapsama mülkiyet veya zilyetlikten doğan davaların gireceğidir[418]. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 12. maddesi bu konuda yol gösterici olabilir, zira bağışıklık tanınmasının sebebi olan milletlerarası münhasır yetkiyi ifade etmektedir[419]. Böyle bir kural konmasının sebebi, taraflar arasındaki uyuşmazlıkla ilgili önem taşıyan ve tartışmalı olan delillerin, o yer mahkemesi tarafından en hızlı ve en az giderle rahatlıkla toplanıp değerlendirilmesinin mümkün olmasıdır[420].

İstisnanın içerisinde yer alan, *"dava konusu taşınmazın, gönderen devlet adına ve misyon amaçları uğruna kullanılmak üzere diplomatik temsilcinin tasarrufunda*

---

412 **Denza** s.289-291.

413 **Denza** s.290.

414 **Tan** s.107.

415 **Denza** s.291; **Roberts** 9.17.

416 **Denza** s.291.

417 **Fasching/Konency/Matscher** s.161.

418 **Denza** s.291; **Roberts** 9.17; **Fasching/Konency/Matscher** s.161.

419 **Tan** s.108-109.

420 **Yılmaz**, Şerh, s.377.

*bulunması hali"*nden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Bu koşuldan sadece diplomatik temsilcinin kontrolünde olan misyon binalarının mı, yoksa diplomatik temsilcinin özel konutunun da mı anlaşılması gerektiği tartışılabilir[421]. 1961 tarihli Sözleşme'den önce uluslararası örf ve adet hukukunda buna ilişkin belli bir kural yoktu[422]. Diplomatik temsilcinin adına tescilli misyon taşınmazları yargı bağışıklığından yararlanmasına ilişkin bir şüphe yoktur[423]. Ama kişisel konutla ilgili bir sonuca varmak için kuralın konulma amacına bakılması gerekir. Eğer bu kuralın amacının diplomatik temsilcilerin rahat çalışması olduğu kabul edilirse, o zaman kapsam genişleyecek ve tüm diplomatik temsilcinin, şahsi konutlarına ilişkin mülkiyet veya zilyetlikten doğan davalarda, yargı bağışıklığı ileri sürebilmesi mümkün hale gelecektir[424]. Öte yanda *lex rei sitae*'nin üstünlüğüne ve başka bir ülkede bu konuda dava açmanın zorluklarına dayanılarak bir sonuca ulaşılmak istenirse, taşınmazlara ilişkin istisnanın sebebi gönderen devlette bu konuda dava açılamayacak olması olduğundan, istisnanın dar yorumlanması ve diplomatik temsilcinin içinde oturduğu konut ilgili davalarda yargı bağışıklığının olmaması gerekir. Farklı ülkelerdeki pek çok mahkeme kararında da bu yorum kabul edilmiştir. Yani diplomatik temsilcinin yargı bağışıklığı kendi özel konutuyla ilgili davalarda, temsilciye savunma sağlamaz ve kendisine karşı dava açılıp, hükme ulaşılabilir. Ancak dava sonucu alınacak karar, diplomatik temsilci o evde yaşamaya devam ettiği sürece icra edilemez[425].

---

421 **Roberts** 9.17.

422 **Denza** s.294.

423 **Denza** s.296.

424 **Denza** s.294.

425 **Roberts** 9.17.

2. Miras Davaları

İkinci istisna ise, miras hukuku meselelerine ilişkindir. 1961 tarihli Sözleşme'nin hazırlanması sırasında, bu kuralın gerçekten uluslararası örf ve adet hukukunu yansıtıp yansıtmadığı tartışılmıştır[426]. Diplomatlar ve bilhassa aynı zamanda konsolosluk faaliyetlerini yürütenler için, miras meselelerine dahil olmak çok olağandır[427]. Zira diplomatik temsilcinin kendi vatandaşının, kabul eden devlette ölmesi ve gönderen devletteki vatandaşlarına miras bırakması halinde, diplomatik temsilci mirasın dağıtımına dahil olabilir. Yine diplomatik temsilci devleti adına, vergi alacakları veya *"bona vacantia"*(sahipsiz eşya) için, eğer iradi veya yasal hiçbir mirasçı yoksa, talepte bulunarak mirasın dağıtımına dahil olabilir. Bu hususlardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda diplomatik temsilci normal olarak yargı bağışıklığını haizdir. Kendisinin özel bir kişi olarak bu konularla ilgilendiği durumlarda ise diplomatik temsilcilik işlevi söz konusu değildir ve bu halde kabul eden devletin yargı hakkını bütün taraflar üzerinde kullanmasındaki yararı üstün tutulmuştur[428].

3. Ticari veya Mesleki Faaliyetten Doğan Davalar

Son istisna ise, diplomatik temsilcinin kabul eden devletteki bazı faaliyetlerine ilişkindir. Erken Rönesans dönemlerinde, büyükelçinin görevine başlamasından sonra bile, yaptığı ticari işlemler yüzünden mahalli mahkemelerin önüne çıkması söz konusuydu[429]. Günümüzde de diplomatik temsilcinin kabul eden devlette herhangi bir mesleki veya ticari faaliyette bulunamayacağı kural olarak kabul edilmektedir. Ancak

---

426 **Denza** s.299-300.

427 **Roberts** 9.18.

428 **Roberts** 9.18.

429 **Van Alebeek** s.159.

böyle bir faaliyette bulunması halinde yargı bağışıklığını ileri sürmesi mümkün değildir. İstisna, diplomatik temsilci tarafından gerçekleştirilen tek bir işlemden ziyade sürekli bir faaliyet olması halini kapsamakta olup günlük hayatın idamesi için gerçekleştirilen işlemler bunun dışındadır[430]. Buradaki istisnanın esas önemli noktası, diplomatik temsilcinin mesleki veya ticari faaliyette bulunma yasağı olmayan ailesi içindir. Aksi halde örneğin kabul eden devlette doktorluk yapan diplomatik temsilcinin eşi işindeki ihmali nedeniyle dava edilemeyecektir[431]. Bu şekilde bir farklılık yaratmanın ise objektif bir sebebi yoktur. Zaten bu hükümle ilgili olarak, Viyana Konferansı'nda, sanki diplomatik temsilcinin mesleki veya ticari ilişkilere girmesine olanak veren bir düzenleme olarak eleştiren Kolombiya Hükümeti'ni temsil eden heyet itiraz etmiştir. Ama bu yöne dikkat çekildikten, yasağın kapsamına girmeyen idari ve teknik personelin bu bentten yararlanabileceğine işaret edildikten ve diplomatik görevlerinin dışında herhangi bir uygunsuzluk olmadan bu faaliyetleri yürütenler için söz konusu bendin düzenlendiği belirtildikten sonra itirazını geri çekmiştir. Bu bent, kabul eden devletteki alacaklılar ve kredi verenler açısından, diplomatik temsilcinin *persona non grata* ilan edilmesinden daha etkin bir koruma sağlar. Hükümde geçen resmi görevler dışında ifadesi yorumlanırken hem gönderen hem de kabul eden devletin konsültasyonu sonucunda bir sonuca varılması düşünülebilir[432].

II. Tanık Olarak Dinlenilme

Diplomatik temsilcinin tanıklık yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu bağışıklık, sadece tanıklık bakımından değil, bu bağlamdaki tüm yasal zorunluluklar için geçerlidir. Öte yandan devletler de bu konuda yapıcı bir tutum takınmaktadır, hatta

---

430 **Roberts** 9.20; **Van Alebeek** s.172.

431 **Roberts** 9.19.

432 **Denza** s.304-307.

bazıları diplomatik temsilcinin tamamen sıradan bir şekilde tanıklık yapmasına izin vermektedir[433]. Bunun dışında şimdilerde pek çok ülke, diplomatik temsilcilerine, çapraz sorguya katılmayarak, yazılı olarak ifade vermek veya elçilik binalarında sözlü ifade vermek hususunda yetki vermektedir[434]. Ancak kabul eden devlet bu şartlar altında verilmiş bir ifadeyi kabul etmek zorunda değildir[435]. Diplomatik temsilci kendi ülkesinin adli makamları tarafından istinabe yoluyla dinlenilebilir[436]. Tanıklık yapma zorunluluğunun olmaması 31. maddenin birinci fıkrasındaki (a), (b) ve (c) bentlerindeki hallerde de geçerlidir[437].

Buradaki bağışıklıktan diplomatik temsilcinin kendisinin vazgeçip, vazgeçemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bağışıklıktan yararlanan kişilerin kendi istekleriyle mahkemeye giderek şahitlik veya bilirkişilik yapabilirler[438]. Bir diğer görüşe göre ise, gönderen devlet tarafından izin verilmesi halinde, diplomatik temsilcinin tanıklık yapması mümkündür, pratikte, yargı bağışıklığından feragate ilişkin 32. maddenin birinci ve ikinci fıkraları kıyas yoluyla buraya da uygulanmaktadır[439]. Burada ikinci görüş daha doğru görünmektedir. Çünkü yargı bağışıklığı, daha önce de söylendiği üzere, tüm yargısal faaliyetlerden bağışıklığı kapsar. Madem davalı olarak yargılanması konusunda feragat beyanında bulunmaya yetkili kişi, yargı bağışıklığı esasında kendisine sağlanan devlettir, o zaman tanıklık için de feragati o devlet yapmalıdır.

---

433 **Roberts** 9.23.

434 **Roberts** 9.23.

435 **Roberts** 9.23.

436 **Tezcan** s.156.

437 **Denza** s.316.

438 **Nomer**, Devletler Hususi, s.438; **Kuru, B. :** Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2. Cilt, 6. Baskı, İstanbul 2001, s.1355.

439 **Denza** s.316.

C. Yargı Bağışıklığından Feragat

Devletin yargı bağışıklığında olduğu gibi, burada da bağışıklıktan feragat mümkündür. Sözleşme'nin 32. maddesine göre bu feragati yapacak olan gönderen devlettir ve feragat açıkça yapılmalıdır. Bu düzenlemeden bağışıklığın esasında devlete ait olduğu ve bu yüzden de feragatin onun tarafından yapılması gerekliliği çıkarılabilir. Öte yandan bu durum, devletin feragat için yetkilendirme yapmasını engellememektedir[440]. Yine de bazı devletler, kendi iç hukuklarında düzenleme yaparak, feragatin gönderen devletçe yapılıp yapılmadığı hususunda kanıt istenebileceğini ifade etmiştir[441]. Ama yetkilendirme, devletin kendi iç düzenlemelerine bağlı bir konudur ve kabul eden devlet, gönderen devleti konuyla ilgili bilgilendirilip bilgilendirilmediğini incelemekle yükümlü değildir. rneğin bir büyükelçinin işlemlerinin gönderen devletin verdiği yetkiyle yapması alışılagelmiş bir husustur[442]. Burada feragatte bulunan görevlinin yetkili olup olmadığı belirlenirken, dışa yansıyan görüntüden yola çıkılır, zaten bu konuda bir iç yetkilendirme olup olmadığının araştırılması, devletler arası ilişkiler için daha büyük risk teşkil eder[443]. Çünkü böyle bir araştırmanın, yabancı bir devletin iç işlerine karışma olarak karşımıza çıkma ihtimali vardır. Misyon şefinin, kendine bağlı personelin yargı bağışıklığından feragat edebilmesi hakkında Viyana Konferansı'nda tartışma olmuştur ve çoğunluk yargı bağışıklığının devlete tanındığını ileri sürerek bu görüşü reddetmiştir[444].

1961 tarihli Sözleşme'nin taslak metninde zımni feragate de izin verilmişti, ancak devletler bunu, bağışıklık devlete tanındığı için mantıksız bulmuşlardır. Bu eleştiri haklı görülebilir. Çünkü aksinin kabulü halinde, bağışıklıktan yararlanan kişi

---

440 **Roberts** 9.25-9.26.

441 **Denza** s.332.

442 **Roberts** 9.26.

443 **Denza** s.333.

444 **Barker** s.120.

duruşmaya gitmek, dava dilekçesine cevap vb. yolları kullanarak kendine tanınmamış yargı bağışıklığından feragat edebilmiş olacaktır. Buna şu şekilde cevap verilmesi mümkündür, nasıl açık feragatte, feragat eden kişinin, devletinden yetkilendirme alarak bu beyanda bulunduğu sonucuna varılıyorsa, aynı şekilde zımni feragat için de bu sonuca varılabilir[445]. Bu cevap mantıklı görülmekle birlikte kabul edilmemiştir, zira açık feragat olursa, gönderen devletin konudan haberdar olma olasılığının daha yüksek görülmesi[446] ve bazı devletlerin keyfi uygulama yapmasının önüne geçme isteği[447] önceki cevaba üstün tutulmuştur. Feragatten dönülmesi mümkün değildir[448].

Diplomatik temsilcinin henüz uyuşmazlık çıkmadan önce, yargı bağışıklığından feragat edip edemeyeceği tartışılabilir. Bu konuda common law ülkeleri feragatin belli bir davaya özgü olmasını aramaktadır, ancak, belirli bir uyuşmazlıkla ilgili olarak feragatin kabul edilmesinin çok daha güvenli bir yol olacağı kabul edilmekle beraber, 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin hükümlerinden böyle bir zorunluluk çıkarılamayacağı ve gönderen devlet yetkili kıldıysa diplomatik temsilcinin böyle bir beyanda bulunmasının mümkün olduğu söylenmiştir[449]. Öte yandan konu yenilerde gündeme gelmiş ve uygulamada henüz test edilememiştir[450]. Önceden yapılacak bir feragatin önemi, özellikle kira sözleşmelerinde görülmektedir. Çünkü kiracı diplomatın, sözleşmeye aykırı davranması halinde veya sözleşmenin sona ermesinden sonra da sözleşme konusunu geri vermemesi halinde kiralayanın gidebileceği yargısal bir yol kalmamaktadır. Dolayısıyla bu gibi hallerde, sonradan, gönderen devlete, diplomatik temsilcinin yargı bağışıklığından feragat etmesi talebinde bulunulabilmesi de kabul edilmelidir. Bunun gibi ayrıcalık ve bağışıklıkların kötüye kullanılması halinde de

445 **Denza** s.335.

446 **Denza** s.335.

447 **Tezcan** s.159.

448 **Denza** s.337.

449 **Roberts** 9.27.

450 **Denza** s.340.

gönderen devlete böyle bir taleple gidilebilir, gönderen devlet gereğini yerine getirmezse, kabul eden devletin elinde *persona non grata* ilan etme imkanı her zaman vardır[451].

İlginç olarak, üçüncü fıkra, zımni feragate cevaz vermektedir[452]. Fıkra, bağışıklıktan yararlanan kişilerin kabul eden devlette yargı yoluna başvurması halinde, ilk dava ile doğrudan doğruya ilgili herhangi bir karşı davada yargı bağışıklığını ileri süremeyeceğini ifade etmektedir. Yani, hiçbir şekilde gönderen devletten izin almayan diplomatik temsilci, kabul eden devlette dava açarak sahip olduğu yargı bağışıklığından, karşı davanın sınırları dahilinde, feragat edebilir. Ancak yargı bağışıklığının kaldırılması cebri icra bağışıklığının da kaldırıldığı anlamına gelmez, cebri icra bağışıklığının kaldırılması için bu konudan ayrıca feragat edilmesi gerekir. Yargı bağışıklığından zımni feragat edilmesi durumunda cebri icra bağışıklığından da feragat edildiği söylenemez[453].

Yargı bağışıklığından feragatle ilgili olarak belirtilen kurallar, misyon binalarının, diplomatik temsilcilerin, arşivlerin dokunulmazlığından veya Sözleşme'de yer alan herhangi bir bağışıklıktan feragat için de geçerlidir[454].

D. Yararlanacak Kişiler ve Yararlanma Zamanı

I. Diplomatik Temsilciler ve Onun Bağışıklığından Yararlananlar

1961 tarihli Sözleşme kimlerin yargı bağışıklığından yararlanabileceğini özel olarak düzenlemiştir. Viyana Sözleşmesi'nde diplomatik temsilci, misyon şefi ve diplomatik rütbeyi haiz kişiler olarak belirlenmiştir. Pratikte bu kapsamda kabul edilen

451 **McClanahan** s.139.

452 **Denza** s.340; **Tezcan** s.154.

453 **Denza** s.344.

454 **Denza** s.347.

kişiler ise, büyükelçi, müsteşar, başkatip, ikinci katip, üçüncü katip ve ataşelerdir[455]. İdari ve teknik personel, diplomat sıfatına sahip olmayıp, elçilikte görev yapan sekreter, teknisyen vd. memurları ifade eder[456]. Müstahdemler, hizmet personelini sınıfını oluştururlar ve aşçı, bahçıvan, bekçi vs. kişileri tanımlar[457]

Bu konuya ilişkin 37. maddede diplomatik temsilcinin ve birlikte oturduğu aile üyelerinin kabul eden devletin medeni yargısından bağışık olduğu belirtilmiştir. Meğerki aile üyeleri kabul eden devletin vatandaşı olsun.

Sözleşme'den önce, aile üyelerine yargı bağışıklığı ve dokunulmazlık tanınması kabul edilmekle beraber, "aile"nin nasıl tanımlanabileceğine ilişkin açık bir uluslararası örf ve adet hukuku ilkesi olmadığı söylenebilir[458]. Sözleşme'de de bu husus açık bırakılmıştır. Devletlerin uygulamasına bakıldığında bu konuda, deyim yerindeyse eli açık davranılmakta[459], katı kurallar koyulmamaktadır, aksi halde alışılmadık bir olayla karşılaşılması halinde kabul eden devlet mahkemelerinin hareket alanı kalmayacaktır[460]. Aile üyesi kavramı geniş anlamda ele alınmalı ve sürekli bir biçimde diplomatik temsilciyle birlikte yaşamaları şartıyla uzaktan akrabalar da bu kavrama dahildir[461]. Bu bağlamda bazı devletler, aralarında evlilik bağı olmasa bile diplomatik temsilcinin partnerini bu kapsama sokmaktadır. Eşcinsel çiftlerde ise yakın zamanda en azından bu konuda ülkelerinde düzenleme bulunan devletler bu kişilere de yargı bağışıklığı tanımaktadır. Yine, kabul eden devletle gönderen devletin düzenlemeleri arasında fark olsa da, genellikle devletler kendi düzenlemelerini göz önünde bulundurarak reşit olmayan çocuğa da yargı bağışıklığı tanımaktadır[462]. Çocuklara tanınan yargı

---

455 **Aksar**, Uluslararası Hukuk, s.310; **Çelik** s.506; **Sur** s.249.

456 **Aksar**, Uluslararası Hukuk, s.310; **Sur** s.250.

457 **Sur** s.250.

458 **Barker** s.80; **Çelik** s.542.

459 **Fasching/Konency/Matscher** s.162.

460 **Roberts** 10.2; **Denza** s.392.

461 **Fasching/Konency/Matscher** s.162.

462 **Roberts** 10.3.

bağışıklığında, genellikle, çocuğun yaşı, eğitime devam edip etmediği, evli mi bekar mı olduğu ve ailesine bağımlı olup olmadığı belirleyici olmaktadır[463]. Boşanmadan sonra diplomatik temsilci sıfatına haiz olmayan eşe verilen çocuk artık o hanede yaşamadığı için onun yargı bağışıklığı olmaz. Yine diplomatik temsilcinin eşinin önceki evliliğinden olma çocuğu da yargı bağışıklığından faydalanamazken, diplomatik temsilcinin, gönderen devlette yaşayan kendi reşit çocuğu, sadece tatil için kabul eden devlete gelmesi halinde yargı bağışıklığından faydalanabilir. Çeşitli sebeplerle gönderen devlette ikamet eden, ara sıra kabul eden devlete gelen eş de yargı bağışıklığından yararlanır. Bunun dışında sadece ziyaret amacıyla kabul eden devlete giden aile üyeleri ise yargı bağışıklığının kapsamı dışındadır[464].

38. maddeye göre ise kabul eden devletin vatandaşı olan veya orada sürekli bir şekilde ikamet halinde bulunan bir diplomatik temsilci, sadece görevlerinin ifası sırasında yaptığı resmi işlemler bakımından yargı bağışıklığından ve kişi dokunulmazlığından faydalanır. Ancak kabul eden devletin, bu kapsamı genişletmesi pekâlâ mümkündür. Eğer kabul eden devletin vatandaşı veya orada sürekli bir şekilde ikamet bir kişi, başka bir devlet tarafından diplomatik temsilci olarak atanırsa ve kabul eden devlet hiçbir ek düzenleme veya çekince koymadan bu kişiyi, olağan bir diplomatik temsilci gibi değerlendirirse, bu kişi görev süresi boyunca, kabul eden devletten bağımsız olacaktır. Kabul edilen düzenleme, görevin ifası sırasındaki resmi işlemler açısından, diplomatik temsilciye, gönderen devlet adına faaliyetlerini sürdürebilmesi gerekli olan mutlak ve fakat en az dokunulmazlık ve bağışıklık tanınmasını öngörmüştür. Görevlerinin ifası sırasındaki resmi işlemlerden anlaşılması gerekenin sadece gönderen devlet adına yapılan işlemler olduğu ileri sürülmüştür. Düşük rütbeli diplomatik temsilciler, yaptıkları işin doğası gereği, bu tip resmi işlemlerde bulunmazlar ve eğer kabul eden devletin vatandaşıysalar veya orada sürekli

[463] **Denza** s.396.

[464] **Fasching/Konency/Matscher** s.162.

olarak ikamet ediyorlarsa herhangi bir yargı bağışıklığından yararlanmazlar. Ancak bu kişilerin yaptıkları fiillerin, mahkemeye sunulan deliller vasıtasıyla, gönderen devlet hükümetinin talimatları doğrultusunda yapıldığına dair bir değerlendirmeye varılabiliyorsa, o zaman bu kişi devletin yargı bağışıklığında dayanabilir[465].

II. Misyonun İdari ve Teknik Personelinin Yargı Bağışıklığı

Misyonun idari ve teknik personeline tanınacak yargı bağışıklığı ciddi tartışmalara neden olmuş bir konudur[466]. Zira geniş yargı bağışıklığından yararlanacak kişilerin sayısı ciddi biçimde artacaktır. Ancak hem misyonun çoğunluğunu bu kişilerin oluşturması hem de bu kişilerin, diplomatlara kıyasla, hariciye geleneğinden ve disiplininden uzak olmaları nedeniyle, bu konuda tek tip bir kuralın yokluğu ciddi belirsizliklere ve uyuşmazlıklara sebebiyet verebilecek olmasından ötürü bu yönde bir kural koyulmuştur. Ayrıca bu kişiler, bağımlı olarak çalışmakta ve en gizli bilgilere dahi ulaşabilmektedir, dolayısıyla *ad hoc* uygulamalar doyurucu bir çözüm olarak karşımıza çıkmaz[467]. Varılan sonuç ise bu kişilere de neredeyse diplomatik kadro üyeleriyle aynı ölçüde dokunulmazlık ve bağışıklık tanımak şeklinde olmuştur[468]. Hatta idari ve teknik personele tanınan yargı bağışıklığı kabul eden devletin vatandaşı olan diplomatik temsilciden daha geniştir, zira onlar sadece görevlerinin ifası sırasındaki resmi işlemleri hakkında yargı bağışıklığından faydalanır[469]. Zira kabul eden devletin vatandaşı diplomatik temsilci bu bağlamda sadece gönderen devletin adına yaptığı işlemler için yargı bağışıklığından yararlanır[470]. İdari ve teknik personel için öngörülen fark, kabul

[465] **Denza** s.414-416.

[466] Bkz. **Barker** s.83-84.

[467] **Denza** s.403.

[468] **Barker** s.84.

[469] **Roberts** 10.7; **Denza** s.408.

[470] **Roberts** 10.7.

eden devletin medeni ve idari yargısından bağışıklık bakımından tanınmıştır, yoksa ceza yargısından bağışıklık mutlaktır. Buna göre misyonun idari ve teknik personelinin ve onunla birlikte oturan aile üyelerinin, kabul eden devletin medeni yargısından bağışıklığı, sadece görevin ifası kapsamında yapılan işlemleri kapsar. Yani, mantıken misyonla çalışmaya özgü günlük işler için yargı bağışıklığından yararlanırlar, mesela resmi bir toplantı için seyahat edilmesi halinde bir kaza olursa yargı bağışıklığından yararlanırlar. Öte yanda eğer sadece görevin ifası kapsamındaki resmi işler için yargı bağışıklığından yararlanacak olsalar, sadece yabancı devletin adına yaptıkları işlemler için yargı bağışıklığı söz konusu olurdu. Bunun dışındaki kendileri için yaptıkları işlemler hakkında mahkeme önüne getirilmeleri mümkündür[471]. Örneğin, kiranın ödenmemesi durumunda, bu kişiye karşı tahliye davası açılabilir. Ancak bu kişilere karşı verilmiş kararların icra edilmesi mümkün değildir, çünkü 31. maddenin üçüncü fıkrasında öngörülen istisna burada belirtilmemiştir ve bu kişinin konutu ve eşyalarının dokunulmazlığı devam etmektedir. Böyle bir kararın yerine getirilmemesi bu kişinin kabule şayan olmadığının bildirilmesine neden olabilir[472]. İdari ve teknik kadro üyeleri de tanıklığa zorlanamaz. Bu kişilerin kabul eden devletin vatandaşı olması veya sürekli şekilde orada ikamet etmeleri halinde ise bağışıklıktan ancak kabul eden devletin, onlara tanıdığı ölçüde yararlanabilirler[473]. Yalnız bu kişiler üzerindeki yargı hakkı, misyonun görevlerinin ifasına gereksiz şekilde müdahale edilebilecek şekilde kullanılamaz, Sözleşme'nin 38. maddesinin ikinci fıkrası bu konuda bir yasak getirmiştir.

[471] **Denza** s.408.

[472] **Denza** s.408.

[473] **Toluner** s.413.

III. Müstahdem Sınıfına ve Özel Hizmet Sınıfına Mensup Kişiler

Benzer şekilde müstahdem sınıfına dahil olan personel de, görevlerinin ifası sırasında yapmış oldukları işlemler hakkında yargı bağışıklığından yararlanır, ancak bu kişiler, kabul eden devletin vatandaşı veya sürekli bir şekilde orada ikamet etmekteyseler, yargı bağışıklığının kapsamını, kabul eden devlet belirler. Ama her durumda yargı bağışıklığı misyonun faaliyetini sekteye uğratacak şekilde kullanılamaz. Örneğin, misyonda görevli bir şoför, alkollü araç kullanarak trafik kurallarını ihlal etmesi halinde, görevinin ifası kapsamında bir fiil olduğunu ileri sürerek yargı bağışıklığından yararlanabilir[474].

1961 tarihli Sözleşme, misyon üyelerinin hususi hizmetinde bulunan kişiler için yargı bağışıklığı öngörmemiştir. Ancak kabul eden devletin vatandaşı değillerse veya sürekli bir şekilde orada ikamet etmiyorlarsa, kabul eden devlet bu kişilere belirli ölçülerde bir yargı bağışıklığı sunabilir. Her halde kabul eden devlet, yargı hakkını, misyon faaliyetlerini engelleyecek şekilde kullanamaz.

Yargı bağışıklığından yararlanmanın zaman bakımından sınırları ise 1961, tarihli Viyana Sözleşmesi'nin 39. maddesinde belirlenmiştir. Buna göre yargı bağışıklığı tanınan kişi, görevine başlamak üzere kabul eden devletin ülkesine girdiği andan itibaren veya ilgili ülkede bulunuyorsa, tayininin dışişleri bakanlığına veya mutabık kalınacak başka bakanlığa bildirildiği andan itibaren bağışıklıktan yararlanır.

Yargı bağışıklığından yararlanan kişinin görevi sona erdiği takdirde, bu ayrıcalıklar ve bağışıklıklar, normal olarak, ülkeyi terk ettiği anda veya terk etmek için kendisine tanınan makul sürenin bitiminde sona erdiği gibi silahlı çatışma halinde dahi, bu ana kadar devam eder.

---

474 **Denza** s.410-411.

E. Kalıcı Yargı Bağışıklığı ve Transit Olarak Geçilen Devletlerin Ülkesindeki Durum

Diplomatik temsilcinin, bu sıfatını yitirmesinden sonra ise *ratione personae* yargı bağışıklığı da sona erer. Bununla birlikte misyon üyesi sıfatıyla görevinin ifası kapsamında yaptığı işlemler için yargı bağışıklığından yararlanmaya devam eder. Söz konusu *ratione materie* bağışıklığın kapsamı daha dar olmakla birlikte süresiz bir yargı bağışıklığı sağlamaktadır[475].

Aslında bu *ratione materie* bağışıklık, en baştan beri diplomatik temsilciye koruma sağlar, ancak, görev sırasında diplomatik temsilci zaten *ratione personae* bağışıklığa sahip olduğu için gündeme gelmez. Bu bağışıklıktan söz edilebilmesi için yapılan işlemle ile ilgili olarak iki şartın kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekir[476]: işlem resmi bir işlem olacak ve diplomatik işlevin ifası kapsamında gerçekleştirilecek. İşlemin resmi olmasından anlaşılması gereken, diplomatik temsilcinin gönderen devletin bir unsuru olarak hareket etmesidir, ancak bu halde işlem devlete izafe edilebilir ve yargı bağışıklığı gündeme gelebilir. Yani devletin bir organının resmi yetkisiyle gerçekleştirdiği işlemler bu kapsama girer. Gerçi 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi'nde "resmi işlemler" şeklinde bir belirleme yapılmamıştır, ama resmi işlemler dışındaki işlemler için de *ratione materiae* bağışıklık sağlanmasının bir nedeni yoktur[477].

Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarına bakıldığında da, resmi işlemler için sağlanan bağışıklık, vazgeçilmesi mümkün olmayan asgari düzeyi belirtmektedir. Bazıları daha fazla korumaya sahip olurken, bazıları (kabul eden devletin vatandaşları) bu asgari düzeyle yetinmektedir. Bu halde, diplomatik temsilciye birlikte koruma sağlayan

---

475 **Dinstein, Y. :** Ratione Materiae Diplomatic Immunity (The International and Comparative Law Quarterly, Volume 15, No. 1, Cambridge 1966 s.76-89), s.78.

476 **Dinstein** s.82.

477 **Dinstein** s.83.

ratione personae ve *ratione materiae'*den ikincisi öne çıkmaktadır[478]. Ancak yapılan işlemle ilgili olarak mutlak bir bağışıklıktan söz edilemez, zira sadece onu gerçekleştiren diplomatik temsilci yargı bağışıklığından faydalanır, oysa adına işlem yapılan devletin, devletin yargı bağışıklığına ilişkin kurallar saklı kalmak kaydıyla, kabul eden devlette yargılanması mümkündür[479].

Kabul eden devlet ülkesinde, misyon faaliyetlerine ve misyon üyesi kişilere uygulanan bu özel statü, devamlı misyonların kurulması hakkında iki devlet arasındaki anlaşma ile açıklanabilirken, transit olarak geçilen devletler arasında böyle bir anlaşma mevcut değildir ve transit geçilen devletin iki ülke arasındaki ilişkiden bir menfaati de olmayabilir[480]. Ancak misyon üyelerine ve misyon haberleşmesine farklı bir işlem yapılması, tüm devletlerin, genel olarak, çıkarlarına uygun olduğu için özel bir şekilde düzenlenmiştir[481]. Bu konudaki 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin 40. maddesi diplomatik ajanın, görevine başlamak veya görevi başına dönmek üzere, veya kendi ülkesine dönerken, üçüncü bir devletin ülkesinden geçtiği veya bu ülke dahilinde bulunduğu takdirde, üçüncü devletin de kendisine geçişini veya dönüşünü sağlamak için gerekli dokunulmazlık ve diğer bağışıklıkları tanıyacağını hükme bağlamıştır. Yine diplomatik ajana refakat eden veya kendisine katılmak veya ülkelerine dönmek için ayrı seyahat eden, ayrıcalık ve bağışıklardan yararlanan aile üyelerine de aynı şekilde davranılır.

F. Diplomatik Temsilciye Tebligat

Diplomatik temsilciye nasıl tebligat yapılacağı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Hatta sadece diplomatik temsilciye dava açmanın kendisi bile büyük

478 **Dinstein** s.86.

479 **Denza** s.441.

480 **Toluner** s.414.

481 **Toluner** s.414.

zorluklar doğuracağı, zira dava dilekçesinin veya diğer tebligatların misyon sınırları içinde yapılması mümkün olmadığı belirtilmiştir[482]. Aynı şekilde yargı bağışıklığından istifade eden diplomatik temsilcilere Türk mahkemeleri tarafından Türkiye'de tebligat yapılması önlenmiştir[483]. Diplomatik temsilcinin yargı bağışıklığının bulunmadığı hallerde, savunma hakkına riayet edilmesi gereği, diplomatik temsilciye tebligat yapılabilecektir[484]. Yargı bağışıklığı bulunan hallerde ise feragat edilme ihtimali gereği tebligat, feragate yetkili devlete yapılabilir. Sözleşme'de ve atıf yapmış olduğu uluslararası örf ve adet hukukunda öngörülmeyen bir tebligat, misyon üyesine, Tebligat Kanunu ve Yönetmeliği'ndeki usul takip edilerek, doğrudan PTT aracılığıyla yapılması veya ilanen tebligat gibi bir yola başvurulması mümkün değildir[485]. **Kuru**[486] da diplomatik temsilcilere ancak diplomatik yolla tebligat yapılabileceğini belirtmiştir. Ayrıca yukarıda yabancı devlete tebligat kısmında bahsedilen Tebligat Yönetmeliği'nin 45. maddesi burada da geçerlidir.

Bu konuda Yargıtay, mülga 2675 sayılı Kanun'un 33. maddesinin (Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'un 49. maddesi) yürürlüğe girmesiyle birlikte, diplomatik temsilcilerin yargı bağışıklığı ve bilhassa bu kişilere yapılabilecek tebligat konusunda yeni bir görüş içerisine girmiş bulunmaktadır[487]. Yargıtay kararında[488], *"ayrıcalık ve bağışıklıkların amacı fertleri yararlandırmak olmayıp, devletleri temsil eden diplomatik misyonların görevlerini etkin bir şekilde yapmalarını sağlamaktır. Burada önemli olan diplomatik temsilcilerin çıkarları değil, temsil ettiği devletin çıkarıdır. Oysa, diplomatik temsilcilerin tamamen özel hukuk alanına giren faaliyetlerinden devletin çıkarı söz konusu olmadığından, diplomatik temsilcilerin yargı*

[482] **Nagel/Gottwald** s.60.

[483] **Nomer**, Devletler Hususi, s.436; **Kuru**, Dava Şartları, s.152.

[484] **Sargın** s.31.

[485] **Sargın** s.32.

[486] **Kuru**, Hukuk Usulü, s.1355.

[487] **Nomer**, Devletler Hususi, s.437.

[488] Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 08.05.1984, E. 1984/851, K. 1984/852: **Nomer**, Devletler Hususi, 437.

muafiyetinin resmi görevlerinin yerine getirilmesi ile ilgili işlemlerle sınırlandırılması gereklidir" şeklinde bir analiz yaparak, bu halde diplomatik temsilcinin resmi görevleri dışında kalan, kendi adına gerçekleştirdiği özel hukuk faaliyetlerinde yargı bağışıklığından istifade edemeyeceğini ve mülga 2675 sayılı Kanun'un 33. maddesi (Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'un 49. maddesi) uyarınca kendisine tebligat da yapılabileceğini ifade etmiştir.

Doktrinde de **Nomer**[489], Yargıtay'ın bu yorumu hakkında, amacı aşma olarak görülebileceğini kabul edip, yine de devletin yargı bağışıklığının bulunmadığı bir uyuşmazlıkta, devleti temsilen diplomatik temsilciye tebligat yapılmasını kabul eden bir düzenlemenin, bağışıklıktan yararlanamadığı bulunmadığı durumlarda diplomatik temsilciye bizzat tebligat yapılmamasının bir çelişki yarattığına işaret edip, tebligat konusunda söz konusu maddeden istifade etmenin yargı bağışıklığı kurumunun kabulündeki anlayışa aykırı görülmemesi gerektiğini vurgulamıştır. Yazar diplomatik yolla tebligat yapılması konusunda ise uygulamada bu yoldan genellikle istenen sonuç alınamadığını belirtmektedir[490].

Öncelikle diplomatik temsilcilerin yargı bağışıklığını, genel olarak, onların resmi görevleri üzerinden belirlemek 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi'ne aykırıdır[491]. Sözleşme'nin dibacesinde geçen, bağışıklıkların devlete tanındığı, amacın kişilerin yararlandırılması olmadığı düşüncesinden de hareket edilmesi mümkün değildir, zira Sözleşme'nin 31. maddesinde açıkça istisnalar düzenlenmiştir. Bu istisnaların dışına çıkılması mümkün değildir. Diplomatik temsilciye tebligat yapılması konusunda yukarıda bu konuda ne 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi'nde bir hüküm olduğu, ne de bu konuya dair bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı bulunduğu belirtilmiştir, dolayısıyla temel kuralın yargı bağışıklığı olduğu bir alanda herhangi doyurucu bir

489 **Nomer**, Devletler Hususi, s.437.

490 **Nomer**, Devletler Hususi, s.436.

491 **Sargın** s.28.

temeli olmadan böyle bir saptama yapılması mümkün değildir[492]. Ayrıca *ne impediatur legatio* ilkesi de, bu bağlamda 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin 22, 30 ve 31. maddeleri zikredilebilir, diplomatik temsilciye tebligat yapılmasına engeldir[493]. O halde gerek yargı bağışıklığının bulunduğu hallerde gerekse yargı bağışıklığının bulunmadığı hallerde aynı tebligat usulü kabul edilecek ama bunların sonuçlarında farklılık olacaktır[494]. Yargı bağışıklığı olan bir durumda, diplomatik kanalla iletilen tebligattan sonra gönderen devlet, yargı bağışıklığından açıkça feragat etmezse, hakim yargı hakkı olmadığına dayanarak davanın usulden reddine karar verecektir; yargı bağışıklığı yoksa normal şartlarda tebligata hangi sonuçlar bağlanmışsa onlar ortaya çıkacaktır[495].

§4. KONSOLOSLARIN YARGI BAĞIŞIKLIĞI

Konsolosluk eski bir kurum olmasına rağmen, üzerinde anlaşılmış genel bir uluslararası örf ve adet hukukundan bahsetmek mümkün değildir[496]. Konsoloslar, doğrudan uluslararası hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde görev almadıkları için, yargı bağışıklıkları hakkında farklı görüşler vardır[497]. Bu konudaki kurallar daha çok devletlerin iç hukukunda ve nispeten, devletlerin aralarında yaptıkları andlaşmalarla düzenlenmiştir[498]. Konsoloslar, bir devlet tarafından bir başka devlette, o devletin izniyle, gönderen devletin ticari ve gemicilik işleriyle ilgili görevler yapan ve kendi vatandaşlarının çıkarlarını korumaya ve kolaylaştırmaya çalışan kişilerdir[499].

---

492 **Sargın** s.30-31.

493 **Geimer** s.743.

494 **Sargın** s.33.

495 **Sargın** s.33.

496 **Toluner** s.417; bu konuda bkz. **Ökçün, G. A.** : Konsolosluk İlişkilerinde Kolaylıklar, Ayrıcalıklar, Bağışıklıklar (Doç. Dr. Cem Sar'a Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 27, No. 3, 1972, s.121-184), s.122.

497 **Tezcan** s.144.

498 **Toluner** s.417; **Nomer**, Devletler Hususi, s.439.

499 **Tezcan** s.143; **Çelik** s.551.

Konsoloslar, konsolosluk ilişkilerinden kaynaklanması muhtemel uyuşmazlıkların çözümü ile de ilgilenmezler[500]. 1963 tarihli Viyana Konsolosluk İlişkileri Hakkında Sözleşmesi'nde, kurumla ilgili kurallar kodifiye edilmiştir. Söz konusu kodifikasyon hem mevcut hukukun beyanı hem de geliştirilmesi şeklinde gerçekleşmiştir[501]. Burada mutlak bir yargı bağışıklığı benimsenmeyip, resmi işlemleri açısından bir bağışıklık tanınmıştır[502]. Sözleşme'nin giriş bölümünde, tıpkı 1961 tarihli Sözleşme'de olduğu gibi, uluslararası örf ve adet hukuku, hakkında hüküm olmayan konularda saklı tutulmuş olup, 73. madde uyarınca devletlerin kendi aralarında yaptıkları andlaşmaların geçerli kalacağı vurgulanmıştır[503]. Dolayısıyla Sözleşme, taraflar arasında aksini düzenleyen bir andlaşma bulunmadığı hallerde uygulanabilecek olan tamamlayıcı nitelikteki bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır[504]. Ancak zaten devletler arasındaki sözleşmelerde de benzer düzenlemeler yer almaktadır[505].

Bir konsoloslukta, esas itibariyle, konsolosluk heyet başkanı, konsoloslar, idari personel ve hizmet personeli yer alır[506].

Diplomatik temsilcilerden farklı olarak burada karşımıza sadece meslekten gelen temsilciler değil, fahri konsolos şeklinde bu kapsama giren kişiler de çıkar. Fahri konsoloslar, genellikle, konsolosluk faaliyetinin yürütüleceği ülkedeki tüccar ve iş

---

500 **Ökçün, G. A.** : Konsolosluk İlişkilerinin Kurulması ve Yürütülmesi (Prof. Dr. Kemal Fikret Arık'a Armağan, Ankara 1972, s.329-379), s.332.

501 **Toluner** s.417.

502 **Geimer** s.323.

503 Türkiye'nin Kazakistan, Kırgızistan, Romanya, Litvanya, Gürcistan, Türkmenistan, Özbekistan ve Moldova ile imzaladığı konsolosluk anlaşmaları vardır. Ancak yargı bağışıklığı bakımından, anlaşmaların hiçbirinde farklı bir rejim öngörülmemiştir. Sadece Moldova ile olan Anlaşma'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasının c bendinde *"Bir konsolosluk memurunun özel sıfatla, uygulayıcı, yönetici veya mirasçı olarak hareket ettiği miras konuları"*ndan bağışıklık olmayacağı ifade edilmiştir. Burada özel sıfatla dendiği için zaten genel kurala göre yargı bağışıklığının kapsamı dışında kalacaktır. Söz konusu hüküm belki Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi'nden esinlenerek kaleme alınmış olabilir.

504 **Toluner** s.417.

505 **Toluner** s.417.

506 **Ökçün**, İlişkiler, s.339.

adamlarından seçilir ve gönderen devletin tabiiyetinde olmayabilirler[507]. Bu yüzden de fahri konsoloslara tanınan bağışıklık meslekten konsoloslara tanınanlardan daha azdır[508]. 1963 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin 71. maddesine göre fahri konsolosların yargı bağışıklığının kapsamında sadece görevin ifası sırasında yapılan resmi işlemler yer alır. Bu kişilerin ailesi işin doğası gereği söz konusu kapsamdaki yargı bağışıklığından yararlanamaz, çünkü resmi görevin ifası sırasında resmi bir işlem yapmaları mümkün değildir. Konsolosluk binaları ve arşivlerinin dokunulmazlığı diplomatik misyon binaları ve arşivleri için öngörülen çerçevededir[509]. Fakat bu binaların yalnız konsolosluk faaliyetlerinin yapılması için kullanılan kısımlarına, konsolosluk şefinin rızası bulunmaksızın girilemez. Konsolosluk mülklerinde cereyan edilecek hacizde 1963 tarihli Sözleşme'nin 33. maddesi gereği konsolosluk arşiv ve belgelerinin dokunulmazlığına halel getirilemez[510].

Bir kişinin konsolosluk statüsünün yanında diplomatik görevleri yerine getirmesi de mümkündür. Fakat bu durumda kabul eden devletin izni aranır[511]. 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin 17.maddesi, bu durumun konsolosa hiçbir diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıktan yararlanma hakkı vermeyeceğini düzenlemiştir.

1963 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin 43. maddesine göre konsolosluk memurları, idari ve teknik personel, resmî görevlerinin yerine getirilmesi sırasında işledikleri fiillerden dolayı kabul eden devletin yargısından bağışık tutulmuşlardır. Yani yargı bağışıklığına ilişkin fonksiyonel yaklaşım benimsenmiştir[512]. Bununla beraber, bu yargı bağışıklığının istisnaları da yine aynı maddede öngörülmüştür. Ancak öncelikle burada,

---

507 **Toluner** s.418; **Çelik** s.554-555.

508 **Toluner** s.418; **Nomer**, Devletler Hususi, s.439; **Lee, L.T. :** Consular Law and Practice, Second Edition, Oxford 1991, s.579.

509 **Geimer** s.326.

510 **Lee** s.397.

511 **Ökçün**, İlişkiler, s.332.

512 **Lee** s.488; **Ökçün**, Bağışıklık, s.173; yukarıda diplomatik temsilcinin yargı bağışıklığının dayanağına ilişkin tartışmalar burada da geçerlidir.

konsolosa tanınan yargı bağışıklığının, onun şahsına ait olduğu vurgulanmalıdır, yani konsolosun resmi sıfatla gerçekleştirdiği işlemlerden ötürü bizzat konsolos aleyhine dava açılması engellenmiştir[513]. Öte yandan konsolosun resmi sıfatla gerçekleştirdiği işlemlerle ilgili bir uyuşmazlık çıkması halinde, bu işlemler yabancı devleti temsilen yapıldıkları için yabancı devletin yargı bağışıklığı gündeme gelir[514]. Viyana Sözleşmesi'nin kendisi, hazırlık çalışmaları, temel kuralları, Sözleşme'yi hazırlayanların ve konferansa katılanların, gönderen devlet ile kabul eden devletin çıkarlarını dengelemeye çalışmaktadır ve bu dengeleme yargı bağışıklığının kapsamını belirlemede araç olarak kullanılmaktadır[515]. Konsüler personelin gerçekleştirdiği işlemler sadece gönderen devlet ve onun kabul eden devletteki vatandaşlarının yararınadır, bu bağlamda geniş bir bağışıklık gönderen devletin çıkarlarına daha uygundur; öte yandan bağışıklık, kabul eden devletin yargı hakkına bir kısıtlama oluşturur ve kabul eden devletin çıkarı kapsamın dar tutulmasındadır[516]. Bu konuda bir düzenleme 1963 tarihli Sözleşme'nin 55. maddesidir, buna göre, dokunulmazlık ve bağışıklıklara halel gelmemesi şartıyla, görevli personel kabul eden devletin kurallarına uymakla yükümlüdür. Bu düzenleme kabul eden devlet için adeta bir can simididir, zira diplomatların aksine konsoloslar devletin yargı hakkının içerisinde yer alır[517]. Ayrıca bu hükümden çıkan bir diğer sonuç, konsoloslara tanınan yargı bağışıklığının hiçbir şekilde onların ülkedışında oldukları şeklinde yorumlanamamasıdır[518]. Eğer ülkedışında oldukları kabul edilseydi, kabul eden devletin kurallarına uyma yükümlülükleri olmazdı.

---

513 **Nomer**, Devletler Hususi, s.439.

514 **Nomer**, Devletler Hususi, s.439.

515 **Milhaupt, J.C.:** The Scope of Consular Immunity under the Vienna Convention on Consular Relations: Towards a Principled Interpretation (Columbia Law Review, Volume 88, No. 4, Columbia 1988, s.841-862), s.849; **Ökçün**, Bağışıklık, s.173.

516 **Milhaupt** s.849.

517 **Milhaupt** s.852.

518 **Ökçün**, Bağışıklık, s.183-184.

Fonksiyonel yaklaşım bağlamında bir işleme yargı bağışıklığı tanınıp tanınmayacağına karar verilirken, o işlemin, tanınmış konsüler fonksiyonun tatminkar ve uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi için gerekli olup olmadığına bakılır[519]. Bu bakımdan, konsolosluk görevlisinin yargı bağışıklığına sahip olmasının tek nedeninin, gerçekleştirdiği işlem olmasa, fonksiyonunu yerine getiremeyecek olması kabul edilmemektedir; bunun yerine, konsolosluk görevlisinin kabul eden devletin yargı hakkına tabi kılınması halinde, konsüler işlemin gerçekleştirilmesinin engellenip engellenmediğine bakmak gerekir[520].

İstisnalardan ilki, konsolosluk memurunun veya bir konsolosluk hizmetlisinin açıkça veya zımnen gönderen devletin vekili olarak akdetmediği bir sözleşmeden doğan talepler hakkındadır. Burada önemli olan personelin iç iradesi değil, beyanın dışarıdan nasıl görüldüğüdür[521]. Şüphe halinde devlet adına işlem yapıldığı kabul edilebilir[522]. Fonksiyonel yaklaşımın benimsenmesine rağmen böyle özel bir hüküm konulmasının amacı üçüncü kişileri korumaktır[523]. Dolayısıyla yargı bağışıklığından yararlanmak için sadece devleti temsilen işlem yapmak yeterli değildir[524], yukarıdaki ifade edilen kıstasın da karşılanması gerekir. Bir diğer istisna ise kabul eden devletin ülkesinde bir kara taşıt aracının, bir geminin veya bir hava taşıtının sebebiyet verdiği zarar yüzünden üçüncü bir kişinin dava açması halidir. Bunun altında yatan neden, son zamanlarda gerek batılı devletler arasındaki ikili andlaşmalarda gerek uluslararası örgüt personellerine sağlanan bağışıklıkla ilgili çok taraflı andlaşmalarda kendisine yer bulan trafik kazalarının resmi görev ile ilgisi olmadığı ve kara taşıtının, geminin veya hava aracının üçüncü kişilerin

519 **Milhaupt** s.857.

520 **Milhaupt** s.857-858.

521 **Geimer** s.324.

522 **Geimer** s.324.

523 **Milhaupt** s.860.

524 **Milhaupt** s.860.

zararlarını karşılamaya yetecek ölçüde sigortalanması anlayışıdır[525]. Zira Sözleşme'nin 56. maddesi de konsolosluk mensuplarının, bu taşıtlar için öngörülmüş sigorta yükümlülüklerini yerini getirmeleri gerektiğini belirtmiştir. 58.maddenin ikinci fıkrasına göre, bu kapsamdaki yargı bağışıklığından fahri konsoloslar da yararlanır.

1963 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin 43. ve 71. maddelerinde konsolosluk memurları açısından farklı bir yaklaşım benimsemiştir. 43. maddeye göre konsolosluk işlevinin yerine getirilmesi sırasında gerçekleştirilen işlemler için yargı bağışıklığı söz konusu olurken, 71. madde, kabul eden devletin ek ayrıcalık tanıması halini ayrı tutarak, konsolosluk memurunun kabul eden ülke vatandaşı olması veya orada daimi surette ikamet etmesi halinde, sadece konsolosluk görevinin icrası sırasındaki resmi işlemler için yargı bağışıklığından yararlanacağını belirtmiştir. Söz konusu ayırım Sözleşme'nin hazırlık sürecinde ciddi bir şekilde eleştirilmekle beraber metinde yer almıştır[526].

Söz konusu hükümler, konsolosun kendi adına yaptığı sözleşmelerden doğan yükümlülüklerinin yerine getirilmesinin sağlanamaması gibi adaletsiz durumların önüne geçmeyi tasarlamıştır[527]. Ama burada sadece adaleti sağlamaya yönelik bir durum yoktur, aksine uzun vadede konsolosların ve diplomatların (mesleki veya ticari faaliyet icra etmekle ilgili istisna bağlamında) da çıkarına bir düzenleme söz konusudur, zira sıklıkla iş adamları ve ev sahipleri alacaklarını tahsili edememe korkusuyla bu kişilerle ilişkiye girmek konusunda isteksiz davranmaktadır[528].

Hangi işlemlerin konsolosluk faaliyetiyle ilgili olduğu açık bir biçimde düzenlenmemiştir. Bir ülkenin konsolosluk faaliyeti olarak gördüğü bir işlemi bir diğer ülke böyle nitelemeyebilir veya durumun gerekliliği halinde aynı ülke görüşlerini

525 **Lee** s.489.

526 bu konu için bkz: **Lee** s.490-491.

527 **Lee** s.488-489.

528 **Lee** s.489.

değiştirebilir[529]. Bir işlemin konsolosluk faaliyeti olup olmadığına karar verilmesinde Sözleşme'nin 5.maddesi, bir işlemin nasıl niteleneceği konusunda genel bir kriter oluşturabilir[530]. Bunun dışında hangi gruba dahil edileceği sınırda olan uyuşmazlıklarda kullanılmak üzere bir kriter vermenin imkansız olduğuna değinip, her somut olaya göre bir sınıflandırma yapılması gerektiğini vurgulamıştır [531] . Yazar, Sözleşme'nin yorumlanması konusunda hem gönderen hem kabul eden devletin yetkili olduğunu ifade edip, uyuşmazlık çıkması halinde Birleşmiş Milletler Şartı'nın 33. maddesinde olduğu üzere barışçı yollarla çözülmesi gerektiğini belirtmiştir[532].

Bu yüzden mahkemelerin konuya yaklaşımları da farklıdır. Bazen kapsam geniş yorumlanmakta ve eğer uyuşmazlık konusu işlevin 5. maddede sayılması halinde, bağışıklığın o işlevin ifası esnasındaki bütün işlemler için geçerli olacağı kabul edilmektedir[533].

Lee[534] ise hem gönderen hem kabul eden devletin bu konuda yorum yapma yetkisini kabul etmekle beraber, bir işlem yalnızca her iki taraf için de konsolosluk faaliyetine ilişkin olarak nitelenebilecekse, bu işlemi konsolosluk faaliyeti olarak görmeyi kabul etmektedir. Ancak bu bağlamda konsolosun işlemi uluslararası andlaşmalarda, hem gönderen hem kabul eden devletin düzenlemelerinde ya da uluslararası örf ve adet hukukunda yer alıyorsa o zaman *per se* konsolosluk işlemidir[535].

Bu saptama da bazı araçlarla yapılacaktır. İlk olarak başvurulacak husus, konsolosluk memurunun kullandığı dildir, zira bu sayede iradesi saptanabilecektir[536].

---

529 **Lee** s.492.

530 **Zourek, J. :** Third Report on Consular Intercourse and Immunities (http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_137.pdf), s.16.

531 **Zourek** s.16.

532 **Zourek** s.16.

533 **Milhaupt** s.846.

534 **Lee** s.494.

535 **Lee** s.494.

536 **Lee** s.496.

Bir diğer kriter, işlemin kamu hukuku karakterli olmasıdır[537]. **Lee**[538] burada Japonya'da konuşlanmış Amerikan Kuvvetleri hakkında Amerika ve Japonya arasında yapılmış 1952 tarihli İdari Mutabakat'ın 17. maddesinde geçen "resmi görev" kavramından faydalanılabileceğini ileri sürmektedir. Resmi görev, görevi gerçekleştiren kişinin, yaptığı görevin işlevi olarak ortaya çıkan hususlardır.

Konsolosluk personelinin kişisel malvarlığı değerleri üzerinde, hizmete müteallik niteliği olanlar hariç, cebri icra faaliyetinde bulunulması mümkündür[539]. Zira Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Sözleşme'nin 1.maddesinin birinci fıkrasının j bendinde misyon şefinin ikametgahı da misyon binalarından sayılırken, Konsolosluk İlişkileri Hakkındaki Sözleşme'de böyle bir hüküm yoktur, dolayısıyla konsolosun ikametgahı hiçbir şekilde konsolosluk binası sayılmaz[540]. Dolayısıyla konsolosun kişisel konutunun dokunulmazlığı yoktur[541], bu yüzden de konsolosa konutunda tebligat yapılması mümkündür[542].

Konsolosluk üyeleri, mahkeme önüne tanık sıfatıyla davet edilebilirler ve kendilerinden belge ibrazı talep edilebilir. Fakat işlevlerinin ifası ile ilgili işlerde tanıklıktan kaçınma hakları vardır, ayrıca bu işlere ilişkin resmi haberleşme ve evrakı ibraz etmek yükümü altında da değildirler. Aynı şekilde, gönderen devlet hukuku üzerinde bilirkişilik yapmak zorunda değildirler. Konsolosluk memuru tanıklık etmekten kaçınırsa, kendisine zorlayıcı önlemler ve ceza uygulanamaz. Tanıklık etmesi istendiğinde, bunun, işlevlerinin ifasına bir müdahale teşkil etmemesine ve imkan var ise, ifadesinin ikametgahında, konsolosluk binasında veya yazılı olarak alınmasına çalışılmalıdır.

---

537 **Lee** s.496.

538 **Lee** s. 496.

539 **Geimer** s.324.

540 **Lee** s.393-394.

541 **Fasching/Konency/Matscher** s.169; **Ökçün**, Bağışıklık, s.134-135.

542 **Geimer** s.743.

Konsolosluk idari ve teknik personeli ile müstahdemlerinin, işlevlerinin ifasına ilişkin olan işler hariç, şahitlik yapmaktan kaçınmamaları gerekir. Resmi haberleşme ve buna ilişkin evrakı ibraz etmekle yükümlü değildirler. Fahri konsolosluk üyeleri bu statüden yararlanamaz. Yalnız işlevlerinin ifasına ilişkin işlerde, şahitlik yapmak ve resmi haberleşme ve buna ilişkin evrakı ibraz etmek yükümü altında değildirler.

Haczin yapılmasını güvenceye almak için konsolosun geçici olarak hapisle cezalandırılması mümkün değildir, zira burada geçici bir tedbir söz konusudur, bu da, Sözleşme'nin 41. maddesinin ikinci fıkrasının kapsamına girmez[543].

Yargı bağışıklığından konsolosluk personelinin feragat etmesi mümkün değildir, ancak gönderen devlet, bağışıklıktan, açık ve yazılı olarak feragat edebilir. Çünkü tıpkı diplomatik temsilcilerde olduğu gibi konsoloslukların yargı bağışıklığı da gönderen devlete tanınmıştır[544]. Burada diplomatik yargı bağışıklığından farklı olarak feragat yazılı olarak yapılmalıdır. Bir konsolosluk memuru veya müstahdeminin açmış olduğu davalara karşı açılan karşı davalarda, karşı dava esas dava ile doğrudan doğruya ilgili ise yargı bağışıklığı yoktur. Yargı bağışıklığından vazgeçilmesi, cebri icra işlemlerine karşı bağışıklıktan vazgeçme anlamına gelmez. Bu işlemlere karşı bağışıklıktan ayrıca vazgeçilmelidir.

543 **Geimer** s.326.

544 **Ökçün**, Bağışıklık, s.174.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MEDENİ USUL HUKUKU YÖNÜNDEN İNCELENMESİ

§1. YARGI BAĞIŞIKLIĞININ DAVA ŞARTI OLARAK DÜZENLENMESİ VE YABANCI DEVLETE *IURE IMPERİİ* HAKKINDA DAVA AÇILMASI

A. Dava Şartlarının Genel Özellikleri

Dava şartları, çözümü için mahkemeye gidilen uyuşmazlıkların esastan incelenip karara bağlanabilmesi gereken usuli şartlardır şeklinde tanımlanabilir[545]. Dava şartları kurumunun amacı, davanın esasın hakkında incelemeye geçilebilmesi için gerekli bütün şartları ve bunların incelenmesi usulünü tespit etmek, bu sayede mahkemelerdeki davaların daha çabuk ve ekonomik bir şekilde neticelenmesine yardım etmektir[546]. Esastan inceleme için bu şartların bazılarının varlığı bazılarının da yokluğu gereklidir[547]. Dava şartları, kural olarak, davanın açıldığı tarih esas alınarak değerlendirilir[548]. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları *"(2) Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder. (3) Dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri*

---

545 **Yılmaz, E. :** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara 2017, s.1713; **Pekcanıtez**, Pekcanıtez Usul, s.927; **Kuru, B. :** Makaleler, İstanbul 2006, s.149; **Tanrıver** s.622; **Atalı, M./Ermenek, İ./Erdoğan, E. :** Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2018, s.324.

546 **Kuru**, Dava Şartları, s.148.

547 **Yılmaz**, Şerh, s.1713; **Pekcanıtez**, Pekcanıtez Usul, s.927.

548 **Kuru, B. :** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016, s.200.

sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez" hükümlerini getirerek buna istisna öngörmüştür.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu dava şartlarını herhangi bir sınıflandırmaya tabi tutmamıştır. Bağlayıcı olmayan ama genel olarak yapılan bir sınıflandırmaya göre dava şartları mahkemeye ilişkin dava şartları, davanın taraflarına ilişkin dava şartları ve dava konusuna ilişkin dava şartları şeklinde sınıflandırılabilir. Dava şartlarının hangi sırayla inceleneceği de belirtilmemiştir, ancak, belli bir dava şartının yokluğu halinde diğerlerinin incelenmesinde gerek yoksa, ilk önce o dava şartı incelenmelidir[549].

Yargı hakkı, esastan incelenip, karar verilebilmesi için varlığı gereken bir dava şartıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesine göre hakim dava şartlarını re'sen ve yargılamanın her aşamasında, yani istinaf ve temyizde de, inceleyebilir.

Dava şartları davanın açılması için değil, davanın esasına girilmesi için gereken şartlardır, dolayısıyla dava şartı eksik olsa bile, dava açılmış, derdest sayılır[550]. Yani dava şartlarının incelenerek bir karar verilmesinin ön koşulu davanın açılmış sayılmasıdır. Ayrıca bu şartlar usul hukukuna ilişkin olduklarından, maddi hukuk açısından bir talebin ileri sürülebilmesi için aranmazlar[551]. Dava şartlarının eksikliğinin tespiti halinde davanın usulden reddine karar verilir. Dava şartı olmadığı için dava kendiliğinden açılmamış sayılır, şeklinde bir çıkarım yapılması mümkün değildir[552].

Hakim, önüne gelen uyuşmazlıkta dava şartları yönünden bir eksiklik olduğunu düşünüyorsa, bunun hakkında karar vereceği yargılama evresi ön inceleme aşamasıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 137. maddesinin birinci fıkrası *" Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava*

---

549 **Kuru**, Medeni Usul Hukuku, s.201; **Tanrıver** s. 625; **Pekcanıtez**, Pekcanıtez Usul, s.954; **Umar** s.358.

550 **Kuru**, Dava Şartları, s.149; **Atalı/Ermenek/Erdoğan** s.325.

551 **Atalı/Ermenek/Erdoğan** s.324.

552 **Kuru**, Dava Şartları, s.150.

şartlarını ve ilk itirazları inceler…" hükmünü getirerek dava şartlarına ilişkin kararın bu evrede verilmesine işaret etmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 138. maddesine göre mahkeme, ön inceleme aşamasında *"....öncelikle dava şartları ve ilk itirazlar hakkında dosya üzerinden karar verir; gerektiği takdirde kararını vermeden önce, bu konuda tarafları ön inceleme duruşmasında dinleyebilir".* Hükme göre hakim dava şartları ve ilk itirazlar hakkında, yeterli bilgiye sahip olduğunu düşünüyorsa, dosya üzerinden gereken kararı verebilecektir, duruşma yapmasına gerek yoktur. Kanun'un, duruşma yapıp yapmama kararını hakime bıraktığı hallerde, Kanun'a aykırı olarak hakimi bağlayıcı şekilde ilke kararı alınması da mümkün değildir[553]. 138. maddede ifade edilen ön inceleme duruşması yapmaksızın dava şartları ve ilk itirazlar üzerine karar verme imkanı dilekçelerin teatisi kesitini ortadan kaldırmaz, yani ön incelemeye geçmek için dilekçeler teatisi aşaması tamamlanmış olmalıdır[554]. Bu noktadan sonra 115. madde gereğince, eksikliği giderilebilecek bir dava şartı eksikliği varsa, dosya üzerinden kesin süre verilebilir, eğer bu süre içinde söz konusu eksiklik giderilmezse yine dosya üzerinden usulden red kararı verilebilir, tamamlanma imkanı hiç yoksa doğrudan davanın usulden reddedilmesi gerekir. Bu anlatılanlar basit yargılama usulü için de geçerlidir, çünkü 320. maddenin birinci ve ikinci fıkrasında, mümkün olan hallerde duruşma yapılmadan karar verilebileceğini ve önce karar verilememesi hâlinde mahkemenin, ilk duruşmada dava şartlarını inceleyeceğini ifade etmektedir.

B. *Iure Imperii* İşlemle İlgili Olarak Yabancı Devlete Dava Açılması

Devlet, bizzat hak almayı yasaklamasına paralel olarak, kişilere, haklarının yerine getirilmesinde kullanmak üzere dava açma veya icra takibinde bulunma imkanı tanımıştır. Hukukumuzda sözlü dava açılması kabul edilmemiştir, mutlaka dilekçeyle

553 **Pekcanıtez**, Pekcanıtez Usul, s.1315.

554 **Pekcanıtez**, Pekcanıtez Usul, s.1286-1287.

dava açılması gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 118. maddesine göre *"Dava, dava dilekçesinin kaydedildiği tarihte açılmış sayılır"*. Dava, muhakkak bir dilekçe ile açılmalıdır. Davanın açıldığı anın belirlenmesinde harca tabi olup olmamasına göre bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre davanın açıldığı anın belirlenmesinde, başvuru harcı tahsil edilmeden dilekçenin işleme konduğu an, deftere kaydının geçersiz olmasından ötürü dikkate alınmaz, başvurma harcının ödendiği tarih esas alınarak değerlendirilir. Eğer dava dilekçesi, ilgilisi tarafından daha sonraki bir tarihte mahkeme kalemine verilmişse ve bu kalem tarafından belgelendirilmişse, dava o tarihte açılmış kabul edilmelidir. Harca tabi olmayan davalarda ise hakimin dava dilekçesini havale tarihi esas alınır.

Davanın açılmasıyla, taraflarının, mahkeme ve davanın tarafları olduğu bir usuli ilişki meydana gelir[555].

Dava açılmasıyla birlikte maddi hukuk alanında ve usul hukuku alanında olmak üzere çeşitli sonuçlar doğar. Davanın açılması ve tebliğ edilmesi farklı kurumlar olarak düzenlenmiştir, fakat, karşı tarafı temerrüde düşürme ve iyiniyetini ortadan kaldırmak için dava dilekçesinin tebliğ edilmesi gerekmektedir[556].

Dava açılmasının maddi hukuk bakımından sonuçlarından biri zamanaşımının kesilmesidir. Türk Borçlar Kanunu'nun 154. maddesinin ikinci fıkrasına göre dava açılmasıyla zamanaşımı kesilir. Hak düşürücü süreler korunur. Davalı temerrüde düşürülür ve iyiniyet kötü niyete dönüştürülmüş olur. Yine dava açılmasıyla bazı şahıs varlığı hakları malvarlığı haklarına dönüşür[557].

---

555 **Üstündağ, S. :** Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 7. Baskı, İstanbul 2000, s.287; **Pekcanıtez**, Pekcanıtez Usul, s.37; **Arslan, R./Yılmaz, E./Taşpınar Ayvaz, S./Hanağası, E. :** Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018, s.166.

556 **Atalı/Ermenek/Erdoğan** s.379; **Kuru**, Medeni Usul Hukuku, s.241 dn.33.

557 **Atalı/Ermenek/Erdoğan** s.380- 382; **Kuru**, Medeni Usul Hukuku, s.242; **Karslı** s.432-434; **Tanrıver** s.639-642; **Üstündağ** s.490-492.

Dava açılmasının usul hukukuna ilişkin sonuçları bakımından ilki, mahkemenin davayı inceleme zorunluluğu doğar. Yani mahkeme, davacının hukuki koruma talebi hakkında bir karar vermek zorundadır. Açılan davada, dava şartlarının hepsi karşılanmamış dahi olsa, hakim, davayı incelemeden bırakamaz. Dolayısıyla hakim, davayı, ya usulden reddedecektir, ya da esasa girip karar verecektir. Bundan sonra bu davayla ilgili olarak bir karar verilip, karar kesinleşinceye kadar dava derdesttir. Davanın açılmasıyla birlikte, davacı için tek taraflı olarak davayı geri alma yasağı başlar. Geçici hukuki koruma talepleri korunur[558]. Dava şartlarının davanın açıldığı tarihe göre belirlenmesi, yargı bağışıklığının dava şartı olarak incelemesinde ifade edilecektir.

Günümüzde, Türk hukukunda, egemenlik tasarrufu olmayan işlemler için, artık yabancı devlete karşı dava açılıp açılamayacağı bir sorun teşkil etmemektedir. Ancak yabancı devlete her halükarda, usuli bir engel, dava şartı konulmak suretiyle yargı bağışıklık sağlanmıştır. Bu maddeden yola çıkarsak hakim, dava dilekçesinden uyuşmazlık konusunun *acta iure imperii* olduğuna dair bir kanaate varıyorsa, dava şartı eksikliğinden davanın usulden reddine karar vermelidir denilebilir.

Dava sebebini teşkil eden vakıalardan hareketle dava konusunun tam olarak nitelenememesi, yani yargı hakkının olup olmadığı konusunda kesin bir yargıya varılamaması da mümkündür. Davanın açılmış olması yargı hakkının kullanılması olarak kabul edilebilir ancak buradan hareketle yargı hakkının varlığının belirsiz olduğu hallerde dava açılmasının mümkün olmadığı gibi bir sonuç çıkarılamaz[559]. Çünkü forum devletinin, uyuşmazlıkla ilgili olarak yargı hakkına sahip olup olmadığını tahkik etmesi ve yabancı devletin yargı bağışıklığı konusunda bir karara varması, bu bağlamda belirsiz, muğlak vakıalara ilişkin araştırma yapması uluslararası hukuka aykırılık teşkil

---

[558] **Kuru**, Medeni Usul Hukuku, 243; **Tanrıver** s.642; **Atalı/Ermenek/Erdoğan** s.382-384; **Karslı** s.435-436.

[559] **Damian** s.88.

etmez[560]. Dolayısıyla dava dilekçesinin tebliği ve davalının duruşmaya çağrılması mümkündür[561]. Bu değerlendirme yargı hakkının bir dava şartı olarak kabul edilmesiyle de uyumludur.

Eldeki vakıalardan yabancı devletin yargı bağışıklığına dayanmasının mümkün olduğu sonucu çıkıyorsa cevabın verilmesi daha zordur. Bir görüşe göre[562], bu halde artık dava dilekçesinin tebliğine gerek yoktur. Bir diğer görüşe göre[563], burada dikkat edilmesi gereken uluslararası hukukun böyle bir kararı gerektirip gerektirmediği ve yargı hakkı eksikliğinin yabancı devletin feragat beyanıyla giderilebileceğidir. Söz konusu görüş, bu halde de dava dilekçesinin tebliğ edilebileceğini ve feragatten vazgeçip geçmeyeceğine dair görüşünü bildirmesini istenebileceğini kabul etmektedir. Davanın açılması, davalı yabancı devlete bir yükümlülük getirmez, yabancı devlet sessiz kalsa bile en nihayetinde yargı bağışıklığı re'sen göz önüne alınacak ve usulden ret kararı verilecektir[564]. Kanımca burada ikinci görüş kabul edilmelidir. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115.maddesinin ikinci fıkrasına göre *"Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder"*. Dolayısıyla, hakimin yabancı devlete yargı bağışıklığı hakkında görüşünü sorması bu hükümden dolayı zaten gereklidir. Çünkü yargı hakkı tek tarafın feragatiyle tamamlanabilecek bir dava şartıdır. Ayrıca davanın açılmasıyla taraflar ve mahkeme arasında bir usuli bağ zaten vücut bulmuştur. Öte yandan üçüncü fıkra ise *"hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez"* diyerek sonradan yabancı devletin feragat beyanı yapmasıyla davanın esastan görülebilme yolunu açmıştır. Burada önemli olan yabancı

560 **Damian** s.89.

561 **Damian** s.89; **Rosenberg/Schwab/Gottwald** s.99; **Geimer** s.231.

562 **Pekcanıtez**, Pekcanıtez Usul, s.1167.

563 **Damian** s.89.

564 **Damian** s.89.

devletle ilgili olarak hüküm verilememesidir, yoksa her halükarda açılmış olan davaya ilişkin bir karar verilmesi gerekecektir. Özel bir düzenleme olmadığı için yargı bağışıklığı varsa, mahkeme, dava şartı eksikliğine dayanıp usulden ret kararı verecektir. Yani davanın esastan incelenmesi ve dolayısıyla davanın kabulü söz konusu olmayacaktır[565]. Buradan hareketle devletin gerçekleştirdiği faaliyet forum devletinin yargı hakkının konusu olmayacak ve uluslararası hukukun ihlalinden bahsedilemeyecektir.

§2. YABANCI DEVLETE DAVANIN İHBARI

A. Genel Olarak Davanın İhbarı ve Hukuki Niteliği

Davanın ihbarı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 61. maddesinde düzenlenmiştir, buna göre *"Taraflardan biri davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir".* Hükmün ifadesi sadece rücu ihtimali bulunan halleri kapsıyor gibi gözükse de, üçüncü kişinin açabileceği bir tazminat davası veya tamamen farklı bir dava açılabilecek olması hali de ihbar nedeni olarak değerlendirilebilir[566]. Üçüncü kişinin böyle bir davadan haberdar olması genellikle tesadüfîdir veya üçüncü kişi, davanın tarafı olmadığı ve kesin hükmün kendisini etkilemeyeceğini düşündüğü için ve fer'i müdahale etkisi ortaya çıkmasın diye fer'i müdahil olarak davada yer almaktan kaçınabilir[567]. İhbarın işlevi de bunları

[565] **Boran Güneysu, N. :** Medeni Usul Hukukunda Karar, Ankara 2014, s.109.

[566] **Atalı**, Pekcanıtez Usul, s.738.

[567] **Atalı**, Pekcanıtez Usul, s.738.

önlemektir[568]. Yoksa davanın ihbarı, ihbar edilen kişinin davanın tarafı olmasını sağlamaz, yani onun hakkında hüküm kurulması mümkün değildir[569].

Üçüncü kişiye yapılan ihbarın hukuki niteliğinin, ilk davanın taraflarından birinin, kendisine karşı açılan bir davayı haber verdiği düşünüldüğünde, bir bilgi açıklaması olduğu kesindir. Ayrıca 61. maddede açık bir biçimde yer almasa ve ihbar beyanında sarih bir şekilde gösterilmese bile, ihbarla, üçüncü kişiye zımni olarak, davada fer'i müdahil sıfatıyla kendisi yanında yardımcı olarak yer alması gerekliliği iletilmiş olmaktadır. Buradaki gerekliliğin aynı zamanda bir isteği ve bununla birlikte bir teklifi de içermesi nedeniyle ortada bir *"irade açıklaması"*nın da olduğu kabul edilebilir. Bu gerekliliğin gerçekleştirilmemesinin sonuçları ikinci davada ortaya çıktığı, derdest olan davada herhangi bir sonuç doğurmadığı ve ihbarın muhatabı üçüncü kişinin, derdest olan davaya katılmasının kendisi açısından usuli bir yükümlülük olduğu sonucuna bizi götürecek bir hüküm olmadığı için davanın ihbarının maddi hukuka ilişkin bir irade açıklaması olduğu söylenebilirdi[570]. Yani bir maddi hukuk işlemidir ve üçüncü kişinin kabulüne gerek olmaksızın kendisinden beklenen etkiyi doğurur[571]. Ancak ihbarın yapıldığı derdest davadaki sonuçları ile ileride açılacak olan dava meydana getireceği usuli etkiler göz önüne alındığında, davanın ihbarının geniş anlamda usuli işlem olarak nitelendirilmesi de mümkündür[572]. Dar anlamda usuli işlem anlayışının benimsenmesi halinde de, ihbarın bir usuli işlem olarak kabul edilebileceği öne sürülmüştür[573]. Ama hangi düşünce kabul edilirse edilsin, bu görüşler ihbarın özel

---

568 **Atalı**, Pekcanıtez Usul, s.739.

569 **Yılmaz**, Şerh, s.1321.

570 **Atalı**, Pekcanıtez Usul, s.740.

571 **Tanrıver** s.556.

572 **Atalı, M. :** Medeni Usul Hukukunda Davanın İhbarı, Ankara 2007, s.52.

573 Bkz. **Atalı**, Davanın İhbarı, s.53.

hukuka ilişkin bir bildirim olması ile çelişmez ve mahkeme aracılığıyla yapılması, ihbarın bu niteliğini ortadan kaldırmaz[574].

Yapılan ihbarın etkisi fer'i müdahalenin etkisine atıfla düzenlenmiştir. İhbarın muhatabı üçüncü kişi, davayı kendisine ihbar eden kişinin aleyhine verilmiş olan hükmün kendisi bakımından da sonuç doğurmasına katlanacak ve hükmü tartışma konusu yapamayacaktır [575] . Üçüncü kişi ihbar edilen davada hakimin hukuku uygulamasında yanlışlık olduğu, doğru uygulansa daha farklı hukuki ve maddi tespitlere ulaşacağını ileri süremez[576]. Ayrıca ihbar etkisinin iki yönü gereği hem ikinci davanın davalısı yeni vakıa ileri sürmekten yasaklı olacak hem de hakim bununla bağlı olacaktır[577]. İhbarın yapılabileceği zaman tahkikatla sınırlandırılmıştır. Yani tahkikattan sonra veya kanun yolu aşamasında ihbar yapılamaz. Tahkikat süresince, ne kadar erken yapılırsa etkisi o kadar geniş olur[578].

B. Yabancı Devlete Davanın İhbarı

Yabancı devlete davanın ihbarıyla ilgili olarak bir görüş [579] ihbarın etkisi yüzünden yabancı devlete davanın ihbarının caiz olmadığını söylemektedir. **Geimer**[580] de, kendisine ihbar yapılan yabancı devletin, davalı olarak yargı hakkından bağışık olacaksa, bunun caiz olmayacağını ifade etmekte ama yazılı beyanın yabancı devlete ihbarın tebliğ edilebileceğini, zira yabancı devletin davaya müdahil olarak forum

---

574 **Atalı**, Davanın İhbarı, s.54.

575 **Atalı**, Davanın İhbarı, s.143.

576 **Atalı**, Davanın İhbarı, s.153.

577 **Atalı**, Davanın İhbarı, s.156-157.

578 **Üstündağ** s.385.

579 **Rosenberg/Schwab/Gottwald** s.99.

580 **Geimer** s.287.

devletinin yargı hakkını kabul edebileceğini belirtmektedir. **Matscher**[581] ise yabancı devlete davanın ihbarının caiz olduğunu savunmaktadır.

Yukarıda yargı bağışıklığının sadece hakkında hüküm verilmeyi değil, tüm yargısal ve idari işlemlerin yapılmasını engellediği ifade edilirken, maddi hukuk düzeninden bağışıklık sağlamayacağı vurgulanmıştı. İhbar etkisinin işlerlik kazanabilmesi, her koşulda ikinci davanın açılmasına bağlıdır[582]. Davayı ihbar eden kişi ile ihbarın muhatabı yabancı devlet arasındaki ilişkinin hukuki niteliği *iure imperii* ise açılan davanın akıbeti yargı hakkı eksikliğinden dolayı usulden reddedilmesi olacaktır. Dolayısıyla ihbarın etkisi esasen gerçekleşmeyecektir. Öte yandan davanın açıldığının sadece haber verilmesi olarak gerçekleşen işlemin bir yönden de maddi hukuk işlemi olduğu düşünüldüğünde davayı ihbar etmekte bir sakınca görmemek gerekir. Ayrıca , davanın ihbarı üçüncü hukuki dinlenilme hakkıyla ilişkilidir ve hukuki dinlenilme hakkının sadece davanın taraflarına değil, dava ile ilgili üçüncü kişilere de tanınmıştır[583]. Yani ortada sadece mevcut davanın taraflarının değil, üçüncü kişi yabancı devletin de menfaatleri söz konusudur.

Davanın ihbarı için bir dilekçe ile mahkemeye başvurulduğunda, hakimin ihbar edilecek kişinin yabancı devlet olması halinde bunu reddetmemelidir. Her ne kadar tarafların ihbarı mahkeme dışı yolla yapması mümkünse de[584], yabancı devletin olası bir katılımıyla yargı bağışıklığından feragatin gündeme gelecek olması, dolayısıyla forum devletinin yargı hakkının genişleyecek olması göz önüne alındığında bunu mahkeme kanalıyla yapmak tercih edilmelidir. Aksi halde tebligatın yapılma usulüne sorunlar gündeme gelebilir.

---

581 **Fasching/Konency/Matscher** s.125.

582 **Atalı**, Davanın İhbarı, s.143.

583 **Yılmaz**, Şerh, s.1312.

584 Örneğin noterlik yoluyla ihbar yapılması mümkündür.

Dava üçüncü kişiye ihbar edildikten sonra, üçüncü kişinin takınacağı tutum beklenmeden davada karar verilmesi mümkün değildir[585]. İhbar edilenin bir yabancı devlet olması durumunda, bu tutumun beklenmesi çok daha önemlidir, çünkü yabancı devletin bir *acta iure imperii'*si söz konusuysa yabancı devletin fer'i müdahil olarak katılmasıyla yargı bağışıklığından feragat gündeme gelecektir[586]. Burada tebligat yapılmasının uzun sürmesi söz konusu olabilir ama hukuki dinlenilme hakkı ve gerçeğe ulaşılmasındaki üstün çıkarın bu konuda belirleyici olması gerekir.

§3. YABANCI DEVLETE TEBLİGAT

A. Genel Olarak Tebligat

Kanunun tebliğe bağladığı sonuçların ortaya çıkabilmesi, yine kanunun kendisinin hükme bağladığı şekle uygun olarak bir tebliğ işlemi yapılmalıdır[587]. Doğrudan hukuki dinlenilme ve adil yargılanma hakkıyla ilgili olduğu için tebligat yargılamada büyük bir işlevi yerine getirir. Tebligat Kanunu'nun 1. maddesine göre tebliğ çıkarma yetkisini haiz merciler, bazı kişileri dinlemek için çağırmak zorundadır. Çünkü bu kişileri çağırmadıkları takdirde, bazı işlemler tamamlanamayabilir, bu yüzden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde yer alan hukuki dinlenilme hakkına binaen hakim, tarafları, müdahilleri ve yargılamanın diğer ilgililerini usulüne uygun çağırmazsa hüküm veremez[588]. Türk mahkemelerinde yargılanan bir yabancı devletin de adil yargılanma hakkına riayet etmek gerekir. Zira gerek Anayasa'nın 36. maddesindeki, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesindeki "herkes" kavramı, kuşkusuz yabancı devleti de kapsar. Tebligat Kanunu'nun amacı da, tebliğ

585 **Yılmaz**, Şerh, s.1315.

586 **Geimer** s.287.

587 **Muşul, T. :** Tebligat Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2013, s.9.

588 **Yılmaz, E./Çağlar, T.** : Tebligat Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2013, s.143.

konusu işlemin muhatabına kısa süre içinde ulaştırılması ve muhatap tarafından kabul edilmesini sağlamaktır[589].

B. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Tebligat Düzenlemesinin Değerlendirilmesi

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 49. maddesinin ikinci fıkrasına göre *"Bu gibi uyuşmazlıklarda yabancı devletin diplomatik temsilcilerine tebligat yapılabilir".* Yani, sadece ortada *iure gestionis* bir işlem varsa bu hüküm uygulanabilir. Yabancı devletin taraf olduğu uyuşmazlıklarda ise çeşitli sorunlar baş göstermektedir. Burada ilk önce uluslararası hukuk gereği tebligatın nasıl yapılacağı incelenecek ve daha sonra uygulanıp uygulanamayacağı hukukumuzda tartışmalı olan Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 49. maddesinin ikinci fıkrası irdelenecektir.

Tebligatın kime yapılacağı konusu forum devletinin kanunlarına göre belirlenir[590]. Bu, usul kurallarına *lex fori'*nin hakim olmasının doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkar. Zira yabancı bir devletin davalı konumunda olduğu bir davada mahkemenin doğrudan doğruya yabancı devletin o ülkedeki diplomatik temsilciliğine ve öncelikle diplomatik temsilcisine tebligat yapması, genellikle kabul edildiği biçimde diplomatik imtiyaz ve muafiyetlerle bağdaşmaz[591]. Türkiye'de bulunan yabancı misyonlarla ancak Dışişleri Bakanlığı marifetiyle iletişim kurulabilir[592]. Mahkeme, tebligatı, Dışişleri Bakanlığı üzerinden ilgili devletin diplomatik misyonuna yollayabileceği gibi, bu devletin Dışişleri Bakanlığı'na da yollayabilir[593]. Her iki halde

589 **Muşul** s.23.

590 **Damian** s.90.

591 **Toluner** s.385.

592 **Toluner** s.385.

593 **Toluner** s.388.

de uluslararası hukuka aykırı bir durum ortaya çıkmaz, zira forum devletinin ve yabancı devletin ilgili organları eşit oldukları bir düzlemde karşılaşmış olurlar[594].

Söz konusu hüküm vasıtasıyla diplomatik temsilcilere sadece diplomatik yol ile tebligat yapılabileceği kuralıyla devletin sınırlı yargı bağışıklığının etkisiz kalmasının önüne geçildiği belirtilmiştir[595]. Buna göre, diplomatik yol ile tebligat zorunluluğu yalnızca diplomatik ajanın resmi görevlerinin ifası ile ilgilidir ve kendisi hakkındaki davalar bakımından söz konusudur; yabancı devlete karşı açılan davalarda uygulanmaz. Bu nedenle, yabancı devlete karşı açılan davalar için çıkarılan tebligatlar bakımından Viyana Sözleşmesi hükümlerine uyma zorunluluğu yoktur. Bu hükme dayanılarak yabancı devletin Türkiye'de bulunan temsilciliğine, Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebligat yapılması mümkündür[596]. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 49. maddesinin ikinci fıkrası ile ek bir tebligat imkanı getirilmiştir, yoksa tebligatın, Dışişleri Bakanlığı üzerinden yabancı devletin temsilciliklerine veya iki ülke arasındaki milletlerarası tebligat usulüne göre yabancı devletin Dışişleri Bakanlığı'na da yapılmasına bir engel yoktur[597]. Zira yargı bağışıklığının söz konusu olmadığı özel hukuk ilişkilerinde medeni usul hukuku bütün yönleriyle işlerlik kazanır[598]. Ancak bu hükmün kapsamının belirlenmesi önem taşır. Burada hükmün kapsamına giren husus yabancı devlete karşı açılan bir davayla ilgili tebligatın o devletin temsilciliğine yapılmasıdır. Yani devletin temsilcisine açılmış bir davada bu hüküm uygulanamaz[599].

---

[594] **Damian** s.94.

[595] **Çelikel/Erdem** s.637; ilgili fıkranın böyle bir işlevi olmadığı zira dava edilebilirlik ile tebliğ edilebilirliğin ayrı kurumlar olduğu da vurgulanmıştır, **Sargın, F. :** 1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi Hükümleri Dahilinde MÖHUK'un 33. maddesinin Uygulanabilirliği Sorunu (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52 S.1, 2003, s.13-36), s.24.

[596] **Çelikel/Erdem** s.638; **Kuru**, Hukuk Usulü, s.1350.

[597] **Çelikel/Erdem** s.638; **Nomer**, Devletler Hususi, s.429.

[598] **Nomer**, Devletler Hususi, s.428.

[599] **Çelikel/Erdem** s.638; Öte yandan bu fıkranın milletlerarası hukukun ihlali anlamına geldiği ve kaldırılması gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu fıkra devletin yargı bağışıklığı ile misyon üyelerinin yargı bağışıklığını birbirine karıştırmaktadır, **Sargın** s.34.

Bir açıdan bakıldığında diplomatik temsilciğin şefi de tebligatı kabul edip, kendi devletinin dışişleri bakanlığına iletmeye yetkili görülebilir, ancak Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi'nin 3. maddesinin birinci fıkrasına göre bu diplomatik temsilciliğin olağan işleri arasında yer almaz ve genel kabul, özel yetkilendirme olmaksızın, misyon şefinin böyle bir tebligatı alamayacağıdır[600]. Hiçbir kayıt olmaksızın bunun tersini öngören bir düzenlemenin uluslararası hukukla bağdaştığı söylenemez[601]. Yapılan tebligat uluslararası etkiye haiz değildir[602], ancak yabancı devleti temsile yetkili organ, duruşmada hazır bulunur ise söz konusu tebligatın geçerli olarak yapıldığı sonucuna varılabilir[603].

Sargın[604], burada 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi'ne kesin bir biçimde aykırılık olduğunu belirtmiştir. Yazara göre milletlerarası sözleşmeler, Anayasa'ya uyarınca usulüne uygun bir biçimde yürürlüğe girmekle kanun hükmünü kazanırlar ve aleyhlerine Anayasa Mahkemesi'ne gidilemez. Yani Sözleşme'nin Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a üstünlük taşıdığı ortadadır. Ayrıca Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 1. maddesinin ikinci fıkrasında *"Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır"* denilmekle, Kanun kendi kendini sınırlamıştır. Bu durumda diplomatik temsilciye tebligat yapılıp yapılamayacağı sorusu Viyana Sözleşmesi hükümlerine göre cevaplanmalıdır. Sözleşme'de buna ilişkin özel bir hüküm bulunmamakla birlikte, temel kural, diplomatik temsilcinin yargı bağışıklığının tanınması ve sadece açıkça belirlenen hallerde, bu bağışıklıktan yararlanılamamasıdır. Böyle bir hüküm olmadığına göre, tebligat yapılmaya çalışılması halinde, Sözleşme ihlal edilmiş olur. Dolayısıyla büyükelçiler, elçiler, maslahatgüzar,

600 **Damian** s.91.

601 **Damian** s.91.

602 **Damian** s.91.

603 **Damian** s.91, dn.15.

604 **Sargın** s. 19 vd.

müsteşar, katipler ve ataşeler ile bu sayılanların birlikte oturdukları aile üyelerine, ayrıca diplomatik bağışıklıklar ve ayrıcalıklardan faydalanabilmeleri kabul edilen kişilere Türkiye'de tebligat yapılamaz[605].

Gerçekten de 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin 22. maddesine bakıldığında birinci fıkra *"Misyon binaları dokunulmazlığı haizdir. Kabul eden Devlet yetkilileri misyon şefinin rızası olmadıkça bu binalara giremezler"* hükmünü getirmiş. İkinci fıkra ise "*Kabul eden Devlet, misyon binalarını herhangi bir tecavüz veya zarara karşı korumak ve misyonun huzurunun herhangi bir şekilde bozulması veya itibarinin kırılmasını önlemek üzere her türlü tedbiri almak özel göreviyle yükümlüdür"* diyerek kabul eden devlete misyon binalarının korunması konusunda ödev yüklemiştir. Bu hükümlere rağmen ilgili diplomatik elçiliğe tebligat yapılması Viyana Sözleşmesi'nin ihlali anlamına gelebilir.

49. maddenin ikinci fıkrasından farklı bir esas benimseyen Tebligat Yönetmeliği'nin 45. maddesinde de *"Muhatap, tebliğ yapılabilecek kişilerden olmasına rağmen, muhatabın adresi, "ülke dışı" muamelesi gören bir yer ise ve tebliğ memuru tebligatı yapamazsa birinci fıkra gereğince işlem yapılır"*, yani *"Türkiye'de kendisine tebligat yapılamayacak olan bir yabancıya tebligat çıkarılması durumunda muhatap, tebliğ memuruna kendisine tebligat yapılamayacağını beyan eder veya tebliğ memuru bu hususu bizzat öğrenirse keyfiyet tebliğ mazbatasına şerh edilerek evrak iade olunur"* diyerek, aslında diplomatik temsilciye, evinde yahut misyon sınırları içinde tebligat yapılamayacağını ifade edilmiştir.

Bir diğer konu, hakimin, diplomatik temsilciye doğrudan tebligat yapılmasını sağlaması, uyuşmazlığın konusunun bir *acta iure gestionis* olduğunu kabul etmesine bağlıdır, davanın başında yapılan böyle bir kabul, hakimin oyunu önceden belli etmesi

[605] **Yılmaz/Çağlar** s.484.

şeklinde yorumlanabilir, ki bu uygunsuz bir durum olacaktır[606] ve hakimin reddi hükümleri işlerlik kazanabilecektir. Bu yüzden de tebligatın diplomatik yollarla yapılması gerekir.

Alman hukukunda da kabul edilen diplomatik temsilciliğin tebligat yapılmak için doğru bir yer olmadığıdır[607]. Zira diplomatik temsilciliğin görevi gönderen devletin siyasi konularda temsilciliğini yapmaktır, yoksa gönderen devletin kabul eden devletteki davalarında temsilcilik yapmak değildir, bu yüzden misyon şefinin gönderen devlet aleyhine açılmış davalarla ilgili tebligatları alması için özel olarak yetkilendirilmiş olması gerekir[608]. Diğer bir yol, yine forum devletindeki yabancı devlet diplomatik temsilciliğinin kullanılmasıdır. Bu halde tebligat Dışişleri Bakanlığı vasıtasıyla kendi Dışişleri Bakanlığı'na iletilmesi için, kabul etmesi şartıyla, davalı devletin diplomatik temsilciliğine iletilir[609].

Konuyla ilgili olarak, 1954 tarihli Usul Hukukuna İlişkin La Haye Sözleşmesi ile 1965 tarihli La Haye Tebligat Sözleşmesi hükümlerinden de yararlanılması düşünülebilir. Ancak her iki Sözleşmede de yer alan "*bir adli yardım talebinin yerine getirilmesi, kendisinden adli yardım talep edilen devlet tarafından hakimiyet veya güvenliğini haleldar edecek mahiyette olduğuna kanaat getirilirse reddedilecektir*" hükmü, egemenliğin veya güvenliğin haleldar olması gibi yoruma açık kavramlar kullanmaktadır. Bu kavramlara dayanılarak, bir devlete karşı bir davanın veya ödeme emrinin veya bir hukuki ihtilafın ihbar edilmesinin, o devletçe itiraz edilerek reddedilmesi ihtimali nedeniyle bu yolun sonuç vermeme olasılığı bulunduğu vurgulanmıştır[610].

---

606 **Süral** s. 308.

607 **Geimer** s.292.

608 **Geimer** s.292.

609 **Geimer** s.292.

610 **Nomer**, Devletler Hususi, s.429; **Erdem, B. :** Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Tebligat Türkiye'den Yurt Dışına Yurt Dışından Türkiye'ye Yapılacak Tebligat, İstanbul 1992, s. 122.

§4. İSPAT YÜKÜ

İspat yükü medeni usul hukukundaki en tartışmalı konulardan biridir. Kavram, herhangi bir vakıa iddiasının yeterince aydınlanamaması veya hakimin kanaatinin hüküm vermeyi sağlayacak oran ve netliğe ulaşmaması durumlarını ifade eder[611]. Bu belirsizlik durumunda hakimin bir altlama yapması ve hukuku uygulanması mümkün değildir [612] . O halde, ispat yükü, belli bir vakıanın mevcut olup olmadığının anlaşılamaması, yani vakıanın ispatsız kalması yüzünden yargıcın aleyhte bir kararıyla karşılaşma tehlikesidir[613]. İspat yüküne, somut olaya göre karar verilemez, ispat yükü kuralları, somut davadan bağımsız olarak ve uygulanacak hukukun soyut kurallarından çıkarılmak zorundadır[614].

Bir hususun hakkında re'sen araştırma ilkesinin kabul edilmesi, onunla ilgili olarak ispat yükü kurallarının uygulanmayacağı anlamına gelmez[615]. Bu bakımdan yargı hakkının eksikliğinde de ispat yükü kurallarının uygulanacağına işaret edilmiştir[616]. Buna göre yabancı devletin yargı bağışıklığı forum devletinin sınırsız yargı hakkı kuralına bir istisna olarak öngörülmüştür[617]. Yani yargı bağışıklığına vücut verecek vakıalarda bir *non-liquet* durumu olması halinde buna katlanması gereken taraf yabancı devlettir. Belirsizlik halinde hukuki himaye tercih edilir[618]. Bu ilke *"in dubio pro jurisdictione, non pro immunitate"* şeklinde ifade edilir[619]. Ayrıca konuyla ilgili olarak ispat yükünün yabancı devlet yararına düzenlenmesi davacı için üstesinden

---

611 **Taşpınar, S.** : Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s.160.

612 **Taşpınar** s.160.

613 **Umar, B./Yılmaz, E.** : İsbat Yükü, 2.Bası, İstanbul 1980, s.3.

614 **Taşpınar** s.161.

615 **Atalay, O. :** Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s.16.

616 **Geimer** s.244.

617 **Geimer** s.244.

618 **Schack** s.78.

619 **Geimer** s.244.

gelebileceğinden daha bir yük olurdu ki, davacı yabancı devletin iddialarını tatbik edebilecek bir pozisyonda değildir[620]. Dolayısıyla yargı bağışıklığına dair ispat yükünü davalı yabancı devlet taşır[621].

Ancak yargı bağışıklığına ilişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 5. maddesi yabancı devletin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin hükümlerine tabi olarak yargı bağışıklığından yararlanacağını ifade etmiştir. Avrupa Sözleşmesi'nin 15. maddesi de Avrupa Sözleşmesi'nin 1-14. maddeleri arasındaki hükümler uygulama alanı bulmuyorsa, yabancı devletin yargı bağışıklığından istifade edeceğini belirtmiştir. Bu düzenlemelerden hareketle yabancı devletin yargı bağışıklığının hala kural olarak algılandığı sonucuna varılabilir[622]**. Lorz**'a göre[623] ispat zorluğundan yola çıkılarak ispat yükünün yabancı devletin aleyhine olması gerektiği söylenemez. Zira özel bir ispat zorluğu yoktur. Çünkü yargı bağışıklığı olup olmadığının belirlenmesinde, amaç önem taşımaz, işlemin niteliği ve dışa vurumu önem taşır, bu hususlar da çoğunlukla objektif somut vakıalar vasıtasıyla tespit edilir. Yoksa sadece yabancı devletin etki alanındaki ve davacının bilgisine kapatılmış vakıalara dayanılmaz. Bu yüzden de yabancı devlete dava açan kişi yargı hakkının varlığını işaret eden vakıaları ispat yükü altındadır. Bu görüş davacının, genel olarak, dava şartlarını ispat yükü altında olmasına[624] da uygundur. **Shaw**[625] da İngiliz Yargı Bağışıklığı Kanunu'nda yer alan düzenlemeler gereği kuralın devletin yargı bağışıklığının bulunup bulunmadığını davacının kanıtlaması gerektiğini belirtip, ispat yükünün davacı da olduğunu vurgulamıştır.

---

620 **Stein/Jonas/Jacobs** s.925.

621 **Schack** s.78; **Geimer** s.244; **Stein/Jonas/Jacobs** s.924; **Zimmerman** s.1228; **Nagel/Gottwald** s.45; **Fasching/Konecny/Matscher** s.123.

622 **Lorz, S. :** Ausländische Staaten vor deutschen Zivilgerichten, Tübingen 2017, s.240; **Süral** s.89.

623 **Lorz** s.240-241.

624 **Adolphsen, J. :** Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Baden 2014, s.240.

625 **Shaw** s.566; İngiliz hukukunda aksi yöndeki görüş için bkz: **Higgins** s.376-377.

§5. DAVALININ YOKLUĞUNDA HÜKÜM VERİLEBİLMESİ

A. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Konuya Bakışı

İlk derece yargılamasının aşamaları dilekçeler teatisi, ön inceleme, tahkikat, sözlü yargılama ve hükümdür. Oturum (celse), ön inceleme, tahkikat ve sözlü yargılama işlemlerinin icrası için, mahkeme tarafından belirlenmiş zaman aralığını ifade ederken; duruşma oturumlarda gerçekleştirilmiş olan ön inceleme, tahkikat ve sözlü yargılama işlemlerini ifade etmekte kullanılır[626].

Ön incelemede dava şartları ve ilk itirazların incelenmesi hali hariç duruşma yapılmalıdır; çünkü Kanun sadece bu iki konuyu ayrık tutmuş ve duruşma yapılmasına gerek olmadığını belirtmiştir[627]. Bir sonraki aşama olan tahkikat[628] duruşmalı yapılır. Keza tahkikattan sonra sözlü aşama ve hükümde zaten işin doğası gereği duruşma yapılır.

Duruşma yapılması hukuki dinlenilme hakkı, aleniyet, doğrudanlık, sözlülük gibi ilkeler açısından önem arz etmektedir[629]. Davada, kural, duruşma yapılmasıdır[630]. Ön inceleme duruşmasında tahkikat günü belirlenmiş olması hali hariç, tarafların duruşma gününden haberdar olması amacıyla duruşma davetiyesi gönderilir. Ön inceleme duruşmasında gelmeyen taraf da tahkikat için duruşmaya davet edilir[631].

---

626 **Tanrıver** s.697.

627 **Özekes**, Pekcanıtez Usul, s.1316; **Yılmaz**, Şerh, s.1955.

628 Burada kastedilen dar anlamda tahkikattır, dar ve geniş anlamda tahkikat için bkz. **Çelikoğlu, C. T. :** 6100 Sayılı HMK'ya Göre İlk Derece Yargılamasında Ana Hatlarıyla Tahkikat Safhası (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 4, Sayı 13, 2013, s. 113-150), s.115.

629 **Özekes**, Pekcanıtez Usul, s.1340; **Karslı** s.465.

630 **Özekes**, Pekcanıtez Usul, s.1340; **Karslı** s.465; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 144. Maddesinin birinci fıkrasında getirilen *"Tahkikat aşamasında mahkeme, her iki tarafı usulüne uygun olarak davet edip, davada ileri sürülen vakıalar hakkında dinleyebiilir"* hükmü hakimin, tarafları dinlemeden vakıalar hakkında karar verebileceği şeklinde anlamlandırılamaz, **Yılmaz**, Şerh, s.1990.

631 **Yılmaz**, Şerh, s.1999.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 147. maddesinin ikinci fıkrasına göre *"Taraflara gönderilecek davetiyede, belirlenen gün ve saatte geçerli bir özrü olmadan mahkemede hazır bulunmadıkları takdirde, duruşmaya yokluklarında devam edileceği ve yapılan işlemlere itiraz edemeyecekleri bildirilir*", söz konusu davetiye *"meşruhatlı davetiye"* olarak adlandırılır. Taraf veya taraflara hiç veya yukarıda anılan hükme uygun tebligat yapılmaması ve hüküm tesis edilmesi hukuki dinlenilme hakkına aykırı olacaktır[632]. Bu ilk davetiyeden sonra, taraflar, sonraki duruşmalarda hazır bulunuyorlarsa, sonraki duruşma gününün tefhimi yeterlidir, ayrıca bir tebliğ yapılmasına gerek yoktur. Anayasa'nın 141. maddesinin birinci fıkrası ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrasına göre duruşmalar herkese açıktır. Bu kurallar aleniyet ilkesine dayanır[633] ama duruşmaların aleni yapılması kuralının da istisnaları vardır. Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28. maddesinin üçüncü fıkrasına göre genel ahlak ve kamu güvenliği duruşmanın gizli yapılmasını haklı kılabilir.

Tarafların çağrıldıkları duruşmaya gelmek zorunda olmamalarına ve zorla duruşmaya getirilemeyecek olmalarına rağmen, mahkeme tarafları duruşmaya çağırmak zorundadır[634]. Bundan sonra her iki tarafın da duruşmaya gelmemesi halinde veya taraflardan birinin gelip, davaya devam etmek istememesi halinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 150. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları uygulama alanı bulur ve dosya işlemden kaldırılır. Yine aynı ikinci fıkraya göre eğer gelen taraf davaya devam etmek isterse, davaya devam edilir, ayrıca gelmeyen tarafın yokluğunda yapılan işlemlere itiraz şansı da ortadan kalkar. Her iki olasılıkta da hakimin kabul etmesi şartıyla, tarafların mazeretlerini mahkemeye bildirerek dosyanın işlemden kaldırılmasına engel olması mümkündür. Ayrıca dosyanın işlemden kaldırılması sonrasında taraflar yenileme

---

632 **Atalı/Ermenek/Erdoğan** s.139.

633 **Özekes**, Pekcanıtez Usul, s.1345; **Kuru**, Medeni Usul Hukuku, 82.

634 **Karslı** s.465; **Çelikoğlu** s.132.

talebinde bulunabilirler. Yenileme talebinde bulunulmazsa dosyanın işlemden kaldırıldığı tarihten üç ay sonra dava açılmamış sayılır.

Tahkikattan sonra sözlü yargılama aşaması gelir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 186. maddesinin birinci fıkrasına göre *"Mahkeme, tahkikatın bitiminden sonra, sözlü yargılama ve hüküm için tayin olacak gün ve saatte mahkemede hazır bulunmalarını sağlamak amacıyla iki tarafı davet eder"* ve daha sonra sözlü yargılama aşaması gerçekleştirilir. Hükme göre, sözlü yargılama ayrı bir oturumda yapılmalıdır[635]. Burada taraflar, tahkikat sonucunda ulaşılmış bulunan durumu da göz önüne alarak, kendi iddia ve savunmalarının haklılıklarını ortaya koymaya ve bunun vasıtasıyla, bir anlamda yargılamanın genel bir değerlendirmesini yapmaya gayret ederler[636]. Bu imkanın bir kere de sözlü olarak gerçekleştirilmesine izin vermek şarttır, çünkü, öbür türlü, medeni yargılama sadece yazılılık ilkesinin işlerlik kazandığı bir alan haline gelir ve tamamen şekli bir kalıba sokulmuş olur. Ayrıca sözlü yargılama aşamasının etkin kullanımıyla hüküm de o derecede kolektif bir faaliyetin ve diyalektik bir sürecin ürünü olur[637]. Tahkikattan farklı olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 186. maddesinin birinci fıkrası taraflardan biri veya her ikisinin gelmemesi halinde dosyanın işlemden kaldırılmayacağını ve yokluklarında hüküm verileceğini ifade etmiştir.

B. Yabancı Devletin Açılan Davaya Kayıtsız Kalması

Yabancı devletin, forum devletinin yargı hakkına tabii olduğu kabul edilse bile, yabancı devlet, hakkındaki yargılamaya katılmayabilir. Eğer davacı da, usulüne uygun çağrıldığı duruşmaya mazeretsiz gelmezse, dosyanın işlemden kaldırılması kurumuna başvurulacaktır. Ama bu söz konusu olmazsa yabancı devletin yokluğunda hüküm

635 **Atalı/Ermenek/Erdoğan** s.544.

636 **Özekes**, Pekcanıtez Usul, s.1578.

637 **Tanrıver** s.977.

verilmesi gerekecektir. Bu koşullarda verilen bir kararla ilgili sürpriz yasağı gündeme gelebilir. Yabancı devletin sürpriz bir kararla karşılaşmaması için üç kritere dikkat etmek gerekecektir[638]: ilk olarak, yabancı devlete dava ile ilgili bilgi alma olanağı tanınmalıdır, bu da yabancı devletin yetkili organına uluslararası hukuka uygun olarak yapılan bir tebligatla mümkün olur; ikinci olarak tebligatla duruşma arasında uygun zaman dilimi olmalı; ve son olarak gıyapta verilen karar yalnızca yabancı devlete önceden bildirilmiş vakıalarla ilgili olmalıdır. Aksi halde sürpriz karar verilmesi gündeme gelir, bu da hukuki dinlenilme hakkının ihlali anlamına gelir[639].

Burada yargı hakkının varlığına dikkat edilmelidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 128. maddesi dava dilekçesine cevap vermemenin sonucunu özel olarak düzenlemiş ve *"Süresi içinde cevap dilekçesi vermemiş olan davalı, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakıaların tamamını inkâr etmiş sayılır"* hükmünü getirmiştir. Buradan yola çıkılarak yabancı devletin forum devletinin yargı hakkını kabul etmiş olduğu sonucuna varılamaz. Hakim bu halde yargı hakkının varlığını re'sen araştırmalı ve ona göre ya dava şartı eksikliğinden usulden ret kararı vermeli ya da davanın esası hakkında bir karar vermelidir. Yapılan tüm incelemelere rağmen yargı hakkının mevcudiyetine ilişkin vakıalarla ilgili *non-liquet* hali ortadan kalkmıyorsa ispat yükü kuralları uygulanmalı ve ona göre karar verilmelidir. Bu halde de davanın usulden reddine karar verilmelidir, zira *in dubio pro iurisdictione* ilkesi burada uygulama alanı bulmaz[640]. Söz konusu ilke, vakıaların hukuki niteliğinin belirlenmesi sırasında forum devletinin yargı hakkının olduğu karinesini ifade etmektedir, yoksa belirsiz vakıalara dayanılarak yabancı devletin yargı bağışıklığı iddiası hakkında karar verilmesini sağlamaz[641].

638 **Damian** s.96.

639 **Umar** s.128.

640 **Damian** s.97.

641 **Damian** s.97.

Ayrıca, yabancı devletin yokluğunda karar verilebilmesi için sözlü yargılamaya ilişkin tebligat yaparken, *"belirlenen gün ve saatte mahkemede hazır bulunmadıkları takdirde yokluklarında hüküm verileceği hususu bildirilir"*, böyle bir bildirim yapılmaması ve yabancı devletin yokluğunda gerçekleştirilen yargılama esas alınarak hüküm verilmesi bozma sebebi oluşturur[642].

Bundan sonra verilen karar usulüne uygun bir şekilde tebliğ edilir ve şartları varsa karara karşı kanun yoluna başvurulabilir.

§6. YARGI HAKKI EKSİKLİĞİNE RAĞMEN VERİLEN BİR KARARIN AKIBETİ

Üzerinde yargı yetkisinin kullanılması uygun olmayan kişilerin, yargılama süjesi olması halinde[643] ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinde dava şartları arasında sayılmış olan yargı hakkının olmadığı gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilmesi gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesi uyarınca da bu husus, davanın her aşamasında hakim tarafından re'sen dikkate alınmak zorundadır. Eğer bu husus dikkate alınmadan bir karar verilirse ve bu karar kesinleşse bile yargı hakkı eksikliğinin tamamlandığından bahsedilemez[644], ortada bir etkisiz hüküm olur[645]. Etkisiz hüküm, ne maddi anlamda kesin hüküm oluşturur ne icra edilebilir ne de inşai tesir doğurabilir[646].

Genel kabul bu şekilde olmakla birlikte böyle bir hükmün her koşulda etkisiz hüküm sayılması hukuki güvenlikle bağdaşmayabilir[647]. Çünkü o zaman şu sorun ortaya

---

642 **Umar** s.543.

644 **Rechberger, W./Simotta, D.A. :** Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 8. Auflage, Wien 2010, s.32.

645 **Özekes**, Pekcanıtez Usul, s.2051.

646 **Jauernig/Hess** s. 243.

647 **Geimer** s.245.

çıkar, mahkeme açıkça kendisinin yargı hakkı olduğunu vurgulasa bile somut olayda mahkemenin yargı hakkı olup olmadığı hiçbir zaman cevaplanamaz[648]. O halde mahkeme uyuşmazlıkla ilgili olarak yargı hakkına sahip olduğunu açıkça belirttikten sonra verilen kararın etkisiz hüküm olduğu itirazı daha fazla dinlenmemelidir[649]. **Nomer**[650] bu konuda bir adım daha ileri giderek yargı bağışıklığı gözden kaçırılmış veya görmezden gelinmiş olsa bile, bu kararın hükümsüzlüğünün veya hukuki etkisinin olmadığının ileri sürülmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Diplomatik temsilcilerin yargı bağışıklığı dikkate alınmadan hüküm verilmesi halinde de verilen kararın yerel hukuk düzeni açısından geçerli olacağı ama diplomatik temsilcinin icra bağışıklığına ve dokunulmazlıklarına halel getirilemeyeceği vurgulanmıştır[651]. Yargı hakkı mahkemeler aracılığıyla kullanıldığı ve mahkemeler de somut olayda kendini yetkili gördüğünden artık bu konu üzerinde tartışılması mümkün değildir, aksi halde böyle bir durumda yargının görev alanına müdahale edilmiş olur. Ayrıca ilk görüş kabul edilirse yargı hakkının olduğu durumlarda dahi etkisiz hüküm itirazıyla karşılaşılması mümkün hale gelecektir. Bu halde uluslararası hukukun çiğnendiği kabul edilmekle beraber karara bir şekilde etki edilmesi mümkün değildir. Sonuç olarak, yargı hakkının eksikliğine rağmen mahkeme açıkça yargı hakkına sahip olduğunu ifade edip bir hüküm vermişse, artık bu hüküm etkisiz hüküm olarak nitelendirilmemelidir.

---

[648] **Geimer** s.245.

[649] **Jauernig** s.163, **Geimer** s.245'ten naklen.

[650] **Nomer**, Devletler Hususi, s.425.

[651] **Denza** s.313.

§7. MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI VE YABANCI DEVLETİN YARGI BAĞIŞIKLIĞI

A. Mahkemeye Erişimi Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni yorumlarken, Sözleşme'nin amacını ve insan hakları konusunda ulaşılan gelişmeleri göz önünde bulundurur[652]. Mahkemeye erişim hakkı da, Sözleşme'de kendisine yer bulmasa da, adil yargılanma hakkının bir parçası olarak kabul edilmektedir[653]. Hatta mahkemeye erişim hakkı 6.maddenin odak noktası olarak değerlendirilmektedir[654]. Böyle bir yaklaşım eşyanın doğası gereğidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu yorumda bulunurken, Sözleşme'nin dibacesinde yer alan hukukun üstünlüğü ve hukukun genel ilkelerini esas almıştır[655]. Buna göre herkes medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili tüm iddialarını mahkeme önüne getirebilmelidir[656]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu hakkın sadece teorik olarak değil, aksine etkin bir şekilde teminat altına alınmasını öngörmektedir[657]. Anayasa ve kanunlarda öngörülen hakların somutlaşması ancak mahkemeye erişim hakkının tanınmasıyla olur[658]. Anayasa'nın da 36. maddesinde yer alan *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ... hakkında sahiptir"* ifadesiyle hak arama

---

652 **Gözlügöl, V. S. :** Avrupa İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2014, s.365.

653 **Aktepe-Artık, S. :** Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014, s.74; **Gözübüyük, A. Ş./Gölcüklü, A. F. :** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 6. Bası, Ankara 2005, s.276.

654 **Grabenwarter C./Pabel**, **K. :** Europaische Menschenrechtskonvention, Ein Studienbuch, 5. Auflage, München 2012, s. 413; **Turan, H. :** İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2016, s.129.

655 **Gözlügöl**, İnsan Hakları, s.365; **Gözübüyük/Gölcüklü** s.277.

656 **Aktepe-Artık** s.75; **Whytock, C. A. :** Foreign State Immunity And The Right To Court Access (Boston University Law Review, Vol. 93, 2013, s.2033-2093), s.2048.

657 **Grabenwarter/Pabel** s. 413; **Gözübüyük/Gölcüklü** s.277-278.

658 **Turan** s.125.

özgürlüğü düzenlenmiştir. Mahkemeye erişim hakkı, ilamların icrasını da kapsamaktadır, yani bir ilamın yerine getirilmesi için kamu gücü kullanılması talebinde bulunan kişinin bu isteminin reddi mahkemeye erişim hakkının ihlalidir[659].

Yine de mahkemeye başvuru hakkı hiçbir sınırlamaya tabi tutulamaz bir özellik göstermez, gerektiğinde sınırlandırılması mümkündür[660]. Yani, hak arama özgürlüğü mutlak değildir[661]. Devletlerin usul kanunlarında konuya ilişkin pek çok kısıtlama vardır[662]. Örneğin, harçlar, mahkemelerin görev ve yetkisine dair konular bu açıdan ele alınabilir. Bu kısıtlamalar, meşru bir amaç takip edildiği ve kullanılan araçla, bununla varılmak istenen sonuç arasında ölçülülük olduğu ve hakkın özüne dokunmadığı sürece, kabul edilebilir[663].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin mahkemeye erişim hakkını adil yargılanma hakkının içinde değerlendirmesinin yanında, mahkemeye erişim hakkı uluslararası ve bölgesel alanda yapılmış temel insan hakları düzenlemelerinin içerisinde yer aldığı için evrensel bir hakkıdır[664].

6. madde ile *"etkili başvuru hakkı"*nı düzenleyen 13. madde benzer gözükebilir. Gerçekten iki madde de usuli haklara ilişkindir, iki maddede de kapsama *"herkes"* dahildir ve kısıtlayıcı şartlar içermezler[665]. Ama benzemeyen yönleri de vardır; 6. madde *"bağımsız ve tarafsız bir mahkeme[666]"* derken, 13. madde *"ulusal mercii"*

---

659 **Gözübüyük/Gölcüklü** s.279.

660 **Grabenwarter/Pabel** s. 413; **İnceoğlu, S. :** Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi, Ankara 2018, s.23.

661 **Gözübüyük/Gölcüklü** s.278.

662 **Bröhmer, J. :** State Immunity and the Violation of Human Rights, Hague 1997, s.179.

663 **Grabenwarter/Pabel** s. 414; **Gözübüyük/Gölcüklü** s.278; **İnceoğlu** s.23.

664 **Turan** s.123.

665 **Bröhmer** s.178.

666 Sözleşme metninde kullanılan kavram *"tribunal"* olsa da, *"bağımsız ve tarafsız"* atfı bunu mahkeme şeklinde anlamamızı gerektirmektedir, **Bröhmer** s.178.

demektedir ve 13. maddeden farklı olarak 6. madde sadece Sözleşme'deki haklarla değil, bütün medeni hak ve yükümlülüklerle ilgilidir[667].

Adil yargılanma hakkının koruma altına aldığı husus adaletin gerçekleştirilmesidir, bu yüzden, temeli yoksun iddiaları dışarıda bırakabilmek için, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ilgili devletin hukuk düzeninde uyuşmazlık konusu bir hakkın varlığını aramaktadır[668]. Hakkın sadece savunulabilir olması yeterlidir[669]. Ancak mahkemeye erişim hakkı gündeme geldiğinde hakkın temellendirilmesi ölçütü aranmamaktadır[670].

B. Yargı Bağışıklığının Mahkemeye Erişimi Kısıtlaması

Yukarıdaki ifadelerden sonra yabancı devlete tanınan yargı bağışıklığı da mahkemeye başvurma hakkını kısıtlayan bir uluslararası hukuk kuralı olarak kabul edilebilir. Yabancı devlete tanınan yargı bağışıklığının uluslararası örf ve adet hukukunda kaynaklandığı, yani uluslararası hukukun kaynakları arasında yer aldığı dikkate alındığında, yargı bağışıklığının mahkemeye erişim hakkına getirdiği sınır daha da önem kazanır; çünkü bunun sonucu olarak ortada yargı hakkı olan tek devlet (forum devletinde yargı bağışıklığından yararlanan devlet) kalmaktadır[671].

Konu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne geldiğinde mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasında kullanılan ölçütler, yargı bağışıklığı yönünden de değerlendirilmiştir. Buna göre, yargı bağışıklığı vasıtasıyla mahkemeye başvurma hakkını kısıtlama meşru bir amaç taşımaktadır, bu amaç yabancı devletin yargı

667 **Bröhmer** s.178; **Aktepe-Artık** s.77.

668 **Sak** s.153; **Aktepe-Artık** s.62.

669 **Aktepe-Artık** s.62; **İnceoğlu** s.211.

670 **Sak** s.154.

671 **Whytock** s.2059-2060.

bağışıklığına ilişkin uluslararası örf ve adet hukukudur[672]. *McElhinney v. İrlanda* kararında[673], Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yargı bağışıklığının mahkemeye başvurma hakkıyla bağdaşmaz olmadığını belirtmiştir. *Al-Adsani* kararında[674] da, Mahkeme, yargı bağışıklığının oransız bir kısıtlama olmadığını, mahkemeye erişme hakkı, adil yargılanma hakkının bir gereği olarak ele alınıyorsa, yargı bağışıklığı kuramının da bu hakkın bir sınırlaması olarak kabul edilmesi gerekliliğini vurgulamıştır. Yargı bağışıklığının mahkemeye erişim hakkını ihlal etmediği kabul edildikten sonra, zarar gören kişinin yapacağı şey, yabancı ülkeye gidip orada dava açmaktır. Ancak burada da mesele, silahların eşitliği ilkesinin ihlali olacaktır[675].

672 **Grabenwarter/Pabel** s. 418.

673 https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"fulltext":["mcelhinney"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"],"itemid":["001-59887"]} p.40.

674 https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"fulltext":["\"CASE%20OF%20AL-ADSANI%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM\""],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"],"itemid":["001-59885"]} p. 56

675 **Bröhmer** s.186.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

CEBRİ İCRA BAĞIŞIKLIĞI

§1. CEBRİ İCRA BAĞIŞIKLIĞININ ORTAYA ÇIKIŞI VE YABANCI DEVLET ALEYHİNE GİDİLEBİLİNECEK TAKİP YOLU

Sadece yargılama yapılmasının ve hüküm verilmesinin devletten hukuki himaye talep eden tarafın söz konusu hukuki himayeye kavuşmasını her zaman sağlayamayacağı ortadadır. Dolayısıyla, devletin, mahkeme kararlarının icrası bakımından da yetkili olması gerekir, aksi takdirde yasak olan bizzat hak alma kurumunun kullanılacağı açıktır[676]. Devletin bu yetkisini nasıl kullanacağı ise genel olarak 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda belirlenmiştir. Ancak bu yetkinin üzerinde icra edileceği kişinin yabancı bir devlet olması hali, İcra ve İflas Kanunu'nda ayrıca düzenlenmemiştir. Bu halde Türkiye'de verilmiş veya tenfiz edilmiş bir kararla ilgili olarak İcra ve İflas Kanunu hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanabileceği kabul edilmelidir şeklinde bir önerme ileri sürülebilir. Yani, yargı bağışıklığı ve cebri icra bağışıklığı arasında bir fark yoktur, bunlar çakışır şeklinde bir önerme akla gelebilir. Bunu savunan bir görüş vardır[677]. Bu görüşe göre cebri icra bağışıklığı hakkında karar verirken dava konusu uyuşmazlığın *acta iure imperii* veya *acta iure gestionis* olup

---

676 **Arslan, R./Yılmaz, E./Taşpınar Ayvaz, S./Hanağası, E. :** İcra ve İflas Hukuku, 4. Baskı, Ankara2018, s.37.

677 Bu görüş için bkz: **Gündüz, A. :** Yabancı Devlet Malları Üzerinde Cebri İcra Mümkün Müdür ?(Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S.1, İstanbul 1984, s.1-21) s.2; **Badr** s.107; **Özdemir Kocasakal** s.540.

olmadığı dikkate alınmalıdır[678]. Ancak günümüzde baskın bir şekilde kabul edilen görüşe göre, icra bağışıklığıyla yargı bağışıklığı ayrı kavramlardır ve yabancı devlete yargı bağışıklığı tanınmadığı hallerde doğrudan icra bağışıklığı da yoktur şeklinde bir genel çıkarsama yapılması mümkün değildir[679]. Söz konusu görüş, icra kabiliyeti olmayan bir hüküm vermenin anlamsız olacağını ileri sürse de, hüküm verilmesiyle, hükmün icrasının birbirinden farklı konular olduğu ifade edilerek bu eleştiri karşılanabilir[680]. Ayrıca bu durumda iç hukukumuzdaki bütün mahkeme kararları için ilamlı icra yoluna başvuruluyor şeklinde bir genelleme yapmak gerekir ki bu doğru olmayacaktır.

Uluslararası örf ve adet hukukunda yabancı devletin icra bağışıklığına dair genel bir kural yoktur, zira böyle bir kural olsaydı, forum devleti yabancı devlete karşı hiçbir şekilde cebri icra faaliyetinde bulunamazdı[681]. Öte yandan böyle bir kural kabul edilseydi, yabancı devletle işleme giren kişi ya bedeli peşin isteyecek ya da normale göre yüksek fiyat vererek riskini karşılamaya çalışacaktır, dolayısıyla bu kural devletlerin de yararına olmazdı[682]. Ancak bu konuda ciddi sınırlamalar olduğu da bir gerçektir[683].

Konu, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Avrupa Sözleşmesi gibi belgelerde de ayrı olarak düzenlenmiştir. Yargı bağışıklığından farklı olarak cebri icra bağışıklığı, yabancı devletin mal ve haklarına, forum devletinin icra organları aracılığıyla hukuken

---

678 **Gündüz**, Cebri İcra Bağışıklığı, s.2; Türk hukukunda bu görüşü ileri süren **Tezcan, D. :** Türk Hukukunda Diplomatik Yargı Bağışıklığı (Birleşmiş Milletler Türk Derneği Yıllığı 1985, Birleşmiş Milletler 40. Yıl Armağanı, Sayı 11, s.137-167), s.155.

679 **Badr** s.107; **Gündüz**, Cebri İcra Bağışıklığı, s.3; **Nomer**, Devletler Hususi, s.430; **Crawford** s.495; Ayrıca uluslar arası adalet divanı da Almanya vs. İtalya kararında bunu belirmiştir.

680 **Lauterpacht** s.222, Yazar aynı düşünceyle devletin yargı bağışıklığının cebri icra zorluğuna dayandığını da reddetmekte ve icrası mümkün olmasa da kararın tamamen etkisiz olmadığını, zira diplomatik görüşmeler için bir zemin yaratabileceğini ifade etmektedir.

681 **Geimer** s.269; **Crawford** s.502.

682 **Schack** s.73.

683 **Crawford** s.502; **Damian** s.168.

veya fiilen el konulması, geçici hukuki himaye tedbiri verilmesi konularıyla ilgilidir ve kural olarak, cebri icra bağışıklığından ayrıca vazgeçilmesi gerekir[684]. Aksi takdirde yabancı devletin mal ve hakları üzerinde icra takip işlemi yapılamaz. Ayrıca İcra ve İflas Kanunu'nda özel bir düzenleme olmasa da, uluslararası örf ve adet hukuku gereği yabancı devletin cebri icra bağışıklığının kabul edilmesi gerekir[685].

İcra bağışıklığının ortaya çıkmasında şu iki faktör rol oynamıştır[686]: İlk olarak, yabancı devletin mallarının cebri icra işlemine tabi tutulması forum devleti için daha çok sorun yaratır ve devletlerarası ilişkileri yargı bağışıklığının tanınmadığı duruma göre daha kötü etkiler[687]. Ayrıca, ikinci faktör, forum devletinin kendi mallarının haczi mümkün değilken, yabancı devlete böyle bir ayrıcalığın tanınmamasını açıklamak kolay olmamasıdır. Buradan hareketle forum devletinin mallarının haczinin caiz olmamasıyla yabancı devletin mallarının haczinin caiz olmamasının aynı temele dayandığını söylemek mümkün değildir. Yabancı devlet de hukuka saygı gösterip hakkındaki ilamın gereğini yerine getirmek durumundadır. Yabancı devletin cebri icra bağışıklığının temelinde de yerel mahkemelerin bu konudaki kararlarından doğan bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı vardır[688].

Bunun dışında, yabancı devletin icra bağışıklığından ancak bir ilamlı icra takibi söz konusu ise bahsedilebilir. Çünkü İcra ve İflas Kanunu'nun 42. maddesinin ikinci fıkrasına göre yabancı devletlere karşı ilamsız icra yoluna gitme imkanı yoktur. Bunun nedeni ilamsız icrada, hangi takip yolunun uygulandığına bağlı olarak değişen kısa sürelerde borçlunun itiraz etmemesi sonucunda, mahkeme kararı olmadan, takibin kesinleşmesidir. Bazı yabancı devletler ise bu gibi durumlarda, gerek kendilerine dava dilekçesi tebliğine gerek kendileri aleyhine herhangi başka bir yargısal veya idari yola

684 **Gündüz**, Cebri İcra Bağışıklığı, s.2.

685 **Özdemir Kocasakal** s.554.

686 **Badr** s.107.

687 **Özdemir Kocasakal** s.537; **Gündüz**, Cebri İcra Bağışıklığı, s.5.

688 **Gündüz**, Cebri İcra Bağışıklığı, s.8; **Damian** s.168.

başvurulduğunun tebliğine, sesiz kalmayı tercih etmektedir[689]. İcra ve İflas Kanunu'nda böyle bir düzenlemeye gidilerek, sırf itiraz etmedi diye kesinleşmiş bulunan bir takipten ötürü, yabancı devletin mallarına haciz konulması vs. işlemler nedeniyle devletler arasında ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıklara engel olmak amaçlanmıştır[690]. Ayrıca yukarıda eleştirdiğimiz Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'un 49. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan tebligat düzenlemesiyle birlikte değerlendirildiğinde, ilamsız takip yolunun kapatılmış olması daha da doğru gözükebilir. Yargıtay bir kararında[691] tebligata ilişkin düzenlemeyi uygulamış ve şöyle bir sonuca varmıştır *"2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 33. maddesi gereğince; yabancı devlete özel hukuk ilişkilerinden doğan hukukî uyuşmazlıklarda yargı muafiyeti tanınmaz. Bu gibi uyuşmazlıklarda yabancı devletin diplomatik temsilcilerine tebligat yapılabilir. Merci Hâkimliği'nce, Büyükelçiliğe yapılan tebligatın ilgili yerlere ulaştırılması ve onlardan alınacak cevaba göre hareket edilmesi icap ettiğinden bahisle gecikmiş itirazın kabul edildiği anlaşılmaktadır. Somut olayda, Büyükelçiliğe yapılan tebligat usulüne uygun olduğu için, İİK'nın 65. maddesinde öngörülen gecikmiş itiraz nedeni olarak kabul edilemez."* Kararda İcra ve İflas Kanunu'nun ilamsız icra bağlamında ortaya çıkabilecek gecikmiş itiraz kurumu söz konusudur. Görüldüğü üzere zaten kendisi problemli olan tebligat düzenlemesiyle birlikte uygulama alanı bulduğunda ilamsız icra takibi kurumunun yabancı bir devlete ciddi olumsuz etkisi olabilirdi.

Dolayısıyla bu hükme karşı yine de ilamsız takip başlatılıp, ödeme emri gönderilirse, yabancı devletin kamu düzenine aykırılık sebebine dayanarak süresiz şikâyet yoluna başvurma imkanı vardır. İlamlı icra bakımından böyle bir yasak söz

689 **Süral** s.312.

690 **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe** s.348.

691 Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 2.7.2001, E.2001/10355, K.2001/11989: İstanbul Üniversitesi Açık Arşiv.

konusu değildir, zira İcra ve İflas Kanunu'nun 32. maddesinin ikinci fıkrası *"yabancı devlet aleyhine başlatılan ilamlı icra takiplerine ilişkin icra emrinde, uluslararası andlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, borçlu devlete ait olan mallar hakkında cebri icra yapılabileceği hususu ayrıca ihtar edilir"* hükmünü getirerek yabancı devlete karşı ilamlı icra yoluna başvurulmasının mümkün olduğunu ifade etmektedir.

Hukukumuzda, yabancı devletin mallarına karşı cebri icra faaliyetlerinin ne şekilde yürütüleceğine dair herhangi bir özel düzenleme yoktur. Bu sebeple, genel hükümler uygulanacaktır. Ancak İcra ve İflas Kanunu'nun bazı hükümlerinin uygulanmasına dikkat edilmesi gerekir. Örneğin, kişinin üzerinin zor kullanmak suretiyle aranması ihtimali var mıdır veya icra suçlarından ötürü kişinin hapse atılmasının mümkün olup olmadığı tartışılabilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus kişinin kendisinin yargı bağışıklığının olup olmadığıdır[692]. Dolayısıyla, böyle bir dokunulmazlığı olmayan kişiye karşı hapis cezası uygulanması[693] veya zor kullanarak üstünün aranması mümkündür.

§2. CEBRİ İCRA BAĞIŞIKLIĞININ KAPSAMI VE TESPİT EDİLECEĞİ AN

A. Cebri İcra Bağışıklığının Kapsamı

Cebri icra bağışıklığının kapsamının belirlenmesi yargı bağışıklığının kapsamının belirlenmesinden farklılık gösterir. Ortada *iure gestionis* bir işlem olsa veya yabancı devletin yargı bağışıklığından feragati söz konusu olsa da, o yabancı devletin bütün mallarının cebri icra konusu olması mümkün değildir[694]. Aslında mantıken

692 **Geimer** s.275.

693 **Geimer** s.275.

694 **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe** s.346.

bakıldığında *acta iure gestionis* bir işlem varsa yargı bağışıklığı olmayacaktır, dolayısıyla, cebri icra bağışıklığı da gündeme gelmeyecektir. Ama uluslararası hukuka göre, ortada kamusal hizmete adanmış bir şey varsa, dayanak ilam niteliğindeki belge *acta iure gestionis*'e dayansa bile cebri icra gerçekleştirilemeyecektir[695]. Yahut yargı hakkı olmadığı için etkisiz hüküm olarak kabul edilen bir karara dayanarak ilamlı icraya başvurulması uluslararası hukuk tarafından yasaklanmıştır[696]. Ancak yukarıda mahkemenin açıkça kendinin yargı hakkı olduğunu ileri sürdüğü hallerde verilen hükmün, artık etkisiz hüküm sayılamayacağını belirtmiştik, dolayısıyla yurt içinde verilmiş böyle bir kararın icrası mümkündür. Yurt dışında verilmiş yabancı devletin yargı bağışıklığını ihlal eden böyle bir kararın ise Türkiye'de tenfizi yoluyla takibe konması mümkün değildir. Düzenleme şeklindeki noter senetleri İcra ve İflas Kanunu'nun 38. maddesine göre ilam niteliğinde belge olarak kabul edilir, bu halde bu belgeye dayanılarak ilamlı icraya başvurulmasında engel yoktur, zira ortada feragat iradesinin belgelendirilmesi vardır[697].

Cebri icra konusu mal veya hak ile mahkeme kararına konu olan uyuşmazlık arasında herhangi bir bağ olması gerekmemektedir[698]. Yabancı devlet, alacaklısına karşı tıpkı bir özel hukuk kişisinin olduğu gibi tüm malvarlığıyla sınırsız sorumludur[699]. Bu konuda farklı düzenlemeler olmakla birlikte[700], uluslararası hukuka uygun olan yaklaşım malvarlığıyla sınırsız sorumluluktur. Zira bu anlayış, zor sınır problemleri ortaya çıkararak amaca aykırı olacaktır; hem de devletin bu alanda bir özel hukuk kişisinden niye daha fazla korunduğunu açıklayamayacaktır[701]. Gerçekten de

---

695 **Geimer** s.269; **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe** s.345; **Damian** s.176.

696 **Damian** s.169.

697 Bkz. **Damian** s.169-170.

698 **Özdemir Kocasakal** s.547; **Geimer** s.274.

699 **Geimer** s.274.

700 Örneğin Amerikan hukukunda, yabancı devletin sorumluluğunun sadece uyuşmazlık konusu işlemle olması sınırlı olması esası benimsenmiştir.

701 **Geimer** s.274.

bakıldığında yabancı devlet *iure gestionis* bir işlemden dolayı yargılanırken ve hakkında hüküm tesis edilirken, yabancı devlete herhangi bir ayrıcalık tanınmamaktadır. Sadece *iure imperii* işlemler için bir yargı bağışıklığı getirilmektedir. Yukarıda ifade edildiği gibi bu şekli bir şarttır. Bu alınan hükmün icrası aşamasında da yabancı devlete tanınan tek ayrıcalık kamu hizmetine adamış olduğu malların cebri icradan bağışık tutulmasıdır. Hukuk düzenimizin genel mantığına, özel hukuk alanında kişilerin eşit olduğu anlayışına da daha uygundur. Yargı bağışıklığını belirlerken işlemin amacı kriterinin kullanılamayacağını belirtmiştik, burada tam tersi söz konusudur ve cebri konusu mal veya hakkın amacı (niteliği[702]) dikkate alınır[703]. Bu bağlamda bir malvarlığı unsurunun kamu görevine adanmış olup olmadığının belirlenmesinde *lex fori* söz sahibidir[704]. Yapılan belirlemede de ilk başta ele alınacak husus yabancı devletin mallarının tahsisindeki iradesidir[705]. Cebri icra konusu malın kullanım amacına ilişkin yabancı devlet tarafından yapılmış bir açıklama yoksa ve fakat kamusal amaca özgülendiğine ilişkin açık emareler varsa bu halde cebri icra faaliyetinde bulunulamaz[706].

Yabancı devletin malvarlığından anlaşılması gereken, yabancı devlete ait bütün mal ve alacaklar (yabancı devletin zilyetliğinde bulunan veya üzerinde ayni hakkı olduğu) dahildir, yoksa sadece yabancı devletin mülkiyetinde bulunma gibi bir koşul yoktur[707]. Yabancı devletin bir eşya üzerinde ayni hakkı olup olmadığı, forum devletinin kanunlar ihtilafı kurallarının atıfta bulunduğu hukuk düzenine göre belirlenir[708]. Bir devletin uluslararası organizasyonlardaki iştiraki de kamusal amaca özgülenmiş sayılır[709]. Yani cebri icranın konusunu oluşturmaz. Yabancı devlete ait olup,

---

[702] **Özdemir Kocasakal** s.542; **Gündüz**, Cebri İcra Bağışıklığı, s.5.

[703] **Geimer** s.269; **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe** s.346; **Türkay** s.29.

[704] **Nomer**, Devletler Hususi, s.432; **Escher/Nacimento/Weissenborn/Lange** s.1047.

[705] **Özdemir Kocasakal** s.543.

[706] **Damian** s.176.

[707] **Damian** s.174.

[708] **Damian** s.175.

[709] **Damian** s.181.

Türkiye'de faaliyet gösteren bir bankanın malvarlığı cebri icra konusu olur, çünkü bankacılık faaliyetinin kamusal bir amaca özgülenmiş olduğunun kabulü mümkün değildir.

Yabancı devletin cebri icra bağışıklığına sahip olduğu belirtildikten sonra yabancı devletin cebri icra konusu malla ilişkisi ele alınmalıdır. İspat yüküne ilişkin olarak yargı bağışıklığı altında söylenenler geçerlidir. Devlet söz konusu mallarla ilgili bir açıklama yapmazsa bazı kriterlerden yararlanılması akla gelebilir. Bu bağlamda ele alınacak bir husus bağışıklığı ileri süren kişinin sıfatıdır. Eğer haciz konusu, bizzat devletin zilyetliğinde bulunuyorsa, adi karine olarak kamusal amaca özgülendiği kabul edilebilir. Diğer taraftan, haciz konusu, bir başka birimin zilyetliğinde ise o zaman adi karine tersine işler, yani devlet, icra bağışıklığını ileri sürüp kanıtlamalıdır[710].

B. Cebri İcra Bağışıklığının Tespit Edileceği An

Bir malvarlığı değerinin haczinde icra bağışıklığının ileri sürülmesinde takibin başlatıldığı tarihin mi, yoksa haciz anının mı esas alınacağı tartışılabilir. Bu konuda genel kabul dikkate alınması gereken anın, cebri icranın başlama anı olduğudur, eğer takibin açılmasından önce kamu hizmetine adanmamış bir şey, daha sonra haczi caiz olmasın diye kamu hizmetine adanmışsa burada haciz geçerlidir[711]. Zira böyle bir davranış, genel bir hukuk ilkesi olan dürüstlük kuralına aykırıdır ve dikkate alınmaz. Ancak, ilamlı takibin başlaması sırasında kamusal amaca özgülenmemiş malvarlığı değeri, daha sonra kısa bir süreliğine kamusal amaca özgülenmişse burada da cebri icra bağışıklığı karşımıza çıkar. Bu kısa süreden sonra icra işlemine devam edilir. Söz

710 **Özdemir Kocasakal** s.544.

711 **Geimer** s.270; **Nomer**, Devletler Hususi, s.432; **Damian** s.177.

konusu unsurun gelecekte kamusal hizmete özgülenebilmesine dair basit bir olasılık cebri icra bağışıklığı tanınması için yeterli değildir[712].

Bir diğer sorun henüz kamusal amaca özgülenmiş olmayıp da, özgülemenin yapılacağının belli olduğu hallere ilişkindir. Burada yalnızca askeri faaliyetlerde kullanılması planlanan malvarlığı unsurları için cebri icra bağışıklığı öngörülebileceği, geri kalan değerler için cebri icra bağışıklığının ileri sürülemeyeceği ifade edilmiştir[713]. Kullanım amacı kavramından yola çıkılarak cebri icra konusu malın sadece bu amaca özgülenmesi yeterli görülemez, bu kavram sadece bir söyleniş biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır, yoksa söz konusu o değerin bilfiil o amaç için kullanılıyor olması gerekir[714]. Amerikan Yargı Bağışıklığı Kanunu 1610 (a) (2) ve İngiliz Yargı Bağışıklığı Kanunu sec.13 (4) de de aynı esas benimsenmiştir. Cebri icra faaliyetinin başladığı sırada haciz konusu olabilecek bir değer herhangi bir amaca özgülenmemişse bu değerin haczinin ve paraya çevrilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir[715].

§3. YABANCI DEVLETİN CEBRİ İCRAYA KONU MALVARLIĞI DEĞERLERİNDEN ÖZELLİK ARZ EDENLER

A. Yabancı Devletin Banka Hesapları

Yabancı devletin cebri icra konusu olarak en çok karşılaşılan malvarlığı unsuru, forum devletindeki banka hesaplarıdır. Burada banka (mevduat) sözleşmesinin niteliği ve hesaptaki paranın kaynağının herhangi bir önemi yoktur[716]. Burada da genel kural uygulanır. Eğer devletin ticari işlerinde kullandığı bir hesap varsa, bu hesap üzerinde

712 **Damian** s.178.

713 **Damian** s.179.

714 **Damian** s.179.

715 **Damian** s.182.

716 **Nomer**, Devletler Hususi, s.432.

cebri icra mümkündür[717]. Yabancı devletin elçiliğinin işlerinin yürütülmesine adanmış banka hesapları cebri icranın konusu olamaz[718]. Bunun için diğer bir dayanak, Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi'nin *"Kabul eden Devlet, misyon görevlerinin yürütülmesi için her türlü kolaylığı sağlayacaktır"* hükmünü getiren 25. maddesidir[719]. Burada **Nomer**[720], söz konusu banka hesaplarındaki paranın elçilik hizmetleri için tahsis edilip edilmediğinin incelenemeyeceğini belirtirken, Alman hukukunda[721], bu değerlendirmeye katılınmakta, elçilik hesaplarının kalem kalem incelenmesinin uluslararası hukuka aykırı olacağını söylemekte ama ilgili hesabın ne için kullanıldığının sorulabileceğini ve makul bir garanti talep edilebileceğini eklemektedir. Yargıtay da bir kararında[722] *"Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin 22, 23 ve 24. maddeleri dikkate alındığında, yabancı bir devlete ait büyükelçiliğin veya konsolosluğun, sadece elçiliğin veya konsolosluğun giderlerini ve işletme masraflarını karşılamak amacıyla tutulan carî genel bir banka hesabı aleyhine cebrî icra uygulanamaz. Mahkemece şikâyete konu olan banka hesabındaki paraların bu niteliği taşıyıp taşımadığı ilgili banka şubesinden araştırılarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile bu paralar üzerindeki haczin kaldırılması doğru olmadığı gibi…"* şeklinde bir belirleme yapmıştır. Ancak kararda, banka hesabındaki paraların elçilik veya konsolosluğun giderleri için olup olmadığının araştırılması gerekliliğine işaret etmesi riskli bir değerlendirme olmuştur, çünkü burada yabancı devletin iç işlerine karışılması çok muhtemeldir. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 21. maddesinin birinci fıkrasının a bendine göre ise, banka hesapları, mutlak bir biçimde kamusal hizmete özgülenmiştir.

---

717 **Schack** s.73; **Shaw** s.563.

718 **Geimer** s.271; **Shaw** s.565.

719 **Shaw** s.576.

720 **Nomer**, Devletler Hususi, s.432.

721 **Geimer** s.271; **Damian** s.176-177.

722 Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 24.5.2004, E.2004/6469, K.2004/13007: İstanbul Üniversitesi Açık Arşiv.

Yabancı devlet, cebri icra konusunun kamusal hizmete özgülendiğini olası gösterdiği takdirde, herhangi bir istisnai durum da yoksa forum devleti hiçbir cebri icra faaliyetinde bulunamaz[723]. Karma nitelikteki hesapların ise kamu hizmetine adanmamış olan kısmı cebri icra konusu olabilecektir[724]. Devlete ait bir işletmenin banka hesapları forum devletinin yargı hakkının içindedir ve bu hesaplar cebri icra bağışıklığından yararlanamaz[725]. Bu bağlamda, işletme adına verilmiş geçici hukuki himaye talepleri dahil talepleri karşılamak için işletmeye ait hesaplar haczedilebilir[726]. Hesaptaki paranın işletmeye özgülenmiş olup olmaması, burada ölçüt olarak dikkate alınmaz[727]. İşletme adına bir hesaptaki paranın bir başka kişiye ait olması durumu, ancak bunu açıkça gösteren şartlar varsa kabul edilebilir, bu yöndeki yaklaşım uluslararası hukuka da uygundur[728].

Böyle bir işletmenin malvarlığı değerlerinin doğrudan kamusal hizmete adanmış olması halinde, bunların haczi caiz değildir[729]. Bölünebilir bir değerin olmadığı hallerde, kamusal amaca özgülenme, malın tamamıyla korunmasını sağlar ve uluslararası hukuk da icra tedbirlerinin uygulanmasına izin vermez[730].

B. Diplomatik Misyonlara Ait Malvarlığı

Yabancı devletin, bir başka ülkede haczedilip para çevrilebilecek malvarlığı değerlerinden bir kısmı da diplomatik misyonlara ait malvarlığı değerleridir. *Ne impediatur legatio* uyarınca kabul eden devlet gönderen devletin temsilcisinin görevini

---

723 **Damian** s.177.

724 **Geimer** s.272; aksi görüş için bkz, **Özdemir Kocasakal** s.550.

725 **Geimer** s.279.

726 **Geimer** s.280.

727 **Geimer** s.280.

728 **Geimer** s.280.

729 **Escher/Nacimento/Weissenborn/Lange** s.1048.

730 **Damian** s.183.

gereğince yapmasını sağlamalıdır. Bu bağlamda elçiliğin veya konsolosluğun işlevini etkileyecek şekilde cebri icra faaliyetinde bulunulması mümkün değildir[731]. Bu fonksiyonların etkilenmesi tehlikesi ve kötüye kullanılma ihtimali yüzünden uluslararası hukuk yabancı devlete geniş bir koruma alanı sağlamıştır[732].

Alman Anayasa Mahkemesi de diplomatik temsilciliklerin malvarlıklarıyla ilgili olarak görülen davalarda ispat ölçüsünü düşük tutmuştur, yine konsolosluklarla, devlet gemileri, devlet uçakları, silahlı kuvvetlerin mallarıyla ilgili kararlarında düşük ispat ölçüsüyle karar vermiştir[733]. 2009 yılında Alman Federal Mahkemesi verdiği bir kararında devlete ait tüm malvarlığı değerleri için bu ilkeyi benimsemiştir. Söz konusu karar uluslararası hukukta böyle bir kural olmadığı için, ayrıca devletin bunun dışındaki mallarının hangi amaca özgülendiğini kapsamlı bir şekilde açıklamasına neden gerek olmadığı sorusunun cevaplanamamasından dolayı eleştirilmiştir. Öte yandan böyle bir yaklaşım sonucu sınırlı icra bağışıklığının mutlak icra bağışıklığına kaymasına zemin yaratıldığı ifade edilmiştir[734].

1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi'nin 22. maddesi uyarınca misyon yerleşkesinin dokunulmazlığı vardır ve misyon şefinin onayı olmadan buralara girmek mümkün değildir. Bu dokunulmazlığın yangın gibi acil durumlarda da geçerli olup olmadığı çok tartışmalıdır, Sözleşme'nin taslağında acil durumlar için istisna öngörülmüştü ancak bu kabul edilmemiştir[735]. Maddenin üçüncü fıkrası açık bir düzenleme yaparak *"Misyon binaları ile içindeki eşyalar ve diğer mallar ve misyonun nakil vasıtaları arama, el koyma, haciz veya icradan bağışıktırlar"* hükmünü getirmiştir. Sözleşme'nin 30. maddesinin birinci fıkrası uyarınca da *" Diplomatik ajanın özel konutu misyonun binaları gibi aynı dokunulmazlık ve korunmadan*

731 **Geimer** s.270.

732 **Geimer** s.271.

733 **Escher/Nacimento/Weissenborn/Lange** s.1048.

734 **Escher/Nacimento/Weissenborn/Lange** s.1049.

735 **Shaw** s.570.

yararlanacaktır". Hüküm diplomatik ajan kavramını kullandığı için, bu dokunulmazlık sadece misyon şefinin konutu için değil, bütün diplomatik ajanların konutu için geçerli olacaktır. Diplomatik ajanın yazlığı ve kullandığı süre zarfında, kaldığı otel odası da bu kapsamda yer almaktadır[736]. Dolayısıyla forum devletinin, buralarda, herhangi bir şekilde cebri icra faaliyetinde bulunması mümkün değildir.

C. Kültürel Malvarlığı

Kültürel malvarlığı cebri icra bağışıklığının ileri sürülebileceği diğer bir alandır[737]. Bir devletin kültür varlıkları veya sanat eserleri çeşitli nedenlerle yurtdışına gönderilebilir. Bu varlıkların, genellikle çok değerli olduğu göz önüne alındığında, yabancı devletin alacaklısının bu varlıklar üzerine haciz koydurup, paraya çevirmek cazip olacaktır. Bir devletin kültürel varlıklarını göstermek veya tanıtmak amacıyla yabancı bir devlette sergilediği kültür varlıklarının da cebri icra bağışıklığından istifade etmesi gerektiği ifade edilmektedir[738]. Çeşitli mahkeme kararlarında da, bu hususun bir uluslararası örf ve adet hukuk kuralı olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir[739]. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 21. maddesinin birinci fıkrasının d ve e bentleri, satılmaları öngörülmemesi şartıyla, kamusal hizmete tahsis edilmiş kabul etmiştir. Bu anlamda Birleşmiş Milletler Sözleşmesi söz konusu değerler için açık icra bağışıklığı kabul eden yegâne düzenlemedir[740].

736 **Fasching/Konency/Matscher** s.161.

737 **Escher/Nacimento/Weissenborn/Lange** s.1047.

738 **Nomer**, Devletler Hususi, s.432.

739 **Nomer**, Devletler Hususi, s.432.

740 **Süral** s.215.

§4. CEBRİ İCRA BAĞIŞIKLIĞININ ÜÇÜNCÜ KİŞİYE KARŞI İLERİ SÜRÜLMESİ

A. İcra ve İflas Kanunu'nun Üçüncü Kişideki Mal veya Alacağa İlişkin Düzenlemesi

İcra takibi, kural olarak, alacaklı ve borçlu arasında vuku bulur. Ama bazı hallerde üçüncü kişilerin takiple ilgili hale gelmesi söz konusu olabilir. Örneğin, borçlunun bir malının üçüncü kişide bulunulması, üçüncü kişide bir alacağının bulunması veya üçüncü kişiye ait bir malın borçlunun elinde bulunması vb. İcra ve İflas Kanunu bu konuyu 89. maddesinde düzenlemiştir. Yabancı devletin maaşı olamayacağı için İcra ve İflas Kanunu'nun 355 vd. maddeleri konumuzun kapsamı dışındadır. 89. madde borçlu ve üçüncü kişi arasındaki yarar dengesinin sağlanması amacı gütmektedir [741]. Burada sözü geçen düzenleme borçlunun kıymetli evraka bağlı olmayan, yani hamiline ait olmayan veya cirosu kabil bir senede bağlı olmayan alacakları için geçerlidir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 106. maddesinin ikinci fıkrasında göre *"Borçlunun üçüncü şahıslardaki alacağı taşınır hükmündedir"*. Bu alacak hakkında haciz tutanağı düzenlenmesi için mahalline gidilmesine gerek yoktur, tutanak icra dairesinde de düzenlenebilir[742]. 89. maddede öngörülen usule göre icra müdürü, alacaklının talebiyle borçlunun üçüncü kişideki alacağını haczedip, bunu haciz tutanağına geçirir ve borçluya bildirir. Üçüncü kişideki mal, hak veya alacağın haczi icra dairesinin karar vermesiyle

[741] **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, İcra ve İflas, s.258.

[742] **Kuru, B. :** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013, s.462.

tamamlanır, haciz ihbarnamesi gönderilmesi ise sadece bir muhafaza tedbiri vazifesini görmektedir[743].

İcra müdürünün, borçlunun üçüncü kişideki alacağı için fiili haciz uygulaması veya haciz yazısı üzerine, üçüncü kişinin, söz konusu alacak üzerinde rehin veya hapis hakkı olduğunu bildirmesi istihkak davası niteliğindedir[744]. Böyle bir itirazın 89 ihbarnamesinden sonra yapılması ise, ihbarnameye itiraz niteliğinde olup istihkak iddiası değildir[745].

89. maddeye göre üçüncü kişiye üç kez ihbarname gönderilebilir. Birinci haciz ihbarnamesinde *"üçüncü şahsa bundan böyle borcunu ancak icra dairesine ödeyebileceğini ve takip borçlusuna yapılan ödemenin muteber olmadığını veya malı elinde bulunduran üçüncü şahsa bundan böyle taşınır malı ancak icra dairesine teslim edebileceğini, malı takip borçlusuna vermemesini, aksi takdirde malın bedelini icra dairesine ödemek zorunda kalacağını bildirir",* bu duruma çeşitli nedenlerden dolayı itiraz edebilecek borçlunun gideceği yol ise yedi gün içinde icra dairesine yazılı veya sözlü olarak durumu bildirmektir. Üçüncü kişi itiraz ederse, kendisine ikinci haciz ihbarnamesi gönderilmez, itiraz etmezse alacak üçüncü kişinin yedinde sayılır. Ama bu yedinde sayılma yeterli değildir, sessiz kalan üçüncü kişiye ikinci bir haciz ihbarnamesi yollanır. İkinci haciz ihbarnamesine itiraz birinci haciz ihbarnamesine itiraz gibidir. İkinci haciz ihbarnamesine de itiraz edilmezse borcun yedinde sayılması kesinleşir. Ancak hala üçüncü kişinin bir şansı vardır; çünkü Kanun' a göre üçüncü kişiye üçüncü bir ihbarname daha gönderilmelidir. İhbarnameye göre üçüncü kişi artık ya borcu on beş

---

[743] **Yılmaz**, İcra İflas Şerhi, s.509; **Kuru**, El Kitabı, s.463; **Yıldırım, K. M./Yıldırım, N. D. :** İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016, s.167.

[744] Burada 89 ihbarnamesi dışındaki ihtimaller değerlendirilmiştir, çünkü üçüncü kişideki hak, alacak veya malların haczi için fiili haciz de yapılabilir, haciz yazısı (müzekkeresi) da gönderilebilir, **Kuru,** El Kitabı, s.464; haciz ihbarnamesi haricinde alacak haczinde haciz müzekkeresi kullanılması konusunda bkz: **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, İcra ve İflas, s.264.

[745] **Kuru,** El Kitabı, s.479.

gün içinde icra dairesine ödeyecektir, ya da on beş gün içinde menfi tespit davası açacaktır.

B. Yabancı Devletin Üçüncü Kişi Olarak Ortaya Çıkması

Böyle bir durumda üçüncü kişinin yabancı bir devlet olması hali, doğal olarak, farklılık gösterecektir. Çünkü yabancı devletin sahip olduğu cebri icra bağışıklığı kendisinin taraf olmadığı takipte de kendisini gösterecektir. Söz konusu malın, yabancı devletin mülkiyetinde olduğu, üzerinde ayni hakkı bulunduğu veya hakimiyetinde yer aldığı durumlarda, yabancı devletin o mal (tabii ki kamu hizmetine adanmış olması şartıyla) üzerindeki hukuki durumuna bir başkasına yapılan icra takibi vasıtasıyla halel getirilemez[746].

Yabancı devletin, bir başka özel hukuk kişisinin maliki olduğu takip konusu üzerinde kamu otoritesini temsil eden bir sıfata dayanarak yararlandığı kullanma hakkı varsa, yabancı devletin cebri icra bağışıklığı gündeme gelebilir ve takibin yabancı devlete karşı ileri sürülen bir hakkın icrasına mı yahut özel hukuk kişisine karşı ileri sürülen bir hak için mi yapıldığına bakılmaksızın, cebri icra bağışıklığı takibe engel olur[747]. Ancak bunun kural oluşturması ve mutlak bir şekilde uygulanması söz konusu değildir. Zira önemli olan kamusal hizmete adanmış değerin forum devletince ihlal edilip edilmediğidir. Cebri icra bağışıklığının söz konusu olması için yapılan işlem sonucunda, takip konusunun malikinin, mahkeme tarafından, yabancı devletin takip konusu üzerindeki ayni hakkı veya gerçek anlamda hakimiyetine etki edecek bir davranışa mahkum edilmesi gerekir[748]. Örneğin, yabancı devletin, kamusal bir amaç için kullandığı taşınmazdaki kira hakkına halel getirilmeksizin sadece mülkiyet

[746] **Geimer** s.276; **Damian** s.186-187.

[747] **Damian** s.187.

[748] **Wefelscheid** s.47.

değişikliğine ilişkin bir icra faaliyeti varsa cebri icra bağışıklığı bu takibe engel olmaz[749]. Cebri icra bağışıklığının böyle bir etkisinin kabul edilme sebebi, üçüncü kişiye karşı cebri icranın ileri sürülmesi suretiyle devletin icra gücü yabancı devlete karşı kullanılabilirse, yabancı devletin icra bağışıklığının anlamını yitirecek olmasıdır[750].

Mevcut bir icra takibinde borçlunun yabancı devletten alacaklı olması halinde, yabancı devlet, o takibin alacaklısına karşı da cebri icra bağışıklığını ileri sürebilir[751]. Dolayısıyla üçüncü kişi alacaklı, borçlusunun yabancı devlete karşı sahip olduğu alacağı haczettirerek, yabancı devlet alacaklısının sahip olduğundan daha iyi bir hukuki pozisyona geçemez[752]. Ama bu sadece yabancı devletin takip alacaklısı üçüncü kişiye edimi ifa etmeye hazır olmadığı hallerde, ifanın dava açmak veya takip yapmak yoluyla gerçekleştirilmesi hali içindir[753]. Çünkü ifaya hazır olan yabancı devletin, ifayı icra dairesinin talimatıyla, kendi alacaklısının alacaklısına yapmasında bir problem yoktur.

Burada dikkat edilmesi gereken konu üçüncü kişi durumunda olan yabancı devletin, kamusal hizmete özgülediği malvarlığı değerinin haczedilmesi halinde haczin caiz olmadığından, uluslararası hukuku ihlal ettiğinden bahsedilir ve yabancı devletin ne istihkak iddiasında bulunması ne de 89. maddedeki itiraz veya menfi tespit davası çarelerine başvurması gerekmez, icra memuru haciz koyarken söz konusu malvarlığı değerinin kamusal amaca özgülenip özgülenmediğini re'sen dikkate almalıdır[754]. Bu halde yabancı devletin elinde bulunan imkan kamu düzenine aykırılıktan dolayı süresiz şikayet yoludur, çünkü yargı hakkı dava şartı olarak düzenlenmiş olup, kamu düzenindendir.

---

749 **Damian** s.187 dn.338.

750 **Wefelscheid** s.48.

751 **Geimer** s.276.

752 **Geimer** s.276.

753 **Geimer** s.276.

754 **Geimer** s.276.

§5. GEÇİCİ HUKUKİ HİMAYE TEDBİRLERİ

A. Geçici Hukuki Himayenin Dayanakları

Hukuk devleti sadece hakkın elde edilmesine yönelik yargısal yollar sunmakla kalmamalı, ayrıca mümkün olduğu kadarıyla yargılamayla ulaşılmak istenen sonucu güvence altına almalı, yani hukuk devletinin sağladığı koruma gerçek, kapsamlı ve etkin bir koruma olmalıdır. Geçici hukuki koruma tedbirleri de etkin hukuki korumayı sağlayan araçlardan biridir[755]. Dava, hakkın gerçekleştirilmesinde hukuki korumanın en temel aracı olarak ele alınmaktadır[756]. Buna karşın davayla elde edilmek istenen nihai hukuki korumanın zaman alması ve ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmesi sebebiyle geçici hukuki himaye tedbirleri günümüzde daha da önem kazanmıştır[757]. Nihai hukuki korumanın sağlanmasının uzun sürmesinde kusur sadece devletin ağır işleyen adalet mekanizmasında değildir, çünkü belirli bir usule ve sürelere uyulması, tarafların haklarının korunmasında önemli bir işlevi üstlenir. Öte yandan bu kurallara sıkı sıkıya bağlı kalınması da telafisi güç veya imkansız zararlara sebebiyet verebilir. Çünkü karşı taraf ulaşılmak istenen sonucu engellemek için çeşitli davranışlara girişebilir ve yargılamanın sonunda hukuki himayenin sağlanamaması söz konusu olabilir[758]. Bireylerin hak arama özgürlüğünün ve hukuki himaye taleplerinin güvence altına alınması hukuk devletinin bir gereği olduğundan, geçici hukuki himaye yargılamanın sonucunun tehlikeye girmesi gibi fiili nedenleri önlemek yanında hukuki bir zorunluluk

---

755 **Özekes, M. :** İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s.38; **Erişir, E. :** Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul 2013, s.45.

756 **Erişir** s.24; konumuz itibariyle yalnızca uyuşmazlık olan durumları incelediğimiz için çekişmesiz yargıyı kapsam dışı bıraktık, çekişmesiz yargı ve hukuki koruma ilişkisi için bkz: **Erişir** s.24.

757 **Karslı** s.673; **Özekes**, İhtiyati Haciz, s.36; **Yılmaz, E. :** Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Cilt 1, Ankara 2001, s.32-33.

758 **Özekes**, İhtiyati Haciz, s.36; **Erişir** s.6, 8.

olarak da karşımıza çıkar[759]. Geçici hukuki himayeyle hem karşı tarafın uyuşmazlık konusu hakkı tehlikeye sokan davranışının önüne geçilir, hem de hak sahibi olduğunu iddia edene hukuk düzeninin hakkını koruduğu güvencesi verilerek hukukun dışına çıkması önlenmiş olur. Bu nedenle geçici hukuki himaye, bireyin hakkını bizzat yerine getirmesiyle, hakkın devletçe sağlanması arasındaki dengeyi kurar denilebilir[760]. Hukukumuzda, geçici hukuki koruma tedbirlerinin kapsamını ve türlerini düzenleyen genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu tedbirlerin bir kısmı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, bir kısmı İcra ve İflas Kanunu'nda yer almakla birlikte özel kanunlarda da farklı geçici hukuki koruma tedbirleri düzenlenmiştir.

B. Yabancı Devlete Karşı Geçici Hukuki Himaye Tedbiri Uygulanması

Yabancı devlete karşı geçici hukuki himaye isteminde bulunulabilmesi konusunda farklı yaklaşımlar vardır. Bu konuda anglo-amerikan hukukunda ve Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde yer alan düzenlemelerin ne kadar uluslararası örf ve adet hukukunu yansıttığı sorgulanabilir. FSIA 1610 (d) 'de ve SIA 13 (2) (a) (3)'te yer alan düzenlemelere göre yabancı devlete karşı geçici hukuki himaye tedbiri alınabilmesi için yabancı devletin yazılı bir feragatinin olması gerekir. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 18. maddesi de benzer yaklaşımı ele almış ve yabancı devletin rızasını veya devletin, o davanın konusunu oluşturan talebin yerine getirilmesi için malvarlığı tahsis etmiş olmasını aramıştır. Ancak bu yaklaşım eleştirilmiştir. **Damian**[761] ve **Wefelscheid**[762] uluslararası hukukta yabancı devletin malvarlığı değerleri üzerinde, yabancı devlete karşı öne sürülen talebi güvence altına alabilecek önlemlere başvurmanın kesin bir biçimde yasak olmadığını ifade etmişlerdir. Geçici hukuki

[759] **Özekes**, İhtiyati Haciz, s.37.

[760] **Özekes**, İhtiyati Haciz, s.36.

[761] **Damian** s.188.

[762] **Wefelscheid** s.175.

himayenin de kesin hukuki himayeye ulaşmak için kullanılan bir araç olduğu düşünüldüğünde, ilk derece mahkemesinde verilen bir geçici hukuki koruma tedbirinin mahkemenin yargı hakkına sahip olduğunu iddia etmesi sonucuna varılabilir[763]. Sonuç olarak geçici hukuki koruma kararları da, kural olarak yargı organları tarafından verilir[764] ve geçici hukuki korumanın asıl yargılamayı tamamlayıcı bir fonksiyonu vardır[765]. Ancak en azından yüzeysel bir etkiye sahip olması dolayısıyla geçici hukuki himaye tedbiri verilmesinde kullanılan yargı hakkıyla, esasa ilişkin bir yargılamada kullanılan yargı hakkı eş değer değildir[766]. Ayrıca tamamlayıcı merasim için zaten mahkeme önüne çıkılacak ve yargı bağışıklığı konusunda da bir karar verilecektir. Yine de bundan hiçbir sınırlama olmaksızın yabancı devletin malvarlığı değerleri üzerinde geçici hukuki himaye tedbiri uygulanabilir sonucu çıkarılamaz. Geçici hukuki himaye kararı verildiğinde de yabancı devlet cebri icra bağışıklığına dayanabilir[767]. Yani cebri icra bağışıklığına ilişkin ilkeler, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz gibi dava konusunu güvence altına almaya yarayan geçici hukuki koruma tedbirleri için de aynı şekilde geçerlidir[768]. Dolayısıyla kamusal hizmete adanmış malvarlığı değerlerine bu tedbirler vasıtasıyla halel getirilemez.

Geçici hukuki koruma tedbirleri açısından, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nden ayrılmak, etkin hukuki korumayı sağlamak amacına hizmet ettiği için kabul edilebilir görülmektedir. Gerçekten, konu incelendiğinde yabancı devletin cebri icra bağışıklığı ihlal edilmediği sürece, yabancı devlet aleyhine geçici hukuki himaye talebinde bulunmanın bir mahsuru olmamalıdır. Geçici hukuki koruma tedbirlerinin kullanılmasındaki amaçlardan biri de kendiliğinden hak alması yasaklanan bireyin

763 **Wefelscheid** s.174.

764 **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.35.

765 **Özekes**, Pekcanıtez Usul, s.2437.

766 **Wefelscheid** s.174.

767 **Wefelscheid** s.175; **Damian** s.190.

768 **Nomer**, Devletler Hususi, s.432.

devlete yönelttiği hukuki himaye talebinin nihai karar verilinceye kadar olan dönemde bireye hukuki koruma sağlanması olduğuna göre[769] sırf karşı tarafın yabancı devlet olması bunun önüne geçmemelidir. Ayrıca kamusal amaca özgülenmemiş bir mal veya hak üzerinde haciz uygulanması ve daha sonra paraya çevirtilmesi mümkünken, buna oranla daha az etkiye sahip geçici hukuki koruma tedbirlerine izin verilmemesi bağdaşır görünmemektedir.

[769] **Özekes**, Pekcanıtez Usul, s.2438.

SONUÇ

Yargı hakkı, devletin, ülkesi üzerindeki münhasır hakkını belirtmekte olup, bir dava şartı olarak düzenlenmiştir. Burada karşımıza uluslararası hukukun koyduğu bir sınır olan yargı bağışıklığı kurumu çıkar. Bundan yararlanacak kişileri de yine uluslararası hukuk belirler.

Bir kişinin bu haktan yararlandırılması gündeme geldiğinde, o kişi aleyhine hukuki himaye talep eden kişinin, talebine cevap verilmemesi söz konusu olur. Oysa hukuk devleti, kendisinden hukuki himaye talep eden kişilere uygun hak arama yollarını sunmakla yükümlüdür ve bunu medeni usul ve icra-iflas hukuku kurumları vasıtasıyla yapar. Zira maddi hukuk, hakkın doğmasını ve içeriğini düzenlerken, o hakkın tespiti ve hayata geçirilmesi medeni usul hukukunun ve icra-iflas hukukunun alanındadır. Birinci Dünya Savaşı öncesi döneme göre devletin ekonomik hayata daha çok girmesiyle de özel hukuk kişilerin karşısında sahip olduğu orantısız imkan bir nebze daraltılmış ve sınırlı yargı bağışıklığı gündeme gelmiştir. Burada uyuşmazlığın konusu vakıalar büyük önem taşır. Zira yabancı devlete tanınan *rationae personae* bağışıklık yerini *ratione materiae* bağışıklığa bırakmıştır. Ama bu halde bile egemenlik tasarrufları forum devletinin yargı hakkının dışında kalır. Bu halde mahkemeye erişim hakkı, dolayısıyla adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olur mu sorusunun cevabı bugün için olumsuzdur, ancak sorunun önümüzdeki yıllarda da çokça tartışılacağı ve kolay bir cevap bulunamayacağı açıktır. Bu konuda vakıaları mahkeme önüne getirme yükü ise kişiye aittir, ispatlanamama rizikosunu yabancı devlet taşımaz.

Yargı bağışıklığı, forum devletinin yabancı devlet üzerinde hiçbir şekilde yargısal faaliyette bulunamayacağını ifade etse de, forum devletinin kendi yargı hakkının varlığını araştırması hiçbir şekilde toptan uluslararası hukuka aykırıdır denemez. Buna göre yabancı devlete karşı davanın açıldığı kabul edilmeli ve tebligat

yapılmalıdır; çünkü yabancı devletten gelecek bir feragat beyanı yargı hakkı eksikliğini giderebilir. Tebligatın nasıl yapılacağı ise Türk hukukunda Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da özel olarak düzenlenmiş olsa bile, uluslararası hukuk kuralları karşısında uygulanması mümkün değildir.

Yabancı devlete tanınan bağışıklık, onun için bir hak niteliğindedir, dolayısıyla feragati mümkündür. Bu feragat ile eksik olan dava şartı tamamlanacaktır. Feragat açık olabileceği zımni de olabilir. Zımni feragatten sonra hukukumuzda olan iddianın değiştirilmesi yasağının başka bir versiyonu karşımıza çıkar, ama artık kaynağı uluslar arası hukuktur. Kaynak uluslararası hukuk olduğu için, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki istisnalar bu yasağın aşılmasında her zaman işlevsellik gösteremez. Yahut yabancı devlet bir tahkim sözleşmesi yapmış olabilir. Burada artık yargı bağışıklığını ileri süremeyecektir.

Yabancı devlet aynı zamanda cebri icradan da bağışık tutulmuştur. Buradaki kurallar çok daha serttir, zira devletler arası ilişkileri çok daha derinden ve kötü bir şekilde etkileyebilir. Aynı şekilde geçici hukuki himaye tedbirlerinde de cebri icra bağışıklığı kendisini gösterir.

Devlet temsilcileri de, bu sıfatları ve yerine getirdikleri görevler düşünüldüğünde belli bir yargı bağışıklığını haiz kılınmışlardır. Buradaki yargı bağışıklığının kapsamı devlete göre çok daha geniştir. Çünkü kişiler söz konusudur. Tüm devlet görevlileri yargı bağışıklığından yararlanmaz. Bu üst seviyeli görevlilere tanınmış imkandır. Devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanı, burada sözü geçecek görevliler kategorisini oluşturmaktadır. Bu kişilerin yargı bağışıklığı *erga omnes* tanınmalıdır. Diplomatik temsilciler ise sadece görev yaptıkları ülkede ve transit olarak geçtikleri ülkelerde yargı bağışıklığı sağlanır. Diplomatik temsilcilerin yargı bağışıklığından yararlanmaları kuraldır. İstisnalar ise özel olarak sayılmıştır. Konsolosların yargı bağışıklığı çok daha dar kapsamlıdır. Buna göre sadece görevlerinin

ifası kapsamındaki işler bakımından yargı bağışıklığına sahiptirler. Hem diplomatik temsilciler hem konsoloslar için söylenmesi gereken, bu kişilerin veya görev yaptıkların yerlerin ülkedışı sayılamayacağıdır. Bu kişilere tanınan bağışıklık işlevlerinin rahat yerine getirebilmeleri içindir. Yargı bağışıklığından yararlanmalarına rağmen kabul edildikleri ülkenin kurallarına uymakla mükelleflerdir. Kabul eden devlet ise gerektiğinde *"persona non grata"* ilan ederek bu kişileri ülkesinden gönderme yoluna başvurabilir. Söz konusu temsilciler, gönderen devletin kuralları bakımdan herhangi bir bağışıklığa sahip değillerdir ve gönderen devlette bu kişilere karşı yargı yoluna başvurulması hiçbir şekilde engellenemez. Böyle bir engelleme yapılması bu kişileri dünyanın tamamında sorumsuz kılma şeklinde bir sonuç doğurur.

KAYNAKÇA

Acun-Mekengeç, M. : Ayni Haklardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme, İstanbul 2016.

Adolphsen, J. : Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Baden 2014.

Akıncı, Z. : Milletlerarası Tahkim, 4. Baskı, İstanbul 2016.

Akipek, Ö. İ. : Ülke-Dışılık (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, s.27-38).

Aksar, Y. : Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, 4.Baskı, Ankara 2017 (**Aksar**, Uluslararası Hukuk).

Aksar, Y. : Uluslararası Adalet Divanı'nın Belçika Tutuklama Kararı Davası (Belgian Arrest Warrant Case) (14 Şubat 2002) Ve Uluslararası Ceza Hukuku (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52, Sayı 4, 2003, s.131-146) (**Aksar**, Tutuklama Kararı).

Aktepe-Artık, S. : Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014.

Altuğ, Y. : Devlet Muafiyetine İlişkin Avrupa Sözleşmesi (Kubalı'ya Armağan Mélanges Kubalı, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, Yıl: 8, Sayı: 11, s.295-308, İstanbul 1974).

Appelbaum, C. : Einschränkungen der Staatenimmunität in Fällen schwerer Menschenrechtsverletzungen, Berlin 2007.

Arsava, F. : Yabancı Mahkeme Kararlarının İcrası ve Devletlerin Yargı Bağışıklığı (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt 1, Yıl 3, Sayı 8, 2012, s. 1-19).

Arslan, R./Yılmaz, E./Taşpınar Ayvaz, S./Hanağası, E. : İcra ve İflas Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018.

Arslan, R./Yılmaz, E./Taşpınar Ayvaz, S./Hanağası, E. : Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018.

Aslan Akyol, L. : Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2010.

Atalay, O. : Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001.

Atalı, M. : Medeni Usul Hukukunda Davanın İhbarı, Ankara 2007 (**Atalı,** Davanın İhbarı).

Atalı, M. : Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017 (**Atalı**, Pekcanıtez Usul).

Atalı, M./Ermenek, İ./Erdoğan, E. : Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2018.

Aybay, R. : Yargıtay İçtihat Göre Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 72, Ankara 2007, s.109-120).

Aybay, **R/Oral**, **E. :** Kamusal Uluslararası Hukuk, İstanbul 2016.

Badr, G. M. : State Immunity**:** An Analytical and Prognostic View, Hague 1984.

Bankas, E. K. : The State Immunity Controversy in International Law Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts, Berlin Heidelberg 2010.

Barker, J. C. : The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: a necessary evil?, Brookfield 1996.

Başaran, H. R. : Uluslararası Tahkim, İstanbul 2014.

Bishop, W. W. : The New United States Policy Limiting Sovereign Immunity (American Journal of International Law, Volume 47, 1953, s.93-106).

Boran-Güneysu, N. : Medeni Usul Hukukunda Karar, Ankara 2014.

Bröhmer, J. : State Immunity and the Violation of Human Rights, Hague 1997.

Canca, H. S. : Devletlerin Gemilere Müdahale Yetki ve Yükümlülükleri, Ankara 2015.

Crawford, J. : Brownlie's Principles of Public International Law, Eighth Edition, Oxford 2012.

Çelik, E. F. : Milletlerarası Hukuk, Cilt 1, 3. Baskı, İstanbul 1975.

Çelik, N./Caniklioğlu, N./Canbolat, T. : İş Hukuku Dersleri, 31. Bası, İstanbul 2018.

Çelikel A./Erdem B. : Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Bası, İstanbul 2016.

Çelikoğlu, C. T. : 6100 Sayılı HMK'ya Göre İlk Derece Yargılamasında Ana Hatlarıyla Tahkikat Safhası (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 4, Sayı 13, 2013, s. 113-150).

Damian, H. : Staatenimmunität und Gerichtszwang, Heidelberg, Tokyo, New York 1985.

Dardağan-Kibar, E. : Yargı Kararları Işığında Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı Alanında Güncel Gelişmelere Bakış (Rona Aybay'a Armağan, Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı, Cilt 1, 2014, s.677-713).

Denza, E. : Diplomatic Law, Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, Third Edition, Oxford University Press, New York, 2008.

Dinstein, Y. : Ratione Materiae Diplomatic Immunity (The International and Comparative Law Quarterly, Volume 15, No. 1, Cambridge 1966 s.76-89).

Doğan, V. : Milletlerarası Özel Hukuk, 4.Baskı, Ankara 2017.

Erdem, B. : Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Tebligat Türkiye'den Yurt Dışına Yurt Dışından Türkiye'ye Yapılacak Tebligat, İstanbul 1992.

Erdoğan, E. : Medeni Usul Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması, Ankara 2015.

Eren, F. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2014.

Erişir, E. : Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul 2013.

Erson Asar, B. : Yabancı Devletlerdeki Yargılamalar Açısından Uluslararası Hukukta Devlet Görevlilerinin Yargı Bağışıklığı, İstanbul 2016.

Erten, M.E. : Uluslararası Adalet Divanı'nın Almanya - İtalya Kararı Doğrultusunda Uluslararası Hukukta Devletin Yargı Bağışıklığı, Kırıkkale 2016.

Escher, A./Nacimento, P./Weissenborn, C./Lange, S. : Investment Arbitration and the Participation of State Parties in Germany, s.1013-1061 (Arbitration in Germany, The Model Law in Practice, Second Edition, Alphen aan den Rijn 2015).

Fox, H./Webb P. : The Law of State Immunity, Revised and Updated Third Edition, New York 2015.

Garnett, R. : State Immunity in Employment Matters (International & Comparative Law Quarterly, Volume 46 Issue I, Cambridge 1997,s.81-124).

Geimer, R./Geimer, E./Geimer, G. : Internationales Zivilprozessrecht, 6. Auflage, Köln 2009 (**Geimer**).

Gözlügöl, V. : Diplomatik Dokunulmazlık Ve Ayrıcalıkların Kötüye Kullanılması (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 1, 2013, s.99-127) (**Gözlügöl**, Diplomatik Dokunulmazlık).

Gözlügöl, V. S. : Avrupa İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2014 (**Gözlügöl**, İnsan Hakları).

Gözübüyük, A. Ş./Gölcüklü, A. F. : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 6. Bası, Ankara 2005.

Grabenwarter C./Pabel, **K. :** Europaische Menschenrechtskonvention, Ein Studienbuch, 5. Auflage, München 2012.

Gündüz, A. : Yabancı Devlet Malları Üzerinde Cebri İcra Mümkün Müdür ?(Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S.1, İstanbul 1984, s.1-21) (**Gündüz,** Cebri İcra Bağışıklığı).

Gündüz, A. : Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk, Ankara 1984 (**Gündüz**, Yargı Bağışıklığı).

Higgins, R. : Themes And Theories Selected Essays, Speeches And Writings In International Law, Volume I, Oxford 2009.

İnceoğlu, S. : Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi, Ankara 2018.

Jauernig, O./Hess B. : Zivilprozessrecht, 30. Auflage, München 2011.

Karslı, A. : Medeni Yargılama Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2014.

Kender, **R. :** Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 5, 25-26 Mart 1988 Banka Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü,1974, s.139-158).

Kuran, **S. :** Savaş Gemilerinin Dokunulmazlığı ve Yargı Bağışıklığı (Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 25, Sayı 1-2, 2005-2006, s.229-240).

Kuran, **S. :** Uluslararası Deniz Hukuku, 4.baskı, İstanbul 2014.

Kuru, B. : Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2. Cilt, 6. Baskı, İstanbul 2001 (**Kuru**, Hukuk Usulü).

Kuru, B. : İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013 (**Kuru**, El Kitabı).

Kuru, B. : İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016 (**Kuru**, Medeni Usul Hukuku).

Kuru, B. : Makaleler, İstanbul 2006 (**Kuru**, Dava Şartları).

Lachmann, J.P. : Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Auflage, Köln 2008.

Lauterpacht, H. : The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States (British Yearbook of International Law, Vol. 28, 1951).

Lee, L.T. : Consular Law and Practice, Second Edition, Oxford 1991.

Lorz, S. : Ausländische Staaten vor deutschen Zivilgerichten, Tübingen 2017.

Lüke, W. : Zivilprozessrecht : Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 10. Auflage, München 2011.

Malanczuk, P. : Akehurst's Modern Introduction to International Law, Seventh Edition, Londra 1997.

Fasching, H./Konecny, A./Matscher, F. : Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Band 1: EGJN, JN, 3. Auflage, Wien 2013.

McClanahan, G. V. : Diplomatic Immunity Principles, Practices, Problems, London 1989.

Milhaupt, J.C. : The Scope of Consular Immunity under the Vienna Convention on Consular Relations: Towards a Principled Interpretation (Columbia Law Review, Volume 88, No. 4, Columbia 1988, s.841-862).

Mollamahmutoğlu, H./Astarlı, M./Baysal, U. : İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014.

Muşul, T. : Tebligat Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2013.

Nagel, H./Gottwald, P. : Internationales Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Köln 2013.

Nomer, E. : Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 22. Baskı, İstanbul 2017 (**Nomer**, Devletler Hususi).

Nomer, E. : Devletler Hususi Hukukunda Milletlerarası Yetki Mefhumu (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 40, Sayı 1-4, 1974, s.393-426) (**Nomer**, Makale).

Nomer, E. : Devletlerin Kaza Muafiyeti (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 35, Sayı 1-4, 1969, s.471-495) (**Nomer**, Kaza Muafiyeti).

Nomer, E. : Milletlerarası Usul Hukuku, 2.Bası, İstanbul 2018 (**Nomer**, Milletlerarası Usul).

Oğuzman, K./Öz, T. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 10. Baskı, İstanbul 2013.

Ökçün, G. A. : Konsolosluk İlişkilerinde Kolaylıklar, Ayrıcalıklar, Bağışıklıklar (Doç. Dr. Cem Sar'a Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 27, No. 3, 1972, s.121-184) (**Ökçün**, Bağışıklık).

Ökçün, G. A. : Konsolosluk İlişkilerinin Kurulması ve Yürütülmesi (Prof. Dr. Kemal Fikret Arık'a Armağan, Ankara 1972, s.329-379) (**Ökçün**, İlişkiler).

Öktem, E. : Uluslararası Teamül Hukuku, İstanbul 2013.

Özdemir Kocasakal, H. : Devletlerin Yargı ve İcra Muafiyetleri ve Bunların Tahkim Yargılamasındaki Rolü (Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C.22 S.2, s.525-576, İstanbul 2002).

Özekes, M. : İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999 (**Özekes**, İhtiyati Haciz).

Özekes, M. : Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, Cilt 3, İstanbul 2017.

Pazarcı, H. : Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap, 10. Bası, Ankara 2014.

Pazarcı, H. : Uluslararası Hukuk Dersleri 3. Kitap, 5.Bası, Ankara 2015.

Pazarcı, H. : Uluslararası Hukuk, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, Ankara 2017.

Pekcanıtez, H. : Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017.

Rechberger, W./Simotta, D.A. : Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 8. Auflage, Wien 2010.

Roberts, I. : Satow's Diplomatic Practice, Seventh Edition, Oxford 2013.

Rosenberg, L./Schwab, K.H./Gottwald, P. : Zivilprozessrecht, 17. Auflage, München 2010.

Sak, Y. : Devletin Yargı Bağışıklığı ve Temel Hakların Korunması, Ankara 2015.

Sargın, F. : 1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi Hükümleri Dahilinde MÖHUK'un 33. maddesinin Uygulanabilirliği Sorunu (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52 S.1, 2003, s.13-36).

Schack, H. : Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2014.

Schwab, K. H./Walter, G. : Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Auflage, München 2005.

Shaw, M.N. : International Law, Eighth Edition, Cambridge 2017.

Sözer, B. : Deniz Ticareti Hukuku Gemi-Donatan-Taşıyan ve Deniz Ticareti Hukukunda Sorumluluk Rejimi, 2. Bası, İstanbul 2012.

Stein, F./Jonas, M./Jacobs, M. : Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 10 EuGVVO GVG, 22. Auflage, Tübingen 2003.

Sucharitkul, S. : Jurisdictional immunities of States and their property (Yearbook of the International Law Commission, vol. II(1), 1979, s.227-244) (**Sucharitkul**, Birinci Rapor).

Sucharitkul, S. : Jurisdictional immunities of States and their property (Yearbook of the International Law Commission, vol. II(1), 1981, s.125-150) (**Sucharitkul**, Üçüncü Rapor).

Sur, M. : Uluslararası Hukukun Esasları, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, İstanbul 2017.

Süral, C. : Uluslararası Özel Hukukta Yabancı Devletlerin Sınırlı Yargı ve İcra Muafiyeti, Ankara 2015.

Süzek, S. : İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku), 16. Baskı, İstanbul 2018.

Şanlı, C./Esen, E./Ataman-Figanmeşe, İ. : Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Bası, İstanbul 2016.

Tan, M. : Diplomatik Temsilcinin Yargı Bağışıklığı, İstanbul 2005 (yayımlanmamış yüksek lisans tezi).

Tandoğan, H. : Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), Ankara 1961.

Tanrıver, S. : Medeni Usul Hukuku, Cilt I, Ankara 2016.

Taş Korkmaz, H. : Medeni Usul Hukukunda İradi Taraf Değişikliği, Ankara 2014.

Taşpınar, S. : Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.

Tercier, P./Pichonnaz, P./Develioğlu, H. M. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.

Tezcan, D. : Türk Hukukunda Diplomatik Yargı Bağışıklığı (Birleşmiş Milletler Türk Derneği Yıllığı 1985, Birleşmiş Milletler 40. Yıl Armağanı, Sayı 11, s.137-167).

Toluner, S. : Milletlerarası Hukuk Dersleri Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği), 4.Bası, İstanbul 1996.

Turan, H. : İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2016.

Turhan, M. T. : Yabancı Devletlerin Yargı ve İcra Bağışıklığı Ülkesellik İlkesi (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 37 S. (1-4), 513-521).

Türkay, F. : Devletin Askeri Faaliyetlerinde Yargı Bağışıklığı, İstanbul 2013.

Umar, B. : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014.

Umar, B./Yılmaz, E. : İsbat Yükü, 2.Bası, İstanbul 1980.

Van Alebeek, R. : The Immunities of States and Their Officials in International Criminal Law and Human Rights Law, New York 2008.

Wefelscheid, M. : Vollstreckungsimmunität fremder Staaten, 2014, Peter Lang Database'den alınmıştır.

Whytock, C. A. : Foreign State Immunity And The Right To Court Access (Boston University Law Review, Vol. 93, 2013, s.2033-2093).

Yıldırım, M. K./Yıldırım, N. D. : İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016.

Yılmaz, E. : Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Cilt 1, Ankara 2001 (**Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye).

Yılmaz, E. : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt 2, Ankara 2017 (**Yılmaz**, Şerh).

Yılmaz, E. : İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Ankara 2016 (**Yılmaz**, İcra İflas Şerhi).

Yılmaz, E. : Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 4. Bası, Ankara 2013 (**Yılmaz,** Islah).

Yılmaz, E./Çağlar, T. : Tebligat Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2013.

Zimmermann, W. : Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3, §1025-§1109, EGZPO GVG EGGVG UKlaG, 4. Auflage, München 2013.

Zourek, J. : Third Report on Consular Intercourse and Immunities (http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_137.pdf).

ABSTRACT

A sovereign and a subject are different things. The difference between them could be seen in adjudicative process. Contrary to a normal citizen, it is not always an opinion for municipal courts to adjudicate against a foreign state. Its reason is foreign state immunity. Foreign state immunity contains only acts qualified as *acta iure imperii.* Other acts of foreign state could be adjudicated easily in municipal courts. A state enjoys immunity by virtue of its *imperium.* If there is not an act deprived from state's *imperium,* state could not enjoy immunity. As state immunity is a procedural bar, it has many reflections in adjudicative process and in executive process. These reflections are analyzed in this thesis and some suggestions are offered.

This thesis also concerns with immunity of state's representatives. They also enjoy immunity in another state. Head of state, head of the government and the minister of foreign affairs enjoy *rationae personae immunity* which is wider than state immunity. Immunity covers all acts of these people. Accordingly, diplomats and consuls enjoy immunity in receving state. As diplomats are responsible for relationship between states, they have nearly absolute immunity. They could be brought before courts only in exceptions enumarated in Vienna Convention on Diplomatic Relations Article 31. Consuls are not responsible for relationship between states, they are interested in trade relationships and try to protect citizens of his/her sending state in receiving state. Therefore consular immunity contains acts performed in their functions.

Keywords: *State immunity, diplomatic immunity, consular immunity, immunity of head of state, head of government and minister of foreign affairs, immunity as a procedural bar*

ÖZET

Bir egemen ile vatandaş farklı kavramlardır. Bunlar arasındaki fark, kendilerine karşı açılmış bir davada görülebilir. Normal bir vatandaştan farklı olarak yabancı devlete karşı mahalli mahkemelerde dava açılması her zaman mümkün değildir. Bunun nedeni de yabancı devletin sahip olduğu yargı bağışıklığıdır. Bu yargı bağışıklığı sadece *acta iure imperii* nitelikli işlemler için söz konusudur. Bunun dışındaki işlemler için yabancı devlete mahalli mahkemelerde dava açılması mümkündür. Yabancı devlet sadece *imperium'*unu kullandığı işlemler için yargı bağışıklığından yararlanır. Yabancı devlet *imperium'*unu kullanmıyorsa, yargı bağışıklığından yararlanması da mümkün değildir. Yargı bağışıklığı usuli bir engel olarak düzenlendiği için dava ve icra aşamalarında çeşitli yansımaları vardır. Bu tezde de bu yansımaların neler olabileceği incelenmiş ve çözüm önerileri sunulmuştur.

İşlenen bir diğer konu devlet temsilcilerinin yargı bağışıklığıdır. Devlet temsilcileri de bir başka devlette yargı bağışıklığından yararlanırlar. Bu bağlamda, devlet başkanları, hükümet başkanları ve dışişleri bakanları devletin yargı bağışıklığından daha geniş olan *rationae personae* yargı bağışıklığından yararlanır. Böylece bu kişilerin tüm işlemleri yargı bağışıklığından yararlanabilir. Bu doğrultuda diplomatlar ve konsoloslar da yargı bağışıklığından faydalanır. Devletlerin arasındaki ilişkilerden diplomatlar sorumlu olduğu için onların yargı bağışıklığı neredeyse mutlaktır. Onlara karşı dava açılması sadece Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesinde sayılan istisnalarda mümkündür. Konsoloslar, devlet ilişkilerinde görev almazlar, onlar daha çok ticari işlerde ve gönderen devlet vatandaşlarının, kabul eden devlette korunmaları konularında görev alırlar. Buna paralel olarak, onların yargı bağışıklığı görevlerinin ifası sırasındaki işlemlerle sınırlıdır.

Anahtar Kelimeler: *Devletin yargı bağışıklığı, diplomatların yargı bağışıklığı, konsolosların yargı bağışıklığı, devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanının yargı bağışıklığı, usuli bir engel olarak yargı bağışıklığı*