TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK

ANABİLİM DALI

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUN (KANUNLAR İHTİLAFI HUKUKU VE MİLLETLERARASI USUL HUKUKU BAĞLAMINDA) İNSAN HAKLARI İLE DÖNÜŞÜMÜ?

DOKTORA TEZİ

IŞIL SELİN TEKDOĞAN BAHÇIVAN

ANKARA, 2022

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK

ANABİLİM DALI

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUN (KANUNLAR İHTİLAFI HUKUKU VE MİLLETLERARASI USUL HUKUKU BAĞLAMINDA) İNSAN HAKLARI İLE DÖNÜŞÜMÜ?

DOKTORA TEZİ

IŞIL SELİN TEKDOĞAN BAHÇIVAN

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. GÜLİN GÜNGÖR

ANKARA, 2022

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

IŞIL SELİN TEKDOĞAN BAHÇIVAN

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUN (KANUNLAR İHTİLAFI HUKUKU VE MİLLETLERARASI USUL HUKUKU BAĞLAMINDA) İNSAN HAKLARI İLE DÖNÜŞÜMÜ?

DOKTORA TEZİ

Tez Danışmanı : Prof. Dr. GÜLİN GÜNGÖR

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı **İmzası**

Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR (Danışman)

Prof. Dr. Fügen SARGIN

Prof. Dr. Rifat ERTEN

Doç. Dr. K. Sedat SİRMEN

Dr. Öğr. Ü. Neva Ö. ÖZTÜRK

Tez Sınavı Tarihi : 05.08.2022

Tez Doğruluk Beyanı Belgesidir.

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

Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR danışmanlığında hazırladığım "Milletlerarası Özel Hukukun (Kanunlar İhtilafı Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku Bağlamında) İnsan Hakları ile Dönüşümü? (Ankara, 2022) " adlı 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: 05.08.2022

Işıl Selin TEKDOĞAN BAHÇIVAN

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUN (KANUNLAR İHTİLAFI HUKUKU VE MİLLETLERARASI USUL HUKUKU BAĞLAMINDA) İNSAN HAKLARI İLE DÖNÜŞÜMÜ?

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER I

KISALTMALAR V

GİRİŞ 1

I. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUN VARLIK KRİZİ 6

A. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUN GELENEKSEL AMAÇLARI 7

B. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUN GÜNCELLENEN AMAÇLARI 11

1. Savignian Teorinin Eleştirisi 11

a. Yeknesaklık amacı yönünden 12

b. Toplumsal değişim yönünden 14

2. Kıta Avrupasında İleri Sürülen Teoriler Çerçevesinde Güncellenen Amaçlar .. 17

3. ABD'de İleri Sürülen Teoriler Çerçevesinde Güncellenen Amaçlar 22

4. Kamu Hukuku ile (Yeniden) Yakınlaşma 25

5. İnsan Hakları Mülâhazaları 31

II. İNSAN HAKLARI NORMLARININ STATÜSÜ 44

A. İNSAN HAKLARININ TANIMI 46

1. İnsan Haklarının Kaynağı ve Amaçları 48

2. İnsan Haklarının Evrensel Niteliği 52

3. İnsan Haklarının Etkileri 55

a. Doğrudan yatay etki 58

aa. Genel olarak 58

bb. Milletlerarası Özel Hukukta 61

b. Dolaylı yatay etki 69

aa. İnsan hakları unsurlu özel hukuk davaları 69
aaa. Genel olarak 69
bbb. Milletlerarası Özel Hukukta 72
bb. Özel hukuk (yabancı) unsurlu insan hakları davaları 74
B. NORMLAR İÇERİSİNDEKİ YERİ 78
1. İnsan Haklarının Milletlerarası Alanda Korunması 78
a. Milletlerarası Hukukun Kaynakları 79
b. Jus Cogens Vasfı Taşıyan Normlar 82
2. İnsan Haklarının Ulusal Alanda Korunması 88
a. Anayasa 89
b. Tarafı Olunan Milletlerarası Antlaşmalar 95
aa. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 100
bb. AİHS 101
cc. Milletlerarası özel hukuka ait antlaşmalar ve özellikle Lahey Sözleşmeleri 107
c. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları 109
I. İNSAN HAKLARININ UYGULANACAK MADDİ HUKUKUN TESPİTİ VE UYGULANMASINA ETKİSİ 112
A. YETKİLİ HUKUKUN TAYİNİ AŞAMASI 112
1. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Oluşturulması 112
a. Eşitlik İlkesi Kapsamında 113
b. Mülkiyet Hakkı Kapsamında 121
2. Yabancı Hukuka Göre Oluşan Hukuki Statünün Tanınması Suretiyle Kanunlar İhtilafı Kurallarının Bertaraf Edilmesi 122
a. Genel olarak 123
b. AİHM kararlarında 127

c. Olumlu ve olumsuz yönleri 135
3. Doğrudan Uygulanan Kurallar 140
4. Diğer Yöntemler 143
B. YETKİLİ HUKUKUN UYGULANMASI AŞAMASI 145
1. Yabancı Hukukun Uygulanması 145
a. Yabancı Hukukun Uygulanmasında Jura Novit Curia 147
b. Yabancı Hukukun İçeriğinin Temin Edilmesi 149
c. Yabancı Hukukun Anayasal Denetimi 154
aa. Yabancı hukukun T.C. Anayasası'na uygunluğu 154
bb. Yabancı hukukun kendi Anayasa'sına uygunluğu 158
2. Kamu Düzeni İstisnası 158
a. Kamu Düzeninin İçeriğini Oluşturan İnsan Hakları Kaynakları 160
aa. BM belgeleri 160
bb. Anayasa 166
cc. AİHS ve AİHM kararları 169
aaa. Avrupa kamu düzeni 171
bbb. Ulusal mahkeme kararlarındaki yansımalar 175
b. Millî-Milletlerarası Kamu Düzeni 181
c. Usûli-Maddi Kamu Düzeni 184
d. Hafifletilmiş Etki Teorisi 187
aa. Genel olarak 187
bb. İnsan hakları bakımından 189
aaa. Genel olarak 189
bbb. AİHS bağlamında 192
aaaa. Üye devlet kaynaklı hukuki durum 193
bbbb. Üye olmayan devlet kaynaklı hukuki durum 194

(i) Hafifletilmiş etki taraftarları 195
(ii) Tam inceleme taraftarları 200
cccc. AİHM kararlarında 204
e. Kamu Düzeninin Olumlu Etkisi 209
f. Kamu Düzeni İstisnasının Kullanılmasının Olumlu ve Olumsuz Yönleri 212
II. İNSAN HAKLARININ USÛL HUKUKUNDAKİ ETKİSİ 219
A. USÛL KURALLARININ OLUŞUMU VE UYGULANMASI 219
1. Teminat Gösterme Zorunluluğu 219
2. Adli Yardım 224
3. Aşkın Yetki Kuralları 230
4. Forum Necessitatis Kuralı 235
5. Evrensel Yetki 242
6. Forum Non Conveniens Kuralı 248
7. Milletlerarası Dokunulmazlığa İlişkin Kurallar 251
B. YABANCI MAHKEME VE İDARE KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZ EDİLMESİ 256
1. Exequatur Sistemi 256
a. Tanıma – tenfiz talebini kabul etme 256
b. Tanıma-tenfiz talebini reddetme 261
c. Tanıma-tenfiz edilen yabancı mahkeme kararına yönelik AİHM ihlâl kararının Türk hukukundaki etkisi 262
2. Exequatur Sistemi Dışında Tanıma 265
SONUÇ 266
KAYNAKÇA 273
ÖZET 291
SUMMARY 292

KISALTMALAR

AB: Avrupa Birliği

ABAD: Avrupa Birliği Adalet Divanı

ABD: Amerika Birleşik Devletleri

AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

ATS: *Alien Tort Statute* veya *Alien Tort Claims Act*

AYM: Anayasa Mahkemesi

BM: Birleşmiş Milletler

bkz.: Bakınız

c.: contre

dn.: Dipnot

E.: Esas

ed.: Editör

eds.: Editörler

HD: Hukuk Dairesi

HGK: Hukuk Genel Kurulu

HMK: Hukuk Muhakemeleri Kanunu

İHEB: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

K.: Karar

m.: Madde

MAD: Milletlerarası Adalet Divanı

MÖHUK: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun

NHK: Nüfus Hizmetleri Kanunu

No: Numara

RG: Resmî Gazete

s.: Sayfa

T.: Tarih

TBMM: Türkiye Büyük Millet Meclisi

T.C.: Türkiye Cumhuriyeti

v.: versus

VAHS: Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi

vb.: Ve benzeri

vd.: Ve devamı

Vol.: Volume

yy.: Yüzyıl

GİRİŞ

Milletlerarası özel hukuk disiplininin bir yandan kendi içinde yapısal bir dönüşümden geçtiği, öte yandan hukukun diğer alanları ile ilişkisinin de temelden değiştiği iddia edilmektedir[1]. 1980'li yıllardan beri güncel gelişmeleri anlamlandırmak için oldukça sık kullanılan ve bu nedenle "klişe" olarak nitelendirilmeye uygun bir kavram olsa da "küreselleşme" ve bu kavramın içinde barındırdığı gereklilikler, milletlerarası özel hukukun değişime zorlanmasının en önemli nedenlerindendir[2]. Zira küreselleşme, bir yandan milletlerarası özel hukukun öne çıkıp diğer hukuk dalları arasından "parlamasını" sağlarken aynı zamanda bu hukuk disiplininin günün koşullarına uygun olarak değişmesini de talep etmektedir.

Yetki, uygulanacak hukuk ve tanıma tenfiz gibi kuralları konu edinen milletlerarası özel hukuk, özel hukuktaki dışsal-yabancı nitelikli konularla ilgilenen bir disiplindir[3]. Ne var ki uluslar üstü kaynakların bulunduğu bazı konular dışında milletlerarası özel hukuk temelde ulusal hukuktur ve alanın ilgilendiği çoğu konu, ulusal hukuk kurallarıyla düzenlenmektedir. Dışsal-milletlerarası alanla ilgilenen bir hukuk dalına ait kuralların ulusal seviyede olması, küreselleşme bağlamında sorun yaratabilir niteliktedir[4].

---

[1] Kiestra, Louwrence R.: *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, the Hague 2014, s. 2, (The Impact). Eeckhout, Veerle van den: Promoting Human Rights within the Union: The Role of European PIL, *European Law Journal*, 14/1 (2008), s. 105, (Promoting Human Rights).

[2] Kiestra, The Impact, s. 2.

[3] Türk milletlerarası özel hukukunda, "tabiiyet hukuku" ve "yabancılar hukuku" alanları da bu alan içerisinde çalışılmakla birlikte bu iki alanın insan hakları bağlantısı tez kapsamı dışında tutulmuştur.

[4] Eeckhout, Promoting Human Rights, s. 108.

Öte yandan AB hukukunda milletlerarası özel hukuk düzenlemelerine ağırlık verilmesi ve ulusal milletlerarası özel hukukların yerini AB hukuku düzenlemelerinin alması, söz konusu dönüşümün nedenleri arasındadır. Milletlerarası özel hukukun milletlerarası kamu hukuku ile yeniden yakınlaşması da küreselleşme bağlamında bu alanın rolünün önemini ortaya koymaktadır. Bu gelişmeler, milletlerarası özel hukuk üzerinde baskı oluşturmakta, geleneksel milletlerarası özel hukuk yaklaşımında tereddüt edilmesine yol açmaktadır.

İnsan hakları disiplini, II. Dünya Savaşı'ndan sonra özellikle BM'nin İHEB başta olmak üzere insan hakları antlaşmaları ve AB'nin insan haklarını üstün tutan düzenlemeleri ile küreselleşmeden hem olumlu hem de olumsuz anlamda etkilenmiştir[5]. Küreselleşme sayesinde insan haklarını koruyan milletlerarası sözleşmeler ve bu sözleşmelere taraf devletlerde artış yaşanmış, insan hakları normları anayasalarda yerini almıştır. İnsan haklarının günümüzde ulaştığı yer itibarıyla milletlerarası özel hukukun, insan haklarından bağımsız bir yaklaşım iddia etmesi mümkün görünmemektedir. Bu anlamda insan haklarının milletlerarası özel hukuk içerisine nüfuz etmesi, milletlerarası özel hukukun yaşadığı dönüşümün, diğer bir deyişle geçirmekte olduğu iddia edilen "krizin" nedenlerinden biri olarak görülmektedir[6].

O hâlde milletlerarası özel hukukun insan hakları etkisiyle geçirmekte olduğu dönüşümün incelenmesi gerekmektedir. Tezde nihai olarak çözüme kavuşturulması

---

[5] Çalık, Taceddin: Küreselleşmenin İnsan Hakları Üzerindeki Etkileri, *Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2/1 (2014), s. 61-81.

[6] Muir Watt, Horatia: Concurrence ou Confluence? Droit International Privé et Droits Fondamentaux dans la Gouvernance Globale, *Revue Internationale de Droit Économique*, 2013/1, s. 64, (Concurrence ou Confluence?). *Muir Watt*, milletlerarası özel hukukun modern krizinin, alanın "küresel yönetişim" karşısındaki sessizliğiyle ilgili olduğunu ileri sürmektedir.

amaçlanan araştırma soruları, doktrinde ileri sürülen bu dönüşümün gerçekte var olup olmadığı ve bu dönüşümde insan haklarının rolünün ne olduğudur. Milletlerarası özel hukukta insan haklarının mevcudiyeti geleneksel metotlar ve kavramlar açısından yıkıcı mı yoksa yapıcı mıdır?[7] İnsan haklarının bu etkisine direnmeli mi yoksa bunu kabul etmeli miyiz?

Bu soruların cevapları iki ayrı bölümde araştırılmıştır. Milletlerarası özel hukukun insan hakları ile dönüşümünü incelemek için öncelikle hangi nedenlerin bu iki farklı alanı birbirine yaklaştırdığını, yani insan hakları ve milletlerarası özel hukuk bağlantısının kurulmasındaki etkenleri tespit etmemiz gerekmektedir. Söz konusu etkenlerin tespiti, varsayılan dönüşümü benimseme veya reddetme ikileminde ne yönde tercih yapmamız gerektiğine ışık tutacaktır.

Bu amaçla ilk bölümde öncelikle milletlerarası özel hukukun geleneksel amaçları teze katkı sağlayacak ölçüde incelenmiştir. İnsan hakları neden milletlerarası özel hukuku etkilemektedir/ etkilemelidir? Alanın geleneksel amaçlarının eleştirisinde ve bu amaçların güncellenmesinde insan haklarına ilişkin düşünceler ne derecede önemlidir? Bu sorular, milletlerarası özel hukukunun geçirmekte olduğu söylenen dönüşümün insan haklarıyla bağlantısının ortaya konulması için sorulmuş ve cevaplanmaya çalışılmıştır.

Bağlantının milletlerarası özel hukuk yönü incelendikten sonra insan hakları yönüne geçilmiştir. Yargısal erk kullanan merciler neden insan haklarını uygulamalıdır? İnsan hakları doğrudan uygulanabilir mi veya insan haklarının, geleneksel milletlerarası özel hukuk araçlarıyla korunması mümkün müdür? Milletlerarası özel hukuk, insan haklarının özel hukuka etkisine ilişkin tartışmalarda hangi konumdadır? [8] İnsan

[7] Muir Watt, Concurrence ou Confluence?, s. 69.

[8] Eeckhout, Veerle van den: *The Instrumentalisation of Private International Law– Quo Vadis? Rethinking the 'Neutrality' of Private International Law in an Era of*

haklarından bazıları, milletlerarası özel hukukta doğrudan uygulanan kural veya *jus cogens* olarak kabul edilip, doğrudan dikkate alınabilir mi? Bu sorular cevaplandırılırken insan hakları normlarının niteliği, statüsü ve etkileri göz önünde bulundurulmuştur.

Milletlerarası özel hukukun insan hakları ile dönüşümündeki etkenlerin tespit edilmesinden sonra insan haklarının milletlerarası özel hukuk metotları ve kavramları açısından ne ifade ettiğinin kural koyma ve uygulama aşamalarında incelenmesi gerekmektedir. Böylece varsayılan dönüşümün milletlerarası özel hukuktaki somut yansımaları ve gelecekte bu dönüşümün ulaşabileceği nokta tahmin edilmeye çalışılmıştır. AİHS'nin diğer milletlerarası insan hakları sözleşmelerine göre farklı konumu ve AİHM kararlarının bağlayıcı niteliği nedeniyle tezdeki açıklamalar ve örnekler çoğunlukla bu bağlamda yapılmıştır. Ancak AİHS özelinde yapılacak tespitler, milletlerarası kamu hukuku kurallarına uygun düştüğü ölçüde, genel metinlere genişletilebilir niteliktedir.

Bu amaçla ikinci bölümde öncelikle, insan haklarının uygulanacak maddi hukukun tespiti ve uygulanmasına etkisi incelenmiştir. Bu bölümde, insan hakları çoğunlukla kamu düzeni çerçevesinde ele alınmıştır. Kamu düzeni müdahalesini düzenleyen MÖHUK m. 5, insan haklarının korunması için yeterli midir? Değilse, Anayasa'nın tekrarı anlamına gelse bile, bu maddeye insan hakları vurgusu eklenmeli midir? Veya bu maddenin millî ve milletlerarası kamu düzeni arasındaki farkın ortaya konduğu bir anlatımla tekrar kaleme alınması, insan haklarının korumasına katkı sağlar mı? Türk milletlerarası özel hukukunda MÖHUK m. 5 ve 54/1-c hükümlerinde düzenlenen "kamu düzeni" müdahalesi dışında insan haklarının korunması için

---

Globalisation and Europeanisation of Private International Law, https://ssrn.com/abstract=2148288 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2148288 (Erişim Tarihi: 22.12.2021), s. 8, dn. 27, (the Instrumentalisation).

kullanılabilecek bir dayanak var mıdır? Bu soru çerçevesinde, kamu düzeni enstrümanı dışında farklı araçlar ve bu araçların insan hakları korumasında elverişliliği ve yeterli esnekliğe sahip olup olmadığı araştırılmıştır.

Son olarak insan haklarının usûl hukukundaki etkisi araştırılacaktır. İnsan hakları, Türk milletlerarası özel hukukunda nasıl daha etkin korunabilir? Milletlerarası özel hukuk, tarafların insan haklarına ilişkin iddialarını ileri sürmesini engelliyor mu yoksa destekliyor mu? İnsan hakları, milletlerarası özel hukuk içerisinde ne şekilde yürütülüyor, insan haklarına bu disiplin içerisinde nasıl etki tanınıyor? Bu sorulara önce usûl hukuku kuralları incelenerek cevap verilmeye çalışılmıştır. Her biri farklı bir araştırmanın bahsi olabilecek kapsam ve yoğunluktaki konuların (milletlerarası derdestlik–paralel davalar, tebligat, zamanaşımı, makul sürenin aşılması, gerekçeli karar hakkı, münhasır yetki vb.) tamamının incelenmesi bu tezin sınırlarını ve özellikle amacını aşacağı için yalnız fikrimizce dikkat çeken milletlerarası özel hukuk kurallarının incelenmesi tercih edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İNSAN HAKLARI VE MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK BAĞLANTISININ KURULMASINDAKİ ETKENLER

İnsan haklarının milletlerarası özel hukuka etki etmesi sonucunu doğuran iki farklı neden bulunmaktadır. Bu nedenlerden biri, milletlerarası özel hukuka diğeri ise insan haklarına içkindir. Bu varsayımdan hareketle, milletlerarası özel hukukun, içine girdiği düşünülen açmazdan kurtulmak için insan haklarına doğru yöneldiği; insan haklarının ise hukukun diğer tüm alanlarında olduğu gibi normlar içerisindeki yerinden dolayı milletlerarası özel hukuku kendine çektiği söylenebilir.

I. Milletlerarası Özel Hukukun Varlık Krizi

İki disiplinin yakınlaşmasının milletlerarası özel hukuktan kaynaklı nedeni, milletlerarası özel hukukun kendi içerisinde yaşadığı kriz ve bu krizde insan haklarını kendine bir referans kaynağı olarak belirlemesidir. Hemen belirtmek gerekir ki milletlerarası özel hukuk disiplini daha önce de kriz olarak nitelendirilebilecek benzer zorluklardan geçmiştir[9]. Bu anlamda disiplinlerde yaşanan bu tür zorlukların düzenli aralıklarla ortaya çıktığı söylenebilir[10]. Öte yandan milletlerarası özel hukuk disiplininin geçirmekte olduğu iddia edilen bu dönüşüm veya kriz ne ilk ne de sondur; geçtiğimiz yüzyıl itibarıyla insan hakları, "zamanın ruhu" nedeniyle öne çıkmaktadır[11].

[9] Milletlerarası özel hukukta menfaat tipolojisinin geliştirilmesini sağlayan "kriz" için bkz. Kegel, Gerhard: The Crisis of Conflict of Law, *Recueil des Cours*, 1964/112, s. 95-263.

[10] Muir Watt, Concurrence ou Confluence?, s. 60 vd.

[11] Örneğin, COVID-19 pandemisinin de, milletlerarası özel hukuk konularında daha fazla insan hakları endişesinin gündeme gelmesine neden olduğu söylenebilir. Pandemi sonrası ülkelerin uyguladığı sıkı giriş-çıkış önlemleri nedeniyle uluslararası çocuk

Milletlerarası özel hukuku söz konusu krizin eşiğine getiren süreci anlayabilmek için alanın tarihi gelişimi ve günümüze kadar yaşadığı değişim ve dönüşüm incelenmelidir. Milletlerarası özel hukukun amaçlarının ve metotlarının zaman içerisindeki dönüşümü, insan haklarının bugünkü etkisini anlamlandırmamıza yardımcı olacaktır. Buradan hareketle devam eden bölümde milletlerarası özel hukukta özellikle son 50-60 yıllık dönemin, alanın amaçlarını ne ölçüde değiştirdiği incelenmeye çalışılmıştır. Burada yapılan inceleme, kuşkusuz farklı görüşlerin farklı zamanlarda benimsediği yaklaşımların tamamını ele alma amacında değildir. Disiplinin gelişiminde etkili olan ve insan hakları bağlamında önemli görülen aşamalar yansıtılmaktadır.

A. Milletlerarası Özel Hukukun Geleneksel Amaçları

Milletlerarası özel hukuka dair genel bir zaman çizelgesi oluşturulması gerekirse, ilk olarak *Aldricus* tarafından ileri sürülen ve kanunlar ihtilâfına ilişkin hukuki ilişkilerden kaynaklanan taleplerde hâkimin en iyi hukuku uygulamasına dayanan "adalet" temelli görüş, *Story* ve *Savigny*'e kadar takip edilmiştir[12]. İlk aşamada, Orta Çağ âlimleri Roma hukukuna ait belgelerden çıkarılan hukuki taslakları esnek bir şekilde yorumlamıştır[13]. Milletlerarası özel hukuk fikri, çoğulculuğu bir dereceye kadar

---

kaçırma uyuşmazlıklarında veya nafakaya yönelik kararın tenfiz edilmesinde gecikmeler yaşanmış olabilir.

[12] Yntema, Hessel E.: The Historic Bases of Private International Law, *The American Journal of Comparative Law*, 1953/2, s. 311, (The Historic Bases). Birçok yazara göre *Aldricius*'un daha etkili ve yararlı hukukun uygulanmasını ileri süren görüşü, "maddi adalet" anlayışının üstü kapalı anlamda ilk ifadesidir. Bkz. Symeonides, Symeon C.: Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism, *Recueil des Cours*, 2017/384, s. 198-199.

[13] Yntema, The Historic Bases, s. 311 vd.

desteklemekle birlikte, bu olasılığı en aza indirecek bir mekanizma olarak ortaya çıkmıştır[14]. Bunun yanında Roma hukukunun yeniden daha bilimsel bir yaklaşımla ele alınmaya başlanması da kanunlar ihtilâfının doğumunun nedenlerinden biri olarak görülmektedir[15]. Bu ilk aşamada uygulanacak hukuk, çatışan maddi kuralların kapsamı ve niteliği tarafından belirlenmiştir[16]. Söz konusu aşama, *du Moulin*'in taraf beklentisi görüşü ile tamamlanmıştır. Taraf beklentisinin dikkate alınması görüşü, adaletin sağlanması açısından önemlidir. Zira yabancı hukuk ve kararların göz ardı edilmesi, bu tür milletlerarası davalara dahil olan tarafların makul ve meşru beklentilerine aykırılık

[14] Bu görüş doğrultusunda *Mills*, milletlerarası özel hukukun esasında şehir devletinden şehir devletine farklılık gösteren yerel hukukun bir parçası olarak değil, modern anlamda hem kamu hem de özel milletlerarası hukuk alanını kapsayan, evrensel (doğal) milletlerarası hukuk sisteminin bir parçası olarak tasarlandığını savunmaktadır. Mills, Alex: *Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge 2009, s. 31, (Confluence). Milletlerarası özel hukuk ve milletlerarası kamu hukuku yakınlaşması için bkz. aşağıda "Kamu Hukuku ile (Yeniden) Yakınlaşma" başlıklı bölüm.

[15] Mills, Confluence, s. 32; Yntema, The Historic Bases, s. 302 vd.

[16] Bu bağlamda *de Boer*, Orta Çağ statü teorileri ile çağdaş Amerikan kanunlar ihtilâfındaki sonuç-seçimli yaklaşımlar arasında başlangıç noktası itibarıyla ortak bir payda bulunduğunu savunmaktadır. Zira her iki yaklaşımda da uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin sorunlar, maddi kuralın mekânsal alanının belirlemesiyle çözülmeye çalışılmaktadır. de Boer, Th. M.: Facultative Choice of Law the Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law, *Recueil des Cours*, 1996/257, s. 276, (Facultative Choice of Law).

teşkil edeceği için adaletsizliklere yol açabilir[17]. İkinci aşamada; *comity* (milletlerarası mücamele, nezaket), kazanılmış hakların tanınması ya da hukuki ilişkilerin doğalarına göre kategorize edilmesi yöntemlerinin yardımıyla söz konusu adalet kavramı, "ülkesel egemenlik" ilkesiyle uzlaştırılmaya çalışılmıştır[18]. Burada odak noktası, olayla ilgili ülkelerin hukuklarından, bu hukukların fiilî bağlantılarına kaymış ve ilgili hukukların içerikleri, uygulanacak hukuk belirlenene kadar görmezden gelinmiştir[19]. Bu alanda şimdiye kadar iki devrim yapıldığını savunan *Muir Watt* da bu dönemin sonunda gerçekleşen devrimin *Savigny*'nin kullandığı *volksgeist* kavramı önderliğinde gerçekleştiğini ve uluslararasılaşma amacına hizmet ettiğini belirtmiştir[20]. ABD dışında hâkim metot, hâlen *Savigny*'nin teorisine dayanmaktadır. Bir "milletlerarası toplum" varsayımına dayanan teoriye göre kanunlar ihtilâfı hukuku bu toplumun ihtiyaçlarına göre düzenlenmelidir[21]. *Savigny*, milletlerarası özel hukukun temelini, uyuşmazlığın hangi mahkemede çözüldüğüne bakılmaksızın aynı hukukun uygulanmasını gerekli kılan "devletlerarası hukuki birlik" kavramına dayandırmıştır.

Şu an içinde bulunduğumuz ve üçüncü aşama olarak nitelendirilebilecek evrede, 20. yy.ın ikinci yarısında özellikle ABD'de ortaya çıkan görüşler hâkimiyetini sürdürmektedir. Uygun ülkenin tespit edilmesinin, mutlaka uygun hukuku verdiği klâsik varsayımı reddeden söz konusu görüşler, uygulanacak hukukun doğrudan inceleme

---

[17] Lord Collins of Mapesbury (general ed.): *Dicey, Morris and Collins on Conflicts of Law Vol. 1*, 15. Baskı, Sweet & Maxwell, London 2012, s. 4 vd.

[18] Yntema, The Historic Bases, s. 312.

[19] de Boer, Facultative Choice of Law, s. 277.

[20] Muir Watt, Concurrence ou Confluence?, s. 61.

[21] de Boer, Th. M.: Living Apart Together: The Relationship Between Public and Private International Law, *Netherlands International Law Review*, 57/2 (2010), s. 191, (Living Apart Together).

altına alınmasını önermektedir[22]. Bu anlamda klâsik görüşün milletlerarası özel hukukun amacı olarak ortaya koyduğu "milletlerarası özel hukuk adaleti-ihtilâf adaleti" (*conflicts justice*) anlayışı terk edilmekte, uygun hukukun maddi kavramlarla belirlendiği "maddi adaletin" sağlanmasına daha çok önem verilmektedir[23]. *Muir Watt*'ın deyimiyle, hukuki gerçekçilik akımı ile meydana gelen bu devrim *lex forism* ile beslenmiştir[24].

Geçtiğimiz yüzyıla kadar, milletlerarası özel hukukun varlık nedeni ve amacı konusunda evrensel olarak kabul edilen ilke "adalet"tir[25]. Bu disiplin, uluslar ve insanlar arasında karşılıklı hoşgörü ve milletlerarası yakınlaşmanın gereklilikleri gibi temel ortak değerler bağlamında sınır aşan adaleti sağlamak için çabalamaktadır[26]. Yabancı hukukun uygulanması, adaletin bir gereği olarak zorunlu görülmüştür, yani milletlerarası özel hukuk kaynağını adalet kavramından almıştır[27]. Bu bakımdan en azından *Savigny* ve *Story*'e kadar, kanunlar ihtilâfı hukukunun amacının, dünya

[22] Symeonides, s. 198.

[23] *Yntema* bu görüşleri, *lex fori*'ye gereğinden fazla değer biçmek suretiyle kanunlar ihtilâfını teorik bir kaosun eşiğine ittiği gerekçesiyle eleştirmektedir. Bkz. Yntema, The Historic Bases, s. 312.

[24] Muir Watt, Concurrence ou Confluence?, s. 61.

[25] Mills, s. 3.

[26] Jänterä-Jareborg, Maarit: Religious Personal Laws, Freedom of Religion, Human Rights and Public Policy in Private International Law, Académie de Droit International de la Haye / Hague Academy of International Law (ed.): *Le 90e anniversaire de Boutros Boutros-Ghali : hommage du Curatorium à son Président/ The 90th birthday of Boutros Boutros-Ghali : Tribute of the Curatorium to its President*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2012, s. 155.

[27] Göğer, Erdoğan: *Devletler Hususi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 1975, s. 28.

üzerindeki çok çeşitli hukuk sistemini milletlerarası toplumun adaleti ile tutarlı bir şekilde bütünleştirmek olduğu unutulmamıştır[28]. Ancak, buna rağmen milletlerarası özel hukuk kapsamında adaletten ne anlaşılması gerektiği ve adaletin nasıl sağlanacağı konusunda fikir birliği sağlanamamıştır.

B. Milletlerarası Özel Hukukun Güncellenen Amaçları

1. *Savignian* Teorinin Eleştirisi

Milletlerarası özel hukuka dair tartışmaların çoğu 19. yy.da çözüme kavuşmuş; bu hukuk dalının katı, apolitik ve tarafsız bir disiplin olduğu kabul edilmişti[29]. Ancak bu kabul, 20. yy. sonlarında değişmiş, günümüzde modern hukuk sistemlerinin çoğunda değişik versiyonlarıyla geçerliliğini sürdüren *Savigny*'nin görüşü, birçok açıdan eleştirilmiştir. *Savigny* ve *Mancini*'nin metotları etkili olmaya devam etse de milletlerarası toplumun hukukunun bir parçası niteliğindeki evrensel milletlerarası özel hukuk sistemi fikri, ulusal hukuk sistemlerinin kendi milletlerarası özel hukuk projelerine dönüştürülmüştür[30].

Bu süreç sonunda klâsik bağlama kuralları fazla genel ve katı kalmış, tarafların somut uyuşmazlıktaki menfaatleri ya da ilgili devlet politikaları açısından yetersiz görülmüştür[31]. Bu bağlamda disiplinin büyük düşünürlerinin yalnızca teknik sorunların

---

[28] Yntema, The Historic Bases, s. 312.

[29] Siehr, Kurt: Private International Law, History of, Basedow, Jürgen et al (eds.): *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham 2017 1397.

[30] Mills, Alex: Rediscovering the Public Dimension of Private International Law, *The Netherlands Journal of Private International Law (NIPR)*, 2012/30, s. 372, (Rediscovering).

[31] Basedow, Jürgen: The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws, *Recueil des Cours*, 360/9 (2013), s. 45.

incelenmesinden memnun olmadığı, daha geniş bir kanunlar ihtilâfı bağlamı aradığı da vurgulanmalıdır[32].

a. Yeknesaklık amacı yönünden

Her şeyden önce, klâsik sistemin ortaya koyduğu idealist senaryonun gerçekleştirilebilmesi için tüm devletler aynı hukuki ilişki kategorilerini benimsemeli, her hukuki ilişki için aynı bağlama noktalarını kabul etmeli ve –kamu düzeni içerisinde değerlendirilen konular gibi- farklı yönde hüküm kurulmasında menfaatinin bulunduğu kararlar bakımından kuraldan sapmaya izin vermemelidir[33]. Ancak hem statücü hem de *Savignian* metotların, söz konusu hukuki ilişkinin doğasının ve *seat*'inin tüm hukuk sistemlerinde aynı biçimde algılanmasını gerektirdiğinin, Almanya ve Fransa'da eş zamanlı olarak, keşfedilmesi dönüm noktası olmuştur[34]. 19. yy. sonlarında *Kahn* ve *Bartin*'in ortaya koyduğu üzere, bu noktalar üzerinde milletlerarası ve hatta bölgesel anlamda uzlaşma mümkün görünmemektedir[35]. Uzlaşma sağlansa bile farklı ülkelerde aynı uygulanacak hukuka işaret eden evrensel ve ortak kanunlar ihtilâfı kuralları, yeknesaklığın sağlanması için yeterli sayılmamaktadır[36]. Şöyle ki, ancak çok taraflı

---

[32] Jakubowski, Jerzy: Pactes des Droits de l'Homme de l'UNO et le Droit International Privé, *Polish Yearbook of International Law*, 1977-1978/9, s. 201 vd.

[33] Symeonides, s. 50.

[34] Muir Watt, Horatia: Fundamental Rights and Recognition in Private International Law, http://spire.sciencespo.fr/hdl:/2441/2jsbqv8vmf8qjpmb7q5k0k010r/resources/2013-muir-watt-fundamental-rights-and-recognition-in-private-international-law.pdf (Erişim Tarihi: 21.12.2021), s. 28, (Recognition).

[35] Yntema, The Historic Bases, s. 312 vd.; Mills, Confluence, s. 67.

[36] Basedow, s. 46.

sözleşmeler gibi kolektif hareketlerin milletlerarası yeknesaklığa ulaşmayı sağlayacağı ve bu nedenle devletlere bırakıldığı sürece yeknesaklık amacının sonuçsuz ve ulaşılamaz kalmaya mahkûm olduğu ifade edilmektedir[37]. Bu bağlamda *Symonides*, milletlerarası yeknesaklığın tek taraflı arayışını bir "oksimoron" olarak tanımlamış; giderek daha fazla devlet bağımsız biçimde milletlerarası özel hukuk kanunu kodifiye ettikçe kaçınılmaz olarak 19. yy. idealist amaçlarından uzaklaşılacağını belirtmiştir[38].

Bu görüşleri günümüze uyarladığımızda özellikle Batılı devletler ile aile hukuku alanında farklı hukuki gelenekleri olan diğer devletler arasında gerçekleşen "medeniyetler çatışması", *Savingy* öğretisi açısından sorun yaratmaktadır[39]. Zira

[37] Symonides, s. 94. 156 ülkede yürürlükte olan New York Tahkim Sözleşmesi dışında çok az sayıda milletlerarası özel hukuk sözleşmesine geniş katılım sağlanmıştır. Bu sözleşmeler için temel platform olan Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı, kuruluşundan bu yana 40'tan fazla sözleşme oluşturmasına rağmen bu sözleşmeleri yürürlüğe koyan devlet sayısı görece oldukça azdır. En fazla katılımın sağlandığı sözleşmeler ise (5 Kasım 1961 Tarihli Yabancı Resmî Belgelerin Tasdikten Muaf Tutulmasına Dair Sözleşme, 15 Kasım 1965 Tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adlî ve Gayrîadlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi, 18 Mart 1970 Tarihli Hukuki ve Ticarî Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanmasına Hakkında Sözleşme, 25 Kasım 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme ve 29 Mayıs 1993 Tarihli Çocukların Korunması ve Uluslar arası Evlat Edinilmeleri Hususunda İşbirliğine Dair Sözleşme) kanunlar ihtilâfı hukuku ile değil yargısal işbirliği ile ilgilidir. Bkz, Symonides, s. 95.

[38] Symonides, s. 95-96.

[39] di Noto, Romuald: Le Droit au Respect de la Vie Privée et Familiale, Nouveau Paradigme en Droit International Privé des Personnes?, Alleweldt, Ralf/ Callsen,

Savigny öğretisine göre, iki taraflı kanunlar ihtilâfı kuralının işlemesi için hukuk birliği temel unsurdur. Ancak gerçekte geleneksel olarak ortak bir çatı altında oldukları düşünülen AB gibi topluluklara üye ülkelerde dahi özellikle aile hukuku alanında temel birçok farklılık görülmektedir[40].

Dahası, devletler bu konularda anlaşmaya varsalar bile usûl konuları *for* hukuku tarafından idare edildiği sürece farklılıkların önlenemeyeceği, bu açıdan da yeknesaklık amacına ulaşılamayacağına dikkat çekilmiştir[41]. Öte yandan milletlerarası özel hukukun geleneksel amacı olan milletlerarası yeknesaklığın farklı ulusal bakış açılarını geri plâna atarak çoğulculuğu engellediği, yeknesaklığın milletlerarası özel hukukun tek amacı olamayacağı da ileri sürülmüştür[42].

b. Toplumsal değişim yönünden

Klâsik teoriye yöneltilen eleştirilerden bir diğeri de, *Savigny*'nin önerdiği toplum modelinin ciddi biçimde farklılaşması ve klâsik teorinin artık günümüz ihtiyaçlarını karşılayamamasıdır [43] . I. Dünya Savaşı'ndan sonra Avrupa'da milliyetçiliğin yükselmesi ve II. Dünya Savaşı'nı hazırlayan süreçte ana akım hâline gelmesi, evrensele olan inançtan yerel değerlere geçiş ile birlikte statücülüğün düşüşü

Raphael/ Dupendant, Jeanne (eds.): *Human Rights Abuses in the Contemporary World (Tri-National Workshop, Tbilisi, September 2011)*, Peter Lang, Bern 2012, s. 145 vd.

[40] di Noto, s. 146.

[41] Basedow, s. 46; Symonides, s. 93.

[42] Mills, Confluence, s. 296, 303.

[43] Göğer, Erdoğan: *Devletler Hususi Hukukunda Çağdaş Akımlar*, Ankara 1970, s. 20, (Çağdaş Akımlar); Basedow, s. 47; Jakubowski, s. 202.

ve "çok yanlılığın" yükselmesine neden olmuştur[44]. II. Dünya Savaşı'nın sona ermesinden sonra, milletlerarası ilişkilerin yoğunlaşması ile çerçevesi BM tarafından çizilmiş milletlerarası bir topluluğun yükselmesine, "hukuki pozitivizm"[45] akımının ise düşüşüne tanık olunmuştur[46].

Hukuki pozitivizm akımının etkisini kaybetme nedenlerinden biri bu akımın, soykırım söz konusu olsa bile, milletlerarası sistemi ve bireyleri güçlü devletlerin egemen iradesi karşısında savunmasız bırakan anarşik ve tamamen özel bir milletlerarası düzen anlayışını dayatmasıydı[47]. Pozitivizmin eksiklikleri karşısında temel milletlerarası normların, özellikle insan haklarının ileri sürülmesi ile evrenselcilik akımı öne çıktı[48]. Milletlerarası hukuk alanındaki bu gelişmeler karşısında milletlerarası özel hukuk, ulusal hukuk sistemlerinin farklılıklarına saygı duyulması gereken ve olguların "en uygun"[49] ulusal hukuk sistemine bağlanması varsayımına dayanan bir

[44] Muir Watt, Recognition, s. 28. Yalnız kişisel ilişkilere etki tanınacağı veya kişisel ilişki kurulacağı durumlarda, hakkaniyete aykırı veya tutarsız sonuçlara yol açmamak adına atıf, vasıflandırma ve ön sorun gibi tek yanlı yaklaşımdan ödünç alınan teknikler kullanılmaya devam etmiştir. Bkz. Muir Watt, Recognition, s. 28.

[45] Genel anlamda pozitivizm, sosyal bilimlere dair incelemelerde bilimsel metotların uygulanması anlamına gelmektedir. Hukuk alanında pozitivizmde, kanunlar ve hukuk, doğal fenomenler gibi gözlemlenir, değerlendirilir ve önyargılı fikirlerden ve dogmalardan bağımsız olarak tümevarım yoluyla incelenir. Milletlerarası hukukta pozitivizm için bkz. Mills, Confluence, s. 37 vd.

[46] Jakubowski, s. 202.

[47] Mills, Confluence, s. 81 vd.

[48] Mills, Confluence, s. 82.

[49] Hukuki ilişki ile en uygun ilişkisi bulunan hukuka yönelik bu araştırma, günümüzde hâlâ doktrinde, içtihatta ve milletlerarası özel hukuk kodifikasyonlarında "en yakın

disiplin olarak kalmaktaydı[50]. Ulusal özel hukuklara duyulan karşılıklı saygı, özel hukuk sistemlerinin temelde birbiriyle değiştirilebilir ve eşit biçimde geçerli olan egemen ulus devletler dünyası varsayımına dayanmaktaydı. Ne var ki egemenlik, milletlerarası hukuk ve milletlerarası/bölgesel kurumlar tarafından, ulus devletlerin elinden büyük ölçüde alındığı için bu varsayımlar geçerliliğini kaybetmiştir[51]. Ulus devlet egemenliğinin ayrı ama temelde eşit alanlardan oluştuğu hipotezi, günümüzün küreselleşen dünyasında artık gerçeği yansıtmamaktadır[52]. Küreselleşme süreci, "diğer devletleri ilgilendiren konular" kavramının yeniden yapılandırılmasını gerektirmekte, devletlerin artık diğer devletlerden bağımsız biçimde karar alma imkânı bulunmamaktadır[53].

Bu bağlamda örnek vermek gerekirse, Amsterdam Antlaşması'ndan sonra milletlerarası özel hukuk alanında geniş yetkilere sahip olan Avrupa kanun koyucusunun bu alana bir hayli müdahale ettiği görülmektedir[54]. Avrupa'ya özgü para,

---

bağlantının" arandığı tüm araştırmalarda, yol gösterici bir kavram olarak kullanılmaktadır. Siehr, s. 1395.

[50] Halfmeier, Axel: Is there a World Courthouse on Foley Square?: on Civil Procedure, Private International Law and Human Rights in the Age of Globalisation, Odell, Peter/ Willett, Chris (eds.): *Global Governance and the Quest for Justice – Vol. III: Civil Society*, Portland 2008, s. 98.

[51] Halfmeier, s. 98 vd.

[52] Halfmeier, s. 99.

[53] Carballo Piñeiro, Laura/ Kramer, Xandra: The Role of Private International Law in Contemporary Society: Global Governance as a Challenge, *Erasmus Law Review*, 2014/3, s. 110, 111.

[54] Eeckhout, Veerle van den: *Competing Norms and European Private International Law Sequel to "Promoting Human Rights within the Union: the Role of European*

hizmet, kişi ve malların serbest dolaşımı ile ayrımcılık yasağı ilkesine bağlılık gibi konuları içeren endişeler, doğal olarak milletlerarası özel hukuk kurallarının şekil almasını da etkilemiş ve liberalleşmesine yol açmıştır. Avrupa milletlerarası özel hukuk düzenlemesi, yalnızca milletlerarası özel hukukun kaynağında bir değişiklik değil, aynı zamanda karakterinde de temel bir değişik meydana getirmiştir[55]. Milletlerarası özel hukuk artık üye devletlerin "özel" hukukunun veya "usûl" hukukunun değil, üye devletlerin hukuk düzenleri arasındaki ilişkiyi tanımlayan Avrupa kamu hukukunun bir parçası hâline gelmiştir. Bu anlamda hem çeşitliliğe hizmet etmekte, hem de hukuki çoğulculuğun da temelini oluşturmaktadır.

2. Kıta Avrupasında İleri Sürülen Teoriler Çerçevesinde Güncellenen Amaçlar

"Milletlerarası özel hukuk adaleti" ve "maddi adalet" kavramlarının birbirinden ayrılması ilk olarak *Kegel* tarafından ileri sürülmüş, bu ayrım uluslararası literatürde de kabul edilmiştir[56]. Özellikle Kıta Avrupası hukuk sisteminde hâkim görüş, milletlerarası özel hukukun somut davadaki maddi adaletten ziyade mekânsal anlamda adil olan hukuku arayan milletlerarası özel hukuk adaletini amaçladığıdır. Bu çerçevede *Kegel*, klâsik sistemden ayrılmamakla birlikte, milletlerarası özel hukukun elinde bulunan imkânların, milletlerarası özel hukuk adaleti amacına ulaşma konusunda yetersiz olduğunu, bu nedenle de yeknesak ve özel maddi hukuk kurallarına ihtiyaç duyulduğunu ifade etmiştir[57]. *Kegel*, milletlerarası özel hukuk adaleti kapsamındaki

---

Private International Law", (Sequel), https://sites.uclouvain.be/cpdr-refgov/publications/Working%20Papers/Fundamental%20Rights%20-%20FR_(05.02.2009_12h02)_WP-FR-20.pdf, (Erişim Tarihi: 21.12.2021), s. 7.

[55] Mills, Rediscovering, s. 373.

[56] Symeonides, s. 197; de Boer, Facultative Choice of Law, s. 292.

[57] Göğer, Çağdaş Akımlar, s. 106.

temel menfaatleri, taraf, işlem ve düzen menfaati olarak belirlemiştir[58]. Böylece milletlerarası özel hukukun sosyal gerçeklikle ilişki kurmasında önemli bir adım atılmıştır[59]. Arat, bu menfaatlere, ayrı bir menfaat birimi olarak "milletlerarası toplumun genel menfaatlerinin" eklenmesini önermektedir[60]. Bu değerlere örnek olarak çocuğun menfaatini örnek veren yazar, bu sayede milletlerarası unsur barındıran sosyal olguların "milletlerarası toplumsal ihtiyaçlar" yönündeki işlevlerinin göz önünde bulundurulacağını belirtmiştir. Yazarın bu belirlemesi, insan haklarına saygının veya bazı insan hakları normlarının, milletlerarası toplumun genel menfaatleri içerisinde değerlendirilerek menfaat analizinde göz önünde bulundurulması ihtimalini düşündürmektedir.

Kegel'in yeknesaklık ve maddi hukuk kurallarına olan ihtiyaca yaptığı vurgu, diğer bazı Kıta Avrupası düşünürleri tarafından değişik biçimlerde benimsenmiştir[61].

---

[58] Kegel, s. 186 vd.

[59] Arat, Tuğrul: *Evlat Edinmeye İlişkin Bağlama Kuralları*, Doçentlik Tezi, Ankara 1982, s. 27.

[60] Arat, s. 34.

[61] *Steindorff* milletlerarası özel hukukta bağlama kuralı yeknesaklığının bulunmadığı durumlarda, "milletlerarası niteliği açık olaylar" hakkında maddi hukuk kuralları getirilmesi gerektiğini savunmuştur. *Wengler* de *Steindorff* ile aynı görüşü paylaşmış, anlam değiştirme sürecinde olan milletlerarası özel hukuk alanının amaçlarından biri olan yeknesaklığın gerçekleştirilebilmesi için bağlama kurallarının yanında istisnai olarak maddi hukuk kuralları da getirilmesi gerektiğini iddia etmiştir. Türk hukuk doktrini yazarlarından *Göğer* de milletlerarası adalet amacı açısından, bağlama kurallarına dayanan klâsik sistemin ve bu sistemin getirisi olan atıf ve ön sorun gibi kurumların bu amacın gerçekleştirilmesine katkıda bulunmadığını bildirmiş; bu çerçevede bağlama kurallarının yanında maddi hukuk kurallarına da ihtiyaç

Ancak milletlerarası özel hukuk adaleti kavramı, *de Boer* tarafından eleştirilmiştir. Yazara göre, *Kegel*'in ortaya attığı milletlerarası özel hukuk adaleti kavramı, uygulanacak hukukun belirlenmesinde kullanılabilir; ancak *for* mahkemesinin "adil" olana ilişkin algısının adaletin takdirinde etkili olması nedeniyle işlevselliğini yitirebileceği de unutulmamalıdır[62]. Maddi adalet kaygısı güden kanunlar ihtilâfı kuralları, sonuç-seçimli metotların amaçladığı hedefe götürmektedir ve bu nedenle de kanunlar ihtilâfı kurallarının bu şekilde detaylandırılması için bu denli enerji ve zaman harcanması anlamsızdır[63].

---

duyulduğunu dile getirmiştir. Bkz. Göğer, Çağdaş Akımlar, s. 98, 104, 110 vd. *Basedow* öncelikle küresel düzeyde yeknesak bir hukuka ulaşmanın ütopik bir amaç olduğunu belirtmiş; ancak yine de kişilerin hukuki kesinlik ihtiyacı nedeniyle bu amaçtan vazgeçilmemesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu görüş doğrultusunda milletlerarası özel hukukun amacı, çok hukuk sistemli bir dünyada hukuki kesinliği sağlayan, stabil, yeknesak ve güvenilir bir hukuki çerçeve arayışı olarak belirlenmiştir. Basedow, s. 41 vd., 47. *Kiestra* da yeknesaklığın ulaşılması oldukça güç bir amaç olduğunu belirtse de bunun, kavramın öneminden hiçbir şey eksiltmediğini, bu amacın hedeflenmesinin topal hukuki işlemlerden kaçınmaya yardımcı olacağını savunmuştur. Kiestra, The Impact, s. 16. Buna karşılık *Struycken* ise yeknesaklığın, kanunlar ihtilâfı sürecinin ilk amacı değil ancak uygun hukukun tamamlayıcı etkisi sayılabileceğini, esas amacın, uygun hukuku bulmak olduğunu öne sürmüştür. Symeonides, s. 96.

[62] de Boer, Facultative Choice of Law, s. 301.

[63] de Boer, Facultative Choice of Law, s. 296. Bu nedenle yazara göre uygulanacak hukukun belirlenmesinden ziyade, yetki gibi farklı konulara yoğunlaşmak ve yetki ile uygulanacak hukuk arasındaki bağlantı için yeni yollar ve uygun kriterler aramak daha doğru olacaktır. de Boer, Facultative Choice of Law, s. 302

Doğal hukuk taraftarı *Batiffol*, milletlerarası özel hukukun amacını ulusal özel hukuk sistemlerini koordine etmek olarak tanımlamıştır[64]. Kanun koyucular veya hâkimler tarafından gerçekleştirilen bu koordinasyonun öncelikle doğal hukuka başvuruyla sağlanabileceğini, daha sonra sosyolojik gözlem yapılmasını; ancak bu iki yöntemin de yeterli olmadığını ve son olarak teleoloji metodu kullanılarak hukuk kuralının amacının da incelenmesini önermiştir[65]. Bu anlamda milletlerarası özel hukukun ilk amacı ve temel ilkesi karar ahengi olarak belirlenmiş, bu amaç oldukça belirsiz olduğu için somut bir amaç olarak uyuşmazlık taraflarının özel menfaatinin dikkate alınmasını önermiştir[66]. Yazar, toplumun genel menfaati ve milletlerarası toplumun menfaatini de milletlerarası özel hukukun amaçları arasında saymıştır[67].

Mills de, bireyler arasındaki "özel adalet" veya hakkaniyet fikrinin milletlerarası özel hukukun varlığı için bir gerekçe veya milletlerarası özel hukuk kurallarının geliştirilmesinde yol gösterici bir ilke olarak işleyebileceği fikrini reddetmiştir[68]. Yazara göre çağdaş milletlerarası özel hukukun teorik odak noktası, yanlışlıkla özel adalet ve hakkaniyet fikirlerine yerleştirilmiştir[69]. Ulusal devlet egemenliğinin bir ifadesi olan ve günümüzde geçerliliğini kaybetmiş pozitivist milletlerarası hukuk teorisinin ürünü olan

---

[64] Battifol, Henri: *Aspects Philosophiques du Droit International Privé*, Paris 1956, s. 24. Doğal hukuk teorisinde, bir eylem veya olayın meydana geldiği anda haklar mevcuttur ve ilgili hukuk sisteminin bu hakları tanıma yükümlülüğü vardır. Mills, Confluence, s. 57.

[65] Battifol, s. 142-143.

[66] Battifol, s. 221.

[67] Göğer, Çağdaş Akımlar, s. 138.

[68] Mills, Confluence, s. 208.

[69] Mills, Confluence, s. 211.

bu anlayış, milletlerarası özel hukukta çağdaş milletlerarası düzen fikrinin uygulanmasına bir engeldir[70].

Sözü edilen yazarların görüşleri doğrultusunda, Kıta Avrupasında klâsik teorinin reddi konusunda hemfikir olunduğu; ancak bu çabaların, ABD'de *Restatement I*'de ifade edilen kazanılmış haklar teorisi gibi yeni bir teorinin ortaya atılması veya genel itibarıyla "değerden" bağımsız tüm yaklaşımlara karşı gerçekleşen devrim gibi bir "kanunlar ihtilâfı devrimi" ile sonuçlanmadığı söylenebilir[71]. Bir devrim gerçekleşmese de var olan metot, maddi adaletin gereklerine göre uyarlanmış, örneğin zayıf taraf açısından iç hukuk uyuşmazlıklarında öngörülen koruma, yabancı unsurlu uyuşmazlıklar açısından da temin edilmeye çalışılmıştır. Maddi hukuk konuları milletlerarası özel hukuk kuralları içerisine yedirilirken, geleneksel olarak maddi kurallara kayıtsız kalan *Savigny*'nin referans sisteminden uzaklaşılmış ve bu disipline - AB hukuku örneğinde olduğu gibi- daha araçsal bir fonksiyon yüklenmiştir[72]. Bu anlamda, *for* devletinin maddi hukuk politikalarını yansıtan bağlama unsuruna sahip kanunlar ihtilâfı kuralları kabul edilmiştir. Kuşkusuz bu politikalar devletten devlete farklılaşmıştır. Örneğin, gelişmiş ülkelerde, tüketicileri korumaktan ziyade endüstri ve ticaretin geliştirilmesine yönelik politikalar desteklenirken, küçük çocukların iş gücüne katılımının yaygın olduğu topluluklarda, çocukların hukuki koruması öncelik olarak görülmemiştir[73].

---

[70] Mills, Confluence, s. 25.

[71] de Boer, Facultative Choice of Law, s. 295.

[72] Eeckhout, Veerle van den: Corporate Human Rights Violations and Private International Law, *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, 4/2 (2012), s. 194, (Corporate).

[73] de Boer, Facultative Choice of Law, s. 295-296.

Bu değişikliklere rağmen günümüzde Kıta Avrupasında geçerliliğini koruyan teori *Savignian* teoriye dayanmaktadır. Bu olgunun nedenlerinden biri olarak, klâsik sistemin yerine geçmesi önerilen teorilerin istenilen niteliği taşımaması gösterilirken; klâsik teorinin milletlerarası toplumun varlığını kabul etmesi ve ulusal ile yabancı kanunlar arasında eşitliği gözetmesi bir diğer neden olarak ifade edilmektedir[74]. Bununla birlikte milletlerarası özel hukuk belirli "uygulamalar" ve belirli "değerler sistemi" içerdiği için hâlâ nispeten özerk bir hukuk alanı olarak düşünülmektedir[75]. Bu nedenle sınır aşan konularda kullanılan hukuki düşünme yöntemlerini ve tarzlarını tanımlamak için hâlâ oldukça önemli addedilmektedir.

3. ABD'de İleri Sürülen Teoriler Çerçevesinde Güncellenen Amaçlar

1960'lı yıllarda ABD'de başlayan temel metodolojik tartışmalar Amerikan kanunlar ihtilâfı devrimine (*American Conflicts Revolution*) yol açmıştır[76]. Kıta Avrupasına hâkim *Savignian* metottan radikal biçimde farklı olan ve teorik gelişimine başta *Cavers, Currie* ve *Leflar* olmak üzere birçok ünlü Amerikan düşünür tarafından katkıda bulunulan "menfaat analizi" yaklaşımının başlangıç noktası, yabancı unsurlu bir davanın iki veya daha fazla hukukun uygulanmak için rekabet ettiği potansiyel bir ihtilâf olarak görülmesi ve bu ihtilâfın tarafı olan maddi hukuk kurallarının altında yatan politikanın uygulanacak hukukun belirlenmesi sürecinde rol oynamasıdır[77].

---

[74] Göğer, Çağdaş Akımlar, s. 18, 165.

[75] Isailović, Ivana: Gender Equality and Cultural Diversification in French Courts, Muir Watt, Horatia/ Fernández Arroyo, Diego P.: *Private International Law and Global Governance*, Oxford 2014, s. 321.

[76] Basedow, s. 40.

[77] de Boer, Facultative Choice of Law, s. 281. Önceki bölümde bahsedilen "maddi adalet" görüşü ile ilişkilendirilmesine rağmen *Cavers*'ın aslında ilgili hukukların altında

Devlet menfaati (*governmental interest*) kavramını ortaya atan *Currie*, yabancı unsurlu bir uyuşmazlık olsun veya olmasın, kendi belirlediği politikayı ortaya koyan kuralın uygulanmasında devletin menfaatinin bulunduğunu varsaymıştır[78]. Klâsik teorinin getirileri olan iç ve dış karar ahengi ile milletlerarası yeknesaklık amaçlarının terk edilmesi gerektiğini, somut olaya göre değerlendirme yapılarak bir devletin hukukunun uygulanmasında menfaati olduğunun kanıtlanması hâlinde başkaca bir ölçüte ihtiyaç olmadığını belirtmiştir[79]. Ancak bu yaklaşım *for* hukukunun uygulanmasını güçlendireceği için *lex fori*nin uygulanması bazı anayasal ilkelerle sınırlanmalıdır[80].

Currie'nin bu yaklaşımı birçok açıdan eleştirilmiştir. Örneğin *Göğer*, milletlerarası özel hukukta anayasal ilkelerden yararlanılmasını ve *lex fori*nin uygulanmasının bu ilkelere dayanılarak sınırlamasını sübjektif ve şüpheli bulmuştur[81]. *Symeonides* de her ne kadar "devlet menfaatini" temelde geçerli bir kavram olarak kabul etse de, *Currie*'nin milletlerarası özel hukukun amaçlarına karşı olan bakış açısının, hem devletlerin varlığına ve bireysel adalete ters düştüğünü hem de uzun dönemde *for* devletinin kendi menfaatlerine zarar verdiğini savunmuştur[82].

---

yatan politikaları dikkate alan ancak mutlaka sonuç odaklı bir seçime gerek duymayan, içerik odaklı hukuk seçimini savunduğu ve bu nedenle yazarın aslında "milletlerarası özel hukuk adaletinin" sınırları içerisinde kaldığı bildirilmektedir. Symeonides, s. 199.

[78] Symeonides, s. 104.

[79] Göğer, Çağdaş Akımlar, s. 34-35.

[80] Göğer, Çağdaş Akımlar, s. 41. Bu ilkeler, ABD Anayasa'sında yer alan *privileges and immunities, equal protection, due process* ve *full faith and credit* ilkeleridir.

[81] Göğer, Çağdaş Akımlar, s. 44.

[82] Symeonides, s. 106, 113.

Currie'yi takip eden *Leflar, Kegel* tarafından önerilen "maddi adalet" görüşünün ABD'deki ilk gerçek taraftarı olmuştur[83]. *Ehrenzweig* ise ancak *for* devletinin izin vermesi hâlinde yabancı hukukun uygulanabileceğini savunmuş; milletlerarası antlaşmalar veya ulusal anayasalar dışında milletlerarası yeknesaklığın gerçekleştirilmesinin imkânsız olduğunu ve bu nedenle *lex fori*'nin uygulanmasından vazgeçilmemesi gerektiğini iddia etmiştir[84].

Bu konuda son olarak belirtmek gerekir ki, tüm bu tartışmalara rağmen *Restatement II*'de milletlerarası ve eyaletler arası yeknesaklık amacından vazgeçilmemiş; bu ilke, uygun hukukun bulunmasında rehberlik edecek yedi unsurdan biri olarak sayılmıştır[85]. *Restatement II*'de özellikle kesinlik ve esneklik arasındaki dengenin sağlanamadığına yönelik eleştiriler nedeniyle kanunlar ihtilâfı alanında *Restatement III* çalışmalarına başlanmıştır[86]. Yeni bir *Restatemet,* ABD mahkemelerine gelen yeni ve farklı dava türleri için günümüz ihtiyaçlarını karşılayan rehber ilkeler geliştirilmesi için de gerekli görülmektedir[87]. Bu bağlamda örnek verilen dava

---

[83] *Leflar*, kanunlar ihtilâfı sorunları çözülürken mahkemelere rehberlik etmesi için aralarında öncelik sonralık ilişkisi olmayan 5 kriter önermiştir: sonuçların öngörülebilirliği, eyaletlerarası ve uluslararası düzenin devamlılığı, yargısal işlerin kolaylaştırılması, *for* devletinin ülkesel menfaatin sağlanması ve "en iyi hukuk"un uygulanması. Symeonides, s. 201.

[84] Göğer, Çağdaş Akımlar, s. 67-68, 76.

[85] Symeonides, s. 97.

[86] *The American Law Institute* tarafından yürütülen *Restatement III* projesi için bkz. https://www.ali.org/publications/show/conflict-laws-3d/, (Erişim Tarihi: 20.06.2022).

[87] Symeonides, Symeon: Restatement (First and Second) of Conflict of Laws, Basedow, Jürgen et al (eds.): *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham 2017, s. 1552.

türlerinden aynı cinsiyetten birliktelikler ve çevre kirliliğinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, kanımızca insan haklarının etkisinin hissedileceği konular olacaktır.

4. Kamu Hukuku ile (Yeniden) Yakınlaşma

Yukarıda ortaya konulan görüşler, hem milletlerarası özel hukukun kapsamının genişlemesine ve işlevinin değişmesine hem de disiplinin sosyal ve aksiyolojik temellerinin araştırılmasına neden olmuştur[88]. Klâsik metodun yetersizliği ile ABD ve Avrupa'da ortaya atılan teoriler, milletlerarası özel hukukun kamu hukuku ile yeniden yakınlaşmasına yol açmıştır. Zira milletlerarası özel hukukun tarihsel gelişimi incelendiğinde kamu hukuku ile yakınlığın hep var olduğu görülmektedir.

Genel anlamda kamu ve özel hukuk ayrımının, 19. yy.da piyasanın devlet düzenlemelerinden bağımsız kılınması amacıyla ortaya çıktığı ve bu nedenle milletlerarası özel hukukun milletlerarası kamu hukukundan izole edilmesinin mutlak olmadığı ileri sürülmektedir[89]. Zaten milletlerarası özel hukukun tarihsel gelişimi incelendiğinde de, bu hukuk dalının aslında milletlerarası kamu hukukundan farklılaşmasının çok yakın bir zamanda gerçekleştiği görülmektedir[90]. Geleneksel olarak geniş "milletler hukuku" kavramı, milletlerarası kamu hukuku, devletler arası hukuk ve -milletlerarası özel ihtilâflarla ilgilenen ulusal hukukun bir parçası olarak anlaşılan ve pozitivist bir devlet egemenliği anlayışına dayanan- milletlerarası özel hukuka bölünmüştür[91]. Modern milletlerarası hukukun ortaya çıkışından sonra, milletlerarası özel hukuk, kendisini egemen devletlerden ve dolayısıyla milletlerarası kamu

[88] Jakubowski, s. 202.

[89] Paul, Joel R.: The Isolation of Private International Law, *Wisconsin International Law Journal*, 1988/7, s. 163, 164.

[90] Paul, s. 155 vd.

[91] Mills, Confluence, s. 211.

hukukundan ayrı tutarak özel hukuk tarafından idare edilen ilişkilere yoğunlaşmış ve bir anlamda kendini özel hukuka hapsetmiştir[92].

Gerek Kıta Avrupası gerek Anglo-Amerikan hukuk sisteminden birçok yazar, milletlerarası özel hukukun amaçları bakımından, milletlerarası toplumun amaçlarıyla bağlı olduğunu ifade etmiştir[93] *Mills*, milletlerarası özel hukukun asıl amacının düzenleyici otoritenin en "adil" dağıtımını, yani hangi adalet fikrinin -hangi devlet hukukunun- uygulanmak için daha adil olduğunu belirlemek olduğunu savunmuştur[94]. Yazara göre bu belirleme sadece özel hukuk amaçlarına göre değil, milletlerarası düzenin fikirleri ve milletlerarası hukuk kurallarındaki değişiklikler de dâhil olmak üzere kendi bağlamındaki değişikliklere göre de belirlenmelidir[95]. Ne var ki güncel milletlerarası özel hukuk teorisi, milletlerarası özel hukukun "milletler hukukundan

---

[92] Muir Watt, Concurrence ou Confluence?, s. 64-66.

[93] Ancak karşı görüşlerden de bahsetmek gerekmektedir. *Yntema*, kanunlar ihtilâfının milletlerarası kamu hukukunun bir dalı olduğu yaklaşımını reddetmektedir. Yazara göre ulusal mahkemelerde görülen kanunlar ihtilâfı sorunları genellikle devletin sınırları ötesinde gerçekleşen ticari ilişkiler nedeniyle ortaya çıkar ve devletin yüksek diplomasi kanalları içerisinde görülmez. Kanunlar ihtilâfı bu nedenle milletlerarası amaçları ve yönelimleriyle birlikte özel hukuktur ve devlet menfaati yaklaşımı reddedilmelidir. Yntema, Hessel E.: The Objectives of Private International Law, *The Canadian Bar Review*, 1957/35, s. 733, (The Objectives). *Basedow* ise milletlerarası özel hukukun temelde milletlerarası alandaki özel aktivitelerle ilgilenmesini bir gerçeklik olarak tanımlamakta, devlet işlemlerindeki vurgu ve yoğunlaşmanın bu gerçeklikle çeliştiğini ifade etmektedir. Basedow, s. 50.

[94] Mills, Confluence, s. 18, 296, 303.

[95] Mills, Confluence, s. 27.

kaynaklandığı" ve "münferit hukuk sisteminin hem içinde hem de dışında" olduğu gerçeğini görmezden gelmektedir[96].

Göğer'e göre de milletlerarası özel hukukun amacı, milletlerarası toplumun ihtiyaçlarını karşılayan bir hukuk düzeni kurmak olduğu için milletlerarası toplumdaki olay ve durumların incelenmesi gerekmektedir[97]. Bu anlamda milletlerarası hukukun temel ilkelerine yani devletlerin bir arada var olması ve devletlerarası işbirliğine bağlı kalınması gerektiği ileri sürülmüştür[98]. Milletlerarası adalete ulaşırken, milletlerarası toplumun varlığı ve bu toplumun kendine özgü bir hukuk sistemine sahip olduğu da unutulmamalıdır[99]. Seviğ de, milletlerarası özel hukuk, özellikle amacı ve konusu bakımından devletler hukukunun dallarından biri olarak saymış, milletlerarası özel hukukun, milletlerarası hayatın özel hukuk ilişkilerini düzenlediğini belirtmiştir[100].

Bu konu, ilk olarak milletlerarası özel hukuk ve kamu hukuku arasında geleneksel olarak daha yakın bir bağlantının bulunduğu *common law* sistemlerinde fark

---

[96] Mills, Confluence, s. 211.

[97] Göğer, Çağdaş Akımlar, s. 120.

[98] Göğer, Çağdaş Akımlar, s. 6.

[99] Göğer, Çağdaş Akımlar, s. 20. Yazar, kamu düzeni istisnasının uygulanmasını, *for* hukuku kurallarının uygulanarak millî menfaatlerin milletlerarası menfaatlere üstün tutulması anlamına geleceği için milletlerarası adalet amacına aykırı bulmaktadır. Bkz. Göğer, Çağdaş Akımlar, s. 178. Ancak kanımızca kamu düzeni istisnası, milletlerarası kamu düzenini de kapsadığı için insan hakları gibi milletlerarası düzenin ortaya koyduğu kuralların uygulanması için kullanılabilecek bir araç olması dolayısıyla milletlerarası adalet amacının gerçekleştirilmesine katkıda bulunabilir.

[100] Seviğ, Muammer Raşit: *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul 1983, s. 9, 21. Göğer de milletlerarası özel hukuku, konusu ve amacı yönünden milletlerarası hukuka dahil kabul etmektedir. Göğer, Çağdaş Akımlar, s. 6.

edilmiştir[101]. Bu bağlantının nedeni, ABD ve Kanada gibi federal devletlerde, federe devletlerin milletlerarası özel hukuk sorunlarının kamusal bir boyutu olduğunu hesaba katmadan yasama yapılamamasıdır. Fakat Kıta Avrupası geleneklerinin baskın olduğu AB'de de Amsterdam Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte milletlerarası özel hukukun kamu hukuku boyutu göz önünde bulundurulmaya başlamıştır[102].

Milletlerarası özel hukuk artık politika hedeflerini, iç pazarın düzgün işleyişini, hukuk sistemlerinin koordine edilmesini ve AB hukuku tarafından belirlenen "zayıf tarafların" korunmasını kolaylaştırmak için bir politika aracı olarak kullanılmaya başlanmıştır[103]. Milletlerarası özel hukukun içeriği, yani kuralların bireyler üzerindeki etkisi de dahil olmak üzere düzenleyici etkisi, daha geniş bir endişe kaynağı olmuştur. Bu anlamda AB'de, milletlerarası özel hukukun sistemsel işlevi karşısında adalete erişim ve zayıf tarafın korunması gibi bireysel hakların korunmasına yönelik bilinç artmıştır[104]. Böylece giderek artan sayıda milletlerarası özel hukuk kuralı, tüzük ve

[101] Carballo Piñeiro/ Kramer, s. 111.

[102] Eeckhout, Promoting Human Rights, s. 108 vd.

[103] Carballo Piñeiro/ Kramer, s. 111; Eeckhout, Promoting Human Rights, s. 108; Eeckhout, Corporate, s. 182. Zayıf taraf olarak kabul edilen çocuklar, yetişkinler, tüketiciler, işçiler ve sigortalılar üç çeşit hükümle korunmaktadır: zayıf tarafın mutat meskeninde dava açılabilmesi, uyuşmazlıktan önce yapılan yetki sözleşmesinin geçersiz olması ve seçilen hukukun zayıf taraf için daha lehe olmaması durumunda, zayıf tarafın mutat meskeni hukukunun uygulanması. Evlilik ve boşanma konularında belli bir maddi hukuk sonucunun desteklenmesi gibi düzenlemeler de zayıf tarafın korunması içeriğinde kabul edilmektedir. Siehr, s. 1400.

[104] Mills, Rediscovering, s. 373.

direktif gibi araçlarla AB hukuk belgelerinde düzenleme alanı bulmuştur[105]. Brüksel ve Roma Sözleşmeleri gibi topluluk müktesebatına da konu olan, milletlerarası özel hukukun esasen diğer hukuk alanları ile ilişkilendirilen politika hedeflerine erişmeye yardımcı olması, "milletlerarası özel hukukun araçsallaştırılması" kavramıyla adlandırılmaktadır[106]. Burada düzenleyici otoriteyi dağıtma konusunda kamusal bir rol üstlenen AB milletlerarası özel hukuku, artık Avrupa bütünleşmesinin bir aracı olarak kullanılmaktadır[107]. AB hukukunda geliştirilen milletlerarası özel hukuk araçlarının, Avrupa hukukunda yerleşik olan kamu hukuku-özel hukuk ayrımını bulanıklaştırdığı belirtilmektedir[108]. Bu durum geleneksel olarak özel, apolitik ve nötr bir disiplin olarak kabul edilen klasik milletlerarası özel hukukun yapısını oldukça değiştirmiştir[109]. Doktrinde bazı yazarlar, AB milletlerarası özel hukukunda yaşanan bu gelişmelerin en azından ABD hukukunda yaşanan devrim kadar radikal bir değişim olduğunu iddia etmektedir[110]. Bu yazarların ortak özelliği ise milletlerarası özel hukuk ile -insan hakları hukuku gibi- hukukun diğer alanları arasındaki etkileşim ile ilgilenmeleridir[111].

Esasen *Savigny*'nin "*Savignian* gözbağı" olarak nitelendirilen, objektif coğrafi bağlama unsurları kullanılan tarafsız nitelikli sistemi, kural olarak, kamu düzeni kapsamında sınırlı bir uygulama dışında, farklı ulusal kanunların altında yatan

[105] Torremans, Paul (ed.): *Cheshire, North & Fawcett, Private International Law*, 15. Baskı, Oxford 2017, s. 34.

[106] Eeckhout, Promoting Human Rights, s. 110.

[107] Torremans, s. 35.

[108] Symeonides, s. 127, 129, 130.

[109] Torremans, s. 35.

[110] Torremans, s. 33.

[111] Torremans, s. 34.

değerlerin veya politikaların dikkate alınmasına izin vermemektedir[112]. Ancak milletlerarası özel hukukun araçsallaştırılması karşısında bu disiplin tarafsız pozisyonunu koruyamamakta ve bu nedenle sadece coğrafi bağlantıları dikkate almak mümkün olmamaktadır. Söz konusu eğilim karşısında, nötr bir milletlerarası özel hukuk olamayacağı, aksine bu disiplinin kurallarının politika hedeflerine yardımcı olacak şekilde düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir[113]. Milletlerarası özel hukukun, siyasi tarafsızlık kibrini terk etmesi ve sahip olduğu araçları, ortak değerlerin korunmasına yönlendirmesi savunulmaktadır[114]. Alanın hem kendi temelleri hem de diğer hukuk dalları arasındaki yerine "sosyal adalet" perspektifinden bakmanın yararlı olabileceği önerilmektedir[115]. Bu anlamda milletlerarası özel hukukun, politika mülâhazalarını daha açık ortaya koyarak yeniden değerlendirilmesi ve daha bütünsel bir yaklaşım benimsenmesi gerektiği ifade edilmektedir[116]. Örneğin, ürünlerin, hizmetlerin, sermayenin ve benzerlerinin dolaşım özgürlüğünü desteklemeye ek olarak, belirli menfaatlerin ve hakların korunmasının daha fazla ifade edilmesi gibi.

Görünen o ki, modern milletlerarası özel hukukun işlevini ve yapısını etkileyen özel ve kamu hukuku arasındaki bir zamanlar temel olan ayrım günümüzde açıkça sorgulanır hâle gelmiştir. İnsan haklarının, bu sorgulama içerindeki yerinin ne olduğu ise tezde cevaplanması hedeflenen başlıca sorudur. Bu bağlamda insan haklarının yatay etkisi ve devletin pozitif yükümlülükleri, kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki temel

[112] Carballo Piñeiro/ Kramer, s. 111.

[113] Eeckhout, Promoting Human Rights, s. 109.

[114] Muir Watt, Schism, s. 428.

[115] Eeckhout, the Instrumentalisation, s. 18 vd.

[116] Carballo Piñeiro/ Kramer, s. 111.

ayrımın ortadan kalkmasını desteklemektedir[117]. Zira insan hakları normlarının özel hukuk kişileri açısından da uygulanabilmesi, kamu ve özel hukukun geleneksel işleyiş biçimlerini etkilemektedir.

5. İnsan Hakları Mülâhazaları

Milletlerarası özel hukukun kamu hukuku ile yakınlaşmasının kaçınılmaz bir sonucu olarak kanunlar ihtilâfı incelemelerinde sıklıkla insan haklarına ilişkin mülâhazalar yer almaya başlamıştır. Hatta milletlerarası özel hukukta son yıllarda gözlemlenen değişimin temel haklar söylemiyle bağlantılı olduğu da iddia edilmiştir[118]. Bu anlamda milletlerarası özel hukukun, insan haklarının etkisiyle geçirdiği derin dönüşümleri ifade etmek için "ulus ötesi yargılama süreçleri" ve "ulus ötesi hukuk" terimleri kullanılmaktadır[119].

Metot bağlamında klâsik bağlama kurallarının çok katı ve teknik olduğu gerekçesiyle eleştirilmesine rağmen milletlerarası özel hukuk esasen tüm dünyanın muzdarip olduğu büyük sorunlardan biri olan "öteki ile ilişkinin tanımlanması" sorununun merkezinde yer almaktadır; bu alan, yabancı düşmanlığı, İslamofobi, ırkçılık, kadın düşmanlığı gibi insan haklarını ilgilendiren sorunlarla ilgilenmek zorundadır[120].

---

[117] Muir Watt, Horatia: Private International Law beyond the Schism, *Transnational Legal Theory*, 2011/2, s. 403, (Schism). İnsan haklarının yatay etkisi doktrini insan haklarının etkileri başlıklı bölümde incelenmiştir.

[118] Muir Watt, Recognition, s. 9.

[119] Muir Watt, Concurrence ou Confluence?, s. 78.

[120] Bu anlamda *Michales*, alanın yalnızca teknik bir hukuk dalı değil; öteki ile ilişkinin tanımlanmasına yardımcı olan bir "etik" olarak kabul etmektedir. bkz. Michaels, Michaels, Ralf: Private International Law as an Ethic of Responsivity, Abou-Nigm, Veronica Ruiz/ Noodt Taquela, Maria Blanca (eds.): *Diversity and Integration in*

Ancak kimi yazara göre bu mülâhazaların ortaya çıkışında birincil rol, BM'nin insan hakları sözleşmelerine aittir[121]. Bu görüş doğrultusunda 1948 İHEB[122] ve 1975 Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı Nihai Senedi ile birlikte çeşitli BM antlaşmaları, günümüz milletlerarası özel hukukunun temelini oluşturmaktadır.

Avrupa sınırları içerisinde ise milletlerarası özel hukuk ile uluslararası insan hakları hukuku arasındaki etkileşimin iki nedeninin olduğu söylenebilir[123]. Birincisi, karmaşık bir dizi AB aracı ve düzenlemesinin benimsenmesi sayesinde, milletlerarası özel hukukun büyük bir kısmının artık AB hukukunun bir konusu olmasıdır. Zira milletlerarası özel hukuk kurallarının AB hukukunun bir parçası olmasının önemli sonuçlarından biri de milletlerarası özel hukukun AB Temel Haklar Şartı'nın [124] hükümleri ile tutarlı bir şekilde yorumlanması ve uygulanması gerekliliğidir. İkinci neden, devam eden bölümlerde ayrıntılı olarak incelenecek, AİHS'nin m. 1 hükmü

Private International Law, Edinburgh 2021, s. 1 vd., https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6591&context=faculty_scholarship, (Erişim Tarihi: 20.06.2022), (Ethic of Responsivity).

[121] Jakubowski, s. 202 vd.

[122] BM Genel Kurulunu oluşturan 58 üye devlet tarafından 10 Aralık 1948'de Paris'de kabul edilen *la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme-Universal Declaration of Human Rights* için bkz. https://www.un.org/fr/universal-declaration-human-rights/ (Erişim Tarihi: 22.12.2021).

[123] Hirschboeck, Mark: Conceptualizing the Relationship between International Human Rights Law and Private International Law, *Harvard International Law Journal*, 60/1 (2019), s. 187.

[124] Bu Şart için bkz. *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, O.J. 2012/C 326/02, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012P%2FTXT (Erişim Tarihi: 07.01.2022).

nedeniyle üye devletlerin milletlerarası özel hukuk bakımından da AİHS yetkisi içerisinde olmasıdır. 1990'lardan itibaren, geleneksel milletlerarası özel hukuk araçlarının kullanılmasının bu iki metinden birine aykırı olduğuna yönelik kararlar verildiğinde, insan onuru ve toplumsal kimlik ile ilgili endişeler, milletlerarası özel hukuk alanına girmiştir[125]. Milletlerarası özel hukuk kuralları artık daha önce olmadığı kadar dışsal ve milletlerarası mülâhaza içermektedir[126]. İnsan haklarının korunmasında devletlere borç yükleyen çok sayıda normatif düzenlemenin bulunması incelemeyi daha karmaşık hâle getirmiş ve milletlerarası özel hukukun geleneksel metotlarını dönüştürmeye zorlamıştır.

II. Dünya Savaşı'ndan sonra Anayasa hukuku da, milletlerarası özel hukuku etkiler hâle gelmiştir[127]. Milletlerarası özel hukukta kamu ve özel hukuk ayrımını belirsizleştiren gelişmelerden biri olan "milletlerarası özel hukukun anayasallaştırılması" hareketi, Almanya Anayasa Mahkemesi'nin 4 Mayıs 1971 tarihli ünlü *Spanierbeschluss Spaniard* davası ile başlamıştır[128]. Davaya konu olay, dava tarihinde yürürlükte olan İspanya hukukuna göre boşanmanın yasaklanması ve tekrar evliliğe izin verilmemesine rağmen, Almanya'da ikamet etmekte olan İspanya vatandaşı erkeğin daha önce evlenip boşanmış Alman vatandaşı kadınla evlenmesi ile ilgilidir. Alman kanunlar ihtilâfı kuralları, bu uyuşmazlıkta İspanya hukukunun uygulanmasını gerektirir; ancak Almanya Anayasa Mahkemesi'ne göre, kanunlar ihtilâfı kuralı Anayasa'ya *per se* aykırı olmasa da bu hukukun uygulanması tarafların Alman Anayasası'nda (*Grundgesetz-Germany's basic law*) korunan evlenme hakkına aykırı

[125] Muir Watt, Recognition, s. 10

[126] Touzé, Sébastien: Droit International Privé et Droits Fondamentaux, *Journal Européen des Droits de l'Homme*, 2013/3, s. 345.

[127] Siehr, s. 1398.

[128] Symeonides, s. 125, 126.

olacağı için böyle bir uygulamaya izin verilmemelidir. Zira Anayasa'da korunan insan haklarının kapsamı, Anayasa'nın kendisinin anlamı ve lâfzı tarafından belirlenmeli, dolayısıyla bütün kanunlar ihtilâfı kuralları anayasadaki insan hakları hükümleri ile uyumlu olmalıdır[129]. Bu karar, Almanya Anayasa Mahkemesi'nin, ilk kez Anayasa hükümlerinin ulusal hukukun diğer tüm kuralları gibi Alman milletlerarası özel hukuk normları açısından da uygulanabilir olduğunu göstermesi açısından oldukça önemlidir[130].

İnsan haklarının diğer hukuk dalları üzerindeki etkisinin neredeyse tartışılmaz olduğu güncel hukuk teorisi mantığı ışığında bakıldığında *Spaniard* kararı sıradan bir karar gibi görünse de bu kararın önemini kavrayabilmek için o dönemde doktrinde yer alan farklı bir görüşten bahsetmek gerekir. Söz konusu görüş doğrultusunda, kanunlar ihtilâfı kuralları, amacı ve doğası nedeniyle anayasanın kapsamı dışında kalır ve anayasadan etkilenmez[131]. Zira kanunlar ihtilâfı kuralları felsefi, politik veya sosyal bir amacı bulunmayan tamamen tarafsız ve teknik usûl kurallarıdır. Anayasa hukuku ulusal hukuk düzeninin ötesine geçemez ve insan hakları da kamu hukuku kuralları olduğundan maddi olarak özel hukuku ilgilendirse de, milletlerarası özel hukukta etki gösteremez[132].

---

[129] Hofmann, Rainer: Human Rights and the Ordre Public Clause of German Private International Law, *Tel Aviv University Studies in Law*, 1994/12, s. 148.

[130] Labrusse, Catherine: Droit Constitutionnel et Droit International Privé en Allemagne Fédérale (à propos de la decision du Tribunal Constitutionnel federal du 4 mai 1971), *Revue Critique de Droit International Privé*, 1974, s. 3; Hofmann, s. 146.

[131] Labrusse, s. 17.

[132] Labrusse, s. 37. Dolayısıyla bu görüşte, aslında sıradan birer özel hukuk kuralı olan kanunlar ihtilâfı kuralları kendinden hiyerarşik olarak üstün anayasal kuralların uygulanmasını belirlemektedir.

İşte mahkemenin *Spaniard* kararı ile benimsediği yaklaşım bu görüşün tamamen zıttı niteliğindedir. Esasen bağlama kuralını oluşturan bağlama unsuru, tamamen teknik ve tarafsız akıl yürütmeden kaynaklanmamakta; kanunlar ihtilâfı kuralları, diğer hukuk kuralları gibi felsefi, politik ve sosyal menfaatlere dayanmaktadır[133]. Mahkeme, bu görüş doğrultusunda anayasal hakların, hukuku uygulayan yargı organlarını doğrudan bağladığını, yabancı hukukun uygulanmasının da yargı organlarının fiillerinden biri olduğunu belirterek dosyayı Yüksek Mahkemeye geri göndermiş ve İspanya hukukunun uygulanmaması doğrudan Anayasa'nın ilgili hükmüne mi yoksa kamu düzeni ilkesine mi dayandırılmalı konusunda karar vermesini istemiştir. İspanya hukukunun uygulanmasını reddetmesi gereken Yüksek Mahkemenin bu bağlamda iki seçeneği bulunmaktaydı: kamu düzeni müdahalesine başvurmak veya söz konusu anayasal hakkı doğrudan uygulamak. Hangi seçenek kabul edilirse edilsin, buradan çıkarılması gereken sonuç, Anayasa'da korunan değerlerin milletlerarası özel hukuk ilkelerinden üstün tutulduğudur[134]. Bu dava, hem milletlerarası özel hukuk kurallarının formüle edilmesi hem de uygulanmasında Anayasa'da korunan insan hakları hükümlerinin etkisine dair bir dönüm noktası olarak kabul edilmiş ve önce Avrupa genelinde ulusal hukuklarda sonra da AİHM düzeyinde benzer davalarla desteklenmiştir[135].

Bu çerçevede örnek vermek gerekirse, yine 1971 yılında İsviçre Federal Mahkemesi benzer içerikli dava hakkında aynı kararı vermiştir[136]. 1987'de İtalya ve İspanya Anayasa Mahkemeleri de ulusal kanunlar ihtilâfı kuralları ile ilgili olarak

[133] Labrusse, s. 19.

[134] Symeonides, s. 126.

[135] Hofmann, s. 146; Labrusse, s. 16 vd.; Kiestra, The Impact, s. 162.

[136] Siehr, s. 1398.

Anayasa'nın bu etkisini kabul etmiştir[137]. Bunun yanı sıra MAD'nin *Namibia* tavsiye kararı[138], devletler açısından insan hakları standartları bağlamında "tanıma ödevinin" ortaya çıkabileceğini üstü kapalı biçimde ilân eden bir karar olarak yorumlanmaktadır[139]. Tavsiye niteliğinde olan kararda, bir devlet tarafından tanınmayan diğer bir devlet veya hükûmetin verdiği, medeni statülere ilişkin kayıtların tanınmasında milletlerarası hukuk bağlamında bir yükümlülük doğduğu ve tanımamanın etkisinin doğum, ölüm ve evlilik kayıtları gibi o topraklarda yaşayanların zarar görmesine neden olacak şekilde genişletilmemesi gerektiğine karar verilmiştir.

Bu yeni bakış açısının izlenebileceği örneklerden bir diğeri de, AİHM'in Peru'da Peru vatandaşlığına sahip bir çocuğun bekâr bir Lüksemburg vatandaşı tarafından Peru hukukuna uygun biçimde evlât edilmesini içeren *Wagner v. Luxemburg*[140] kararıdır[141]. Davaya konu olayla ilgili Lüksemburg hukukuna göre tanıma usûlunun gerekleri arasında, yabancı kararın *for* devletinin kanunlar ihtilâfı kurallarıyla uyumlu olması zorunluluğu da vardır ve kanunlar ihtilâfı kuralına göre evlât edinme konusunda Lüksemburg hukuku uygulanmalıdır. Dolayısıyla Peru hukukunu uygulayan Peru mahkemesinin kararı Lüksemburg'da tanınmamıştır. AİHM ise bu kararı AİHS m.

---

[137] Kinsch, Patrick: Choice-of-Law Rules and the Prohibition of Discrimination under the European Convention on Human Rights, *The Netherlands Journal of Private International Law (NIPR)*, 2011/1, s. 19, 20, 23, (Prohibition of Discrimination).

[138] Bu karar için bkz. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, https://www.icj-cij.org/en/case/53 (Erişim Tarihi: 07.01.2022).

[139] Basedow, s. 312-313.

[140] *Wagner v. Luxembourg*, Application No 76240/01, Judgement of 28 June 2007.

[141] Muir Watt, Horatia: European Federalism and the New Unilateralism, *Tulane Law Review*, 2008/ 82, s. 1989 vd, (European Federalism).

8 hükmünde düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına aykırı bularak, evlât edinme kararının tanınması gerektiğine hükmetmiştir.

İnsan haklarının etkileri, AB milletlerarası özel hukukunda da görülmektedir. Bu hukuk içerisindeki anayasallaştırma (*constitutionalisation*) hareketleri, hem kamu ve özel alanlar arasındaki ilişkinin tersine çevrilmesi hem de milletlerarası özel hukukun siyasi-kamusal anlayışa tekrar bağlanmasını içermektedir ve insan hakları mülâhazaları bakımından önem teşkil etmektedir[142]. AB hukukunun bazı kısımlarının birleşmesi ve anayasallaştırılması nedeniyle birlik düzeyinde tanımlanan ayrımcılık yasağı ve diğer temel haklar, ulusal kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının yerine geçmiş ve klâsik kanunlar ihtilâfının ulusal ve özel karakterini ortadan kaldırmıştır[143]. İnsan hakları ve özellikle adil yargılanma hakkı, mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi alanında oldukça etkili olmuş ve görüş birliği bulunmasa da bir "Avrupa hukuk kültürünün" ortaya çıkmasına katkıda bulunmuştur[144]. Ayrımcılık yasağı daha da büyük etkiye sahip olmuş, AB içerisinde aile ilişkilerinin devamı ve normal aile yaşamı sürme temel hakkını sınır aşan dolaşımın olumsuz etkilerinden korumak amacıyla tanıma ve tenfiz kurumuna bu ilke çerçevesinde işlerlik kazandırılmıştır[145]. *Muir-Watt*, AB içerisindeki bu uygulamayı, milletlerarası özel hukukun özellikle aile hukuku ve kişisel ilişkiler alanında geçirdiği bir metodolojik değişim süreci olarak tanımlamakta ve bu değişimi temel haklar yaklaşımının bir ifadesi olarak görmektedir[146]. *For* devletinin kanunlar ihtilâfı hukukunun bertaraf edilmesi ve yabancı unsurlu ilişkiler veya durumların tek yanlı tanınmasını içeren bu yeni metot ilk kez yabancı kayıtlı birliktelikler alanında

[142] Bkz. Symeonides, s. 120 vd.

[143] Symeonides, s. 126.

[144] Torremans, s. 35.

[145] Torremans, s. 35; Muir Watt, European Federalism, s. 1995.

[146] Muir Watt, European Federalism, s. 1985.

denenmiştir[147]. Yazar, bu yeni tek taraflı metodolojiyi, hem farklılıkların kabul edilmesine daha yatkın hem de özellikle uzun süreli kişisel ilişkiler söz konusu olduğunda daha elverişli bulmuştur[148]. Ancak yazarın, bu konularda ayrımcılık yasağının kullanılmasının çoğulculuk ilkesi ile çeliştiğini, bu nedenle ayrımcılık yasağı yerine AİHS'nin m. 8'de düzenlenen özel hayat ve aile hayatının korunması hakkı gibi başka ilkeler bulunmasını savunduğunu belirtmekte de fayda vardır[149].

Bu örneklerde takip edilebilecek görece yeni gelişme ile kişisel ve ailevi konular artık devlet müdahalesinden ve insan hakları iddialarından bağımsız bir alan olarak nitelendirilmemektedir[150]. Aksine milletlerarası sözleşmeler ve ulusal anayasalar her devlete kendi vatandaşlarının ve diğer kişilerin insan onurunu iç alanda da korumayı zorunlu kılmaktadır. Örnek verilen kararlar ve AB hukuku düzenlemelerinin yanı sıra çağdaş doktrinde birçok yazar, milletlerarası özel hukukun, insan hakları ve Anayasa'da korunan haklar çerçevesinde değerlendirilmesi ve alanın amaçlarına bu çerçeveden bakılması yönünde görüş bildirmektedir.

---

[147] Muir Watt, European Federalism, s. 1986. Milletlerarası Kişi Hâlleri Komisyonu da bu doktriner yaklaşımları yakından takip etmiş, geleneksel kanunlar ihtilâfı yaklaşımını *bypass* eden ve yabancı statünün tek yanlı tanınması modelini ortaya koyan birçok taslak sözleşme kaleme almıştır. Muir Watt, European Federalism, s. 1987. Bu metodun incelemesi için bkz. aşağıda, "Yabancı Hukuka Göre Oluşan Hukuki Statünün Tanınması Suretiyle Kanunlar İhtilafı Kurallarının Bertaraf Edilmesi" başlıklı bölüm. Milletlerarası Kişi Hâlleri Komisyonu için bkz. *Commission Internationale de l'Etat Civil*, http://www.ciec1.org/ (Erişim Tarihi: 21.05.2022).

[148] Muir Watt, European Federalism, s. 1988.

[149] Muir Watt, European Federalism, s. 1997.

[150] Jänterä-Jareborg, s. 162.

Bu yazarlardan *Kinsch*'e göre günümüzde, milletlerarası özel hukuk kuralları ve metotları artık insan haklarının etki alanı dışında ve milletlerarası ya da anayasal incelemeden bağımsız düşünülememektedir [151]. *Mills* de milletlerarası özel hukukta adaletin sadece yeknesaklık üzerinden değil, uluslararası yapısal normların adilliği ve barındırdığı uluslararası haklar temelinde de nitelendirilmesi gerektiğini dile getirmiştir[152]. Bu kapsamda milletlerarası özel hukukun amaçlarının gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, (farklı ulusal hukuk sistemlerinin koordinasyonunu uluslararası yapı ve haklarla dengeleyerek sağlamak gibi) yeterince uluslararası olup olmadığına göre değerlendirilmelidir[153]. *Muir Watt* ise insan hakları müdahalesinin bazı durumlarda rahatsız edici olabileceğini; ancak yine de bu hakların, milletlerarası özel hukukun şimdiye kadar kullanmadığı araçları sağlayabileceğine dikkat çekmiştir[154]. Türk hukuk doktrininde[155] *Seviğ* de milletlerarası özel hukukun amacını, milletlerarası ilişkileri,

[151] Kinsch, Patrick: The Impact of Human Rights on the Application of Foreign Law and the Recognition of Foreign Judgements – A Survey of the Cases Decided by the European Human Rights Institutions, Einhorn, Talia/ Siehr, Kurt (eds.): *Intercontinental Cooperation Through Private International Law Essays in Memory of Peter E. Nygh*, The Hague 2004, s. 198, (A Survey of the Cases); Kinsch, Patrick: Human Rights and Private International Law, Basedow, Jürgen et al (eds.): *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham 2017, s. 883, (Encyclopedia).

[152] Mills, Confluence, s. 303.

[153] Mills, Confluence, s. 308.

[154] Muir Watt, Concurrence ou Confluence?, s. 70.

[155] Doktrinde insan hakları ve milletlerarası özel hukuk bağlantısını inceleyen yakın tarihli çalışmalar için bkz. Özkan, Işıl: Adil Yargılanma Hakkı'nın Uluslararası Özel Hukuka Etkisi, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan*, 2017/19 Özel Sayı, s. 1767-1834; Sarıöz Büyükalp, A. İpek: *AİHS*

devlet egemenliğini ve insan haklarını sağlamak, konusunu ise kanunların ve mahkemelerin yetki alanını sınırlamak olarak belirlemiştir[156]. Kanunlar ihtilâfı kuralları oluşturulurken devletler hukukunun esaslarından insan haklarına, devlet egemenliğine ve milletlerarası ticaret hayatına saygı duyulması gerektiğini belirterek bu alanda insan haklarının önemini vurgulamıştır[157].

Milletlerarası özel hukukun ilgilendiği alanlara bakıldığında, insan hakları ve temel haklar aslen bireyi devlete karşı korumak için geliştirildiği için bu haklar özellikle yetki ve tanıma tenfiz konularını içeren medeni usûl hukuku alanında oldukça önemli görülmektedir[158]. Bununla birlikte, temel haklar ve insan haklarının, toplumun temel

---

ve AİHM Kararlarının da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usûl Hukuku Üzerindeki Etkileri, İstanbul 2018; Arslan, İlyas: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi*, Ankara 2019.

[156] Seviğ, s. 21, 29. Ne var ki Seviğ, *Savignian* metottan vazgeçmemiş, devletlerin egemenliğine saygı, milletlerarası ilişkilerin ihtiyaçlarına cevap verme ve istikrar amaçlarının gerçekleştirilebilmesi için en uygun yöntemin bu metot olduğunu öne sürmüştür. Seviğ, s. 36.

[157] Seviğ, s. 20.

[158] Basedow, s. 444. Öte yandan *Basedow*, tam anlamıyla yeterli bir açıklama sunmasa da milletlerarası özel hukukta irade muhtariyeti-seçim serbestisinin kapsamını açıklamak için de insan hakları kavramının kullanılabileceğine işaret etmektedir. İrade muhtariyeti bireyi, kendi devletiyle olan ilişkisinde korumak için geliştirilmiştir ve bu nedenle söz konusu hak, insan haklarının kökeninde bulunabilir. Yazar, bu bağlamda *Mancini*'den örnek vererek *Mancini*'nin devletin başkaca bir menfaati yoksa bireylerin sözleşmelerde yabancı hukukun seçilmesi konusundaki özgürlüklerine saygı duyulmasına yönelik görüşünün bu yaklaşımı yansıttığını savunmaktadır. Basedow, s. 201-203. *Mills*'e göre de insan haklarının gelişimi, milletlerarası hukukta bireyin

değerlerini yansıtması nedeniyle özel hukuk ilişkilerinde ve uygulanacak hukukun belirlenmesinde de etkili olabileceği kabul edilmektedir. Bu etkinin bir yönü, *Spaniard* kararında ele alındığı üzere *for* devletinin kanunlar ihtilâfı kurallarının, temel hakların ihlâli nedeniyle sorgulanması; yani kanunlar ihtilâfı kurallarının insan hakları hükümlerini ihlâl etmeyecek biçimde ifade edilmesi ve yorumlanmasıdır[159]. İkinci yönü ise temel hakların ve insan haklarının, toplumun temel değerlerinin yazılı kanıtı olması ve bu değerlerin Anayasa, milletlerarası sözleşmeler veya haklar bildirgesi tarafından açıkça tanınması nedeniyle, kamu düzeni açısından beyan edici-tespit edici nitelikte olması ve bu nedenle yabancı hukukun uygulanmasını veya yabancı karara etki tanınmasını engellemesidir[160].

Ne var ki, milletlerarası özel hukukta insan hakları mülâhazalarının dikkate alınmasının hiçbir istisna olmaksızın kabul edilmesine karşı çıkan görüşler de bulunmaktadır. *Basedow*, insan haklarının dünya çapında kabul edildiğini varsaymanın gerçekçi olmayacağını düşünmekte, bu bağlamda somut olaya göre değerlendirme yapılmasını önermektedir[161]. Bu değerlendirmede, isnat edilen insan hakları ihlâlinin davanın asıl konusunu teşkil edip etmediği, ihlâle neden olabilecek yabancı hukuk kuralının genel yahut istisnai karakteri ve konunun yabancı ülkede herhangi bir hukuki belirlemenin konusu yapılıp yapılmadığı, etkili olmalıdır. Daha da ötesi *Basedow*, Batılı toplumların temel haklar ve insan hakları kisvesi altında kendi değer ve ilkelerini

---

"egemenliğinin" giderek daha fazla tanınmasının bir parçasıdır. Bu, milletlerarası özel hukukun, tarafların ihtilâflarını yöneten mahkemeyi veya uygulanacak hukuku seçmesi olarak tanımlanan irade özerkliği özelliği için önemli bir açıklama sağlamaktadır. bkz. Mills, Confluence, s. 291.

[159] Benzer bir görüş için bkz. Hofmann, s. 154.

[160] Basedow, s. 445; Hofmann, s. 154.

[161] Basedow, s. 446.

empoze ettiği bu eğilimi, II. Dünya Savaşı'ndan sonra gelişen bir tutuculuk olarak kabul etmektedir[162].

Bomhoff'a göre, temel hak davaları konusuna birebir aktarılabilecek belli bir kanunlar ihtilâfı yaklaşımı bulunmamaktadır[163]. Örneğin *Savigny*'nin apolitik özel hukuk kavramı ve potansiyel olarak uygulanabilecek hukuklar arasından en sıkı bağlantı veya *seat* analizi, genel olarak anayasal haklar bağlamına uygun değildir. *Beale*'nin yabancı hukukta kazanılmış hukuki statülerin tanınmasını öneren kazanılmış haklar doktrini de korumanın kapsamı sorusuna cevap vermemektedir. Menfaat analizleri ise devlet politikalarını gerçekleştirmeye yoğunlaşır ve temel hak korumasının önemli bir unsuru olan devlet gücünü sınırlayan normlar düşüncesine çok az yer ayırır.

Öte yandan insan hakları ile milletlerarası özel hukuk arasındaki ilişkinin ortaya çıkardığı tartışmaların o kadar da derin olmadığı, bu anlamda sağduyu ve hukuki gerekliliğin bizi zaten bu tartışmaların sonuçlarına ulaştıracağı da ifade edilmiştir[164]. Örneğin bir devletin temel değerlerini ifade eden kuralların, yabancı hukuk kurallarına göre önceliğe sahip olması gerektiği aşikârdır.

Muir Watt ise milletlerarası özel hukukun tarafsız ve oldukça teknik yapısına karşıt olarak, insan haklarının son derece politik içeriği göz önüne alındığında, bu iki alan arasında çatışma yaşanacağını düşünmektedir[165]. Yazara göre ortaya çıkan bu disiplin çatışması, bir birleşme veya karşılıklı yarar arayışından ziyade milletlerarası özel hukukun ortadan kalkması ile sonuçlanması muhtemel görünen bir rekabet hâline

---

[162] Basedow, s. 448.

[163] Bomhoff, Jacco: The Reach of Rights: "The Foreign" and "The Private" in Conflict-of-Laws, State-Action, and Fundamental-Rights Cases with Foreign Elements, *Law and Contemporary Problems*, 71/3 (2008), s. 58.

[164] Labrusse, s. 45.

[165] Muir Watt, Schism, s. 396.

gelmiştir. Zira temel hakların, ulus ötesi veya ulusal alan ayrımını gözetmeyen sınır körü karakteri, milletlerarası özel hukuku bir kenara atma potansiyeline sahiptir. Örneğin, bir milletlerarası sözleşme hakkının (genellikle AİHS m. 8 kapsamındaki özel hayatın gizliliği hakkının) korunmasını dayatan ayrımcılık yapma (AİHS m. 14) yasağı, birçok durumda, milletlerarası özel hukukun geliştirdiği araçların (yargı yetkisi, uygulanacak hukuk, kamu düzeni gibi) felce uğramasına neden olmaktadır.

Hirschboek da milletlerarası özel hukuk ile insan hakları hukuku arasındaki gerilime dikkat çekmiştir [166] . Milletlerarası özel hukuk, çeşitliliğin varlığına dayanmakta; farklılıkları yönlendirmek için bir dizi araç sağlamakta ve kamu düzeni gibi istisnai durumlarda ulusal yaklaşımın uygulanmasına izin vermektedir. Buna karşılık, insan hakları hukuku, takdir marjı gibi sınırlı istisnalar dışında, ulusal hukukların küresel bir şemsiye altında yakınlaşmasını hedeflemektedir. Katı bir şekilde uygulanan evrensel insan hakları normu ne kadar fazla olursa, milletlerarası özel hukuk kavramlarına olan ihtiyaç da buna paralel olarak azalacaktır.

AİHS bağlamında görüş bildiren yazarlardan *Docquir*, AİHS'nin uygulama alanının milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıklarında sınırlanması gerektiğini ifade etmiştir[167]. Hem diğer alanlardaki güncel gelişmeler hem de AİHM içtihadı, temel haklar korumasının geniş anlamda tanınmasına yönelik artan bir eğilimi gösterse de yazara göre AİHS'nin uygulama alanının genişletilmesi, insan haklarının giderek daha evrensel biçimde uygulanması yönündeki kusurlu eğilime hukuki bir kılıf niteliğindedir[168].

---

[166] Hirschboek, s. 199.

[167] Docquir, Benjamin: Le Droit International Privé à l'épreuve de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. *Annales de Droit de Louvain*, 1999/59, s. 477.

[168] Docquir, s. 477.

Bu bağlamda özellikle tanıma konusunda verilen AİHM kararları da eleştirilmekte, bu kararların herhangi bir yabancı hukuk sisteminde kötü niyetle kazanılan statünün tanınmasının yolunu açtığı iddia edilmektedir[169]. Bunun yanı sıra, söz konusu mahkeme kararlarının sorunların çözümünü ertelemekten başka bir işleve sahip olmadığı; çünkü örneğin talâk ve taşıyıcı annelik gibi konuları reddeden mahkeme kararlarının ne İslam ülkelerinde verilen talâk kararlarını sona erdireceği ne de çocuk sahibi olamayan çiftleri taşıyıcı annelik sözleşmesi yapmaktan alıkoyacağı belirtilmektedir[170].

Kanımızca, insan hakları, milletlerarası özel hukukun güncellenen amaçlarının gerçekleşmesine katkı verebilir ve bu alanın yeniden formüle edilmesine rehberlik edebilir[171]. Milletlerarası özel hukuk kaynakları bakımından olmasa da amaçları bakımından milletlerarası olduğu için milletlerarası hukuk ve milletlerarası toplumun genel menfaatleri her zaman göz önünde bulundurulmalıdır. Bu anlamda menfaat analizi tartışmalarında, insan haklarının milletlerarası toplumun genel menfaatleri içerisinde sayılması, hem insan haklarına saygının hem milletlerarası özel hukukun amaçlarının çağın gereklerine uygunluğunun sağlanması bakımından önemli görülmektedir.

II. İnsan Hakları Normlarının Statüsü

Klasik anlayışa göre, hukukun meşru olabilmesi için ya insan haklarıyla uyuşması ya da demokratik irade oluşumundan çıkması gerekir[172]. Birinci alternatifte,

---

[169] Muir Watt, European Federalism, s. 1990.

[170] Basedow, s. 448.

[171] Muir Watt, Concurrence ou Confluence?, s. 77.

[172] Habermas, Jürgen: Constitutional Democracy A Paradoxical Union of Contradictory Principles?, *Political Theory*, 29/6 (2001), s. 767.

demokratik kanun koyucu, ancak insan hakları sınırları içinde egemen bir şekilde karar verebilirken; ikinci seçenekte istediği anayasayı yapabilir ve duruma göre burada yer alan insan haklarını ihlâl ederek anayasal devlet fikrini zedeleyebilir. Ne var ki modern hukuk anlayışında, insan hakları fikri, ne egemen kanun koyucuya bir sınırlama olarak dayatılabilir ne de yasama amaçları için işlevsel bir gereklilik olarak araçsallaştırılabilir. İnsan hakları ve demokratik irade oluşumu anlayışları eşit derecede kabul edilir ve biri diğerine sınır koymaz[173].

Bu durum karşısında insan hakları normlarının statüsü genellikle tartışmalıdır[174]. Pozitivist yaklaşımla insan hakları, milletlerarası antlaşmaların veya teamül hukukunun ürünü olarak görülebilir. Bununla birlikte, antlaşmaların kurucu nitelikte olmadığı, insan haklarının yalnızca beyanı olarak görülebileceği de iddia edilebilir. Zira giderek artan bir şekilde, bireylerin insan haklarının korunmasına yönelik bir hakkı ve devletin de bu yönde bir sorumluluğu olduğu iddiası daha çok dile getirilmektedir. Hatta daha da ileri giderek, bireylerin, sadece insan haklarıyla sınırlı olmayan, doğrudan milletlerarası hukuk kapsamında bir dizi hakka sahip olduğu da iddia edilmektedir[175].

Bu doğrultuda öncelikle, çalışmanın temelde bir milletlerarası özel hukuk araştırması olduğu unutulmadan, genel bir insan hakları kuramı incelemesinden ziyade, insan hakları normlarının çeşitli özellikleri ve bu normların statüsü nedeniyle milletlerarası özel hukuktaki etkileri incelenecektir. Öncelikle, çalışma bakımından gerekli olduğu ölçüde insan haklarının konusu, kaynakları, amaçları ve özel hukuk dallarıyla olan ilişkisinden bahsedilecektir. Daha sonra insan haklarının normlar hiyerarşisindeki yeri tespit edilmeye çalışılacaktır.

---

[173] Habermas, s. 767.

[174] Mills, Confluence, s. 82.

[175] Mills, Confluence, s. 82.

A. İnsan Haklarının Tanımı

Doktrinde insan haklarına birbirinden farklı anlamlar yüklendiği görülmektedir. Bir yanda, insan hakları ve özgürlüklerin büyük oranda örtüştüğünü kabul eden ve insan haklarını, beşeri varlığa hukuk tarafından tanınan ve yine hukuk tarafından güvence altına alınan ayrıcalıklar olarak tanımlayan yaklaşım yer almaktadır[176]. Öte yanda, insan hakları terimini yürürlükteki hukuktan bağımsız biçimde algılayan ve kullanan ve bu nedenle ancak pozitif hukukta düzenlenmeyen insan hakları bakımından "insan hakkı talebi" yapılabileceğini, pozitif hukukta düzenlenen haklar içinse Anayasa, kanun, yönetmelik vb. gibi ilgili pozitif hukuk kuralına başvurulması gerektiğini savunan yaklaşım bulunmaktadır[177]. Bu farklı yaklaşımların gerekçesi olarak hem insan haklarının ahlak, felsefe gibi birçok açıdan incelenebilmesi ve dolayısıyla farklı anlamlarda kullanılabilmesi hem de doktrinde insan hakları ile aynı veya benzer anlamlardaki hakları tanımlayan birçok terimden yararlanılması gösterilebilir[178].

Bu terimlerden en genişi olan "insan hakları", genel kabul gören görüş doğrultusunda, tüm insanlara ideal anlamda tanınması gereken hakları nitelerken, modern anlayışta "kamu özgürlükleri" insan haklarının pozitif hukuktaki yansımasına, yani Anayasa ve kanunlarla düzenlenmiş insan haklarına işaret etmektedir[179]. Buna karşılık "temel haklar" kavramı, özel olarak Anayasa kapsamında pozitif olarak

---

[176] Kaboğlu, İbrahim Ö.: *Özgürlükler Hukuku I: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, İstanbul 2013, s. 13, 25 vd.

[177] Uygun, Oktay: *Kamu Hukuku İncelemeleri İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik*, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 6, (Kamu Hukuku İncelemeleri).

[178] Gözler, Kemal: *İnsan Hakları Hukuku*, 3. Baskı, Bursa 2020, s. 84, (İnsan Hakları); Söz konusu terimler için bkz. Kapani, Münci: *Kamu Hürriyetleri*, Ankara 2013, s. 13 vd.

[179] Kapani, s. 14; Gözler, İnsan Hakları, s. 100.

düzenlenen insan haklarını ifade etmektedir[180]. Genellikle temel haklar ile yan yana kullanılan "özgürlük-hürriyet" kavramı da temel hak kavramı ile denk ve aynı öze sahiptir[181]. O hâlde insan hakları, kamu özgürlükleri ve temel hak ve özgürlükler kavramlarını kapsayan bir niteliktedir, doğuştan gelir ve tanınmaya veya hukuki güvenceye ihtiyacı yoktur[182]. Bununla birlikte artık insan haklarının uluslararası alanda pozitif hukuk düzenlemesi konusu hâline geldiği ve hukuki güvenceye ihtiyacı bulunmadığı için yaptırımı da olmayan kurallar olarak kabul edilemeyeceği gözden kaçırılmamalıdır[183].

Çok çeşitli olmakla birlikte insan haklarının en genel tanımı, "kişinin sırf insan olduğu için sahip olduğu haklar" olarak yapılabilir[184]. Bu genel saptamalar doğrultusunda, her kamu özgürlüğü ve temel hak ve özgürlük aynı zamanda insan hakkı olduğu için, bu alandaki çalışmalarda söz konusu terimler yerine de geçecek biçimde insan hakları teriminin kullanılmasında bir sakınca bulunmamaktadır[185]. Bu çalışmada da "insan hakları" kavramı; Anayasa, kanun veya milletlerarası sözleşmelerle korunan haklarla sınırlı olmaksızın "insan hakları hukukunun" konusunu oluşturan tüm hakları kapsar nitelikli kullanılmıştır.

---

[180] Sağlam, Fazıl: *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara 1982, s. 3; Akıllıoğlu, Tekin: *İnsan Hakları I: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, Ankara 1995, s. 6, (İnsan Hakları).

[181] Mumcu, Ahmet/ Küzeci, Elif: *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri (Kavramlar, Evrensel ve Ulusal Gelişmeleri, Bugünkü Durumları)*, Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara 2012, s. 15, 16.

[182] Gözler, İnsan Hakları, s. 102.

[183] Akıllıoğlu, İnsan Hakları, s. 7.

[184] Uygun, Kamu Hukuku İncelemeleri, s. 3.

[185] Aynı yönde bkz. Gözler, İnsan Hakları, s. 102.

İnsan hakları çeşitli biçimlerde sınıflandırılmakla birlikte bunlardan en fazla tercih edilenlerinden biri, insan haklarının tarihsel gelişimi ile uyumlu olarak bu hakları birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü kuşak haklar olarak kategorize eden ayrımdır[186]. Ancak böyle bir ayrım yapılması, insan haklarının önemine göre sıralandığı veya bazı hakların diğerlerinden üstün sayıldığı biçiminde algılanmamalı, "insan haklarının bütünlüğü" ilkesi çerçevesinde bu hakların tümünün vazgeçilmez olduğunun altı çizilmelidir[187]. Bununla birlikte tarihsel gelişim sürecine dayanan bu ayrımın stabil olmadığı, teknolojik ve toplumsal gelişmeler doğrultusunda insan doğasına yönelen yeni tehditler ile insan doğasını koruyan bu hak kategorilerine yenilerinin eklendiği ve insan hakları hukukunun gün geçtikçe gelişimine devam eden bir alan olduğu da unutulmamalıdır[188].

1. İnsan Haklarının Kaynağı ve Amaçları

Yeryüzündeki milyarlarca insanın etkili işbirliği yapması ve daha iyi bir toplum kurması için hayali bir düzene inanması ve bazı mitleri değişmez gerçekler olarak kabul etmesi gerekir[189]. Kanımızca insan hakları da günümüzde büyük çoğunluğun bilincinde yer eden ve etkili işbirliği yapabilmek ve toplumsal düzenin sağlandığı bir çevrede yaşamak için vazgeçilmez nitelikli kabul edilen bir kavram olarak nitelendirilebilir.

---

[186] Bu sınıflandırmalar için bkz. Kaboğlu, s. 39 vd.; Uygun, Oktay: *Devlet Teorisi*, 2. Baskı, İstanbul 2015, s. 501 vd.

[187] Uygun, Devlet Teorisi, s. 507 vd.

[188] Doğan, İlyas: *İnsan Hakları Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 53-54; Uygun, Devlet Teorisi, s. 502.

[189] Tarih boyunca insanların kurduğu hayali düzenler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Harari, Yuval Noah: *Hayvanlardan Tanrılara: Sapiens İnsan Türünün Kısa Bir Tarihi*, 16. Baskı, İstanbul 2016, s. 112 vd.

İnsan haklarının temelinde *dignitas* (onur)-"insan onuru" kavramı yer almakta ve bu hakların asıl olarak insan onurunun korunmasını sağlayan araçlar olduğu kabul edilmektedir[190]. İnsan varlığının yapısında bulunan, onu diğer canlılardan ayıran ve sadece bu nedenle saygı duyulması gereken insan onurunun ilk olarak *Aristoteles, Platon* ve daha sonra Rönesans düşünürlerinin eserlerinde yer aldığı düşünülmektedir[191]. Ancak *Aristoteles* ve *Platon*'un eserlerinde devlet, kişinin mutlak efendisi olarak tanımlandığı ve kölelik kabul edildiği için insan onurunun ve dolayısıyla insan haklarının temelinin, bu düşünürlerin eserlerinde değil, insana manevi değer tanıyan *Stoa*cıların eserlerinde aranması gerektiği de savunulmaktadır[192]. Bu anlamda antik site devletlerinde yer alan "eşit konuşma hakkı" ve "yasa önünde eşitlik" haklarının günümüzdeki siyasal hakların-insan haklarının ilk versiyonlarından biri sayılabileceği belirtilmektedir[193].

Temel haklar alanında genel anlamda ilk belgeler 1215 *Magna Carta* ve 1689 *Bill of Rights* iken temel haklar tarihinde bir diğer dönüm noktası da 1789 Fransız Haklar Bildirgesidir[194]. Ancak insan haklarının özünü oluşturmasına ve antik çağlardan beri kullanılmasına rağmen insan onurunun ahlâki bir ilke olarak formüle edilmesi

---

[190] Uygun, Devlet Teorisi, s. 478 vd.

[191] Doğan, s. 59. Tarihte insan haklarının ortaya çıkışının Hammurabi yasalarına kadar geri gittiğini ileri süren bir görüş de bulunmaktadır. Bkz. Akıllıoğlu, İnsan Hakları, s. 21.

[192] Kapani, s. 18, 19.

[193] Akıllıoğlu, İnsan Hakları, s. 22.

[194] Trstenjak, Verica: General Report: The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law, Trstenjak, Verica/ Weingerl, Petra (eds.): *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law*, Springer International Publishing, Switzerland 2016, s. 4.

ancak *Kant* tarafından 18. yy.da, insan hakları belgelerine girmesi ise II. Dünya Savaşı'ndan sonra mümkün olmuştur[195]. Her ne kadar 17. yy.a kadar insanın bazı haklara sahip olduğuna ilişkin bunun gibi görüşler ileri sürülse de, insan haklarının sistemli biçimde ortaya çıkışı, ancak 20. yüzyılda gerçekleşmiştir[196]. Zira insan hakları, insan onuruna dair kavramlara ilişkin bir liste yapılarak değil, uzun ve zorlu mücadeleler sonucu elde edilmiştir[197]. Klâsik anlamda insan hakları, 17. ve 18. yy.da burjuvazinin feodaliteye karşı verdiği mücadeleden doğması nedeniyle başlangıçta sınıfsal bir yapıya sahiptir ve "beyaz" ırktan "erkeklerin" haklarını korumaya yönelik olarak geliştirilmiştir[198]. Buna karşılık 19. yy.da gerçekleşen sanayi devrimi ile birlikte doğan "işçi sınıfının", köleliğe karşı "siyahilerin" ve özellikle eşit oy ve eşit ücret talepleri ile "kadınların" gerçekleştirdiği mücadeleler sayesinde insan hakları toplumsal bir yapı kazanmıştır.

Bu tarihsel gelişim ışığında, insan haklarının kaynağını nereden aldığına yönelik iki farklı görüş ileri sürülmektedir. Bunlardan ilki, insan haklarının üstün, evrensel ve kimin tarafından konulduğu bilinmeyen "doğal hukuk"un bir ürünü olduğudur[199]. *Locke*'un özgürlükçü felsefesine dayanan bu görüş doğrultusunda toplum ve devlet öncesi dönemden kaynaklanan bazı haklar toplum sözleşmesi ile üstün otoriteye devredilmiş, insan hakları ise bu otoriteye devredilmemiş olan "doğal haklar" olarak

[195] Uygun, Devlet Teorisi, s. 479.

[196] Kapani, s. 30.

[197] Uygun, Devlet Teorisi, s. 482.

[198] Kaboğlu, s. 33; Uygun, Devlet Teorisi, s. 485.

[199] Akıllıoğlu, İnsan Hakları, s. 1; Uygun, Kamu Hukuku İncelemeleri, s. 9.

kabul edilmiştir[200]. Ancak devlet öncesi dönemde insanların bir sözleşme yapması fikri bilimsel gerçeklerle çeliştiği için bu görüş mantıklı bir temele oturmamaktadır[201].

İnsan haklarının kaynağına ilişkin görüşlerden diğeri Fransız Devriminden sonra ortaya atılan "insan doğası" veya "ferdiyetçi doktrin"dir[202]. Bu yaklaşım doğrultusunda insan doğasının "insan gereksinimleri" veya "insanın olanakları" ile tanımlandığı fikirleri ileri sürülmüştür[203]. İnsan haklarının kaynağının "insan gereksinimleri" olduğu yaklaşımı, mevcut haklar ve gereksinimler arasında bağ kurulamaması nedeniyle kabul görmemiş; buna karşılık insanı diğer canlılardan ayıran tutum ve davranışları ifade eden "insan olanakları" kavramı, insan haklarının kaynağı için makul bir açıklama olarak kabul edilmiştir[204]. Zira diğer canlılardan akıl, düşünce, idrak ve vicdan özellikleri ile farklılaşan insanın, bu niteliklerini kullanma ve geliştirme imkânından yoksun kalması, insan olma niteliğinden yoksun kalması anlamına gelmektedir[205]. İnsana özgü bu özellikler, yani insanın diğer canlılardan farklı olarak sahip olduğu olanaklar, "insanın

---

[200] Kapani, s. 31 vd. Her ne kadar, insan haklarının oluşumu ve gelişiminde *Rousseau*'nun "toplum sözleşmesi" tezinin önemli bir etkisinin bulunduğu yönünde görüş bildiren yazarlar olsa da aslında bu tezde, insan hakları fikrine aykırı biçimde, kişilerin tabiat hâlinden gelen haklarının tamamı üstün otoriteye devredilmekte ve azınlık görüşler çoğunluğun baskısına maruz bırakılmaktadır. Konu hakkında bkz. Kapani, s. 33 vd.

[201] Uygun, Kamu Hukuku İncelemeleri, s. 10.

[202] Kapani, s. 39; Uygun, Kamu Hukuku İncelemeleri, s. 10 vd.

[203] Uygun, Kamu Hukuku İncelemeleri, s. 10 vd.

[204] Kuçuradi, İonna: Felsefe ve İnsan Hakları, Kuçuradi, İonna (ed.): *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, 3. Baskı, Ankara 2009, s. 73; Uygun, Kamu Hukuku İncelemeleri, s. 12-14.

[205] Kapani, s. 39; Uygun, Kamu Hukuku İncelemeleri, s. 15.

değerini" ve "insanın onurunu" ortaya çıkarmaktadır[206]. Bu bakış açısının kabul edildiği İHEB'in ilk maddesine göre, "Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler, birbirlerine karşı kardeşlik anlayışıyla davranmalıdırlar."[207].

Bu kapsamda insan hakları, insanın söz konusu özelliklerini ve olanaklarını korumasını sağlayan ve bu özelliklerin korunması için diğer insanların uyması gereken ahlâki ödevleri veya temel hukuk normlarını somutlaştıran araçlardır[208]. Bu tespitler doğrultusunda insan hakları hukukunun amacı, insanın insan olması nedeniyle sahip olduğu özellikleri ve olanakları yani insan onurunu korumak olarak belirlenebilir.

2. İnsan Haklarının Evrensel Niteliği

Kaynağını insan doğasından alan insan hakları, hem düşünce bağlamında hem de insan doğasının tüm insanlar için aynı olması nedeniyle evrensel, uygulama anlamında ise yereldir[209]. İnsan haklarının evrensel niteliği hem "tüm insanlar için, her zaman ve her yerde" hem de insan haklarının ortaya çıktığı dönemlerdeki "Batılı" ve sınıf temelli karakterinden bağımsız biçimde tüm cinsiyet, sınıf ve kültürlerde geçerli olması gerekliliğini ifade etmektedir[210]. Bu anlamda BM Şartına[211] göre insan haklarına

---

[206] Kuçuradi, s. 73.

[207] Bkz. https://www.un.org/fr/universal-declaration-human-rights/ (Erişim Tarihi: 22.12.2021).

[208] Uygun, Kamu Hukuku İncelemeleri, s. 15, 46.

[209] Kaboğlu, s. 257; Uygun, Kamu Hukuku İncelemeleri, s. 21.

[210] Uygun, Kamu Hukuku İncelemeleri, s. 22-25.

[211] Bkz. Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice, San Francisco 1945, https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf (Erişim Tarihi: 22.12.2021), m. 1.

saygı ilkesinin örgütün temel amaçlarından biri olarak sayılması ve İHEB'in BM Genel Kurulunda oybirliği ile kabul edilmesi, insan haklarının bütün devletlerce evrensel bir "ideal standart" olarak kabul edildiğine delil olarak gösterilmektedir[212].

Temel hakların evrensel niteliğinin bir sonucu da tüm öteki haklardan yararlanabilmek için ilgili temel hakkın korunması gerekliliğidir[213]. Bu bakımdan bir hak temel bir haksa, onu korumak için gerekirse öteki, temel olmayan haktan vazgeçilebilir. Nitekim insan hakları, "hukuk kültürünün özünü oluşturan" niteliği nedeniyle, bütün haklar ve dolayısıyla bütün hukuk dalları ile ilişki hâlindedir[214].

Bu konuda yapılan ilk eleştiri, insan haklarının evrensel niteliğinin kendiliğinden var olmadığı ancak devletlerin kabulü ile pozitif hukukta düzenlenmesi hâlinde bir sonuç olarak ortaya çıkabileceğidir[215]. Bu yönde bir diğer eleştiri de bu zamansız, belirli, karşı gelinmez içerikli ve dünya üzerindeki her bireye uygulanabilir insan hakları tanımının mümkün olmadığı, insan haklarına ilişkin farklı anlayışların bulunduğuna yöneliktir[216]. Özellikle "kültürel rölativizm" tartışması çerçevesinde insan haklarının evrensel olarak bağlayıcı kabul edilmesinin Batılı olmayan toplumların görece farklı kültürlerine karşı bir saygısızlık olarak görülmesi, bu nedenle Batılı ülkelerin siyasal anlayışını yansıtan bir dayatma olarak nitelendirilmesi mümkündür[217].

---

[212] Akıllıoğlu, İnsan Hakları, s. 29; Uygun, Kamu Hukuku İncelemeleri, s. 25.

[213] Shue, Henry: Temel Hakların Evrenselliği, Kuçuradi, İonna (ed.): *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, 3. Baskı, Ankara 2009, s. 47.

[214] Kaboğlu, s. 24.

[215] Akıllıoğlu, İnsan Hakları, s. 25.

[216] Jänterä-Jareborg, s. 165 vd.

[217] Uygun, Kamu Hukuku İncelemeleri, s. 26; Doğan, s. 66 vd.; Akıllıoğlu, İnsan Hakları, s. 23-25.

Seküler Batı hukuk sistemleri, insan hakları normlarıyla şekillenmekte ve kadın-erkek eşitliğini uygulamakta iken İslam hukukunda cinsiyet önyargılı dinî normlar hâkimdir ve bu hukuka özgü insan hakları anlayışı gelişmiştir. Bu doğrultuda örnek vermek gerekirse, İslam Konferansı Örgütü (İslam İşbirliği Teşkilatı)[218] 1990 yılında İslam'da İnsan Hakları Kahire Bildirisi'ni[219] kabul etmiştir. Türkiye'nin de aralarında olduğu 40'tan fazla ülkenin imzaladığı bildiride yer alan çoğu insan hakkı, şeriat hukukuna uygun olmalıdır. Milletlerarası özel hukuk alanı içerisinde de Batılı hukuk rejimleri, insan hakları normlarının etkileri nedeniyle yeniden yapılandırılıp çeşitli aile modellerinin korunmasına izin verirken, İslam hukuku bu dönüşümlere direnmiştir. Dolayısıyla, İslam ve Batı kültürleri arasındaki çatışma, milletlerarası özel hukuk analizinin başlangıç noktası hâline gelmiştir[220].

Gannagé'ye göre bu metodolojik problem oldukça derin olsa da Batı ve İslam hukukunun insan hakları normları ve değerlerinde somutlaşan aşamalı olarak yakınlaşması mümkündür[221]. Öncelikle, Batılı değerlerin insan hakları çerçevesinde empoze edildiği iddialarında bulunan ülkelerin çoğunda insan hakları ihlâlleri kültürel gerekçelere dayanmamakta, insan kurban etme ve kölelik gibi gerçekten kültürde var olan bazı uygulamalara ise göz yummak mümkün olmamaktadır[222]. Bunun yanında

---

[218] İslam İşbirliği Teşkilatı için bkz. https://www.mfa.gov.tr/islam-isbirligi-teskilati.tr.mfa, (Erişim Tarihi: 21.05.2022).

[219] *The Cairo Declaration of Human Rights in Islam* İnglizce metni için bkz. https://original.religlaw.org/common/document.view.php?docId=7248, (Erişim Tarihi: 21.05.2022).

[220] Isailović, s. 337.

[221] Gannagé, Lena: Droit International Privé et Conflits de Culture, *Recueil des Cours*, 2013/357, s. 481.

[222] Uygun, Kamu Hukuku İncelemeleri, s. 30-31.

kadının yeri ve antisemitizm gibi Batı kültüründe yer alan uygulamaların insan hakları ihlâli çerçevesinde sayılması da bu anlamda bir ayrımcılık yapılmadığını göstermekte, Batılı değerlerin empoze edildiği yönündeki argümanları çürütmektedir[223]. Bu anlamda farklılıkların insan hakları normlarına uyum ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir[224]. İnsan hakları evrensel olsa da, farklı kültürel ve sosyal bağlamlarda farklı yorumlanması gerektiği ileri sürülmektedir[225].

Kanımızca, insan haklarının milletlerarası özel hukuk da dahil her türlü uyuşmazlığa nüfuz etmesi karşısında kültürel rölativizmle ilgili tartışmalar, insan haklarına etki tanınırken milletlerarası özel hukukun hoşgörü ve çoğulculuk amacı ile insan haklarının evrensel niteliği arasında denge kurulması ihtiyacını doğurmaktadır.

3. İnsan Haklarının Etkileri

Geleneksel yaklaşımda, bireyin özgürlüklerini ve özel alanını devlet müdahalesinden koruyan, bazen de devleti pozitif yükümlülük altına sokan temel hakların işlevi, dikey ilişkilerle sınırlıdır[226]. İnsan hakları bu özelliği nedeniyle kamu hukuku, genellikle milletlerarası antlaşmalarla düzenlenmesi nedeniyle de milletlerarası kamu hukuku alanı içerisinde değerlendirilmektedir[227]. Ne var ki insan haklarının yukarıda bahsi geçen tarihsel gelişimi, bu hakların kamu ve özel hukuk ayrımının ötesinde konumlandıklarını göstermektedir. Zira bu hakların yatay ilişkiler üzerindeki

[223] Uygun, Kamu Hukuku İncelemeleri, s. 31.

[224] Isailović, s. 337.

[225] Jänterä-Jareborg, s. 167.

[226] Trstenjak, s. 7.

[227] Michaels, Ralf: Public and Private International Law: German Views on Global Issues, *Journal of Private International Law*, 4/1 (2008), s. 133, (Public and Private); Trstenjak, s. 7.

artan etkisi, aslen devletlere karşı ileri sürülen bu hakları özel hukuk alanı ile yakınlaştırmaktadır.

Böylelikle insan haklarının iki farklı etkisi gündeme gelmektedir. Devletin, kişilerin insan haklarına saygı duyması dikey etki (devlet-vatandaş arasında), kişilerin birbirinin insan haklarına saygı duyması ise yatay etkidir (vatandaş-vatandaş arasında)[228]. Dikey etkide temel haklar, bireyi devlete karşı korumak için devlete karşı iddia edilmektedir[229]. İnsan hakları ihlâli açısından tehlikenin devletten geldiği geleneksel varsayımına dayanan dikey etki teorisi karşısında günümüzde insan haklarının bireyler arasında yani özel hukuk ilişkilerinde de korunması gerektiğine dayanan yatay etki teorisi kabul edilmiştir[230].

"Özel hukukun anayasallaştırılması" veya "temel hakların özelleştirilmesi" olarak nitelendirilen yatay etki, milletlerarası özel hukuk da dahil olmak üzere tüm hukuk dallarının sadece anayasa değil insan hakları temelinde "yeniden inşa edilmesini" ifade etmektedir[231]. İnsan hakları, iç-millî ve dış-milletlerarası nitelikli uyuşmazlıklar arasında farklılık gözetmediği için insan haklarının özel hukuk ve milletlerarası özel hukuk üzerindeki etkisi de yatay etki çerçevesinde açıklanabilir[232].

---

[228] Doğan, s. 51-52.

[229] Trstenjak, s. 8. Örneğin, özel hukuk kişilerinin kamu hukuku kişisiyle ilişkilerini ele alan bir "kendi kendini yürüten anlaşma" dikey doğrudan etkiye sahiptir. Bkz. Engle, Eric: Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.: Corporate Liability under the Alien Torts Statute, *Houston Journal of International Law*, 2012/ 34, s. 508.

[230] Akıllıoğlu, İnsan Hakları, s. 50.

[231] Boyar, Oya: *Anayasa ve Özel Hukuk*, İstanbul 2019, s. 83, dn. 16.

[232] Muir Watt, Concurrence ou Confluence?, s. 71.

Bu etki bazı açılardan son derece yararlı görülmesine rağmen, aynı zamanda birçok tartışmayı beraberinde getirmektedir[233]. Örneğin, devlete karşı koruma sağlamak için yaratılan temel haklar belirsiz ve eksiktir, bu nedenle özel hukuk ilişkilerinde temel hakların kullanımını kabul etmek, hangi davranışın "hukuki" ve "hukuk dışı" olduğunu belirleme konusunda hâkimlere büyük bir yetki vermeye yol açmaktadır[234]. Burada hatırlanması gereken nokta ise "her kamu hukuku uyuşmazlığında Anayasa'nın uygulanması gerekmediği gibi, özel hukuk uyuşmazlığında Anayasa'nın uygulanabilmesi için ortada anayasal bir sorun bulunması" gerektiğidir[235].

AİHM ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu içtihadı, belirli koşullar altında devletin çeşitli temel hakların özel hukuk kişileri tarafından ihlâl edilmesini engellemek için önlemler alma yükümlülüğünü kabul etmektedir[236]. Örneğin, AİHS'nin m. 8 hükmü kapsamında özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, bu hakkın etkin olarak kullanılması için devletin pozitif yükümlülüklerini gerektirebilir[237]. Dahası, bu yükümlülükler, bireyler arasında bu haklara saygının güvence altına alınması için özel alanda bazı önlemler alınmasını da içerebilir. İfade özgürlüğü bağlamında da, bu hakkın etkin biçimde kullanılmasının sadece devletin müdahale etmeme ödevi ile ilgili olmadığı, bireyler arasındaki ilişkiler alanında pozitif koruma önlemleri almasını

[233] Trstenjak, s. 7.

[234] Trstenjak, s. 8.

[235] Boyar, Anayasa ve Özel Hukuk, s. 43.

[236] Łukomski, Jan: Arbitration Clauses in Sport Governing Bodies' Statutes: Consent or Constraint? Analysis From the Perspective of Article 6(1) of the European Convention on Human Rights, *International Sports Law Journal*, 2013/13, s. 67; Trstenjak, s. 10.

[237] Trstenjak, s. 10.

gerektirebileceği belirtilmiştir[238]. Dahası *Pla and Puncernau v. Andorra* kararında *Garlicki*'nin karşı görüşüne göre, devletler, AİHS'deki haklara saygıyı sağlamak adına, bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerde bazı pozitif yükümlülüklere sahiptir[239].

İnsan haklarının özel hukuktaki yatay etkisi kabul edildikten sonra bu etkinin ne şekilde cisim kazanacağına cevap verilmelidir. Bu anlamda geliştirilen teoriler, doğrudan ve dolaylı etki teorileridir. Doğrudan etki, insan haklarının özel hukukta devlet-vatandaş ilişkisinde olduğu gibi bağlayıcı bir şekilde kullanılması anlamına gelmekte iken dolaylı etki, insan haklarının özel hukuk kurallarının uygulanması ve yorumlanmasında ilham kaynağı olarak kullanılmasını ifade etmektedir.

a. Doğrudan yatay etki

aa. Genel olarak

İlk olarak Alman hukukunda *Nipperdey* ve *Leisner* tarafından ileri sürülen doğrudan etki teorisine göre insan haklarının özel hukukta tam olarak korunabilmesi için bu haklara yalnız kanun koyucu, yetkili makamlar ve hâkimler tarafından uyulması yeterli değildir, söz konusu haklar aynı zamanda vatandaşlar açısından da bağlayıcı olmalıdır[240]. Doğrudan yatay etki, temel hakların doğrudan özel hukuk kişileri

---

[238] *Appleby and Others v. the United Kingdom*, Application No 44306/98, Judgment of 6 May 2003.

[239] *Pla and Puncernau v. Andorra*, Application No 69498/01, Judgement of 13 July 2004, Dissenting opinion of judge L. Garlicki.

[240] Mak, Chantal*: Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England* (Private law in European context series; Vol. 12) Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2008, https://dare.uva.nl/search?identifier=460225db-1b70-43e1-b363-9c9441219c05 , s. 47;

arasındaki hukuki ilişkilere uygulanması anlamına gelmektedir[241]. Bu teoriye göre taraflar, özel hukuk kuralına başvurmadan, iddiasını veya savunmasını bir temel hakka dayandırabilmelidir. Bu etki kamu hukuku, özel hukuk kişilerine ilişkin olarak doğrudan bağlayıcı haklar veya görevler yarattığında ortaya çıkar[242]. Teori, bütün hukuk alanları gibi özel hukukun da anayasal değerlerden temelini aldığı ve dolayısıyla bu değerlerin özel hukuk alanında da genel olarak uygulanması ve bu değerlere etki tanınması gerektiği fikrine dayanmaktadır[243].

Ne var ki bu teori, anayasanın özel hukuk kurallarını bertaraf etmesi ve böylece özel hukukun anayasal değerler tarafından ele geçirilmesine yol açabileceği noktasında eleştirilmektedir[244]. Bunun yanında uygulama açısından da sorunlu olduğu iddia edilmektedir. Zira uyuşmazlık içerisindeki her iki kişinin hem insan haklarına hem de diğer haklara ilişkin taleplerinin aynı anda ileri sürülmesi ve bu nedenle bir tarafın özgürlüklerini korumak amaçlanırken diğer tarafın özgürlük ve özerkliğinin ihlâl edilmesi ihtimali bulunmaktadır[245].

Doğrudan yatay etkiyi reddeden görüş doğrultusunda insan haklarının özel hukuk kişileri arasında *per se* dava edilememesi kuralının istisnası, bir insan hakları kataloğunun kendisinin belirli hakların özel kişiler arasında geçerli olduğunu

---

Boyar, Oya: Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki, İnceoğlu, Sibel (ed.): *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, 3.Baskı, İstanbul 2013, s. 56, (Dolaylı Yatay Etki).

[241] Trstenjak, s. 8.

[242] Engle, s. 508.

[243] Mak, s. 47.

[244] Boyar, Anayasa ve Özel Hukuk, s. 87. Boyar, dolaylı yatay etki teorisinin de aynı sorunlara yol açacağı görüşündedir.

[245] Mak, s. 48.

öngörmesidir[246]. Örneğin, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin m. 14 hükmünde, "hukuki olarak düzenlenmiş bir iletişim aracıyla, genel olarak kamuya yayılan yanlış veya saldırgan ifadelerden veya fikirlerden yararlanan herkesin" dava hakkının bulunduğu düzenlenmiştir[247]. Söz konusu hüküm, özel hukuk kişileri arasında doğrudan uygulanabilen bir insan hakkı olarak nitelendirilmektedir.

Yine de çeşitli hukuk sistemleri araştırıldığında, doğrudan yatay etkinin kabul edildiği örnekler bulunabilmektedir. Slovenya Yüksek Mahkemesi, Slovenya Anayasası'nın temel hakların doğrudan Anayasa temelinde kullanılmasını öngören m. 15 hükmünün aynı zamanda özel hukuk ilişkileri için de geçerli olduğuna karar vermiştir[248]. Aynı durum, temel hakların geleneksel kapsamının özel hukuk ilişkilerine genişletildiği Brezilya veya Portekiz gibi diğer ülkelerde de geçerlidir. İrlanda Anayasası, özel hukuk kişisi tarafından "*due process* hakkının" ihlâlini "dava nedeni" olarak yorumlamaktadır[249]. Belçika hukukunda da, içtihat hukuku, AİHS'nin bireyler arasında uygulanması yönünde eğilim göstermektedir[250]. AB hukuku bağlamında, temel hakların yatay etkisi konusu, özellikle AB Şartı'nın yatay uygulanabilirliği açısından özel bir öneme sahiptir. Bu anlamda ABAD'ın bazı kararları, bireyler arasındaki ilişkilerde AB hukukunun genel ilkelerinin doğrudan uygulanabilirliğine dair göstergeler içerse de, AB temel haklarının yatay doğrudan etkisi sorusu cevapsız

[246] Oster, Jan: Public Policy and Human Rights, *Journal of Private International Law*, 11/3 (2015), s. 555 dn. 57.

[247] *American Convention on Human Rights* için bkz. https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201144/volume-1144-i-17955-english.pdf, (Erişim Tarihi: 20.06.2022).

[248] Trstenjak, s. 9.

[249] Hirschboek, s. 195.

[250] Docquir, s. 490.

kalmaktadır[251]. Türk hukukunda da düzeltme ve cevap hakkını düzenleyen Anayasa m. 32, doğrudan yatay etkiye örnek olarak verilebilir[252].

Bu örnekler dışında insan haklarının doğrudan uygulanması yönteminin, evrensel anlamda kabul edilen insan hakları ihlâllerinin söz konusu olduğu transnasyonal davalara daha uygun olduğu belirtilmektedir[253]. Bu kabul, milletlerarası hukukun, bireyi hakların süjesi olarak kabul eden yeni anlayışa da oldukça uygundur. Örneğin, Milletlerarası Ceza Mahkemesinin Statüsünde (m. 75), bu mahkemenin sadece ceza kararlarına değil, mahkemenin kendisi tarafından geliştirilen ilkelere dayanan tazminat kararlarına da bakacağı düzenlenmiştir[254]. Bu anlamda mahkemenin, insan hakları ihlâlleri hakkında yeknesak bir özel hukuk oluşturulması yönünde bir adım attığı ifade edilmektedir[255].

bb. Milletlerarası Özel Hukukta

İç hukukta geliştirilen yatay etki teorisi, milletlerarası özel hukuk ile insan hakları hukuku ilişkisini anlamlandırmak için oldukça uygun bir temeldir[256]. Zira özel hukukun insan hakları temelinde yeniden düzenlenmesi fikrinden milletlerarası özel hukuk alanı da nasibini alacaktır. Bu alanda doğrudan yatay etkinin tercih edilmesi ise ilk bakışta, özellikle *for* devleti ile yakın ilişkili uyuşmazlıklarda ideal çözüm olarak düşünülebilir. Kanunlar ihtilâfı kurallarının kazuistik çözümlerinin tatmin edici olmadığı bu gibi durumlarda doğrudan etki teorisi sayesinde insan haklarının sadece

[251] Trstenjak, s. 9.

[252] Boyar, Dolaylı Yatay Etki, s. 69.

[253] Halfmeier, s. 96.

[254] Halfmeier, s. 97.

[255] Halfmeier, s. 97.

[256] Hirschboek, s. 196.

istisnai olarak korunmasının önüne geçileceği ve ulusal hukuk düzeninde bu haklara koşulsuz saygı duyulmasının sağlanacağı iddia edilmektedir[257]. Öte yandan bu haklar genelde bir milletlerarası sözleşmeye dahil olduğu için, doğrudan uygulama, devletlerin uluslararası yükümlülüklerini en iyi şekilde yerine getirmelerine de yardımcı olacaktır. Örneğin, bu çözüm AİHS bağlamında, *lex causae* ve hükümleri ne olursa olsun, benzer durumdaki kişiler için eşit işlem yapılmasını sağlayacaktır. Doğrudan uygulama, AİHS'yi uygulayan ulusal makamlara bırakılacağı için iç hukuk düzeninde ulusal hukukların özelliklerine göre değerlendirilmek zorunda olacağı da unutulmamalıdır[258].

İnsan haklarına saygı, kanunlar ihtilâfı kuralları veya diğer milletlerarası özel hukuk mekanizmaları olmadan sağlanıyorsa, insan hakları doğrudan uygulanıyor demektir[259]. Kanunlar ihtilâfında insan haklarının doğrudan yatay etkisine Paris Temyiz

---

[257] Oprea, Alina: La Convention Europeénne des Droits de l'Homme et l'Application des Normes Étrangère en Droit International Privé, *Revista de Drept International Privat şi Drept Privat Comparat*, 2006/1, s. 316.

[258] Matscher, Franz: Le Droit International Privé Face à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Comité français de droit international privé: *Droit international privé, 13e année, 1995-1998,* https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1140-5082_2000_num_13_1995_1076, (Erişim Tarihi: 22.12.2021), s. 213.

[259] Eeckhout, Corporate, s. 193. Kanunlar ihtilâfı uyuşmazlıklarında AİHS'nin doğrudan uygulanması bağlamında görüş bildiren *Gannagé*, iki farklı yöntem öngörmektedir: İnsan haklarının olağan kanunlar ihtilâfı mekanizmasından bağımsız olarak doğrudan uygulanması ve kanunlar ihtilâfı muhakemesinden sonra doğrudan uygulanması. İkinci yöntemin tercih edilmesini öneren yazara göre bu yöntemin kamu düzeni istisnasından farklılaşan yönü, kanunlar ihtilâfı kuralının etkisini gösterdikten sonra insan hakları ilkesinin doğrudan uygulanmasıdır. Bu yöntem hem normlar hiyerarşisi açısından daha uygun görülmüş hem de milletlerarası hukukun gereklerine

Mahkemesinin 14 Temmuz 1994 tarihli kararında rastlanmaktadır[260]. Karara konu olayda Arjantinli transseksüel birey, nüfus kayıtlarındaki cinsiyetinin erkekten kadına çevrilmesini talep etmiş, kişisel statüsünü idare eden Arjantin hukuku ise bu değişime izin vermemiştir. Paris Temyiz Mahkemesi, kişisel statüyü idare eden hukuka atıf yapmadan, değişim hakkının doğrudan AİHS m. 8'den kaynaklandığını bildirmiştir.

---

saygı duymaya izin verdiği düşünülmüştür. Zira bu yöntem kullanıldığında, normlar hiyerarşisinde daha üstte yeri olan bir milletlerarası sözleşme için daha alttaki bir norm olan milletlerarası özel hukuk kuralları harekete geçirilmemiş olur. bkz. Oprea, s. 315-319. Bu görüş *Oprea* tarafından öncelikle AİHS'nin genel ve belirsiz olması nedeniyle yabancı hukukun yerine geçemeyeceği noktasında eleştirilmiştir. Dahası Sözleşme hükümlerinin doğrudan yabancı hukukun yerine geçmesi AİHS tarafından dikte edilmemiş, devletin korunan hakları temin etmek için yalnız pozitif adım atmakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca önerilen bu yaklaşımın esasen milletlerarası kamu düzeninden başka bir adla nitelendirilemeyeceğine de dikkat çekilmiştir. Oprea, s. 319 vd. Doktrinde doğrudan etkinin metodolojik bir özellik taşımadığı, bu bağlamda milletlerarası özel hukuk metodolojisinde değişikliğe gerek olmadığı da ileri sürülen görüşlerdendir. Bu görüş doğrultusunda örneğin, eşler arasında eşitsizliğe izin veren bir kanunlar ihtilâfı kuralı, eşit olmayan yabancı hukukların kabulünün reddini gerekli kılmakta, bu ret var olan metotlarla gerçekleşebilmektedir. Bkz. Muir Watt, Concurrence ou Confluence?, s. 71 vd.

[260] Callsen, Raphaël: Human Rights and Public Policy Exception in Private International Law, Alleweldt, Ralf/ Callsen, Raphael/ Dupendant, Jeanne (eds.): *Human Rights Abuses in the Contemporary World (Tri-National Workshop, Tbilisi, September 2011),* Peter Lang, Bern 2012, s. 136, 137. 84 *Revue Critique de Droit International Privé* 308.

Mahkeme, bu kararını gerekçelendirirken iki argüman ileri sürmüştür: insan haklarının diğer haklara göre şeklî ve maddi üstünlüğü[261].

Bu karar, mahkemenin ileri sürdüğü her iki argümanın da uygulamasının sınırlı olduğu yönünde eleştirilmektedir[262]. Zira şeklî üstünlük yalnız iç hukukunda milletlerarası sözleşmelere üstünlük tanıyan hukuk sistemlerinde ileri sürülebilirken, maddi üstünlük tüm hukuki kaynaklar ve hukuk sistemleri açısından geçerli değildir. Ancak bu noktada bir parantez açarak kanunlar ihtilâfı kurallarının AB hukuku ile düzenlenmesi hâlinde farklı bir sonuca gidileceği belirtilmelidir[263]. AB hukuku, anayasalar da dahil olmak üzere üye devletlerin ulusal hukuklarından üstündür. Bu durumda, şeklî üstünlük argümanı AB hukuku normlar hiyerarşisi bağlamında kullanılabilir durumdadır. İnsan hakları, AB Temel Haklar Şartı gibi temel AB hukuku metinleri ile aynı sıralamada veya en azından ikincil AB hukuku metinlerinden üstün hâldedir[264].

Milletlerarası özel hukukta doğrudan yatay etkinin geçerli olduğu bir diğer örnek *Cour de Cassation*'un angarya yasağı hakkındaki bir kararıdır[265]. Bu kararda mahkeme, herhangi bir milletlerarası sözleşmeye atıfta bulunmaksızın "işçinin bireysel

---

[261] Callsen, s. 137.

[262] Callsen, s. 143 vd.

[263] Callsen, s. 140.

[264] Callsen, s. 140.

[265] Cour de Cassation, Chambre sociale, du 10 mai 2006, 03-46.593, Publié au bulletin için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007051881?page=1&pageSize=10&query=03-46593&searchField=ALL&searchType=ALL&sortValue=DATE_DESC&tab_selection=juri&typePagination=DEFAULT, (Erişim Tarihi: 20.06.2022).

özgürlüğüne" dair genel kurallara dayanarak milletlerarası kamu düzeninin, Fransız milletlerarası yetki ve kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmasını engellediğine karar vermiştir. Esasen kararda insan hakları kamu düzenine dahil edilerek dolaylı olarak uygulansa da *Callsen* kararın lafzını, kamu düzeni istisnasının fonksiyonuna uygun görmemiş, bu kavramın doğrudan uygulandığı izlenimini verdiğini düşünmüştür[266].

Bosna-Hersek/ *Srebrenica*'daki olaylarla ilgili olarak Hollanda'ya karşı açılan davalar da doğrudan etkiye örnek olarak verilebilir. Lahey Temyiz Mahkemesi 6 Eylül 2013 tarihli kararında, AİHS'nin veya BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin[267] Bosna Hersek hukukunun bir parçası olup olmadığı veya Bosna Hersek özel hukuk kuralları uyarınca insan haklarına doğrudan veya dolaylı etki verilip verilmediğini incelemeksizin, AİHS m. 2 ve m. 3 ile Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 6 ve m. 7 gereğince, davacıların uğradığı zarardan Hollanda'nın sorumlu olduğuna karar vermiş; Hollandalı yetkililerin mağdurlara karşı tüm eylemlerinin uluslararası insan hakları standartları ışığında değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir[268]. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme, AİHS ve Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ni doğrudan etki ile dikkate almıştır. İnsan hakları hukukunun bir davada uygulanacak yabancı hukuktan bağımsız olarak doğrudan uygulanmasının, Hollanda'nın yabancı bir ülkede tam kontrol uyguladığı bu dava gibi yalnız istisnai durumlarda mümkün olduğu doktrinde özellikle

---

[266] Callsen, s. 138.

[267] *International Covenant on Civil and Political Rights* için bkz. https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf, (Erişim Tarihi: 21.05.2022).

[268] Kiestra, Louwrens R./ Pontier, Jannetje Adriana: Role of Human Rights Law in Private International Law Cases in Matters Related to Tort, Palchetti, Paolo et al (eds.): *Refining Human Rights Obligations in Conflict Situations*, Asser Press, Den Haag 2014, s. 95 vd.

belirtilmektedir[269]. Bu istisnai koşullar altında, insan hakları standartlarının doğrudan uygulanması için iddiada bulunulabilir.

Bu kavramsal hareketin Avrupa dışında da uygulanabilir olup olmadığı ile ilgili olarak öncelikle hem AB hem de AİHS bağlamında nihayetinde benzersiz bir durum söz konusu olabileceği doğrudur[270]. Doktrinde, Avrupa örneğinin, uluslararası insan hakları hukukunun yatay etkisi nedeniyle mahkemelerin milletlerarası özel hukuk konularına nasıl yaklaşacağına dair bazı ilgi çekici olasılıklar sunduğu ifade edilmektedir. Buradan hareketle uluslararası insan hakları hukukunun "yatay etkisi" fikrinin geliştirilmesi ve milletlerarası özel hukukun "anayasallaştırılması" önerilmektedir [271] . Ne var ki milletlerarası özel hukukun anayasallaştırılması beklenmedik sonuçlar doğurabilir. Örneğin, insan hakları hukuku nedeniyle yargı yetkisini tanımak zorunda kalan mahkemenin, maddi normları daha kısıtlayıcı bir şekilde yorumlamaya başlayabileceği veya çözümleri sınırlandırabileceğine dikkat çekilmektedir[272].

Olağan kanunlar ihtilâfı mekanizmasından bağımsız olarak doğrudan uygulama yöntemi doktrinde bir hayli eleştirilmiştir. Öncelikle bu yöntemde, yabancı hukukun uygulanması veya yabancı kararın tanınması ile, bir temel hakkın ihlâline yol açacak kararın verilmesinin engellenmesi amaçlanmaktadır. Ancak bu amaç, insan haklarının doğrudan yatay etki ile uygulandığı her uyuşmazlıkta gerçekleşmemektedir veya bu amaca kanunlar ihtilâfı sistemi ile de ulaşılabilmektedir. Yani doğrudan uygulama

[269] Kiestra/ Pontier, s. 97.

[270] Hirschboek, s. 197.

[271] Hirschboek, s. 198.

[272] Hirschboek, s. 198.

tekniğinin, *for* devletinin politik düzenlemelerini koruma amacı, zaten kamu düzeni istisnası tarafından hedeflenmekte ve bu hedefe erişilebilmektedir[273].

Doğrudan yatay etkinin kullanılması, insan haklarının mahkemelere yararlı somut rehberlik sağlayacak kadar spesifik olmadığı noktasında da eleştirilmektedir[274]. AİHS özelinde bakıldığında, AİHS'nin büyük oranda muğlak ve belirsiz kavramlar kullandığı ve bu nedenle Sözleşme hükümlerinin doğrudan uygulanmasının oldukça zor olduğu görülmektedir. AİHS normlarının devletlerin iç hukukuna entegre edildiği, *de facto* olarak hukuk düzeninin içeriğini değiştirdiği ve aynı zamanda toplum için temel değer ve kurallardan biri olduğu tartışmasız kabul edilmektedir[275]. Ne var ki AİHS'deki ilkeler genellikle dikkate alınsa da nadiren belirleyici niteliktedir[276]. AİHS, asgari ilkeleri belirleyen, AİHM içtihadı ile bir dereceye kadar yorumlansa da muğlak kaleme alınmış ve bu nedenle maddi hukuk sorunlarına çözüm bulamayan bir belgedir[277]. "Doğrudan etki" ve "yatay etki" gibi şartları sağlayan doğrudan uygulanan uluslararası norm sayısı da oldukça azdır[278]. AİHS tarafından korunan hakların kapsamı oldukça geniştir, bu ilkeler, kanunlar ihtilâfı bağlamında düşünüldüğünde, normalde yetkili olan hukukun yerini alma kapasitesine sahip biçimde kesin ve detaylı bir içerikte değildir[279]. Bu kuralların genellik derecesi, onları *a priori* ve özel olarak bir durumu idare etmekten alıkoymaktadır. Örneğin, kişinin, kaç yaşından itibaren ebeveynlerinin rızası aranmadan

[273] Oprea, s. 315 vd.

[274] Hirschboek, s. 198 vd.

[275] Oprea, s. 308 vd.

[276] Lord Collins of Mapesbury, s. 14.

[277] Mayer, Pierre: La Convention Européenne des Droits de l'Homme et l'Application des Normes Étrangères, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1991/98, s. 663.

[278] Eeckhout, Corporate, s. 193.

[279] Oprea, s. 317.

evlenebileceği sorunsalında, "Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir" hükmünün düzenlendiği AİHS m. 12, herhangi bir cevap getirmemektedir. Benzer biçimde, AİHS m. 6'da düzenlenen adil yargılanma hakkı kendiliğinden ulusal mahkemelerdeki bir yargılamayı durdurma veya yabancı yargılamaya etki tanınmasını yasaklama gücüne sahip değildir[280]. Bu noktada, doktrinde bazı yazarların anayasal haklar için özel kanunlar ihtilâfı kuralları olmasını savunduğunu da belirtmek gerekmektedir[281].

Öte yandan AİHS, sadece devletlere yükümlülük yüklemekte, bu anlamda devletin kamu gücü çerçevesinde hareket eden tüm organlarının (yasama, yürütme ve yargı) eylem ve ihmalleri nedeniyle sorumluluğu olsa da bireylerin eylemlerinden doğrudan sorumluluğunun bulunmadığı ileri sürülmektedir[282]. Zira kişi, ulusal hukukta bu fiillerinden sorumlu tutulabilse bile, fiilleri nedeniyle AİHM'de yargılanamamaktadır[283]. Devletlere hitap eden insan hakları, kamu menfaatlerine hizmet etmek için tasarlanmıştır ve bu nedenle özel hukukta aynı şekilde uygulanamaz[284].

Milletlerarası özel hukuk alanı özelinde de anayasal hakların milletlerarası özel hukuk kuralları vasıtasıyla korunmasının yasamanın olağan görevi olmadığını savunan görüşler bulunmaktadır[285]. Bu görüşlerde, anayasal hakların korunması sorununun, söz konusu hakkın içeriği, amaçları ve varlığından yola çıkarak anayasanın kendisi aracılığıyla çözülmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu bağlamda AİHS'nin doğrudan

[280] Lord Collins of Mapesbury, s. 14.

[281] Callsen, s. 139.

[282] Matscher, s. 213.

[283] Docquir, s. 490.

[284] Kiestra/ Pontier, s. 91.

[285] Oprea, s. 315.

değil; devletler üzerinde pozitif yükümlülük sistemi oluşturmak suretiyle dolaylı olarak, Sözleşme'yi ihlâl eden bireyin davranışlarını engelleyemeyen devletin sorumlu tutulması yoluyla ve özellikle "ihmal" ve "gerekli özen" gibi özel hukukun yoruma açık normlarını doldurmada kullanılacak kaynak olarak etkisi söz konusu olmaktadır[286]. Bu nedenle AİHS yatay etkiye sahip olmasına rağmen, bu etki diğer özel hukuk kişilerine karşı dolaylı olarak, ilgili taraf devlet aracılığıyla ifade edilerek yöneltilebilir.

Dahası, doğrudan yatay etki, kanunlar ihtilâfı sistem ve amaçlarını tehlikeye atabilir[287]. AİHS özelinde de, Sözleşme'nin doğrudan uygulanmasının milletlerarası özel hukukun genel ilkelerini tehdit ettiği ifade edilmektedir[288]. Zira temel hakların sistematik olarak kullanılması, kanunlar ihtilâfı sisteminde ciddi karışıklık ve soru işareti yaratarak taraflar açısından "öngörülebilirliği" azaltır[289]. AİHS gibi bir milletlerarası sözleşme lehine kanunlar ihtilâfının çok yanlı kurallarının terk edilmesi ve tek yanlılığa başvurulması, bu anlamda uygulama alanının aşırı genişlemesine yol açabilir[290].

b. Dolaylı yatay etki

aa. İnsan hakları unsurlu özel hukuk davaları

aaa. Genel olarak

Doğrudan etki teorisine alternatif olan dolaylı etki teorisinin savunucularına göre insan hakları, vatandaşı devlete karşı korumak için geliştirilmiştir ve bu nedenle özel

[286] Matscher, s. 213 vd; Docquir, s. 490; Kiestra/ Pontier, s. 91.

[287] Hirschboek, s. 198 vd.

[288] Oprea, s. 317.

[289] Callsen, s. 137; Oprea, s. 336.

[290] Oprea, s. 317.

hukuk alanında doğrudan uygulanamaz[291]. Dolaylı yatay etki, temel hakların özel hukuk kurallarının yorumlanması sırasında etkili olması anlamına gelmektedir[292]. Dolayısıyla, "iyi ahlak" veya "iyi niyet" gibi bir özel hukuk kuralı, temel bir hak ışığında yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Bu etki, kamu/özel veya dikey/yatay tüm kanunlara sosyal hedefleri ortaya koyan yorumlayıcı bir rehber olarak yalnızca ikna edici değere sahiptir[293].

Uygulamada benimsenen ve yaygın olarak kullanılan doktrin, Alman içtihat hukukunda *Lüth* davasında geliştirilen, anayasal hakların dolaylı yatay etkisi (*mittelbare drittwirkung*) olduğu teorisidir[294]. Bu davada mahkeme, anayasal haklar kavramını tüm hukuk düzenini aşan değerler sistemi olarak kabul etmiştir. Bu nedenle mahkemelerin, hukuku yorumlarken ve uygularken, özellikle açık uçlu normlar veya genel hükümler konusunda temel hakları dikkate alması gerektiği belirtilmiştir[295]. İnsan hakları, özel

---

[291] Mak, s. 49. *Mak*, dolaylı etkiyi güçlü ve zayıf biçiminde ikiye ayırmaktadır. Güçlü versiyonda, taraflar doğrudan insan hakları ile bağlı olmasa da mahkemeler, özel hukuk kurallarını bu haklar ışığında yorumlayarak bu temel haklar tarafından korunan değerleri teminat altına alır. Dolaylı etkinin zayıf versiyonunda ise insan hakları özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde sadece bir esin kaynağıdır ve insan haklarına açık referans yapılmaz. Mak, s. 55 vd.

[292] Trstenjak, s. 8.

[293] Engle, s. 508.

[294] Trstenjak, s. 8. Bu kararla ilgili olarak ve ilgili bölümlerin çevirisi için bkz. Boyar, Anayasa ve Özel Hukuk, s. 20 vd.

[295] İtalya mahkemeleri bu teoriyi bir adım daha ileri götürerek ve temel haklar ile çeliştiği tespit edilirse, bazı durumlarda temel hakları doğrudan sözleşmeye (*unmittelbare Drittwirkung*) "uyguluyormuş gibi" yapmıştır. Trstenjak, s. 8. İtalya

hukuk kurallarının bu haklar ışığında yorumlanması yoluyla içtihat hukukunda önemli bir rol oynarken, mevzuat üzerinde oldukça sınırlı bir etkiye sahiptir[296]. Bu sınırlı etki, temel haklardan etkilenen içtihat hukukunun, yasal değişikliklere neden olması biçiminde gerçekleşebilir. Temel hakların özel hukuku etkilemedeki bu rolü, özellikle "yayılma etkisi" (*radiating effect*) aracılığıyla görülmektedir[297]. Zira temel haklar tarafından oluşturulan "objektif değerler sistemi" hukuk sisteminin tamamına yayılarak her türde kanunun yorumlanması ve uygulanmasına etki etmektedir[298].

İnsan haklarının rehberlik etmesi fikri, bu rehberliğin takip edilip edilmemesi sorusunu gündeme getirmektedir[299]. Esasen dolaylı yatay etkinin dikkate alınmadığı mahkeme kararlarının temel hak ve özgürlükleri ihlâl edeceği açıktır[300]. Ancak uygulamada ilk derece ve temyiz mahkemeleri, insan hakları konusunda Anayasa Mahkemesi ve milletlerarası yargı organları kadar ciddi değildir[301]. Dolayısıyla bu teoride, özel hukuk kuralları formüle edilirken insan hakları göz önünde bulundurulsa bile, bu kurallar uygulanırken insan haklarına atıfta bulunulması zorunluluğu bulunmadığından bu haklara anayasa tarafından atfedilen değer göz ardı edilebilir ve bu nedenle insan hakları korumasının etkisi azalabilir[302].

---

hukukunda bu yöntemin benimsenmesinin nedeni, temel hakların uygulanma isteğinin, onların müdahalesinin tercih edilmesinin tek gerekçesi olmasıdır. Oprea, s. 315.

[296] Trstenjak, s. 7.

[297] Trstenjak, s. 9.

[298] Boyar, Dolaylı Yatay Etki, s. 58 vd.

[299] Fawcett, James J.: The Impact of Article 6/1 of the ECHR on PIL, *International & Comparative Law Quarterly*, 2007/56, s. 37.

[300] Boyar, Dolaylı Yatay Etki, s. 59.

[301] Kinsch, A Survey of the Cases, s. 198 vd.

[302] Mak, s. 50.

Hukuk sistemlerine bakıldığında Kanada hukukuna göre mahkemeler, örf ve adet hukuku ilkelerini Anayasa'da yer alan temel değerlerle uyumlu bir şekilde uygulamalı ve geliştirmelidir[303]. AİHS uygulamasında da Sözleşme'de korunan hak ve özgürlüklerin özel hukuk açısından da sonuçları bulunduğu ve tüm kanunların yorumunda dikkate alınması gerektiği, yani dolaylı etki açıkça kabul edilmiştir[304]. T.C Anayasası'nda da yatay etkinin uygulanmasına açıkça yer veren hükümler bulunmaktadır[305]. AİHM uygulaması nedeniyle Anayasa'nın da dolaylı yatay etkisinin bulunduğu kabul edilmelidir[306].

bbb. Milletlerarası Özel Hukukta

Milletlerarası özel hukuk alanına ait kuralların yorumu sırasında da insan haklarından etkilenilebilir[307]. Öncelikle bu etkilenmenin insan hakları disiplinine özgü nedenlerden dolayı bir zorunluluk olduğu iddia edilmektedir. Bu yönde *Oster*, insan hakları disiplininde var olan ölçülülük ilkesinin, milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıklarında insan haklarının dikkate alınmasını gerektirdiğini ileri sürmektedir[308]. Zira özellikle, tarafların insan haklarına yönelik menfaatlerinin çatıştığı durumlarda, mahkemeler ölçülülük değerlendirmesinde ilgili insan hakkını dikkate

[303] Hirschboek, s. 195.

[304] Boyar, Dolaylı Yatay Etki, s. 60, 66, 80.

[305] Temel hak ve özgürlüklerin yatay etkisine ilişkin Anayasa'da yer alan düzenlemeler için bkz. Boyar, Dolaylı Yatay Etki, s. 68.

[306] Boyar, Dolaylı Yatay Etki, s. 69.

[307] Hammje, Petra: la Cour Européenne des Droits des l'Homme et la Coopération Transfrontiere, *Journal Européen des Droits de l'Homme*, 2013/3, (Coopération Transfrontiere), s. 407.

[308] Oster, s. 555.

alarak özel hukuku uygulamak zorundadır[309]. Bu nedenle mahkemeler uygulanacak hukuk veya tanıma tenfizde çatışan hakları gerektiği gibi dengelemezlerse, bir tarafın insan hakları ihlâl edilebilir.

Öte yandan *Fawcett*'e göre milletlerarası özel hukuk, insan haklarının dolaylı uygulanmasını sağlamak için kullanılabilecek esnek kavramlara hâlihazırda sahiptir ve bu anlamda yeni milletlerarası özel hukuk kuralları getirilmesine ihtiyaç yoktur[310]. Bu görüş doğrultusunda, hâkim önüne gelen uyuşmazlıkta öncelikle insan hakları içtihadını kullanarak insan haklarına aykırı konuları saptamalı, daha sonra bu aykırılıkları milletlerarası özel hukuk araçlarıyla çözmelidir. Bu yaklaşım AİHM'in, özellikle adil yargılanma hakkı kapsamında AİHS'nin teorik değil pratik ve etkin uygulanması gerektiği görüşüyle de uyum içindedir[311]. AİHS m. 6 bağlamında örnek veren yazar, bu madde için milletlerarası özel hukuk araçlarının etkin olduğunu ve hâkim tarafından öncelikle uygulanması gerektiğini dile getirmektedir[312]. Bu madde kapsamındaki araçlardan ilki, hem kanunlar ihtilâfı hukuku hem de tanıma tenfiz alanında, insan hakları hukuku tarafından somutlaştırılan kamu düzenidir[313]. Bu araçlardan ikincisi, "adaletin gerekleri" kavramıdır[314]. Örneğin *forum non conveniens* davalarında, yabancı ülkede yargılama yapılmasının adaletsizliğe yol açıp açmayacağına karar verilirken, m. 6 ve AİHM içtihadı kullanılmamış, milletlerarası özel hukuk kavramlarından yardım alınmıştır[315].

---

[309] Oster, s. 556.

[310] Fawcett, s. 24, 37.

[311] *Artico v. Italy*, Application No 6694/74, Judgement of 13 May 1980.

[312] Fawcett, s. 47.

[313] Fawcett, s. 28, 37.

[314] Fawcett, s. 29.

[315] Fawcett, s. 29 vd.

bb. Özel hukuk (yabancı) unsurlu insan hakları davaları

Yatay etki gerek anayasa gerek insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar bakımından geçerlidir. Ancak çeşitli hukuk sistemlerinin farklı yapısı, bu sistemlerde kamu hukuku–özel hukuk ayrımına verilen anlam ve teorik tercihler, yatay etkinin ülkelere göre farklılaşmasına neden olmaktadır[316]. ABD hukukunda, insan haklarının özel hukuktaki etkisi, özel hukuk kişisinin devlet adına hareket edip etmediğini belirlemek açısından ele alınmaktadır[317]. "*State Action*-Devlet Eylemi" adı verilen bu doktrinde, özel hukuk kişisinin kamu hukuku kapsamında hak ve ödevlere sahip olup olmadığı belirlenmeye çalışılmaktadır[318]. Demek ki dolaylı yatay etki hem "insan hakları unsurlu özel hukuk davaları" için hem de "özel hukuk unsurlu insan hakları davaları" için kullanılabilir[319].

Esasen ABD Anayasası ve diğer temel haklar, özel hukuk kişilerinin eylemleri için değil, yalnızca devlet eylemleri için uygulanmaktadır[320]. Dolayısıyla özel hukuk kişileri hiçbir zaman bir diğer özel hukuk kişisinin anayasal haklarını ihlâl etmekle itham edilememekte; ancak bu haklar yasal olarak korunuyor (*statutory rights*) olması hâlinde ihlâl iddiası yöneltilebilmektedir[321]. ABD Yüksek Mahkemesi tarafından geliştirilen devlet eylemi doktrini çerçevesinde, temel haklara özel hukukta son derece

---

[316] Boyar, Anayasa ve Özel Hukuk, s. 16.

[317] Engle, s. 507.

[318] Engle, s. 508; Hirschboek, s. 196.

[319] Bomhoff, s. 41.

[320] Engle, s. 507.

[321] Miller, Jonathan M.: The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law in the United States, Trstenjak, Verica/ Weingerl, Petra (eds.): *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law*, Springer International Publishing, Switzerland 2016, s. 581.

sınırlı bir etki tanınmaktadır[322]. Bu doktrine göre yalnızca devletin veya devletle yakın bağlantısı olan özel bir kuruluşun fiili söz konusu olduğunda anayasal haklar ihlâl edilmiş sayılmaktadır[323]. Bu doktrin, özellikle özel hukuk kişilerinin, kamunun hukuka aykırı eylemlerinden müteselsil sorumlu tutulabildiği *Alien Tort Statute* (*Alien Tort Claims Act* veya ATS) bağlamında uygulanmaktadır[324]. ABD mahkemeleri, genellikle uygulanacak hukuk sorununu görmezden gelip ATS'e dayanan insan hakları iddiaları için özel maddi hukuk kuralları geliştirmiştir[325]. ABD Yüksek Mahkemesi bu *Statute*'a dayanan özel hak iddialarını "medeni devletlerce kabul edilmiş" milletlerarası hukuk ihlâlleri ile sınırlamıştır. Bu *Statute* vasıtasıyla milletlerarası hukuktan maddi kriter geliştirmesi yapmak, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde imkânsızdır; çünkü milletlerarası hukuku özel hukuk iddiasına dönüştüren ATS gibi bir dönüştürme aracı bulunmamaktadır[326].

Bu doktrinde anlam bulan yatay etki günümüzde giderek artan biçimde, insan hakları davaları için bir temel oluşturmaktadır. Sivil toplum örgütlerine, işletmelere ve silahlı terörist ve muhalif gruplara karşı değişen seviyelerde insan hakları yükümlülükleri ileri sürülmektedir[327]. Özellikle son yıllarda, çok uluslu şirketleri, farklı ülkelerde işlediği iddia edilen insan hakları ihlâllerinden sorumlu tutma girişimleri yabancı unsurlu temel hak davaları ile ilgilidir[328]. İnsan hakları korumasının ülkesel ve

[322] Trstenjak, s. 5.

[323] Trstenjak, s. 5 vd.

[324] Engle, s. 507.

[325] Halfmeier, s. 95.

[326] Halfmeier, s. 96.

[327] Hirschboek, s. 186.

[328] Kiestra, The Impact, s. 3.

kişisel etki alanı ile ilgili bu konuya katı ülkesellikten evrenselliğe kadar farklı açılardan yaklaşılabilir[329].

Bu olgunun en önemli örneklerinden biri, büyük petrol şirketlerinin Nijerya'da işlediği iddia edilen insan hakları ihlâlleri gerekçesiyle bu şirketler aleyhine ABD, Hollanda ve Birleşik Krallık'ta açılan davalardır[330]. Bu davalarda yargı yetkisi ve uygulanacak hukuk konuları milletlerarası özel hukuk kuralları ile belirleneceğinden, söz konusu davalar insan hakları ihlâllerinde milletlerarası özel hukuk kurallarının nasıl uygulanacağının incelemesi açısından önemli görülmektedir.

ABD'de görülen *Kiobel and others v. Royal Dutch Petroleum Co. and others* davası, ABD'de yerleşim yeri sahibi olan Nijerya vatandaşı davacılar tarafından, Hollanda, İngiliz ve Nijeryalı petrol şirketlerine (*Shell*) karşı, Nijerya'da gerçekleşen çevre kirliliğine ve bunun yerel halk ve vatandaşlar üzerindeki etkilerine dair insan hakları ihlâlleri iddiasıyla ATS dayanak gösterilerek açılmıştır[331]. ABD Yüksek Mahkemesine göre söz konusu dava, ülke ile yeterli bağlantıya sahip olmadığından yetki yönünden reddedilmiştir. Bunun üzerine dava, Hollanda ve İngiltere'deki milletlerarası yetki sisteminden faydalanılarak ve Brüksel I Tüzüğü dayanak gösterilerek bu ülke mahkemeleri önüne taşınmıştır[332]. Hollanda Bölge Mahkemesi,

---

[329] Bomhoff, s. 44.

[330] Van Calster, Geert: The Role of Private International Law in Corporate Social Responsibility, *Erasmus Law Review*, 2014/3, s. 125; John/ Delahaye, s. 236; Kiestra/ Pontier, s. 65.

[331] Karar için bkz. 10-1491 *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* (17.04.2013), https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491_l6gn.pdf, (Erişim Tarihi: 20.06.2022).

[332] Carballo Piñeiro/ Kramer, s. 109.

Nijerya'daki çevresel hasarla ilgili davada yetkiyi kabul etmiştir[333]. Davaya hasarın meydana geldiği yer olan Nijerya hukuku uygulanarak, çevre kirliliğine neden olan atıkların sabotaj sonucu dökülmesi ve ana şirketin Nijerya hukukuna göre yükümlülüğünü yerine getirmiş olması nedeniyle, Hollanda/İngiltere ana şirketine karşı tüm iddialar reddedilmiştir[334]. Ne var ki çoğu iddia reddedilse de, öncelikle yetkinin kabul edilmesi ve daha sonra Nijerya'daki *Shell* yavru şirketine karşı iddialardan biriyle ilgili tazminat kararı verilmesi, çığır açıcı olarak görülmüştür[335]. Kişilerin diğer özel hukuk kişilerini, insan hakları ihlâli nedeniyle sorumlu tuttuğu bu gibi davalarda milletlerarası özel hukukun, milletlerarası yargılamaları kolaylaştırdığı ifade edilmektedir[336]. Bu dava dışında da devletler ve hatta milletlerarası organizasyonlara karşı insan hakları ihlâli iddiaları nedeniyle, çoğunlukla haksız fiil çerçevesinde, davalar açılmıştır[337].

---

[333] Kararın İngilizce çevirisi için bkz. C-09-540972-HA ZA 17-1048 (01.05.2019), https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2019:6670, (Erişim Tarihi: 20.06.2022).

[334] Davacıların Hollanda Yüksek Mahkemesi'ne sundukları temyiz iddiaları da 23 Mart 2022 tarihli karar ile reddedilmiştir. Kararın İngilizce çevirisi için bkz. C-09-540872-HA ZA 17-1048 (23.03.2022), https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2022:2449, (Erişim Tarihi: 20.06.2022).

[335] Carballo Piñeiro/ Kramer, s. 110.

[336] Kiestra/ Pontier, s. 65.

[337] Kiestra/ Pontier, s. 66.

İç hukuktaki davalar ile yabancı unsurlu insan hakları davaları arasındaki fark, yargı yetkisine dayanmaktadır[338]. Örneğin AİHM açısından bakıldığında, mahkemenin hiçbir zaman AİHS'deki hakların yatay etkisine atıfta bulunmadığı; ancak sıklıkla, genel anlamda aynı etkiyi sağlamak için devletin pozitif yükümlülüğü doktrinini kullandığına dikkat çekilmiştir[339]. *State action* davalarında da devletler, kendileri doğrudan temel hakları ihlâl etmediği için yetki bağlamında sorumlu olmadıklarını iddia etmektedir. Bu nedenle insan haklarına dair iddianın *for* devleti hukuk düzeni açısından tamamen ulusal olmaması durumunda, devletin sorumluluğunun kapsamının hangi dereceye kadar etkileneceği sorunlu görülmektedir[340]. Öte yandan devlet eylemi teorisinin, üçüncü devletlerde faaliyet yürüten şirketlerin, menşe ülkelerinde korunan insan haklarına saygı duymasını sağlama konusunda güçsüz kaldığı savunulmaktadır[341]. Bu bağlamda yurt dışında faaliyet gösteren özel hukuk kişilerine ilişkin insan hakları iddiaları açısından milletlerarası özel hukuk araçlarının önemli katkılarda bulunabileceği ileri sürülmektedir[342].

B. Normlar İçerisindeki Yeri

1. İnsan Haklarının Milletlerarası Alanda Korunması

Uluslararası insan hakları hukuku, milletlerarası hukukun parçalanması sonucu ortaya çıkan bir uzmanlık alanıdır ve milletlerarası hukuk normları tarafından

[338] Bomhoff, s. 64.

[339] Bomhoff, s. 66.

[340] Bomhoff, s. 67.

[341] Muir Watt, Schism, s. 402.

[342] Muir Watt, Schism, s. 402.

düzenlenmektedir[343]. Milletlerarası özel hukuk, milletlerarası hukuk kurallarının bir alt kümesi olarak ele alınırsa, insan hakları ile etkileşimde uluslararası insan hakları hukukuna ait normlar etkili olacaktır. Milletlerarası hukuk normlarının bulunabileceği kaynaklar ise MAD Statüsünün m. 38 hükmünde sayılmıştır. Bu nedenle aşağıda öncelikle insan haklarının bu maddede sayılan milletlerarası hukukun esas kaynakları arasındaki daha sonra *jus cogens* normlar içindeki yeri incelenmiştir.

a. Milletlerarası Hukukun Kaynakları

Ulusal hukuk sistemlerinde, normlar arasındaki hiyerarşi, anayasal yapı ile ilgili iken milletlerarası hukukta yatay kurallar sistemi mevcuttur[344]. Zira milletlerarası hukukun kaynaklarının yer aldığı kabul edilen MAD Statüsünün m. 38 hükmünde sayılan kaynakları arasında bir hiyerarşi bulunmamaktadır[345]. Bu maddeye göre,

> "1. Ödevi, kendisine havale edilen uyuşmazlıkları devletlerarası hukukuna uygun olarak çözmek olan Divan:
>
> a) Uyuşmazlık halindeki Devletlerce taksisen kabul edilmiş kaideler koyan gerek genel, gerek özel milletlerarası anlaşmaları;
>
> b) Hukuk kaidesi olarak kabul edilmiş olan umumi bir tatbikatın beyyinesi olarak milletlerarası teamülü;
>
> c) Medeni milletlerce kabul edilen genel hukuk prensiplerini;

---

[343] Shaw, Malcolm N.: *Uluslararası Hukuk*, Kaya, İbrahim (Çeviri ed.): TÜBA Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2018, s. 46; Gözler, İnsan Hakları, s . 475, 477.

[344] Vidmar, Jure: Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System, de Wet, Erika/ Vidmar, Jure (eds.): *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford 2012, s. 13.

[345] Aybay, Rona/ Oral, Elif: *Kamusal Uluslararası Hukuk*, İstanbul 2016, s. 41.

d) 59 uncu madde hükmü mahfuz kalmak şartiyle, hukuk kaidelerinin tâyininde yardımcı vasıta olarak muhtelif milletlerin adli kararları ile en yetkili müelliflerinin doktrinlerini;

tatbik eder."[346]

Bu maddeye bakılırsa, antlaşmalar, milletlerarası teamül hukuku kuralları ve hukukun genel ilkeleri, milletlerarası hukuk kuralını doğrudan yaratan esas kaynaklar; mahkeme kararları ve doktrin ise kendilerinden yararlanılan yardımcı kaynaklardır[347].

Milletlerarası hukuk kişilerinin bunlara bağlı kalmayı kabul ettikleri takdirde bağlayıcı olan ve milletlerarası hukuk çerçevesinde sonuç doğuran "milletlerarası antlaşmalar"[348], milletlerarası hukukun başlıca kaynaklarından biridir. İnsan hakları normlarını içeren milletlerarası antlaşmalar, yani insan hakları antlaşmaları, ilgili hukuk sisteminde Anayasa'nın altında olsa bile ihlâli hâlinde uluslararası sorumluluk devam etmektedir. Bir devlet, uluslararası yükümlülük altındaysa, bu yükümlülük yalnızca yasama ve yürütmeyi değil, aynı zamanda mahkemeleri de kapsayacak biçimde devleti bir bütün olarak bağlar[349]. Bu anlamda *pacta sunt servanda* ilkesinin milletlerarası hukukun temel ilkelerinden biri olduğu ve sözleşmelerin taraflar açısından bağlayıcı olduğu da unutulmamalıdır. Tarafı olunan milletlerarası antlaşmanın uygulanmasını

---

[346] *Statute of the International Court of Justice* için bkz. https://www.icj-cij.org/en/statute, (Erişim Tarihi: 21.05.2022). RG-6092, 24 Ağustos 1945.

[347] Pazarcı, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 14. Bası, Ankara 2015, s. 37.

[348] MAD Statüsü'nün orijinal metnindeki "*international conventions*" terimi Türkçe resmî çeviride "milletlerarası anlaşma" olarak yer almıştır. Ancak doktrinde çoğunlukla, milletlerarası hukukun esas kaynaklarından biri olarak "milletlerarası antlaşma" terimi kullanılmaktadır. Bkz. Pazarcı, s. 36 vd.; Gündüz, Aslan: Milletlerarası Hukuk, 5. Bası, İstanbul 2003, s. 17 vd.; Gözler, İnsan Hakları, s. 480.

[349] Mills, Confluence, s. 269.

temin amacıyla kurulan bir milletlerarası mahkemenin kararı da benzer şekilde ulusal mahkemeler için bağlayıcıdır[350].

Milletlerarası teamül hukuku kuralı, belli bir şekilde davranmanın hukuki zorunluluk oluşturduğuna yönelik kanaat (*opinio juris*) bulunması nedeniyle aynı durumlarda aynı davranışların sürekli olarak tekrarlanması yoluyla oluşur[351]. Bir insan hakkı normu, bu tür uygulamalar sonucunda milletlerarası teamül hukuku statüsüne ulaşmış olabilir. İşkence, soykırım, kölelik ve ayrımcılık yapmama ilkelerinin bu anlamda milletlerarası teamül hukuku kurallarından olduğu kabul edilmektedir[352]. Böyle bir normun "yalnızca" milletlerarası teamül hukuku statüsü kazanmış olması, onun etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak için yeterli görünmektedir[353]. Örneğin geri gönderme yasağı, genel olarak *jus cogens* olarak kabul edilmemiş olsa da, milletlerarası örf ve adet hukuku statüsü kazandığı için milletlerarası hukukta uyulması gerekmektedir[354].

MAD Statüsü m. 38'de sayılan milletlerarası hukukun kaynaklarından bir diğeri de "uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkeleridir". Uygulamalardan çıkarılmayan, doğrudan uluslararası hâkim veya hakem tarafından belirlenen bu ilkeler milletlerarası antlaşmalar ve teamül kurallarına göre esasen tamamlayıcı ve boşluk

[350] Mills, Confluence, s. 269.

[351] Sur, Melda: *Uluslararası Hukukun Esasları*, 6. Bası, İstanbul 2013, s. 72-75. Elçilik binalarının dokunulmazlığı örnek olarak verilebilir.

[352] Shaw, s. 209.

[353] de Wet, Erika/ Vidmar, Jure: Conclusions, de Wet, Erika/ Vidmar, Jure (eds.): *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford 2012, s. 301.

[354] de Wet/ Vidmar, Conclusions, s. 302.

doldurucu niteliğe sahiptir[355]. Kölelik yasağı ve "uyrukluk bağından bağımsız olarak hak arama özgürlüğü" gibi bir takım insan hakkının, hukukun genel ilkeleri arasında sayıldığı düşünülmektedir[356].

b. Jus Cogens Vasfı Taşıyan Normlar

Milletlerarası hukukun, MAD Statüsü m. 38'de sayılanlar dışında da kaynaklarının bulunduğu kabul edilmektedir[357]. "Kesin" veya "temel" olarak nitelendirilen bazı normların devlet rızası olmasa bile bağlayıcı olabileceği ve bir "daha yüksek" normlar kategorisinin varlığı ve etkisi artık iyice yerleşmiştir[358]. Zira söz konusu normun emredici ve/veya temel karakteri, onun sıradan bir norm olmadığını ve bu nedenle sıradan normlardan daha üstün olduğunu göstermektedir. Hiyerarşik üstünlük fikri, emredici normlar veya *jus cogens* kavramı çerçevesinde temel kazanmaktadır[359]. Bu normların büyük çoğunluğu ise insan hakları hukukuna aittir[360].

---

[355] Sur, s. 79. İyi niyet, hakkın kötüye kullanılmaması, *estoppel*, devlet egemenliği, iyi komşuluk ilkeleri örnek verilebilir.

[356] Aybay/ Oral, s. 130.

[357] Aybay/ Oral, s. 42 vd.

[358] Vidmar, s. 13 vd.; Mills, Confluence, s. 83. Çoğu aynı zamanda insan hakları normlarını oluşturan *jus cogens* normların özel doğasını doğrulayan mahkeme kararları için bkz. de Wet, Erika/ Vidmar, Jure: *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford 2012. Bu normların özel niteliği kabul edilmekle birlikte gerçekten hiyerarşik olarak üstün bir karaktere sahip olup olmadığı ise tartışmalıdır. Bkz. Vidmar, s. 14.

[359] de Wet, Erika/ Vidmar, Jure: Introduction, de Wet, Erika/ Vidmar, Jure: *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford 2012, s. 3.

[360] de Wet/ Vidmar, Introduction, s. 3; Mills, Confluence, s. 83.

"Uluslararası toplumun yüksek menfaatleri için hayati öneme sahip değerler" olarak kabul edilen *jus cogens* normlar, doğal hukuk doktrini taraftarlarına göre pozitif hukukun üstünde ve insanlığın temelinde yer alan kurallardan kabul edilerek devletleri pozitif hukuktan bağımsız olarak bağlamaktadır[361]. Bu anlayışta, belirli normların ve yükümlülüklerin temel öneme sahip olduğu, dolayısıyla ihlâllerinin yalnızca zarar gören devleti değil, "bir bütün olarak uluslararası toplumu" ilgilendirdiği önermesi benimsenmektedir[362]. Doğal hukuk teorisinin temelinde yer alan bu evrensellik iddiaları, tarihsel olarak din bağlamında türetilmiş olsa da, daha yakın zamanlarda insan doğasının veya toplumunun evrensel özelliklerine ilişkin iddiaları da içerir hâle gelmiştir[363]. İki yaklaşımın ortak noktası, bu normların güçlerini, münferit devletlerin egemen iradesinden bağımsız bir dış otorite kaynağından alması ve bu nedenle evrensel bir niteliğe sahip olmasıdır. Bir devlet, *ab initio* ısrarlı itiraz yoluyla kendisini genel anlamda milletlerarası hukuktan muaf tutabilirken, hiçbir devlet *jus cogens* yükümlülüklerinden kaçınamamaktadır[364].

Ne var ki bu normların üstünlüğünün yaygın olarak tanınması, devlet egemenliği üzerinde bir sınırlama teşkil etmektedir. Bu nedenle söz konusu yaklaşım, devletlerin kural koyucu olduğu bir sistemde *jus cogens* normların varlığının mümkün olmadığını iddia eden pozitif hukuk yaklaşımıyla bağdaşmamaktadır. Bu bağlamda *jus cogens* normlar fikrinin, mutlak egemenliğe sahip devletler sistemiyle uzlaştırılamayacağı da belirtilmektedir[365]. Zira devlet egemenliği ve devletlerin egemen eşitliği, milletlerarası

---

[361] Anlar Güneş, Şule: Uluslararası Toplumun Ortak Değerleri Sorunu, Çevrenin Korunması ve Jus Cogens Doktrini, *Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 59/4, s. 129.

[362] Vidmar, s. 14.

[363] Mills, Confluence, s. 83, 84.

[364] Engle, s. 504.

[365] Mills, Confluence, s. 78.

hukuk düzeninin önemli değerleri olmaya ve diğer normlar ve yükümlülükler tarafından kolayca alt edilemeyecek hukuki normlar ve yükümlülükler barındırmaya devam etmektedir[366].

Bu itiraza rağmen *jus cogens*, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (VAHS) m. 53 hükmü ile pozitif hukuka girmiştir[367]. Dolayısıyla belirli normların hiyerarşik

[366] Vidmar, s. 40. Devlet egemenliğinden bahsedilen bu noktada, *jus cogens* kavramı ile yakından ilişkili olan *erga omnes* terimine de değinmek gerekmektedir. Herkese karşı ileri sürülebilen haklar olarak kullanılan bu kavram, milletlerarası hukukta "bütün milletlerarası topluluğa karşı olan yükümlülükleri" anlatmaktadır ve tüm devletlerin bu hakların korunmasında yasal bir çıkarı olduğu bu nedenle ihlâli hâlinde bütün devletlerin bu ihlâlin sona erdirilmesini talep edebileceği kabul edilmektedir. *Barcelona Traction* kararındaki *obiter dictum*'da da MAD, belirli yükümlülüklerin "tüm devletlerin endişesi" olduğunu belirtmiştir. Her *jus cogens* normun *erga omnes* norm niteliğinde olduğu söylenebilir, bu anlamda *jus cogens* normlardan daha geniştir. *Erga omnes* yükümlülükler özellikle uluslararası ceza hukuku bağlamında insan hakları alanında uygulanmaktadır ve iç hukuk düzenlemeleri veya devlet egemenliği ilkesi, söz konusu ihlâle gerekçe olarak gösterilememektedir. Bkz. Anlar Güneş, s. 138; Vidmar, s. 23. "*Erga omnes* yükümlülükler, milletlerarası toplumun tümünü ilgilendiren ve uyması gereken yükümlükler olsa da milletlerarası hukukun diğer kaynakları ve dolayısıyla öngördüğü diğer yükümlükler üzerinde üstün bir etkiye sahip (*superior*) değildir." Bkz. Erdem, Merve: *Devletin Jus Cogens Kurallara Aykırı Faaliyetleri Kapsamında Yargı Bağışıklığı*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2016, s. 23.

[367] Mills, Confluence, s. 83.

üstünlüğü, antlaşmalar hukuku rejimine başvuruyla açıklanabilmektedir[368]. Bu maddeye göre,

> "Bir andlaşma yapılması sırasında milletlerarası genel hukukun emredici bir normu ile çatışıyorsa batıldır. Bu sözleşme bakımından milletlerarası genel hukukun emredici bir normu, bir bütün olarak Devletlerin milletlerarası toplumunun, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir milletlerarası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir normdur."

VAHS m. 64'e göre de "Eğer milletlerarası genel hukukun yeni bir emredici normu ortaya çıkarsa, bu normla çatışan mevcut herhangi bir andlaşma batıl hâle gelir ve sona erer." Bu nedenle, *jus cogens* normların değişebileceği ve bu normlara yenilerinin eklenebileceği en azından VAHS tarafından kabul edilmiştir[369].

Söz konusu maddelerde *jus cogens* normlar, milletlerarası toplumun kabul ettiği ve tanıdığı normlar olarak benimsenmiş; ancak bu normların tanımı veya örnekleri açısından kapsamlı bir açıklama yapılmamıştır[370]. Doktrinde ise bu normlar, "devletlerin münferit çıkarlarından çok uluslararası toplumun genel çıkarlarına, küresel ortak faydaya ilişkin, uluslararası barış ve düzen için önem taşıyan, mutlaka ahlaki bir temeli olan ve uluslararası toplum tarafından genel kabul gören kurallar" olarak kabul edilmektedir[371]. "Hangi insan hakları kurallarının *jus cogens* kabul edileceği noktasında da, kuralların devletlerin menfaatini aşan nitelikte uluslararası toplumun menfaatini koruyup korumadığını göz önüne alarak belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir."[372]

---

[368] Vidmar, s. 41.

[369] Aybay/ Oral, s. 135 vd.

[370] Anlar Güneş, s. 133.

[371] Anlar Güneş, s. 139.

[372] Erdem, s. 73.

Ortaya çıkan ilk *jus cogens* normu, açık denizlerde korsanlığın yasaklanmasıdır[373]. Soykırım ve işkence yasağı başta olmak üzere hangi normların *jus cogens* olarak nitelendirileceği konusunda bazı antlaşmalar vardır[374]. Bunların dışında kuvvet kullanma yasağı, uluslararası çevre hukuku normları, ırk ayrımcılığı yasağı, uluslararası çatışma hâlinde insancıl hukuka dair kurallar ve İHEB'de kabul edilen ilkelerin *jus cogens* olarak kabul edilebileceği söylenebilir[375]. Daha da ileri giderek temel bir karaktere sahip haklar ve ilkeler barındıran insan haklarının tamamının *jus cogens* kapsamında değerlendirilebileceği de savunulmaktadır[376].

İnsan haklarının başka haklar, çıkarlar ve talepler ile karşı karşıya kaldığında öncelikle korunması gereken haklar olarak üstünlüğü, genel kabul görmektedir[377]. Bu suretle bazı haklara kamu yararı veya kamu düzeni gibi her ne sebeple olursa olsun sınırlama getirilmesi mümkün değilken diğer bazı haklar belli koşullara uyulmak şartıyla sınırlanabilir. Bir mahkemenin diğer uluslararası yükümlülükler *lex posterior* veya *lex specialis* olmasına rağmen, insan hakları yükümlülüğüne öncelik vermesi, bazı

---

[373] Engle, s. 505.

[374] de Wet/ Vidmar, Conclusions, s. 301.

[375] Anlar Güneş, s. 139; Erdem, s. 73 vd.

[376] Oprea, s. 316. AİHM'in *Naït-Liman v. Switzerland* kararında karşı görüş bildiren *Dedov* da günümüzde milletlerarası hukukun, temel hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde korunmasının manevi etkisi altında olduğunu; bu etkinin, milletlerarası hukuk algısını kökten değiştirdiğini belirtmiştir. Bu kapsamda işkence, kölelik veya ırk ayrımcılığı gibi insan onuruna yönelik ihlâllerin yasaklanmasının *jus cogens* hâline geldiğini, bu nedenle işkence iddiasından kaynaklanan tazminat talebinde yargı yetkisinin reddinin *jus cogens* norm ihlâli oluşturduğunu savunmaktadır. Kararın künyesi için bkz. aşağıda "*Forum Necessitatis* Kuralı" başlıklı bölüm.

[377] Uygun, Devlet Teorisi, s. 478.

insan haklarının üstün niteliğinin uygulamadaki sonuçlarına örnek olarak verilebilir[378]. Bu tür "askıya alınamaz haklar" o hakkın *jus cogens* niteliğinde olduğuna kanıt teşkil edebilir niteliktedir[379]. Benzer şekilde, bir mahkemenin norm anlaşmazlığını, bu uygulama milletlerarası hukukun başka bir normu kapsamında hak veya yükümlülüğün kapsamını önemli ölçüde sınırlandırsa bile insan hakları dostu bir yorum yoluyla çözmesi de bu yönde bir örnektir[380].

Ne var ki insan hakları alanında, bir hakkın *jus cogens* niteliğinden ziyade "mutlak bir hak" olarak hiçbir istisnaya izin vermeyen statüsü asıl belirleyici faktördür[381]. İtalya mahkeme kararlarından örnek veren *de Wet* ve *Vidmar*, henüz genelleştirilemese de milletlerarası hukukta *jus cogens*'in önemli bir rol oynayabileceği tek alanın yargı dokunulmazlıkları ile ilgili olduğunu savunmaktadır. Dolayısıyla insan haklarında *jus cogens*'in rolünün önemsiz olduğu ve *jus cogens* normların gücünün abartılmaması gerektiği belirtilmektedir. Bu açıklamalar doğrultusunda, milletlerarası hukukta açık ve tutarlı bir insan hakları temelli hiyerarşi modeli bulunmadığı, bu alanda ulusal-anayasal normlar hiyerarşisine başvurunun varlığını koruduğu söylenebilir[382].

Öte yandan AİHS ile diğer milletlerarası sözleşmelerin çatışmaları hâlinde uygulama önceliğiyle ilgili görüş bildiren *Matscher*, AİHS m. 1 hükmünde korunan tüm hakların *jus cogens* olarak kabul edilmemesi gerektiğini savunmaktadır[383]. Yine AİHS özelinde görüş bildiren *Kiestra*, AİHS'de korunan hakların çoğunluğunun *jus cogens*

[378] de Wet/ Vidmar, Introduction, s. 2.

[379] Shaw, s. 209, dn. 53.

[380] de Wet/ Vidmar, Introduction, s. 3.

[381] de Wet/Vidmar, Conclusions, s. 301.

[382] de Wet/Vidmar, Conclusions, s. 309.

[383] Matscher, s. 224.

norm olarak kabul edilmediğini, bu nedenle insan hakları normlarını hiyerarşik üstün kabul etmenin oldukça tartışmalı bir konu olduğunu belirtmektedir[384].

2. İnsan Haklarının Ulusal Alanda Korunması

İnsan hakları alanında bağlayıcı olmayan belgeler genel anlamda 18. yy. sonu ve 19. yy. başlarında düzenlenmeye başlamıştır[385]. Modern anayasal sistemlerin gelişimi, II. Dünya Savaşı'nın sona ermesi ve demir perdenin kalkması gibi gelişmeler ise farklı hukuk sistemlerinde bağlayıcı ilk belgelerin ortaya çıkması açısından ortak tetikleyici sayılabilir. Bu belgelerden Anayasa, kanunlar ve milletlerarası antlaşmalar gibi insan hakları hukukunun yazılı asıl kaynakları, ilgili makamların insan haklarını uygulamasını zorunlu tutmaktadır[386].

Milletlerarası özel hukukta hangi insan hakkının nasıl bir role sahip olacağı büyük ölçüde bu insan hakkının kaynağına ve dolayısıyla normlar hiyerarşisindeki yerine bağlıdır[387]. Örneğin Alman ve Fransız hukukları, milletlerarası özel hukukta insan haklarına nasıl etki tanınacağı konusuna farklı yaklaşmaktadır. Fransız Anayasası'ına göre (m. 55) milletlerarası sözleşmeler iç hukuktan üstündür[388]. Almanya'da ise sadece milletlerarası hukukun genel ilkeleri iç hukuktan üstündür, insan

[384] Kiestra, The Impact, s. 35.

[385] Trstenjak, s. 4.

[386] İnsan haklarının kaynakları asıl kaynaklar ve yardımcı kaynaklar olarak ikiye ayrılabilir. Yazılı asıl kaynaklar Anayasa, milletlerarası antlaşmalar, kanun, kanun hükmünde kararname ve düzenleyici idari işlemlerdir. Yazısız asıl kaynaklar ise örf ve adet hukukudur. Mahkeme kararları ve doktrin ise yardımcı kaynakları oluşturur. Bkz. Gözler, İnsan Hakları, s. 109 vd.

[387] Callsen, s. 132.

[388] Callsen, s. 133.

hakları sözleşmeleri de dahil olmak üzere milletlerarası sözleşmeler iç hukukta aynı etkiye sahiptir (m. 25). Bu nedenle Alman hukukunda Anayasa tarafından korunan temel haklara milletlerarası sözleşmelerce teminat altına alınan insan hakları ve özellikle AİHS'dekilerden daha fazla atıf yapılmaktadır [389]. Aksine Fransa'da milletlerarası özel hukuk alanında, Anayasa'dan kaynaklanan temel haklar özel bir ilgiye tâbi değilken Fransız içtihadında özellikle kamu düzeni ile ilgili konularda AİHS'ye atıf yapma eğilimi gözlemlenmektedir[390].

Milletlerarası özel hukuk, ulusal hukuk kurallarının bir alt kümesi olarak tanımlanırsa, insan hakları ile etkileşimde devletin temel hak ve özgürlükleri içeren mevzuatı ve taraf olduğu insan hakları belgelerine uymak için üstlendiği yükümlülükler belirleyici olacaktır [391]. Bu açıdan insan hakları normlarının Türk iç hukukundaki statüsünün belirlenmesi, bu normların milletlerarası özel hukuka etkilerinin tespit edilmesi bakımından önem taşımaktadır. Bu belirlemeyi yapabilmek için insan haklarının ulusal alanda nasıl korunduğu inceleme altına alınmalıdır.

a. Anayasa

Hukuk sistemlerinde insan haklarının büyük bir kısmı anayasalar tarafından düzenlenmekte, anayasacılık faaliyetlerinin temelinde ise insan haklarının devlete karşı korunması fikri yatmaktadır[392]. Bu nedenle insan hakları, anayasa hukuku ve anayasalar ile yakın ilişki içerisindedir. 1982 Anayasası özelinde bakıldığında da m. 2 hükmünde "insan haklarına saygılı" devlet ilkesi, cumhuriyetin niteliklerinden biri olarak

[389] Callsen, s. 134.

[390] Thoma, Ioanna: The ECHR and the Ordre Public Exception in PIL, *The Netherlands Journal of Private International Law (NIPR)*, 2011/1, s. 13.

[391] Hirschboek, s. 190.

[392] Gözler, İnsan Hakları, s. 48-49.

sayılmıştır. 1961 Anayasası'nda yer alan "insan haklarına dayalı" ifadesi yerine 1982 Anayasası'nda bu ifadenin tercih edilmesi, aksi yönde görüşler bulunmakla birlikte doktrinde yaklaşım farklılığı olarak kabul edilmemekte, sonuç itibarıyla devletin insan haklarına dayanan devlet niteliğinde olduğu benimsenmektedir[393]. 1982 Anayasası 1961 Anayasası ile karşılaştırıldığında, devlet otoritesine bireyin temel hak ve özgürlükleri karşısında daha yüksek önem atfetse de, taraf olunan milletlerarası insan hakları sözleşmeleri ve özellikle AİHS ile uyumun sağlanmasının hedeflendiği anlaşılmaktadır[394].

Anayasa'nın m. 11 hükmüne göre "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır." Bu madde uyarınca herhangi bir ayrım yapılmadığına göre Anayasa hükümleri, yabancı unsur barındıran uyuşmazlıklar bakımından da bağlayıcıdır. Anayasa hükümlerinin önemli bir bölümünü teşkil eden temel hak ve özgürlükler, 1982 Anayasası'nın ikinci kısımda "Temel Haklar ve Ödevler" başlığı altında düzenlenmiştir. Anayasa m. 12'de temel hak ve hürriyetlerin kişiliğe bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez ve kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını içerir nitelikte olduğu düzenlenmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının düzenlendiği m. 13 hükmüne göre:

> "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.

---

[393] Özbudun, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Ankara 2014, s. 109. *Şirin*, 2001 Anayasa değişiklikleriyle m. 14 hükmüne eklenen "insan haklarına dayanan" ifadesinin bu görüşü desteklediğini belirtmiştir. Bkz. Şirin, Tolga: Kanunlar İhtilafı ve Anayasa, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 6/22 (2015), s. 377 dn. 50; Gözler, İnsan Hakları, s. 286.

[394] Özbudun, s. 110.

Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

Bu maddenin orijinal hâlinde yer alan "genel sınırlama sebepleri" 2001 Anayasa değişiklikleri ile kaldırılmıştır. Böylece bir temel hak ve özgürlük ancak o temel hak ve özgürlüğün düzenlendiği maddede belirtilen sınırlama sebepleri ile sınırlanabilecektir. Bu sayede genel ve özel sınırlama sebepleri ayrımının da ortadan kalktığı söylenebilir[395].

Bu maddede sayılan yedi şarttan herhangi birinin bulunmaması, söz konusu temel hak veya özgürlüğün sınırlanamaması sonucunu doğuracaktır. Demek oluyor ki bu maddede, "sınırlamanın sınırları" [396] düzenlenmektedir. Maddede sayılan şartlara geçmeden önce belirtmek gerekir ki, AYM, "hakkın özüne dokunmama", "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ve "ölçülülük" şartlarını birlikte değerlendirmekte, bu şartları "bir bütünün parçaları" olarak nitelendirmektedir[397]. Doktrinde bu yaklaşımı Anayasa'nın özgürlükler lehine yorumuna imkân vermesi bakımından destekleyen görüşler[398] olduğu gibi bu şartların birbirinden bağımsız değerlendirilmesi noktasında eleştiren görüşler[399] de bulunmaktadır.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında ilk şart, sınırlamanın hakkın özüne dokunmamasıdır. Esasen oldukça belirsiz bir kavram olan hakkın özü, bir hak veya özgürlüğün "vazgeçilmez unsuru", dokunulması hâlinde bu hakkı "anlamsız kılacak olan asli çekirdeğidir" [400]. İkinci şart, sınırlamanın Anayasa'nın ilgili maddelerinde

[395] Gözler, İnsan Hakları, s. 347.

[396] Gözler, İnsan Hakları, s. 336.

[397] Bkz. AYM'nin T. 14/7/2016, E: 2016/37, K: 2016/135 Sayılı Kararı.

[398] Özbudun, s. 120.

[399] Gözler, İnsan Hakları, s. 338.

[400] Özbudun, s. 117.

belirtilen sebeplere bağlı olarak yapılmasıdır. Özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, yerleşme ve seyahat hürriyeti, dernek kurma hürriyeti ve mülkiyet hakkının düzenlendiği maddelerdeki sınırlamalar, Anayasa'da belirtilen sınırlama sebeplerine örnek olarak verilebilir. Söz konusu sebeplere dayanmadan ilgili temel hak ve özgürlüğü sınırlayan kanun, Anayasa'ya aykırı olacaktır. Üçüncü şart, sınırlamanın kanunla yapılmasıdır. Burada kanundan, yasama organı tasarrufları anlaşıldığından kanun hükmünde kararname veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile sınırlama yapılması mümkün değildir[401]. Dördüncü şart, sınırlamanın Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olmasıdır. Anayasa'nın sözüne uygunluğun, Anayasa'da "ilgili oldukları hakkın norm alanına özel ve yoğun bir koruma" getiren "ek güvencelerin" belirlendiği hak ve özgürlükler açısından önemli olduğu belirtilmektedir[402]. "Ek güvenceler" de sınırlamanın sınırlarından, yani sınırlama şartlarındandır[403]. Anayasa'nın ruhuna uygunluğun ise Anayasa'dan çıkan temel anlamla ilgili olduğu ifade edilmektedir[404]. Beşinci şart, sınırlamanın demokratik toplum düzeninin, altıncı şart ise laik cumhuriyetin gereklerine aykırı olmamasıdır. Demokratik toplum düzeninin gereklerine uyma, AİHS'de korunan insan haklarından bazılarının (adil yargılanma hakkı, özel ve aile hayatına saygı hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma özgürlüğü) sınırlanması için de kullanılan bir şarttır[405]. 2001 Anayasa değişiklikleri ile maddeye eklenen "laik cumhuriyetin gerekleri" kavramı ise din

[401] Gözler, İnsan Hakları, s. 342. Ancak olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile sınırlama yapılabileceği hakkında bkz. Gözler, İnsan Hakları, s. 343 vd.

[402] Sağlam, s. 156, 159.

[403] Sağlam, s. 159.

[404] Özbudun, s. 115 vd.

[405] Demokratik toplum düzeninin gerekleri ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hakkında bkz. Gözler, İnsan Hakları, s. 388.

özgürlüğü ve din-devlet işlerinin ayrılığını ifade etmektedir[406]. Son şart, yine 2001 Anayasa değişiklikleri ile sınırlama kriterleri arasına katılan ölçülülük ilkesidir. Ölçülülük ilkesi, "sınırlamanın amacı ile bu amacı gerçekleştirmek üzere başvurulan araç arasındaki ilişkiyi" ifade eden "elverişlilik", "gereklilik" ve "oranlılık" ilkelerini kapsamaktadır[407]. Dolayısıyla başvurulan araç, sınırlamanın amacını gerçekleştirmeye elverişli; bu amaç için gerekli/zorunlu ve bu amaçla makul bir denge içerisinde olmalıdır.

Anayasa, genel olarak hak ve özgürlüklerden "herkesin" yararlanabileceğini düzenlerken bazı hak ve özgürlükler ise sadece vatandaşlara tanınmıştır. Buradan, genellik ve eşitlik sisteminin benimsendiği; yabancılar için hak ve özgürlüklerin kural, sınırlamanın istisna olduğu anlaşılmaktadır. Ancak yabancıların vatandaşlardan farklı muameleye tâbi tutulma ihtimali karşısında Anayasa, yabancıların temel hak ve özgürlerinin sınırlanmasını m. 16'da sayılan şartlar ile sınırlamıştır[408]. Bu madde uyarınca, "Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir." Öncelikle, "yabancıların durumu" başlıklı bu maddenin, Anayasa'nın ilgili maddelerinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması için belirtilen sebeplerin düzenlendiği maddelerden olmadığının altı çizilmelidir. Yani, m. 16 hükmü yabancılara özel bir sınırlama sebebi öngörmemektedir.

Peki bu madde, sınırlamanın "Anayasa'nın sözüne" uygun olması şartıyla bağlantılı olan ek güvencelerden biri anlamında nitelendirilebilir mi? Ek güvenceler,

---

[406] Gözler, İnsan Hakları, s. 400.

[407] Sağlam, s. 113.

[408] Sargın, Fügen: Türkiye'de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye'ye Giriş, Türkiye'de İkamet Etmek ve Çalışma Hakları, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yılmaz Altuğ'a Armağan 17-18/1-2 (1997-1998), s. 334, (Yabancı Öğrenciler).

ilgili oldukları temel hak ve özgürlüğe ilişkin yasama organının düzenleme yapamayacağı alanları belirlemektedir[409]. *Sağlam* ve *Gözler*, ek güvencelere ilişkin örnekleri inceledikleri ve bu güvencelerin sınıflandırılmasını yaptıkları eserlerinde Anayasa m. 16 hükmünü ek güvenceler arasında saymamıştır. Zaten m. 16, belirli hak ve özgürlüklerin düzenlendiği "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlığı altında değil, Anayasa'daki bütün hak ve özgürlükler için geçerli olan "Genel Hükümler" bölümü altında düzenlenmiştir. Bu nedenle yabancıların temel hak ve özgürlükleri açısından ek güvence olarak da nitelendirilemeyecek m. 16 hükmü, m. 13 ile birlikte uygulanması gereken, "yabancılara ilişkin sınırlama şartlarının düzenlendiği madde" olarak değerlendirilebilir. Anayasa m. 16 hükmünün m. 13 hükmünden tek farkı, sınırlamanın "milletlerarası hukuka" [410] uygun olarak yapılmasıdır. Zira sınırlamanın kanunla yapılması m. 13 hükmünde zaten sayılmaktadır. Demek ki anayasa koyucu, vatandaşlarla yabancılar arasında, sınırlamanın milletlerarası hukuka uygun olması konusunda ayrım yapmak istemiştir. Milletlerarası hukuka yapılan bu atıf, yabancılar hukuku alanında milletlerarası hukukun kaynaklarının üstünlüğünü ortaya koymakta; böylece yabancıların temel hak ve özgürlükleri yalnız "milletlerarası hukuk tarafından mazur görülmesi" hâlinde sınırlanabilmektedir[411].

Milletlerarası özel hukuk da Anayasa'nın sınırlarına tâbi olmalıdır. Örneğin, Kanada mahkemeleri, federal "*due process*" standartlarının ve Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı'nın Kanada eyaletlerinin milletlerarası özel hukuk kuralları üzerinde

[409] Gözler, İnsan Hakları, s. 362.

[410] Milletlerarası hukukun kaynakları için bkz. yukarıda "İnsan Haklarının Milletlerarası Alanda Korunması" başlıklı bölüm.

[411] Sargın, Yabancı Öğrenciler, s. 334. Aynı yönde bkz. Güngör, Gülin: *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 2. Bası, Ankara 2021, s. 269.

bir etkiye sahip olma potansiyelini kabul etmiştir[412]. Türk hukuk sisteminde ise milletlerarası özel hukuk; tâbiiyet hukuku, yabancılar hukuku, kanunlar ihtilâfı hukuku ve milletlerarası usûl hukukundan oluşmaktadır. Söz konusu alanların 1982 T.C. Anayasası'ndan bağımsız biçimde uygulanması düşünülemez. Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerle ilgili hükümler, milletlerarası özel hukukun tüm alanlarında iç hukuk uyuşmazlıklarında olduğu gibi etkilidir.

b. Tarafı Olunan Milletlerarası Antlaşmalar

Ulusal mahkemelerin insan hakları hukuku ile ilgilenme yöntemi, devletin monist veya düalist sistemi takip etmesine göre değişmektedir[413]. Milletlerarası antlaşmaların Türk hukukundaki etkisi, Anayasa'nın m. 90 hükmünde düzenlenmiştir. Bu maddenin 5. fıkrasına göre "Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir." Doktrinde bir görüş, bu cümleyi Türk Anayasa hukukunda düalist görüşün benimsendiği biçiminde yorumlarken çoğunluk görüşü Anayasa'da monist görüşün benimsendiğini kabul etmektedir[414]. Düalist görüşü savunanlara göre "usûlüne göre yürürlüğe konulmuş" ibaresi nedeniyle milletlerarası antlaşmalar kendiliğinden yürürlükte değildir; çünkü milletlerarası antlaşmaların uygulanabilmesi için meclis faaliyeti gerekmektedir. Diğer yandan monist görüşü savunanlara göre taraf olunan milletlerarası antlaşmalar herhangi bir işleme gerek kalmaksızın yürürlüktedir. Zira bu antlaşmaların "usûlüne göre yürürlüğe konması" için -düalist konseptte olduğunun aksine- aynı içerikte hukuki düzenleme yapmaya gerek

---

[412] Mills, Confluence, s. 208.

[413] Kiestra/ Pontier, s. 91.

[414] Akıllıoğlu, Tekin: AİHS ve İç Hukukumuz, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 44/3 (1989), s. 157, (AİHS); Özkan, Işıl: Uluslararası Hukuk - Ulusal Hukuk İlişkileri, *Journal of Yaşar University*, 2013/8 Özel Sayı, s. 2151.

bulunmamaktadır. Çoğunluğun takip ettiği monist sistemi benimsemenin bir sonucu olarak esasen uluslararası insan hakları hukukunun kaynağı olan milletlerarası antlaşmalar, iç insan hakları hukukunun da bir kaynağıdır[415].

> "Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

Anayasa'ya 2004 değişiklikleri ile eklenen bu cümlede "insan hakları" yerine "temel hak ve özgürlükler" teriminin kullanılması, maddenin uygulama alanının yalnız anayasal hak ve özgürlükler veya sadece birinci kuşak haklar gibi sınırlamalara tâbi tutulduğu anlamına gelmemektedir [416] . Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerden hangilerinin temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğu açıkça yazılmasa da, milletlerarası sözleşmelerde yer alan insan haklarına ilişkin tüm hükümlerin bu madde kapsamında değerlendirileceği kabul edilmektedir[417]. Bu anlamda en önemli örnek AİHS'dir. Bu hüküm, yargı makamları kadar yeni kanunların çıkarılması aşamasında yasama organını da bağlamaktadır[418].

---

[415] Gözler, İnsan Hakları, s. 479.

[416] Gülmez, Mesut: Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004/54, s. 153.

[417] Gönenç, Levent/ Esen, Selin: The Problem of the Application of Less Protective International Agreements in Domestic Legal Systems: Art 90 of the Turkish Constitution, *European Journal of Law Reform*, 2006/8, s. 491. Örnek olarak sayılabilecek milletlerarası sözleşmeler için bkz. Gülmez, s. 154.

[418] Gülmez, s. 157; Gönenç/ Esen, s. 492. Öte yandan bu hükmün, sadece yargı makamlarını bağladığı yönünde bir görüş de bulunmaktadır. Bkz. Gözler, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa 2019, s. 724, (Anayasa).

Ne var ki bu cümlenin anlamına ilişkin doktrinde farklı görüşler geliştirilmiştir. Bir yanda, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaların, kendisi ile çelişen kanunlar[419] karşısında üstünlük kazandığını savunan görüş bulunmaktadır[420]. Bu görüş doğrultusunda, bir kanun ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşma arasında ihtilâf olması durumunda, aralarındaki hiyerarşi gereği milletlerarası antlaşma hükmü uygulanacaktır[421]. Söz konusu görüş taraftarlarından Gözler, iç hukukta temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmadan daha kapsamlı ve korumacı kanun bulunması durumunda, madde hükmü gereği kanunun değil milletlerarası antlaşmanın uygulanması gerektiğini savunmaktadır[422]. Aynı görüş

[419] Bu hükümde, kanun terimi, kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmeliklerin hepsini kapsamaktadır. Bkz. Başlar, Kemal: Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 24/1-2 (2004), s. 322 vd.; Gönenç/ Esen, s. 491-492; Gülmez, s. 155.

[420] Bkz. Başlar, s. 296; Gülmez, s. 156; Bilir, Faruk: Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005/13, s. 84; Gönenç/ Esen, s. 490; Gözler, Anayasa, s. 722. Madde gerekçesine göre bu değişiklik, uygulamada iki düzenlemenin birbiriyle çelişmesi hâlinde ortaya çıkacak uyuşmazlığın çözümünde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla yapılmıştır. Kanun tasarı numarası: 2/278 (22/2-2004), bkz. <www2.tbmm.gov.tr/d22/2/2-0278.pdf> (Erişim Tarihi: 21.12.2021).

[421] Bilir, s. 88; Gözler, Anayasa, s. 722.

[422] Gözler, Anayasa, s. 724.

taraftarlarından Başlar ve Gülmez ise bu durumda gerçek anlamda çatışma bulunmadığını ve iç hukuktaki kanun hükmünün uygulanacağını ileri sürmektedir[423].

Diğer yanda, madde hükmünde, gerekçede yer alan "öncelik verilmesi" ifadesi yerine, "esas alınır" ifadesinin kullanılması nedeniyle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalara üstünlük tanınmadığı, "konunun uygulamadaki yorumlara bırakıldığı" görüşü bulunmaktadır[424]. Bu görüş doğrultusunda, iç hukukta temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmadan daha kapsamlı ve korumacı bir düzenleme bulunması durumunda, milletlerarası antlaşma hükmü kanun hükmünden üstün olmadığı için, iç hukuktaki kanun hükmü uygulanabilecektir.

Anayasa m. 90/son fıkrası, hâkime, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla çelişen kanun hükmünü ihmal ederek bu hükmü "uygulamaktan imtina etme" olanağı vermektedir[425]. Ancak ihmal, somut olay temelinde geçerli olduğu için mahkemelerin aynı konuyla ilgili farklı yorum ve uygulamalarına rastlanabilir[426]. İhmal edilen kanun hükmünün yerine uygulanacak milletlerarası sözleşme genel ve soyut nitelikte olabilir. Bu nedenle "aynı konuda farklı hükümler içerme" şartı, milletlerarası sözleşmenin denetim organlarının yerleşik içtihadı göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir[427].

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar Anayasa ile çelişirse, Anayasa'nın normlar hiyerarşisindeki yeri nedeniyle Anayasa öncelikli olarak

[423] Başlar, s. 314; Gülmez, s. 156.

[424] Aybay, Rona: Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007/70, s. 205; Yeşilyurt, Nazile İrem: Danıştay Kararlarında Uluslararası Antlaşmaların Normatif Değeri, *İnsan Hakları Yıllığı*, 2014/32, s. 19.

[425] Başlar, s. 317; Bilir, s. 104;

[426] Başlar, s. 317; Yeşilyurt, s. 19.

[427] Gülmez, s. 158; Gönenç/ Esen, s. 491.

uygulanmalıdır[428]. Bu durumda uyuşmazlık ulusal hukuk açısından çözülmüş olsa bile örneğin AİHS bağlamında AİHM önündeki yükümlülüklerin devam ettiğini hatırlatmakta fayda vardır. Zira ulusal anayasalar ve sözleşme arasında çatışma olması durumunda AİHM, AİHS'yi ulusal düzenlemelere üstün kabul etmektedir[429]. Gerçekten de, AİHS VAHS kapsamında değerlendirilmesi gereken bir milletlerarası antlaşmadır ve bu sözleşmenin m. 27 hükmüne göre milletlerarası antlaşmanın tarafları, kendi iç hukuk kurallarını ileri sürerek antlaşmayı uygulamaktan kaçınamaz. Bu kural milletlerarası örf-adet kurallarından biri olduğu için, Türkiye AİHS'ye aykırı uygulamaları için ulusal hukuku gerekçe gösteremez[430].

Anayasa'nın m. 90 hükmü haricinde, "Cumhuriyetin Nitelikleri" başlıklı m. 2'de "insan haklarına saygılı devlet", "Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması" başlıklı m. 15 hükmünde "milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla" ve "Yabancıların Durumu" başlıklı m. 16'da kullanılan "milletlerarası hukuka uygun olarak" ifadeleri, insan hakları belgelerine işaret etmektedir[431].

---

[428] Gözler, İnsan Hakları, s. 722. Buna karşılık Gülmez, 90/5 son cümlenin dar yorumlanmasının Anayasa'nın 2. ve 14. maddeleri ile bağdaşmayacağını ve bu nedenle temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaların Anayasa'nın çelişen hükümlerine üstün tutulması gerektiğini savunmaktadır. Gülmez, s. 155.

[429] Docquir, s. 488 vd.

[430] Türmen, Rıza: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuza Etkileri, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2000/17, s. 38.

[431] Kaboğlu, s. 260.

aa. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

Bir BM Genel Kurul kararı niteliğinde, üye devletlerin oylarıyla 10 Aralık 1948 günü kabul edilen İHEB[432], 27 Mayıs 1949 günlü Resmî Gazetede[433] Bakanlar Kurulu kararına ilişik olarak yayımlanmıştır. Resmî Gazetede yayımlanması nedeniyle İHEB'in üstü kapalı biçimde, Türk hukukunun yorumlanmasında rehber niteliğinde kullanılması gerektiği sonucuna varılabilir[434]. Ancak İHEB kapsamında düzenlenen insan haklarının korunmasını sağlayacak bir mekanizma kurulmadığı için, bu metnin iç hukuk bağlamında bağlayıcı bir etkisinin bulunmadığı ve yalnızca devletler açısından ideal olanı yansıttığı, yani *lex ferend*a'ya yönelik olduğu ve *lex lata*'yı etkilemediği de unutulmamalıdır. Türk pozitif hukukunda, İHEB'deki insan haklarını ihlâl eden düzenlemelerin bulunması, Türkiye'nin BM Şartı'nın m. 1 hükmünde düzenlenen, "herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip

---

[432] BM Genel Kurul 217 A(III) sayılı kararı için bkz. https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)

[433] Karar No 3-9119, RG 7217/27.05.1949

[434] Fransız hukuku bağlamında aynı sonuca ulaşan görüş için bkz. Lerebours-Pigeonnière, Paul: La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et le Droit International Privé Français, la Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (ed.): *Le Droit Privé Français au Milieu du XXe Siècle, Études Offertes à Georges Ripert*, Paris 1950, s. 258. *Goldman*'a göre, *Lerebours-Pigeonniere*'in bu gözlemi diğer insan hakları sözleşmeleri kapsamında, bu sözleşmelerin amacı veya içeriği itibarıyla bireyin sübjektif hakkı üzerinde etkisinin olduğu durumlar açısından genişletilmelidir. Goldman, Berthold: La Protection Internationale des Droits de l'Homme et l'Ordre Public International dans le Fonctionnement de la Règle de Conflict de Lois, Vasak, Karel (ed.): *René Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber I: Problèmes de Protection Internationale des Droits de l'Homme*, Pédone, Paris 1969, s. 465.

güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğini sağlamak" yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder[435]. Yanı sıra, AİHS'nin başlangıç bölümünde yer alan, "Evrensel Bildiri'de yer alan bazı hakların ortak güvenceye bağlanmasını sağlama yolunda ilk adımları atmaya kararlı olarak" ifadesinin, AİHS'nin konusu ve amacına uygun yorumlanmasında İHEB'in bir kriter olduğu da düşünülebilir[436].

bb. AİHS

Türkiye AİHS'ye 1954 yılında taraf olmuştur ve bu tarihten beri AİHS, Türk hukuk sisteminde temel insan hakları belgesidir[437]. Sözleşme'nin, "İnsan haklarına saygı yükümlülüğü" başlıklı 1. maddesi uyarınca "Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar." Bu maddede kullanılan "yetki" terimi, milletlerarası özel hukukta kullanıldığından farklı bir anlama sahiptir. Burada bir mahkemenin yargı yetkisine değil, taraf devletlerin yargı yetkisine atıfta bulunulmaktadır[438]. Bu nedenle maddede kullanıldığı şekliyle "yetki alanı" tamlamasının kullanılması belki de daha isabetlidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki AİHS'nin uygulanabilirlik kapsamı ve sınır ötesi (*extraterritorial*) etkiye ne derece sahip olduğu konusunda tartışmalar devam etmektedir[439]. Ek protokollerde özel nitelikleri itibarıyla sadece vatandaşlara veya

[435] Fransız hukuku bağlamında aynı sonuca ulaşan görüş için bkz. Lerebours-Pigeonniere, s. 261.

[436] Harris et al, s. 7.

[437] Bkz. *İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve buna Ek Protokolün tasdiki hakkında Kanun*, Kanun no: 6366, RG: 16.03.1954-8662.

[438] Kiestra, The Impact, s. 56.

[439] Hirschboek, s. 188.

sadece yabancılara uygulanan haklar dışında AİHS m. 1, vatandaşlıklarından ve vatansız olmalarından bağımsız biçimde tüm gerçek ve tüzel kişiler için tanınan hak ve yükümlülüklere yönelik genel bir kural niteliğindedir[440]. Zaten insan hakları, ilişkinin farklı bir yerde veya *for* devletinde yaratıldığına bakılmaksızın aynı şekilde geçerli olmalıdır[441]. Bu nedenle AİHS'nin uygulama alanına yönelik olarak açıkça ülkesel bir sınırlama getirilmemiş; kişinin bir devletin ülkesinde bulunması, o devletin vatandaşı olması veya ihlâlin o devletin sınırları içerisinde gerçekleşmesi aranmamıştır. Hatta bazı davalarda devletin, kişisel yetkisi nedeniyle yurtdışındaki vatandaşları üzerinde de AİHS bağlamında yetki kullanabileceği kabul edilmiştir[442]. Örneğin, yurtdışına gönderilen diplomatik ve konsüler temsilcilerin diğer kişiler veya mülkler üzerinde yetki ve kontrol uyguladığı durumlarda, milletlerarası hukuk kuralları bağlamında, devletin yurtdışındaki faaliyetleri nedeniyle bu devletin yargı yetkisi doğabilir[443]. Sayılan bu ilkeler, AİHM'in konu hakkındaki yıllara yayılan içtihadından çıkarılmaktadır[444].

---

[440] Docquir, s. 479.

[441] Muir Watt, Recognition, s. 17.

[442] Docquir, s. 480.

[443] *Guide on Article 1 of the Convention – Obligation to Respect Human Rights - Concepts of "Jurisdiction" and Imputability*, 31.08.2021, https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_1_eng.pdf (Erişim Tarihi: 27.12.2021), (Guide on Article 1), s. 17.

[444] Nußberger, Angelika: The Concept of 'Jurisdiction' in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, *Current Legal Problems*, 2012/65, s. 246; Harris, David et al: *Harris, O'Boyle & Warbrick Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Çevirenler: Karan, Ulaş/ Bingöllü Kılcı, Mehveş, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2021, s. 98. AİHS'nin bölgesel kapsamını netleştiren önemli kararlarından

Doktrinde AİHS m. 1, hiçbir davada tek başına milletlerarası özel hukuk ilişkilerine nasıl yaklaşılacağına cevap vermediği için "çıkmaz sokak" olarak nitelendirilmiştir[445]. Yine de 1. maddede düzenlenen yetki alanının doğru tespit edilmesi, milletlerarası özel hukuk bakımından oldukça önemlidir[446]. Zira, m. 1 kapsamındaki "kendi yetki alanları içinde bulunan herkes" deyimi, saf iç hukuk işlemleri kadar yabancı unsurlu özel hukuk ilişkilerine de uygulanır[447]. Bu madde yabancı unsurlu bir davaya bakan taraf ülke mahkemesi açısından, dava konusunun sözleşme tarafı ülkenin yetki alanı içerisinde olduğu ve AİHS'nin bu davada

---

bazıları *Loizidou v. Turkey*, *Banković and Others v. Belgium and Others*, *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, *Issa and Others v. Turkey* ve *Behrami and Behrami v. France* kararlarıdır. Bkz. Ronzitti, Natalino: Access to Justice and Compensation for Violations of the Law of War, Francioni, Francesco (ed.): *Access to Justice as a Human Right*, Oxford 2007, s. 240.

[445] Guinchard, Emmanuel: Procès Équitable (article 6 CESDH) et Droit International Privé, Nuyts, Arnaud/ Watté, Nadine (eds.): *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, Bruylant, Brussels 2005, s. 206.

[446] Muir Watt, bu maddenin AİHS'ye taraf olmayan devletlerle ilgili ilişkilerde Avrupa değerlerinin empoze edilmesini gerekçelendirdiğini düşünmektedir. Bkz. Muir Watt, Recognition, s. 17.

[447] Matscher, s. 213.

uygulanabilir olduğu anlamına gelmektedir[448]. Bu nedenle, bu tür davalarda AİHS'nin ihlâli, bu devletin m. 1 yükümlülüğünün ihlâli kapsamındadır[449].

AİHS'nin yetki alanına giren bir konuda insan hakları ihlâli söz konusu olabilecek durumlarda iki farklı yol tercih edilebilir[450]: Alman hukuku kaynaklı modern çözüm uyarınca, başka bir hukuki mekanizmadan geçmeksizin ilkelerin doğrudan veya geleneksel çözüm uyarınca, ilkelerin milletlerarası kamu düzeni aracılığıyla dolaylı uygulanması. Bu anlamda devlet, insan haklarına saygıyı sağlama konusunda uygun gördüğü metodun belirlenmesinde tam bir özgürlüğe sahiptir[451]. Ne var ki doktrinde bir görüş AİHM'in, kuralların AİHS'ye uygunluğunu değil, uygulanma metodunu kontrol eder hâle geldiğini iddia etmektedir[452]. Böylece devletin sınır ötesi ilişkileri idare etmek için kullandığı mekanizmaları belirleme özgürlüğünü sınırlayan AİHM'in, milletlerarası özel hukuk alanına daha fazla nüfuz ettiği ifade edilmiştir[453].

Kanunlar ihtilâfı kurallarının AİHS kapsamında değerlendirilmesini, bu kuralların nötr oldukları gerekçesiyle reddeden bir yaklaşımın bulunduğunu da belirtmek gerekmektedir[454]. Bu yaklaşım, bağlantı noktasının seçiminin saf biçimde tarafsız ve teknik olmadığı noktasında eleştirilebilir. Bu nedenle kanunlar ihtilâfı

---

[448] Kiestra, Louwrence R.: Article 1 ECHR and Private International Law, *The Netherlands Journal of Private International Law (NIPR)*, 2011/1, s. 4, (Article 1).

[449] Stürner, Michael: Extraterritorial Application of the ECHR via Private International Law? A Comment from the German Perspective, *The Netherlands Journal of Private International Law (NIPR)*, 2011/1, s. 9.

[450] Mayer, s. 662, Oprea, s. 309 vd.; Kiestra / Pontier, s. 88; Fawcett, s. 37.

[451] Hammje, Coopération Transfrontiere, s. 407.

[452] Hammje, Coopération Transfrontiere, s. 404.

[453] Hammje, Coopération Transfrontiere, s. 404.

[454] Söz konusu yaklaşım için bkz. Docquir, s. 503.

kurallarının kaynağı ve metodu göz önünde bulundurulduğunda, bu kuralların tamamen AİHM'in kontrolüne tâbi olmadığı sonucuna ulaşılamamaktadır[455]. Bunun yanında, hâkimin yabancı hukuku uygularken kural olarak yabancı devlet hâkimi gibi davranması nedeniyle, taraf olmayan ülke hukuku uygulanırken AİHS'nin geçerli olmayacağını savunan bir görüş de bulunmaktadır[456]. Ancak AİHS'ye taraf olmayan devletin hukukunun uygulanması veya bu devlet mahkemelerinin verdiği karara etki tanınması durumlarında ihlâlin, taraf ülkeye atfedileceği unutulmamalıdır[457]. Zira her iki durumda da nihai karar, AİHS'ye taraf devlet mahkemelerince verilmiştir.

Bu noktada milletlerarası özel hukuk kuralları bakımından ikili bir ayrım yapılmaktadır. Taraf devlet mahkemesinin AİHS'yi ihlâl eden yabancı hukuku uygulaması AİHS'nin doğrudan ihlâli olarak algılanırken, aynı mahkemenin yabancı kararı tanıması daha çok dolaylı ihlâl biçiminde anlaşılmaktadır[458]. Zira ikinci durumda asıl ihlâl, kararın kaynak devletinde zaten gerçekleşmiştir. Bu ayrım yukarıda insan haklarının etkileri konusunda yapılan doğrudan-dolaylı yatay etki ayrımı ile karıştırılmamalıdır.

Öte yandan taraf devletin, AİHS hükümlerine aykırı nitelikte kanunlar ihtilâfı çözümü sunan bir milletlerarası sözleşmeye de taraf olması durumunda AİHS ve diğer milletlerarası sözleşme arasında çekişme meydana gelecektir. Örneğin kişisel statünün tanıma ve tenfiz edilmesine dair milletlerarası sözleşmeler özellikle farklı hukuk kültürlerinden gelen kararların hareketliliğini sağlamak amacındadır[459]. Bu nedenle bir yandan koruduğu hakların geniş kapsamda uygulanması amacında olan AİHS ve diğer

[455] Docquir, s. 506.

[456] Stürner, s. 9 vd.

[457] Kiestra, Article 1, s. 5.

[458] Kiestra, Article 1, s. 5.

[459] Docquir, s. 499.

yandan yabancı hukuki statülerin korunması ve tanınmasını hedefleyen sözleşmeler arasında çatışma yaşanabilir. Ne var ki farklı bir milletlerarası sözleşmeye taraf olması nedeniyle AİHS'yi ihlâl eden üye devletin AİHS bağlamında sorumluluğu devam etmektedir[460]. Zira AİHS m. 1 somut norm ve önlemler arasında bir fark yaratmadığı ve üye devletler yetki alanının hiçbir kısmını Sözleşme dışında bırakmadığı için birçok yargılamada AİHM, bir milletlerarası yükümlülüğü yerine getirmek isteyen devleti, AİHS ihlâli nedeniyle mahkum etmiştir[461]. Üstelik Türk hukuku bağlamında usûlüne göre yürürlüğe girmiş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu da hatırlanmalıdır. Bu anlamda milletlerarası özel hukuk kuralının milletlerarası sözleşmeden kaynaklanıyor olması, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşme niteliğindeki AİHS'nin göz ardı edilmesini haklı kılmaz.

Daha da ileri giderek, mahkemeler tarafından uygulanan tüm milletlerarası özel hukuk kurallarının ve bu kuralların uygulanmasının sonuçlarının, diğer iç hukuk kurallarında olduğu gibi, AİHS ile uyumlu olması gerektiği ileri sürülmektedir[462]. Örneğin, *Markovic and others v. Italy* kararı, *for* devletinin yetki kurallarının, AİHS'nin uygulanabilirliğini sınırlayamayacağı şeklinde yorumlanmaktadır[463]. *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* kararında da AİHM, Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi'nin uygulanması ve yorumlanması sırasında, özellikle çocuğun yüksek yararını göz önünde

[460] Docquir, s. 498 vd.

[461] Docquir, s. 499.

[462] Hammje, Coopération Transfrontiere, s. 406; Stürner, s. 12.

[463] Kiestra/ Pontier, s. 70 vd. Bkz. *Markovic and others v. Italy*, Application No 1398/03, Judgement of 14 December 2006. Bkz. aynı yönde *Fayed v. UK*, Application No 17101/90, Judgement of 21 September 1994.

bulundurarak, AİHS'de yer alan hak ve özgürlüklerin güvence altına alıp almadığını değerlendirme yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir[464].

cc. Milletlerarası özel hukuka ait antlaşmalar ve özellikle Lahey Sözleşmeleri

MÖHUK m. 1 ikinci fıkrada T.C.'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir[465]. Doktrinde bu hüküm, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda sadece insan haklarına ilişkin milletlerarası sözleşme hükümleri değil, Türkiye'nin taraf olduğu tüm sözleşmelerin milletlerarası özel hukuka ilişkin hükümlerinin kanunlarla çelişmesi durumunda öncelikle uygulanacağı şeklinde yorumlanmaktadır[466]. Diğer görüş, madde hükmünde milletlerarası antlaşmaların öncelikli değil, saklı olduğunun belirtildiğini ileri sürmektedir[467]. İlk görüş kabul edilirse, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmeler gibi, milletlerarası özel hukuka ilişkin sözleşmeler de ayrı bir statü kazanır. Ancak ikinci görüş kabul edilirse, MÖHUK'un milletlerarası sözleşmelere kıyasla daha lehte hükümler içermesi durumunda, milletlerarası sözleşme yerine Kanun dikkate alınabilir. Ancak bu görüş,

---

[464] *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, Application No 41615/07, Judgement of 6 July 2010.

[465] Bazı hukuk sistemlerinde Milletlerarası Özel Hukuk Kanunları benzer hükümler içermektedir. Örneğin bkz. İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 1/2. MÖHUK m. 1'in "doğrudan uygulanır nitelikte" olan milletlerarası sözleşmeler açısından işlevsel bir hüküm olduğu görüşü için bkz. Güngör, s.27.

[466] Nomer, Ergin: *Devletler Hususi Hukuku*, 22. Baskı, İstanbul 2017, s. 71 vd., (Devletler Hususi). Güngör, milletlerarası sözleşmelerin, doğrudan uygulanır özellik taşıması hâlinde öncelikle uygulanacağını ileri sürmektedir. Bkz. Güngör, s. 26 vd.

[467] Şanlı, Cemal/ Esen, Emre/ Ataman-Figanmeşe, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7. Bası, İstanbul 2019, s. 15.

temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar bakımından, Anayasa m. 90/son hükmü ile birlikte yorumlanmalıdır.

Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası özel hukuka dair antlaşmaların önemli bir bölümünü Lahey Konferansı tarafından hazırlanan sözleşmeler oluşturmaktadır[468]. Bu sözleşmeler, özellikle çocuklar ve savunmasız kişilerle –zayıf taraf- ilgili olarak, sıklıkla uluslararası insan haklarına normlarına yer vermekte, bu sayede modern uluslararası insan hakları çerçevesinin güçlendirilmesinde önemli bir rol oynamaktadır[469]. Bu sözleşmeler aslında, uluslararası toplum tarafından oluşturulan "üst düzey" insan hakları normlarını ilham kaynağı olarak alarak, bireylerin adalete somut erişimini kolaylaştırmaya çalışmaktadır[470]. Örneğin, 1980 Çocuk Kaçırma, 1993 Evlat Edinme, 1996 Çocukların Korunması ve 2007 Çocuk Nafakası sözleşmeleri, en geniş çapta onaylanmış uluslararası insan hakları antlaşması olan 20 Kasım 1989 tarihli BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'de belirlenen bir dizi insan hakları yükümlülüğüne etki

[468] Lahey Sözleşmeleri'nin uygulama alanının belirlenmesi, ilgili sözleşmenin, taraf olmayan devlet vatandaşına veya mutad meskeni taraf olmayan devlette bulunan kişilere de uygulanıp uygulanmayacağının belirlenmesi noktasında önem arz etmektedir. Örneğin 1973 tarihli Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme *erga omnes* nitelik taşımakta ve herkese karşı ileri sürülmekte iken 1956 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme, çocuğun sözleşen devletlerden birinde mutad mesken sahibi olması durumunda uygulanacağı için *erga omnes* nitelik taşımamaktadır. Lahey Sözleşmeleri için bkz. https://www.hcch.net/en/instruments/conventions (Erişim Tarihi: 27.12.2021).

[469] Groff, Maja: The Hague Conventions: Giving Effect to Human Rights through Instruments of Private International Law, Handmaker, Jeff/ Arts, Karin (eds.): *Mobilising International Law for 'Global Justice'*, Cambridge 2018, s. 109, 110.

[470] Groff, s. 91.

tanımıştır[471]. Yeni düzenlenen sözleşmeler dışında eski Lahey Sözleşmeleri'nde de, savunmasız grupları etkileyen sınır aşan hukuki konuları -örneğin çocuklar, aileler ve yaşlılar- ele alma endişesi yansıtılmıştır. Mevcut Lahey Sözleşmeleri'ne ek olarak, Lahey Daimi Bürosu (Sekreterlik) uluslararası taşıyıcı annelik düzenlemeleri ile ilgili yeni uluslararası yasama çalışmaları (yani yeni Lahey Sözleşmeleri'nin geliştirilmesine) ile sonuçlanabilecek bir ön araştırma yürütmektedir[472]. Görülmektedir ki mevcut Lahey Sözleşmeleri ve projeleri, belli bazı gruplar çerçevesinde de olsa, insan hakları normlarını milletlerarası özel hukuka taşımaktadır.

Kanımızca, bölgesel veya evrensel alanda büyük katılım gerçekleştirilen insan hakları sözleşmeleri ve çeşitli devletlerin anayasalarında aynı veya benzer nitelikteki hükümler, milletlerarası özel hukukun yeknesaklık amacının gerçekleşmesine kısmen de olsa katkıda bulunan kaynaklar olarak değerlendirilebilir.

c. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları

Yargıtay Kanunu m. 15'e göre, Yargıtay Hukuk Daireleri arasında içtihat uyuşmazlıkları bulunursa veya Yargıtay dairelerinden biri yerleşmiş içtihadından dönmek isterse ve benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar vermiş bulunursa, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bu konuları içtihatların birleştirilmesi yoluyla kesin olarak karara bağlar. Yargıtay Kanunu m. 45 paragraf 5 hükmüne göre "İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar." Dolayısıyla Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, diğer mahkeme kararlarından farklı olarak bağlayıcı niteliktedir.

---

[471] Groff, s. 89 vd.

[472] Bkz. https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy (Erişim Tarihi: 27.12.2021).

Bu anlamda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunca 2012 yılında alınan bir karar, milletlerarası özel hukuk bağlamında örnek verilebilir. Kararın esas konusu, gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının tenfiz edilmesinin kamu düzenine aykırılığı olmakla birlikte, Yargıtay bu kararda kamu düzeni kavramının sınırını da çizmiştir. Bu karar uyarınca,

> "... iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyi niyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir."[473]

Bu hükümde kamu düzeni çerçevesi içerisinde sayılan kriterlerden ikisi, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükler ile insan hak ve özgürlüklerine aykırılıktır. Bunlardan "Anayasada yer alan temel hak ve özgürlükler" kriterinin, kararda yer alan tek somut kriter olması nedeniyle uygulamada rahatlıkla kullanılabileceği kanısındayız. Yargıtay'ın bu kararı, Türk hukuk sistemindeki organlar için bağlayıcı olduğu için, AİHS ve temel hak ve özgürlükleri esas alan milletlerarası sözleşmelere veya Anayasa'ya aykırılık sonucu dikkate alınarak kamu düzeni devreye sokulabilecektir.

[473] Yargıtay HGK, E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.02.2012.

İKİNCİ BÖLÜM

İNSAN HAKLARININ MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTAKİ ETKİSİ

İnsan hakları ile milletlerarası özel hukuk arasındaki bağlantı belirlendikten sonra, bu bağlantının etkilerinin ve sonuçlarının araştırılması gerekmektedir. İnsan haklarına aykırılığa karar verildikten sonraki adımda, bir milletlerarası özel hukuk uyuşmazlığında insan hakları ihlâli ile karşılaşıldığında söz konusu insan hakkına ne şekilde etki tanınacağı belirlenmelidir[474]. Zira insan haklarının nasıl uygulanacağı sorusu, bu hakların uygulanacağı gerçeğinden-olgusundan farklılık arz etmektedir[475].

Burada, ilk bölümde tartışılan insan haklarının uygulanması gereken yabancı hukuka veya etki tanınacak mahkeme kararına karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği değil, hangi aşamada ve ne şekilde sürülebileceği sorunu gündeme gelmektedir. Bu çerçevede devam eden bölümde hâlihazırda milletlerarası özel hukuk kurallarına sızmış insan hakları kurallarının izi sürülecek ve insan haklarını ihlâl etme potansiyeli bulunan milletlerarası özel hukuk araçları belirlenip, yeniden formüle edilmeye çalışılacaktır.

---

[474] Mayer, s. 659; Fawcett, s. 36. *Mayer* de benzer biçimde AİHS'ye aykırılık durumunun öncelikle araştırılması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Mayer, s. 659. AİHS m. 6 kapsamında iki aşamadan oluşan melez bir insan hakları/milletlerarası özel hukuk yaklaşımı öneren *Fawcett*'e göre de öncelikle insan hakları sorunu belirlenmeli; somut olaya göre, yurtiçi veya yurtdışında m. 6 ilkelerinin ihlâl edilip edilmediği veya edilme riskinin bulunup bulunmadığı insan hakları içtihadı kullanılarak saptanmalıdır. İnsan hakları hukukunun öncelikli olduğu bu aşamada yazara göre, hem söz konusu ihlâl belirlenmiş hem de ulusal mahkemelerin AİHM kararlarını dikkate alma yükümlülüğü yerine getirilmiş olur. Yurtiçindeki ihlâli doğrudan etki doktrini, yurt dışındaki ihlâli veya ihlâle yönelik gerçek riski, dolaylı etki doktrini altında engellemelidir. Bkz. Fawcett, s. 36.

[475] Oster, s. 548.

Böylece milletlerarası özel hukukun insan hakları mülâhazaları içeren ve onları koruyan araçları belirlenecektir.

I. İnsan Haklarının Uygulanacak Maddi Hukukun Tespiti ve Uygulanmasına Etkisi

A. Yetkili Hukukun Tayini Aşaması

1. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Oluşturulması

Mevcut milletlerarası özel hukuk kurallarının insan haklarına aykırılığının yargı tarafından tespit edilmesinin doğuracağı güvensizlikten kaçınmak için bu kurallara formülasyon aşamasında müdahale edilmelidir[476]. Ancak maddi hukuk kurallarının anayasal normlara dayandırılması endişesi, bazı insan hakları normlarının maddi hukuk kurallarıyla sıkı bağlantılara sahip olmaması nedeniyle gereğinden fazla kazüistik düzenlemelere yol açabileceği için tartışmalara yol açabilir[477]. Bu tartışmalar bir kenara bırakılırsa, milletlerarası özel hukuk kurallarının insan hakları ile uyumlu hâle getirilmesi, öncelikle insan haklarından etkilenen konuların ve kategorilerin belirlenmesini gerektirir. Kişisel statü ve aile hukukuna ilişkin konular, insan haklarından etkileneceği kesin olan kategorilerden sayılabilir[478]. Ne var ki bu alanlar dışında bir belirlemenin yapılması, özel hukukun tamamının inceleme altına alınmasını gerektireceği için oldukça zordur. Bu nedenle, bu bölüm kapsamında mümkün olduğunca güncel ve tartışmalı konulara değinilmeye çalışılarak insan haklarının milletlerarası özel hukuk kurallarının oluşumundaki etkisi araştırılacaktır.

Bağlama kuralları şeklen nötr görünse de, bağlama noktasının kullanılmasında yapılan ayrımın, insan haklarına uygun olması için ölçülülük ilkesi çerçevesinde

[476] Labrusse, s. 21.

[477] Labrusse, s. 22.

[478] Labrusse, s. 24.

mantıksal ve objektif olarak gerekçelendirilip gerekçelendirilmediği önem arz etmektedir[479]. Bu anlamda geleneksel kanunlar ihtilâfı kuralları insan haklarından etkilenme potansiyeline sahiptir. Örneğin, *lex loci delicti* kuralının yani haksız fiilin ika yeri hukukunun adil olmayan şekliyle uygulanması, kontrolün insan hakları ihlâlinin gerçekleştiği iddia edilen hukuk sistemine geçmesi anlamına gelmektedir[480]. Özellikle ürünle ilgili tesislerini gelişmemiş ülkelerde konumlandıran transnasyonal şirketlere karşı *lex loci delicti* kuralının gösterdiği ülke mahkemelerinden farklı mahkemelerde açılan insan hakları davaları[481], bu geleneksel kuralın insan hakları lehine devre dışı bırakılmasına neden olmuştur[482]. Bu potansiyele sahip bağlama kuralları, aşağıda değerlendirilecektir.

a. Eşitlik İlkesi Kapsamında

Bağlama kurallarının formülasyonunda, ilk olarak, bu kuralların temelde ayrımcı olup olmadığı, yani yabancı unsur içeren uyuşmazlıkların iç hukuk uyuşmazlıklarından farklı biçimde çözülmesinin eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusu akla gelmektedir. Kanunlar ihtilâfı kurallarının potansiyel olarak ayrımcı olup olmadığı sorusuna olumlu yanıt veren *Currie*'ye göre menfaat analizi bağlamındaki incelemeler, birçok geleneksel kanunlar ihtilâfı kuralının keyfi biçimde yerleşim yeri veya vatandaşlık yönünde ayrımcılık içerdiğini göstermektedir[483]. Yanı sıra, evlenme ehliyeti ve şartlarını taraflardan her birinin evlenme anındaki millî hukukuna tâbi tutan MÖHUK m. 13 hükmünde olduğu

[479] Docquir, s. 509.

[480] Halfmeier, s. 93.

[481] Bkz. yukarıda, özel hukuk (yabancı) unsurlu insan hakları davaları.

[482] Halfmeier, s. 99.

[483] Kinsch, Prohibition of Discrimination, s. 19, 20.

gibi, aynı hukuki ilişkinin taraflarına farklı hukukların uygulanmasına yol açan kanunlar ihtilâfı kuralları da temel haklar bağlamında endişe doğurabilir[484]. Ne var ki doktrinde çoğunluk, bu görüşe çeşitli gerekçelerle katılmamaktadır[485].

Öncelikle, bir hukuk sisteminde kanunların uygulama alanının belirlenmesini yani kanunlar ihtilâfı kuralının bulunmasını zorunlu tutan veya sınırlandıran örf adet hukuku kuralının bulunmadığını belirtmekte fayda vardır[486]. Buna rağmen hukuk sisteminde kanunlar ihtilâfı kuralının bulunmaması, kanımızca insan hakları bağlamında sorun teşkil edebilir. Bu bağlamda, yabancı unsur dikkate alınmadan doğrudan *lex fori*'nin uygulanması, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturabilir. Zira eşit olmayan durumlar için eşit olmayan muamele ilkesi kanunlar ihtilâfı kurallarının varlık nedenidir, öyle ki, yabancı unsurlu uyuşmazlıklara, kural olarak *for* hukukunun uygulanmamasını gerektirmekte ve bu uygulamayı haklı çıkarmaktadır[487]. Bu konuyla ilgili olarak *Lorenz, Wengler*'e atıf yaparak kanunlar ihtilâfı kurallarının, eşit konulara eşit, eşit olmayan konulara eşit olmayan biçimde yaklaşma ilkesine dayanması gerektiğini belirtmiştir[488]. Bu nedenle sadece bir hukuk sisteminde homojen bağlantılara sahip dava ile birçok hukuk sisteminde heterojen bağlara sahip dava birbirine eşit değildir[489]. *Lorenz*'e göre, ikinci durumda eşit işlem ilkesi, doğrudan *lex fori*nin uygulanmasını engellemekte ve

---

[484] Nomer, Devletler Hususi, s. 44.

[485] Bkz. Kinsch, Prohibition of Discrimination, s. 19 vd.; Weick, Günter: Human Rights and Private International Law, MacEldowney, John/ Weick, Günter (eds.): *Human Rights in Transition*, Lang, Frankfurt am Main 2003, s. 193 vd.; Docquir, s. 518 vd.

[486] Bkz. Arat, s. 15 vd. dn. 23.

[487] Kinsch, Prohibition of Discrimination, s. 20.

[488] Weick, s. 193'ten naklen, Lorenz, Egon: *Zur Struktur des Internationalen Privatrechts*, Berlin 1977, s. 60.

[489] Weick, s. 194.

uygun maddi hukuk kuralının bulunabilmesi için özel bir değerlendirme gerektirmektedir.

AİHS çerçevesinde de farklı özel hukuk olaylarını farklı hukukların idare etmesinin, kendiliğinden ayrımcılık olarak algılanamayacağı, bu nedenle kanunlar ihtilâfı kurallarının kendiliğinden sözleşmeye aykırılık oluşturmayacağı ileri sürülmektedir[490]. Örneğin, AİHM'in *Losonci Rose et Rose c. Suisse*[491] kararında Macar ve İsviçre-Fransız eşlerin *lex fori*'ye (İsviçre hukuku) karşı yabancı hukukun (Macaristan hukuku) uygulanmasını başarılı biçimde ileri sürmesi, doktrinde insan haklarının ve özellikle AİHS'nin *lex fori* karşısında yabancı hukukun uygulanmasını desteklemesi fikrinin gelişmesini sağlamıştır[492]. Bu karar bağlamında AİHS m. 8'in, kişinin kültürel kimliğine saygı duymak adına, belli bir (yabancı) hukukun uygulanması hakkını sağlayacağı veya en azından bu hukukun uygulanması iddiasını güçlendireceği savunulmuştur[493].

Diğer yandan, kanunlar ihtilâfı kuralının maddi içeriğinin bulunmaması, ayrımcılık yasağının gündeme gelmesini engellemektedir[494]. Bu bakış açısından, çok taraflı kanunlar ihtilâfı kuralı herhangi bir kişiye belli bir yarar sağlayacak şekilde faaliyet göstermemektedir. Bu nedenle kişinin bir yarardan mahrum kalmasının nedeni

---

[490] Docquir, s. 518.

[491] *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, Application No 664/06, Judgement of 9 November 2010.

[492] Bkz. Kiestra/ Pontier, s. 89 vd.

[493] Kiestra/ Pontier, s. 90.

[494] Kinsch, Patrick: Private International Law Topics Before the European Court of Human Rights Selected Judgments and Decisions (2010-2011), *Yearbook of Private International Law*, 2011/13, s. 39, (Selected Judgments and Decisions); Kinsch, Prohibition of Discrimination, s. 20.

for devletinin kanunlar ihtilâfı kuralı değil, ancak uygulanan yabancı hukuk olabilir. Yabancı hukukun insan haklarını ihlâl etmesi durumunda ise kamu düzeni istisnasının kullanılması mümkündür[495]. Bu nedenle kişisel statü alanında vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken bağlama noktasını kullanan kanunlar ihtilâfı kuralları genel eşitlik ilkesi tarafından engellenmemelidir.

Genel eşitlik kuralı değil de özel nitelikli eşitlik kuralları söz konusu ise durum değişmektedir. Özel nitelikli kurallara ilk örnek, toplumsal cinsiyet eşitliği temelinde ayrımcılık yapmama ile ilgilidir. Kadın erkek eşitliği ilkesinin milletlerarası özel hukukta uygulanması, Alman hukuku içtihadından *Spaniard* kararında tartışılmıştır. Bu karar dışında da, birçok hukuk sisteminde kanunlar ihtilâfı kurallarının formüle edilmesinde kadın erkek eşitliği konusu, milletlerarası özel hukuk ve insan hakları arasındaki en büyük çatışmalardan biriydi[496]. AİHM'in *Losonci Rose* kararı da dolaylı da olsa kadın ve erkek arasında ayrımcılıkla ilgili bir karardır[497]. Karara konu olay döneminde yürürlükte olan İsviçre Medeni Kanunu'na göre eşler kural olarak erkeğin soyadını taşımakla birlikte dilerlerse kadının soyadını aile soyadı olarak tercih edebilmekteydi. Macar vatandaşı Bay *Losonci*, bu düzenlemeye göre evlendikten sonra İsviçre vatandaşı eşinin soyadını tercih etmiş ve soyadı *Losonci Rose* olarak değişmiştir. Öte yandan İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'na göre kişiler soyadlarını vatandaşlık hukukuna göre seçebilmektedir. Bay *Losonci Rose* evlendikten sonra İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun bu hükmüne dayanarak Macaristan hukukuna uygun biçimde kendi soyadını alma talebinde bulunmuştur. İsviçre makamları, daha önce kadının soyadı tercih edildiği için ikinci tercih hakkı tanınarak soyadının değiştirilmesine izin vermemiştir. İsviçre Federal Mahkemesi de, eşinin soyadını

[495] Nomer, Devletler Hususi, s. 45.

[496] Weick, s. 195.

[497] Kinsch, Prohibition of Discrimination, s. 23.

kullanma talebinin, soyadının tespitini ulusal hukuka tâbi tutma seçimini geçersiz kıldığına, yani bu iki seçeneğin bir arada kullanılmayacağına karar vermiştir. AİHM ise, *Losonci Rose*'u seçme hakkından mahrum etmenin toplumsal cinsiyet temelinde ayrımcılığa yol açtığına hükmetmiştir. Zira söz konusu düzenlemeye göre erkeğin soyadının alınması kural, kadının soyadının alınması bir seçim olarak kabul edilmektedir[498].

Ayrımcılık yasağı, vatandaşlık hukuku bağlama noktasının kullanılmasında sıklıkla gündeme getirilen insan hakları ihlâli iddialarından biridir. Kişisel statüyü vatandaşlık hukukuna bağlayan kural ele alındığında, bağlama unsuru şeklî anlamda ayrımcılık ve farklılık oluşturmamaktadır; herkese kendi ulusal hukuku uygulanacağı için bir açıdan herkes aynı durumdadır[499]. AİHM'in *Ammdjadi v. Germany* kararına[500] göre de,

> "özellikle kanunlar ihtilâfı davalarında aile konularının mutad meskene göre değil de vatandaşlığa göre değişmesi iyi bilinen bir ilkedir ve kişinin menşe ülkesi ile yakın bağlantısının korunmasını amaçlar. Bu nedenle nafaka hakları konusunda mutad mesken hukukunun belirleyiciliği tercih edilebilir görünse de, vatandaşlık hukukunun belirleyiciliği makul gerekçe ve amaçtan yoksun olarak nitelendirilemez."

---

[498] Bu kararın gerekçesinde, İsviçre vatandaşı erkek ile yabancı devlet vatandaşı kadının evlendiği olasılığa dikkat çekilmiştir. Bu olasılıkta kadın herhangi bir tercihte bulunmayıp eşinin soyadını alırsa, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'ndaki hakkını kullanabilecek ve kadının ulusal hukukuna uygun biçimde önceki soyadını kullanma hakkı olacaktır.

[499] Docquir, s. 518.

[500] *Ammdjadi v. Germany*, Application No 51625/08, Decision of 9 March 2010.

Ancak bazı yazarlara göre, kişisel statü konularında bağlama unsuru olarak kişilerin vatandaşlığını kullanan kanunlar ihtilâfı kuralları, ayrımcılık yasağı –AİHS m. 14- gereğince kaldırılmalıdır[501]. Kişilerin giderek daha fazla dolaşım hâlinde olması nedeniyle, vatandaşlık artık kişinin belli bir sosyal çevre ile entegre olması için en uygun unsur olmaktan çıkmıştır[502]. Bir devlete uyum sağlayan birey, çoğu durumda, bu devletin hukukunu yıllar önce ayrıldığı vatandaşlık devleti hukukundan daha iyi bilmektedir[503]. Bu nedenle, doktrinde kişinin kişisel statüsüne vatandaşlık hukukunun değil mutad mesken hukukunun uygulanması önerisi getirilmiştir. Bağlama unsuru olarak vatandaşlığın, AB metinlerinde oldukça sık kullanılan mutad mesken kavramı ile değiştirilmesi bu yönde destekleyici bir argümandır[504]. Bu anlamda, bağlama noktası olarak kişilerin mutat meskeninin uygulanmasını savunan ve aynı ülkedeki kişiler arasında vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılmasına şüpheyle yaklaşan görüşler bulunmaktadır[505]. Bu görüş doğrultusunda, bir milletlerarası özel hukuk kuralı sadece vatandaşlar açısından kazançlıysa, AİHS m. 14 ile birlikte kombine olan hükmün incelenerek makul gerekçenin değerlendirilmesi gerekmektedir. Daha da ileri giderek, hukuk önünde eşitsizliği gidermek için kişisel statü konularında çok taraflı kanunlar ihtilâfı kuralları yerine *lex fori*'nin uygulanmasını savunan yazarlar da bulunmaktadır[506].

[501] Kinsch, Prohibition of Discrimination, s. 20.

[502] di Noto, s. 160.

[503] di Noto, s. 161.

[504] Michaels, Public and Private, s. 132.

[505] Kinsch, Prohibition of Discrimination, s. 20.

[506] Bu yazarlar için bkz. Kinsch, Prohibition of Discrimination, s. 20.

Vatandaşlık bağlama noktası kapsamında, çifte vatandaşlıkla ilgili sorunlar da gündeme gelebilir[507]. Alman hukukuna göre çifte vatandaşlık durumunda bağlama unsuru olarak gerçek vatandaşlık dikkate alınmakta; ancak bu vatandaşlıklardan biri Alman vatandaşlığı ise bağın zayıf olmasına bakılmaksızın Alman hukuku uygulanmaktadır. Bu istisnanın ilk gerekçesi ilgili makam için karar vermeyi kolaylaştırmak, diğer gerekçesi ise birçok devletin de aynı uygulamaya sahip olmasıdır. Ancak *Weick*'e göre, bu gerekçeler iki grup –çifte vatandaşlıklarından biri Alman vatandaşlığı olanlar ve olmayanlar- arasında farklılık yaratmak için yeterli değildir ve bu durum eşit konulara eşit işlem ilkesine aykırı olarak nitelendirilebilir[508]. Türk hukukunda da Alman hukuku ile benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. MÖHUK m. 4/1-b hükmüne göre, kanunda vatandaşlık bağlama noktasının tercih edildiği konularda, birden fazla vatandaşlığa sahip Türk vatandaşlarının, Türk vatandaşlığı esas alınmaktadır. Bu konuda *Weick*'e katıldığımızı belirtmeliyiz. MÖHUK m. 4/1-c hükmünde "birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki hâlinde bulundukları devlet hukukunun" uygulanacağı öngörülerek "etkili vatandaşlık ilkesi ve gerçek bağ ölçütüne" vurgu yapılmıştır[509]. Kişinin başka bir ülke ile gerçek vatandaşlık bağına sahip olmasına rağmen, Türk mahkemelerinde dava açması nedeniyle Türk hukukunun uygulanması, kanımızca eşitlik ilkesini zedelemektedir.

Bu eleştirilere rağmen vatandaşlık bağlama noktası, milletlerarası özel hukukta insan haklarına aykırılıkları engellemek için de kullanılabilmektedir. Bu konuda "isim hakkı" örnek gösterilebilir. Avrupa'da birçok ülkede isim hakkı kişisel haklardan biri olarak kabul edilmektedir: isim, kişinin kişisel kimliğinin açıklaması ve bireyin temel

[507] Weick, s. 196.

[508] Weick, s. 196.

[509] Güngör, s. 56.

hakkı olarak kabul edilmektedir[510]. İsme yönelik farklı hukuk sistemlerinde farklı maddi hukuk kurallarının bulunması ise gerçekte kişiye her devlette aynı ismin verilmemesi sonucunu doğurabilir ve kişiyi isminden sonradan mahrum bırakmak, temel haklarla çelişebilir[511]. Bu bağlamda Milletlerarası Kişi Hâlleri Komisyonu'nun hazırladığı 5 Eylül 1980 tarihli "19 Nolu Ad ve Soyadlarına Uygulanacak Kanuna İlişkin Sözleşme"[512], sınır aşan durumlarda ismin tutarlı biçimde düzenlenmesini temin etmeye çalışmaktadır[513]. Sözleşme'ye göre isim, bireyin kişisel statüsüne ait bir unsurdur ve bağlama noktası olarak vatandaşlık hukuku belirlenmiştir [514] . Bu Sözleşme içtihatlarından, ismin devamlılığı ve kişisel kimliğin korunması arasında var olan güçlü bağ ortaya çıkmaktadır[515].

[510] Rossolillo, Giulia: Personal Identity at A Crossroad Between Private International Law, International Protection of Human Rights and EU Law, *Yearbook of Private International Law*, 2009/11, s. 143.

[511] Rossolillo, s. 144.

[512] Türkiye'nin henüz imzalamadığı Sözleşme için bkz. *Convention (n° 19) sur la loi applicable aux noms et prémons*, http://www.ciec1.org/SITECIEC/PAGE_Conventions/kA4AAJs7nSRoV3hFTmRVUXhVoQA, (Erişim Tarihi: 21.05.2022).

[513] Rossolillo, s. 145.

[514] *Convention (n° 19) sur la loi applicable aux noms et prémons*, m. 1.

[515] Rossolillo, s. 148.

b. Mülkiyet Hakkı Kapsamında

İnsan hakları bağlamında incelenmesi gereken bir diğer geleneksel milletlerarası özel hukuk kuralı *lex situs*'dur[516]. Bu kural, AB hukuku çerçevesinde, serbest dolaşım kuralları ile uyumsuz olarak nitelendirildiği gibi mülkiyet hakkının değişimi veya kaybı, AİHS Protokol 1 m. 1 bağlamında da tartışmalıdır. Bu anlamda mülkiyet hakkının bağlı olduğu taşınır mal, ülke sınırını geçtiğinde, hangi *lex* situs'un ne zaman uygulanmaya başlayacağı önceden tahmin edilemeyeceği için bu kuralın sorun yaratabileceği iddia edilmektedir[517]. Bu iddia çerçevesinde, *lex situs*'un değişmesi nedeniyle mülkiyet hakkının tâbi olduğu hukukun da değişmesi, mülkiyet hakkından mahrumiyete neden olabilir. Sonuç olarak *lex situs* kuralının uygulanmasının AİHS Protokol 1 m. 1 bağlamında kişinin mülkiyet hakkına müdahale oluşturabileceği düşünülmüştür[518].

Ne var ki taşınır malların statü değişikliğini hakkın kazanılma anı ile sınırlayan kural, bu olumsuzluğu zaten ortadan kaldırmaktadır. Örneğin, MÖHUK 21/1 hükmünde, taşınır mallar üzerindeki ayni haklar için "işlem anında malların bulunduğu ülke hukukunun" uygulanmasını öngören kural, tam da *lex situs*'un uygulanma anını belirlemeye yönelik olarak getirilmiştir. Söz konusu iddia ancak *lex situs*'da mülkiyet hakkı kazanıldıktan sonra taşınır malın yer değiştirmesi ve yeni *lex situs*'un daha önce kazanılan hakkı tanımaması durumunda haklılık kazanmaktadır. Ancak burada da mülkiyet hakkının kaybı mahrumiyet yaratmasına rağmen yeni *lex situs*'da benzer bir hakka dönüşmesi, kişinin o hakkı aynı şekilde olmasa da hâlâ kullanabildiği anlamına

[516] Ramaekers, Eveline: "*Lex Situs*" and Article 1 Protocol 1 : the Influence of the European Convention on Human Rights on Private International Law, Akkermans, Bram/ Ramaekers, Eveline (eds.), *Property Law Perspectives*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 2012, s. 4.

[517] Ramaekers, s. 11.

[518] Ramaekers, s. 17.

gelmektedir[519]. Bu nedenle mülkiyet hakkının kaybolmadığı ancak şekil değiştirdiği durumlarda, hakkın sınırlanmasında ölçülü bir amaç takip edildiği söylenebilir[520].

2. Yabancı Hukuka Göre Oluşan Hukuki Statünün Tanınması Suretiyle Kanunlar İhtilafı Kurallarının Bertaraf Edilmesi

Milletlerarası özel hukukta "tanıma" kavramı, hem yabancı kararın tanıma-tenfiz edilmesi hem de yurtdışında edinilen statünün tanınması bağlamında iki farklı anlamda kullanılmaktadır. Çoğu hukuk sisteminde ilk kategori, milletlerarası özel hukuk kurallarına uygun olarak tanımayı gerektirirken, ikinci kategori ilgili statüye (evliliğin veya ismin tanınması gibi) göre farklı bir rejime tâbi olabilir[521]. Öte yandan milletlerarası özel hukukta böyle bir ayrım geçerli olsa da AİHM, AİHS m. 8'in uygulanmasında yabancı kararın tanınması ve yabancı devlette kazanılan statünün tanınması kavramlarını birbirinden ayırmamaktadır[522]. Bu nedenle, bu bölüm kapsamında incelenen tanıma ile ilgili olarak yeri geldiğince AİHM'in bakış açısını ortaya koymak adına, yabancı kararın tanınmasıyla ilgili örnekler de verilecektir.

---

[519] Ramaekers, s. 17.

[520] *Ramaekers*'a göre, devletlerin genelde iddia ettiğinin aksine *lex situs* kamu düzeninden değildir. Zira kuralın, özellikle taşınırlar açısından, birçok istisnası mevcuttur ve bu istisnalar giderek artmaktadır. Ramaekers, s. 17.

[521] Kiestra, The Impact, s. 227.

[522] Kiestra, The Impact, s. 227-228; Kinsch, Patrick: Enforcement as a Fundamental Right, *The Netherlands Journal of Private International Law (NIPR)*, 2014/4, s. 541, (Enforcement).

a. Genel olarak

Yurtdışında kazanılan statüleri tanıma yükümlülüğü, doktrinde "tanıma yöntemi" olarak adlandırılan yeni bir bakış açısının geliştirilmesini sağlamıştır. Tanıma yönteminin ana fikri, yabancı ülkede yabancı hukuka göre meydana gelen kişisel ilişkilere, ulusal hukukta, bu ilişkilerin özel ve asli niteliklerine saygı duyarak yer vermektir [523] . Bu yöntemde, menşe hukuk düzeninde geçerli bir aile ilişkisinin devamlılığının ilgili hukuk düzeninde de geçerli olmasının ne olursa olsun sağlanması endişesi vardır. Bu nedenle tanıma bir anlamda *de jure* ve *de facto* arasındaki ayrıma karşı çıkmak olarak nitelendirilmektedir[524].

Bu yöntem, nerede ve nasıl meydana geldiği fark etmeksizin bir statünün geçerliliğinin, *for* devletinin kanunlar ihtilâfı kurallarına göre belirlenmesi geleneksel görüşünden yani klasik yaklaşımdan ayrılmayı gerektirir[525]. Dolayısıyla bu yöntemin kabul edilmesi, milletlerarası özel hukukun amaçlarında ve metotlarında değişiklikler yapılması ve bu alanda kişisel statülere özgü bir rejimin geliştirilmesi anlamına gelmektedir[526]. Bu doğrultuda devlet, kişinin aile ve özel hayata saygı hakkı adına, bireyin kişisel statüsünü yurtdışında var olduğu şekliyle benimsemelidir[527]. Bu nedenle

---

[523] Muir Watt, Recognition, s. 5 vd.

[524] Muir Watt, Recognition, s. 18.

[525] Kinsch, Patrick: Recognition in the Forum of A Status Acquired Abroad – Private International Law Rules And European Human Rights Law, Boele-Woelki et al (eds.): *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven International Publishing, the Netherlands 2010, s. 273, (Recognition).

[526] Isailović, s. 342; Corneloup, Sabine: Le Controle de l'Ordre Public par la Cour Européenne des Droits des l'Homme, *Journal Européen des Droits de l'Homme*, 2013/3, s. 397

[527] Hammje, Coopération Transfrontiere, s. 408.

olağan kanunlar ihtilâfı metodunun yerine, statücülerden ödünç alınan kazanılmış haklara saygı mantığına dayanan statülerin tek taraflı olarak tanınması yöntemi geçmektedir[528].

Statücü doktrin ile tanıma yöntemi arasında vurgulanan bu yakınlık nedeniyle tanıma, kişisel haklarla ilgili kanunlar ihtilâfı hukukunun insan hakları tarafından işgal edilmesi olarak tanımlanmıştır[529]. Bu anlamda örneğin ifade özgürlüğü ile özel hayata saygı haklarının çatıştığı uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk sadece bir başlangıç noktası olarak kalacak, hangi devletin hukuku uygulanırsa uygulansın, sonuç insan haklarına ait ölçülülük testine bağlı olacaktır[530]. Bu da, klasik anlamda ulusal ve özel hukuk alanında yer alan bir disiplin olarak tanımlanan milletlerarası özel hukukun içerisinde yer alan tanımanın, milletlerarası ve kamu alanında yer alan bir disiplin olan insan hakları hukukunda var olan politikalar tarafından dönüştürülmesi anlamına gelmektedir[531]. Bu radikal yöntemde, sınır aşan ilişkilerde kişisel statüye istikrar kazandırmak için, yabancı ülkede meydana gelen durumun geçerliliğinin değerlendirildiği aşamada, kanunlar ihtilâfı metodunu terk etmek ve bunun yerine "tanıma" yöntemini kullanmak gerekmektedir[532]. Tanıma yöntemi, kişisel ve sosyal ihtiyaçlara yoğunlaştığı için soyut normlar sistemi olan milletlerarası özel hukuktaki varsayımların yeniden değerlendirilmesine yol açmaktadır[533]. Örneğin, kanunlar ihtilâfında çoğunlukla *for* hukukunun kendi hukuki kategorilerine dayandığı

[528] Hammje, Coopération Transfrontiere, s. 408.

[529] Muir Watt, Recognition, s. 35.

[530] Muir Watt, Recognition, s. 33 vd.

[531] Isailović, s. 325.

[532] di Noto, s. 157.

[533] Muir Watt, Recognition, s. 26.

vasıflandırma yönteminin aksine, "ötekinin" hukuku nasıl anladığı ve oluşturduğu fikrine odaklanmaktadır[534].

For hukukuna aykırı kurulan ilişkilerin kabulünü sağlama noktasında insan hakları devreye girmektedir[535]. Bu anlamda insan hakları, *for* devletinin bir statüyü tanıması ve dolayısıyla bu statünün *for* devletinde etki doğurmasını gerektirebilir[536]. Böylece söz konusu statünün tanınması, millî kamu düzenine aykırı olsa bile farklı insan hakları mülâhazaları nedeniyle zorunlu kabul edilebilmektedir[537]. Öte yandan söz konusu statünün tanınması, *for* devletinin insan haklarına aykırılık niteliğinde de olabilir. Bu durumda *for* devletinin insan hakları gerekliliklerinin hafifletilip hafifletilmeyeceği ve ne ölçüde hafifletileceği gündeme gelmektedir[538]. Bu hafifletmede, hukuki kesinlik ve haklı beklentilerin korunması gibi genel hukuk ilkeleri, *for* devletinin insan hakları kavramlarının katı bir şekilde uygulanmasına karşı dengeleyici olarak kullanılmaktadır. Dolayısıyla tanıma, herhangi bir medeni hukuk kurumunun yanında veya ona karşı taraf almaktan ziyade, sınır aşan durumlarda kişisel statülerin istikrarının sağlanmasına yönelik haklı beklentilere saygı duyma veya hukuki güvenliği sağlamakla ilgilidir[539].

Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, insan hakları mülâhazalarının gündeme gelmesi için statünün coğrafi anlamda yurtdışında kazanılması katı bir biçimde gerekli değildir[540]. Örneğin, Almanya Anayasa Mahkemesi, evlenmenin yapıldığı yer (*lex loci*

[534] Muir Watt, Recognition, s. 27.

[535] Muir Watt, Recognition, s. 30.

[536] Kinsch, Encyclopedia, s. 885.

[537] Callsen, s. 136.

[538] Kinsch, Encyclopedia, s. 885.

[539] Corneloup, s. 397.

[540] Kinsch, Recognition, s. 272.

celebrationis) olan Almanya hukukunun şeklî gerekliliklerine aykırı biçimde Anglikan topluluğu papazı tarafından gerçekleştirilen bir evliliğin, sosyal haklar bakımından Alman Anayasası m. 6 hükmüne (AİHS m. 8'e benzeyen bir hüküm) göre geçerli kılınması gerektiğine hükmetmiştir.

Muir Watt'a göre tanıma yöntemi, hukuki akıl yürütmede üç önemli bağlamda anlayış biçiminin değiştirilmesine yol açmıştır[541]. İlk değişim, bu akıl yürütmeye "bakış açısı" kavramının eklenmesidir. Bu anlamda hukuk, baskın görüşleri normal olmaktan çıkarır ve bunun yerine bireysel konuları koyarak "ihtiyaçlar için mücadele" eder [542]. Hukukun artık bireysel açılara cevap vermesi beklenmektedir. *Habermas* da hukukun algısının değiştiğini söylediği çalışmasında, hukukun "cisimleştirme" gücü olmaktan çıkıp, gerçek hayatın sistem içerisine aktarılmasında bir araç olduğunu dile getirmektedir. İlkiyle yakından ilgili olan ikinci değişim kapsamında artık kesinlik ve evrenselliğin yerini, görecelik ve bağlam kavramları almaktadır. Kamu ve özel, millî ve milletlerarası hukuk ayrımının bulanıklaşması gibi insan hakları kavramı da bir haklar listesinden çıkmıştır [543]. Son değişim, sosyal bilimler metotlarıyla ilgili olarak "metodolojik milliyetçiliğin" reddidir. Zira ben ve öteki, *forum* ve yabancı arasındaki ilişkiyi şekillendirmek ve anlamak üzerinde tasarlanan hukuki araçlar kaçınılmaz olarak değer yargılarını yansıtmaktadır [544]. Bu nedenle özellikle farklılıklar söz konusu olduğunda, metodolojinin içinde yer alan politika konusunda giderek artan bir farkındalık yaşanmıştır.

[541] Muir Watt, Recognition, s. 19.

[542] Muir Watt, Recognition, s. 21.

[543] Muir Watt, Recognition, s. 22.

[544] Muir Watt, Recognition, s. 23.

Bu yöntemin kullanıldığı iki milletlerarası sözleşme bulunmaktadır[545]: 1978 tarihli Evlenmenin Geçerliliğinin Tanınmasına Dair Lahey Sözleşmesi[546] ve 2007 tarihli Kayıtlı Birlikteliklerin Tanınmasına İlişkin Kişi Hâlleri Komisyonu Sözleşmesi[547]. Bu Sözleşmeler'de tanıma devleti ile tarafların menfaatleri arasında dengeyi sağlayan üç şart bulunmaktadır[548]. Bunlardan ilki, statünün meydana geldiği devlet ile taraf arasında yeterli bağlantı bulunmasıdır. Bu şartla *marriage shopping, registration shopping, adoption shopping* gibi hileli sayılabilecek durumların önüne geçilmek istenmektedir. İkinci şart, yurtdışında yaratılan statünün geçerliliğinin menşe devletin milletlerarası özel hukuk ve maddi hukuk kurallarına bırakılmasıdır. Son olarak tanıma devletinin kamu düzeni müdahalesi, örneğin çok eşliliğin veya zorla evlendirmenin önlenmesi gibi oldukça sınırlı konularda devreye girmelidir.

b. AİHM kararlarında

AİHM kararlarına bakıldığında, bazı koşulların gerçekleşmesi durumunda statünün tanınması hakkının bulunduğu ve bu hakkın kaynağını, AİHS m. 8 gibi maddi veya m. 6 gibi usûli haklardan alabileceği anlaşılmaktadır[549]. Verilebilecek ilk örnek

---

[545] di Noto, s. 165 vd.

[546] *Convention of 14 March 1978 on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages* için bkz. https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=88, (Erişim Tarihi: 20.06.2022).

[547] *Convention (n° 32) sur la Reconnaissance des Partenariats Enregistrés Signée à Munich le 5 Septembre 2007* için bkz. http://www.ciec1.org/SITECIEC/PAGE_Conventions/ABoAAKB51EtRdnh2ZmFRT1lpKQQ, (Erişim Tarihi: 20.06.2022).

[548] di Noto, s. 167.

[549] Kinsch, Enforcement, s. 540.

karar kategorisi, isim hakkı ile ilgilidir. Kişinin belli bir isimle tanımlanması ve bu isimle biliniyor olması, ulusal makamların bu ismi tanımayı reddetmesinin ölçülülüğünün değerlendirilmesinde önemli rol oynamıştır[550].

Yabancı unsur barındıran davalara geçmeden önce AİHM'in iç hukuka ilişkin *Christine Goodwin v. UK* kararına değinmek gerekmektedir[551]. Söz konusu kararda, ameliyat sonrası değişen cinsiyetinin "hukuki olarak tanınması" talebinin reddedilmesi, AİHS m. 8 bağlamında özel hayata saygı hakkını ihlâl ettiği sonucuna varılmıştır[552]. AİHM'e göre, sosyal gerçeklik ve hukuk arasında çatışma olduğunda özel hayata ciddi bir müdahale vardır, bu durum transseksüel bireyleri anormal-kural dışı pozisyona sokar ve kırılgan, aşağılanmış hissetmelerine neden olur[553]. *Goodwin*'in değişen cinsiyetin tanınmasına dair kişisel ihtiyacı, belli bir grubun kolektif ihtiyacı ile de

---

[550] Rossolillo, s. 150. Bkz. *Burghartz v. Switzerland*, Application No 16213/90, Judgement of 22 February 1994. Söz konusu kararda çiftin, aile soyadı olarak kadının soyadını (*Burghartz*), erkeğin soyadı olarak ise *Schnyder Burghartz* soyadını alma talebinin reddedilmesi, cinsiyete dayalı farklı muamele olarak kabul edilmiş, AİHS m. 14 ile bağlantılı olarak m. 8 hükmüne aykırı bulunmuştur. Bkz. *Ünal Tekeli v. Turkey*, Application No 29865/96, Judgement of 16 November 2004. Söz konusu kararda, evlenme sonrası kadının yalnızca kendi soyadını (Ünal) kullanmasına izin verilmemesi, cinsiyete dayalı farklı muamele olarak kabul edilmiş, AİHS m. 14 ile bağlantılı olarak m. 8 hükmüne aykırı bulunmuştur. Söz konusu kararlar tamamen ulusal konularla ilgili olsa da ismin ve kişisel kimliğin devamlılığını koruma hakkının yabancı unsurlu uyuşmazlıklar açısından da tanındığı sonucuna varılabilir.

[551] *Christine Goodwin v. UK*, Application No 28957/95, Judgement of 11 July 2002.

[552] Muir Watt, Recognition, s. 18.

[553] Muir Watt, Recognition, s. 19.

kesişmektedir[554]. Bu karardan, tanımanın, hayat deneyimleri ve sosyal gerçekliğe daha duyarlı bir hukuki gerekçelendirme geliştirilmesini sağladığı görülmektedir. AİHS m. 8'in metot ve gereklilikleri, millî ve milletlerarası durumlar açısından değişim göstermeyeceği için doktrinde, *Goodwin* kararının iç hukuka ilişkin olması önemli görülmemiştir[555].

Bazı ülkeler transseksüel bireylerin nüfus sicilindeki cinsiyet kayıtlarını değiştirme prosedürlerini basitleştirmektedir. Örneğin tıp uzmanlarının beyanlarına ihtiyaç duyulmadan, kişilerin yasal cinsiyetlerini koşulsuz olarak değiştirmelerine izin veren ülkeler bulunmaktadır[556]. Milletlerarası özel hukuk açısından, bu cinsiyet değişikliğinin kamu düzeni gerekçesiyle tanınmaması sorun yaratabilir. Avustralya ve Yeni Zelanda gibi ülkelerde kabul edilen üçüncü yasal cinsiyetin ise ikili cinsiyet sistemini benimseyen ülkeler açısından karışıklık doğurması mümkündür[557].

Bu başlıkta örnek verilebilecek yabancı unsur barındıran kararlardan ilki, *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*[558] kararıdır. Bu karar hakkında ilk olarak, doktrinde, AİHM'in bu davada benimsediği yaklaşımın davanın kendine has özellikleri ile ilgili olduğu ve tanıma yöntemine benzese de bu yönteme örnek olamayacağının savunulduğunu ifade etmeliyiz[559]. Bu görüşe, *Wagner* kararına konu olayın esasen *exequatur* usûlü kapsamında olması anlamında katılsak da daha önce de ifade edildiği

[554] Muir Watt, Recognition, s. 20 vd.

[555] Muir Watt, Recognition, s. 25.

[556] Brink, Marjolein van den/ Reu, Philipp/ Tigchelaar, Jet: Out of the Box? Domestic and Private International Law Aspects of Gender Registration A Comparative Analysis of Germany and the Netherlands, *European Journal of Law Reform*, 17/2 (2015), s. 283.

[557] Brink/ Reu/ Tigchelaar, s. 288.

[558] *Wagner v. Luxembourg*, Application No 76240/01, Judgement of 28 June 2007.

[559] di Noto, s. 153.

üzere AİHM'in yabancı kararın tanınması ve yabancı devlette kazanılan statünün tanınması kavramlarını aynı kategoride değerlendirmesi nedeniyle, AİHM'in bakış açısını ortaya koymak adına bu kararın incelenebileceğini düşünüyoruz.

Wagner kararında, Bayan *Wagner* ve evlat edindiği çocuk arasında Peru'da yaratılan evlat edinme ilişkisinin AİHS m. 8 anlamında *de facto* aile yaşamı oluşturduğuna hükmedilmiştir[560]. Bu doğrultuda, evlat edinme Peru'da hâlihazırda etkili olduğu için eldeki somut durum göz ardı edilmemeli, Lüksemburg mahkemeleri Peru'da geçerli biçimde yaratılan hukuki statüyü görmezden gelmemelidir. Bu kararda AİHS ihlâline yol açan konu etkin çocuk-ebeveyn ilişkisinin korunmamasıdır[561]. Yurtdışında kazanılan statünün devam etmesinde tarafların haklı beklentileri varsa aile hayatına saygı hakkına müdahale bulunmaktadır[562]. Doktrinde, bu sonuca ulaşmak için AİHS bağlamında üç farklı yolun tercih edilebileceği belirtilmektedir[563]. İlk olarak, kazanılan aile statüsünün tanınmasının reddi, AİHS m. 8'de öngörülen kamu makamlarının aile hayatına müdahale etmemesi ilkesine aykırı kabul edilebilir. İkinci olarak, AİHS m. 8'in kurulan aile hayatını korumak için "mantıklı ve uygun önlemler" alma yönünde

[560] Kinsch, Recognition, s. 265. *Hussin* ve *Wagner* kararlarının etkileri, kararların tanınması ile sınırlı değildir. Tarafların kültürel kimliği ve hukuki beklentilerine saygı duyulması hakkı, mülteci hukukunda veya aynı cinsiyetten evlilikler bağlamında, aile hukuku statüsünün tanınması ile ülkeye giriş izni ve ikamet izni verilmesi gibi haklar için de gündeme gelmektedir. Kinsch, Recognition, s. 270.

[561] Muir Watt, Recognition, s. 11.

[562] Kinsch, Recognition, s. 266.

[563] Kinsch, Patrick: Droits de l'Homme et Reconnaissance Internationale des Situations Juridiques Personnelles et Familiales, *la Tutela dei Diritti Umani e il Diritto Internazionale, XVI Convegno SIDI Catania, 23-24 Giugno 2011*, Napoli 2012, s. 228, (Reconnaissance Internationale).

devlet açısından "pozitif yükümlülük" yarattığı kabul edilebilir. Son olarak, AİHS m. 8 ve m. 14 ile birlikte değerlendirilerek, Bayan *Wagner* tarafından evlat edinilen çocuğun, Peru'da Lüksemburglu evli bir çift tarafından evlat edinilen çocuktan farklı muameleye tâbi tutulmaması gerektiği kabul edilebilir[564].

Wagner kararından önce, yurtdışında yaratılan ilişkilere *for* devletinin kanunlar ihtilâfı kuralları aracılığıyla etki tanınırken bu karardan sonra, AİHS m. 8'de düzenlenen aile hayatına saygı hakkı, yurtdışında hâlihazırda etkin olarak kullanılan ilişkiyi tanıma için kullanılır hâle gelmiştir[565]. Demek oluyor ki "sosyal gerçeklik" kanunlar ihtilâfı kuralının hukuki gerekliliklerine üstün gelmiştir[566]. Bu bağlamda örnek vermek gerekirse, bir hukuk sisteminde kayıt altına alınan kayıtlı birliktelik ilişkisi, *for* devletinin kanunlar ihtilâfı kurallarına göre partnerin kişisel statü hukukuna aykırı olsa bile hukuki sonuç doğurmalıdır[567]. Tanıma yöntemi doğrultusunda, yeterli hukuki bağ bulunduğu sürece yetkili makamlar kanunlar ihtilâfı hukuku metotlarını devre dışı bırakarak kendi hukukunu uygulayacak, diğer ülke yetkili makamları da bu ilişkiye tanıma sağlayabilecektir. Ancak, iç hukuk tarafından reddedilen ve korunmayan ilişkiler –özellikle aynı cinsiyetten ilişkiler- konusunda bu yeni metodolojinin etkisinin gözlemlenmesi gerektiğinin altı çizilmektedir[568]. Öte yandan bu karar doğrultusunda tanıma yöntemi, iç hukukta maddi değişiklikler yapılmasını da zorunlu kılabilir[569].

---

[564] Aynı gerekçelendirme, evli çiftlerle karşılaştırıldığında Bayan *Wagner*'in kendisi için de yapılabilir.

[565] Muir Watt, Recognition, s. 13.

[566] Muir Watt, Recognition, s. 14.

[567] Evlilik dışı birlikte yaşam modelleri ile ilgili olarak bkz. Tekdoğan Bahçıvancı: Işıl S.: Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerine Uygulanacak Hukuk, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 33/9 (2018), s. 623-684.

[568] Muir Watt, Recognition, s. 16.

Mary Green and Ajad Farhat v. Malta[570] kararına konu olayda Malta vatandaşı kadın Malta hukukuna göre evli olmasına rağmen Libya'da bir evlilik daha gerçekleştirmiştir[571]. Yurtdışında gerçekleştirilen evliliğin Malta yetkili makamlarınca tanınmaması üzerine, taraflar AİHS m. 8 ve m. 14 hükümlerine aykırılık iddiası ile AİHM'e başvuru yapmıştır. AİHM, başvuranların evliliklerini kaydettirme taleplerinin, ulusal hukukun gerekliliklerine uyulmaması nedeniyle reddedildiğine dikkat çekmiştir. Birinci başvuran, Libya'da ikamet ettiğini ve ilk evliliğinin sona erdiğini yetkili makamlar önünde kanıtlayamamıştır. Burada, özel hayat ve aile hayatının korunması hakkının mutlak haklardan olmadığı ve m. 8/2 çerçevesinde sınırlanabileceği hatırlanmalıdır[572]. Zira "AİHS m. 8/2 hükmüne göre demokratik toplumda gerekli ve kanunla öngörülmüş sınırlamalar yapılabilir. Bu davada ulusal makamların takdir sınırlarını aştığı söylenemez." AİHM, bu madde bağlamında başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. Ulusal makamların takdir marjının bulunduğunu doğrulayan bu karar, hem *Wagner* kararında kabul edilen görüşü güçlendirmiş hem de m. 8 bağlamında AİHM'in yabancı kararın tanınması ve yabancı devlette kazanılan statünün tanınması kavramlarını birbirinden ayırmadığını göstermiştir[573].

---

[569] Muir Watt, Recognition, s. 17.

[570] *Mary Green and Ajad Farhat v. Malta*, Application No 38797/07, Decision of 06 July 2010.

[571] Kinsch, Selected Judgments and Decisions, s. 43.

[572] AİHS m. 8/2: "Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda millî güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."

[573] Kiestra, The Impact, s. 227-228; Kinsch, Enforcement, s. 541.

AİHM'in değinilen kararlarında bir yandan aile hayatı hakkı temelinde ebeveyn-çocuk ilişkisinin sınır ötesinde devamı, bir yandan da bireysel statülerin tutarlı olması temelinde kimliğin değişmemesi vurgulanmaktadır[574]. Bu kararlar göstermektedir ki, bir sosyal gerçeklik söz konusuysa AİHS'ye taraf devletler, yurtdışında kazanılan aile ilişkisini tanımak zorunda kalabilir[575]. Bu bağlamda kazanılan statünün tanınması için ön şart, statünün iyi niyetle kazanılması ve tarafların, statünün devamına yönelik beklentilerinin haklı olmasıdır[576]. Beklentinin haklı olması, genelde statünün kazanıldığı yabancı hukuk sistemi ile bağın yoğunluğuna bağlıdır[577]. Demek ki haklı beklentilere saygı, AİHS tarafından korunan tanıma hakkının temelini oluşturmaktadır[578]. Ancak tarafların beklentileri, ölçülülük ilkesi ışığında tarafların statülerinin devamındaki

[574] Muir Watt, Recognition, s. 8.

[575] Kinsch, Selected Judgments and Decisions, s. 42. ABAD kararlarında da söz konusu eğilim gözlemlenebilir. Örneğin *Grunkin-Paul* kararında, çocuk ile "hayatının çoğunu yaşadığı ve arkadaş edinmesinin ve kök salmasının beklendiği yer olan Danimarka" arasında güçlü bir bağ vardı. Bu nedenle, vatandaşı olduğu Almanya'nın Danimarka'da verilen ismi tanıma yükümlülüğü, bireyin yaşadığı bir ülkede kullandığı bir isimden mahrum bırakılmama temel hakkını korumanın bir yolu olarak görülebilir. Bkz. Rossolillo, s. 155.

[576] Kinsch, Recognition, s. 273; Kinsch, Reconnaissance Internationale, s. 236; Kinsch, Selected Judgments and Decisions, s. 42.

[577] Kinsch, Enforcement, s. 541. *Wagner*, *Négrépontis-Giannisis*, *Mennesson* kararlarında bu ilkelerin uygulandığı görülmektedir.

[578] Kinsch, Kinsch, Patrick: La Non-conformité du Jugement Étranger à l'Ordre Public International Mise au Diapason de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, *Revue Critique de Droit International Privé*, 100/4 (2011), s. 820, (l'Ordre Public International).

menfaati ile değerlendirilmelidir[579]. Bu anlamda tanıma hakkı, yargılamada menşe devletin bakış açısını üstün kılan bir mekanizma veya hukuku dolanmak için kullanılan bir yöntem olarak algılanmamalıdır. Zira bu hak, mutlak bir hak değildir, sınırlamalar ve müdahalelere tabidir. Aile hayatına saygı ve mülkiyet hakkı gibi hakların mutlak olmaması da yabancı kararların tanınması hakkına getirilecek sınırlama sebeplerindendir[580]. Ancak bu noktada statünün tanınmasının reddinin hukuki amaca uygun şekilde, ölçülü olması gerektiği unutulmamalıdır[581]. AİHS'de öngörülen hak ve özgürlüklerin dikkate alınmadığı yabancı kararları tanımanın reddedilmesi ise talep edilen devlet için hem bir seçenek hem de Sözleşme bağlamında bir yükümlülük olarak görülmelidir[582]. AİHM tarafından empoze edilen bu bakış açısı değişikliği, tüm kişisel ve aile ilişkileri konularını kapsasa da taşıyıcı annelik gibi devletler arasında önemli farklılıklar bulunan alanlarda *for* devleti lehine takdir yetkisi alanı bırakıldığı da hatırlatılmalıdır[583].

Bu kararlar doktrinde tanımanın yeni bir metodoloji olarak görülmesine yol açmıştır[584]. *Hammje*'ye göre AİHM'in söz konusu kararlarda ortaya koyduğu gereklilikler, *for* devletinin milletlerarası özel hukuk metodunun yeniden değerlendirilmesini de içermektedir[585]. Devletler, kişinin ve aile ilişkilerinin korunması amacı doğrultusunda aralarında işbirliği yapmalı ve *for* devleti bazı durumlarda "hukuki gerçekliği *de facto* durumla uyumlu hâle getirmek" adına geri adım atmalıdır. Bu görüş

[579] Kinsch, Selected Judgments and Decisions, s. 42; Kinsch, Enforcement, s. 541.

[580] Kinsch, Reconnaissance Internationale, s. 229.

[581] Kinsch, l'Ordre Public International, s. 821.

[582] Kinsch, Reconnaissance Internationale, s. 229 vd.

[583] Hammje, Coopération Transfrontiere, s. 409 vd.

[584] Muir Watt, Recognition, s. 8 vd.

[585] Hammje, Coopération Transfrontiere, s. 409.

doğrultusunda devlet, temel haklara aykırılık oluşturabilme ihtimali varsa, kanunlar ihtilâfı metoduna başvurmaktan vazgeçmelidir.

Aksine *Kinsch*, AİHM'in bir milletlerarası özel hukuk sistemi inşa etme amacında olmadığını ve hatta bu amacın mahkemenin metoduna aykırı olduğunu düşünmektedir[586]. Zira mahkeme, ulusal milletlerarası özel hukuk sistemlerinin yerine AİHS'yi geçirme amacında değil, milletlerarası özel hukuk kurallarının sonuçlarının insan hakları ile uygunluğunu denetleme amacındadır[587]. Yazar, AİHM içtihadının statüleri tanıma zorunluluğu ve *for* devletinin kendi bakış açısını koruması arasında bir tercih içermediğini belirtmektedir[588].

c. Olumlu ve olumsuz yönleri

Tanıma yönteminin birçok olumlu yönünden bahsedilmektedir. Bu yöntem, kişinin gerçek hayattaki statüsünün hukuki alanda reddedilmesinden doğan ihtiyaçlara cevap vererek hukuki gerçekliğin somut gerçekle uyumlu olmasına katkı sağlamaktadır[589]. Böylece, tarafların haklı beklentilerine saygı duymaktadır. Dahası kanunlar ihtilâfının doğasındaki tesadüf unsurunu ortadan kaldırarak, kişisel statülerin milletlerarası alanda devamlılığını temin eder ve bu nedenle AİHS m. 8'de korunan özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı gibi temel hakların etkililiğine katkıda bulunur[590]. Ayrıca milletlerarası özel hukukun geleneksel amaçlarından olan çoğulculuk ile tanıma arasında da esaslı bir benzerlik kurulmaktadır[591]. Bu yöntem, soyut ve teknik

[586] Kinsch, Reconnaissance Internationale, s. 218.

[587] Kinsch, Reconnaissance Internationale, s. 225.

[588] Kinsch, Reconnaissance Internationale, s. 233 vd.

[589] di Noto, s. 164; Muir Watt, Recognition, s. 26.

[590] di Noto, s. 165.

[591] Muir Watt, Recognition, s. 7.

milletlerarası özel hukuk metodolojisinde genel olarak ihmal edilen farklılığa saygı duyma, insan onuru ve kimliğinin korunması gibi değerleri ön plana almaktadır[592]. Böylece kanunlar ihtilâfı kuralının uygulanmasının istenmeyen sonuçlarının, insan hakları ile düzeltileceği belirtilmektedir[593]. Kanımızca bu yorum, hâlihazırda milletlerarası özel hukuk bünyesinde bulunan ve istenmeyen sonuçların önlenmesini hedefleyen "kamu düzeni istisnası" göz ardı edilerek yapılmıştır.

Doktrinde tanıma yönteminin, hukuk sistemlerinin gelişimi için de kullanılabileceği belirtilmektedir. Öncelikle, tanıma yöntemi diğer hukuk sistemleri ile yakınlık kurma imkânı sağlar[594]. Bu görüş doğrultusunda ayrımcılık yasağı ve toplumun kültürel değerlerine saygı gibi ilkeler ışığında devletler, başka bir devlette meydana gelen hukuki statüleri tanıma yükümlülüğünü içeren liberal tanıma kuralları yapmaya itilmelidir[595]. Taraf devletler bazı şartlar altında başka bir ülkede kazanılan hukuki statüleri tanımaya zorlanırsa, bu onları kolektif öğrenmeye ve milletlerarası özel hukuk kuralları aracılığıyla daha iyi bir yön çizmeye teşvik edebilir[596].

Son olarak milletlerarası özel hukukta tanıma yönteminin kullanılması, milletlerarası kamu hukuku ve milletlerarası özel hukuk arasındaki bölünmede bir köprünün yeniden inşası ile ilişkilendirilmektedir[597].

Diğer yandan bu yöntem tercih edilirse birçok olumsuz sonuç doğacağına da dikkat çekilmiştir. Öncelikle temel insan hakları belgelerinin doğrudan dikey ve yatay etkileri nedeniyle tanıma, geleneksel araçları engelleyen bir metodolojik yaklaşım

[592] Muir Watt, Recognition, s. 26.

[593] Kinsch, Recognition, s. 273.

[594] Eeckhout, Promoting Human Rights, s. 119.

[595] Eeckhout, Promoting Human Rights, s. 117, 118.

[596] Eeckhout, Promoting Human Rights, s. 118 vd.

[597] Muir Watt, Recognition, s. 35.

olarak görülmektedir[598]. Geleneksel milletlerarası özel hukuk araçlarının yerine geçen bu yöntem, disiplin içerisinde metodolojik anlaşmazlıklara neden olmaktadır[599]. AİHM'in verdiği kararlar da bu anlaşmazlığın yargısal itici gücü olarak kabul edilmektedir[600].

Tanıma taraflara, yurtdışında bir hukuki statü kazanma ve bu statüyü *for* devletinde tanıtma, yani bir hukuk sisteminin kurallarına tâbi olma ve diğer devletinkinden kaçma fırsatı vermektedir[601]. Ancak tarafların bir hukuk sisteminden diğerine atlaması aynı zamanda istenmeyen bir sonuçtur. Bu bağlamda tanımanın şartları bakımından, menşe devletle bağlantı aranıp aranmaması veya bu bağlantının yoğunluğu ile statünün kristalleşme zamanının belirlenmesi gibi konularda sorunlar yaşanabileceğine de dikkat çekilmiştir[602].

Diğer yandan kişinin *for* devletinde elde edemeyeceği hukuki statüyü yurtdışında kazandıktan sonra bu statünün *for* devletinde tanınmasının, aynı olanak iç hukukta sağlanmadığı için ayrımcılığa yol açma ihtimaline de değinmek gerekmektedir[603]. Burada gündeme gelen konu, yurtdışında yaratılan ilişkinin, kamu makamı tarafından herhangi bir karar verilmeden, daha liberal bir rejimden faydalanmasıdır[604]. Bu anlamda örnek verilebilecek AİHM'in *Johnston and Others v. Ireland* kararına konu olayda boşanma, 1996'ya kadar İrlanda hukukunda

[598] Muir Watt, Recognition, s. 9.

[599] Muir Watt, Recognition, s. 7.

[600] Muir Watt, Recognition, s. 7 vd.

[601] Kinsch, Recognition, s. 274.

[602] Hammje, Coopération Transfrontiere, s. 410.

[603] Kinsch, Prohibition of Discrimination, s. 20 vd.

[604] Muir Watt, Recognition, s. 15 vd.

yasaklanmıştı[605]. İrlanda'da ikamet eden ve bu nedenle boşanıp tekrar evlenemeyen Bay *Johnston* diğer İrlandalıların yurtdışında edindikleri boşanma kararlarını İrlanda'da tanıtabilmelerinin ayrımcılığa neden olduğu gerekçesiyle AİHM'e başvurmuştur. Başvurana göre bu farklılık ikamet temelinde ve hatta yurtdışında yerleşim yeri edinip boşanacak maddi imkâna sahip olmadığı için maddi olanaklar temelinde ayrımcılığa yol açmaktadır. Ancak AİHM, bu durumda yurtdışındaki kişilerle başvuranın durumunu benzer olarak kabul etmemiş, bu nedenle m. 14 temelinde ayrımcılık bulunmadığına karar vermiştir[606].

Bunun dışında, İslam hukukuna ait bir kurum olan talâk ayrılıklarının tanıması ile ilgili tartışmalar da bulunmaktadır. Bu anlamda talâkın tanınmasında, kadının süreç hakkında bilgilendirilme hakkı ve itiraz hakkını içeren iki usûli hakkın ihlâl edilip edilmediğinin araştırılacağı açıktır[607]. Öte yandan sadece erkeklere tanındığı için talâkın kendiliğinden cinsiyet eşitliğinin korunması ilkesine ve dolayısıyla ayrımcılık yasağına aykırı olması da düşünülebilir[608]. Bu nedenle, tanıma sırasında sadece eldeki davanın sonucuna veya *due process* kurallarına uyulup uyulmadığına bakmak, talâk bağlamında yeterli olmayacaktır. Bu tür boşanmalara, erkeklerin boşanmaya benzersiz erişiminin bir kabulü olarak bakılabilir; bu da, kadınların erkeklere göre boşanmaya daha az layık olduğu şeklindeki sosyal normların desteklenmesine neden olabilir. Dolayısıyla kararın tanınmasından kaynaklanan diğer dolaylı sonuçlar da, ayrımcılık yasağının ihlâl

---

[605] *Johnston and Others v. Ireland*, Application No 9697/82, Decision of 18 December 1986.

[606] Kinsch, Prohibition of Discrimination, s. 21.

[607] Wærstad, Tone Linn: Harmonising Human Rights Law and Private International Law through the Ordre Public Reservation: the Example of the Norwegian Regulation of the Recognition of Foreign Divorces, *Oslo Law Review*, 2016/1, s. 67.

[608] Wærstad, s. 68.

edilmemesi noktasında önemli bir yere sahip olabilir. Bu noktada özellikle cinsiyet eşitliği bağlamında, kamu düzeni istisnasının kullanılması önerilmektedir[609]. Burada hâkimin temel ve sınırlı görevi, yabancı kararın kadın eşe yeterli mali haklar verip vermediğini değerlendirmek olacaktır. Böylece tanıma, boşanma sonrası yeterli tazminat ödenmeyen eşlerin ekonomik olarak güçlendirilmesine hizmet edebilecektir. Bu noktada kişisel statünün, çeşitli ayrımcılık faktörlerinin kesişimi ışığında tanınması gerektiğinin de altı çizilmelidir[610]. Örneğin Batılı devletlerde ikamet eden Müslüman kadınların kimliklerinin, bir yandan cinsiyetleri diğer yandan kültürel (dinî) unsurlar tarafından şekillendirildiği göz ardı edilmemelidir[611].

Bu tartışmalar doğrultusunda tanımada insan haklarının, uygulanacak hukukun uygulanmasını engelleyen kamu düzeni istisnasıyla aynı şartlar altında kullanılması önerilmektedir[612]. Zira tanıma ihtiyacının karşılanmasında metot bağlamında herhangi bir yöntem dikte edilmediği için ve tanıma ihtiyacının nerede duracağını belirlemek adına mahkemeler milletlerarası özel hukuk araçlarını kullanabilmelidir[613]. Örneğin

[609] Isailović, s. 342.

[610] Isailović, s. 322. Talâk kurumu aslında kesişen sınır ötesi iddiaların bir örneğidir. Kesişimsellik, 1990'larda hukukta *Kimberle Crenshaw* tarafından kavramsallaştırılan bir yaklaşımdır. Milletlerarası özel hukuk tartışmaları ve ilgili uygulamalara göre, Müslüman kadınların kimlikleri ya cinsiyet eşitliği yoluyla aynılık, yani eşler arasında görev ve haklar eşitliği ya da kültürel üyelikleriyle tanımlandığı için, bu kimlikler zorunlu olarak dar terimlerle tanımlanır ve deneyimlerini benzersiz kılan şeyler gözden kaçırılır. Bununla birlikte, bu çok boyutlu deneyim, politik bir kavram olarak tanınmanın hedeflediği amaçtır. Isailović, s. 321.

[611] Isailović, s. 322.

[612] Muir Watt, Recognition, s. 34.

[613] Muir Watt, Recognition, s. 34.

kamu düzeni etkisinin belirlenmesinde kullanılan, dava ile *for* devleti arasındaki bağlantının yoğunluğu gibi unsurların, ilgili insan hakkının ölçülülük testinde de dikkate alınması düşünülebilir[614].

Bir diğer öneri de milletlerarası özel hukukta yer alan tanıma yönteminin, yabancı ülkede kazanılan statüler açısından somut durumlara ve tarafların haklı beklentilerine göre dikkatli biçimde modernize edilmesidir[615]. Bu doğrultuda, aile hukukunun çeşitli alanlarına özgü bütün unsurlar dikkate alınarak bir orana kadar esnek tanıma kuralları sistemi oluşturulması veya tanımaya ilişkin kanun hükümlerinde değişiklik yapılması önerilmektedir. İkinci öneri, Hollanda Medeni Kanunu'nda gerçekleştirilmiştir. Söz konusu Kanun'un "Tarafların haklı beklentisi veya hukuki kesinliğin kabul edilemez ihlâli" başlıklı 10:9 maddesine göre[616]:

> "Bir olgunun, ilgili yabancı devlet milletlerarası özel hukukuna göre belirlenen uygulanacak hukuk uyarınca belirli hukuki etkilerinin bulunması durumunda, o yabancı devletin hukuku Hollanda milletlerarası özel hukukuna göre uygulanacak hukuk olmasa bile, bu yasal etkilerin tanınmaması tarafların haklı beklentilerinin veya hukuki kesinliğin kabul edilemez bir ihlâli anlamına gelecekse, Hollanda mahkemesi bu olguya aynı hukuki etkileri bağlayabilir."

3. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Doğrudan uygulanan kurallar (*overriding mandatory provisions, lois de polis, lois d'application immédiate*), *lex causae*'den bağımsız olarak uygulanan ve bu nedenle

---

[614] Bkz. aşağıda kamu düzeninin hafifletilmiş etkisi.

[615] Kinsch, Recognition, s. 274.

[616] *Burgerlijk Wetboek* İngilizce çevirisi için bkz. http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01010.htm, (Erişim Tarihi: 20.06.2022).

kanunlar ihtilâfı kurallarının normal işleyişini bozan kurallardır[617]. *Franceskakis* bu kuralları, "devlet örgütlenmesindeki yapılar aracılığıyla uygulanan siyasi, kültürel, sosyal ve ekonomik hedefler" olarak tanımlamıştır[618]. Devletin son derece önemli bazı menfaatlerinin korunması için gerekli olduğuna karar verilen kurallar, söz konusu durumun o devletle bir bağlantısı varsa doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmektedir[619]. Devlet menfaatlerine yapılan bu vurgu, kamu hukuku ile doğrudan uygulanan kurallar arasında güçlü bir bağlantı kurulmasını sağlamaktadır. Ancak bir kuralın, doğrudan uygulanan kural olarak ele alınması için gereken kamu menfaatinin kapsamı, hukuk sistemine göre değişmektedir.

Milletlerarası özel hukukta doğrudan uygulanan kurallar, maddi hukuk kurallarının milletlerarası uygulamasını düzenlemektedir[620]. Kanunlar ihtilâfı kurallarının aksine, doğrudan uygulanan kuralların maddi içeriği bulunmaktadır. Bu nedenle doğrudan uygulanan kurallar, genel eşitlik kuralı ve ayrımcılık yasağının ihlâl edilmesini engellemesi bağlamında kamu düzenine göre avantajlı konumda görülmüştür[621].

Bu noktada doğrudan uygulanan kural ile insan haklarının doğrudan uygulanması arasındaki ilişkiyi açıklamak gerekmektedir. Doktrinde bir görüş, temel hakların doğrudan uygulanmasının, temel haklar için tek taraflı kuralların geliştirilmesi

---

[617] Wilderspin, Michael: Overriding Mandatory Provisions, Basedow, Jürgen et al (eds.): *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham 2017, s. 1330.

[618] Francescakis, Phocion: Quelques Précisions sur les "Lois d'Application Immédiate" et leurs Rapports avec les Règles de Conflits des Lois, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1966/I, s. 13.

[619] Wilderspin, s. 1331.

[620] Kinsch, Prohobition of Discrimination, s. 24.

[621] Kinsch, Prohobition of Discrimination, s. 24.

veya temel hakların doğrudan uygulanan kurala dönüştürülmesi anlamına geldiğini ifade etmektedir[622]. Öte yandan insan haklarının doğrudan uygulanmasının, doğrudan uygulanan kurallarla aynı olmadığı yönünde bir görüş de mevcuttur[623]. Bu görüş bağlamında, doğrudan uygulanan bazı kurallar insan haklarının somut ifadesi olarak görülse bile bu durum, insan haklarının doğrudan uygulanmasından farklı nitelendirilmelidir. Zira sadece açık ve kesin olarak kararlaştırılmış kanun hükümleri doğrudan uygulanan kural olarak belirlenmekte ve uygulanmaktadır[624].

Kamu düzeni kadar yoğunluklu incelenmese de doktrinde doğrudan uygulanan kurallar, insan haklarının korunması için kullanılabilecek milletlerarası özel hukuk araçlarından biri olarak sayılmıştır[625]. Bu anlamda bazı kurallara doğrudan uygulanan kural vasfının yüklenmesinin, insan haklarına saygının sağlanması bağlamında büyük potansiyel barındırdığı dile getirilmektedir[626]. Bu görüş, özellikle milletlerarası toplum tarafından yüksek oranda kabul gören ilkelerden "çocuğun yüksek yararı" ilkesi doğrultusunda Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin ilgili hükümlerinin doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi açısından ilgi çekicidir.

Dahası doktrinde, AİHS'nin doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi yönünde görüş bildiren yazarlara da rastlanmaktadır. Bu yazarlardan *Stürner*, yabancı hukukun uygulanmasının, Sözleşme'nin ihlâline yol açacağının belli olması hâlinde, bu yabancı hukuk yerine AİHS normlarının uygulanabilir olduğu ve hatta uygulanması

---

[622] Kinsch, Droits de l'Homme, Droits Fondamentaux et Droit International Privé, *Recueil des Cours*, 2007/318, s. 207, (Droits de l'Homme).

[623] Callsen, s. 140.

[624] Callsen, s. 140.

[625] Wærstad, s. 58, 59.

[626] Eeckhout, Corporate, s. 194.

gerektiğini belirtmektedir[627]. Yine AİHS bağlamında *Kiestra*, AİHS'nin m. 1 gereği milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıklarının tümünde uygulanmasını, AİHS'nin kendisini bir bakıma milletlerarası özel hukuk için doğrudan uygulanan kural olarak yorumlamaktadır[628]. Zira yazara göre, milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıklarında yetkili taraf ülke mahkemesi, AİHS'nin muhtemel etkisini yabancı unsurdan bağımsız olarak göz önünde bulunduracaktır. Dolayısıyla, üçüncü ülkelerin yabancı hukukları ve kararları, AİHS'ye uygunlukları bağlamında dikkatlice incelenecektir. Ancak yazara göre bu etki aile hukuku konuları ve AİHS m. 8 bağlamında "takdir yetkisi" çerçevesinde yumuşayabilir. *Thoma*, AİHS anlamındaki kamu düzeninin, millî (anayasal) kamu düzeni ile daha çok benzerliklere sahip olduğunu belirterek, bu kamu düzenini kamu idaresinin iyi işlemesini sağlayan, güvenliği temin eden ve özel taraflar sözleşme yaptığında onları bağlayan doğrudan uygulanan kurallara benzetmektedir[629]. Yazar bu görüşünü, AİHM'in *Pellegrini* kararında benimsediği tutumla desteklemektedir. Bu kararda, yabancı hukukun AİHS'yi ihlâl eden uygulamasına izin verilmesi veya yabancı bir kararın *for* hukuk düzenine entegre edilmesi, AİHS ihlâli konusunda üye olmayan devlete yardım edilmesi anlamına gelmektedir. *Thoma*'ya göre bu, AİHS normlarının doğrudan uygulanan kurallar statüsü kazandığını göstermektedir[630].

4. Diğer Yöntemler

Milletlerarası özel hukukta insan haklarının korunması amacının, kamu düzeni istisnası ile sınırlandırılmaması, insan hakları koruması için farklı yöntemlerin de

[627] Stürner, s. 10.

[628] Kiestra, Article 1, s. 6; Kiestra, The Impact, s. 24, 70.

[629] Thoma, s. 13.

[630] Thoma, s. 17.

kullanılması gerektiği ifade edilmektedir [631] . Örneğin Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi'nin m. 20 hükmü açıkça kamu düzeni istisnasını içermese de mahkemelerin insan hakları temelinde, milletlerarası özel hukuk kurallarına uymayı reddetmesine imkân tanımaktadır[632].

Lex fori regit processum, evrensel anlamda kabul edilen bir milletlerarası özel hukuk kuralıdır; kural olarak, uyuşmazlığın usûle ilişkin yönleri, davayı gören mahkemenin hukukuna tâbidir[633]. Konu esasa ilişkinse, hangi hukukun uygulanacağını belirlemek için kanunlar ihtilâfı kuralı kullanılır. Mahkemeler, usûl-esas farkına ilişkin testleri geliştirirken usûle ilişkin konuların kapsamını sürekli olarak daraltmış; örneğin, sürelerin, delillerin ve hasarın türü ve miktarının doğası gereği esasa ait olduğunu tespit etmiştir. Bu bağlamda, *John* ve *Delahaye*, uygun durumlarda, mahkemelerin, konuyu usûle ilişkin olarak nitelendirerek yabancı hukukun dolaylı uygulamasından kaçınılabileceği ve böylece *lex fori regit* kuralı vasıtasıyla yabancı insan haklarının yerine ulusal hukukun uygulanabileceğini savunmaktadır. Bu yorumun aksi, konunun maddi hukuk veya usûl hukuku içerisinde değerlendirilerek insan haklarına saygının sağlanması yönünde de yapılabilir. Yazarlara göre bu tür davalarda kamu düzeni istisnasının devreye girmesi doğru yaklaşım olsa da, maddi hukuk konularını usul hukukundan sayma ve bu sayede *lex fori*'yi uygulama yöntemin kullanılması da düşünülebilir[634].

---

[631] Hirschboek, s. 196.

[632] Oster, s. 542. "The return of the child under the provisions of Article 12 may be refused if this would not be permitted by the fundamental principles of the requested State relating to the protection of human rights and fundamental freedoms."

[633] John/ Delahaye, s. 247.

[634] John/ Delahaye, s. 245.

B. Yetkili Hukukun Uygulanması Aşaması

1. Yabancı Hukukun Uygulanması

Kanunlar ihtilâfı kuralının gösterdiği yabancı hukukun uygulanması aşamasında insan hakları endişelerinin ortaya çıkması mümkündür. Bu aşamayı incelemeye geçmeden önde AİHS özelinde bir belirleme yapmak gerekirse, somut olayda yabancı hukukun kanıtlanması ile tarafların yabancı hukukun uygulanmasından kaçabilmesi veya bu hukuka tâbi olabilmesi gibi hukuk sistemlerindeki farklı uygulamalar, soyut işlemler olduğu için kapsamı kişiler arasındaki ayrımcılıkla sınırlı olan AİHS bağlamında talep edilemeyecektir[635]. Yine de yabancı hukukun uygulanması ve içeriğinin temin edilmesi süreci bazı durumlarda özellikle AİHS m. 6 açısından silahların eşitliği, tarafsızlık ilkesi ve makul sürede yargılama gibi birçok hakkı ihlâl edebilir[636]. Zira bu süreç zaman ve para kaybına neden olabilecek bir çok usûli adım ve aşama içermektedir. Örneğin, yabancı hukukun uygulanması ve bu hukukun araştırılması ile ilgili olarak mahkeme kararlarında ayrıntılı gerekçe verilmesinin önemine dikkat çekilmektedir[637]. Ayrıntı vermeden hukukun lafzına atıf yapmak, AİHS m. 6/1 gereklerini tam olarak karşılamayabilir[638].

AİHS sisteminden devam edilirse, yabancı hukukun uygulanacağı bir uyuşmazlıkta, insan hakları ihlâline ilişkin bir iddia varsa, öncelikle bu hukukta insan haklarına etki verilip verilmediği veya hangi şekilde (doğrudan-dolaylı) etki verildiği

---

[635] Kinsch, Prohibition of Discrimination, s. 19.

[636] Stuij, Steven: Some Aspects of the Application and Ascertainment of Foreign Law in the Light of Article 6 of the ECHR, Paulussen, Christophe et al (eds.): *Fundamental Rights in International and European Law: Public and Private Law Perspectives*, Springer, The Hague 2016, s. 197.

[637] Stuij, s. 197.

[638] Stuij, s. 197.

göz önünde bulundurulmalıdır[639]. Uygulanacak yabancı hukuk, AİHS'ye taraf devlet hukuku ise özel hukukta insan haklarına verilen doğrudan-dolaylı etki konusunda *for* mahkemesi ile aynı yaklaşım benimsenebileceği gibi farklı bir yaklaşım da kabul edilebilir. Buna karşılık uygulanacak hukuk AİHS'ye taraf olmayan devlet hukuku ise söz konusu yabancı hukukun AİHS dışında farklı bir insan hakları rejimine dahil olması veya herhangi bir rejimi benimsememesi mümkündür. Katıldığımız görüş uyarınca böyle bir durumda yabancı hukuk *ex officio* yabancı devlet mahkemelerinde uygulandığı ve yorumlandığı şekliyle uygulanmalıdır[640]. Böylece, yabancı devlet AİHS'ye taraf değilse Sözleşme hükümleri dikkate alınmayacak, başka bir insan hakları sözleşmesine tarafsa bu sözleşme hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Buna karşılık *Mayer* ise hâkimin, yabancı devlet hukukunun uygulanmasının insan hakları ihlâli oluşturup oluşturmayacağını sorgulaması gerektiğini, ihlâl söz konusu olacaksa, yabancı devlet AİHS'ye taraf olmasa bile bu hukuku uygulamaması gerektiği düşüncesindedir[641]. *Kinsch* de kural olarak *for* mahkemelerinin ve makamlarının yabancı hukuku uygularken -özellikle yeni haklar yaratmak için- *for* hukukunda bağlayıcı olan insan hakları normlarını uygulamakla yükümlü olduğunu iddia etmektedir[642].

Kanımızca, kanunlar ihtilâfı hukukunun doğası gereği yabancı hukukun, parçası olduğu insan hakları rejimi de dahil olmak üzere *for* hukukunun etkisi olmaksızın uygulanması gerekmektedir. Yabancı hukuk kuralının, yabancı hukuk sisteminde geçerli olduğu şekli ile uygulanmasından sonra ortaya çıkan sonucun insan haklarına

[639] Kiestra/ Pontier, s. 93.

[640] Kiestra/ Pontier, s. 93.

[641] Mayer, s. 654-655.

[642] Kinsch, Encyclopedia, s. 884 vd.

ihlâline neden olması söz konusu ise kamu düzeni müdahalesinin devreye girmesinin hâlâ mümkün olduğu unutulmamalıdır.

a. Yabancı Hukukun Uygulanmasında Jura Novit Curia

AİHM'in *X. & Co. (England) Ltd v. The Federal Republic of Germany*[643] kararı, yabancı hukukun uygulanması ile ilgili olmasa da yabancı hukukun *jura novit curia* ilkesine uygunluğu konusunda dolaylı etkiye sahiptir[644]. Karara konu olayda, satıcı İngiliz şirket ile alıcı Alman şirket arasında fiyata ilişkin anlaşmazlık bulunmaktadır. Alman Temyiz Mahkemesi, tarafların usûle ilişkin savunmaları içerisinde yer almamasına rağmen, satıcının haklarından feragat etme niyetinde olduğunun iddia edilebileceğine karar vermiştir[645]. AİHM'e başvuran satıcı, hata iddiasının yargılama sırasında ileri sürülmediği ve bu nedenle hakkında savunma yapılmasına imkân bulunmadığı için Alman Temyiz Mahkemesi'nin adil yargılama hakkını ihlâl ettiğini ileri sürmüştür. Komisyon ise *jura novit curia* ilkesinin hukukun genel ilkelerinden biri olduğunu değerlendirdikten sonra yine de taraf devletlerin, hukuku re'sen uygulamadan önce tarafları görüş bildirmeye davet etme konusunda farklı uygulamalara sahip olabileceğine ve bu nedenle m. 6'nın ihlâl edildiğine yönelik izlenim ortaya konmadığından başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir.

Bu karar, *jura novit curia* ilkesinin, yabancı hukukun usûli statüsü bağlamında genel bir ilke sayılamayacağını göstermektedir[646]. Yine de bazı yazarlar, AİHS m. 6/1'de korunan hukuki dinlenilme hakkının ihlâline yol açmamak için, taraflara

---

[643] *X. & Co. (England) Ltd v. The Federal Republic of Germany*, Application No 3147/67, Decision of 7 February 1968.

[644] Stuij, s. 194.

[645] Stuij, s. 195.

[646] Stuij, s. 195.

uygulanacak hukuk konusundaki beyanlarını değiştirme imkânı verilmesini önermektedir. Bu yazarlardan *d'Oliveira* mahkemelerin tarafları, kanunlar ihtilâfı kuralının uygulanacağı veya yabancı hukukun içeriği yönünde bilgilendirmesi gerektiğini savunmuştur[647]. Yazara göre bu, *audite et alterem partem* ilkesinin dikey açıdan bir parçasıdır. Aksi hâlde, özellikle hâkimin yabancı hukuku re'sen uygulamak zorunda olduğu hukuk sistemlerinde, tarafların beklemedikleri bir hukukun uygulanması, taraflar için sürpriz olacaktır[648].

Yazarın bu önerisi, şüphesiz, tarafların hukuk seçimi yapabildiği konularda geçerlidir. Türk hukukuna bakıldığında MÖHUK m. 2 uyarınca hâkim, yetkili yabancı hukuku re'sen uygulamakla yükümlüdür. Bu hüküm, hâkimin tarafların söylemediği şeyi veya vakıaları taraflara hatırlatabilecek davranışlarda bulunmama yükümlülüğünü düzenleyen HMK m. 25 hükmü ile birlikte yorumlandığında, hâkimin tarafları farklı hukuk seçimine yönlendirecek davranışlarda bulunmasının yasaklandığı anlaşılmaktadır. Bu konuda, hukuki dinlenilme hakkı bağlamında ihlâlin, çelişmeli yargılama ilkesinin ihlâli nedeniyle gerçekleşebileceği akla gelse de, bu ilke "karşı tarafın sunduğu delil veya görüşler" hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma imkânı sağlanmasını gerektirdiği için hâkimin karşı tarafın sunduğu delil veya görüş niteliğinde olmayan kanunlar ihtilâfı kuralı hakkında tarafları bilgilendirmesi zorunluluğu bulunmamaktadır[649]. İhlâlin, bilgi ve belgelere ulaşmada eşit imkân sağlanmaması

---

[647] Stuij, s. 195'ten naklen, d'Oliveira, Jessurun: The Non-Election Rule and Procedural Treatment of Foreign Law: Some Observations, *Revue Hellénique de Droit International*, 2008/61, s. 502.

[648] Stuij, s. 195 vd.

[649] Çelişmeli yargılama ilkesi hakkında bkz. İnceoğlu, Sibel: *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Tıpkı 4. Bası, İstanbul 2013, s. 249 vd.

nedeniyle oluşabileceği de düşünülebilir. Ancak kanımızca, davaya yabancı hukukun uygulanacağı veya bu hukukun içeriği hakkında taraflara bilgi verilmemesi, "taraflardan birinin diğerine karşı avantaj sağlaması" anlamına gelmemektedir[650]. Bu nedenle hâkimin, insan hakları yükümlülükleri bağlamında tarafları, kanunlar ihtilâfı kuralının uygulanacağı veya yabancı hukukun içeriği yönünde bilgilendirmesi gerektiğini düşünmemekteyiz.

b. Yabancı Hukukun İçeriğinin Temin Edilmesi

Yabancı hukukun uygulanmasında Kıta Avrupası'nda genellikle kabul edilen, mahkemenin yabancı hukuku re'sen uygulaması gerektiğidir, çünkü yabancı hukuk tıpkı *lex fori* gibi hukuk olarak kabul edilir[651]. Mahkeme, yabancı hukuku re'sen uygulamakla yükümlü olduğundan, tarafların yabancı hukuku ileri sürmesini beklemeden harekete geçecektir. Ancak bu, mahkemelerin taraflardan yabancı hukukun içeriğini belirlemede kendilerine yardım etmelerini isteyemeyecekleri anlamına gelmez. Örneğin MÖHUK m. 2/1 hükmünde, uygulanacak hukukun içeriğinin tespit edilmesinde hâkimin taraflardan yardım talep edebileceği düzenlenmiştir. Hollanda hukukuna göre de mahkemeler, yabancı hukukun içeriğini belirlerken taraflardan yardım isteyebilir[652].

İngiltere gibi Anglo Sakson hukuk sistemine dahil ülkelerde ise yabancı hukuk *fact*-olgu olarak kabul edilir, bu da tarafların yabancı hukuku ispat etmeleri ve kanıt sunmaları gerektiği anlamına gelir[653]. Bu nedenle, bu hukuk sistemlerinde taraflar yabancı hukukun uygulanmasını ispat edemezlerse, mahkeme *lex fori*'yi uygulayacaktır.

---

[650] Bilgi ve belgelere ulaşmada eşit imkân sağlanmaması hakkında bkz. İnceoğlu, s. 236 vd.

[651] Kiestra, The Impact, s. 191.

[652] Kiestra, The Impact, s. 191 vd.

[653] Kiestra, The Impact, s. 191.

Yabancı hukukun niteliği konusundaki bu farklı uygulamalar, AİHS m. 6/1 bağlamında farklı sonuçlara yol açmaktadır[654]. Örneğin İngiltere'de yabancı hukukun statüsü göz önüne alındığında, AİHS'nin m. 6/1 hükmünün yabancı hukukun içeriğinin belirlenmesi konusundaki olası etkisinin sınırlı olması beklenebilir. Taraflardan biri, yabancı hukukun uygulanması gerektiğini iddia etmesine rağmen, söz konusu yabancı hukukun içeriğini makul süre içinde kanıtlayamazsa bu durum yargılamada gecikmeye yol açmayacaktır. Zira İngiliz mahkemesinin İngiliz hukukunu gecikmeksizin uygulama imkânı bulunmaktadır. Ancak Türk hukukunda olduğu gibi çoğu Kıta Avrupası sisteminde hâkimin yabancı hukuku re'sen uygulaması gerektiği için ulusal mahkemenin uygulanacak yabancı hukukun içeriğini hızlı bir şekilde belirleyememesi sonucu yargılamada gecikme ve bunun sonucunda AİHS m. 6/1 ihlâlinin ortaya çıkması daha olasıdır[655].

AİHM'in *Karalyos and Huber v. Hungary and Greece*[656] kararı bu bağlamda örnek olarak verilebilir. Karara konu yargılamanın başladığı tarihten itibaren 9 yıl geçmiş, buna rağmen esasa ilişkin bir karar verilmemiş ve sadece bir duruşma yapılmıştır. Macaristan mahkemesi yabancı hukukun tespiti için gerekli çabayı göstermemiş, yabancı hukukun tespit edilememesi nedeniyle Macar hukukunun uygulanmasını öngören kanun hükmünü de uygulamamıştır [657] . Macaristan makamlarının, yabancı hukukun araştırılması konusunda idari yanlışlıklar yapması ve Yunanistan makamları ile etkili iletişim yolları kullanmaması davada gecikmelere yol açmıştır. AİHM, davanın toplam süresini, yalnız bir duruşma yapılmasını ve herhangi

[654] Kiestra, The Impact, s. 192.

[655] Kiestra, The Impact, s. 192.

[656] *Karalyos and Huber v. Hungary and Greece*, Application No 75116/01, Judgment of 6 April 2004.

[657] Kiestra, The Impact, s. 189.

bir karar verilmemesini göz önünde bulundurarak, davanın makul bir süre içinde görülmediği sonucuna varmıştır. AİHM, bu davada yabancı hukuka ilişkin zor ve karmaşık konuların söz konusu olduğunu kabul etse de, bu durumun tek başına ilgili davanın uzamasının gerekçesi olamayacağını bildirmiştir. Ancak doktrinde, yabancı hukukun uygulanacağı davaların, mahkeme tarafından bilinmeyen bir hukukun uygulanması nedeniyle, tamamen ulusal davalardan farklı olduğu, ulusal mahkemelerin yabancı hukukun bilinmemesi nedeniyle çok basit davaları bile çözmede zorluk yaşayabileceği ileri sürülmektedir [658] . Bu nedenle yabancı hukukun uygulandığı davaların görülme süresi için hoşgörü gösterilmesi gerektiği ifade edilmektedir[659].

Bu tür zorlukların önüne geçmek için taraflardan veya yabancı hukuk konularında uzmanlaşmış kurumlardan yardım istenmesi gibi çeşitli mekanizmalar öngörülmüştür[660]. Bu mekanizmalara rağmen, uygulanacak yabancı hukukun içeriğinin tespit edilmesinin imkânsız olduğu ortaya çıkarsa, ilk seçenek, iddianın veya savunmanın reddedilmesidir[661]. Ancak böyle bir durum adaletin inkârı olarak kabul edilebilir ve mahkemeye erişim hakkına aykırı olabilir. İkinci seçenek ise *lex fori* ya da ilgili başka bir hukuk veya aynı hukuk ailesinden bir hukuk (örneğin Lüksemburg hukuku uygulanamadığında Fransa hukukunun uygulanması) gibi başka bir hukukun uygulanmasıdır. Örneğin İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'na göre, bu

[658] Stuij, s. 204.

[659] Stuij, s. 204.

[660] Ayrıca, Hollanda, İsviçre ve Birleşik Krallık tarafından onaylanan Avrupa Konseyi antlaşması, Yabancı Hukuk Hakkında Bilgilendirmeye İlişkin Avrupa Sözleşmesi de bulunmaktadır. Antlaşma, Avrupa Konseyi'nin tüm üye devletlerinin imzasına ve üye olmayan devletlerin katılımına açık olmasına rağmen, sadece üç devletin Antlaşma'yı onaylaması nedeniyle sınırlı etkiye sahiptir.

[661] Stuij, s. 205.

durumda İsviçre hukuku uygulanır[662]. MÖHUK m. 2/2'de de yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi durumunda Türk hukukunun uygulanacağı hususu hükme bağlanmıştır.

Ne var ki hangi hukuk uygulanırsa uygulansın, yerine geçen hukukun normalde uygulanacak hukukla aynı hakları tanımaması mümkündür. Örneğin uygulanması gereken hukuk, evlilik dışı birliktelikten doğan çocuğun ebeveyni için hak sağlarken yerine uygulanan hukukun bu hakkı sağlamaması AİHS m. 8 ihlâli yaratabilir[663]. Ancak öte yandan AİHS m. 6 kapsamında makul sürede yargılanma hakkı da temin edilemeyen hukuk yerine başka bir hukukun uygulanmasını gerektirebilir. Bu durum, temel hakların (AİHS m. 8 ve m. 6) çatışmasına yol açmaktadır. Yabancı hukukun temin edilmesi için uygun bilirkişi bulunamaması veya ilgili yargı sisteminden gerekli hukuk metinlerinin alınamamasında yabancı makamların bir hatası olsa bile bu durum, makul süre gerekliliğinin işletilmesi için haklı durum oluşturabilir[664]. Dolasıyla makul sürede yargılama yapılması gerekliliği, ulusal mahkemelerin yabancı hukukun araştırılabilir-bulunabilir veya kanıtlanabilir olup olmayacağı konusundaki kararını etkileyebilir[665].

Yabancı hukukun içeriğinin bilirkişi aracılığıyla temin edilmesi hâlinde AİHM içtihadına bakıldığında, delilin geçerliliği ve temin edilmesi konusunda ulusal mahkemelerin geniş takdir yetkisine sahip olduğu; ancak bu kuralın istisnalarının bulunduğu anlaşılmaktadır[666]. Özellikle bilirkişi konusunda AİHM, bazı ulusal mahkeme uygulamalarının m. 6'da korunan adil yargılanma gerekliliklerini ihlâl ettiğine karar vermiştir. AİHM, bilirkişilik işinin doğasına dikkat etmekte ve bu işin

[662] Kiestra, The Impact, s. 193.

[663] Stuij, s. 206.

[664] Stuij, s. 207.

[665] Stuij, s. 208.

[666] Stuij, s. 198.

mahkemelerin yaptığı işten farklı olmadığını belirtmektedir[667]. Hâkimin tarafsızlığı ilkesi yalnızca mahkemelere uygulansa ve hâkim tarafından dinlenen bilirkişinin aynı gerekliliği yerine getirmesi beklenemese de bilirkişinin tarafsız olmaması, bazı şartlar altında silahların eşitliği ilkesinin ihlâline yol açabilir[668]. Esasen ulusal mahkemeler, bilirkişinin değerlendirmelerini inceledikten sonra kararlarını bu değerlendirmelere dayandırmak zorunda değildir[669]. Ancak bilirkişi görüşü yabancı devlet hukukunun içeriği ve temini ile ilgiliyse, ulusal mahkemelerin bu görüşü değerlendirme konusundaki uzmanlıkları sınırlı olacaktır ve bu nedenle bilirkişinin raporu mahkeme üzerinde daha baskın bir etkiye sahip olacaktır[670]. Buradan hareketle, bilirkişinin atanması veya atanmasının reddinin, delillerin taraflarca temin edilmesi ilkesini ihlâl edebileceği, mahkemenin bilirkişinin görüşü üzerinde ek bilgiye sahip olması durumunda ise bu sonucun hafifleyeceği söylenebilir[671].

Yabancı hukukun içeriği, yalnız bu konuda bilgi veren kurumların raporuna dayandırılmışsa, AİHM içtihadına göre, bu kurumların usûli pozisyonu ve rolü tartışma yaratır[672]. Söz konusu kurumun bilirkişisinin taraflardan biriyle bağlantısı varsa (örneğin bu kişi, bu kurumdan daha önce usûl ile ilgili hukuki fikir almış ve daha sonra kurum veya ortaklarından biri yargılama sırasında bilirkişi olmuşsa), bilirkişinin tarafsızlığı riske girebilir. Öte yandan, yabancı unsur bulunmayan, *Sara Lind*

[667] Stuij, s. 199.

[668] Stuij, s. 200.

[669] Stuij, s. 199.

[670] Stuij, s. 199 vd.

[671] Stuij, s. 200.

[672] Stuij, s. 202.

Eggertsdóttir v. Iceland[673] kararında, İzlanda gibi nüfusu nispeten az olan ülkelerde, tarafla bağlantısı olmayan uygun bir bilirkişinin bulunmasının zor olacağı iddia edilmiştir. AİHM ise bir mahkemenin AİHS m. 6/1 bakımından tarafsız olup olmadığı sorusunun yalnızca sübjektif ve objektif test standartları uygulanarak belirleneceğini ifade ederek bu iddiayı kabul etmemiştir. Ancak doktrinde, yabancı hukuk açısından bakıldığında, az nüfuslu ülkelerde ilgili yabancı hukuku bilen uzman sayısının da oldukça az olacağı ve bu anlamda nüfusun, uygulanacak hukukun m. 6 standartlarına göre temin edilmesinde sorun yaratabileceği yönünde görüş bildirilmiştir[674]. Bu görüş, yabancı hukukun tespitinde çok çeşitli araçlar kullanılabileceği için eleştiriye açıktır. Yabancı hukukun temini hakkında milletlerarası sözleşmeler, ilgili ülkenin diplomatik temsilcilikleri veya ilgili ülkedeki diplomatik temsilcilikler yabancı hukukun adil yargılanma uygun biçimde teminini sağlayabilir niteliktedir.

c. Yabancı Hukukun Anayasal Denetimi

aa. Yabancı hukukun T.C. Anayasası'na uygunluğu

Anayasa'nın m. 152 hükmüne göre,

> "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır."

Somut olayda uygulanan yabancı hukuk kuralının Anayasa'ya, çalışma konusu bağlamında sınırlama yapmak gerekirse Anayasa'da korunan temel hak ve özgürlüklere

[673] *Sara Lind Eggertsdóttir v. Iceland*, Application No 31930/04, Judgment of 5 July 2007.

[674] Stuij, s. 202.

aykırı olması durumunda söz konusu yabancı hukuk kuralının anayasal denetime tâbi tutulabileceği ve tutulamayacağı yönünde doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır.

Yabancı hukuk kuralının AYM tarafından denetlenemeyeceği yönündeki görüş, Anayasa ve anayasa yargısı sisteminin teknik açıdan yabancı hukuk kuralının Anayasa'ya uygunluğunu denetleme imkânı vermediğini savunmaktadır[675]. Bu durumda, yabancı hukukun Anayasa'ya uygunluğunu, Anayasa m. 138 hükmüne göre Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm vermek zorunda olan ilk derece hâkimi denetlemelidir[676]. Anayasa, kanunlar ihtilâfı kurallarının mevcudiyetine izin vermekle aslında bu kuralların gösterdiği yabancı hukukun uygulanmasına da izin vermektedir[677]. Yabancı kuralın uygulanması sonucunun Anayasa'ya aykırı olması hâlinde ise hâkimin kullanacağı araç, kamu düzenidir[678].

Yabancı hukuk kuralının AYM tarafından denetlenebileceğini savunan görüşe göre, anayasal organlar, Anayasa'ya aykırı ulusal veya yabancı hukuk kuralının uygulanmasına kayıtsız kalmamalıdır. Burada yabancı hukuk genel olarak engellenmemekte, söz konusu kuralın somut olayda uygulanması Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü bağlamında kanunların Anayasa'ya aykırı olamayacağını düzenleyen m. 11 gereği önlenmektedir[679]. Bu görüşü savunan yazarlara göre, "kamu düzenine açıkça aykırılık" ile "Anayasa'ya aykırılık" kavramları özdeş değildir; yabancı hukuk kuralının uygulanması, kamu düzenine aykırı ancak Anayasa'ya uygun olabilir

---

675 Şirin, s. 371.

676 Nomer, Ergin: Anayasa ve Yabancı Kanun, Fişek, Hicri et al (yayına hazırlayanlar): *Osman F. Berki'ye Armağan*, Ankara 1977, s. 564 vd., (Anayasa); Nomer, Devletler Hususi, s. 46.

677 Nomer, Anayasa, s. 565.

678 Nomer, Anayasa, s. 562.

679 Şirin, s. 377 vd.

[680]. Örneğin, amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenler arasında evlenme Türk kamu düzenine aykırı kabul edilmesine rağmen Anayasa'ya aykırılık oluşturmayabilir[681]. Bu görüş doğrultusunda, somut norm denetimini düzenleyen Anayasa m. 152 hükmünde ulusal veya yabancı kanun arasında fark gözetilmediği için kamu düzenine aykırı olmayan ancak Anayasa'ya aykırı olan yabancı hukuk kuralının uygulanması AYM kararına kadar geri bırakılmalıdır. Böyle bir durumda AYM iptal veya ret kararı verebilir; ancak 5 ay içinde karar verilmezse mahkeme Anayasa m. 152/3 hükmü uyarınca davayı yabancı hukuk kuralına göre sonuçlandırmalıdır[682].

İptal kararı açısından inceleme yapılırsa, doktrinde bir görüş, AYM'nin yabancı hukuk kuralının iptaline karar veremeyeceğini; ancak yabancı hukuk kuralının Anayasa'ya aykırılığına "olayla sınırlı" olarak karar verme yetkisini, içtihat yoluyla açabileceğini ileri sürmektedir[683]. Öte yandan diğer görüş, RG'de iptali yayımlanan yabancı hukuk kuralının yürürlüğünün, yabancı ülkede ortadan kalkmasa da Türkiye'de ortadan kalkacağını iddia etmektedir[684].

Ret kararı açısından inceleme yapılırsa, AYM yabancı hukuk kuralının Anayasa'ya aykırı olmasına rağmen bu kuralı iptal etme yetkisi olmadığı sonucuna varırsa, gerekçede Anayasa'ya aykırılık nedenlerini açıklayarak "yorumlu ret" kararı verebilir[685]. Doktrinde, AYM kararlarındaki gerekçelerin bağlayıcı olmaması nedeniyle

---

[680] Aybay, Rona: Türk Mahkemesince Uygulanacak Yabancı Yasanın, Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004/54, (Anayasa'ya Aykırılık), s. 140 vd.; Şirin, s. 373, 374.

[681] Aybay, Anayasa'ya Aykırılık, s. 141.

[682] Nomer, Devletler Hususi, s. 46.

[683] Aybay, Anayasa'ya Aykırılık, s. 143.

[684] Şirin, s. 381.

[685] Şirin, s. 382.

yorumlu ret kararlarının normal ret kararlarından farklı olmadığı ifade edilse de, bu gerekçelere rağmen Anayasa'ya aykırı yabancı hukuk kuralını uygulayan mahkemenin verdiği karar büyük ihtimalle Anayasa'ya aykırı olacaktır[686].

Yabancı hukuk kuralının AYM tarafından denetlenebileceğini savunan söz konusu görüş, öncelikle yabancı hukuk kuralının uygulanmasının kamu düzenine aykırı olmadığı ancak Anayasa'ya aykırı olduğu herhangi bir somut durumun örnek verilememiş olması nedeniyle eleştirilebilir. Zira kanımızca her kamu düzenine aykırı sonuç Anayasa'ya aykırı olmasa da, her Anayasa'ya "açık" aykırılık kamu düzenine de aykırıdır. 2012 yılında verilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul kararında da hükmedildiği üzere kamu düzeni içerisinde sayılabilecek tek somut kriter, Anayasa'da yer alan hak ve özgürlüklerdir. Dahası, Anayasa m. 152'de sözü geçen "kanun", Anayasa m. 87'de TBMM'nin görev ve yetkileri arasında sayılan işlemlerdendir[687]. Bu nedenle TBMM tarafından yayımlanmayan yabancı kanunun Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesinin, AYM'nin mevcut iş yükü de göz önüne alındığında görev ve yetki alanı içerisine girmediği kanaatindeyiz. Zaten kamu düzeninin devreye girme ihtimali varlığını korumaktadır.

Öte yandan Anayasa m. 148/3 hükmüne göre; "Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlâl edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir." Dolayısıyla yabancı hukuk kuralının uygulanması sonucunda edinilen mahkeme kararının AİHS'ye uygunluk kapsamında anayasallık denetimi yapılabilir[688]. Ancak bireysel başvuru ile gerçekleştirilen bu denetim de, yabancı hukuk kuralının değil, kuralın uygulanması nedeniyle ortaya çıkan sonuçların

[686] Şirin, s. 383.

[687] Kanun tanımı için bkz. Gözler, Anayasa, s. 662.

[688] Şirin, s. 386.

denetimi anlamına gelmektedir. Bu açıdan, olayla sınırlı karar alma yetkisi vermektedir. Yabancı hukukun uygulanması bakımından yapılan bu denetim, tanıma ve tenfiz bakımından da gerçekleştirilebilir[689].

bb. Yabancı hukukun kendi Anayasa'sına uygunluğu

Yabancı hukuk kuralı, yabancı hâkim yabancı mahkemede bu kuralı nasıl uyguluyorsa o şekilde uygulanmalıdır. Bu yaklaşım doğrultusunda, yabancı hukuk kuralının söz konusu yabancı Anayasa'ya aykırılığının değerlendirmesi noktasında ikili ayrım yapılmaktadır[690]. Yabancı hukuka göre, davaya bakmakta olan hâkim anayasal denetim konusunda yetkili ise yabancı hukuku uygulayan ulusal hâkim de bu yetkiyi kullanacaktır ve yabancı Anayasa'ya aykırı yabancı hukuk kuralını uygulamama ihtimali doğacaktır[691]. Ancak yabancı hukuk, anayasal denetim için başka özel bir mahkemeyi yetkilendirmişse, söz konusu yabancı hukuk kuralı, yabancı hukukun yabancı Anayasa'ya uygunluğu değerlendirilmeden uygulanmalıdır[692].

2. Kamu Düzeni İstisnası

Milletlerarası özel hukuk bağlamında kamu düzeni, yabancı hukukun veya yabancı kararın, *for* hukuk düzenine dahil olmasından kaynaklanabilecek kabul edilemez sonuçlardan kaçınmak için kullanılan bir araçtır[693]. Kamu düzeni, bir hukuk düzeninde yer alan en temel ilkelere atıfta bulunduğundan bu müdahaleye sadece

[689] Şirin, s. 387.

[690] Nomer, Devletler Hususi, s. 199.

[691] Güngör, s. 103.

[692] Güngör, s. 103.

[693] Hazelhorst, Monique: *Free Movement of Civil Judgments in the European Union and the Right to a Fair Trial*, The Hague 2017, s. 66.

istisnai durumlarda ve açık-aşikâr-ağır aykırılık söz konusu olması hâlinde geçerlilik tanınacağı genel olarak kabul edilmektedir. Kamu düzenine aykırılıkta açıklık kriterinin aranması, Türk hukukunda ve çeşitli hukuk düzenlerinin milletlerarası özel hukuk kanunlarında yer almaktadır. Ayrıca kamu düzeninin devreye girme ihtimali, genel itibarıyla, tarafların ülke ile bağlantısı yoğunlaştıkça artar, bağlantı zayıfladıkça azalır. İnsan hakları ihlâllerinde bu bağlantının önemine ilişkin tartışmalara ilerleyen bölümlerde yer verilecektir.

Kamu düzeni istisnası, milletlerarası özel hukuk alanının ortaya çıktığı ilk dönemlerden itibaren bu alanda insan haklarının korunması için tercih edilen bir yöntem olmuştur[694]. Günümüzde ise sınır aşan hareketlerin artması ve insan hakları hukukunda ortaya çıkan hukuki gelişmeler ışığında, ulusal mahkemeler kamu düzeni istisnasını daha sık kullanmakta, kamu düzeni, temel insan hakları koruması ile giderek daha fazla ilişkilendirilmektedir [695] . Bu doğrultuda kamu düzeni istisnası, temel hakların milletlerarası özel hukuka girdiği bir kapıya benzetilmektedir[696]. Kamu düzeninin hangi koşullarda kullanılacağına yönelik evrensel bir kriter bulunmasa da insan haklarına saygının kamu düzenini oluşturan temel ilkeler arasında olduğuna kuşku bulunmamaktadır [697] . Özellikle tanıma tenfiz bakımından kamu düzeninin insan haklarına saygı için gerekli bir araç olduğu ve bu konular hakkındaki milletlerarası belgelerden çıkarılmaması gerektiği ifade edilmektedir[698].

[694] Kinsch, Droits de l'Homme, s. 172.

[695] Wærstad, s. 54; Jänterä-Jareborg, s. 159.

[696] Weick, s. 197.

[697] Hirschboek, s. 193.

[698] Oster, s. 545.

a. Kamu Düzeninin İçeriğini Oluşturan İnsan Hakları Kaynakları

aa. BM belgeleri

Son yıllarda Avrupa'da doktrin ve mahkemeler, milletlerarası özel hukuk ve maddi özel hukuktaki belirsiz hukuki kavram ve normların içini doldurmak için insan haklarını ve anayasal ilkeleri kullanmaktadır[699]. Bu anlamda BM'nin milletlerarası belgeleri, kamu düzeni istisnasının uygulanmasında büyük önem taşıyan bir dizi temel değer ve ilke olarak düşünülebilir[700]. Doğrudan bireysel hakların korunmasına yönelik bu belgeler, amaçsal olarak kamu düzeninin içeriğinin belirlenmesine uygun görülmektedir[701]. Zira öncelikle, BM Şartı genel anlamda barış ve güvenliği korumak için üye devletleri, hukuk düzenleri içerisine insan özgürlüklerine saygı ilkesini nakşetmeyi zorunlu kılmaktadır[702]. Dahası, İHEB evrensel düzenin tâbi olduğu insan haklarını tanımladığı ve sıraladığı için İHEB'de tanımlanan insan haklarını tanımayı reddeden yabancı hukukun uygulanmasını reddetmek, üye devletlerin sorumluluğudur. Bu anlamda İHEB'de sayılan tüm haklar insana atfedilen niteliklerse ve insanın gelişimi için gerekliyse, bu hakların kullanılmasını idare eden hukuktan bağımsız bir varlığa sahip demektir[703]. Hatta daha da ileri giderek, insanlığın çok büyük bir bölümüne ait

---

[699] Colombi Ciacchi, Aurelia: Good Neighbourliness and Fundamental Rights-Based Interpretations of Public-Policy Clauses in EU Private International Law, Kochenov, Dimitry/ Basheska, Elena (eds.): *Good Neighbourliness in the European Legal Context*, Leiden: Brill / Nijhoff 2015, s. 85.

[700] Jakubowski, s. 206.

[701] Goldman, s. 453, 455. BM'nin bazı milletlerarası enstrümanları, *a priori* olarak amaçları doğrultusunda kamu düzeni alanı dışında olsa da bu durum, kendi kaderini tayin hakkı gibi birkaç istisnai enstrüman ile sınırlıdır. Goldman, s. 455.

[702] Lerebours-Pigeonniere, s. 262.

[703] Lerebours-Pigeonniere, s. 267.

temel insan hakları kavramını ifade etmesi nedeniyle BM'ye üye olmayan devletlerin de İHEB'de milletlerarası özel hukuk bağlamında kamu düzeni kaynağı bulabileceği iddia edilmiştir[704]. Bu değerlendirme, teknik olarak BM'nin temel insan haklarını ifade eden diğer milletlerarası sözleşmeleri açısından da geçerli kabul edilmekte, özellikle Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin bazı hükümleri kapsamında önemli görülmektedir[705]. Öte yandan bir milletlerarası antlaşmanın yürürlüğe girmesinin, sadece söz konusu antlaşmayı yürürlüğe koymakla evrensel teminat sağlayan devletler açısından milletlerarası kamu düzeni kaynağı olarak nitelendirilebileceği, söz konusu milletlerarası antlaşmayı yürürlüğe koymayan devletler açısından aynı sonuca varılamayacağı da savunulmaktadır[706].

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni bağlamında İHEB'in m. 29 hükmüne değinilmelidir. Söz konusu maddenin 2. fıkrasına göre,

> "Herkes haklarını kullanırken ve özgürlüklerinden yararlanırken, başkalarının hak ve özgürlüklerinin tanınması ve bunlara saygı gösterilmesinin sağlanması ve demokratik bir toplumda genel ahlak ve kamu düzeniyle genel refahın gereklerinin karşılanması amacıyla yalnız yasayla belirlenmiş sınırlamalara bağlı olur."

Takip eden fıkrada ise, "Bu hak ve özgürlükler hiçbir koşulda Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine aykırı olarak kullanılamaz." hükmü yer almaktadır. Bu anlamda İHEB m. 29, devletlerin, genel ahlak ve kamu düzeniyle genel refahın gereklerini dikkate almasına izin vererek, her devlete bu kapsamda bir takdir yetkisi tanımaktadır[707]. Ancak İHEB'i kabul eden devletlerin iç hukukunun, başkalarının hak

[704] Goldman, s. 458.

[705] Goldman, s. 458.

[706] Goldman, s. 456.

[707] Lerebours-Pigeonniere, s. 263.

ve özgürlüklerinin tanınması ve bunlara saygı gösterilmesinin sağlanması ile demokratik bir toplumda genel ahlak ve kamu düzeniyle genel refahın gereklerinin karşılanması amacı dışında, İHEB'de tanımlanan insan haklarını sınırlayamayacağı da unutulmamalıdır[708].

Bu kapsamda, bir milletlerarası belgenin hükümlerinin, kamu düzeni istisnasının içeriğini belirleyebilmesi için üç koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir[709]: İlk olarak milletlerarası belge, doğası itibarıyla birey tarafından doğrudan iddia edilebilen sübjektif bir hakkı temin etmelidir; ikinci olarak bu hakkın içeriği, uygulanacak yabancı hukukun bu hakkı tanımayacağı yönünde şüpheye yer bırakmayacak derecede kesin olmalıdır ve son olarak hâkimin müdahalesi, milletlerarası kamu hukuku gibi diğer genel ilkelere aykırılık oluşturmamalıdır. Bu şartlar, örneğin İHEB m. 16'da düzenlenen evlenme hakkında sağlanmıştır.

Örneğin İHEB m. 16'ya göre, "aile, toplumun, doğal ve temel unsurudur, toplum ve devlet tarafından korunur" ve m. 26'ya göre, "çocuklara verilecek eğitimin türünü seçmek, öncelikle ana ve babanın hakkıdır." Eğer iç hukuk, İHEB'den ilham alacak biçimde düzenlemekte ise, kamu düzeni istisnası işletilerek çocuğun eğitimi konusunda normalde yetkili olan şahsi hukuk yerine *for* hukuku uygulanabilir[710]. Sonuç olarak, İHEB ile birlikte insana atfedilen hakların ilanının ve bu kavrama dayalı evrensel düzenin, yabancı hukuklar ve iç hukuk arasında ortak bir nokta oluşturduğu ve bu bağlamda millî kamu düzeni yoluyla iç hukuk düzenine müdahale edebilir nitelikte olduğu görüşü ileri sürülebilir[711].

---

[708] Lerebours-Pigeonniere, s. 259.

[709] Goldman, s. 458, 459.

[710] Lerebours-Pigeonniere, s. 268.

[711] Lerebours-Pigeonniere, s. 270.

İHEB'in yanı sıra BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi[712] ile BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi [713] de çağdaş milletlerarası özel hukukun temelini oluşturmaktadır[714]. Bu sözleşmelerin başlangıç kısımlarındaki hükümler tam anlamıyla hukuk kuralları olmamasına rağmen, yorumlama için sebep ve rehber olması açısından büyük önem taşımaktadır. Sözleşmelerin belirli hükümleri de, içeriklerine aykırı yabancı maddi kuralların uygulanmasını engelleyen milletlerarası bir antlaşma temeli oluşturur[715]. Milletlerarası özel hukuk uygulamasında, bu, örneğin, kadınların evlilikleri veya evlilik içi-evlilik dışı çocuklar arasında ayrımcılık yapan maddi kuralların yanı sıra, karma evliliklerin yasaklanması gibi ırkçı temelde ayrımcı hükümlerden de kaçınmayı içerecektir. Çok eşlilik de aynı zamanda bu sözleşmelerin önsözünde atıfta bulunulan insan onuru kadar eşitlik ilkesine de aykırıdır. Örneğin, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde kadın ve erkeğin hukuk önünde eşitliği ile ilgili m. 3, cinsiyetler arası eşitlik ilkesinin uygulanmasını zorunlu kıldığı için büyük önem taşımaktadır[716].

---

[712] *International Covenant on Civil and Political Rights* için bkz. https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf, (Erişim Tarihi: 21.05.2022).

[713] *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* için bkz. https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/01/19760103%2009-57%20PM/Ch_IV_03.pdf, (Erişim Tarihi: 21.05.2022).

[714] Jakubowski, s. 203.

[715] Jakubowski, s. 207.

[716] Jakubowski, s. 205. Kanunlar İhtilafı konuları dışında, BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin başlangıçta yer alan "Birleşmiş Milletler Şartında ilan edilen prensiplere göre insanlık ailesinin bütün üyelerinin doğuştan sahip oldukları insanlık onurunu ve eşit ve vazgeçilmez haklarını tanımanın yeryüzündeki özgürlük, adalet ve barışın temeli

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme[717]'de en önemli ilke olarak öne sürülen "çocuğun yüksek yararı" ilkesi, kanımızca milletlerarası özel hukukta kamu düzeninin içeriğinin belirlenmesinde de oldukça önemlidir. Ancak çocuğun yüksek yararı, herkes tarafından kabul edebilecek, bir çocuğun geleceğine ilişkin kararlar için en iyi kriter olsa da, bu ilkenin uygulamada ne anlama geldiğine dair fikirler büyük ölçüde farklılık gösterebileceğinin farkında olunmalıdır[718]. Bu genel ilkenin dışında, "görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkı" (m. 12); devletten özel koruma ve yardım görme hakkı bağlamında "bakıcı aile yanına verme, İslam hukukunda kefalet (kafalah), evlat edinme ya da gerekiyorsa çocuk bakımı amacı güden uygun kuruluşlara yerleştirmeyi de" içeren "çocuğun yetiştirilmesinde sürekliliğin korunmasına ve çocuğun etnik, kültürel ve dil kimliğine gereken saygının" gösterilmesi hakkı (m. 20) ve "ülkelerarası evlat edinmenin

---

olduğunu dikkate alarak" "Bu hakların insanın doğuştan sahip olduğu insanlık onurundan türediğini kabul ederek" paragrafları, yabancıların durumu için özel bir öneme sahiptir. İkinci maddede yer alan ayrımcılık yasağı da, antlaşmaya taraf devletlerden birinin topraklarında ikamet eden vatansız kişiler ve üçüncü devletlerin vatandaşları ile ilgili olduğundan, doğrudan yabancılar hukukuyla ilgilidir. Jakubowski, s. 203 vd.

[717] *Convention on the Rights of the Child* için bkz. https://treaties.un.org/doc/Treaties/1990/09/19900902%2003-14%20AM/Ch_IV_11p.pdf, (Erişim Tarihi: 21.05.2022).

[718] Mcclean, David: The Right to A Fair Trial, *Forum Non Conveniens* and the Limits of the Possible, The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law (ed.): *A Commitment to Private International Law: Essays in Honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge-Antwerp–Portland 2013, s. 358.

çocuk bakımından uygun bir çözüm" olduğunun kabulü, kamu düzeninin sınırlarının belirlenmesi bağlamında öne çıkmaktadır.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşme (CEDAW)[719]'nin 2. maddesinde taraf devletlere, "kadınlara karşı ayrımcılığın her biçimini yasaklayıp, her türlü vasıtayla ve hiç vakit kaybetmeden kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etme politikası izleme" konusunda hukuki alanda tedbir alma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu genel yükümlülüğün dışında, "toplumsal bir işlev olarak anneliğin gerektiği şekilde anlaşılması" (m. 5/b), "evlilik döneminde ve boşanma sırasında" (m. 16/1-c) ve "çocukların sayısına ve dünyaya getirilme zamanına serbestçe ve makulce karar verme konusunda" (16/1-e) erkeklerle aynı haklara ve yükümlülüklere sahip olmanın kabulü, özellikle taşıyıcı annelik ve evlat edinme konularında kamu düzeninin sınırlarının belirlenmesi bağlamında öne çıkmaktadır. İslam hukukunda yer alan talâk kurumu ise "her iki cinsten birinin aşağı veya üstün olduğu veya erkekler ile kadınların basma kalıp rollere sahip oldukları düşüncesine dayanan" sosyal normları desteklenmesi nedeniyle, CEDAW m. 5-a bağlamında sorunlu görülmekte ve talâk boşanmasının tanınması aşamasında kamu düzeni müdahalesini haklı çıkarmaktadır[720].

Sonuç olarak bu sözleşmelerin hükümleri, kamu düzeni istisnasını devreye sokmak için temel teşkil edebilir. Bu hükümler aynı zamanda kamu düzeni müdahalesine itiraz etmek için de kullanılabilir. Örneğin, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin çocuğun yetiştirilmesinde sürekliliğin korunmasına ve çocuğun etnik, kültürel ve dil kimliğine gereken saygının sağlanmasına ilişkin m. 20 hükmü, kamu düzeni müdahalesinin engellenmesini ve İslam hukukundaki kafalah kurumu içerisinde

[719] Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women için bkz. https://treaties.un.org/doc/Treaties/1981/09/19810903%2005-18%20AM/Ch_IV_8p.pdf, (Erişim Tarihi: 21.05.2022).

[720] Wærstad, s. 68.

bir aile yanında kalan çocuğun haklarının tanınmasını gerektirebilir. İnsan haklarının etki alanının ulaşabileceği noktaları gösteren bu örnekler karşısında, özellikle kamu düzeni müdahalesinde kültürel farklılıkların dikkate alınmasına dair kültürel rölativizm tartışmalarının yer aldığını belirtmekte fayda vardır.

bb. Anayasa

Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükler kamu düzeninin içeriğinin belirlenmesinde başlıca kaynaklardandır. Örneğin Alman mahkemeleri 1970'lerin başından beri milletlerarası özel hukukta kamu düzeni şartlarını yorumlamak için temel hakları kullanmaktadır. Birinci bölümde bir dönüm noktası olarak kabul edilen *Spaniard* kararında Almanya Anayasa Mahkemesi, yabancı hukuk ve anayasal haklar arasındaki uyumsuzluğun Alman mahkemelerinde hangi kanunlar ihtilâfı tekniğiyle çözüleceğinin Anayasa Mahkemesi'ni ilgilendirmeyeceğini, mahkemelerin Anayasa'ya doğrudan uymayı (doğrudan yatay etki) tercih edebileceği gibi kararlarını kamu düzenine (dolaylı yatay etki) de dayandırabileceğini belirtmiştir[721]. Gerçekten de, insan haklarının ihlâli önlendiği sürece, bunun hangi araçla yapıldığı AYM veya AİHM açısından önemli değildir[722]. Almanya Yüksek Mahkemesi de, ikinci görüşü yani kamu düzeni istisnasına başvurulmasını tercih etmiştir[723].

Alman Medeni Kanunu'nun (EGBGB) bu karar doğrultusunda değiştirilmesi ise 1986 yılında mümkün olmuştur[724]. Bu çerçevede güncellenen EGBGB m. 6 hükmüne

[721] Kinsch, A Survey of the Cases, s. 200.

[722] Kinsch, A Survey of the Cases, s. 202; Fawcett, s. 37.

[723] Kinsch, A Survey of the Cases, s. 200; Hofmann, s. 146; Weick, s. 197.

[724] Hofmann, s. 146; Weick, s. 197. Söz konusu hükmün İngilizce çevirisi için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p0041, (Erişim Tarihi: 20.06.2022).

göre, kanunlar ihtilâfı kuralları tarafından belirlenen yabancı hukuk, "Alman hukukunun temel ilkelerine" [725] açıkça aykırı ise uygulanmayacak; bu uygulama özellikle Anayasa'da yer alan insan hakları hükümlerine aykırı sonuçlara yol açacaksa yabancı hukukun uygulanması engellenecektir[726]. Bu madde ile insan hakları, kamu düzeni istisnası içerisine dahil edilmiştir [727] . İnsan hakları, Alman hukukuna entegre edildiğinden, millî kamu düzeni istisnasının içeriğini belirlemede insan hakları önemli bir rol oynamaktadır[728]. Bu maddeden, yabancı hukukun uygulanmasından doğan her insan hakkı ihlâlinin *per se* Alman kamu düzeni ihlâline yol açacağı sonucuna varılmamalı, açık aykırılık arandığının altı çizilmelidir[729]. Zira her türlü aykırılığın yabancı hukukun uygulanmamasına yol açması, hem yabancı hukuk sistemlerinin özünde bulunan değerler karşında Anayasa tarafından Alman milletlerarası özel hukukunda gerekli kılınan "hoşgörü" ile uyumsuz olacak hem de Almanya'nın milletlerarası hukuki işbirliğine katılma gücünü kaybettirecektir. Burada, yabancı hukukun anayasal denetimi de yapılmamakta, iç hukuk aktivitesi olarak söz konusu yabancı hukukun uygulanması denetlenmektedir[730]. Aynı şey, kamu düzeninin tanıma-tenfiz kapsamında uygulandığı milletlerarası usûl hukuku için de söylenebilir[731].

---

[725] A provision of the law of another State shall not be applied where its application would lead to a result which is manifestly incompatible with the fundamental principles of German law. In particular, inapplicability ensues, if its application would be incompatible with civil rights.

[726] Hofmann, s. 151 vd.; Weick, s. 197.

[727] Callsen, s. 136.

[728] Michaels, Public and Private, s. 132.

[729] Hofmann, s. 152; Thoma, s. 16.

[730] Weick, s. 197.

[731] Weick, s. 197.

Söz konusu karar ve sonrasındaki değişiklikle birlikte hem Alman yargı makamlarının ilgili insan hakkının temel içeriğine yönelik içtihadına hem de milletlerarası insan hakları sözleşmelerinin yorumlanması yetkisini haiz olan mahkeme ve kurumların insan haklarına yönelik minimum standartlarına dikkat edilmesinin önemi anlaşılmış ve bu çerçevede Alman kamu düzeni "uluslararasılaşmıştır"[732]. Bu anlamda EGBGB m. 6 temel haklar konusunda sınırlama getirmediği için milletlerarası sözleşmeleri de kapsamaktadır[733]. Temel ilkelerin yalnız Almanya Anayasa Mahkemesi içtihadına göre değil, AİHM tarafından geliştirilen standartlar başta olmak üzere, milletlerarası kamu hukukunun minimum insan hakları standartlarına göre belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir[734]. Alman Anayasası'nın ulusal hukuklara kıyasla milletlerarası hukukun temel ilkelerine öncelik verdiğini ve tüm milletlerarası sözleşmelerin iç hukuk araçları ile Alman hukuk düzeni tarafından benimsenmesi gerekliliğinden bağımsız olarak ülkenin milletlerarası yükümlülüklerini yerine getirme zorunluluğunu tanıdığını belirtmek gerekmektedir[735]. Dolayısıyla söz konusu yabancı hukuk, Alman mahkemesinin tâbi olduğu hukukta öngörülen temel ilkelere aykırı olmasa bile, devletin milletlerarası yükümlülüklerine aykırılığa yol açabilir[736].

Bu bağlamda insan haklarının farklı ulusal yorumlarının bulunduğu da belirtilmelidir[737]. Örneğin karar AB'ye üye devletlerden gelse bile, kefil olanın sözleşme özgürlüğünü Alman Anayasası'na aykırı biçimde sınırladığı aile kefaleti ile ilgili kararlar, Almanya'da tenfiz edilmemektedir. Diğer ülkelerde de kamu düzeni

[732] Hofmann, s. 152 vd.

[733] Weick, s. 198.

[734] Hofmann, s. 153.

[735] Thoma, s. 16.

[736] Thoma, s. 16.

[737] Colombi Ciacchi, s. 93.

istisnası yabancı hukukun uygulanmasını engellerken anayasal değerlere atıf yapılmaktadır. Örneğin Güney Afrika mahkemeleri, İslam hukuku kapsamındaki evlilikleri geçersiz saymayı din, vicdan, inanç ve kültür temelinde ayrımcı kabul etmekte ve Müslümanların onurunu zedelediğini ileri sürerek çeşitliliğe saygı ve toleransla ilgili anayasal değerlere atıf yapmaktadır[738].

Türk hukuku bakımından da Anayasa'da korunan temel hak ve özgürlükler, Türk kamu düzeninin önemli bir kaynağıdır[739]. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 2012 yılında verdiği kararda da Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükler, kamu düzeninin çerçevesini belirleyen kriterler arasında sayılmıştır. Bu nedenle, kanımızca kamu düzeni istisnasının devreye girip girmemesi konusunda Anayasa birincil olarak kullanılması gereken kaynaktır. Yine de, milletlerarası özel hukukta kamu düzeni istisnasının düzenlendiği temel hükümler olan MÖHUK m. 5 ve 54/1-c'ye Alman hukukundakine benzer bir insan hakları vurgusunun eklenmesi kanımızca uygulamanın netleştirilmesi açısından yerinde olacaktır.

cc. AİHS ve AİHM kararları

AİHS ve AİHM kararları, kamu düzeninin içeriğinin belirlenmesi bağlamında önemli kaynaklardır. AİHS'ye üye olan veya olmayan devletten kaynaklanan AİHS'ye aykırı bir yabancı hukukun veya mahkeme kararının uygulanmasının, *for* devletinin hukuk sistemindeki temel değerlere aykırı olduğu belirtilmekte ve bu anlamda AİHS ilkeleri, kamu düzeninin kapsamının belirlenmesinde bir referans noktası olarak kabul

[738] Neels, Jan L.: The Positive Role of Public Policy in Private International Law and the Recognition of Foreign Muslim Marriages, *South African Journal on Human Rights*, 28/2 (2012), s. 227.

[739] Nomer, Devletler Hususi, s. 173; Güngör, s. 111.

edilmektedir[740]. Böylece AİHS, milletlerarası kamu düzenini güçlendiren, etkileyen, geliştiren ve tanımlayan üstün kurallar sistemi getirmektedir[741]. AİHS bağlamında yabancı hukukun uygulanmasının, Sözleşme ihlâline yol açacağının belli olması hâlinde, *for* hukukunun kanunlar ihtilâfı kuralları tarafından belirlenen yabancı hukukun uygulanmasını engelleyecek olan teknik aracın kamu düzeni istisnası olduğu belirtilmektedir[742]. Türk hukukunda da AİHS ve AİHM kararları, "Türk hukukunun vazgeçilmez kabul ettiği temel prensipler" içerisinde sayılmış, bunların kamu düzeninin kaynakları arasında "özel bir öneme" sahip olduğu belirtilmiştir[743].

AİHS, taraf devletler için karşılıklı yükümlülükler öngören klasik bir milletlerarası sözleşmeden daha çok bir organizasyon sözleşmesidir[744]. Bu, Avrupa hukuk düzeninde ve üye devletlerin ulusal taahhütleri bağlamında Sözleşme'nin, merkezi ve üstün bir rol oynaması anlamına gelmektedir. AİHS'nin temel haklar kataloğunun, taraf devletler açısından fonksiyonel anlamda anayasal bir rol oynadığı ve bununla bağlantılı olarak devletlerin bu alanda egemenliğini kaybettiği belirtilmektedir[745]. Bu anlamda güncel içtihat ve doktrin, AİHS'nin kamu düzenine ait anayasal nitelikli normları içeren kolektif garanti sisteminin ifadesi olduğunu kabul etme yönünde ilerlemektedir[746]. Devletin bu denli az kontrol hakkına sahip olması,

---

[740] Matscher, s. 217.

[741] Cohen, Dany: La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le Droit International Privé Français, *Revue Critique de Droit International Privé*, 78/3 (1989), s. 478-480; Docquir, s. 511.

[742] Matscher, s. 217.

[743] Nomer, Devletler Hususi, s. 528.

[744] Docquir, s. 487.

[745] Corneloup, s. 401.

[746] Corneloup, s. 402.

AİHS'deki hakların yorumunun öncelikle devletlere bırakılması yani yetki devri ilkesi ile uyumsuz görünebileceği için kamu düzenine her zaman son çare olarak başvurulması gerektiğinin altı çizilmektedir[747].

aaa. Avrupa kamu düzeni

AİHM kararları öncülüğünde, temel haklara ilişkin normların Avrupa başlığı altında yapılandırılması fikri ortaya çıkmıştır[748]. Bu kararlardan *Loizidou v. Turkey* kararında AİHM, AİHS'nin "Avrupa kamu düzeninin" anayasal bir aracı olduğunu belirterek AİHS'nin özel karakterinin altını çizmiştir[749]. Bu şekilde AİHM, AİHS'de korunan hakları, üye devlet hukukları içerisine yerleştirmiş ve Sözleşme'nin statüsünü güçlendirmiştir[750]. Bu karar, kamu düzeni kavramının çok anlamlılığını gösterdiği gibi AİHM'in resmî anlamda AİHS'yi Avrupa haklar bildirgesi (*bill of rights*) olarak kabul etme isteğini de sergilemektedir[751]. *Bankovic*[752] kararında, AİHM kendi yükümlülüğünü, bireylerin korunması için bir anayasal Avrupa kamu düzeni enstrümanı olmak şeklinde belirlemiş, davalı üye devletlerin ülke dışı yetkisinin, AİHS'nin kamu düzeni amacı ile uyum içinde olduğunu belirtmiştir[753]. Dolayısıyla AİHM tarafından tanınan ve ortaya çıkarılan bir kamu düzeni anlayışı oluşmuştur[754].

---

[747] Docquir, s. 489.

[748] Oprea, s. 325.

[749] *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, Application No 15318/89, Judgment of 23 March 1995.

[750] Hazelhorst, s. 68.

[751] Thoma, s. 13.

[752] *Banković and Others v. Belgium and Others*, Application No 52207/99, Decision of 12 December 2001.

[753] Kinsch, A Survey of the Cases, s. 204.

Hemen belirtmek gerekir ki Avrupa kamu düzeni kavramının varlığı ve işlevi konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. *Mayer*, Avrupa kamu düzenini, her Avrupa devletinin kabul ettiği, devletin hukuki düzenine ve özellikle milletlerarası kamu düzeni ilkeleri kategorisine entegre edilmiş bir kamu düzeni olarak tanımlamıştır[755]. *Thoma* ise AİHS anlamındaki kamu düzeninin, millî (anayasal) kamu düzeni ile daha çok benzerliklere sahip olduğunu belirtmiştir. Hatta yazar bu kamu düzenini, kamu idaresinin iyi işlemesini sağlayan, güvenliği temin eden ve özel hukuk kişileri sözleşme yaptığında onları bağlayan doğrudan uygulanan kurallara benzetmektedir[756]. Öte yandan *Oprea*'ya göre Avrupa kamu düzeni kavramının varlığı kabul edilse bile, bu müdahalenin gerçekliği ve şekli düşünüldüğünde gereksizliği ortaya çıkmaktadır[757]. Avrupa kamu düzeninin negatif fonksiyonunun (yabancı hukukun uygulanmaması) kullanılması, klasik milletlerarası kamu düzeni kavramına ek bir menfaat sağlamamaktadır; çünkü zaten klasik kamu düzeni tarafından aynı amaç sağlanmaktadır[758]. Pozitif fonksiyon (*for* hukukunun uygulanması) açısından ise Avrupa kamu düzeni nedeniyle değil, AİHS metinlerinin normlar hiyerarşisi içerisindeki yeri nedeniyle uygulanmayan yabancı hukukun yerine başka bir hukuk geçmektedir[759].

Bu kavram, bölgesel ortak hukuk kültüründen oluşmakta, kültürel hukuki çoğulculuğu teminat altına almakta ve ortak asgari standartlar meydana getirmektedir[760]. Bunun sonucu, kamu düzeninin içeriğinin giderek daha az hukuk

---

[754] Thoma, s. 13.

[755] Mayer, s. 664.

[756] Thoma, s. 13.

[757] Oprea, s. 338.

[758] Oprea, s. 338 vd.

[759] Oprea, s. 339.

[760] Thoma, s. 13.

sistemlerine özel belli kavramlarla açıklanması, daha çok farklı Avrupa devletlerinin ortak değerlerine göre anlaşılmasıdır. Böylece sınır aşan davalarda kamu düzeni müdahalesinin kullanılmasında, özellikle AİHM kararlarının etkisi ile iç hukuk standartları giderek daha az, insan hakları standartları ise daha önemli hâle gelmiştir[761]. AİHS'nin bu özel karakteri nedeniyle bugün kamu düzeninin, temelde millî olan karakterini kaybettiği, Sözleşme'nin, kamu düzeni kavramının içeriğini maddi anlamda empoze ettiği belirtilmektedir[762]. Bunun yanında, aslen korumacı ve savunmacı karaktere sahip kamu düzeninin bu özelliği de Avrupa düzeyinde terk edilmiş, ortak ilkelerin oluşturulması için bir araç özelliğini almıştır[763]. Yabancı hukukun veya mahkeme kararının uygulanmasını Avrupa kamu düzeni gerekçesiyle reddeden taraf devlet hâkimi, bu sayede hem insan hakları temelli kamu düzenini savunmuş hem de organı olduğu devletin milletlerarası anlamda sadakatini yerine getirmiş olmaktadır[764]. Böylece, daha önce partikülarizm ve ayrım unsuru olan kamu düzeni, Avrupa hukuk düzeninin değerlerini korumak için "ortak payda"ya dönüşmüştür[765].

---

[761] Jänterä-Jareborg, s. 159.

[762] Thoma, s. 17. Özel hukukun Avrupalılaşması kavramı bazen birbiriyle örtüşen, ancak ayrı tutulması gereken üç farklı anlama sahiptir. Bunlardan ilki, AB'nin özel hukuka karşı araçsal bakış açısı ile ilgilidir. Zira Avrupa özel hukuku ortak pazara hizmet etmelidir. İkinci anlamı AB'nin ötesine geçer ve Avrupa kimliğinin inşasına atıfta bulunur. Avrupa çapında bir hukuk biliminin yeniden canlanması ve hâkimler arasındaki bilgi alışverişi ile ilgilidir. Üçüncü anlamı ise birleşmeye değil, karşılıklı bağımlılığa atıfta bulunur. Bkz. Michaels/ Jansen, s. 861 vd.

[763] Oprea, s. 325.

[764] Mayer, s. 664.

[765] Oprea, s. 325.

Ne var ki evlat edinilen çocuklar ile diğer çocuklar arasındaki eşitlik, transseksüel bireylerin medeni statülerini değiştirmesi, aynı cinsiyetten kişilerin evlenme, evlat edinme veya çocuk sahibi olma hakkı ve yardımcı üreme teknikleri gibi konular, Avrupa devletleri dahil birçok ülkede önemli tartışmalara konu olmaktadır[766]. Oysaki Avrupa kamu düzeni, tüm devletlerde kamu düzeninin aynı biçimde anlaşılması ve mutlak değerlerin özü hakkında açık farklılık olmaması anlamına gelmektedir. Bu nedenle *Oprea*, milletlerarası özel hukukta millî kamu düzeni istisnasının henüz Avrupa kamu düzeni istisnasına dönüşmezken, iç hukuk sistemleri içerisinde Avrupa ideallerine güvenilmesini sağlayan bir araç olarak kaldığını belirtmektedir[767]. Bunun gibi tartışmalı konuların AİHM tarafından kabul edilmesi hâlinde üye devlet hâkimleri, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda bu kararlara uygun davranmak durumunda kalacaktır. Zira Avrupa kamu düzeni, hâkim veya kanun koyucunun, AİHM kararları ile en azından eşit veya daha üst bir koruma sağlamasını gerektirmektedir[768].

Ancak AİHM'in AİHS kapsamında yaptığı kontrolün, üye devletlerin yetkileri konusunda mahkemenin pozisyonuna dair sorular ortaya çıkardığını da eklemek gerekmektedir[769]. Esasen AİHM tarafından bir üye devletin hukuki düzenlemesi AİHS'ye aykırı olarak değerlendirilse bile devlete bu düzenlemenin değişmesi yükümlülüğü getirilmez[770]. Bu nedenle, AİHM sıklıkla görevinin yerel makamların yerine geçmek veya devletin temel hukuk politikasına aykırı olan bir özel hukuk statüsünü empoze etmek olmadığını; görevinin, devletlerin takdir yetkisini

[766] Oprea, s. 324.

[767] Oprea, s. 340.

[768] Docquir, s. 489.

[769] Corneloup, s. 394.

[770] Oprea, s. 325.

kullanmasının AİHS açısından incelenmesi olduğunu yinelemektedir[771]. Ancak AİHM kararına rağmen devletin söz konusu düzenlemesini korumasının, mahkeme önünde yeni başvurulara neden olacağı da unutulmamalıdır. Öte yandan yabancı hukuku uygulayan veya yabancı karara etki tanıyan başka bir üye devlet hâkimi, AİHM kararlarını dikkate alacağı için, AİHS'ye aykırı norm ve kararlar bu devlette uygulama alanı bulamayacaktır[772].

bbb. Ulusal mahkeme kararlarındaki yansımalar

Ulusal hâkimin AİHS'de korunan haklara saygıyı sağlamak için, yabancı kurala karşı kamu düzeni istisnasını devreye sokup sokmadığı, AİHM tarafından kontrol edilmektedir[773]. AİHS'nin ihlâline yol açacak bir yabancı hukukun uygulanması veya yabancı karara etki tanınması devletin AİHM önünde yargılanmasına neden olacaktır[774]. Ancak bu kontrolü, ulusal hâkimin ulaştığı sonuç üzerinde yaptığı için, AİHM genellikle milletlerarası özel hukuk kuralı ile doğrudan karşı karşıya gelmemektedir[775]. Bu anlamda AİHS ihlâline konu olan yabancı hukuk veya mahkeme kararı değildir, bu yabancı hukukun uygulanması veya yabancı mahkeme kararına etki tanınması sonucu somut olarak temel hak ihlâline yol açacak olan ulusal mahkeme kararıdır[776]. Zira ister

[771] Corneloup, s. 394.

[772] Oprea, s. 325.

[773] Corneloup, s. 383.

[774] Callsen, s. 141.

[775] Corneloup, s. 384.

[776] Oprea, s. 311.

doğrudan ister kamu düzeni aracılığıyla dolaylı olarak uygulansın, önemli olan sonucun AİHS ile uyumlu olmasıdır[777].

Fransız *Cour de Cassation* 1990 yılındaki öncü davasında, AİHS ve BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde yer verilen insan haklarına atıf yapmıştır[778]. Günümüzde de AİHS ile çatışan bir yabancı kuralın uygulanmasında *Cour de Cassation* açıkça AİHS'ye atıfta bulunmaktan çekinmemekte, temel hakların ihlâli için tam anlamıyla milletlerarası olmasa da Avrupa kamu düzenini devreye sokmaktadır[779].

Yargıtay'ın son yıllardaki kararlarında da AİHS'nin yabancı kararların tanınması ve tenfiz edilmesi için kullanıldığı görülmektedir. Bu yönde örnek verilebilecek kararlardan ilki, "vasi atanması" ile ilgilidir. Daha sonra görüş değiştirmiş

---

[777] Corneloup, s. 384 vd. AİHM ve ABAD gibi ulus üstü mahkemelerin temel haklar odaklı yorumları AB içerisinde iyi komşuluğu desteklemekte ve güçlendirmektedir. Aksine temel hakların ulusal yorumları ise "iyi komşuluk" ilkesini zayıflatmaktadır. İyi komşuğu zayıflatan karar örnekleri için bkz. Colombi Ciacchi, s. 85 vd. Örneğin *Dieter Krombach v. André Bamberski* kararında ABAD kamu düzenine sınırlayıcı bir yorum getirmiştir ve bu kavramı, ulusal hukuk düzeninin temel hukuk kuralları ve temel haklar ile tanımlamıştır. ABAD, bu kararda, özellikle m. 6 olmak üzere AİHS ile açıkça bağlantı kurmuştur. Bu yorum, Avrupa özel hukukunun "anayasallaşması" olarak tanımlanan fenomenin örneklerinden biridir. Bkz. Hazelhorst, s. 75.

[778] Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 31 janvier 1990, 87-18.955, Publié au bulletin için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007023950?dateDecision=30%2F01%2F1990+%3E+01%2F02%2F1990&isAdvancedResult=&page=14&pageSize=10&query=&searchField=ALL&searchProximity=&searchType=ALL&sortValue=DATE_DESC&tab_selection=juri&typePagination=DEFAULT, (Erişim Tarihi: 20.06.2022).

[779] Hammje, Coopération Transfrontiere, s. 407.

olmakla birlikte, Yargıtay bu konuyu münhasır yetki kapsamında değerlendirmekteydi. Münhasır yetki ise kamu düzeni ile ilişkilendirildiği için vesayet konusundaki yabancı kararlar Türk mahkemelerince tanınmamaktaydı. Örneğin 2005 yılında verdiği bir kararda Yargıtay, vesayet kurumunun kamu düzeni içerisinde yer aldığına ve bir Türk vatandaşının vesayeti ile ilgili yabancı kararın tanınıp tenfiz edilemeyeceğine hükmetmiştir[780]. Dahası 2009 yılında verilen Hukuk Genel Kurul kararında Türk mahkemelerinin bu konuda münhasır yetkiye sahip olduğu belirtildikten sonra yetki münhasır olmasaydı dahi vesayet altındaki kişinin her bir işleminin Türk hukukunda tanınmasını gerektireceği için yabancı vesayet kararının geçersiz sayılacağı belirtilmiştir[781].

Yargıtay'ın söz konusu kararlardaki kamu düzeni ve münhasır yetki yorumları doktrinde oldukça eleştirilmiştir. Öncelikle Ekşi, MÖHUK m. 41'in Türk vatandaşlarının kişisel statüsüne ilişkin davalarda[782] özel yetki kuralı barındırsa da, münhasır yetki tesis etmediği ve bu bağlamda Türk vatandaşlarına özel bir tanıma tenfiz engeli yaratmadığını savunmuştur[783]. Öte yandan Yargıtay'ın yaklaşımı iç hukukun emredici kuralının yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda kamu düzeninin bir parçası olarak

[780] Yargıtay 2. HD, E. 2005/14443, K. 2005/17022, T. 6.11.2005.

[781] Yargıtay HGK, E. 2009/2-280, K. 2009/326, T. 8.7.2009; Yargıtay HGK, 2009/2-557, K. 2009/527, T. 18.11.2009.

[782] Türklerin kişi hallerine ilişkin *davalarda* Türk mahkemelerinin yetkisinin düzenlendiği MÖHUK m. 41'in, HMK m. 382'de *çekişmesiz yargı işleri* arasında sayılan vesayet işleri bakımından uygulanamayacağına ilişkin olarak bkz. Erten, Rifat: *Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (MÖHUK m. 41)*, Ankara 2017, s. 115 vd.

[783] Ekşi, Nuray: *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, İstanbul 2013, s. 223.

değerlendirilmemesi gerektiği noktasında da eleştirilmiştir[784]. Dahası vasi atanması ile vesayet makamının belirlenmesi birbirinden farklı hukuki kavramlardır ve yabancı mahkemenin vasi ataması hakkında karar vermesi, yabancı mahkemelerin vesayet makamı olmasını gerektirmemektedir[785].

Bu eleştiriler doğrultusunda, Yargıtay'ın görüşü 17.01.2013 tarihli karar ile değişmiş gözükmektedir[786]. Mahkemeye göre, vesayet konusundaki yabancı mahkeme kararının tanınmasını reddetmek ve yabancı devletlerde yaşayan Türk vatandaşlarını Türk mahkemelerinde dava açmaya zorlamak, AİHS m. 6/1 hükmünde korunan adil yargılanma hakkına aykırıdır. Mahkeme ayrıca herhangi bir AİHM kararına atıfta bulunmaksızın, önceki içtihadın devam ettirilmesinin Türkiye'nin AİHM önünde yargılanmasına neden olacağını belirtmiştir[787].

Türk hukukundan örnek olarak incelenebilecek bir diğer konu da ortak velayet kurumudur. Karşı görüşler olsa da Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadı uyarınca, çocuğun ortak velayetini içeren yabancı mahkeme kararlarının tenfizi, Türk hukukunda anne ve

---

[784] Öztekin-Gelgel, Günseli: Türk Devletler Özel Hukukunda Velayet ve Vesayet Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Bazı Problemler, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 35-2 (2015), s. 132.

[785] Aksine MÖHUK m. 10/3 hükmüne göre, "Vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri dışında kalan bütün kısıtlılık veya vesâyete ilişkin hususlar ve kayyımlık Türk hukukuna tâbidir."

[786] Yargıtay 18. HD, E. 2012/12365, K. 2013/483, T. 17.1.2013. İlk derece mahkemesinin direnme kararı üzerine Hukuk Genel Kurulu, 18. dairenin gerekçesiyle aynı yönde karar vermiştir. Bkz. Yargıtay HGK, E. 2013/18-1628, K. 2015/894, T. 4.3.2015.

[787] Mahkeme vesayet davalarında yetkinin münhasır olmadığını ve bu bağlamda kamu düzeni müdahalesinin işletilemeyeceğini de belirtmiştir.

baba boşanma sonrası çocuğun ortak velayetine sahip olamayacağı için reddedilmekteydi[788]. Yargıtay, bu kararlarında velayet hukuki kurumunu doğrudan kamu düzeni kapsamına almaktaydı. Yargıtay'ın bu uygulaması, hukuk sistemleri arasındaki farklılıkların kendiliğinden kamu düzenine aykırı olamayacağı ve bir hukuki kurumun Türk hukukunun emredici kuralları ile düzenlenmesinin bu kurumun yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda doğrudan kamu düzeni müdahalesine tâbi tutulmasını gerektirmeyeceği noktalarında eleştirilmekteydi[789].

20.2.2017 tarihli kararında Yargıtay bu konuda geri adım atmıştır. Davanın tüm delil ve olgularının incelenmeden ortak velayet konusunun açıkça Türk kamu düzenine aykırı olduğunu kabul etmenin doğru olmadığına karar vermiştir[790]. Karar gerekçesinde, o tarihte Türk hukukunda yeni yürürlüğe giren AİHS Protokol 7'nin "eşler arasında eşitlik" başlıklı m. 5 hükmüne atıfta bulunulmuştur[791]. Yargıtay ayrıca temel haklara ilişkin milletlerarası antlaşmaların üstünlüğünü düzenleyen Anayasa 90/5 hükmünden de bahsetmiştir.

Yargıtay, vesayet kararlarında münhasır yetki aracılığıyla, velayet kararlarında ise doğrudan, kamu düzeni konusunda fikir değiştirmiştir. Mahkemenin bu kararlardan önceki kamu düzeni yorumu o zaman için geçerli olsa dahi, bu kararlar kamu düzeninin zaman içinde değişebilen esnek karakterini ve her davanın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Sonuç olarak Yargıtay, AİHS özelinde olsa da kamu düzenini insan hakları odaklı yaklaşım ile yeniden yorumlamıştır. Ancak bu kararlarda millî ve milletlerarası kamu düzeni arasında ayrım yapıldığına işaret eden bir açıklama

[788] Bkz. örnreğin, Yargıtay 2. HD, E. 2006/6824, K. 2006/13638, T. 10.10.2006 ve Yargıtay 2. HD, E. 2004/12285, K. 2004/13680, T. 22.11.2004.

[789] Öztekin-Gelgel, s. 121 vd.

[790] Yargıtay 2. HD, E. 2016/15771, K. 2017/1737, T. 20.2.2017.

[791] Yürürlük tarihi: 1.8.2016.

bulunmadığı belirtilmelidir. Türk hukukunda kabul edilmeyen boşanma sonrası ortak velayet kurumunun, Yargıtay tarafından yabancı kararların tenfizi bakımından kabul edilmesi, iç hukuk açısından da sonuç doğurmuş, yabancı unsur içermeyen birçok kararda ortak velayete hükmedilmeye başlanmıştır[792]. Böylece insan hakları, öncelikle Türk milletlerarası özel hukuk uygulamasını değiştirmiş, bu uygulamanın değişmesi, Türk hukukunda yabancı unsur barındırmayan uyuşmazlıklar bakımından da etkili olmuştur.

Son olarak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin yabancı talâk kararının tanınması ile ilgili 20.01.2021 tarihli kararı, AİHS'de korunan hak ve yükümlülüklerin tanıma tenfizin reddini gerektirdiği kararlara örnek olarak verilebilir[793]. Tanınması istenen Suudi Arabistan Krallığı Cidde Aile Mahkemesi'nin talâk kararı, davacı erkeğin tek taraflı beyanı ile gerçekleşmiş, kadının 3 aylık süre içinde eşinin kendisine dönmediğini bildirmesi üzerine karar kesinleşmiştir. Mahkemeye göre "bu durumda ortada yabancı mahkemece verilmiş bir boşanma kararı bulunmamaktadır." Yargıtay bu tespitten sonra, kadının iradesinin yok sayılması niteliğindeki kararın, Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ettiği için tanınmasına imkân bulunmadığına hükmetmiştir. Kararda, Yargıtay'ın 10.02.2012 tarihli içtihadı birleştirme kararına, Anayasa'nın "Kanun Önünde Eşitlik" ve "Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları" başlıklı m. 10 ve 11, yine Anayasa'nın m. 90 ve AİHS Protokol 7'nin "Eşler Arasında Eşitlik" başlıklı m. 5 hükümlerine atıfta bulunulmuştur. Yargıtay, ilgili maddeleri göz önünde bulundurarak kamu düzeni istisnasının içeriğini bu maddelere göre belirlemiş ve tanımayı

[792] Örneğin, İstanbul BAM 38. HD, E. 2018/2733, K. 2019/537, T. 12.04.2019. Bu yönde kararlar için bkz. Apaydın, Eylem: Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9/1 (2018), s. 462 vd.

[793] Yargıtay 2. HD, E. 2020/6076, K. 2021/411, T. 20.01.2021.

reddetmiştir[794]. Karara konu olay üzerinden, tanımanın kadın tarafından talep edildiği varsayımı düşünülürse, kadının iradesinin yok sayıldığı değerlendirmesi yapılamayacaktır. Bu durumda, somut olayın ayrıntıları dikkatlice değerlendirilerek, insan haklarına aykırılık bulunmaması ve dolayısıyla kamu düzeni müdahalesinin devreye girmemesi söz konusu olabilir. Bu varsayımdan anlaşıldığı üzere kamu düzenine aykırılığa hukuki kategori bazında değil, elde edilen sonuç bazında karar verilmelidir.

b. Millî-Milletlerarası Kamu Düzeni

Kamu düzeninin içeriğini oluşturan insan hakları kaynaklarından anlaşıldığı üzere kamu düzeni, yalnızca ulusal politikalara atıfta bulunmaz[795]. Bundan tamamen farklı olan milletlerarası kamu düzeni, milletlerarası hukuktan veya daha geniş milletlerarası normlardan türetilmekte, bu normların korunmasına hizmet etmekte ve bu kamu düzeni anlayışı, "gerçek milletlerarası kamu düzeni" veya "transnasyonal kamu düzeni" olarak anılmaktadır[796]. Milletlerarası kamu düzeni fikri, milletlerarası tahkim uygulamasında geliştirilmiş ve bir uyuşmazlığın kamu düzeni boyutunu herhangi bir

[794] Ancak Yargıtay'ın yabancı mahkemece verilmiş bir boşanma kararının bulunmadığını değerlendirdikten sonra kamu düzeni istisnasını devreye sokması MÖHUK m. 50/1 bağlamında mümkün görünmemektedir. Zira bu maddeye göre tanıma için gerekli olan ilk şart, yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bir ilamın bulunmasıdır. Ortada yabancı mahkemece verilmiş boşanma kararı yoksa, bu kararın tanınmasının sonuçlarının kamu düzenini ihlâl edip etmeyeceğine yönelik değerlendirme de yapılamayacaktır.

[795] Mills, Confluence, s. 275.

[796] Mills, Confluence, s. 275, 276.

devletin politikalarından bağımsız olarak ortaya koymak amacıyla kullanılmış olsa da bu kavramın milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıklarına bakan ulusal mahkemelerde de aynı şekilde kullanılabileceği kabul edilmektedir[797].

Hemen belirtmek gerekir ki, millî-milletlerarası kamu düzeni ayrımı, kamu düzeninin iç hukukta sahip olduğu anlam ile milletlerarası özel hukukta sahip olduğu anlam arasındaki farkla ilgili değildir[798]. Millî-milletlerarası kamu düzeni ayrımı, milletlerarası özel hukukta kullanılan kamu düzeni aracı içerisinde yapılmaktadır ve bu ayrım aslında doktrinde tartışmasız olarak kabul edilmemektedir. Doktrinde, milletlerarası kamu düzeninin esasen tamamen millî olduğu ve yabancı hukuk kuralının uygulanmasını engellenmesi nedeniyle "milletlerarası" olarak nitelendirilemeyeceğini savunan görüşler bulunmaktadır[799]. Ancak karşı görüşlere rağmen bu ayrımın yapılması çalışmamız açısından birkaç noktanın açıklığa kavuşturulması için öneme sahiptir.

Öncelikle, milletlerarası kamu düzeninin uygulanması, bir devletin politikalarının diğer devletin politikalarına karşı yatay olarak iddia edilmesi değil, milletlerarası normlar hiyerarşisine ilişkin bir iddiadır[800]. Demek ki milletlerarası kamu düzeninin ihlâli aynı zamanda bir milletlerarası kamu hukuku normunun ihlâline de işaret edebilir[801]. Bu bağlamda uluslararası ceza ve deniz sigorta hukuku alanına bakıldığında, milletlerarası kamu düzeni ve anayasal değerler arasında doğrudan

---

[797] Mills, Confluence, s. 276.

[798] Milletlerarası özel hukuktaki kamu düzeninin iç hukuktaki kamu düzeninden farkı için bkz. Demir Gökyayla, Cemile: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Ankara 2001, s. 36 vd.

[799] Bkz. Güngör, s. 106 vd., dn. 198.

[800] Mills, Confluence, s. 277.

[801] Neels, s. 226, dn. 38.

bağlantı kurulduğu görülmektedir[802]. İnsan haklarının da dahil olduğu bu değerler, milletlerarası kamu düzeni kavramı bakımından önemli bir rol oynamaktadır.

Dahası milletlerarası kamu düzenine, birbirine benzer kamu düzenleri bir araya getirilerek ulaşılmamakta, milletlerarası toplumun kamu düzeni araştırılmaktadır[803]. Demek oluyor ki bu kavram sadece kaynak olarak değil aynı zamanda çeşitli hukuk sistemlerine özgü ortak kavramları ifade etmesi nedeniyle uluslararası insan hakları korumasına dayanmaktadır[804]. Bu doğrultuda ulusal mahkemelerin, milletlerarası kamu düzenine toplu olarak katkıda bulunan ülkelerde kamu düzeni ihlâl edilmedikçe, kendi ülkesinin sosyal veya ekonomik gelişmeleri nedeniyle milletlerarası kamu düzenini değiştiremeyeceği savunulmaktadır[805]. Bu sayede milletlerarası kamu düzeni, millî değerlerin içeriğini zenginleştirmekte ve daha yüksek standartlar dayatarak hukuki entegrasyonu kolaylaştırmaktadır[806].

Son olarak, milletlerarası özel hukuk doktrininde, kanunlarda, içtihatta, bölgesel ve milletlerarası sözleşmelerde genel olarak kabul edilen, millî kamu düzenine aykırı yabancı hukukun uygulanmaması için kamu düzenine açık-aşikâr-ciddi biçimde aykırı olması gerektiği iken, milletlerarası kamu düzenine aykırı yabancı hukukun uygulanmaması için açık aykırılık aranmamaktadır[807]. Bu deyişle, millî kamu düzeninden farklı olarak milletlerarası kamu düzeni etkisinin hafifletilmesine gerek olmadığı ifade edilmektedir[808]. Bu nedenle millî-milletlerarası kamu düzeni ayrımı

[802] Neels, s. 226.

[803] Goldman, s. 464.

[804] Goldman, s. 463, 464.

[805] Goldman, s. 465.

[806] Oprea, s. 340.

[807] Neels, s. 225 vd.

[808] Mills, Confluence, s. 276.

devam eden bölümlerde ayrıntılı olarak incelenecek hafifletilmiş etki doktrini bakımından da önem teşkil etmektedir.

MÖHUK'un "kamu düzenine aykırılık" başlıklı m. 5 hükmüne göre "Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır." Doktrinde, bu maddede kullanılan "Türk kamu düzeni" ifadesinin, milletlerarası kamu düzenini de kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiğine işaret edilmektedir[809]. Bu anlamda AİHS'de korunan hak ve özgürlükler, milletlerarası kamu düzeni içerisinde değerlendirilmekte; bu hak ve özgürlüklere veya AİHM içtihadına aykırı sonuçlar doğuracak yabancı hukukun uygulanması, milletlerarası kamu düzeninin ihlâl edilmesi anlamına gelmektedir[810]. Ancak unutulmamalıdır ki, AİHS tarafından korunan normlar dahilinde milletlerarası kamu düzeni istisnasını devreye sokmak, milletlerarası bir kapsama sahip değil, bölgesel seviyededir[811].

c. Usûli-Maddi Kamu Düzeni

Bu aşamada kamu düzeni açısından yapılan bir başka ayrıma daha değinmek yerinde olacaktır. Kamu düzeni istisnası, usûli veya maddi anlamda devreye girebilir. Yabancı kararların tanıma-tenfiz edilmesinde kamu düzeninin fonksiyonundan ilki, tanınması veya tenfizi talep edilen kararın esası ile; ikincisi, bu kararın verilmesine yol açan usûlle ilgilidir[812]. Demek ki tanıma tenfizin reddi kişiyi adil yargılanma hakkından

[809] Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 75 dn. 137.

[810] Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 75 dn. 137.

[811] Oprea, s. 310.

[812] Oster, s. 545.

veya maddi insan haklarından mahrum bırakabilir[813]. AİHM içtihadına bakıldığında da mahkemenin *Lindberg v. Sweden* kararında, maddi haklar ve usûli haklara yönelik ihlâl iddiaları arasında bir ayrım yaptığı anlaşılmaktadır[814].

Mahkeme kararları, daha çok usûli kamu düzeni üzerindeki adil yargılanma hakkının etkisine yoğunlaşırken, maddi kamu düzeni üzerindeki etki nadiren kararlara konu olmuştur[815]. Bunun nedeni, yabancı mahkeme kararlarının esasına ilişkin inceleme yasağının (*revision au fond*), maddi kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilebilecek durumları sınırlandırmasıdır[816]. Zira bu yasak, tanıma-tenfiz mahkemesinin, menşe mahkeme tarafından uygulanan hukukun veya olguların doğruluğunu incelemesini engellemektedir. Kamu düzeni istisnasının maddi insan hakları gereği tanıma-tenfizi zorunlu kıldığı durumlar ise milletlerarası özel hukuk terimleri ile, dar anlamda yargılamaların tanınması değil statülerin/durumların tanınması davaları olmaktadır[817]. Bu nedenle konu "tanıma yöntemi" başlığında ayrıntılı olarak incelense de bu başlık altında birkaç noktaya değinmekte fayda vardır.

Maddi kamu düzeni, milletlerarası özel hukuka maddi hukukla ilgili tartışmaları taşıyan, bir kuralı *for* devletinin maddi adalet kavramı açısından kabul edilebilir kılan kavram olarak görülmektedir[818]. Bu anlamda maddi kamu düzeni, iç hukuk değerlerini empoze etmek için kötüye kullanılabilir görünse de insan haklarının özel hukuk

---

[813] Spielmann, Dean: Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions Requirements under the European Convention on Human Rights. An Overview, *Cyprus Human Rights Law Review*, 2012/1, s. 24, (Recognition and Enforcement).

[814] *Lindberg v. Sweden,* Application No 48198/99, Decision of 15 January 2004.

[815] Oster, s. 542 vd.

[816] Hazelhorst, s. 72.

[817] Kinsch, Enforcement, s. 541.

[818] Kinsch, Prohibition of Discrimination, s. 24.

ilişkilerinde yatay etkisi ve ölçülülük ilkelerinin bunu engelleyeceği ifade edilmektedir[819].

AİHS m. 8, AİHM'in maddi kamu düzeni kontrolünü dayandırdığı temel maddi hükümdür, kamu düzenine başvurunun AİHS ihlâli oluşturduğu tüm davalarda bu madde kullanılmıştır[820]. 8. maddeye dayanan *Wagner* ve *Mary Green* kararları, AİHM tarafından gerçekleştirilen maddi kamu düzeni kontrolünde emsal davalardır[821]. Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu kontrol bu madde ile sınırlı değildir. Yabancı kararın ayrımcı nitelikli olduğu görülürse m. 8, m. 14 ile kombine edilerek kullanılmalıdır. Ayrıca kamu düzenine başvurma veya başvurmama, AİHS Protokol 1 m. 1 bağlamında mülkiyet hakkına da aykırılık oluşturabilir[822].

Sıra usûli kamu düzeninin AİHS bağlamında incelenmesine geldiğinde, m. 6'da korunan hakların ihlâlinin, usûli kamu düzeni aracılığıyla yabancı mahkeme kararının tanıma tenfiz edilmesine engel olduğu anlaşılmaktadır[823]. Ulusal mahkemeler, taraf olmayan ülkeden gelen adil yargılanma hakkına aykırı kararları usûli kamu düzeni temelinde tenfiz etmeyi reddedebilir[824]. Zaten tanıma ve tenfiz hakları mutlak değildir ve bu nedenle sınırlamalara tabidir. Ancak bu müdahale, ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır[825].

---

[819] Oster, s. 543.

[820] Corneloup, s. 397.

[821] Corneloup, s. 400.

[822] Corneloup, s. 400 vd.

[823] Matscher, s. 222.

[824] Corneloup, s. 395.

[825] Corneloup, s. 396. Bu anlamda örnek verilebilecek *Négrépontis-Giannisis* kararında AİHM, taraf devletlerin kamu düzeninin içeriğini belirlemede takdir yetkisine sahip olduğunu kabul etse de Yunanistan mahkemelerinin kamu düzeni kavramını "keyfi ve

AİHM'in AİHS m. 6/1 içtihadına bakıldığında, Avrupa hukuk sistemlerini bir araya getiren adil yargılanmanın temel gerekliliklerine dayanan bir hukuk birliği yaratıldığı görülmektedir[826]. Böylece AİHM, milletlerarası özel hukuktaki çeşitli menfaatleri uzlaştırarak yargısal işbirliğinin kurulmasına katkı sağlamıştır. Bünyesinde adil yargılanma hakkını içeren Avrupa usûli kamu düzeni, üye devletlerin millî kamu düzeninin bir parçası sayılmaktadır[827]. Devam eden bölümlerde incelenen AİHS m. 6/1 hükmüne dayanan AİHM kararlarının çoğunda usûli kamu düzenine rastlanılmaktadır.

d. Hafifletilmiş Etki Teorisi

aa. Genel olarak

Kamu düzeni, uyuşmazlığın *for* devleti ile yakınlığı, bağlantının yoğunluğu ve ilgili normların göreceli derecesine bağlı olarak birçok yönden sınırlayıcı yoruma ve kritere tabidir[828]. *For* devletinin hukuk düzeni ile uyuşmazlık arasındaki bağlantı yakınsa, hukuki durum yurtdışında meydana gelse bile kamu düzeni tam etkili olarak çalışmalıdır[829]. Öte yandan *for* devleti ile bağlantı azsa kamu düzeni harekete geçirilmeyebilir. Demek oluyor ki somut durum, *for* devleti ile yeterli bağlantıya sahip olmalıdır, aksi hâlde yabancı hukukun uygulanmasından kaynaklanan sonuçlar, *for* devletinin hukuk düzeninde hissedilmeyecektir. Kamu düzeni istisnasının devreye

---

orantısız şekilde" yorumlayamayacağına hükmetmiştir. *Négrépontis-Giannisis c. Grèce*, Application No 56759/08, Judgement of 03 May 2011.

[826] Hammje, Coopération Transfrontiere, s. 406.

[827] d'Alessandro, Elena: The Impact of Article 6 of the European Convention of Human Rights on the Enforcement of Foreign Judgments Rendered in a Non Contracting State, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 2010/15, s. 3, 5.

[828] Oster, s. 550 vd.

[829] Thoma, s. 18.

sokulması için konu ile *for* devleti arasında belli bir yakınlık aranmasını gerektiren bu özellik, "görecelilik" olarak adlandırılmaktadır ve milletlerarası özel hukukun diğer hukuk kültürlerine saygı gibi amaçlarına dayanmaktadır[830].

Fransız Yargıtayı'nın *Riviére* kararında geliştirilen hafifletilmiş etki (*effet atténué)* teorisine göre kamu düzeni, yabancı kararların tanıma-tenfiz edilmesi ve yurtdışında meydana gelen hukuki statünün geçerliliği (kazanılmış hak) söz konusu olduğunda sadece hafifletilmiş bir etkiye sahiptir[831]. Teori, tanıma-tenfiz bağlamında geliştirilse de yabancı hukukun uygulanmasında kamu düzeni müdahalesinin devreye girmesinde de kullanılabilir görünmektedir.

Hafifletilmiş etki teorisinin temelleri ve içeriğine ilişkin çeşitli yaklaşımlar bulunmaktadır. Hâkimin, kamu düzenine aykırılığı denetlerken yararlanabileceği kriterlerden biri olan "hafifletilmiş etki" bir açıdan, kamu düzeninin devreye girmesinde uyuşmazlığın esasının *for* devleti ile belirli bir ilişkisinin bulunmasını gerektiren "*for* ülkesiyle ilişkiler" teorisi ile aynı temellere oturmaktadır[832]. Bu anlamda hafifletilmiş etkinin derecelendirilmesinde, *for* ülkesi ile ilişkiler göz önünde bulundurulmaktadır[833].

Hafifletilmiş etki, kamu düzeninin sadece ciddi biçimde aykırılıkla sonuçlanacak durumlarda devreye girmesi bağlamında da temellendirilmektedir. Bu açıdan, MÖHUK m. 5 ve m. 54/1-c hükümlerinde yer alan "açıkça" ifadesi, Türk hukukunda kamu

---

[830] Kiestra, The Impact, s. 22.

[831] Muir Watt, Recognition, s. 15; Corneloup, s. 391.

[832] Demir Gökyayla, s. 170. Hafifletilmiş etki teorisini tanıma-tenfiz alanıyla sınırlı olarak inceleyen Demir Gökyayla, hafifletilmiş etkinin önceki bölümlerde incelenen "tanıma yöntemi" ile benzer bir işlevi olduğunu savunmaktadır. Bkz. Demir Gökyayla, s. 144 vd.

[833] Demir Gökyayla, s. 171.

düzeninin hafifletilmiş etkisinin kabul edildiği anlamında yorumlanmaktadır[834]. Türk hukukunda bulunmayan talâk kurumunun hukuki sonuçlarının, yabancı ülkede hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesi hâlinde Türk mahkemelerince tanınması, kamu düzeninin hafifletilmiş etkisine örnek olarak gösterilmektedir[835].

Bu açıklamalar ışığında, hafifletilmiş etki teorisinin insan hakları bakımından uygulanıp uygulanmayacağı sorunu, hem *for* devleti ile yakın ilişkiler hem de kamu düzenine aykırılığın derecesi bağlamlarında incelenecektir.

bb. İnsan hakları bakımından

aaa. Genel olarak

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni etkisinin yoğunluğunu düzenlemek için kullanılan görecelilik özelliği, insan hakları ihlâlleri açısından da uygulama alanı bulacak mıdır? Bu soruya olumsuz cevap verilmesi durumunda insan hakları, *for* devleti ile yeterli bağlantı aranmaksızın etkili olacak, kamu düzeni hafifletilmeksizin uygulanacaktır. Olumlu cevap verilmesi yani uygulanacak hukuk veya etki tanınacak kararın sonuçlarının insan hakları ihlâline neden olabileceği durumlarda da *for* devleti ile yeterli bağlantı aranması hâlinde ise "kamu düzeninin hafifletilmiş etkisi" teorisi gündeme gelmektedir.

Kamu düzeni etkisinin hafifletilmeden geçerli olması görüşünü destekleyen üç argüman ileri sürülmektedir[836]. İlk olarak, ulusal anayasalar ve milletlerarası

[834] Demir Gökyayla, s. 153. Demir Gökyayla, bu belirlemeyi 2675 sayılı MÖHUK kapsamında ve tanıma-tenfiz ile sınırlı olarak yapsa da aynı ifade 5718 sayılı MÖHUK ve uygulanacak hukuk bağlamında da kullanıldığı için aynı yönde değerlendirme yapılabilir.

[835] Demir Gökyayla, s. 153.

[836] Oster, s. 553.

sözleşmeler hukukun tüm alanlarında ve devletin tüm kademelerinde insan haklarının bağlayıcı olduğunu belirtir. Bu nedenle milletlerarası özel hukuk uygulamasında da tamamen dikkate alınması gerekmektedir. İkinci olarak insan hakları, yerine getirilen veya getirilmeyen kurallar değil, gözetilmesi ve optimize edilmesi gereken, devletler için amaçlar belirleyen ilkelerdir. Kamu düzeni, milletlerarası özel hukukta insan haklarını yürürlüğe koyacak temel araç olduğu için, insan haklarının kamu düzeni aracılığıyla milletlerarası özel hukuka dahil edilmesi gerekmektedir. Son olarak insan hakları sübjektif bireysel haklardır ve bu nedenle de devletlerin tasarrufunda değildir. Bu haklara uymak ihtiyari değil, zorunludur[837].

Bu görüş uyarınca, *for* devletinin temel değerlerinin söz konusu olduğu durumlarda, davanın *for* devletine yakın olup olmaması dikkate alınmadan kamu düzeni istisnasına başvurulabilir[838]. Zira esasen insan hakları korumasına hizmet eden kamu düzeni hükümleri, kısıtlı biçimde uygulanmamalıdır[839]. Milletlerarası özel hukuk ve dolayısıyla kamu düzeni istisnası insan hakları çerçevesinde işlemeli, bu bağlamda hâkim hem yabancı hukuku uygularken hem de yabancı kararları tanırken, insan hakları ihlâllerine karşı "tam inceleme" yapmalıdır[840]. İnsan haklarını koruma yükümlülüğü evrensel, koşulsuz, bölünemez ve ihlâl edilemez olduğu için, kamu düzenini uygularken insan haklarının kısıtlayıcı yorumu savunulamaz[841]. Demek oluyor ki, insan haklarının herhangi bir kısıtlamaya tâbi tutulmadan korunması yükümlülüğü, kamu düzeninde insan haklarının hafifletilmiş etkisine izin vermemektedir.

---

[837] Oster, s. 553.

[838] Kiestra, The Impact, s. 23.

[839] Oster, s. 543.

[840] Oster, s. 552 vd.

[841] Oster, s. 555.

Devamla, kamu düzenine aykırılığın derecesi bağlamında da, "açık aykırılık" şartının, yalnızca insan haklarına dayanmayan kamu düzeni mülâhazaları için geçerli olması gerektiği dolayısıyla kamu düzeninin görecelilik özelliğinin insan hakları söz konusu olduğunda rafa kalkacağı iddia edilmektedir[842]. Zira insan haklarının etkisi zaten insan hakları doktrininde bulunan ölçülülük ilkesi ve özel hukuk ilişkilerinde dolaylı yatay etki nedeniyle sınırlıdır. Bu ilkeler milletlerarası özel hukuk bağlamında da etkili olacaktır. Bu nedenle hafifletilmiş etki gibi dışsal kavramlara başvurarak milletlerarası özel hukukta insan haklarının etkisini azaltmaya gerek bulunmamaktadır[843]. Bu görüş doğrultusunda, sadece *jus cogens* normlar gibi belli insan haklarının ihlâli değil, iç hukukta uygulanan herhangi bir insan hakkının ihlâli, kamu düzeni istisnasına başvurmayı gerektirmelidir[844]. Zaten açık ihlâl kavramı kesinlikten yoksun olduğu için hâkim, yabancı yargılamadaki eksiklikleri "açık" olarak nitelendirmeye istekliyse, bunu kolaylıkla yapabilir[845].

Mills de, "milletlerarası usûl haklarını" ihlâl eden bir kararla karşı karşıya kalındığında, ihlâlin ciddiyeti veya ulusal bağlantının derecesi ne olursa olsun, bu kararın mahkeme tarafından uygulanmaması gerektiğini savunmaktadır[846]. Yazara göre burada uygulanacak kamu düzeni millî değil evrenseldir, AİHM gibi icrada etkili bir milletlerarası kurum da bulunmamaktadır. Bu nedenle özellikle millî kamu düzeninde açık aykırılık haklı görülmez.

---

[842] Oster, s. 554.

[843] Oster, s. 555.

[844] Oster, s. 553. Yazar, insan haklarına aykırılığı Alman hukukunun temel ilkelerine "açık" aykırılıkla eşit yere koyan Alman Medeni Usûl Kanunu m. 328/4 bu anlamda örnek olarak vermiştir. Oster, s. 554.

[845] Lord Collins of Mapesbury, s. 739.

[846] Mills, Confluence, s. 286.

Türk milletlerarası özel hukuk doktrinde de, taraflar arasında din nedeniyle farklılık yaratan erkeğe kadına göre iki misli miras hakkı veren İslam hukuku kuralları gibi yabancı hukuk kurallarının Türk mahkemelerinde uygulanmasında, kamu düzeni müdahalesinin devreye sokulması için ülke ile bağlantı şartının aranmaması gerektiği belirtilmiştir[847]. Anayasa'nın m. 10 hükmünde düzenlenen eşitlik ilkesi ve farklılık yasağının "genel bir insan hakkı" niteliğinde olması ile gerekçelendirilen görüş, din nedeniyle farklılık yaratan kuralın kamu düzenini "ilke olarak" ihlâl edeceğini iddia etmektedir. Bu görüşe, yabancı hukuk kuralının kamu düzenini ilke olarak ihlâl etmesi noktasında katılmadığımızı belirtelim. Zira ancak yabancı kuralın uygulanmasından doğan sonuçların kamu düzenini ihlâl etmesi durumunda söz konusu yabancı kural, kamu düzeni gerekçesiyle uygulanmayacaktır.

Kamu düzeninin hafifletilmiş etki ile devreye girebileceğini öneren görüş, AİHS veya AB Temel Haklar Şartı gibi insan hakları sistemleri temelinde geliştirilmiştir[848]. AİHS sistemi içerisinde kapsamlı tartışmaların yapıldığı bu konu, devam eden bölümlerde açıklanmaya çalışılmıştır.

bbb. AİHS bağlamında

Kamu düzeninin görecelilik özelliğinin AİHS sisteminde uygulanabileceğini savunan görüşler, somut olay *for* devletinin hukuk düzeni ile daha gevşek bağlantıya sahipse, AİHS gereklerinin hafifletilerek uygulanabileceğini iddia etmektedir[849]. Zira uyuşmazlık konusu, AİHS m. 1 bakımından üye devletin yetki alanı içerisinde olsa bile, bağlantının uzaklığı mahkemeyi "silahlarını saklı tutmaya" itebilir. Görülmektedir ki bu

[847] Nomer, Devletler Hususi, s. 175.

[848] Oster, s. 550.

[849] Docquir, s. 506.

konuda, AİHS üyesi devlette meydana gelen ile üyesi olmayan devlette meydana gelen durum arasında ayrım yapılmaktadır.

aaaa. Üye devlet kaynaklı hukuki durum

Öncelikle milletlerarası özel hukuk bağlamında AİHM önünde asıl karara karşı değil, taraf devletten gelen kararın tanınmasını reddetmek veya onaylamak ya da yabancı hukuku uygulamak veya uygulamamak suretiyle AİHS haklarını ihlâl eden devlet mahkemesine karşı başvuruda bulunulduğunu hatırlamakta fayda vardır[850]. Ancak bu gibi durumlarda tanıma-tenfiz ile kararına etki tanınan veya ilgili hukuk kuralı başka bir devlette uygulanan AİHS taraf devletinin söz konusu kararı veya hukuk kuralı, AİHM önüne taşınmasa bile devletin milletlerarası yükümlülüğüne aykırı olacağı da unutulmamalıdır[851].

Uygulanacak hukuk, AİHS tarafı ülkeye aitse, AİHM sistemi dahilinde başvuru yapılabilme imkânı bulunduğu için, diğer AİHS tarafı ülkenin hukukunun kamu düzeni aracılığıyla bloke edilmesi, yeterli bağlantı olmasa bile mümkündür[852]. Burada kural olarak diğer taraf ülkelerin hukuklarının AİHS ile uyumlu olduğu varsayılmaktadır. Dolayısıyla yabancı hukukun uygulanmasında kamu düzeni istisnasına başvurulacağı sırada insan hakları, AİHS m. 6 ihlâlleri söz konusu olduğunda dikey etkileri (usûle ilişkin kamu düzeni), özel hukukun uygulanmasından kaynaklanan insan hakları ihlâlleri söz konusu olduğunda dolaylı yatay etkileri (esasa ilişkin kamu düzeni) ile tam olarak dikkate alınmalıdır[853].

---

[850] Oster, s. 565 vd.

[851] Juratowitch, Ben: The ECHR and English PIL, *Journal of Private International Law*, 3/1 (2007), s. 183.

[852] Thoma, s. 18.

[853] Oster, s. 565.

Tanıma-tenfiz açısından ikili bir ayrım yapılmaktadır. Tanıma-tenfiz talebinin, insan hakları gerekçesiyle "kabul edilmesi" gereken durumlarda, kamu düzeninin etkisi hafifletilmemeli, açık aykırılık aranmamalıdır. Bu durumda AİHM, insan haklarını, hem usûle hem de esasa ilişkin kamu düzeni açısından tam olarak dikkate almalıdır. *Mills* de taraf devletin AİHS kapsamında belirlenen usûli hakları ihlâl eden bir mahkeme kararının, burada uygulanan değerler paylaşıldığından ve her iki devlette de eşit olarak uygulanabileceğinden, hafifletilmiş kamu düzenine tâbi olmaması gerektiğini savunmaktadır[854].

Öte yandan diğer üye devletten gelen kararların tanıma-tenfiz talebinin kamu düzeni temelinde "reddedilmesi" gereken durumlarda, tenfiz talep edilen ve menşe devletin AİHS'ye taraf olması hâlinde, inceleme standardı insan haklarının aleni bir şekilde ihlâline hafifletilmelidir[855]. Buna gerekçe olarak taraf devletler arasında AİHS standartlarının uygulanması için bir mekanizma olan AİHM'in varlığı gösterilmektedir. Zira en azından bazı durumlarda insan hakları ihlâli ciddi değilse, AİHM ve ulusal mahkemeler arasındaki rol dağılımını ve kurumsal saygıyı korumak adına, kamu düzeninin hafifletilmiş etki ile uygulanabileceği bildirilmektedir[856].

bbbb. Üye olmayan devlet kaynaklı hukuki durum

Etki tanınması istenen yabancı kural veya mahkeme kararı AİHS üyesi olmayan bir devletten kaynaklandığında, kamu düzeni istisnasıyla ilgili çeşitli sorunlar ortaya çıkmaktadır [857] . Öncelikle, söz konusu yabancı değerin AİHS'ye uygunluğu denetlenebilir mi? İlk soruya olumlu cevap verildiği takdirde, bu denetim sırasında

[854] Mills, Confluence, s. 285.

[855] Oster, s. 543 vd.

[856] Mills, Confluence, s. 285 vd.; Oster, s. 565.

[857] Corneloup, s. 390.

uygulanacak standart nedir? İdeal standartlar mı yoksa asgari standartlar mı uygulanmalıdır?[858] AİHS'nin dolaylı ihlâli ihtimalinin yani üye devletin üye olmayan devletin ihlâlinden sorumlu olmasının keşfedilmesi, AİHS'de korunan hakların hafifleyen etkisi düşüncesi ile yakın ilişkilidir[859].

(i) Hafifletilmiş etki taraftarları

Doktrinde bir kısım yazar, taraf olmayan ülke hukuku konusunda, AİHS'nin her ihlâlinin, yabancı hukukun uygulanmasının engellenmesini haklı çıkarmayacağını savunmaktadır[860]. İhlal, aşikâr ve ağır olmalıdır veya en azından bir AİHS ülkesinden kaynaklanan kararın kabul edilebilir sınırlarını aşmalıdır. Bu sonuç, kamu düzeninin göreceli karakteridir: somut durumun *for* devleti ile bağı azaldıkça *for* değerlerine karşı ihlâlin yoğunluğu artmalıdır. Tarafların vatandaşlığı, kamu düzeninin devreye girmesinde bağlantı yoğunluğunu belirleyen kriterlere örnek olarak verilebilir. Ancak bu kriter, kamu düzeninin devreye girmesi için temel hakkı tehlikede olan kişinin *for* devletinin vatandaşlığında olması gerektiği biçiminde anlaşılırsa, ayrımcı etkiye sahip olabilir[861].

Uygulanacak hukuk bakımından AİHS standartlarının, taraf olmayan ülkeden kaynaklanan yabancı hukuka ilişkin olarak hafifletilmesi konusu, dünyadaki tüm hukukların AİHS standartlarına uygun olmasının beklenip beklenmeyeceği ile ilgilidir[862]. Üye olmayan devlet hukuklarının AİHS bakımından tam incelemeye tâbi tutulmasının, bu yabancı hukukların uygulanmasına çok az imkân bırakacağı

[858] Muir Watt, Recognition, s. 15; Corneloup, s. 391.

[859] Docquir, s. 517.

[860] Thoma, s. 18.

[861] Docquir, s. 518.

[862] Kiestra/ Pontier, s. 87.

belirtilmektedir[863]. Bu hem milletlerarası özel hukukun amaçlarından biri olan dünyadaki hukuk kültürlerinin çeşitliliğine saygıya sekte vurur hem de sonuç olarak kişilerin milletlerarası dolaşımını engelleyecek topal hukuki ilişkiler yaratabilir[864]. Üye olmayan devlet hukuku söz konusu olduğunda karşılaşılan bu farklılık, insan haklarında evrensellik ve kültürel rölativite konularının temel noktasıdır[865]. Bu anlamda İslam hukukunda geçerli olan talâk kurumundan örnek vermek gerekirse, bu kurumun tanınmasında insan haklarını dayatarak kamu düzeni istisnasını mutlak bir şekilde uygulamak, aslında yerel kültürel değerleri ve uygulamaları dayatmak anlamına gelebilir[866]. Bu ise farklı kültürler arasında diyalogu engellemekte ve Batı ile İslam kültürleri arasındaki çatışmaları daha da derinleştirmektedir. Bu nedenle, uyuşmazlık ile *for* devleti arasında ülkesel bağlantı bulunmuyorsa, kültürel görecelik kapsamında ayrımcı yasaların uygulanmasına izin verilebileceği savunulmaktadır[867]. Ayrıca doktrinde yazarlar, kamu düzeni istisnasının esnek bir şekilde kullanılmasının hem milletlerarası özel hukukun amaçlarına hem de cinsiyet eşitliğinin sağlanmasına hizmet edeceğini dile getirmektedir[868].

Bunun dışında, AİHS'nin tam olarak uygulanmasının, Sözleşme'de korunan herhangi bir hakla veya değerle çelişmesi durumunda da hafifletilmiş etkinin söz konusu olabileceği savunulmaktadır[869]. Bu sayede, kamu düzeninin hafifletilmiş etkisi tekniği veya *for* devleti ile bağlantı gerekliliği, belli bir dereceye kadar, AİHS'nin

[863] Kiestra/ Pontier, s. 87 vd.

[864] Kiestra/ Pontier, s. 88.

[865] Kinsch, A Survey of the Cases, s. 216.

[866] Isailović, s. 332.

[867] Isailović, s. 333.

[868] Isailović, s. 334.

[869] Kinsch, Selected Judgments, s. 216.

amaçlarını korumaya hizmet etmektedir[870]. Sonuç olarak AİHS'nin üye devlet hukuklarına bıraktığı takdir yetkisi çerçevesinde ve hukuki ilişkinin *for* devletinin hukuk düzeni ile bağlantısının yoğunluğuna göre sonucun AİHS ile uyumunun taraf devletlerce takdir edileceği savunulmaktadır[871]. Ulusal hâkim bunu, kamu düzeni istisnası aracılığıyla, öncelikle uygulanacak hukukun içeriğini belirleyerek, daha sonra insan hakları ihlâline neden olan sebeplere karar vererek gerçekleştirecektir[872].

Tanıma tenfiz konusunda da benzer görüşler bulunmaktadır[873]. Yabancı kararın tanıma tenfiz edilmesinde, bu kararın AİHS standartlarının tümüne uygunluk açısından gözden geçirilmesini istemenin, hâkim için fazla iş yükü yaratabileceğinden bahisle sadece açık aykırılıklara odaklanmaları önerilmektedir[874]. *Mills*'e göre, AİHS tarafı olmayan devletten alınan ve özellikle de m. 6/1 kapsamında belirlenen usûli hakları ihlâl eden bir kararın tenfiz edilmesini reddetmek aynı zamanda, başka bir devlette uygulanan hukukun reddi anlamına gelir[875]. Yabancı bir ülkede meydana gelmiş bir olaya yerel değerlerin uygulanması ise milletlerarası özel hukukun doğasında var olan karşılıklı tanıma politikasının reddidir. Bu bağlamda, millî kamu düzeni hafifletilmeli, usûle ilişkin haklar, yalnızca ihlâllerinin "yakın" veya "açık" olduğu durumlarda devreye girmelidir[876].

[870] Kinsch, A Survey of the Cases, s. 217.

[871] Matscher, s. 217.

[872] Mayer, s. 663.

[873] Docquir, s. 517.

[874] Juratowitch, s. 181.

[875] Mills, Confluence, s. 284.

[876] Mills, Confluence, s. 285.

Hafifletilmiş etkinin kullanılması, farklı bir açıdan da gerekçelendirilmektedir. AİHS bağlamında insan hakları ilkeleri çoğaldıkça kamu düzeni de genişlemiştir[877]. Örneğin, adil yargılanma hakkı, kararın icrası ve kendi aleyhine ifade vermeme hakkına; özel hayata saygı hakkı, kişiliğini geliştirme, soyadını koruma ve transseksüel bireylerin sınırlanmaması gibi haklara dönüşmüştür[878]. Son tahlilde AİHS, aslında düşünülmeyen konulara uygulanmaya başlamış ve ilk baştaki metin hayli zenginleşmiştir. AİHM içtihadı ile geliştirilen bu hakların hepsi kamu düzeni içerisine dahil edilip bu kapsamda korunursa, müdahale alanının hayli genişlediği görülür. Bu da, insan haklarına aykırı tüm yabancı normların neredeyse otomatik olarak uygulanmaması ile sonuçlanır. Bu durum, kamu düzeni istisnasının değerinin düşmesine neden olacağı için yakınlığa göre bir ayrım yapılması önerilmektedir[879]. Bu anlamda örneğin, yabancı hukukun kaynağını aldığı devletle muğlak ve zayıf bağlantı bulunması ve ancak açık ihlâl bulunmaması durumunda, kamu düzeninin hafifletilmiş etkisi geçerli olabilecektir[880].

İnsan haklarına sağlanan korumanın güçlendirilmesi karşısında doktrinde bazı görüşler, korunan temel hakkın özelliğine göre kamu düzeninin değiştirilmesini önermektedir[881]. Bu doğrultuda öne çıkan yazarlardan *Hammje*, temel haklar söz konusu olduğunda, ülke ile irtibat şartı korunmakla birlikte, kamu düzenini harekete geçirecek şartların ilgili kavramların doğasına göre çeşitlendirmesi yani kamu düzeni

[877] Oprea, s. 323.

[878] Ancak genel kamu düzenini tetikleyen şartların çeşitlenmesi-farklılığı (korunan değerlere ve forumun konuyla olan bağlantısına bağlı olarak) yeterli değildir çünkü bu durum "temel hakların sistematik uygulanması"na yol açabilir. Bkz. Oprea, s. 334.

[879] Oprea, s. 324.

[880] Stürner, s. 10.

[881] Oprea, s. 334.

mekanizmasının kullanılmasının, doğrudan ihlâl edilen insan hakkının kaynağı ve içeriği tarafından belirlenmesi yoluyla rafine edilmesini önermiştir[882]. Bu bakış açısı doğrultusunda, ilgili hakkın kaynağı AİHS olduğundan, kamu düzeni istisnasını devreye sokmak için, vatandaşlık veya yerleşim yeri gibi *for* devleti ile bağlantılar yerine üye devletlerden birinde yerleşim yeri sahibi olmak gibi "Avrupa hukuk düzeni" ile bağlantı yeterli olacaktır[883]. AİHS tarafı herhangi bir ülke ile bağlantının yeterli görüldüğü söz konusu yaklaşım, kamu düzeninin fonksiyonu ile daha uyumlu görülmüştür[884]. Bu ihlâlin açıklığa kavuşturulması için ilgili temel hakkın yorumlanması, dolayısıyla bağlantı bulunup bulunmadığının doğrudan o insan hakkından çıkarılması gerekmektedir[885]. Geleneksel kamu düzeni istisnası yaklaşımının evrimine işaret eden bu yaklaşım, vaka bazında analizi gerektirmektedir[886]. Bu yaklaşımın avantajları, yabancı hukuk *a priori* reddedilmediği için kamu düzeni istisnasının esnekliğini korumasına yardımcı olması ve temel hakların korunmasını güçlendirmesidir[887]. Bu yaklaşımın dezavantajı ise insan hakları sözleşmelerinin mekanik uygulamasına yol açabilmesidir[888]. Bu anlamda, AİHS bölgesel bir sözleşme olsa da koruduğu haklar ve ilkeler her hukuk sistemine entegre edildiği için aslında geleneksel kamu düzeni

[882] Hammje, Petra: Droits Fondamentaux et Ordre Public, *Revue Critique de Droit International Privé*, 86/1 (1997), s. 16, (Ordre Public).

[883] Hammje, Ordre Public, s. 17.

[884] Callsen, s. 142.

[885] Callsen, s. 142 vd.

[886] Isailović, s. 334; Oprea, s. 322; Callsen, s. 142. Bu bağlamda en önemli evrimin, AİHS m. 6 bağlamında gerçekleştiği ileri sürülmektedir. Oprea, s. 323.

[887] Oprea, s. 334, 335.

[888] Oprea, s. 335.

mekanizması, önerilen yaklaşımın aksine, mekanik uygulama riskine girmeksizin bu hakların korunmasını sağlayabilir[889].

Üye devlet olup olmamasına bakılmaksızın davaları AİHS ihlâlinin gerçekten meydana geldiği ve ihlâlden endişe edildiği davalar olarak ikiye ayırmayı öneren bir görüş de bulunmakta, ihlâlden endişe edilen durumlarda, taraf devletin vereceği kararın spekülatif niteliğinin, sadece AİHS standartlarının açık ihlâli durumunda sorumluluk doğmasını haklı çıkaracağı iddia edilmektedir[890]. İhlalin meydana geldiği durumlarda ise AİHS ihlâlinin "açık" ihlâlle sınırlanması için yeterli sebep bulunmadığı düşünülmektedir [891] . Dolayısıyla bu görüş, ikinci senaryoda tam incelemeyi savunmaktadır.

(ii) Tam inceleme taraftarları

Üye olmayan devletten gelen değerlerin kamu düzenine tâbi tutulmasında tam inceleme yapılması gerektiğini savunan görüşler mevcuttur. Bu görüşlerin ilk dayanağı, bağlantı azlığı gerekçesiyle kamu düzeni istisnasını devreye sokmamanın AİHS m. 1 hükmüne aykırılık teşkil edeceği temelindedir[892]. Zira hâkim, milletlerarası özel hukuku uygularken de AİHS'nin 1. maddesi nedeniyle hâlâ AİHS'deki hak ve özgürlükleri korumak yükümlülüğü altında olduğu için uygulanacak hukuk AİHS'ye üye olmayan bir devletin hukuku olsa bile, insan haklarının kamu düzeni aracılığıyla değerlendirilmesi, millî kamu düzeninin AİHS ışığında uygulanmasıdır [893] . Taraf devlette, yabancı bir kararın icrası veya yabancı hukukun bir taraf devlet mahkemesi

[889] Oprea, s. 335.

[890] Juratowitch, s. 198 vd.

[891] Juratowitch, s. 199.

[892] Kiestra, Article 1, s. 7.

[893] Oster, s. 566.

tarafından insan haklarını ihlâl edecek şekilde uygulanması durumunda, taraf devletin kendisi, AİHS kapsamında insan hakları ihlâlini doğrudan gerçekleştirmiş olur[894]. AİHM, ilgili mevzuatı soyut olarak incelemediği için başvuranın haklarının, yabancı hukukun uygulanmasında da olsa, somut olarak ihlâl edilip edilmediğine bakmalıdır. Bu nedenle, asıl kararın başka bir ülkeden kaynaklanması veya mahkemenin yabancı hukuku uygulaması nedeniyle hafifletilmiş bir inceleme standardına tâbi olma kabul edilemez[895].

İnsan haklarının doğası gereği coğrafi bağlantı kriterinden bağımsız olması gerektiğinden, kamu düzeni istisnasının değerlendirilmesinde ülke ile bağlantıya odaklanma, yani görecelilik doktrini, tam inceleme taraftarlarınca yetersiz görülmüştür[896]. İnsan haklarının evrenselliği ve üye devletlerin insan hakları sözleşmelerine karşı yükümlülüklerinin niteliği ve kapsamı gibi insan hakları hukuku teorileri, bu eleştirinin arkasındaki argümanlardır. Bu nedenle, ülkesel bağlantıya yapılan tek taraflı vurgunun, uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan ayrımcılığa karşı tek taraflı korumayla daha uyumlu olacak şekilde değiştirilmesi önerilmektedir[897]. Bu amaçla ayrımcı nitelikteki davalarda kamu düzeni istisnasının değerlendirilmesinde, davanın sonucuna odaklanmanın mevcut olan usûli ve temel düzenlemeleri de içerecek şekilde genişletilmesi önerilmektedir[898].

Tanıma ve tenfiz bakımından hak ihlâlini ortaya koymak daha zor olsa da, söz konusu yabancı kararı tanıma veya tenfiz etmenin AİHS'de korunan hakların ihlâline

[894] Oster, s. 564.

[895] Oster, s. 564

[896] Wærstad, s. 66.

[897] Wærstad, s. 70.

[898] Wærstad, s. 70.

yol açıp açmadığı bu konuda da tam olarak incelenmelidir[899]. Zira yabancı mahkeme kararının tanınmasına karar veren hâkim, bu karar tarafından zaten gerçekleştirilmiş olan insan hakları ihlâline yardım etmek suretiyle bu ihlâlden sorumlu olur[900]. Özellikle *exequatur* usûlünün uygulandığı uyuşmazlıklarda hafifletilmiş inceleme standardı memnuniyetle karşılanmamaktadır[901]. Bu bağlamda AİHS'ye taraf olmayan devlette AİHS standartlarına uymadan verilen bir karara üye devlette etki tanınması, tanıma-tenfiz yoluyla bir kararın uygulanmasını kolaylaştırma veya onaylama olarak görülmektedir. *Juratowitch*'e göre burada, AİHS standartlarının ihlâlini kolaylaştırma veya onaylama fiilinden sorumlu olan devletin bağımsız sorumluluğuna yoğunlaşılmalı, kararına etki tanınan devletin taraf devlet olup olmaması doğrudan ilgili olmamalıdır[902].

Öte yandan bir devletin AİHS standartlarına aykırı fiilinin, üye devlet tarafından kolaylaştırılması veya onaylanmasında "açık aykırılık" aranması ile ilgili iki sorun bulunmaktadır[903]. Bunlardan ilki, açık aykırılık kavramının çeşitli anlamlarda ve çeşitli derecelerde algılanabilmesi nedeniyle muğlak olmasıdır. İkincisi, aykırılığın açık olmaması durumunda taraf devletin yetki alanı içerisinde, diğer devlet fiilinin kolaylaştırılma ve onaylanmasına yol açmasıdır. Taraf devletlere, AİHS ihlâli oluşturan konular hakkında takdir yetkisi verilebilir; ancak AİHS'de korunan hakların ihlâli açık olmadığı için bu ihlâlin taraf devletlerce onaylanmasına izin verilmesi endişe verici bulunmuştur[904].

---

[899] Mayer, s. 655-656.

[900] Mayer, s. 658.

[901] Oster, s. 564.

[902] Juratowitch, s. 183.

[903] Juratowitch, s. 180.

[904] Juratowitch, s. 181.

Sonuç olarak hafifletilmiş etki doktrininin kullanılması, AİHS'nin standartlarını hafifletme riski taşır ve son tahlilde eşitsizlik yaratabilir[905]. Bu eşitsizlik bir dereceye kadar haklı olsa da sınır aşan davalardaki kişilerin insan hakları, iç hukuk davalarındaki kişilerden daha az korunuyor duruma gelebilir. Bu nedenle doktrinde sorumluluğun, açık aykırılık olarak tanımlanan aykırılıklarla sınırlı tutulmaması, insan haklarının korumasına hizmet eden kamu düzeni hükümlerinin kısıtlı biçimde uygulanmaması gerektiği savunulmaktadır[906]. Zira insan haklarının korunması yükümlülüğü, kamu düzeninde insan haklarının hafifletilmiş etkisine izin vermemektedir. *Docquir*'e göre AİHS'nin kanunlar ihtilâfı ve yetki kuralları üzerindeki etkisi hiçbir surette kısıtlanmamalıdır[907]. *Fawcett* de, insan hakları ihlâli konusunda olumlu cevap alınırsa, diğer ülkenin AİHS üyesi olup olmaması arasında fark bulunmadığının altını çizmektedir[908]. *Oprea*'ya göre de AİHS ihlâlini gerçekleştirenin taraf devlet olması veya olmaması fark yaratmamaktadır; insan hakları tarafından zenginleştirilen kamu düzeni, değişmez-istisnasız bir ölçü ile kararın geldiği yerden bağımsız olarak tanımlanmalıdır[909].

Bu bölümü bitirmeden, hafifletilmiş etki konusuna usûli ve maddi kamu düzeni ayrımı bakımından yaklaşan bir görüşe de değinilmelidir. Söz konusu görüş doğrultusunda, AİHS tarafı olmayan ülke mahkemelerinden alınan kararlar da dahil olmak üzere, AİHS m. 6'da korunan tüm usûli teminatlar bakımından her zaman tam inceleme yapılmalıdır[910]. Böylece kamu düzeninin hafifletilmiş etkisi sadece maddi

[905] Kiestra/ Pontier, s. 88.

[906] Juratowitch, s. 182.

[907] Docquir, s. 507.

[908] Fawcett, s. 38.

[909] Oprea, s. 312 vd.

[910] Thoma, s. 17.

kamu düzeni alanında geçerliliğini korumaktadır[911]. Zira usûle ilişkin kamu düzenini değerlendirirken, mahkemeler, iddia edilen insan hakları ihlâllerini dolaylı yatay etkileriyle değil, doğrudan dikey etkileriyle inceler[912]. Usûle ilişkin kamu düzeni hükümleri, esasa ilişkin karar için değil, yabancı mahkeme tarafından yargılama usûlünde yapılan usûl hataları için geçerlidir. Bu anlamda maddi hakların aksine usûli hakların, kültürel çeşitlilik adına hafifletilemeyeceği belirtilmiştir[913]. Ancak doktrinde aksi yönde görüşlerin de bulunduğunu belirtmekte fayda vardır. Tanınacak veya tenfiz edilecek kararın AİHS tarafı olmayan devletten gelmesi durumunda, taraf devletin AİHS m. 6'daki teminatlara uygunluk bakımından etkisi hafifletilmiş bir usûli inceleme yapması önerilmektedir.[914] *Mills* de, AİHS tarafı olmayan devletten alınan ve özellikle de m. 6/1 kapsamında belirlenen usûli hakları ihlâl eden bir kararın tenfiz edilmesini reddetmede açık ihlâl aranması gerektiğini ileri sürmektedir[915].

cccc. AİHM kararlarında

Drozd and Janousek v. France and Spain[916] kararı ceza yargılamasıyla ilgili olsa ve milletlerarası özel hukuk konusu içermese de, Hâkim *Matscher*'in farklı gerekçesi

[911] Thoma, s. 18.

[912] Oster, s. 556.

[913] Guinchard, s. 220.

[914] Spielmann, Dean: La Reconnaissance et l'Exécution des Decisions Judiciaries Étrangères et les Exigencies de la Convention des Droits de l'Homme. Un Essai de Synthèse, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2011/22, s. 769, (La Reconnaissance et l'Exécution).

[915] Mills, Confluence, s. 285.

[916] *Drozd and Janousek v. France and Spain*, Application No 12747/87, Judgment of 26 June 1992.

nedeniyle önem arz etmektedir. Hâkim *Matscher* bu karardaki mutabık görüşünde, yabancı kararların tenfizi ile ilgili olarak öncelikle taraf devletlerin, diğer taraf olan veya olmayan devlet mahkemelerinden alınan kararın tenfiz edilmesine yardım etmek suretiyle AİHS'yi ihlâl edebileceğini belirtmiştir. Ancak burada m. 6 kapsamında açık ihlâl söz konusu olmalı, yani 6. maddeye kamu düzeninin azaltılmış etkisi teorisi çerçevesinde işlerlik kazandırılmalıdır. Bu karar, *Soering* kararı ile birlikte yabancı hukukun uygulanmasında kamu düzeninin hafifletilmiş etkisinin aranması bağlamında bazı yazarlara esin kaynağı olmuştur[917]. Bu noktada belirtmek gerekir ki *Oprea,* bu kararın kamu düzeninin hafifletilmiş etkisi kapsamında yorumlanmasını doğru bulmamaktadır[918]. Yazara göre bu kararın önemi, AİHM tarafından m. 6 kapsamında belirlenen bazı değerlerin, milletlerarası kamu düzeni tarafından korunan değerler içerisinde yer alacak kadar temel olmadığını gözler önüne sermesidir[919].

Daha sonra *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein*[920] kararında AİHM, idari mahkeme yargılamasının gözden geçirilmesine yönelik benzer şekilde hafifletilmiş inceleme standardı uygulamıştır[921]. Ne var ki bu karardan 12 gün sonra verilen *Pellegrini v. Italy*[922] kararında, söz konusu karara veya *Drozd* kararına atıf yapılmaksızın aksi görüş benimsenmiştir[923]. *Pellegrini* kararında AİHM, taraf ülkeler, kendi hukuk düzenleri içerisinde yabancı kararı özerk biçimde tenfiz ettiği için, sadece

---

[917] Kiestra/ Pontier, s. 87; Oster, s. 561.

[918] Oprea, s. 326 vd.

[919] Oprea, s. 328.

[920] *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany*, Application No 42527/98, Judgment of 12 July 2001.

[921] Oster, s. 561 vd.

[922] *Pellegrini v. Italy*, Application No 30882/96, Judgment of 20 July 2001.

[923] Juratowitch, s. 175 vd.

tenfiz fiilinin kendisi değil, bu fiilin sonuçlarının da AİHS ile uyumlu olması ilkesini kabul etmiştir[924]. Bu karara göre, taraf olmayan devletler AİHS ile bağlı tutulamazlar; ancak yabancı karar üye devlette tanındığı zaman bu karar üye devletin kararı olacağı için üye devletler sorumlu tutulabilir[925]. Bu durum, üye olmayan devletlere AİHS normlarını empoze etmek anlamına gelmemelidir. Bu karardan anlaşılan, m. 6 ihlâli durumunda, daha spesifik bir tanıma reddi nedeni bulunmuyorsa, ulusal mahkeme (adil yargılanma da dahil usûli teminatlarla ilgili olarak) kamu düzeni istisnası temelinde yabancı kararın tanınması veya tenfiz edilmesini reddetmelidir[926].

Pellegrini kararında, Vatikan mahkemeleri gibi eklektik mahkemeler önündeki davaların m. 6 ile uyumlu olup olmadığı araştırılmamış, İtalya mahkemelerinin bu mahkemeler tarafından verilen kararı tenfiz ederken AİHS gereklerini sağlayıp sağlamadığına bakılmıştır[927]. AİHS'ye taraf olmayan devletten kaynaklanan karar bağlamında da adil yargılanmaya saygı duyulması gerektiği kaydedilmiştir[928]. *Pellegrini* kararında AİHM, başvurucunun hukuki yardım talep etme hakkı konusunda bilgilendirilmediği ve mahkeme dosyalarına ve tanık beyanlarına erişiminin olmadığı bir yargılama sonucu verilen yabancı kararın, İtalya'da tenfiz edilmesini AİHS m. 6'ya aykırı bulsa da açık ihlâl kavramına atıfta bulunmamıştır[929]. Ancak kararda AİHS standartları hafifletilmediği ve bu standartlara tam uyum arandığı için tüm tenfiz davalarında m. 6'da korunan adil yargılanma standartlarında tam inceleme yapılması

[924] Juratowitch, s. 177. AİHM'in *K v. Italy* kararında da aynı ilkenin benimsendiği görülmektedir.

[925] Corneloup, s. 390.

[926] Corneloup, s. 391.

[927] Kinsch, A Survey of the Cases, s. 221.

[928] Guinchard, s. 218.

[929] Corneloup, s. 392; Oster, s. 562.

gerektiği kanısına varılmaktadır[930]. Bu karar, bazı üye devletlerde yanlış anlaşılmış, İtalya mahkemelerinin Vatikan mahkemeleri ile arasındaki özel ilişki nedeniyle emsal nitelikte olması bağlamında ayrı tutulmuştur[931].

---

[930] Kinsch, A Survey of the Cases, s. 222, 223.

[931] İngiliz mahkemelerinde görülen *USA v. Montgomery* davası için bkz. Fawcett, s. 23. Her ne kadar *Pellegrini* kararında AİHM, İtalya ve Vatikan arasındaki özel ilişkiden bahsetmese de, *Pocar*'a göre bu anlamda iki unsurun incelenmesinde fayda vardır. Bunlardan ilki, kararın İtalya sınırları içerisinde verilmesinin, AİHS'ye taraf ülke olma bağlamında bir etkisinin bulunup bulunmadığıdır. Papalık makamı-Vatikan'ın bağımsızlığı devletler tarafından kabul edilmiş bir hukuki kişiliktir. İtalya Yüksek Mahkemesi de papalık makamının ülke-toprak unsurundan bağımsız olduğunu kararlarında defalarca belirtmiştir. Bu unsuru eksik olduğu için papalık makamının aktiviteleri zorunlu olarak bir veya daha fazla devletin ülke sınırları içerisinde gerçekleşmektedir. Bu nedenle her ne kadar Roma'da verilse de bu karar İtalya'NINhukuki toprakları dışında gerçekleşmiş gibi değerlendirilmelidir. İkincisi, İtalya ve papalık makamı arasında, evliliklerin iptalinden doğan konularda dinî mahkemelerin yetkisi ve bu kararların tanınması hakkında bir pakt (*concordat*) bulunmaktadır. Papalık makamı, antlaşmalar hukuku hakkında VAHS'a taraftır, bu nedenle söz konusu pakt da diğer sözleşmeler gibi yorumlanır ve değerlendirilir. Dolayısıyla dinî mahkemelerin yetkisinin ve bu mahkemelerden gelen kararların tanınmasının pakta dayanması, İtalya mahkemelerinin bu kararları diğer yabancı mahkeme kararlarından farklı değerlendirmesi için bir temel oluşturmamaktadır. Sonuç olarak *Pellegrini* kararı sözleşmeye taraf olmayan devletler için geçerlidir ve bu devletle arasında başka bir milletlerarası sözleşme bulunması üye devletlerin AİHS yükümlülüklerini yerine getirmemesi için bahane olamaz. Pocar, Fausto: Notes on the Pellegrini Judgment of the European Court of Human Rights, Tomljenovic, Vesna/

Pellegrini kararı, üye devletlerden kaynaklanan kararlarla ilgili olmamasına rağmen bazı görüşler bu kararın AİHM'in üye devletlerden kaynaklanan kararlara karşı alması gereken pozisyonun bir göstergesi olabileceğini düşünmektedir[932]. Örneğin *Kinsch*'e göre, bu karar doğrultusunda, AİHS'ye taraf olmayan bir devletin mahkemelerince verilen kararın tenfiz edilmesinde inceleme yapılmakta; tam tersi yabancı karar, AİHM önünde doğrudan sorumlu tutulabilecek bir taraf devletten kaynaklanıyorsa, m. 6 incelemesi tercihe bağlı görünmektedir[933].

Esasen *Pellegrini* kararı maddi ve usûli hakların ihlâli arasında ayrım gözetmediği, yabancı kararın denetlenmesi sırasında usûli hak ihlâlini maddi hak ihlâli kadar önemli kabul ettiği için klasik milletlerarası özel hukuk mantığı ile uyumlu görülmüştür[934]. Öte yandan, tanıma başvurusunda en ağır usûli standartlara uyumun sağlanmasını gerektirmesi nedeniyle milletlerarası özel hukuk mantığından ayrıldığı da iddia edilmiştir[935]. Zira milletlerarası özel hukukun amacı, sınır aşan hukuki durumların devamlılığını sağlarken birbirine benzemeyen hukuk sistemlerinin var olmasını sağlamaktır. Bu amaç, yabancı kararların tanınması alanında *exequatur* usûlünün, temel hakların yalnız en ağır ihlâli söz konusu ise reddedilmesini gerektirmektedir[936].

Erauw, Johan A./ Volken, Paul (eds.): *Liber Memorialis Petar Šarčević : Universalism, Tradition and the Individual*, Sellier Munih 2006, s. 576-580.

[932] Guinchard, s. 223; Fawcett, s. 5.

[933] Kinsch, A Survey of the Cases, s. 228.

[934] Oprea, s. 330.

[935] Oprea, s. 332.

[936] Oprea, s. 332.

Uluslararası çocuk kaçırma ve velayete ilişkin *Eskinazi and Chelouche v. Turkey*[937] kararı da doktrinde, "adaletin açık inkârı (*flagrant denial of justice*)" yani açık ihlâl şartına geri dönüldüğü şeklinde yorumlanmaktadır[938]. Bu anlamda yabancı yargılamadaki olası herhangi bir usûlsüzlüğün, adaletin açık inkârı teşkil edebileceğini gösteren yeterli kanıtın olması gerekmektedir[939].

AİHM'in birbiriyle çelişen kararları, insan haklarının kamu düzeni içerisinde nasıl bir etkiye sahip olacağı konusuna açık bir yanıt vermemektedir[940]. Yine de incelenen içtihattan en azından, taraf olmayan devlet mahkemelerinden alınan kararların adil yargılanmanın gerekleri ışığında tanınıp tenfiz edilmesi gerektiği sonucuna varılabilir[941].

e. Kamu Düzeninin Olumlu Etkisi

Kamu düzeni yönteminde, *for* hukukunun kanunlar ihtilâfı kuralları, *for* devletinin insan hakları normlarını ihlâl edecek bir yabancı hukuk kuralının uygulanmasını işaret ediyorsa, olağan olarak uygulanması gereken yabancı hukuk rafa kaldırılmaktadır[942]. Burada kamu düzeni istisnasının sonuçlarını gözlemlemek önemlidir[943]. Zira uygulamada kamu düzeni istisnasının yarattığı boşluğu doldurmak

---

[937] *Eskinazi and Chelouche v. Turkey*, Application No 14600/05, Decision of 06 December 2005.

[938] Oster, s. 563.

[939] Oster, s. 564.

[940] Spielmann, Recognition and Enforcement, s. 24.

[941] Spielmann, Recognition and Enforcement, s. 24; Spielmann, La Reconnaissance et l'Exécution, s. 786.

[942] Kiestra/ Pontier, s. 86.

[943] Stürner, s. 10.

için uygulanan normlar, yani kamu düzeninin olumlu etkisi tartışma konusudur[944]. Klasik mantıkta kamu düzeninin olumlu etkisi, korunan insan hakkına uymayan *lex causae* yerine *for* hukukunun tamamlayıcı biçimde uygulanmasıdır[945]. Ancak örneğin AİHS açısından bakıldığında somut durumda AİHS ihlâline yol açan hukuk yerine uygulanan kural da AİHS gereklerine uygun olmayabilir. Kamu düzenini ihlâl eden kurallar uygulanmaz ve *lex causae*'de bu konuyla ilgili boşluk bulunursa, bu boşluk, uygulanacak hukukun diğer kurallarıyla doldurulmak durumundadır[946]. Demek oluyor ki, böyle bir durumun gerçekleşmemesi için *for* devleti kendi standardını uygulamamalı, tamamlama yabancı hukuk içerisinde yapılmalıdır. Bu nedenle, kamu düzeni istisnasının işlemesi, uygulanacak hukukun tamamen yasaklanması anlamına gelmez, sadece insan haklarını ihlâl eden kısım engellenir. Uygulanacak hukukta uygun kural bulunmadığı için boşluk doldurulamaz ise, *for* devletinin hukuku son çare olarak uygulanmalıdır[947].

AİHS sistemi içerisinde görüş bildiren *Stürner*'e göre, AİHS'ye taraf devlet mahkemesi, taraf olmayan devlet hukukunu uygularken, bu devletin içtihat hukukunda veya doktrininde söz konusu dava hakkında bir sonuç bulamazsa, kendisini bu devlet mahkemesi yerine koymalı ve bu devletin hukukunun varsayımsal olarak gelişimi işine girişmelidir[948]. Bu süreç, yeni bir kuralın oluşturulmasını da içerebilir. Ancak hukukun varsayımsal-farazi olarak geliştirilmesi işine girişildiğinde, *for* hâkimi, AİHS ile bağlı olmayan yerel hâkimin pozisyonunu almalıdır. Bu nedenle, bu aşamada AİHS ilkeleri göz ardı edilmelidir. Bu yeni kuralın eldeki davaya somut bağlamda uygulanması AİHS

[944] Oprea, s. 335.

[945] Oprea, s. 335.

[946] Stürner, s. 10; Oprea, s. 335.

[947] Stürner, s. 10.

[948] Stürner, s. 11.

ihlâline yol açtığında, hâkim bu sonucu kamu düzeni istisnası ile engellemelidir. Tam tersi senaryoda, AİHS'ye taraf olmayan devlet hâkimi, kanunlar ihtilâfı kuralları aracılığıyla taraf devlet hukukunu uygulamak durumunda olduğunda, mahkeme AİHS ilkelerini göz önünde bulundurmalıdır[949]. Zira mahkeme, yabancı hukuku, o hukuk sisteminin mahkemesi gibi uygulamalıdır. Ne var ki taraf olmayan devletlere AİHS haklarını ileri sürmek, bu devletler üzerinde AİHS ilkelerinin zorla kabul ettirilmesi ve emperyalist bir tutum olarak algılanabilir[950]. Ancak burada amaç AİHS'de korunan hakların üçüncü ülkelere genişletilmesi değil, bu hakların yabancı hukuku uygulayan taraf devlet tarafından ihlâl edilmemesidir[951]. Ayrıca *for* hukukunun kendi kamu düzeni anlayışı çerçevesinde temel ilkeleri ile çelişen yabancı kuralı dikkate alıp almamak takdirine sahip olduğu da unutulmamalıdır[952].

Farklı AB üyesi devletlerin hukuk sistemlerinde de milletlerarası kamu düzenine başvurulmasında yabancı hukukun sistematik olarak bir kenara bırakılması ve *lex fori*nin uygulanması tercih edilmemektedir[953]. Roma II Tüzüğü önerisine ilişkin açıklayıcı raporda[954], *lex fori*'nin uygulanmasına atıfta bulunulsa da; Roma II

[949] Stürner, s. 12.

[950] Callsen, s. 141.

[951] Callsen, s. 142.

[952] Stürner, s. 12.

[953] Eeckhout, Corporate, s. 191.

[954] Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations ("Rome II"), COM(2003) 427 final, s. 28. Bkz. https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0427:FIN:EN:PDF, (Erişim Tarihi: 20.06.2022).

Tüzüğü'nde kamu düzeninin devreye girmesi sonrası uygulanacak hukuk kuralına dair bir belirleme yapılmamıştır[955].

f. Kamu Düzeni İstisnasının Kullanılmasının Olumlu ve Olumsuz Yönleri

Görüldüğü gibi insan hakları, ulusal anayasa hukukunun yanı sıra AİHS ve BM sözleşmeleri gibi çeşitli milletlerarası sözleşmelerde düzenlenmektedir. Bu belgelerde yer alan insan hakları özünde, kamu düzeni istisnasının korumayı amaçladığı değerlerden biridir[956]. Dahası demokratik toplumlarda insan haklarına saygı, temel ilkeler ve devletin kendini uymaya adadığı amaçlar arasında yer almaktadır[957]

Milletlerarası özel hukuk özelinde bakıldığında, bu disiplinle ilgili kodifikasyonlarda insan haklarının, kamu düzeninin yönlerinden biri olarak öngörüldüğü belirtilmektedir[958]. Hatta insan haklarının milletlerarası özel hukukta kamu düzeni istisnasının temelini oluşturduğu ve bu nedenle insan haklarının, uygulanacak

---

[955] Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32007R0864, (Erişim Tarihi: 20.06.2022).

[956] Oster, s. 547.

[957] Oster, s. 547.

[958] Örneğin iflas davaları hakkında 1346/2000 numaralı Konsey Tüzüğü m. 26; Alman Medeni Usûl Kanunu m. 328/4 yabancı kararların tanınmasında karar Alman hukukunun temel ilkelerine ve özellikle insan haklarına aykırıysa tanıma reddedilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki kamu düzenine dair düzenlemelerde insan haklarının açıkça korunması sadece milletlerarası özel hukuk kodifikasyonlarına özgü değildir, AB ceza hukukunda karşılıklı tanıma sisteminde de yer almaktadır. Oster, s. 549.

hukukun tespitinde bir temel teşkil ettiği de iddia edilmektedir[959]. Bu tanımlama doğrultusunda milletlerarası özel hukuk disiplininin meşruiyetini "aydınlanmış kamu düzeni kavramından" aldığı iddia edilmektedir[960]. Gerçekten de, kamu düzeni istisnası, yabancı devlete (ötekine) ve hukukuna saygı duyulduğu ve *for* değerlerinin daha iyi olmadığını kabul etmektir[961]. Kamu düzenine işlerlik kazandırılarak yabancı kuralın etkisi en aza indirilir; çünkü somut durumda sonuç, *for* devletini doğrudan etkilemektedir.

Kamu düzeni istisnası milletlerarası özel hukuk düzenlemelerinde hâlihazırda yerleşik bir kavramdır[962]. Çoğu ülkede tercih edilen yöntem olması, diğer hukuk sistemleriyle uyumlu bir yapıya sahip olunmasını sağlamaktadır[963]. Dünya çapında kabul edilirliğine bakıldığında kamu düzeni istisnasının, "fiilî olarak" hukuk geleneğinin bir parçası olarak onaylanması önerilmektedir[964]. Hatta kamu düzeni, çeşitli hukuk sistemlerinde yabancı hukukun uygulanmasını engellemek için evrensel bağlamda kullanılan ortak bir yöntem olması nedeniyle doktrinde milletlerarası hukukun genel bir ilkesi olarak da tanımlanmaktadır[965].

---

[959] Michaels, Public and Private, s. 132.

[960] Jänterä-Jareborg, s. 155.

[961] Michaels, Ethic of Responsivity, s. 26.

[962] Hirschboek, s. 198.

[963] Callsen, s. 143.

[964] Oster, s. 549.

[965] Kiestra, The Impact, s. 21. Bu tanımlama *Boll* davasındaki karşı görüşünde *Lauterpacht* tarafından yapılmıştır. *Kiestra*, bu görüş doğrultusunda, milletlerarası bir antlaşmanın bu konuda sessiz kaldığı durumlarda bile kamu düzeni istisnasının uygulanabileceğini savunmaktadır. Ancak bu tespit, kamu düzeni istisnasının bir milletlerarası antlaşmadan kasıtlı olarak çıkarıldığı durumlar için geçerli değildir.

Konu hakkında görüş bildiren yazarların ortak görüşü, kamu düzeninin en güçlü yanının esnek karakteri olduğudur [966]. Hem yabancı ve ulusal hukuk arasında karşılaştırma yapmak için dava sonucunun değerlendirilmesine izin verir, hem de yabancı norm, *for* devleti için şoke edici sonuçları olmaması hâlinde uygulama alanı bulabilir[967]. Dolayısıyla bu yöntem, yabancı hukukun uygulanmasına daha çok imkân verdiği, davanın diğer hukuk sistemi ile bağlantısına saygı ve tolerans gösterilmesini sağladığı için birçok yazarın öncelikli tercihidir[968]. Zaten kamu düzeni içerisinde insan hakları değerlerinin azami düzeyde korunması, milletlerarası özel hukuka özgü bir amaç olan hukuk sistemlerinin koordine edilmesi ile de örtüşmektedir[969].

Kiestra, The Impact, s. 21. Ancak *Stürner*'e göre milletlerarası kamu hukuku bağlamında, bir devlet için kanunlar ihtilâfı kuralları düzenlemek veya uygulamak açısından bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu nedenle kamu düzeninin uygulanmaması hâlinde herhangi bir milletlerarası kamu hukuku yükümlülüğü ihlâl edilmeyeceği gibi devletin kendi hukuk sisteminden kaynaklanan kamu düzeni istisnasını uygulaması nedeniyle, milletlerarası hukukun genel kabul görmüş ilkelerinin ve AİHS gibi milletlerarası sözleşmelere taraf olmak nedeniyle milletlerarası kamu hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerinin ihlâl edilmesi de söz konusu olamaz. bkz. Stürner, s. 11 vd.

[966] Oster, s. 542; Oprea, s. 310.

[967] Oprea, s. 310; Oster, s. 542.

[968] Kiestra/ Pontier, s. 88; Waerstad, s. 59.

[969] Oprea, s. 325.

Kamu düzeninin, özellikle gizliliğin korunmasına ilişkin olarak, mahkeme ve hukuk seçiminin sınırlanması konusunda ileri sürülebileceği iddia edilmektedir[970]. Kanada Yüksek Mahkemesi'nin *Douez v. Facebook*[971] kararında, bireysel bir tüketicinin, ezici pazarlık gücüne sahip çok uluslu bir şirketle sözleşme yapmış olması ve mahremiyetin, güçlü kamu düzeni mülâhazalarını içeren yarı anayasal düzeyde bir temel hak olduğu gerçeği, açık yetki şartını devre dışı bırakmak için kullanılmıştır[972]. Özellikle mahremiyet hakkı gibi insan haklarının devreye girdiği durumlarda, kamu düzeni, tüketicileri, alışılmadık kurallar nedeniyle uzak mahkemelerde dava açmak zorunda kalmaktan korumada rol oynamaktadır[973].

Öte yandan insan haklarının doğrudan uygulanması belirsizliğe yol açabilirken kamu düzeni istisnası bu belirsizliği ortadan kaldırmaktadır[974]. Zira doğrudan uygulama yönteminin uygulama kriterlerini *a priori* formüle etmek ve bir yasa koyucu gibi gelecekteki olası tüm ihtimalleri önceden öngörmek gerekirken, kamu düzeni istisnası olay bazında inceleme yapılmasına izin vermektedir[975]. Uygulamada da ulusal mahkemeler kamu düzeni istisnasını daha sık kullanmakta, kamu düzeni, temel insan

---

[970] Hornle, Julia: Global Social Media vs Local Values: Private International Law Should Protect Local Consumer Rights by Using the Public Policy Exception?, *Computer Law & Security Review*, 2018/34, s. 392.

[971] Karar için bkz. *Douez v. Facebook*, Inc., 2017 SCC 33, [2017] 1 S.C.R. 751, https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/16700/index.do, (Erişim Tarihi: 20.06.2022).

[972] Hornle, s. 396.

[973] Hornle, s. 396 vd.

[974] John/ Delahaye, s. 251.

[975] Kinsch, Droits de l'Homme, s. 207 vd.

hakları koruması ile daha fazla ilişkilendirilmektedir[976]. İnsan haklarının doğrudan uygulanması metoduna ise daha az rastlanılmaktadır[977].

İnsan haklarının kamu düzeni istisnası içerisinde değerlendirilmesinin bir diğer avantajı da, kanunlar ihtilâfı kurallarına şeklen üstün olsun veya olmasın farklı kaynaklardan gelen insan haklarına etki tanınmasına izin vermesidir[978]. Ayrıca, insan haklarıyla ilgili içtihat hukukunda ve bilimsel araştırmalarda kamu düzeni değerlendirmeleriyle ilgili geniş ve derinlemesine incelemeler bulunabileceği için insan haklarının kamu düzeni değerlendirmesine nüanslar ve netlik getirebileceği de savunulmaktadır[979]. Sonuç olarak milletlerarası özel hukukta insan haklarının etkili biçimde korunmasına katkı sağlayacak, bu amaca en uygun yöntemin milletlerarası kamu düzeni olduğu ifade edilmektedir[980].

Kamu düzeni istisnasının insan hakları koruması için uygun bir araç olmadığını savunan yazarlar da vardır. Bu yazarlardan *Hirschboek*, insan haklarının kamu düzeni istisnasına indirgenemeyeceğini, insan haklarının duruma göre istisnai olarak uygulanmasının geniş insan hakları uyumluluğunu teşvik etmek için uygun olmadığını dile getirmiştir [981]. Öte yandan yazar, bazı kararlarda kamu düzeni istisnasının kendisinin insan hakları yükümlülüklerine aykırı kabul edilmesinin de çelişkilere yol açtığını belirtmektedir. Bu anlamda örnek verilen *Négrépontis-Giannisis* kararında AİHM, Yunanistan mahkemelerinden alınan kararda kamu düzenine ilişkin ölçülülük

[976] Wærstad, s. 54; Jänterä-Jareborg, s. 159.

[977] Wærstad, s. 54. Yazarlar, doğrudan uygulama yönteminin yalnız Hollanda'da iki davada görüldüğünü belirtmiştir. Kiestra/ Pontier, s. 88.

[978] Callsen, s. 143.

[979] Wærstad, s. 71.

[980] Oprea, s. 340; Oster, s. 554.

[981] Hirschboek, s. 193, 198.

ilkesine saygı gösterilmemesi nedeniyle AİHS m. 6/1'in ihlâl edildiğine karar vermiştir. O hâlde, AİHS bağlamında, insan hakları görünüşte hiyerarşik olarak üstün normatif kurallar olarak işlemekte ve kamu düzeni istisnasının uygulanmasını geri plana atmaktadır. Yazar, AİHS'nin kamu düzeni ile bu etkileşimini "emniyet supabı için bir emniyet supabı" [982] olarak tanımlamaktadır ve söz konusu kararında AİHM'in, milletlerarası özel hukuk kurallarının daha geniş bir insan hakları çerçevesiyle tutarlı bir şekilde yorumlanması ve şekillendirilmesi anlayışıyla hareket ettiğini düşünmektedir[983]. Son olarak yazar, uygulanacak milletlerarası sözleşme veya iç hukukun kamu düzeni istisnası içermemesi durumunda güçlük çıkacağına dikkat çekmiştir[984]. Böyle bir durumla karşılaşıldığında, milletlerarası özel hukuk kuralı "zımni" bir kamu düzeni istisnası olarak okunacağı gibi insan hakları ile milletlerarası özel hukuk arasındaki ilişkinin dolaylı etki doktrini aracılığıyla daha bütünleşik bir şekilde kavranması da çözüm olabilir[985].

Öte yandan doğası itibarıyla seküler kabul edilen insan haklarının Batılı anlayışı ile kişisel ve aile hukuku konularını idare eden din temelli kişiler arası kanunlar ihtilâfı sistemleri arasında potansiyel bir çatışma bulunduğuna da dikkat çekilmektedir[986]. Bir uçta kültürel göreceliliği teşvik eden ve insan haklarının aslında Batı hukuk değerlerinin bir örneği olduğunu düşünen görüş, diğer uçta ise temel ve gerçek anlamda evrensel insan haklarının savunulduğu görüş yer almaktadır[987]. Batıda mahkemeler, klasik kamu düzeni istisnasına giderek daha fazla oranda başvurarak, genellikle dinî olarak

[982] Hirschboek, s. 194.

[983] Hirschboek, s. 197.

[984] Hirschboek, s. 194.

[985] Hirschboek, s. 194 vd.

[986] Jänterä-Jareborg, s. 164.

[987] Isailović, s. 331.

belirlenen uygulanacak hukuk kuralına etki tanımayı, bu kuralların kadına karşı ayrımcılık veya kadına ya da çocuğa zarar veren uygulamaya izin vermesi gibi nedenlerle temel insan haklarına aykırı olduğu gerekçesiyle reddetmektedir[988]. Örneğin Fransız mahkemeleri, Fransa'da daha önceki yıllarda kabul edilen İslam aile hukuku anlaşmalarını, 1997'den beri AİHS gerekçe göstererek tanımamaktadır. Talâk boşanmaları, zoraki evlilikler, çok eşlilik, erken evlenme yaşları, evlilik dışı doğum, cinsiyet veya dine bağlı olarak değişen haklar da bu uygulamalar içinde yer almaktadır. Bir başka örnek de, din temelinde kişisel statüye uygulanacak hukuk bakımından verilebilir[989]. Bir hukuk sisteminde farklı dinî gruplara farklı maddi hukukların uygulanması, ayrımcılık yasağı ve eşit işlem ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır[990]. Zira aile hukuku veya miras hukuku alanında farklı kurallar bulunması haklı görülmekte, bir seviyeye kadar hoşgörüyle karşılanabilmektedir. Ancak bu seviye aşıldığında, bir yabancı hukuk kuralının, farklı dinî gruplar arasında evliliği yasaklaması, hem Anayasa hem de İHEB ve taraf olunan insan hakları sözleşmeleri ile çelişecek, kamu düzeni kültürel çeşitliliğe geçit vermeyecektir[991].

Sonuç itibarıyla kanunlar ihtilâfı hukukunda kamu düzeni istisnasının uygulanması ve yorumu sırasında insan hakları ve diğer temel hakların yükselen etkisi, farklı hukuk kültürlerine karşı toleransı azaltmıştır[992]. Ancak bazı durumlarda kamu düzeninin kullanılması da AİHS ihlâline neden olabileceği için yabancı uygulamaları

---

[988] Jänterä-Jareborg, s. 161.

[989] Kinsch, Prohibition of Discrimination, s. 23. *Kinsch*, AB hukuku bağlamında Avrupa vatandaşlığı açısından ulusal hukukların kanunlar ihtilâfı kurallarının da ayrımcı olabileceğini belirtmiştir.

[990] Weick, s. 199.

[991] Weick, s. 199.

[992] Colombi Ciacchi, s. 92.

tanımayı, kategorik olarak reddetmek doktrinde eleştirilmektedir[993]. İnsan hakları iki yönlüdür; hem bizim hem de diğerlerinin haklarını korumaktadır. Bu nedenle örneğin uzun yıllar süren bir evlilikte veya eşlerin müşterek çocuğu bulunması gibi durumlarda ikinci eşin aile hayatı hakkının korunması gerektiği düşünülebilir. Dolayısıyla hem evrensel hem de ulusal anlamda kişisel ve ailevi konularda farklı kültürel, hukuki ve dinî yaklaşımlar hakkında bilgi ve anlayışa ihtiyaç olduğu dile getirilmektedir[994]. Mümkün olan durumlarda çeşitlilik sağlanmalı; ancak *for* devletinin bazı temel değerleri de kurban edilmemelidir[995].

II. İnsan Haklarının Usûl Hukukundaki Etkisi

A. Usûl Kurallarının Oluşumu ve Uygulanması

1. Teminat Gösterme Zorunluluğu

Cautio judicatum solvi – teminat gösterme zorunluluğu insan haklarının etki ettiği kurallardan biridir[996]. Bu araç çoğu hukuk sisteminde önemini büyük ölçüde kaybetmiş olsa da İngiltere, Hollanda, İsviçre ve Türkiye gibi birçok ülke hukukunda hâlen kullanılmaktadır. Milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıklarında davacının *for* devleti ile hiçbir bağının veya bu devlette hiçbir varlığının olmaması, davalının olası maliyetlerini geri almasını zorlaştırabilir. Bu sorunu çözmek için getirilen teminat, mutat olarak *for* devletinde ikamet etmeyen veya *for* devletinin tâbiiyetini taşımayan davacının, iddiasının dinlenmesi için belirli bir miktar para yatırmasını gerektirmektedir. Ayrıca, teminat aranması için bir diğer şart da davacının davalının masraflarını geri ödeyemeyeceğine inanmak için haklı bir sebep olmasıdır. Bu nedenle

[993] Kiestra/ Pontier, s. 88; Jänterä-Jareborg, s. 162.

[994] Jänterä-Jareborg, s. 170.

[995] Jänterä-Jareborg, s. 170.

[996] Matscher, s. 220.

örneğin davacının, kararın kolayca tenfiz edilebileceği başka bir ülkede yeterli mal varlığı varsa, teminat talep edilmesi uygun olmayacaktır. Ne var ki davacıya yüklenen teminat yatırma zorunluluğu, hak arama hürriyeti (Anayasa m. 36), mahkemeye erişim hakkı (AİHS m. 6) ve ayrımcılık yasağı (AİHS m. 14) ihlâlini gündeme getirebilir.

AİHM'in *X v. Sweden* kararına konu olayda İsveç'te yerleşim yeri sahibi Pakistan vatandaşı başvuran, bir banka aleyhine açtığı davada kendisinden teminat talep edilmesi nedeniyle AİHS m. 6 ve m. 14 hükümlerine aykırılık iddiasında bulunmuştur[997]. Davalı banka İsveç mahkemesinin teminat kararından on bir gün sonra bu talebini geri çekmiş, başvuran, davasını Bölge Adliye Mahkemesi'nde takip etmemiş ve bunun yerine banka ile anlaşma yapmıştır. Davalı 1886 tarihli Kanun'un kendiliğinden mahkemeye erişim hakkını engellediğini iddia etse de Komisyon'a göre teminat talebinin otomatik olarak mahkemelere erişimi engelleyeceği varsayılamaz, ilgili Kanun'un somut bir olayda incelenmesi gerekmektedir. 1886 tarihli Kanun'a göre teminat, yabancı davacının İsveç'te yerleşim yerine ve kendisine yüklenebilecek masrafları karşılayabilecek malvarlığına sahip olup olmamasına bakılmaksızın ve ancak davalının talebi doğrultusunda uygulanmaktadır. Komisyon, bu Kanun'un Avrupa ülkelerindeki benzer kanunların bazılarından daha sert olduğunu kabul etse de İsveç makamlarının söz konusu mevzuatı değiştirmeyi öngördüğünü bildirmesini memnuniyetle karşılamıştır. Görünen o ki, İsveç makamlarının ilgili kuralın değişeceği yönündeki beyanı, Komisyon'un kararını bir miktar da olsa etkilemiştir[998]. Tersten düşünülürse, İsveç makamları, AİHM'in olası ihlâl kararının önüne geçmek için mevzuatında değişikliğe gitmiştir. Demek oluyor ki AİHS ve genel anlamda insan

[997] *X v. Sweden,* Application No 7973/77, Decision of 28 February 1979.

[998] Benzer yönde bkz. Çalışkan, Zeynep: *Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat*, İstanbul 2013, s. 171.

hakları, milletlerarası özel hukuk kurallarını değiştirmekte ve kendisine uygun duruma getirmektedir.

Tolstoy Miloslavsky v. UK kararında AİHM, 124.900 sterlin tutarındaki teminatın on dört gün gibi kısa bir süre içinde tesliminin talep edilmesinin, AİHS'nin m. 6/1 hükmünü ihlâl etmediğine karar vermiştir[999]. Söz konusu karar yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkla ilgili olmasa da, teminatın meşru bir amaca hizmet ettiğini göstermekte ve teminatın orantılılığın gözetilmesi şartıyla yabancı unsurlu davalarda da kullanılmasına uygulanabilir görünmektedir [1000] . Dolayısıyla, davalının maddi durumunun değerlendirilmesi gibi belirli şartların yerine getirilmesi koşuluyla, *cautio judicatum solvi*'nin kullanılması mümkündür. Teminat, meşru bir amaca hizmet ettiği, "zorunlu ihtiyaç" ve ölçülü olduğu sürece insan haklarına aykırı kabul edilmeyecektir[1001]. Burada ölçülülük ilkesine özellikle vurgu yapılmalıdır ve her somut olay bağlamında "elverişlilik", "gereklilik" ve "oranlılık" değerlendirmesinin yapılması gerektiğinin altı çizilmelidir[1002].

AİHS 14. madde kapsamındaki ayrımcılık yasağı, davacının söz konusu ülkede mukim olmamasının, teminat için yeterli bir temel teşkil etmesini engellemektedir[1003]. Ne var ki hukuki işbirliği konusunda iki taraflı ve çok taraflı sözleşmeler, yabancılar ve vatandaşlara eşit usûl uygulanmasını güçlendirmekte, ayrımcılık oluşturan kararlar bu nedenle istisna olarak kalmaktadır[1004]. Örneğin, AB içinde üye devletlerin vatandaşları

[999] *Tolstoy Miloslavsky v. UK*, Application No 18139/91, Judgment of 13 July 1995.

[1000] Kiestra, The Impact, s. 122.

[1001] Çalışkan, s. 189 vd.

[1002] Çalışkan, s. 232.

[1003] Lord Collins of Mapesbury, s. 14.

[1004] Matscher, s. 220, 221.

arasında artık büyük ölçüde *cautio judicatum solvi*'ye izin verilmemektedir[1005]. Bu nedenle teminat, davacının yargı yetkisi dışında ikamet etmesi, ancak Brüksel I Tüzüğü veya Lugano Sözleşmesi'nin geçerli olduğu bir devlette ikamet etmemesi durumunda talep edilebilmektedir. Türkiye'nin taraf olduğu çok sayıda iki taraflı ve 1 Mart 1954 tarihli Hukuk Usûlüne Dair Sözleşme gibi çok taraflı milletlerarası sözleşme de, karşılıklılık şartını gerçekleştirmekte ve teminat yükümlülüğünü ortadan kaldırmaktadır[1006].

MÖHUK m. 48 hükmünde, Türk mahkemesinde dâva açan, dâvaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişilerin karşılıklılığın bulunmaması durumunda teminat gösterme yükümlülüğünün bulunduğu düzenlenmiştir. HMK m. 84/1-a hükmünde de, "Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması" durumunda, davalı tarafın muhtemel yargılama giderlerini karşılayacak uygun bir teminat göstermesi öngörülmüştür. Bu hükümlerde düzenlenen teminat yükümlülüklerinin kanuni dayanağa sahip ve meşru amacının bulunduğu söylenebileceği için bu maddeler kendiliğinden Anayasa ve AİHS'ye aykırı kabul

[1005] Kiestra, The Impact, s. 123.

[1006] Örneğin, 1 Mart 1954 tarihli Hukuk Usûlüne Dair Sözleşme için bkz. *Convention of 1 March 1954 on Civil Procedure*, https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=33, (Erişim Tarihi: 21.05.2022); 23 Kasım 2007 tarihli Çocuk Nafakası ve Diğer Aile Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin Sözleşme için bkz. *Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*, https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/child-support, (Erişim Tarihi: 21.05.2022).

edilmemektedir[1007]. Ancak teminat miktarının belirlenmesinde, somut olayın şartları değerlendirilmeksizin sabit oranlara hükmedilmesi, ölçülülük değerlendirmesi bakımından sorun yaratabilir[1008]. Bu doğrultuda, ihtiyati tedbir veya hacizlerde yabancı davacıdan istenen, uygulamada yerleşmiş teminat ücretlerinin adil yargılanma hakkına aykırılığa yol açabileceği belirtilmektedir[1009].

MÖHUK m. 48 hükmündeki teminat yükümlülüğünün yalnız yabancılar yönünden geçerli olmasının, Anayasa'nın m. 10 (kanun önünde eşitlik) ve m. 16 (yabancıların durumu) hükümlerini gündeme getirdiği, bu bağlamda yabancılardan milletlerarası hukuka uygun olmayan teminatların talep edilmesinin Anayasa'ya aykırı değerlendirileceği ifade edilmektedir[1010]. Yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin milletlerarası hukuka uygun olarak sınırlanması gerekliliği karşısında, hak arama özgürlüğünü kısıtlaması söz konusu olabilecek teminat gösterme yükümlülüğünün milletlerarası hukuk çerçevesinde düzenlenmesi gerekmektedir. Bu anlamda teminat talep edilmesinde vatandaşlık kriteri yerine, teminatın muhtemel yargılama giderlerini sağlama amacına daha uygun olan yerleşim yeri kriterinin tercih edilmesi, kanımızca insan hakları endişelerinin giderilmesi bakımından daha yerinde görünmektedir.

Teminatın değişmesi ve sonlanması gibi konularda MÖHUK'da düzenleme olmadığı için HMK m. 84 vd. uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanmalıdır. Bu bağlamda, HMK m. 85'te düzenlenen teminat gerektirmeyen durumlar da MÖHUK m. 48 kapsamında dikkate alınmalıdır[1011]. Özellikle "davanın, sırf küçüğün menfaatlerini korumaya yönelik olarak açılmış olması" nedeniyle teminat talep edilmemesi kuralının,

[1007] Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 353.

[1008] Çalışkan, s. 233.

[1009] Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 353.

[1010] Güngör, s. 268 vd.

[1011] Benzer yönde bkz. Sarıöz Büyükalp, s. 544.

çocuğun yüksek yararının korunması yönündeki insan hakları endişeleri nedeniyle yabancıların teminat yatırma yükümlülüğünde de uygulanmaması önerilebilir. HMK m. 85'te sayılan davacının adli yardımdan yararlanması gibi insan hakları açısından sorunlu olabilecek diğer durumların da MÖHUK çerçevesindeki teminat zorunluluğu bağlamında teminattan muafiyet nedeni olarak kabul edilmesi gerektiği kanısındayız.

2. Adli Yardım

Anayasa m. 36 ve AİHS m. 6'da korunan hak arama özgürlüğünün gereklerinden biri olarak kabul edilen adli yardım, özel hukuk alanında mutlak bir hak değildir. Örneğin, AİHS m. 6/3 hükmünde ceza davaları için getirilen, bir suç ile itham edilen kişinin "avukatlık hizmetinden yararlanmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, res'en atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilme" hakkı, özel hukuk konularında açıkça düzenlenmemiştir[1012]. Ancak, AİHM'in adil yargılanma hakkının düzenlendiği AİHS m. 6/1 hükmüne yönelik içtihadı uyarınca adli yardım bazı durumlarda bu hakkın kullanılması için zorunlu olabilir ve adli yardımın tesis edilmemesi, AİHS'nin ihlâli anlamına gelebilir. AİHM ilk olarak *Airey v. Ireland* kararında, m. 6/1 hükmünün bazı durumlarda mahkemeye etkin erişimin sağlanması amacıyla avukat yardımı sağlama yükümlülüğü getirebileceğine karar vermiştir[1013]. Bu anlamda adli yardım, bazı üye devletlerin iç hukuk sistemlerinde çeşitli dava türleri için temsilin zorunlu kılınması durumunda ya da usûlün veya davanın karmaşıklığı nedeniyle vazgeçilmez kabul edilebilir.

[1012] Kramer, Xandra: Legal Aid, Basedow, Jürgen et al (eds.): *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham 2017, s. 1089.

[1013] *Airey v. Ireland*, Application No 6289/73, Judgment of 9 October 1979.

Bir dizi başka davada AİHM bu hakkı ve sınırlarını daha net bir şekilde çizmiştir[1014]. Başvuranın, ikna edici argümanlar formüle edebilecek, iyi eğitimli ve deneyimli bir gazeteci olması nedeniyle kendisini etkin bir şekilde temsil etme kapasitesine sahip olması, adli yardım talebinin reddini, AİHS m. 6/1'e uygun kılmaktadır[1015]. Ayrıca, mahkemeye erişim hakkı kapsamında adli yardıma yönelik sınırlamalar davacının mali durumuna, yargılamadaki başarı beklentilerine ve dava konusuna göre yapılmalıdır[1016]. Bu içtihattan yola çıkarak mahkemeye erişim hakkının sadece teorik bir hak olarak kalmasını engellemek için, AİHS'ye üye ülkelerin, avukat yardımının zorunlu olabileceği milletlerarası özel hukuk meseleleri gibi karmaşık konulara ilişkin davalarda adli yardım sunmak zorunda kalabileceği iddia edilmektedir[1017]. AİHS m. 14'de düzenlenen ayrımcılık yasağı açısından bakıldığında, üye devletler, farklı muamelenin haklı olup olmadığını değerlendirirken belirli bir takdir marjından yararlanmaktadır. Ancak, münhasıran tâbiiyet temeline dayalı bir muamele farklılığının AİHS ile uyumlu olarak kabul edilebilmesi için "çok önemli gerekçelerin" ortaya konması gerekmektedir[1018]. Bu doğrultuda adli yardımın sadece vatandaşlara sunulması ve yabancıların adli yardım sisteminin dışında tutulması, mahkemeye erişim hakkına ilişkin muamelede bir farklılık yaratabilecek ve AİHS m. 14 ile bağlantılı olarak m. 6/1 hükmünün ihlâline neden olabilecektir[1019]. Gerçekten de özellikle yetkili mahkemenin ve uygulanacak hukukun tespiti konuları, alanında uzman bir avukat olmaksızın içinden çıkılması güç sorunlar doğurabilmektedir. Bu nedenle, bazı hukuk

[1014] Bu davalar için bkz. Kramer, s. 1089.

[1015] *McVicar v. UK*, Application No 46311/99, Judgment of 7 May 2002.

[1016] *Steel and Morris v. UK*, Application No 68416/01, Judgment of 15 May 2005.

[1017] Kiestra, The Impact, s. 125.

[1018] *Gaygusuz v. Austria*, Application No 17371/90, Judgment of 16 September 1996.

[1019] Kiestra, The Impact, s. 125.

sistemlerinin aksine Türk hukukunda adli yardımın talep edilebileceği konular hukuki kategori bağlamında sınırlandırılmamış olsa da, milletlerarası özel hukuk konularında adli yardım sağlanmasının öneminin altını çizmekte fayda vardır.

AİHM'in taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkı açısından karşılıklılık ilkesini değerlendirdiği bazı kararları, doktrinde mahkemenin karşılıklılık ilkesini AİHS'ye aykırı bulduğu şeklinde yorumlanmaktadır[1020]. AİHM, yabancı tüzel kişilere adli yardım verilmesi konusunda ise farklı bir yaklaşım tercih etmiştir[1021]. AİHM'in *Granos Organicos Nacionales S.A. v. Germany* kararı, Peru hukukuna göre tescilli şirketin, iki Alman şirketi ile akdettiği sözleşmenin ihlâli iddiasıyla bu şirketlere karşı Alman mahkemelerinde açtığı davada kendisine adli yardım verilmemesi ile ilgilidir[1022]. Peru hukukunda yalnızca gerçek kişiler için adli yardım öngörülmesi nedeniyle tüzel kişiler açısından karşılıklılık şartı gerçekleşmemektedir. Başvuran şirket, yerli tüzel kişiler ile yabancı tüzel kişiler arasında haksız bir muamele farklılığı yaratıldığı için Alman makamlarının adli yardım sağlamayı reddetmesinin ayrımcı olduğunu ve dolayısıyla AİHS'nin m. 14 hükmü ile birlikte ele alındığında m. 6/1 hükmüne aykırı olduğunu iddia etmiştir. Ancak AİHM, karşılıklılık ilkesi nedeniyle muamele farklılığı yaratmanın ayrımcılık teşkil etmediğine karar vermiştir. İç hukukta sağlanan usûli güvencelere özel bir ağırlık verilmesi kanaatindeki mahkeme Alman hukuk sisteminde, belli şartlarda davacıya, mahkeme harcının avans ödeme yükümlülüğünden muaf

[1020] Sarıöz Büyükalp, s. 195. Söz konusu kararlar, *Apostolidi et Autres c. Turquie*, Application No 45628/99, Judgment of 27 March 2007; *Nacaryan et Deryan c. Turquie*, Application No 19558/02, Judgment of 08 January 2008.

[1021] Fawcett, James J./ Shúilleabháin, Máire Ní/ Shah, Sangeeta: *Human Rights and Private International* Law, Oxford 2016, s. 437.

[1022] *Granos Organicos Nacionales S.A. v. Germany*, Application No 19508/07, Judgment of 22 March 2012, Final 24 September 2012.

tutulma talebinde bulunma imkânı sağlandığını tespit etmiştir. Bu düzenlemede gerçek ve tüzel kişiler arasında fark gözetilmemiş olmasına rağmen başvuran şirketin bu yönde bir talebinin olmadığının altı çizilmiştir. Ayrıca, davalının, karşı taraf aleyhine teminata hükmedilmesini talep etme imkânı bulunsa da başvuran şirket tarafından, yargılamalar sırasında böyle bir sorun ileri sürülmemiştir. Dolayısıyla AİHM'e göre farklı muamelenin nedenlerinden biri olan karşılıklılık, bu dava itibarıyla meşru bir gerekçedir.

Kanımızca bu davada AİHM adli yardımın sağlanması için gereken diğer tüm şartlardan bağımsız biçimde geçerli bir karşılıklılık şartı değerlendirmesi yapmamıştır. Zira başvuran tarafından, ulusal hukuk sisteminde mevcut olan harçtan muaf tutulma imkânı kullanılmaksızın adli yardım talebinde bulunulması, mahkemenin AİHS'ye aykırılık değerlendirmesinde oldukça etkili olmuştur. Bu nedenle farklı bir somut olay değerlendirmesinde AİHM'in, adli yardımda karşılıklılık şartını AİHS gereklerine aykırı bulma ihtimali bulunmaktadır.

HMK m. 334/3 hükmünde yabancıların adli yardımdan yararlanmasının karşılıklılık şartına bağlanması, bu içtihat ışığında, ayrımcılık yasağı ile birlikte adil yargılanma hakkının ihlâline neden olabilir niteliktedir. Bu maddeye göre, "Yabancıların adli yardımdan yararlanabilmeleri ayrıca karşılıklılık şartına bağlıdır." Dolayısıyla, menşe ülkelerinde Türk vatandaşları için adli yardım imkânı sağlanmayan yabancı ülke vatandaşları, Türk hukukunda adli yardımdan yararlanamayacaktır. Katıldığımız görüş uyarınca, adli yardımın yabancı gerçek kişiler açısından karşılıklılık şartı kapsamında sınırlanması, AİHS m. 6 hükmünde korunan adil yargılanma hakkına aykırılık doğurabilir[1023]. Zira karşılıklılık şartı, vatandaşlar ve yabancılar arasında farklılık yaratması bağlamında makul ve objektif bir sınırlama sebebi oluşturmamaktadır. Bu nedenle devletler, devletler arasındaki ilişkilerden kaynağını

[1023] Güngör, s. 276; Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 350 vd.

alan karşılıklılık kuralının uygulamasını, insan hakları ve özellikle adalete erişime ilişkin endişeler gerekçesiyle ortadan kaldırmalıdır. Ancak bu noktada, AİHM'in *Granos Organicos Nacionales* kararı doğrultusunda somut olay bazında değerlendirmesi yapılması gerektiği de unutulmamalıdır. Sınır aşan uyuşmazlıklarda adli yardıma ilişkin asgari ortak kurallar oluşturmaya yönelik AB Direktifi bu bağlamda örnek verilebilecek bir düzenlemedir[1024]. Karşılıklılık şartının bulunmadığı Direktifin m. 4 hükmünde üye devletlerin, AB vatandaşlarına ve üye devletlerde hukuka uygun yerleşim yeri sahibi üçüncü ülke vatandaşlarına ayrım gözetmeksizin adli yardım sağlaması öngörülmüştür. BM Genel Kurulunun 2449 (XXIII) sayılı kararında da ihtiyacı olanlara adli yardım sağlanmasının insan hakları ve temel özgürlüklerin gözetilmesini ve korunmasını güçlendireceğine belirtilerek üye devletlere kapsamlı adli yardım sistemlerinin aşamalı gelişimini temin etme ve buna ilişkin standartları belirleme önerisinde bulunulmuştur[1025].

Karşılıklık şartının AİHS m. 6'ya aykırılık doğurabileceğini savunan yazarlardan *Şanlı, Esen* ve *Ataman-Figanmeşe*, adli yardımın karşılıklılık dışındaki şartlarının gerçekleştiği durumlarda hâkimin, bir milletlerarası özel hukuk kuralı olan HMK m. 334/3 hükmünü görmezden gelmek suretiyle "karşılıklılık şartını ihmal

[1024] Council Directive 2003/8/EC of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02003L0008-20030131, (Erişim Tarihi: 20.06.2022).

[1025] bkz. Legal Aid (A/RES/2449 (XXIII)) – 1968, 1748th plenary meeting, 19 December 1968, https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/244/09/PDF/NR024409.pdf?OpenElement, (Erişim Tarihi: 20.06.2022).

etmesi" ve doğrudan Anayasa m. 90 son fıkra hükmüne dayanarak adli yardıma hükmetmesi gerektiğini ifade etmektedir[1026]. Anayasa m. 90 hükmünün hâkime, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla çelişen kanun hükmünü ihmal etme ve bu hükmü "uygulamaktan imtina etme" olanağı verdiği doğrudur[1027]. Ancak burada dikkat edilmesi gereken, ihmal edilen kanun hükmünün yerine uygulanacak milletlerarası sözleşmenin genel ve soyut nitelikte olması durumunda, milletlerarası sözleşmenin denetim organlarının yerleşik içtihadı göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılmasıdır[1028]. Yanı sıra, çelişen kanun hükmünü ihmal etme, somut olay temelinde geçerli olduğu için farklı mahkeme kararlarında aynı konuyla ilgili farklı yorum ve uygulamaların gelişebileceği de unutulmamalıdır[1029]. Bu nedenle, kanun hükmünde değişiklik yapılarak karşılıklılık şartının kaldırılması, hukuki kesinlik ve öngörülebilirlik açısından daha yerinde bir tercihtir. Ayrıca, "ihmal etme" yaklaşımı benimsendiğinde, bir milletlerarası sözleşme hükmü, bir kanun hükmünün uygulanmasını engellemiş demektir: Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşme olan AİHS'nin 6. maddesi ve bu madde çerçevesinde verilen AİHM kararları esas alınacak ve MÖHUK'un ilgili maddesinde düzenlenen karşılıklılık şartı uygulanmayacaktır. Demek oluyor ki, insan haklarına saygının milletlerarası özel hukuk kurallarından bağımsız icra olması anlamında aslında insan haklarının "doğrudan yatay etkisi" geçerli kılınacaktır.

Cautio judicatum solvi'de olduğu gibi adli yardımda da hukuki işbirliği konusunda iki taraflı ve çok taraflı sözleşmeler, yabancılar ve vatandaşlara aynı usûlün uygulanmasını güçlendirmekte, ayrımcılık oluşturan kararlar bu nedenle sınırlı

[1026] Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 351.

[1027] Başlar, s. 317; Bilir, s. 104;

[1028] Gülmez, s. 158; Gönenç/ Esen, s. 491.

[1029] Başlar, s. 317; Yeşilyurt, s. 19.

kalmaktadır[1030]. Örneğin, Türkiye'nin taraf olduğu 27 Ocak 1977 tarihli Adli Yardım Başvurularının İletilmesine ilişkin Avrupa Sözleşmesi'nde vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılmadan üye devletlerde mutat mesken sahibi herkesin bu Sözleşme kapsamında adli yardım talebinde bulunabileceği düzenlenmiştir[1031]. Hukuk Usûlüne Dair Sözleşme'de yer alan üye devletlerin vatandaşlarına, adli yardımın talep edildiği devletin vatandaşları ile aynı temelde ücretsiz adli yardım sağlanacağına dair hüküm de karşılıklılık şartını sağlayarak insan hakları ihlâlini engellemektedir[1032].

3. Aşkın Yetki Kuralları

Milletlerarası yetki ve *due process*[1033] konusunda iki ilke kabul edilmektedir[1034]. Bunlardan ilki, tarafların rızasıdır[1035]. Tarafların açık rızası, milletlerarası yetkiyi

[1030] Matscher, s. 220, 221.

[1031] *European Agreement on the Transmission of Applications for Legal Aid* (ETS No. 092) için bkz. https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=092, (Erişim Tarihi: 24.05.2022).

[1032] 25 Kasım 1980 Tarihli Uluslararası Adalete Erişim Sözleşmesi, 1 Mart 1954 Tarihli Hukuk Usûlüne Dair Sözleşme'nin adli yardıma ilişkin hükümlerinin yerine geçse de Türkiye, 1980 tarihli Sözleşme'yi yürürlüğe koymadığı için 1954 tarihli Sözleşme uygulanmaya devam etmektedir. *Convention of 25 October 1980 on International Access to Justice* için bkz. https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/access-to-justice, (Erişim Tarihi: 24.05.2022).

[1033] ABD Anayasası'nın 5. ve 14. ek maddelerinde düzenlenen "*due process of law*", hukukun temel ilkelerine ve savunma haklarına uygun yargılamayı ifade etmektedir. bkz. Dardağan, Esra: *Milletlerarası Usûl Hukukunda "Aşkın Yetki" Kavramı*, Ankara 2005, s. 233 vd.

meşrulaştırmaktadır ve böylece *for* devleti ile taraflar arasındaki bağlantı gerekliliği ortadan kalkmaktadır. Yetki anlaşmaları ile somutlaşan bu irade özerkliğinin, mümkün olduğunca geniş tutulması desteklenmektedir. Bu ilkelerden ikincisi ise yakınlık veya "uzaklık" ilkesidir[1036]. Tarafların, yetki konusunda açık rızası bulunmuyorsa, yargı yetkisinin varlığı genellikle *for* devleti ile taraflardan biri veya her ikisi arasında ya da dava arasındaki bağa bağlanmaktadır[1037]. İşte aşkın yetki kuralları bu ikinci ilkeye aykırı biçimde meydana gelir. Bir devletin yetkisinin tesisinde *for* devleti ile taraflardan biri ya da uyuşmazlık arasında makul bağlantı bulunması gerekliliği, devletler arasındaki nezaket ilkesinden hareketle milletlerarası kamu hukukuna dayandırılmaktadır[1038]. Bu objektif bağlantı gerekliliği, yine milletlerarası hukuktan kaynağını alan "tabii hâkim" ilkesi ile de açıklanmaktadır[1039] Uyuşmazlığın konusu

---

[1034] Guinchard, s. 232.

[1035] Guinchard, s. 241.

[1036] Ancak günümüzde, yakınlık ilkesinden kaynaklanan yaklaşım, ilişkilerin giderek daha fazla uluslararası hâle gelmesi nedeniyle çelişkilere neden olabilmektedir. Milletlerarası bağlantıların çoğalması karşısında, bugüne kadar bulunan çarelerden ilki, yetki için gerekli olan eşiği yükseltmektir. Bu eşiği yükseltmek için ya *for* devleti ile bir bağlantı eklenmekte ya da bağlantıların seviyesi düşürülmektedir. Ancak bu çarelerden hiçbirinin uzun vadede uygulanabilir olmadığı ifade edilmektedir. Zira örneğin taraflardan birinin *for* hâkimi ile aynı vatandaşlığa sahip olması nedeniyle kurulan milletlerarası yetki; ikamet ya da mutad meskenden değerli görülmekte ve bu anlamda tarafgirliğe neden olabileceği gerekçesiyle sıklıkla eleştirilmektedir. Bkz. Guinchard, s. 241 vd.

[1037] Guinchard, s. 241; Kiestra/ Pontier, s. 79.

[1038] Guinchard, s. 244.

[1039] Nomer, Devletler Hususi, s. 526.

veya taraflarının, mahkemenin bulunduğu ülke ile "yeterli" bağlantısının bulunmamasına rağmen milletlerarası yetki tesis eden kurallar, aşkın yetki yaratan kurallar olarak kabul edilmektedir[1040]. Aşkın yetki kurallarının milletlerarası özel hukuk alanındaki en önemli sonucu, bu kurallar aracılığı ile yetkili olan mahkemenin verdiği kararın başka devlet mahkemelerinde aşkın yetki gerekçesiyle tanıma ve tenfiz edilmemesidir.

Bu noktada devletlerin yetki kuralları bağlamında geniş takdir yetkisinin bulunduğu ve bu kuralların başlı başına soyut biçimde milletlerarası hukuk ve insan hakları ihlâline yol açmayacağını belirtmek gerekmektedir. Ancak uyuşmazlık ile *for* devleti arasında yeterli bağlantının olmadığı durumlarda davalı üzerinde yargı yetkisinin kullanılması, davalının adil yargılama haklarının ihlâlini oluşturabilir [1041] . Adil yargılanma hakkı ve bu hakkın görünümleri olan hukuki dinlenilme hakkı ve silahların eşitliği ilkesi bağlamında, zayıf bağlantı sonucu başlatılan yargılamada davalıya haksız bir yük yüklenmesi ve davalının savunma haklarını etkin bir şekilde kullanamaması ihtimal dahilindedir[1042]. Zira mahkemeye erişim hakkı, davacının haklı temellerde bir mahkemeye erişmesi ve davalı açısından da haksız temellerde bir mahkeme önünde yargılanmaması, yani "uygun" mahkemeye erişim hakkı anlamına gelmektedir[1043].

Milletlerarası özel hukuk ile AİHS arasındaki bağlantıyı ele alan ilk yazarlardan *Cohen*, o günün Fransız hukukundan örnekler vererek Fransız vatandaşlarına sadece vatandaşlıklarından dolayı avantaj sağlayan, *Code Civil*'in daha sonra değiştirilen m. 14 ve 15 hükümlerinin AİHS'de korunan haklara aykırılık teşkil edebileceğini tespit

[1040] Dardağan, s. 3.

[1041] Mills, Confluence, s. 272.

[1042] Dardağan, s. 56 vd.

[1043] Kiestra/ Pontier, s. 79.

etmiştir[1044]. 14. madde, Fransızlar için sadece vatandaşlığa dayanan bir yetki ayrıcalığı verirken, 15. madde, bir yabancıya Fransız vatandaşı ile uyuşmazlığında Fransız mahkemelerine başvuru imkânı vermekteydi. Bu maddenin, Fransa dışında yerleşim yerine sahip ve yabancı olan davalıların mahkemeye başvuru hakkını engellediği ve bu nedenle AİHS m. 6 ve m. 14 hükümlerinin birlikte ihlâlinin söz konusu olduğu belirtilmektedir[1045].

Yargılamanın m. 6'ya uygun -hukuka uygun kurulmuş, tarafsız ve bağımsız bir mahkeme önünde, adil ve aleni bir duruşma ile- bir mahkeme önünde gerçekleşmesi AİHS m. 6'nın gerekliliklerinden biridir[1046]. Bu anlamda mahkemenin yetki alanı dışında yetki kullanması, m. 6 bağlamında sorunlar doğurabilir[1047]. AİHM de, yetkinin şüpheli temellere dayanması yani aşkın yetki durumlarında adil yargılanma hakkının devreye sokulması ve böylece AİHS m. 6/1'in milletlerarası yetki konusunda ABD Anayasası'ndaki *due process* kuralına benzer bir rol oynaması fikrine sıcak bakmaktadır[1048]. Böylece davalının savunma haklarının korunması mümkün olacaktır[1049]. Somut olay dahilinde, davalı önemli bir zarara uğramayacaksa davacının mahkemeye erişim hakkına öncelik verilmelidir[1050]. Ancak davalının etkili savunma yapamayacağı ve davacının davalıya daha uygun olan başka devlet mahkemesine erişim

[1044] Cohen, s. 454.

[1045] Cohen, s. 455-459. Yazar, 14 ve 15. maddelerdeki yetkinin Fransa'da ikamet eden tüm kişiler açısından genişletilmesi durumunda, vatandaşlığa dayalı ayrımcılık alanının kısıtlanacağını tespit etmiştir. Bkz. Cohen, s. 463.

[1046] Fawcett, s. 7.

[1047] Fawcett, s. 8.

[1048] Kiestra/ Pontier, s. 78.

[1049] Dardağan, s. 62.

[1050] Fawcett/ Shúilleabháin/ Shah, s. 95.

sağlayabileceği durumlarda, AİHS'nin m. 6/1 hükmünün ihlâl edilmesi daha olasıdır. Görülmektedir ki ABD'de *due process* Avrupa'da ise AİHS'ye dayalı olarak, insan haklarının milletlerarası özel hukuk üzerindeki etkisine ilişkin bir anlayış geliştirilmiştir[1051].

Türk hukukunda bazı yetki kuralları, aşkın yetki yaratabileceği gerekçesiyle tartışma konusu olmuştur[1052]. HMK m. 9 hükmüne göre "..., diğer özel yetki hâlleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir." Malvarlığının oldukça az bir para değerine işaret etmesi hâlinde yetkinin aşırı olabileceği iddia edilmektedir[1053]. HMK m. 19/4 hükmüne göre, "Yetkinin kesin olmadığı davalarda, davalı, süresi içinde ve usûlüne uygun olarak yetki itirazında bulunmazsa, davanın açıldığı mahkeme yetkili hâle gelir." Bu kuralın, davalının yokluğunda ve kendini savunmadan uygulanması durumunda aşkın yetki yaratabileceği belirtilmiştir[1054]. MÖHUK m. 41'e göre,

> "Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davaları, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılamadığı takdirde Türkiye'de yer itibariyle yetkili mahkemede, bulunmaması hâlinde ilgilinin sâkin olduğu yer, Türkiye'de sâkin değilse Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür."

Bu maddenin Ankara, İstanbul ve İzmir mahkemelerini işaret eden son kısmı, davanın konusu ve tarafları ile bağlantı olmamasına rağmen yetki tesis etmesi nedeniyle

---

[1051] Mills, Confluence, s. 271.

[1052] Bu kurallların incelemesi için bkz. Ekşi, Nuray: *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 2. Bası, İstanbul 2000, s. 56 vd., (Milletlerarası Yetki).

[1053] Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 57-58.

[1054] Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 59.

aşkın yetki yaratan nitelikte görülmektedir[1055]. Buna karşılık kuralın son kısmının kendiliğinden aşkın yetkiye yol açtığına yönelik önceden belirleme yapılamayacağı, somut olay bazında değerlendirme yapılarak söz konusu davada yetkinin aşkın nitelikli olup olmadığının anlaşılması gerektiği de haklı olarak ifade edilmektedir[1056].

4. Forum Necessitatis *Kuralı*

Bazı hukuk sistemleri, milletlerarası yetki kuralları izin vermemesine rağmen ulusal mahkemelerinin belirli olağanüstü durumlarda *forum necessitatis* ilkesi kapsamında yetkili olacağını düzenlemektedir. Bu yetki, genellikle olağan yetkili mahkemenin davacının iddiasını reddedeceğinin kesin olduğu veya bu mahkemede insan hakları ihlâllerinin gerçekleşeceği ya da olağan yetkili mahkemenin savaş, rejim değişikliği gibi nedenlerle ulaşılabilir olmadığı, davacı için elverişli hiçbir mahkemenin bulunmadığı durumlarda mahkemeye erişim hakkının etkili olarak kullanılabilmesi için tanınmaktadır. Bu yetkinin gündeme gelmesi için genellikle iki koşul aranmaktadır: yabancı devlette alternatif bir mahkemenin bulunmaması veya bu mahkemeye ulaşılamaması ve dava ile davanın açıldığı devlet arasında belirli bir derecede bağlantı[1057].

Doktrinde, hem ulusal hukuk sistemleri hem de bazı AB hukuku kuralları kapsamında genel bir yetki kuralı olarak *forum necessitatis* kuralının getirilmesi, adil yargılanma ve daha özel olarak mahkemeye erişim hakkının yetki kurallarındaki etkisi ile açıklanmaktadır[1058]. *Forum necessitatis*'e geçerlilik tanınması gereken durumlarda, iç hukuka uygun olarak yargı yetkisini reddeden devletin, AİHS m. 6 ihlâlinden

[1055] Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 59.

[1056] Erten, s. 179.

[1057] *Naït-Liman v. Switzerland,* Application No 51357/07, Judgment of 15 March 2018.

[1058] Hirschboek, s. 189.

sorumlu tutulabileceği iddia edilmektedir[1059]. Zira AİHS m. 6'nın gerekliliklerinden ilki bir dava-yargılama olmasıdır. Bu mantık çerçevesinde, dünya üzerinde davaya bakabilecek tek mahkeme söz konusu davaya bakmazsa, AİHS m. 6 ihlâl edilmiş olur [1060]. Bu nedenle üye devletlerden bazıları AİHS'nin m. 6/1 hükmüne riayet etmek amacıyla iç hukuk sisteminde *forum necessitatis* kuralını yürürlüğe koymuştur[1061]. Bu anlamda milletlerarası özel hukuk sistemlerine *forum necessistatis* kuralının dahil edilmesinde genel olarak AİHS m. 6'dan ilham alındığı düşünülmektedir[1062]. Böylece somut olay hakkında dünya üzerinde hiçbir devletin yargı yetkisine sahip olmadığı durumlarda, adalete erişim hakkının ihlâl edilmeyeceği kabul edilmektedir.

[1059] Hirschboek, s. 189.

[1060] Fawcett, s. 7. Bu anlamda bir İngiliz mahkemesi tarafından, yurtdışında yargılamanın başlatılması veya devamının engellenmesi için verilen *injunction* kararının da, bir yerlerde bir yargılamanın yapılması gerekliliği bağlamında AİHS m. 6 ihlâline yol açabileceği belirtilmektedir. Bkz. Fawcett, s. 11, 12.

[1061] Fawcett/ Shúilleabháin/ Shah, s. 296.

[1062] Eeckhout, Corporate, s. 185. Burada *forum necessitatis* ile doğrudan ilgili olmasa da Almanya Anayasa Mahkemesi'nin 2006'da verdiği bir karardan da bahsedilmelidir. Kararda Alman vatandaşı olmayan transseksüel bireylerin, cinsiyet değişimi söz konusudur. Mahkeme, kişilere vatandaşlıklarına göre farklı hukukların uygulanmasını öngören kanunlar ihtilâfı kuralını ayrımcılık yasağına aykırı bulmasa da, yabancılar tarafından açılan bu tür davalarda Alman mahkemelerinin yargı yetkisinin reddededilmesine yönelik yetki kuralını ayrımcı ve Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Zira Almanya'da dava açılamaması, Almanya'da ikamet eden yabancıların ulusal hukuklarına karşı kamu düzeni istisnasını ileri sürmesini ve dolayısıyla mahkemelerin kamu düzenine başvurmasını dolaylı olarak engellemektedir. Bkz. Kinsch, Prohibition of Discrimination, s. 24.

Bu noktada yetki anlaşmaları ile ilgili bir not düşülmelidir. AİHM Komisyonun *Gauthier v. Belgium* kararına konu olayda, taraflar yetki anlaşması ile Zaire mahkemelerini yetkili mahkeme olarak belirlenmiştir [1063] . Belçikalı pilot, Zaire mahkemelerinde adil yargılanma hakkı ve hâkimlerin tarafsızlığının temin edilemeyeceğini, bu nedenle AİHS m. 6 kapsamında Belçika mahkemelerinin yetki şartını görmezden gelmesi gerektiğini iddia etmiştir. Komisyon, tarafların yetki şartını özgürce imzalaması nedeniyle Belçika mahkemelerinin yetkisinin, yetki şartı ile bertaraf edildiğine karar vermiştir. Bu karardan, taraflar arasında yetki anlaşması bulunmasının, *forum necessitatis* kuralının işlerlik kazanmasını zorlaştırabileceği anlaşılmaktadır[1064]. Burada, yetki anlaşmalarının, karşılıklı irada beyanı ile kurulan "teknik anlamda bir sözleşme"[1065] olduğu hatırlanırsa, taraflarca öngörülmeyen veya öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumun ortaya çıkması nedeniyle sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması veya sözleşmeden dönme hakkının söz konusu olabileceği kanısındayız. Şüphesiz, böyle bir hak yetki anlaşmasına uygulanacak hukukun izin vermesi durumunda ileri sürülebilecektir[1066].

AİHM'in, işkence iddiasından kaynaklanan tazminat talebinde yargı yetkisinin reddinin AİHS m. 6/1 bağlamında değerlendirildiği *Naït-Liman v. Switzerland* kararına konu olayda, dönemin Tunus İçişleri Bakanı'nın (A.K.) talimatıyla Tunus İçişleri Bakanlığı'nda keyfi olarak gözaltına alındığını ve işkence gördüğünü ileri süren başvuranın, A.K. ve Tunus Cumhuriyeti aleyhine tazminat davası açma talebi, İsviçre mahkemelerinin yargı yetkisine sahip olmadığı gerekçesiyle Federal Yüksek Mahkeme

[1063] *Gauthier v. Belgium,* Application No 12603/86, Decision of 6 March 1989.

[1064] Kiestra/ Pontier, s. 76.

[1065] Bkz. Sargın, Fügen: *Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Anlaşmaları*, Ankara 1996, s. 238, (Yetki Anlaşmaları).

[1066] Sargın, Yetki Anlaşmaları, s. 93 vd., 236 vd.

tarafından reddedilmiştir [1067] . AİHM önüne gelen davada mahkeme öncelikle mahkemeye erişim hakkının, İsviçre mahkemelerinin başvuranın tazminat talebini değerlendirmeye yetkili olmadıklarına karar vermeleri nedeniyle kısıtlandığını tespit etmiştir. Bu kısıtlamanın meşru bir amaca yönelik olup olmadığı ile ilgili olarak, devletin belirli bir takdir yetkisine sahip olduğunu; ancak bu yetkinin, diğerlerinin yanı sıra, bu alandaki ilgili milletlerarası hukuka bağlı olduğunu belirtmiştir. Bu anlamda *forum necessitatis* ve "evrensel yargı yetkisi"[1068], milletlerarası hukukun iki kavramı olarak sayılmış ve milletlerarası hukukun kaynakları çerçevesinde değerlendirme yapılmıştır.

Kararda, Avrupa'da, İsviçre [1069] de dahil olmak üzere 12 devlette *forum necessitatis* kuralı bulunduğu, 28 devlette bulunmadığı; Kanada dışındaki Anglo-Amerikan geleneğine sahip ülkelerde ise bu kavramın tanınmadığı, aksine "*forum non conveniens*" [1070] ilkesinin uygulandığı açıklanmıştır. *Forum necessitatis* kavramının devletler tarafından genel kabul gören bir kural olmadığı gerçeği göz önüne alındığında, bu kavramı benimseyen milletlerarası örf adet hukuku kuralının var olmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, devletleri bir *forum necessitatis* oluşturmaya zorlayan hiçbir milletlerarası antlaşma yükümlülüğü de bulunmamaktadır. AİHM, *forum necessitatis*

[1067] *Naït-Liman v. Switzerland,* Application No 51357/07, Judgment of 15 March 2018.

[1068] Bkz. aşağıda "Evrensel Yetki" başlıklı bölüm.

[1069] İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 3 hükmüne göre, söz konusu kanunun İsviçre'de yargı yetkisi sağlamadığı ve yurtdışındaki yargılamanın imkânsız olduğu veya makul olmadığı durumlarda, dava ile yeterli bağlantının bulunduğu yerin adli veya idari makamları yetkilidir. Bkz. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/fr, (Erişim Tarihi: 20.06.2022).

[1070] Bkz. bölüm II-B-1-f

ilkesini tanıyan devletlerde, ulusal mahkemelerin, bağlantıları tanımlama ve bunları olay bazında uygulama konusunda önemli ölçüde takdir yetkisine sahip olduğuna ve bu nedenle AİHS m. 6 ihlâli bulunmadığına karar vermiştir. Ancak AİHM sonuç kısmında, bu alanın dinamik doğası göz önüne alındığında, gelecekte gelişme olasılığını dışlamadığını belirterek taraf devletleri, devlet sınırları dışında meydana gelen olaylar da dahil olmak üzere işkence eylemleri nedeniyle tazminat talepleri için mahkemeye erişimi mümkün olduğunca kolaylaştıran her türlü gelişmeyi hukuk düzenlerinde yürürlüğe koymaya teşvik etmiştir.

Naït-Liman kararı, farklı açılardan eleştirilmektedir. Hâkim *Wojtyczek* ve *Serghides* karşı görüşlerinde, *forum necessitatis*'in, milletlerarası hukukta yargı yetkisine ait bir başlık olmadığını, milletlerarası özel hukukta kullanılan, devletler arasında "olumsuz yargı ihtilâfı" durumunda farklı menfaatlerin korunmasını mümkün kılan pratik bir araç olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle devletlerin milletlerarası kamu hukuku kurallarının, *forum necessitatis* ilkesi ile ilgisiz olduğu savunulmaktadır[1071]. Farklı hukuk sistemlerinin milletlerarası özel hukukun kuralları arasında *forum necessitatis*'e ilişkin tutarlı ve yaygın bir uygulama tespit edilmiş olsa bile, bir milletlerarası örf adet hukuku kuralının oluşması için gerekli olan *opinio juris*, yani devletlerin belli bir şekilde hareket etmeye mecbur hissetmeleri, sağlanması oldukça güçtür[1072]. Öte yandan *Serghides*, AİHM'in *forum necessitatis* kuralının diğer ülkelerde mevcut olup olmadığından ziyade İsviçre milletlerarası özel hukukunda yer alan bu kuralın yorumlanması ve uygulanmasının AİHS m. 6/1 hükmüne aykırı olup olmadığına odaklanması gerektiğini ifade etmiştir. Zira devletlerin *forum necessitatis* kuralını

[1071] Mora, Paul David: Universal Civil Jurisdiction and Forum Necessitatis: The Confusion of Public and Private International Law in Naït‑Liman v. Switzerland, *Netherlands International Law Review*, 2018/65, s. 181.

[1072] Mora, s. 180.

benimseme yükümlülüğü bulunmasa da, var olan yetki kurallarının keyfi veya makul olmayan biçimde yorumlanması mahkemeye erişim hakkına engel teşkil edecektir.

AB Tüzüklerinden Nafaka Tüzüğü [1073], Miras Tüzüğü [1074] ve Evlilik Mal Rejimleri Tüzüğü[1075]'nde bu yetki kuralının yer almaması "adaletin inkârına (*denial of justice*)"[1076] yol açabileceği gerekçesiyle *forum necesitatis* kuralına yer verilmiştir[1077].

[1073] Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32009R0004, (Erişim Tarihi: 15.06.2022).

[1074] Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32012R0650, (Erişim Tarihi: 15.06.2022).

[1075] Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1103, (Erişim Tarihi: 15.06.2022).

[1076] Milletlerarası adaletin inkârı doktrini, geleneksel olarak milletlerarası örf ve adet hukukunun bir parçası olarak görülen ve *forum necessitatis* ilkesinin kaynağı olduğu düşünülen doktrindir. Bu doktrinde, ulusal hukuktan ziyade içeriğinin tam olarak belirlenmesi oldukça zor olan milletlerarası bir "adalet" standardına uyulması beklenmektedir. Genellikle "şok edici" bir uygulamayı gerektiren ve göz ardı edilmesi veya inkârı mümkün olmayan adaletsizlikleri engellemeye yönelik bir ilke olan adaletin inkârı ilkesinin altında yatan düşünce, günümüzde adil yargılanma ilkesi tarafından

Söz konusu tüzüklerde bu kural, adil yargılanma hakkı ve daha özel olarak AB Temel Haklar Şartı m. 47 uyarınca etkili bir yargı yoluna başvurma hakkına uyum gerekçesiyle kullanılmıştır[1078]. *Heidelberg* Raporu, *forum necessitatis* kuralının AB'de hiçbir mahkemenin yargı yetkisine sahip olmadığı durumlarda ortaya çıkan adaletin inkârı sorununa çözüm olabileceğini belirtse de, rapor bu yönde kesin bir tavsiyede bulunmadığı için Brüksel I *Recast* tüzüğünde *forum necessitatis* kuralına yer verilmemiştir[1079].

Forum necessistatis kuralı her hukuk sisteminde yer almamaktadır. Örneğin bu ihtiyacı karşılayan herhangi bir kuralın bulunmadığı İngiliz hukukunda, insan hakları ihlâline neden olmamak adına, hâkimler kararlarıyla yetki tesis etme kapasitesine sahip olmadığı için bu konuda yasama eylemi gerçekleştirilmesi önerilmektedir[1080]. İngiliz hukuku gibi Türk hukukunda da *forum necessitatis* kuralı bulunmamaktadır. Yalnız 1945 yılında verilen bir Yargıtay kararında, tarafların II. Dünya Savaşı sürecinde siyasi nedenlerle Almanya'da dava açma imkânı bulunmadığı için davanın Türk mahkemelerinde görülmesine karar verilmiştir[1081]. Bunun dışında örnek bulunmamasına rağmen doktrinde, Türk hukukunda açık hüküm bulunmasa da AİHS ve Anayasa hükümlerinde korunan adil yargılanma hakkı doğrultusunda gerekirse istisnai yetki tesis edilebileceği savunan görüşler bulunmaktadır[1082]. Ne var ki Anayasa m. 142 hükmüne

---

temsil edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mills, Confluence, s. 267 vd.; Sarıöz Büyükalp, s. 285 vd.

[1077] Fawcett/ Shúilleabháin/ Shah, s. 106.

[1078] Fawcett/ Shúilleabháin/ Shah, s. 108.

[1079] Fawcett/ Shúilleabháin/ Shah, s. 116 vd.

[1080] Kiestra/ Pontier, s. 77; Fawcett/ Shúilleabháin/ Shah, s. 424.

[1081] Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 391.

[1082] Güngör, s. 252.

göre "mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usûlleri kanunla düzenlenir." Bu nedenle, katıldığımız görüş uyarınca, kanunla böyle bir düzenleme yapılmadan istisnai yetki tesisi Anayasa'ya aykırı olacağı için bu konuda yasama eylemi gerekmektedir[1083]. Öte yandan bu şekilde yetki tesis edilmesinin aşkın yetkiye yol açabileceğine de doktrinde dikkat çekilmiştir[1084].

5. Evrensel Yetki

İncelenmesi gereken bir diğer konu, *forum necessitatis* ve aşkın yetki kavramları ile ilişkilendirilen evrensel yargı yetkisidir (*universal civil jurisdiction*)[1085]. Yargı yetkisi üzerindeki sınırlamalar, devletlerin egemen eşitliğinden ve müdahale etmeme ilkesinden kaynaklanmaktadır[1086]. Genel varsayım uyarınca bir devlet yargı yetkisini kendi iç işlerine ilişkin konularda kullanabilirken, diğer devletlerin iç işlerine gerekçesiz olarak müdahale edememektedir. Evrensel yargı yetkisi ise bir devletin, mahkemelerini, esasen söz konusu devlet ile bağlantılı olmayan ülke dışı-*extra territorial* fiiller hakkında karar verme yetkisi ile donatmasına izin veren bir yetki türüdür[1087]. Bu fiiller, soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları gibi milletlerarası toplumun barış ve güvenliğini tehlikeye atan suçlarla ilgilidir[1088]. Evrensel yetki, milletlerarası hukukun en

[1083] Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 249.

[1084] Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 391.

[1085] Mora, s. 181.

[1086] Donovan, Donald Françis/ Roberts Anthea: The Emerging Recognition of International Civil Jurisdiction, *The American Journal of International Law*, 100/1 (2006), s . 142.

[1087] Donovan/ Roberts, s . 144.

[1088] Peari, Sagi: *The Foundation of Choice of Law : Choice and Equality*, New York 2018, s. 132.

ciddi hak ihlâllerinde hesap verebilirliği artırmak için bir mekanizma sağlamaktadır[1089]. Bu nedenle doktrinde evrensel yetki *jus cogens* normlar ve *erga omnes* yükümlülüklerle ilişkilendirir. Özellikle *jus cogens* normları ihlâl eden devlet dışı aktörlerin, hukuka aykırı fiilleri nedeniyle evrensel yetki ve hukuki sorumluluğa tâbi olduğu kabul edilmektedir[1090]. Zira söz konusu ihlâl, dünyanın herhangi bir yerindeki herhangi bir mahkemenin evrensel yetkisini doğuracak kadar ciddi ve kabul edilemezdir[1091].

Esasen uluslararası ceza hukuku bağlamında geliştirilen evrensel yetki, özel hukuk alanında sınırlı olarak ve oldukça tartışmalı biçimde uygulanmaktadır[1092]. *Jus cogens* normların kurumsal ihlâlleri açısından şirketlere cezai veya hukuki sorumluluk atfedilmesine, bu durum aşkın yetki yaratsa da izin verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bazı hukuk sistemleri ise uluslararası ceza suçları olarak kabul edilen suçlarla ilgili hukuk davalarına imkân tanıyan düzenlemeler içermektedir. Bu konuda en iyi örneklerden biri ABD hukukundaki ATS (*Alien Tort Statute* veya *Alien Tort Claims Act*)'dir[1093]. Bu düzenleme, davalının ara sıra ABD topraklarında bulunması gibi oldukça zayıf bir bağlantı unsurunu yeterli görerek, bir yabancının yurtdışında işlenen fiiller nedeniyle başka bir yabancı özel veya tüzel kişiye karşı ABD'de haksız fiilden doğan tazminat davası açmasına izin vermektedir[1094]. ABD'de uzun yıllardan beri, insan hakları veya milletlerarası hukuk ihlâllerinin söz konusu olduğu bazı davalarda, *extra-territorrial*-sınır aşan yetki ile birlikte evrensel yetki, ATS altında gerekçelendirilmektedir. Benzer biçimde, Kanada hukukunda *Canadian Justice for*

[1089] Donovan/ Roberts, s. 145.

[1090] Engle, s. 504.

[1091] Engle, s. 504.

[1092] Peari, s. 132.

[1093] Engle, s. 505; Peari, s. 132.

[1094] Ronzitti, s. 249.

Victims of Terrorism Act, Kanada vatandaşlarının terörist faaliyetlerle ilgili zararlarının tazminine imkân sağlamaktadır[1095]. Demek oluyor ki evrensel yetki, dolaylı yatay etkinin kabul edildiği özel hukuk unsurlu insan hakları davalarında ortaya çıkmaktadır.

ABD'deki düzenlemelerin birebir benzerleri başka bir hukuk sisteminde bulunmasa da, özel hukuk bağlamında evrensel yargı yetkisine ilişkin içtihat ve yorumlar, ABD dışında da görülmektedir. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin, *Prosecutor v. Anto Furundzija* kararında başka devletlerdeki hukuk yollarına başvurulması konusuna kısa bir atıfta bulunulmuş, işkence gibi bir *jus cogens* normunun ihlâline izin veren hukuk sistemindeki yetki kuralının, mağdurun yabancı bir mahkemede tazminat davası açabilmesi için göz ardı edilebileceği belirtilmiştir[1096]. İtalya hukukundan verilebilecek bir örnekte de İtalyan vatandaşı *Ferrini,* II. Dünya Savaşı sırasında sınır dışı etme ve zorla çalıştırmaya ilişkin milletlerarası teamül hukukunu ihlâl ettiği gerekçesiyle Federal Almanya Cumhuriyeti aleyhine İtalya mahkemelerinde hukuk davası açmıştır[1097]. İtalya Yüksek Mahkemesi, uluslararası suçları yasaklayan normların emredici (*jus cogens*) niteliğinin, evrensel yargı doktrini altında, nerede gerçekleştiklerine bakılmaksızın tüm devletlere bu suçları engelleme gücü tanıdığına; bu bağlamda Almanya'nın devlet bağışıklığına sahip olmadığına karar vermiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki ATS'in evrensel yetki tesisi için kullanılması, bu yetkiye davalının yargı bağışıklığına sahip olması veya *forum non conveniens* doktrini altında iddianın ileri sürülebileceği daha uygun bir mahkeme olması gibi çeşitli

[1095] Peari, s. 132. Evrensel yetki bağlamında bu örneğin verilmesi kanımızca, vatandaşlık bağlantısının bulunması nedeniyle tartışmalıdır.

[1096] Donovan/ Roberts, s. 149.

[1097] Donovan/ Roberts, s. 151.

şekillerde itiraz edilebilmesi nedeniyle sınırlı olacaktır[1098]. Öte yandan davacının lehine karar verilmesi durumunda davalının malvarlığının bulunduğu ülkede kararın tenfiz edilememesi sorunu da bir diğer önemli engeldir. Yine de evrensel yetkinin tesis edildiği ve ABD ile hiçbir bağlantısı olmayan davalara bakıldığı birçok örnek bulunmaktadır. Örneğin New York Güney Bölge Mahkemesi'nde görülen *Wiwa v. Royal Dutch* kararında davalı, fiilî ve resmî yerleşim yeri Hollanda olan bir transnasyonal şirket, davacılar ise bazıları ABD'de yaşayan Nijerya vatandaşlarıdır[1099]. Bu karar dışında, Nazi dönemindeki zoraki çalıştırmalarla ilgili Alman şirketlere, aynı dönemde İsviçre bankalarına ve Bosna Hersek'te işlenen savaş suçları için ABD'de geçici olarak bulunan Sırp Cumhuriyeti eski başkanına karşı açılan davalar gibi ABD mahkemelerinin dünya çapında etkisi olan davalara baktığı birçok örnek vardır[1100].

Bu davalarda ABD'nin diğer devletlerin iç işlerine hukuka aykırı biçimde müdahale ettiği düşünülmekte, insan hakları ihlâllerinin politik içeriği nedeniyle bu iddiaların yabancı mahkemeler önünde görülmemesi gerektiği savunulmaktadır[1101]. Öte yandan *for* devleti ile herhangi bir bağlantıya ihtiyaç duymadığı için evrensel yetki, kural olarak aynı zamanda aşkın yetki olarak kabul edilmektedir[1102]. AİHS m. 6/1 ile güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkı da, evrensel yetki tesisi için hukuki dayanak sağlamamaktadır[1103]. Zira AİHM, *Fayed v. UK*[1104] kararı ile benimsediği, bu

[1098] Ronzitti, s. 250.

[1099] Halfmeier, s. 81.

[1100] Halfmeier, s. 81 vd.

[1101] Halfmeier, s. 82.

[1102] Kiestra/ Pontier, s. 83. Ancak evrensel yetki, Brüksel 1 Tüzüğünde veya Hollanda Medeni Yargılama Usûlü Kanunu'nda kabul edilmemiştir. Kiestra/ Pontier, s. 82.

[1103] Mora, s. 169; Kiestra/ Pontier, s. 84.

maddenin "ilgili devlette yasal dayanağı olmayan (...) asli bir medeni hak yaratamayacağına" ilişkin içtihadı diğer kararlarında da teyit etmiştir[1105]. *Naït-Liman* kararında, 39 Avrupa ülkesinden yalnızca Hollanda'nın, Avrupa dışında ise yalnız ABD ve Kanada'nın evrensel medeni yargı yetkisini tanıdığına işaret eden AİHM, bu konuda henüz milletlerarası örf adet hukukunun ortaya çıkmadığını belirtmiştir. Konu hakkında milletlerarası antlaşma da bulunmadığından İsviçre makamlarının evrensel yetki konusunda geniş bir takdir marjına sahip olduğu sonucuna varılmıştır.

Öte yandan, bir uyuşmazlıkta yargı yetkisini kullanmamak da davacının mahkemeye erişim hakkını sınırlayabilir ve adil yargılanma hakkını ihlâl edebilir[1106]. Zira söz konusu mahkemeler davacıların iddialarını öne sürmeleri için tek uygun mahkeme olabilir. Örneğin başka bir yargı sistemi, davacılar için yeterli adalet ve güvenilirliğe sahip olmayabilir[1107]. Veya ilgili devlet hukukunda çok ciddi suçlar, milletlerarası norm ihlâli olarak değil, ulusal ve basit bir suç olarak görülüyor olabilir. Örneğin, işkence yerine saldırı veya darp kavramının kullanılması fiilin ciddiyetini azaltacaktır. Maruz kalınan zarara karşılık gelen tazminat yerine sembolik tazminatların verilmesi ihtimali de evrensel yargı yetkisinin kabulünü sağlayabilir.

Bu gibi durumlarda milletlerarası özel hukuk kurallarının, insan hakları ihlâllerinde mağdurların adalete erişimini sağlamak gibi amaçlara hizmet edebileceği

---

[1104] *Fayed v. UK*, Application No 17101/90, Judgment of 21 September 1994. Söz konusu kararda, devletin, mahkemelerin yargı yetkisinden bir dizi hukuk davasını kaldırması ve büyük gruplara veya kişi kategorilerine hukuki sorumluluktan muafiyet vermesinin, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü ile veya AİHS m. 6/1 ile tutarlı olmadığı da belirtilmiştir.

[1105] Mora, s. 169.

[1106] Mills, Confluence, s. 272.

[1107] Donovan/ Roberts, s. 160.

ifade edilmektedir[1108]. Böylece, insan hakları ihlâlleri mağdurlarına medeni yargılama yoluyla gerçek bir imkân tanıma konusunda anahtar rol oynar ve "insan haklarını geliştirmek için araç" işlevi görebilir[1109]. Doktrinde, ABD hukukundaki söz konusu evrensel yetki kuralları, insan hakları iddiaları bakımından adil yargılanma arayışına uygun görülmektedir[1110]. Bu bakış açısı doğrultusunda, ilgili normların evrensel karakteri nedeniyle davacının iddialarının adil biçimde görülmesindeki menfaatine tüm milletlerce saygı duyulmalıdır[1111]. Ayrıca Roma hukukundaki *actor sequitur forum rei* kuralından önce, iletişim ve ulaşım gerekçeleriyle davacının davalının yerleşim yerine seyahat edemediği durumlarda *in jus vocatio* davalının mahkemeye çağrılması aracılığıyla davanın görülmesi de bu görüşü desteklemektedir. Bugün söz konusu gerekçelerle olmasa da, bazı devletlerde makul ve elverişli yargılama temin edilemediği için böyle bir gereklilik doğabilir[1112].

Çok ciddi suçlar karşısında, milletlerarası toplumun amacı faillerin cezalandırılması kadar mağdurların zararlarının karşılanması da olmalıdır[1113]. Bu nedenle, insan hakları ihlâlinin meydana geldiği veya failin ikamet ettiği yer mahkemelerinin mağdurun iddialarını inceleyecek ciddi nitelikte yargı yeri olarak kabul edilemeyeceği durumlarda, "geçici yetki" adil ve makul kabul edilmektedir[1114]. Davacılar transnasyonal davalarda ABD mahkemelerini, avukat ücretleri, grup davası açma ve davacılara cüzi ücretle iyi temsil edilme imkânı veren kamu yararı davası

[1108] Eeckhout, Corporate, s. 194.

[1109] Eeckhout, Corporate, s. 196.

[1110] Halfmeier, s. 89.

[1111] Halfmeier, s. 86.

[1112] Halfmeier, s. 86.

[1113] Donovan/ Roberts, s. 162.

[1114] Halfmeier, s. 85 vd.

geleneği ile görece geniş yetki kuralları gibi birçok nedenden dolayı tercih etmektedir[1115]. Bu bağlamda davacıların *forum shopping* yapması ve ABD hukukundaki aşkın yetki kuralları, diğer devletlerin kültürü ve siyasetine bir müdahale olarak görülmemeli; ilgili devletlerde yolsuzluk ve yetersizlik gibi nedenlerle erişilebilir olmayan hukuki zeminin yaratılması olarak görülmelidir[1116]. Öte yandan evrensel yargı yetkisinin bazı ilkeler çerçevesinde uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Örneğin devletin asgari de olsa dava ile herhangi bir bağlantısının bulunması, kararın yargı yetkisi dışında da uygulanabilmesi ve çok ciddi suçtan en çok etkilenen devletlerin meşru çıkarlarına saygı gösterilmesi bunlardan birkaçıdır[1117]. Bu değerlendirmelere katılmakla birlikte, Türk hukuku bağlamında *forum necessitatis* kısmında yapılan yorumu burada da tekrarlamakta fayda görmekteyiz. Anayasa m. 142 uyarınca mahkemelerin kanunla kurulması zorunlu olduğu için gerekli yasama eylemi gerçekleştirilmeden evrensel yetki tesisi edilmesi Anayasa'ya aykırı olacaktır.

6. Forum Non Conveniens Kuralı

Common law içerisindeki hukuk sistemlerinde yetkili mahkemenin, somut uyuşmazlık bazında yargı yetkisini kullanıp kullanmama konusunda karar verme yetkisi bulunmaktadır[1118]. Paralel bir dava açılmış olsun ya da olmasın mahkeme, söz konusu uyuşmazlık hakkında daha uygun başka bir mahkemenin bulunduğuna karar verirse

[1115] Halfmeier, s. 82 vd.

[1116] Halfmeier, s. 99.

[1117] Donovan/ Roberts, s. 162 vd.

[1118] Fentiman, Richard: Forum non Conveniens, Basedow, Jürgen et al (eds.): *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham 2017, s. 797.

forum non conveniens doktrini kapsamında bu uyuşmazlığa bakmayı reddedebilir[1119]. Zira bu doktrinde yargı yetkisinin varlığı ile bu yetkinin kullanılması farklı olgular olarak nitelendirilmektedir[1120].

Forum non conveniens doktrininin, çeşitli açılardan insan haklarına aykırı olabileceği iddia edilmiştir[1121]. AİHS m. 6 özelinde bunlardan ilki, ulusal mahkemelere erişimin reddedilmesi nedeniyle devletin, bireylerin mahkemelere erişim hakkını engellemesidir[1122]. İkinci olarak *forum non conveniens'e* etki tanımak makul sürede yargılama yapılmasını engelleyebilmektedir[1123]. Son olarak, bir uyuşmazlık, *forum non conveniens* nedeniyle m. 6'nın ihlâl edilme riskinin bulunduğu bir yabancı ülkeye transfer edilirse dolaylı etki nedeniyle AİHS'nin ihlâline neden olabilmektedir[1124].

Burada, davacının tercih ettiği mahkemeye erişim hakkına sahip olduğu mutlak adalete erişim teorisi ile sadece dava konusuna en uygun mahkemede adalete erişim sağlanması gerektiğini savunan göreceli anlayış arasındaki tercihe göre insan haklarına aykırılık değerlendirmesinin değişeceği kabul edilmektedir[1125]. *Fawcett, forum non*

[1119] Silberman, Linda: Lis alibi pendens, Basedow, Jürgen et al (eds.): *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham 2017, s. 1159. Bu nedenle *forum non conveniens* sayesinde paralel davalar genellikle daha başlamadan reddedilir.

[1120] Fentiman, s. 798.

[1121] McClean, s. 359.

[1122] Francioni, Francesco: The Rights of Access to Justice under Customary International Law, Francioni, Francesco (ed.): *Access to Justice as a Human Right*, Oxford 2007, s. 119; Fawcett, s. 9.

[1123] Fawcett, s. 9. *Forum non conveniens* yargılamaları bu anlamda eleştirilerek "dava hakkında dava" olarak nitelendirilmiştir. Bkz. McClean, s. 360.

[1124] Fawcett, s. 11.

[1125] Fentiman, s. 805.

conveniens davalarında AİHS m. 6 ihlâlini engellemek için adaletin gerekleri kavramını (*the concept of what justice demands*) kullanmayı önermektedir[1126]. Bu anlamda adaletin gerekleri İngiltere'de yargılama yapılmasını gerektiriyorsa, yani yurtdışında AİHS m. 6'nın ihlâli yönünde gerçek risk bulunuyorsa *forum non conveniens* doktrininin reddedilebileceğini savunmaktadır[1127]. Örneğin Nazi Almanyası dönemindeki zorla çalıştırmalara karşı Alman şirkete karşı açılan davada *forum non conveniens* doktrini reddedilerek İngiliz mahkemeleri yetkili olmuştur[1128]. Çocukların korunmasına ilişkin davalarda ise, *forum non conveniens*'a çocuğun yüksek yararı çerçevesinde değerlendirme yapılarak etki tanınabilmektedir[1129].

İngiliz hukuku içtihadı da *forum non conveniens* ilkesinin İngiliz mahkemesinin yargılamayı başka bir mahkeme lehine durdurması ve daha sonra yabancı mahkemenin önüne gelen uyuşmazlıkta yargı yetkisinin bulunmadığına hükmetmesi durumunda adaletin inkârına yol açabileceği görüşündedir[1130]. Bu durumda davacının artan maliyet ve zaman kaybıyla birlikte yargılamayı yeniden başlatmasını istemek, adaletin inkârı olarak değerlendirilerek bu doktrinin AİHS m. 6 ile uyumsuz olduğu belirtilmiştir[1131]. Ancak daha eski tarihli bir Lordlar Kamarası kararında aksi görüş

[1126] Fawcett, s. 37.

[1127] Fawcett, s. 38.

[1128] Dardağan, s. 85. *Forum non conveniens*'ın Anayasa m. 36/2'de düzenlenen "Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz." hükmüne aykırılığı hakkında bkz. Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 74. Daha esnek bir değerlendirme için bkz. Dardağan, s. 112. vd.

[1129] Dardağan, s. 85 vd.

[1130] *Owusu v. Jackson* kararı için bkz. McClean, s. 359.

[1131] Fentiman, s. 804.

benimsenmekteydi[1132]. Bu karara göre, davacının AİHS m. 6'da korunan "kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde adil ve aleni olarak yargılanma" hakkını nerede kullanacağı söz konusu maddede özel olarak belirtilmemiştir. Bu karar doğrultusunda doktrinde, adil yargılanma kavramına sadece davacı değil, davalı açısından da bakılması gerektiği, *forum non conveniens* ilkesinin davacının mekan seçiminde sahip olabileceği avantajı dengelemenin bir yolu olarak görülebileceği ifade edilmiştir[1133]. Öte yandan *forum non conveniens* ilkesinin uygulanması bağlamında davanın AİHS'ye taraf devlette ve taraf olmayan devlette açılması arasında bir ayrım yapılması da önerilmiştir. Zira AİHS'ye taraf devletlerde makul sürede adil yargılanma yapılacağı varsayılabilmektedir[1134].

7. Milletlerarası Dokunulmazlığa İlişkin Kurallar

Devletler ve devlet organları; kamu düzeni, milletlerarası hukuk ve *comity* gibi nedenlerle hem yargı hem de icra bağışıklığına sahiptir[1135]. Başka bir devleti yargılamak veya bu devletin mülküne el koymak, milletlerarası toplumun temelinde yer alan tüm devletlerin eşit olduğu *par in parem non habet judicium* ilkesine aykırı görülmektedir. Devletin yargı dokunulmazlığı çoğunlukla milletlerarası kamu hukuku doktrini olarak kabul edilse de yetki üzerinde doğrudan sınırlama yaptığı için milletlerarası özel hukuk açısından da öneme sahiptir[1136]. Devlet bağışıklığı alanında, milletlerarası hukuk ile

[1132] *Lubbe v. Cape plc* kararı için bkz. McClean, s. 360.

[1133] McClean, s. 360.

[1134] McClean, s. 360.

[1135] Queirolo, Ilaria: Immunity, Basedow, Jürgen et al (eds.): *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham 2017, s. 896.

[1136] Fawcett, s. 16 vd.

mahkemeye erişim hakkı arasında yani devletin çıkarları ve yükümlülükleri ile bireyin çıkarları arasında bir çatışma yaşandığı düşünülmektedir[1137].

Günümüzde pek çok devlet, özel hukuk işlemleri açısından dokunulmazlık tanınmaması gerektiği fikrini benimsemiştir[1138]. AİHM de *Oleynikov v. Russia* kararında, Rusya'nın Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti diplomatik temsilcisine karşı açılan alacak davasında davalının dokunulmazlığa sahip olmasının AİHS'nin 6. maddesini ihlâl ettiğine karar vermiştir[1139].

Devletin hâkimiyet tasarrufundaki yargı dokunulmazlığı ise davacının ulusal mahkemelere başvurusunu engellemesi nedeniyle kaçınılmaz olarak AİHS m. 6/1 ile ilgili bir endişe doğurmaktadır[1140]. Örneğin, yabancı devletlerde yürütülen barış operasyonları sırasında işlenen insan hakları ihlâllerinde özel hukuk sorumluluğu doğan devlet, kendi mahkemelerinde dava edilebilse de, dokunulmazlık nedeniyle yabancı devlet mahkemelerinde dava edilememesi insan hakları bağlamında soru işareti yaratabilir[1141]. Ne var ki mahkemeye erişim hakkı mutlak bir hak olmadığı için AİHM içtihadında bu endişeler paylaşılmamaktadır. Sınırlama, milletlerarası örf ve adet hukuku ve devlet bağışıklığı gibi meşru bir amaca hizmet ettiği ve temel hakkı tehlikeye atmadığı sürece bu hak sınırlanabilir. Zira kişinin mahkemeye erişim hakkı tam olarak engellenmemekte, sadece farklı bir mahkemede adalet aramaya zorlanmaktadır[1142]. AİHM içtihadına göre, dava açılan veya bağışıklıktan yararlanan devlette eşdeğer insan

[1137] Fawcett/ Shúilleabháin/ Shah, 867.

[1138] Queirolo, s. 897.

[1139] *Oleynikov v. Russia*, Application No 36703/ 04, Judgment of 14 March 2013.

[1140] Halfmeier, s. 92; Fawcett, s. 16.

[1141] Kiestra/ Pontier, s. 97.

[1142] Queirolo, s. 903.

hakları koruması bulunması, AİHS ihlâlini önlemektedir[1143]. Ancak, "alternatif hukuk yolunun" bulunmaması hâlinde de, devlet bağışıklığının tanınması kendiliğinden mahkemeye erişim hakkının ihlâli anlamına gelmeyecektir[1144].

AİHM içtihadı içerisinden, Kuveyt'te gerçekleştirildiği iddia edilen işkenceden kaynaklanan zararların tazmini için açılan hukuk davasını konu alan *Al-Adsani v. UK*[1145] kararı incelemeye değerdir. Kararda dokuz oyla çoğunluk görüşü, mahkemeye erişimin kısıtlanmasında *comity* ve iyi ilişkilerin meşru bir amaç olduğuna ve devlet bağışıklığının, ilke olarak, AİHS m. 6/1'de korunan mahkemeye erişim hakkına orantısız bir kısıtlama getirmediğine, ölçülü olduğuna karar vermiştir[1146]. Zira devletlerin *for* devleti dışında işlediği iddia edilen işkenceden kaynaklanan tazminat taleplerinde devlet bağışıklığının geçerli olmadığı önermesi, milletlerarası hukukta hâlihazırda kabul edilen bir düşünce değildir[1147]. Bu anlamda AİHM, AİHS'nin mümkün olduğu kadar, devlet bağışıklığı ilkesi de dahil olmak üzere tüm milletlerarası hukuk kurallarıyla uyumlu yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır[1148]. AİHM ile aynı

[1143] Queirolo, s. 903.

[1144] *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. the Netherlands*, Application No 65542/12, Decision of 11 June 2013.

[1145] *Al-Adsani v. UK*, Application No 35763/ 97, Judgement of 21 November 2001.

[1146] Fawcett/ Shúilleabháin/ Shah, s. 867; Fawcett, s. 17. Milletlerarası kamu hukukunun mahkemeye erişim hakkının kapsamı üzerinde en büyük etkiye sahip olduğunu belirtmekle birlikte *comity* bir milletlerarası özel hukuk konusu sayılırsa, bu milletlerarası özel hukuk kuralının da mahkemeye erişim hakkının kapsamının yorumlanması üzerinde etkili olduğunun altını çizmiştir. Fawcett/ Shúilleabháin/ Shah, s. 408, 418.

[1147] Lord Collins of Mapesbury, s. 338.

[1148] Fawcett/ Shúilleabháin/ Shah, s. 408.

yönde MAD de *Germany v. Italy* kararında iddia edilen ihlâlin *jus cogens* niteliğinin, bir milletlerarası teamül hukuku olan devlet bağışıklığının uygulanabilirliğini etkilemediğine karar vermiştir[1149].

Ne var ki *Al-Adsani* kararındaki bu yaklaşım oybirliğiyle kabul edilmemiştir. Sekiz oyla azınlık görüşü, işkenceyi yasaklayan *jus cogens* kuralının ağır basan etkisini vurgulamıştır. İşkence yasağının *jus cogens* doğası, bu kuralı ihlâl ettiği iddia edilen bir devletin, hukuka aykırı eylemlerinin sonuçlarından kaçınmak için hiyerarşik olarak daha altta yer alan kurallar (bu durumda, devlet bağışıklığı ile ilgili olan kurallar) ileri sürmesini engellemelidir[1150]. Bu görüş, çoğunluğun, devlet bağışıklığının maddi bir *jus cogens* kuralı tarafından geçersiz kılınmaya tâbi olmayan "usûli bir engel" olduğu görüşünü ikna edici bulmamıştır. Zaten insan haklarına saygı, devletlerin iç işleri meselesi olarak kabul edilemeyeceğinden, ciddi insan hakları ihlâli iddialarına dayanan davalarda yargı dokunulmazlığının kaldırılması gerektiği savunulmaktadır[1151].

İngiltere Lordlar Kamarasının *Jones v. Ministry of Interior for the Kingdom of Saudi Arabia* kararında da *Al-Adsani* kararına benzer bir yaklaşım benimsenmiştir[1152]. Lordlar Kamarası'na göre, devlet bağışıklığı tanıyan veya bu bağışıklıktan yararlanan devlet, işkenceyi reddetmek veya desteklemekten ziyade iddianın İngiltere'de dava edilip edilemeyeceğini belirlemektedir. Burada AİHS m. 6 kapsamında araştırılması

[1149] Jurisdictional Immunities of the State (*Germany v. Italy*: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf, (Erişim Tarihi: 20.06.2022), s. 142.

[1150] Keitner, Chimène I: Transnational Litigation: Jurisdiction and Immunities, Shelton, Dinah (ed.): *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford 2013, s. 799.

[1151] Halfmeier, s. 92.

[1152] Juratowitch, s. 190.

gereken, mahkemeye erişim hakkına yönelik kısıtlamanın meşru bir amaca yönelik ve orantılı olup olmadığıdır. Lordlar Kamarası'na göre işkence yasağı, devlet bağışıklığına ilişkin genel kurallara zımni bir istisna olarak kabul edilmemektedir ve bu nedenle yabancı devletlere tanınan bağışıklık AİHS'nin 6. maddesine aykırı değildir[1153].

Bu başlık altında, devletlerden bağımsız birer milletlerarası hukuk süjesi olan milletlerarası örgütlerin yargı bağışıklığından da bahsetmek gerekmektedir. Bu örgütlerin uluslararası dokunulmazlığı, ev sahibi ülke ile imzaladıkları sözleşmelerden kaynağını almaktadır[1154]. Bu sözleşmelerin bazılarında, milletlerarası örgütlere, özel hukuk uyuşmazlıkları da dahil olmak üzere "faaliyet alanlarıyla sınırlı olarak" neredeyse mutlak bağışıklık tanınmaktadır. Kimi doktrin görüşünde ve AİHM kararında milletlerarası örgütlere tanınan bu bağışıklığın desteklendiği ve insan hakları ihlâli olarak nitelendirilmediği izlenmektedir[1155]. Yargıtay da konusu işçilik alacaklarına ilişkin yeni tarihli kararında, davalı İslam Kalkınma Bankası'nın kuruluş sözleşmesinde ve Türkiye ile imzalanan anlaşmada muafiyet hükümleri yer alması gerekçesiyle yargı bağışıklığının bulunduğunu kabul ederek, banka hakkında Türk mahkemeleri önünde dava açılamayacağına hükmetmiştir[1156]. Söz konusu kuruluş sözleşmesine göre

[1153] Juratowich, s. 191.

[1154] Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 379.

[1155] Bkz. Arslan, s. 274 vd.

[1156] Yargıtay 9. HD, E. 2022/159, K. 2022/1756, T. 14.02.2022. Yargıtay kararının dayandığı Ankara 9. BAM kararında, Londra İş Temyiz Mahkemesi ve Nairobi Temyiz Mahkemesinin Avrupa İmar ve Kalkınma Bankası ve Afrika Katılım Bankası hakkında verdikleri yargı bağışıklığına yönelik kararlar gerekçe olarak gösterilmiştir. Davalı vekilin yönlendirmesi ile olsa da internet ortamı üzerinden araştırma yapılarak bu kararlara ulaşılması, Türk mahkemelerinin mahkemeler arası transnasyonel iletişimi

"Banka'nın, para toplama veya menkul kıymet satın alma, satma veya sigorta etme amacıyla yetkisini kullanmaya yönelik olaylar haricinde her türlü yasal süreçten muaf olduğu kararlaştırılmıştır." Ne var ki karşı oy görüşünde haklı olarak savunulduğu üzere özel hukuk ilişkileri bakımından yargı muafiyeti geçerliliğinin savunulması mümkün değildir. Bu anlamda hak arama özgürlüğünün ölçülü olarak sınırlanması ve "alternatif hukuk yolunun" ulaşılabilirliği bakımından milletlerarası örgütlere neredeyse mutlak yargı bağışıklığı verilmesi kanımızca özel hukuk kişisinin adalete erişiminin kısıtlanması bakımından sorun yaratabilir niteliktedir[1157].

B. Yabancı Mahkeme ve İdare Kararlarının Tanınması ve Tenfiz Edilmesi

1. *Exequatur* Sistemi

a. Tanıma – tenfiz talebini kabul etme

İnsan hakları, yabancı kararı tanıma – tenfiz etme yükümlülüğü getirebileceği gibi tanıma – tenfiz etmeyi reddetmeyi de gerektirebilir[1158]. Tanıma – tenfiz etme yükümlülüğü özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı gibi maddi hakların veya adil yargılanma hakkı gibi usûli hakların ihlâli nedeniyle oluşabilir.

AİHM içtihadına göre, "tenfizin reddedilmesi"[1159] kadar "verilen tenfiz kararının etkin bir şekilde yerine getirilmemesi" [1160] de m. 6 ihlâli oluşturabilir. *Hussin c.*

---

kullanması bağlamında olumlu bir gelişme olarak karşılanmaktadır. Bkz. Ankara 9. BAM, K. 2021/2817, T. 02.11.2021.

[1157] Bkz. Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 382 dn. 82.

[1158] AİHS'nin tanıma tenfiz konularına etkisi yönünden bu ikili ayrımı gerçekleştiren görüş için bkz. Kiestra, The Impact, s. 201.

[1159] Örneğin bkz. *Jovanovski* v. *The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Application No 31731/03, Judgement of 7 January 2010; *Vrbica* v. *Croatia*, Application No 32540/05, Judgement of 1 April 2010.

Belgique [1161] kararı, bir yabancı mahkeme kararının tanınmasının reddi yoluyla AİHS'deki maddi hakların ihlâli ile ilgili AİHM önüne gelen ilk davadır[1162]. Bu davaya konu olayda, Belçika mahkemeleri, *G*'nin babalığının tespiti hakkında Brüksel Sözleşmesi'nin değil, Belçika ve Almanya arasındaki 1958 tarihli İkili Sözleşme'nin uygulaması gerektiğini bildirmiş, bu nedenle Bayan *Hussin*'in Alman mahkeme kararını tanıtma talebini reddetmiştir[1163]. Zira İkili Sözleşme uyarınca *G*'nin yerleşim yerine göre belirlenen Belçika mahkemeleri, münhasır yetkilidir. AİHM, söz konusu dava kapsamında ihlâl kararı vermese de tanıma talebinin reddinin, başvuranın aile hayatı hakkı ve mülkiyet hakkına bir müdahale niteliğinde olduğuna kanaat getirmiştir. Bu cümle çığır açan nitelikte kabul edilmektedir; çünkü mahkemeye göre Brüksel Sözleşmesi'nin anlamının belirlenmesi ve Belçika'nın bu Sözleşme'ye riayet etmesi insan haklarını ilgilendiren bir konudur[1164].

McDonald v. France [1165] kararında Fransız mahkemeleri, Fransız Medeni Kanunu'nun daha sonra yürürlükten kaldırılan 15. maddesine dayanarak Florida mahkemesi tarafından verilen boşanma kararının tanınmasını reddetmiştir [1166]. Söz konusu maddeye göre, Fransız vatandaşlarının davalı olduğu konularda Fransız mahkemelerini yetkili kılan kural münhasır yetki yaratarak Fransız vatandaşlarına karşı alınan yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını engellemektedir. İhlal iddiasını reddeden AİHM'e göre, davacının geçici yerleşim yeri gibi kırılgan bir yargısal temelle

---

[1160] *Romańczyk* c. *France*, Application No 7618/05, Judgment of 18 November 2010.

[1161] *Hussin c. Belgique*, Application No 70807/01, Decision of 06 May 2004.

[1162] Kinsch, Recognition, s. 261.

[1163] Kinsch, Recognition, s. 262.

[1164] Kinsch, Recognition, s. 263.

[1165] *McDonald v. France*, Application No 18648/04, Decision of 29 April 2008.

[1166] Kinsch, Recognition, s. 267.

"hileli olarak" kazanılan boşanma kararının tanınmasında, bu kararı alan tarafın haklı beklentisi bulunmamaktadır[1167]. Böyle bir durumda tanımanın reddedilmesi, ne aile hayatına saygı ne de adil yargılanma hakkına müdahale niteliğindedir.

Négrépontis-Giannisis c. Grèce[1168] kararı, *Wagner* ve *McDonald* kararlarını doğrulamaktadır[1169]. Bu karara göre, tanıma hakkının varlığında ön şart, başvuranın yurtdışından alınan karardan kaynaklanan statünün devamında haklı hukuki beklentisidir. Davaya konu olayda, ABD'de gerçekleştirilen evlat edinme, Yunanistan hukukuna göre rahipler evlat edinemeyeceği için Yunanistan'da tanınmamıştır[1170]. Ancak AİHM, somut olayda evlatlık ilişkisini tanımanın acil toplumsal bir ihtiyaç olduğuna ve rahiplere ilişkin kuralın bugünü yansıtmadığına vurgu yaparak ihlâl kararı vermiştir[1171]. Burada gereklilik kavramı, acil bir toplumsal ihtiyaca dayalı ve özellikle izlenen meşru amaçla orantılı bir müdahaleyi ifade etmektedir.

Sınır aşan taşıyıcı annelikle ilgili *Mennesson v. France*[1172] kararına konu olayda Fransız vatandaşı Bay ve Bayan *Mennesson*'un ikiz çocukları, Bay *Mennesson*'un ve çiftin bir arkadaşından alınan üreme hücrelerinin bir taşıyıcı anneye aktarılması yolu ile California'da dünyaya gelmiştir. *Mennesson* çiftinin hukuki ebeveynliğine ilişkin

---

[1167] Kinsch, Recognition, s. 269.

[1168] *Négrépontis-Giannisis c. Grèce*, Application No 56759/08, Judgement of 03 May 2011.

[1169] Kinsch, l'Ordre Public International, s. 818.

[1170] Kinsch, Selected Judgments and Decisions, s. 44.

[1171] Kinsch, Selected Judgments and Decisions, s. 45.

[1172] *Mennesson v. France*, Application No 65192/11, Judgement of 26 June 2014. Bu dava, *Labassee v. France* davası ile eş zamanlı olarak görülmüştür ve bu nedenle birlikte anılmaktadır. Bkz. *Labassee v. France*, Application No 65941/11, Judgement of 26 June 2014.

California Yüksek Mahkemesi'nden alınan kararın Fransa mahkemelerinde kamu düzenine aykırılık nedeniyle tanınmaması, davayı AİHM önüne taşımıştır. AİHM'e göre, üye devletler taşıyıcı annelik konusunda geniş takdir yetkisine sahiptir ve bu nedenle ebeveynlerin AİHS 8. madde kapsamında aile hayatının korunması hakkına müdahale bulunmamaktadır. Öte yandan, çocuğun yüksek yararı gereği özel hayata saygı gösterilmesi hakkı, çocuk açısından yasal ebeveyn-çocuk ilişkisinin tanınması hakkını da kapsamaktadır. Bu nedenle mahkeme Bay *Mennesson*'un biyolojik baba olmasına özellikle vurgu yaparak çocuğun özel hayatına saygı hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir.

Mennesson kararı ışığında, çocuğun yüksek yararını korumanın ve saygı duymanın tek yolunun, müstakbel ebeveynlerin yasal ebeveyn olarak kabul edilmesinde yattığı iddia edilse de *Thomale*'ye göre taşıyıcı annelik düzenlemeleri, AB vatandaşlığı, insan hakları veya çocuğun yüksek yararı ilkesi temelinde kamu düzeni istisnasının geçersiz kılınmasını haklı çıkarmaz[1173]. Zira her şeyden önce müstakbel ebeveynin çocuğun ebeveyni olarak tanınması her zaman çocuğun yüksek yararına hizmet etmez[1174]. Bu anlamda yazara göre ilk olarak, taşıyıcı anneliği iç hukuklarında yasaklayan devletlerin iç hukuk sistemlerindeki tutarlılığın sağlanması adına, taşıyıcı annelik anlaşmalarına dayalı ebeveynlik sağlayan yabancı kararların veya sertifikaların tanınmasının reddedilmesine izin verilmelidir. Daha sonra, çocuğun yüksek yararı, hem ulusal hem de uluslararası alanda ayrıntılı olarak düzenlenerek bu yararın korunmasına hizmet etmeyi amaçlayan evlat edinme usûlunun uygulanması yoluyla korunmalıdır[1175].

[1173] Thomale, Chris: State of Play of Cross-border Surrogacy Arrangements – Is There a Case for Regulatory Intervention by the EU?, *Journal of Private International Law*, 13/2 (2017), s. 469.

[1174] Thomale, s. 471.

[1175] Thomale, s. 471.

AİHM de *Mennesson* kararı ile bağlantılı olarak verdiği tavsiye kararında *Thomale* ile benzer bir sonuca varmıştır. *Mennesson* kararının verildiği dönemde yürürlükte olan Fransız hukukundaki imkânsızlıklar nedeniyle *Mennesson* çifti çocuğun nüfus kaydını yaptıramamış, yeniden yargıya taşınan davada *Cour de Cassation* karar vermeden önce, AİHS Protokolu 16 çerçevesinde AİHM'den, taşıyıcı anneden doğan çocukla müstakbel annenin hukuki ilişkisine yönelik tavsiye kararı talep etmiştir[1176]. Tavsiye kararında, özellikle davanın etik veya ahlaki duyarlılık yarattığı, taraf devletler arasında ortak bir anlayışın bulunmadığı konularda üye devletlerin takdir yetkisi geniş kabul edilse de, yasal ebeveyn-çocuk ilişkisi gibi kişinin kimliğine dair önemli bir özellik söz konusu olduğunda, devletin takdir yetkisinin sınırlanabileceğine dikkat çekilmiştir[1177]. Bu anlamda ulusal hukukta, yabancı hukuka uygun düzenlenen doğum belgesinde "yasal anne" olarak belirtilen kişi ile çocuk arasındaki ebeveynlik ilişkisinin tanınması için imkân sağlanması, çocuğun özel hayatına saygı hakkının korunması için gereklidir. Ancak bu imkân, tanımanın yurtdışında düzenlenen doğum kaydında olduğu

[1176] AİHS'deki hakların yorumlanması ve uygulanması konusunda 12 Ekim 2018 tarihinde iletilen bu talep, 1 Ağustos 2018'de yürürlüğe giren 16 numaralı Protokol bağlamında bir taraf devletin ilettiği ilk taleptir.

[1177] AİHM, Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, Requested by the French Court of Cassation, Application No P16-2018-001, Advisory Opinion of 10 April 2019, bkz. https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22languageisocode%22:[%22ENG%22],%22documentcollectionid2%22:[%22ADVISORYOPINIONS%22],%22itemid%22:[%22003-6380464-8364383%22]}, (Erişim Tarihi: 15.06.2022). *Wagner* kararında da AİHM üye devletlerin hukuk sistemleri arasında ortak paydanın varlığına veya yokluğunun önemine vurgu yapmaktadır. Bkz. *Wagner* v. *Luxembourg*, paragraf 69.

şekilde yapılması anlamına gelmemektedir. Çocuğun müstakbel anne tarafından evlat edinilmesi gibi farklı yöntemler de, bu yöntemin derhâl ve etkili bir biçimde uygulanabilir olması hâlinde, çocuğun yüksek yararına uygun sayılacaktır.

Son olarak Yargıtay'ın kamu düzeninin incelendiği bölümde ayrıntılı olarak açıklanan kararlarına da değinmek gerekir. Yargıtay'ın son yıllardaki kararlarında AİHM kararlarına doğrudan atıfta bulunulmasa da AİHS'nin yabancı kararların tanınması ve tenfiz edilmesi için kullanıldığı görülmektedir. Yargıtayın bu yeni uygulamasının, tarafların haklı beklentilerine saygı bağlamında AİHM tarafından kabul edilen tanıma–tenfiz etme yükümlülüğü doğrultusunda AİHM içtihadı ile uyumlu olduğu söylenebilir.

b. Tanıma-tenfiz talebini reddetme

Tanıma – tenfiz talebini reddetme zorunluluğu özellikle uygulama aşamasında kamu düzeni istisnasına dayalı olarak gerçekleştirilse de kural koyma aşamasında diğer tanıma – tenfiz şartları bakımından da insan haklarına yönelik endişelerin doğması mümkündür.

Tanıma tenfiz şartları bakımından "adaletin gerekleri" kavramına dayanan *Fawcett*, makul sürede yargılanma ile ilgili olarak bazı davalarda m. 6 bağlamında ihlâl riski bulunabileceğini belirtmiştir[1178]. Tenfiz şartlarından "savunma haklarına riayet edilmesi" bakımından, menşe devlette kanun yollarını tüketmeyen davalının gönüllü olarak hukuki dinlenilme hakkından vazgeçtiği iddia edilmektedir[1179]. Bu şekilde alınan kararların tenfizi, AİHS m. 6 ihlâli oluşturmayacaktır; çünkü kendisine karşı tenfiz talep edilen taraf, kendi rızasıyla kendisine AİHS tarafından sağlanan haktan feragat etmiştir. Ancak, somut davanın olguları temelinde, kararın mahkemeye gelmeme nedeniyle

[1178] Fawcett, s. 41.

[1179] d'Alessandro, s. 8.

kişinin yokluğunda verilmesi, davalının savunma haklarını açık ve orantısız bir şekilde ihlâl ediyorsa m. 6 ihlâli söz konusu olacaktır[1180].

Bunun dışında ABD hukukunda yer alan ve Kıta Avrupası hukuk sisteminden bakıldığında her mahkemenin kendi yetkisine karar vermesine dair genel usûli ilkeye aykırı olarak kabul edilen *anti-suit injunction* davaları, kendiliğinden adil yargılanma hakkına aykırı değildir. Bu nedenle AİHS m. 6, *anti-suit injunction*[1181] kararının tenfiz edilmesini engelleyen bir temel hak olarak görülmemelidir[1182].

c. Tanıma-tenfiz edilen yabancı mahkeme kararına yönelik AİHM ihlâl kararının Türk hukukundaki etkisi

MÖHUK m. 50 ve 53 hükümleri uyarınca, tanıma tenfiz için kararın menşe devlet kanunlarına göre kesinleşmiş olması gerekmektedir. Yabancı hukuk düzeninde karar aleyhine AİHM'e başvurulmuş olması kararın kesinleşmesini önlemiyorsa, AİHM'e başvurulması veya başvuru yolunun açık olması, Türk hukukunda tanıma tenfiz için engel teşkil etmeyecektir. Ancak Türk hukuk sisteminde tanınan veya tenfiz edilen karar hakkında AİHM'in ihlâl kararı vermesi durumunda bu ihlâl kararının Türk hukukunda nasıl bir etki doğuracağı tartışma konusudur.

Her şeyden önce, kararın, AİHS'nin ihlâli suretiyle verildiğinin, AİHM kararıyla tespit edilmesinin yabancı hukuk sisteminde nasıl bir etki doğuracağı ilgili hukuk

---

[1180] d'Alessandro, s. 10.

[1181] *Anti-suit injunction*, *common law* hukuk sistemlerinde kullanılan, davacının yabancı mahkemede dava açması ve açılan davayı sürdürmesini engelleyen bir tedbirdir. Bkz. Fentiman, Richard: Anti-suit Injunctions, Basedow, Jürgen et al (eds.): *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham 2017, s. 79 vd.

[1182] d'Alessandro, s. 12.

sistemindeki kurallara göre değişiklik gösterecektir. Yine de Türk hukuk sistemi esas alınarak değerlendirmede bulunmak gerekirse,

HMK m. 375/1-i uyarınca;

"Kararın, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması veya karar aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi"

yargılamanın iadesi sebeplerinden biri olarak sayılmıştır. Yargılamanın iadesi ise kesin olarak verilen veya kesinleşmiş olan hükümlere karşı istenebilmektedir (HMK m. 374). Yabancı hukuk sisteminde AİHM'in ihlâl kararı sonrası yargılamanın iadesi gibi bir prosedürün gerekli olması durumunda, tenfiz edilen karar hakkında ihlâl kararı verilmesi kanımızca Türk hukukunda henüz etki doğurmayacaktır. Zira yargılamanın iadesi talebi bir yandan kural olarak hükmün icrasını durdurmaz (HMK m. 381), diğer yandan bu talebin incelenmesi sonucu talebin reddedilmesi ihtimali de vardır.

Yabancı mahkemede yargılamanın iadesinin kabul edilmesi durumunda ise bu kararın dayanak olduğu tanıma-tenfiz kararı hakkında yargılamanın iadesinin talep edilmesi ihtimali düşünülebilir. "Yargılamanın iadesi sebepleri sınırlı biçimde sayıldığından, bu maddeler dışında yargılama hatası ne kadar ağır olursa olsun yargılamanın iadesi istenemez."[1183] Bu nedenle konunun, HMK'da sayılan sebeplerden hangilerine girebileceği araştırılmalıdır.

İlk olarak, HMK m. 375/1-ç uyarınca "Yargılama sırasında, aleyhine hüküm verilen tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilemeyen bir belgenin, kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması" yargılamanın iadesi nedenlerindendir.

[1183] Özekes, Muhammet: *Pekcanıtez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2328.

Yabancı mahkeme kararının bu yönde bir belge olduğu kabul edilse bile, bu belgenin "hükmün verilmesi sırasında da mevcut olması"[1184] gerektiği için AİHM kararının bu kapsama girmeyeceği düşünülmektedir.

İkinci olarak, HMK m. 375/1-ğ hükmünde düzenlenen, "karara esas alınan bir hükmün, kesinleşmiş başka bir hükümle ortadan kalkmış olması" sebebine dayanılarak yargılamanın iadesi talebinde bulunulması düşünülebilir. Yabancı mahkeme kararı, tanıma-tenfiz kararına "esas alınan mahkeme kararı"[1185] olarak kabul edilirse, esas alınan yabancı mahkeme kararı ilgili hukuk sisteminde artık geçerli olmadığı için bu fıkra uyarınca yargılamanın iadesi talebinde bulunulması mümkündür.

Son olarak, yukarıda bahsi geçen HMK m. 375/1-i uyarınca AİHM'in ihlâl kararı doğrultusunda yargılamanın iadesinin talebi düşünülebilir. Ancak bu talep, "hukuk mahkemeleri tarafından verilmiş ve kesinleşmiş hükme karşı" yapılmaktadır[1186]. Bu nedenle, sadece Türk mahkeme kararlarına karşı alınan ihlâl kararları doğrultusunda Türk mahkemelerinde yargılamanın iadesi yoluna başvurulabileceği, yabancı mahkeme kararına yönelik AİHM ihlâl kararı hakkında bu yola başvurulamayacağı düşünülürse yargılamanın iadesi talep edilemez. Ancak buradaki ifadenin geniş yorumlanması hâlinde, tanıma-tenfiz kararına karşı HMK m. 375/1-i kapsamında yargılamanın iadesi talebinde bulunulabilir.

Bu konuda hatırlatılması gereken son bir husus, yabancı kararın tanıması veya tenfiz edilmesi hakkındaki Türk mahkemesi kararına karşı süresi içinde AİHM'e başvuru yolunun açık olduğudur. AİHM'in tanıma-tenfiz kararı hakkında ihlâl kararı vermesi durumunda, bu kararın 375/1-i çerçevesinde yargılamanın iadesine konu edilebileceğini de belirtmeliyiz.

[1184] Özekes, s. 2330.

[1185] Özekes, s. 2334.

[1186] Özekes, s. 2336.

2. *Exequatur* Sistemi Dışında Tanıma

Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 27/A hükmünde, MÖHUK kapsamında düzenlenen *exequatur* usûlü izlenmeksizin, boşanma, evliliğin butlanı, iptali veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin yabancı ülke adli veya idari makam kararlarının, nüfus kütüğüne tescili düzenlenmektedir. Bu düzenlemede, "bizzat veya vekilleri aracılığıyla tarafların birlikte veya taraflardan birinin ölmüş ya da yabancı olması hâlinde Türk vatandaşı olan diğer taraf veya vekilinin tek başına başvurması" şartının aranması, talâk gibi tek taraflı irade beyanıyla sona erdirilen evlilikler bakımından ortaya çıkabilecek insan hakları endişeleri nedeniyle olumlu karşılanmıştır[1187].

[1187] Ayhan İzmirli, Lale: Nüfus Hizmetleri Kanunu Madde 27/A Çerçevesinde Yabancı Ülkelerde Verilen Boşanma Kararlarının İdarî Yoldan Tanınması, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 22/4 (2018), s. 98.

SONUÇ

Milletlerarası özel hukuk alanının ortaya çıkış nedenleri günümüzde de geçerliliğini korumaktadır. Birçok devletin ve dolayısıyla birçok hukuk sisteminin bulunduğu bir dünyada farklı hukukların birbiriyle karşılaşması, dolaşım hâlindeki kişilerin dava açmak için uygun mahkemeyi araması ve bir hukuk sisteminde elde ettikleri kararların diğer ülkelerde de etki doğurması için başvuruda bulunması mümkündür. Bununla birlikte geçtiğimiz yıllarda milletlerarası özel hukuk alanında yaşanan özellikle insan hakları bağlantılı gelişmeler, alanın geleneksel yapısının yeniden ele alınmasını zorunlu kılmıştır.

Milletlerarası özel hukukun geleneksel amaçlarının eleştirisi ve bu amaçların güncellenmesinde insan haklarına ilişkin mülâhazaların yerinin belirlenmesi görevi bizi milletlerarası özel hukukun ortaya çıkış sürecine götürdü. Bolognalı statücülerden beri, bir hukuk sisteminde yabancı hukukun uygulanmasının temelde iki farklı ilke çerçevesinde gerekçelendirildiği görüldü. Bu anlamda kullanılan ilk ilke adalet, ikinci ilke ise milletlerarası nezakettir (*comity*).

Adaletin nasıl sağlanacağı ve hangi hukukun uygulanmasının daha adil olacağına ilişkin çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Çoğunluğun kabul ettiği görüş, klâsik sistemin de önerdiği, "milletlerarası yeknesaklığın" yani "milletlerarası karar ahenginin" sağlanmasıdır. Günümüzde birçok yazar milletlerarası yeknesaklığın ulaşılamayacak bir amaç olduğunu belirtmekte veya bu amacı tek başına yetersiz ve eksik bir amaç olarak tanımlamaktadır. Zira sadece çok taraflı sözleşmeler gibi milletlerarası antlaşmaların milletlerarası yeknesaklığa ulaşmayı tam olarak sağlayacağı anlaşılmıştır. Ne var ki milletlerarası yeknesaklık amacı güncelliğini korumaktadır. Bu nedenle bu tartışmalara rağmen yeknesaklık amacı gerçekleşmese bile bu amaçtan vazgeçilmemesi, bir hedef olarak saklanması gerektiği düşünülmektedir. Bu anlamda milletlerarası özel hukuk konularında etkili insan hakları sözleşmeleri ve ulusal

anayasalarda benzer biçimde düzenlenen insan hakları normları, yeknesaklık amacının gerçekleşmesine kısmen de olsa katkıda bulunan kaynaklar olarak değerlendirilebilir.

Modern milletlerarası özel hukukun işlevini ve yapısını etkileyen özel ve kamu hukuku arasındaki bir zamanlar temel olan ayrım günümüzde açıkça sorgulanır hâle gelmiştir. Milletlerarası yeknesaklık amacının yanında doktrinde ifade edilen yeni amaçlar, tarafların özel menfaati, toplumun genel menfaati, milletlerarası toplumun menfaati, *forum shopping*in engellenmesi veya azaltılması, topal hukuki işlemlerin önlenmesi olarak sıralanabilir. Hem mahkeme kararlarında hem de doktrinde insan haklarına ilişkin görüşlerin ve endişelerin artması, bu yenilenen amaçlar arasına "insan haklarına saygı" amacının eklenmesini de gerekli kılabilir.

Doktrinde, "milletlerarası özel hukuk kaynakları nedeniyle değil, amaçları nedeniyle milletlerarasıdır" görüşü hâkimdir. Bu nedenle milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıklarında milletlerarası hukuk ve milletlerarası toplum gözden çıkarılamaz ve her zaman düşünülmesi gereken olgulardır. Bu anlamda milletlerarası toplumdan ne anlaşılması gerektiği değerlendirildiğinde, insan haklarının milletlerarası toplum tarafından korunan veya kabul edilen haklar olarak tanımlanması ve böylece toplumun genel menfaatlerine dahil edilmesi düşünülebilir.

Adaletin nasıl gerçekleştirileceğinin yanı sıra adaletten ne anlaşılması gerektiği de çokça tartışılmıştır. Milletlerarası özel hukuk adaleti ve maddi adalet kavramları birbirinden ayrılmış, ilki somut olayın sonuçlarından bağımsız bir bağlama kuralı metodunu işaret ederken, ikincisi sonuç odaklı bir adaleti ifade etmiştir. Somut olaya göre değerlendirme yapıldığında bir devletin hukukunun uygulanmasında menfaati olduğunun kanıtlanması hâlinde başkaca bir ölçüte ihtiyaç olmadığı, ABD hukukundaki aşırı görüş yanlılarınca teklif edilmiştir. Böylece maddi adalet kavramının giderek artan önemi, her somut uyuşmazlıkta maddi adaletin sağlanması için ihlâl edilmesi muhtemel insan haklarının değerlendirilmesi gerektiğini de düşündürmektedir.

İnsan haklarının neden milletlerarası özel hukuku etkilediği veya etkilemesi gerektiği sorusu bizi insan hakları normlarının statüsünün araştırılmasına götürdü. İnsan haklarının amacı, "insanın insan olması nedeniyle sahip olduğu özellikleri ve olanakları korumak" olarak belirlendiğine göre bu amacın milletlerarası özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklar açısından göz ardı edilmesi mümkün değildir. Zira insan haklarının evrensel niteliği gereği bu haklar her zaman, her yerde, herkes için dolayısıyla yabancı unsurlu olanlar da dahil her tür uyuşmazlıkta korunmalıdır. Ne var ki bu çıkarım, tarafların kültürel kimliği ve hukuki beklentilerine saygı duyulması hakkına aykırı biçimde yorumlanmamalıdır.

Milletlerarası özel hukukun özel hukuk dallarından biri olması ve bu hukuk dalının ilgilendiği hukuki ilişkilerin taraflarının özel hukuk kişileri olması nedeniyle, insan haklarının yatay etkisi, milletlerarası özel hukuk açısından da öneme sahiptir. Doğrudan yatay etki taraftarlarının ifade ettiği gibi, insan haklarını doğrudan uygulama, insan haklarının istisnai olarak korunmasını engellemekte, bu durumda insan hakları istisnai olarak değil kural olarak uygulanmaktadır. Zira doğrudan etki yerine dolaylı etki tercih edilirse, insan haklarına çoğunlukla kamu düzeni istisnası ile etki tanınacak, kamu düzeni ise doğası gereği istisnai durumlarda uygulanacaktır. Ancak doğrudan yatay etkinin kullanılması, insan hakları normlarının pratikte kullanılabilecek kurallar barındırmaması nedeniyle oldukça zor görünmektedir. Kamu düzeni istisnasının uzun yıllardan beri kullanılan milletlerarası özel hukuka özgü bir araç olması da doğrudan uygulamanın değil dolaylı uygulamanın tercih edilmesini haklı göstermektedir.

Türk pozitif hukuku açısından birçok yazılı hukuk kaynağında insan haklarının milletlerarası özel hukuktaki etkisine rastlanabilir. Özellikle, yargısal erk kullanan merciler için Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükleri ve milletlerarası insan hakları sözleşmelerini tüm uyuşmazlıklarda uygulamak anayasal bir zorunluluktur. Bu

nedenle milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıklarında da söz konusu yükümlülükler her zaman için göz önünde bulundurulmalıdır.

İnsan hakları, ulusal alanda korunduğu gibi milletlerarası alanda da insan haklarının korunmasına yönelik birçok kaynak bulunmaktadır. Milletlerarası hukukun geleneksel kaynaklarının yanı sıra insan haklarının *jus cogens* normlar içerisinde değerlendirilmesi de doktrinde ileri sürülmüştür. Ancak çoğu insan hakkı *jus cogens* norm olarak nitelendirilse de bu normların belirlenmesinin güçlüğü ve bu belirlemenin insan haklarının korunması açısından uygulamada yararlı olup olmayacağı tartışmalıdır.

Milletlerarası özel hukuk, tarafların insan haklarına ilişkin iddialarını ileri sürmesini desteklediği gibi bunu engelleyebilir de. Bu anlamda milletlerarası özel hukuk kuralları için, belli bir mahkemeye ve belli bir hukuk normuna ulaşmayı temin eden "kapıları açık veya kapalı tutmayı sağlayan menteşe" [1188] benzetmesi yapılmıştır. Bu önerme doğrultusunda insan hakları hukukunun daha bilinçli biçimde uygulanması, daha iyi uygulamayı da sağlayacaktır. Örneğin, insan hakları bir uyuşmazlıkta yargı yetkisini zorunlu kılabilir veya haksız bir kararın tanınmamasını gerektirebilir. Bunlardan ilki insan haklarının kural koyma aşamasındaki etkisi, ikincisi, kamu düzeni aracılığıyla gerçekleşiyorsa, uygulama aşamasındaki etkisidir.

İnsan haklarının milletlerarası özel hukukta daha etkin korunmasında ilk hedef, insan haklarını milletlerarası özel hukuk kuralı yapımı aşamasına yerleştirmek olmalıdır. İHEB, AİHS gibi metinler ve temel hak ve hürriyetler, milletlerarası özel hukuku öncelikle kural koyma aşamasında etkilemeli ve milletlerarası özel hukuk kuralları insan haklarıyla uyumlu biçimde geliştirilmelidir. Bu bağlamda bu çalışmada, insan haklarının genişlemesi ve yeni anlamlar kazanması karşısında öne çıkan bağlama kurallarını oluşturan bağlama noktalarının ve milletlerarası usûl hukukuna ait düzenlenmelerin bu yeni anlamlar ışığında yeniden değerlendirilmesi yapılmıştır.

[1188] Eeckhout, Corporate, s. 182.

Öte yandan insan hakları endişeleri, milletlerarası özel hukuk kurallarının uygulanması aşamasında yani kuralın yorumlanması sırasında da gündeme gelebilir. Bu kapsamda mahkeme kararları incelenmiş; kimi konular açısından, yorum yapan, boşluk dolduran veya takdir yetkisini kullanan hâkim ya da Nüfus Hizmetleri Kanunu ve bu Kanun'un yönetmeliği çerçevesinde işlem yapan idari görevli gibi uygulayıcılara insan haklarının milletlerarası özel hukukta nasıl korunacağına dair yönlendirmelerde bulunulmaya çalışılmıştır.

Kamu düzeninin anlamının belirlenmesinde yani yorumlanmasında insan hakları kullanılmaktadır. İnsan haklarının dolaylı yatay etkisinde de özel hukuk kurallarının insan hakları ışığında yorumlandığı anlaşılmıştı. O hâlde kamu düzeni istisnası bakımından insan haklarının dolaylı yatay etkisi söz konusudur. Kamu düzeni istisnası, insan haklarına uygun biçimde yorumlanırsa, milletlerarası özel hukuk alanı, insan haklarının korunmasına katkıda bulunabilir. Öte yandan milletlerarası yeknesaklık günümüzde ulaşılması güç bir amaç olsa da, insan hakları odaklı bir yaklaşım, milletlerarası özel hukukun yeknesaklaşmasına katkı sağlayabilir. Zira milletlerarası özel hukukta kamu düzeninin ölçülü bir şekilde kullanımı, insan hakları temelinde gelişen ortak bir kamu düzeni anlayışı için zemin hazırlamaktadır[1189]. Demek oluyor ki, bu etkileşimden hem milletlerarası özel hukuk hem de insan hakları hukuku faydalanabilir.

AİHM içtihadında, milletlerarası özel hukukun tüm alanlarına ilişkin ayrıntılı ve açıklayıcı kararlar yer almadığı için genelleme yapılamasa da insan hakları hukuku ve milletlerarası özel hukukun AİHS çerçevesinde anlamlı şekilde etkileşime girdiği görülmektedir. AİHM içtihadının, milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıklarında insan haklarının uygulanmasının netleşmesi anlamında giderek daha rafine hâle geleceği söylenebilir. AİHS bağlamında yaşanan bu gelişmelerin, bu bağlam dışında da etkili

[1189] Oster, s. 567.

olma ve insan hakları hukuku ile milletlerarası özel hukukun üretken bir şekilde etkileşimde bulunma potansiyeli bulunmaktadır[1190].

Şüphesiz, insan haklarının milletlerarası özel hukukta ele alınması, özenle oluşturulmuş ve yüzyıllardır işleyen milletlerarası özel hukuk sistemine zarar verme potansiyeline sahiptir. Zira örneğin AİHS, genellikle ilgili uyuşmazlık hakkındaki ulusal hukuk düzenlemelerinin aynı yönde olmasını gerektirecektir. Bu durumda farklı olana saygı duymayı amaçlayan milletlerarası özel hukukun işlevi de, farklılıkları ifade etmek yerine, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda insan haklarının farklı uygulanmasını engellemekle sınırlı kalacaktır[1191]. Ancak bu durum, milletlerarası özel hukukun varlığını veya gerekliliğini azaltmayacaktır.

Unutulmamalıdır ki her kural Anayasa'yı veya insan haklarını ilgilendirmeyeceği gibi, Anayasa'nın veya insan hakları hükümlerinin de her olayda uygulanması gerekmemektedir. Bu nedenle her türlü uyuşmazlık ve kural bakımından insan haklarının milletlerarası özel hukukta belki de "boş yere" ileri sürülmemesi ve "gereksiz" tartışmalara girilmemesi de vurgulanmalıdır. Çünkü milletlerarası özel hukuk araçları zaten bu görevi üstlenmektedir. Örneğin, esasen milletlerarası kamu düzeni istisnasının devreye girmesi ile sonuca bağlanabilecek bir konunun insan haklarının doğrudan etkisi ile çözülmeye çalışılması, fazladan çaba ve zamana mâl olacaktır. Ayrıca insan haklarının "aşırı kullanımı", milletlerarası özel hukukun amaçlarından çoğulculuğun korunmasına da aykırı düşebilir. Örneğin, kadının taşıyıcı

[1190] Hirschboek, s. 199.

[1191] Dutoit, Bernard: Le Droit International Prive de la Famille et les Droits Fondamentaux de l'Enfant: le Choc Qui Fait Chic?, The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law (ed.): *A Commitment to Private International Law: Essays in Honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge-Antwerp–Portland 2013, s. 144.

annelik konusundaki kararına saygı duyulmalı ve taşıyıcı annelik vasıtasıyla doğmuş çocuğun kişisel haklarını korumak için gereken adımlar atılmalıdır; ancak taşıyıcı annelik milletlerarası özel hukuk kuralları ile meşrulaştırılmaya çalışılmamalıdır.

Sonuç olarak, insan haklarının etkisine direnilmemelidir, bu etki kabul edilmeli ve milletlerarası özel hukukun gelişimi ve küresel dünyaya uyum sağlaması için kullanılmalıdır. Bu anlamda insan haklarının milletlerarası özel hukuk üzerinde yarattığı iddia edilen kriz, milletlerarası özel hukukun küresel alana girmesi bakımından umut verici görülmektedir[1192]. Milletlerarası özel hukukun ulusal bağlamdan ayrı var olması için uluslararası insan hakları hukuku gibi milletlerarası alanda geçerli normatif rehberlik kaynaklarına ihtiyaç duymaktadır[1193]. Dolayısıyla amaçları nedeniyle milletlerarası, kaynakları nedeniyle ulusal hukukun bir parçası olan milletlerarası özel hukuk, insan hakları hukukunun etkisi ile birlikte kaynakları nedeniyle de milletlerarası olmaya yaklaşmaktadır. Böylece milletlerarası özel hukukta insan haklarının mevcudiyetinin geleneksel metotlar ve kavramlar açısından yıkıcı değil yapıcı olduğu sonucuna varılmaktadır.

[1192] Muir Watt, Concurrence ou Confluence?, s. 78.

[1193] Hirschboek, s. 190 vd.

KAYNAKÇA

Akıllıoğlu, Tekin: AİHS ve İç Hukukumuz, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 44/3 (1989), s. 155-173, (AİHS).

Akıllıoğlu, Tekin: *İnsan Hakları I: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, Ankara 1995, (İnsan Hakları).

Anlar Güneş, Şule: Uluslararası Toplumun Ortak Değerleri Sorunu, Çevrenin Korunması ve Jus Cogens Doktrini, *Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 59/4, s. 123-150.

Apaydın, Eylem: Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9/1 (2018), s. 445-475.

Arat, Tuğrul: *Evlat Edinmeye İlişkin Bağlama Kuralları*, Doçentlik Tezi, Ankara 1982.

Arslan, İlyas: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi*, Ankara 2019.

Aybay, Rona: Türk Mahkemesince Uygulanacak Yabancı Yasanın, Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004/54, s. 139-145, (Anayasa'ya Aykırılık).

Aybay, Rona: Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007/70, s. 187-213.

Aybay, Rona/ Oral, Elif: *Kamusal Uluslararası Hukuk*, İstanbul 2016.

Ayhan İzmirli, Lale: Nüfus Hizmetleri Kanunu Madde 27/A Çerçevesinde Yabancı Ülkelerde Verilen Boşanma Kararlarının İdarî Yoldan Tanınması, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 22/4 (2018), s. 67-126.

Basedow, Jürgen: The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws, *Recueil des Cours*, 360/9 (2013), s. 9-515.

Basedow, Jürgen et al (eds.): *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham 2017.

Başlar, Kemal: Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 24/1-2 (2004), s. 279-336.

Battifol, Henri: *Aspects Philosophiques du Droit International Privé*, Paris 1956.

Bilir, Faruk: Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005/13, s. 77-107.

Bomhoff, Jacco: The Reach of Rights: "The Foreign" and "The Private" in Conflict-of-Laws, State-Action, and Fundamental-Rights Cases with Foreign Elements, *Law and Contemporary Problems*, 71/3 (2008), s. 39–71.

Boyar, Oya: *Anayasa ve Özel Hukuk*, İstanbul 2019.

Boyar, Oya: Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki, İnceoğlu, Sibel (ed.): *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, 3.Baskı, İstanbul 2013, s. 53-80, (Dolaylı Yatay Etki).

Brink, Marjolein van den/ Reu, Philipp/ Tigchelaar, Jet: Out of the Box? Domestic and Private International Law Aspects of Gender Registration A Comparative Analysis of Germany and the Netherlands, *European Journal of Law Reform*, 17/2 (2015), s. 282-293.

Callsen, Raphaël: Human Rights and Public Policy Exception in Private International Law, Alleweldt, Ralf/ Callsen, Raphael/ Dupendant, Jeanne (eds.): *Human Rights Abuses in the Contemporary World (Tri-National Workshop, Tbilisi, September 2011)*, Peter Lang, Bern 2012, s. 125-144.

Carballo Piñeiro, Laura/ Kramer, Xandra: The Role of Private International Law in Contemporary Society: Global Governance as a Challenge, *Erasmus Law Review*, 2014/3, s. 109-112.

Cohen, Dany: La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le Droit International Privé Français, *Revue Critique de Droit International Privé*, 78/3 (1989), s. 451-483.

Colombi Ciacchi, Aurelia: Good Neighbourliness and Fundamental Rights-Based Interpretations of Public-Policy Clauses in EU Private International Law, Kochenov, Dimitry/ Basheska, Elena (eds.): *Good Neighbourliness in the European Legal Context*, Leiden: Brill / Nijhoff 2015, s. 79-93.

Corneloup, Sabine: Le Controle de l'Ordre Public par la Cour Européenne des Droits des l'Homme, *Journal Européen des Droits de l'Homme*, 2013/3, s. 348-402.

Çalık, Taceddin: Küreselleşmenin İnsan hakları Üzerindeki Etkileri, *Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2/1 (2014), s. 61-81.

Çalışkan, Zeynep: *Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat*, İstanbul 2013.

d'Alessandro, Elena: The Impact of Article 6 of the European Convention of Human Rights on the Enforcement of Foreign Judgments Rendered in a Non Contracting State, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 2010/15, s. 171-183.

Dardağan, Esra: *Milletlerarası Usûl Hukukunda "Aşkın Yetki" Kavramı*, Ankara 2005.

de Boer, Th. M.: Facultative Choice of Law the Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law, *Recueil des Cours*, 1996/257, s. 223-422, (Facultative Choice of Law).

de Boer, Th. M.: Living Apart Together: The Relationship Between Public and Private International Law, *Netherlands International Law Review*, 57/2 (2010), s. 183-207, (Living Apart Together).

Demir Gökyayla, Cemile: *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, Ankara 2001.

de Wet, Erika/ Vidmar, Jure: Conclusions, de Wet, Erika/ Vidmar, Jure (eds.): *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford 2012, s. 300-310.

de Wet, Erika/ Vidmar, Jure: Introduction, de Wet, Erika/ Vidmar, Jure (eds.): *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford 2012, s. 1-12.

Dickinson, Andrew: Acts of State and the Frontiers of Private (International) Law, *Journal of Private International Law*, 14/1 (2018), s. 1-37.

di Noto, Romuald: Le Droit au Respect de la Vie Privée et Familiale, Nouveau Paradigme en Droit International Privé des Personnes?, Alleweldt, Ralf/ Callsen, Raphael/ Dupendant, Jeanne (eds.): *Human Rights Abuses in the Contemporary World (Tri-National Workshop, Tbilisi, September 2011)*, Peter Lang, Bern 2012, s. 145-168.

Docquir, Benjamin: Le Droit International Privé à l'épreuve de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. *Annales de Droit de Louvain*, 1999/59, s. 473–522.

Doğan, İlyas: *İnsan Hakları Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2015.

Donovan, Donald Françis/ Roberts Anthea: The Emerging Recognition of International Civil Jurisdiction, *The American Journal of International Law*, 100/1 (2006), s. 142–163.

Dutoit, Bernard: Le Droit International Prive de la Famille et les Droits Fondamentaux de l'Enfant: le Choc Qui Fait Chic?, The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law (ed.): *A Commitment to Private International Law: Essays in Honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge-Antwerp–Portland 2013, s. 143-156.

Eeckhout, Veerle van den: *Competing Norms and European Private International Law Sequel to 'Promoting Human Rights within the Union: the Role of European Private International Law'*, (Sequel), https://sites.uclouvain.be/cpdr-

refgov/publications/Working%20Papers/Fundamental%20Rights%20-%20FR_(05.02.2009_12h02)_WP-FR-20.pdf, (Erişim Tarihi: 21.12.2021).

Eeckhout, Veerle van den: Corporate Human Rights Violations and Private International Law, *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, 4/2 (2012), s. 178-207, (Corporate).

Eeckhout, Veerle van den: *The Instrumentalisation of Private International Law– Quo Vadis ? Rethinking the 'Neutrality' of Private International Law in an Era of Globalisation and Europeanisation of Private International Law*, (the Instrumentalisation), https://ssrn.com/abstract=2148288 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2148288 (Erişim Tarihi: 22.12.2021).

Eeckhout, Veerle van den: Promoting Human Rights within the Union: The Role of European PIL, *European Law Journal*, 14/1 (2008), s. 105-127, (Promoting Human Rights).

Ekşi, Nuray: *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 2. Bası, İstanbul 2000, (Milletlerarası Yetki).

Ekşi, Nuray: *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, İstanbul 2013.

Emaus, Jessy: The Interaction Between Mutual Trust, Mutual Recognition and Fundamental Rights in Private International Law in Relation to the EU's Aspirations Relating to Contractual Relations, *European Papers*, 2/1 (2017), s. 117-140.

Engle, Eric: Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.: Corporate Liability under the Alien Torts Statute, *Houston Journal of International Law*, 2012/ 34, s. 499-508.

Erdem, Merve: *Devletin Jus Cogens Kurallara Aykırı Faaliyetleri Kapsamında Yargı Bağışıklığı*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2016.

Erten, Rifat: *Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (MÖHUK m. 41)*, Ankara 2017.

Fawcett, James J.: The Impact of Article 6/1 of the ECHR on PIL, *International & Comparative Law Quarterly*, 2007/56, s. 1-48.

Fawcett, James J./ Shúilleabháin, Máire Ní/ Shah, Sangeeta: *Human Rights and Private International* Law, Oxford 2016.

Fentiman, Richard: Forum non Conveniens, Basedow, Jürgen et al (eds.): *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham 2017, s. 797-806.

Francescakis, Phocion: Quelques Précisions sur les "Lois d'Application Immédiate" et leurs Rapports avec les Règles de Conflits des Lois, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1966/I, s. 1-18.

Francioni, Francesco: The Rights of Access to Justice under Customary International Law, Francioni, Francesco (ed.): *Access to Justice as a Human Right*, Oxford 2007, s. 64-138.

Gannagé, Lena: Droit International Privé et Conflits de Culture, *Recueil des Cours*, 2013/357, s. 235-

Goldman, Berthold: La Protection Internationale des Droits de l'Homme et l'Ordre Public International dans le Fonctionnement de la Règle de Conflict de Lois, Vasak, Karel (ed.): *René Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber I: Problèmes de Protection Internationale Des Droits de L'homme*, Pédone, Paris 1969, s. 449-466.

Göğer, Erdoğan: *Devletler Hususi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 1975.

Göğer, Erdoğan: *Devletler Hususi Hukukunda Çağdaş Akımlar*, Ankara 1970, (Çağdaş Akımlar).

Gönenç, Levent/ Esen, Selin: The Problem of the Application of Less Protective International Agreements in Domestic Legal Systems: Art 90 of the Turkish Constitution, *European Journal of Law Reform*, 2006/8, s. 485-500.

Gözler, Kemal: *İnsan Hakları Hukuku*, 2. Baskı, Bursa 2020, (İnsan Hakları).

Gözler, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Bursa 2019, (Anayasa).

Groff, Maja: The Hague Conventions: Giving Effect to Human Rights through Instruments of Private International Law, Handmaker, Jeff/ Arts, Karin (eds.): *Mobilising International Law for 'Global Justice'*, Cambridge 2018, s. 89-118.

Guide on Article 1 of the Convention – Obligation to Respect Human Rights - Concepts of "Jurisdiction" and Imputability, 31.08.2021, https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_1_eng.pdf (Erişim Tarihi: 27.12.2021), (Guide on Article 1).

Guinchard, Emmanuel: Procès Équitable (article 6 CESDH) et Droit International Privé, Nuyts, Arnaud/ Watté, Nadine (eds.): *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, Bruylant, Brussels 2005, s. 199–245.

Gülmez, Mesut: Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004/54, s. 147-161.

Gündüz, Aslan: Milletlerarası Hukuk, 5. Bası, İstanbul 2003.

Güngör, Gülin: *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 2. Bası, Ankara 2021.

Habermas, Jürgen: Constitutional Democracy A Paradoxical Union of Contradictory Principles?, *Political Theory*, 29/6 (2001), s. 766-781.

Halfmeier, Axel: Is there a World Courthouse on Foley Square?: on Civil Procedure, Private International Law and Human Rights in the Age of Globalisation, Odell, Peter/ Willett, Chris (eds.): *Global Governance and the Quest for Justice – Vol. III: Civil Society*, Portland 2008.

Hammje, Petra: Droits Fondamentaux et Ordre Public, *Revue Critique de Droit International Privé*, 86/1 (1997), s. 1-31, (Ordre Public).

Hammje, Petra: la Cour Européenne des Droits des l'Homme et la Coopération Transfrontiere, *Journal Européen des Droits de l'Homme*, 2013/3, s. 403-410, (Coopération Transfrontiere).

Harari, Yuval Noah: *Hayvanlardan Tanrılara: Sapiens İnsan Türünün Kısa Bir Tarihi*, 16. Baskı, İstanbul 2016.

Harris, David et al: *Harris, O'Boyle & Warbrick Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Çevirenler: Karan, Ulaş/ Bingöllü Kılcı, Mehveş, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2021.

Hazelhorst, Monique: *Free Movement of Civil Judgments in the European Union and the Right to a Fair Trial*, The Hague 2017.

Hirschboeck, Mark: Conceptualizing the Relationship between International Human Rights Law and Private International Law, *Harvard International Law Journal*, 60/1 (2019), s. 181-199.

Hofmann, Rainer: Human Rights and the Ordre Public Clause of German Private International Law, *Tel Aviv University Studies in Law*, 1994/12, s. 145-155.

Hornle, Julia: Global Social Media vs Local Values: Private International Law Should Protect Local Consumer Rights by Using the Public Policy Exception?, *Computer Law & Security Review*, 2018/34, s. 391–397.

Isailović, Ivana: Gender Equality and Cultural Diversification in French Courts, Muir Watt, Horatia/ Fernández Arroyo, Diego P.: *Private International Law and Global Governance*, Oxford 2014, s. 318-342.

İnceoğlu, Sibel: *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Tıpkı 4. Bası, İstanbul 2013.

Jakubowski, Jerzy: Pactes des Droits de l'Homme de l'UNO et le Droit International Privé, *Polish Yearbook of International Law*, 1977-1978/9, s. 199-207.

Jänterä-Jareborg, Maarit: Religious Personal Laws, Freedom of Religion, Human Rights and Public Policy in Private International Law, Académie de Droit International de la Haye / Hague Academy of International Law (ed.): *Le 90e anniversaire de Boutros Boutros-Ghali : hommage du Curatorium à son Président/ The 90th birthday of Boutros Boutros-Ghali : Tribute of the Curatorium to its President*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2012, s. 155-174.

John, Thomas/ Delahaye, Lukas: The Use of Private International Law Escape Devices to Manage the Mediate Application of (Foreign) Human Rights in Civil and Commercial Disputes in Australia, The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law (ed.): *A Commitment to Private International Law: Essays in Honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge-Antwerp–Portland 2013.

Juratowitch, Ben: The ECHR and English PIL, *Journal of Private International Law*, 3/1 (2007), s. 173-199.

Kaboğlu, İbrahim Ö.: *Özgürlükler Hukuku I: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, İstanbul 2013.

Kapani, Münci: *Kamu Hürriyetleri*, Ankara 2013.

Kegel, Gerhard: The Crisis of Conflict of Law, *Recueil des Cours*, 1964/112, s. 95-263.

Keitner, Chimène I: Transnational Litigation: Jurisdiction and Immunities, Shelton, Dinah (ed.): *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford 2013, s. 794-812.

Kiestra, Louwrence R.: Article 1 ECHR and Private International Law, *The Netherlands Journal of Private International Law (NIPR)*, 2011/1, s. 2-7, (Article 1).

Kiestra, Louwrence R.: *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, the Hague 2014, (The Impact).

Kiestra, Louwrens R./ Pontier, Jannetje Adriana: Role of Human Rights Law in Private International Law Cases in Matters Related to Tort, Palchetti, Paolo et al (eds.): *Refining Human Rights Obligations in Conflict Situations*, Asser Press, Den Haag 2014, s. 63-98.

Kinsch, Patrick: Choice-of-Law Rules and the Prohibition of Discrimination under the European Convention on Human Rights, *The Netherlands Journal of Private International Law (NIPR)*, 2011/1, s. 19-24, (Prohibition of Discrimination).

Kinsch, Patrick: Droits de l'Homme, Droits Fondamentaux et Droit International Privé, *Recueil des Cours*, 2007/318, s. 9-331, (Droits de l'Homme).

Kinsch, Patrick: Droits de l'Homme et Reconnaissance Internationale des Situations Juridiques Personnelles et Familiales, *la Tutela dei Diritti Umani e il Diritto Internazionale, XVI Convegno SIDI Catania, 23-24 Giugno 2011*, Napoli 2012, s. 217-234. (Reconnaissance Internationale).

Kinsch, Patrick: Enforcement as a Fundamental Right, *The Netherlands Journal of Private International Law (NIPR)*, 2014/4, s. 540-544, (Enforcement).

Kinsch, Patrick: Human Rights and Private International Law, Basedow, Jürgen et al (eds.): *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham 2017, s. 880-886 (Encyclopedia).

Kinsch, Patrick: La Non-conformité du Jugement Étranger à l'Ordre Public International Mise au Diapason de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, *Revue Critique de Droit International Privé*, 100/4 (2011), s. 817-823, (l'Ordre Public International).

Kinsch, Patrick: Private International Law Topics Before the European Court of Human Rights Selected Judgments and Decisions (2010-2011), *Yearbook of Private International Law*, 2011/13, s. 37-49, (Selected Judgments and Decisions).

Kinsch, Patrick: The Impact of Human Rights on the Application of Foreign Law and the Recognition of Foreign Judgements – A Survey of the Cases Decided by the European Human Rights Institutions, Einhorn, Talia/ Siehr, Kurt (eds.): *Intercontinental Cooperation Through Private International Law Essays in Memory of Peter E. Nygh*, The Hague 2004, s. 197-228, (A Survey of the Cases).

Kinsch, Patrick: Recognition in the Forum of A Status Acquired Abroad – Private International Law Rules And European Human Rights Law, Boele-Woelki, Katharina et al (eds.): *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven International Publishing, the Netherlands 2010, s. 259-275, (Recognition).

Kramer, Xandra: Legal Aid, Basedow, Jürgen et al (eds.): *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham 2017, s. 1088-1094.

Kuçuradi, İonna: Felsefe ve İnsan Hakları, Kuçuradi, İonna (ed.): *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, 3. Baskı, Ankara 2009, s. 73-82.

Labrusse, Catherine: Droit Constitutionnel et Droit International Privé en Allemagne Fédérale (à propos de la decision du Tribunal Constitutionnel federal du 4 mai 1971), *Revue Critique de Droit International Privé*, 1974, s. 1-46.

Lerebours-Pigeonnière, Paul: La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et le Droit International Privé Français, la Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (ed.): *Le Droit Privé Français au Milieu du XXe Siècle, Études Offertes à Georges Ripert*, Paris 1950, s. 255–270.

Lord Collins of Mapesbury (general ed.): *Dicey, Morris and Collins on Conflicts of Law Vol. 1*, 15. Baskı, Sweet & Maxwell, London 2012.

Łukomski, Jan: Arbitration Clauses in Sport Governing Bodies' Statutes: Consent or Constraint? Analysis From the Perspective of Article 6(1) of the European Convention on Human Rights, *International Sports Law Journal*, 2013/13, s. 60-70.

Mak, Chantal*: Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England* (Private law in European context series; Vol. 12), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2008.

Matscher, Franz: Le Droit International Privé Face à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Comité français de droit international privé: *Droit international privé, 13e année, 1995-1998*, s. 211–234. https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1140-5082_2000_num_13_1995_1076 (Erişim Tarihi: 22.12.2021).

Mayer, Pierre: La Convention Européenne des Droits de l'Homme et l'Application des Normes Étrangères, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1991/98, s. 651–665.

McClean, David: The Right to A Fair Trial, *Forum Non Conveniens* and the Limits of the Possible, The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law (ed.): *A Commitment to Private International Law: Essays in Honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge-Antwerp–Portland 2013, s. 357-369.

Michaels, Ralf: Public and Private International Law: German Views on Global Issues, *Journal of Private International Law*, 4/1 (2008), s. 121-138, (Public and Private).

Michaels, Ralf: Private International Law as an Ethic of Responsivity, Abou-Nigm, Veronica Ruiz/ Noodt Taquela, Maria Blanca (eds.): *Diversity and Integration in Private International Law*, Edinburgh 2021, s. 1-29, https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6591&context=faculty_scholarship, (Erişim Tarihi: 20.06.2022), (Ethic of Responsivity).

Michaels, Ralf/ Jansen, Nils: Private Law beyond the State - Europeanization, Globalization, Privatization, *American Journal of Comparative Law*, 2006/54, s. 843-890.

Miller, Jonathan M.: The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law in the United States, Trstenjak, Verica/ Weingerl, Petra (eds.): *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law*, Springer International Publishing, Switzerland 2016, s. 577-593.

Mills, Alex: *Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge 2009, (Confluence).

Mills, Alex: Rediscovering the Public Dimension of Private International Law, *The Netherlands Journal of Private International Law (NIPR)*, 2012/30, s. 371–375, (Rediscovering).

Mora, Paul David: Universal Civil Jurisdiction and Forum Necessitatis: The Confusion of Public and Private International Law in Naït‑Liman v. Switzerland, *Netherlands International Law Review*, 2018/65, s. 155–183.

Muir Watt, Horatia: Concurrence ou Confluence? Droit International Privé et Droits Fondamentaux dans la Gouvernance Globale, *Revue Internationale de Droit Économique*, 2013/1, s. 59-78, (Concurrence ou Confluence?).

Muir Watt, Horatia: European Federalism and the New Unilateralism, *Tulane Law Review*, 2008/ 82, s. 1983-1998, (European Federalism).

Muir Watt, Horatia: *Fundamental Rights and Recognition in Private International Law*, http://spire.sciencespo.fr/hdl:/2441/2jsbqv8vmf8qjpmb7q5k0k010r/resources/2013-muir-watt-fundamental-rights-and-recognition-in-private-international-law.pdf (Erişim Tarihi: 21.12.2021), (Recognition).

Muir Watt, Horatia: Private International Law beyond the Schism, *Transnational Legal Theory*, 2011/2, s. 347–428, (Schism).

Mumcu, Ahmet/ Küzeci, Elif: *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri (Kavramlar, Evrensel ve Ulusal Gelişmeleri, Bugünkü Durumları)*, Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara 2012.

Neels, Jan L.: The Positive Role of Public Policy in Private International Law and the Recognition of Foreign Muslim Marriages, *South African Journal on Human Rights*, 28/2 (2012), s. 219-230.

Nomer, Ergin: Anayasa ve Yabancı Kanun, Fişek, Hicri et al (yayına hazırlayanlar): *Osman F. Berki'ye Armağan*, Ankara 1977, s. 549-565, (Anayasa).

Nomer, Ergin: *Devletler Hususi Hukuku*, 22. Baskı, İstanbul 2017, (Devletler Hususi).

Nußberger, Angelika: The Concept of 'Jurisdiction' in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, *Current Legal Problems*, 2012/65, s. 241-268.

Oprea, Alina: La Convention Europeénne des Droits de l'Homme et l'Application des Normes Étrangère en Droit International Privé, *Revista de Drept International Privat şi Drept Privat Comparat*, 2006/1, s. 307–340.

Oster, Jan: Public Policy and Human Rights, *Journal of Private International Law*, 11/3 (2015), s. 542-567.

Özbudun, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Ankara 2014.

Özekes, Muhammet: *Pekcanıtez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, 15. Bası, İstanbul 2017.

Özkan, Işıl: Adil Yargılanma Hakkı'nın Uluslararası Özel Hukuka Etkisi, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan*, 2017/19 Özel Sayı, s. 1767-1834.

Özkan, Işıl: Uluslararası Hukuk - Ulusal Hukuk İlişkileri, *Journal of Yaşar University*, 2013/8 Özel Sayı, s. 2127-2175.

Öztekin-Gelgel, Günseli: Türk Devletler Özel Hukukunda Velayet ve Vesayet Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Bazı Problemler, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 35-2 (2015), s. 107-138.

Paul, Joel R.: The Isolation of Private International Law, *Wisconsin International Law Journal*, 1988/7, s. 149-178.

Pazarcı, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 14. Bası, Ankara 2015.

Peari, Sagi: *The Foundation of Choice of Law : Choice and Equality*, New York 2018.

Pocar, Fausto: Notes on the Pellegrini Judgment of the European Court of Human Rights, Tomljenovic, Vesna/ Erauw, Johan A./ Volken, Paul (eds.): *Liber Memorialis Petar Šarčević : Universalism, Tradition and the Individual*, Sellier Munih 2006, s. 575–581.

Queirolo, Ilaria: Immunity, Basedow, Jürgen et al (eds.): *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham 2017, s. 896-904.

Ramaekers, Eveline: "Lex Situs" and Article 1 Protocol 1 : the Influence of the European Convention on Human Rights on Private International Law, Akkermans, Bram/ Ramaekers, Eveline (eds.): *Property Law Perspectives*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 2012, s. 3-19.

Ronzitti, Natalino: Access to Justice and Compensation for Violations of the Law of War, Francioni, Francesco (ed.): *Access to Justice as a Human Right*, Oxford 2007, s. 192-255.

Rossolillo, Giulia: Personal Identity at A Crossroad Between Private International Law, International Protection of Human Rights and EU Law, *Yearbook of Private International Law*, 2009/11, s. 143-156.

Sağlam, Fazıl: *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara 1982.

Sargın, Fügen: *Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Anlaşmaları*, Ankara 1996, (Yetki Anlaşmaları).

Sargın, Fügen: Türkiye'de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye'ye Giriş, Türkiye'de İkamet Etmek ve Çalışma Hakları, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yılmaz Altuğ'a Armağan 17-18/1-2 (1997-1998), s. 317-354, (Yabancı Öğrenciler).

Sarıöz Büyükalp, A. İpek: *AİHS ve AİHM Kararlarının da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usûl Hukuku Üzerindeki Etkileri*, İstanbul 2018.

Seviğ, Muammer Raşit: *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul 1983.

Shaw, Malcolm N.: *Uluslararası Hukuk*, Kaya, İbrahim (Çeviri ed.): TÜBA Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2018.

Shue, Henry: Temel Hakların Evrenselliği, Kuçuradi, İonna (ed.): *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, 3. Baskı, Ankara 2009, s. 39-65.

Siehr, Kurt: Private International Law, History of, Basedow, Jürgen et al (eds.): *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham 2017, s. 1390-1401.

Spielmann, Dean: La Reconnaissance et l'Exécution des Decisions Judiciaries Étrangères et les Exigencies de la Convention des Droits de l'Homme. Un Essai de Synthèse, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2011/22, s. 761–786, (La Reconnaissance et l'Exécution).

Spielmann, Dean: Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions Requirements under the European Convention on Human Rights. An Overview, *Cyprus Human Rights Law Review*, 2012/1, s. 4-24, (Recognition and Enforcement).

Stuij, Steven: Some Aspects of the Application and Ascertainment of Foreign Law in the Light of Article 6 of the ECHR, Paulussen, Christophe et al (eds.):

Fundamental Rights in International and European Law: Public and Private Law Perspectives, Springer, The Hague 2016, s. 185-209.

Stürner, Michael: Extraterritorial Application of the ECHR via Private International Law? A Comment from the German Perspective, *The Netherlands Journal of Private International Law (NIPR)*, 2011/1, s. 8–12.

Sur, Melda: *Uluslararası Hukukun Esasları*, 6. Bası, İstanbul 2013.

Symeonides, Symeon C.: Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism, *Recueil des Cours*, 2017/384, s. 9-385.

Şanlı, Cemal/ Esen, Emre/ Ataman-Figanmeşe, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, İstanbul 2019.

Şirin, Tolga: Kanunlar İhtilafı ve Anayasa, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 6/22 (2015), s. 361-393.

Tekdoğan Bahçıvancı: Işıl S.: Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerine Uygulanacak Hukuk, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 33/9 (2018), s. 623-684.

Thoma, Ioanna: The ECHR and the Ordre Public Exception in PIL, *The Netherlands Journal of Private International Law (NIPR)*, 2011/1, s. 13-18.

Thomale, Chris: State of Play of Cross-border Surrogacy Arrangements – Is There a Case for Regulatory Intervention by the EU?, *Journal of Private International Law*, 13/2 (2017), s. 463-473.

Torremans, Paul (ed.): *Cheshire, North & Fawcett, Private International Law*, 15. Baskı, Oxford 2017.

Touzé, Sébastien: Droit International Privé et Droits Fondamentaux, *Journal Européen des Droits de l'Homme*, 2013/3, s. 345-347.

Trstenjak, Verica: General Report: The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law, Trstenjak, Verica/ Weingerl, Petra (eds.): *The Influence of*

Human Rights and Basic Rights in Private Law, Springer International Publishing, Switzerland 2016.

Türmen, Rıza: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuza Etkileri, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2000/17, s. 32-42.

Uygun, Oktay: *Devlet Teorisi*, 2. Baskı, İstanbul 2015.

Uygun, Oktay: *Kamu Hukuku İncelemeleri İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik*, 2. Baskı, İstanbul 2013, (Kamu Hukuku İncelemeleri).

Van Calster, Geert: The Role of Private International Law in Corporate Social Responsibility, *Erasmus Law Review*, 2014/3, s. 125-133.

Vidmar, Jure: Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System, de Wet, Erika/ Vidmar, Jure: *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford 2012, s. 13-41.

Wærstad, Tone Linn: Harmonising Human Rights Law and Private International Law through the Ordre Public Reservation: the Example of the Norwegian Regulation of the Recognition of Foreign Divorces, *Oslo Law Review*, 2016/1, s. 51-71.

Weick, Günter: Human Rights and Private International Law, MacEldowney, John/ Weick, Günter (eds.): *Human Rights in Transition*, Lang, Frankfurt am Main 2003, s. 193–200.

Wilderspin, Michael: Overriding Mandatory Provisions, Basedow, Jürgen et al (eds.): *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham 2017, s. 1330-1336.

Yeşilyurt, Nazile İrem: Danıştay Kararlarında Uluslararası Antlaşmaların Normatif Değeri, *İnsan Hakları Yıllığı*, 2014/32, s. 1-29.

Yntema, Hessel E.: The Historic Bases of Private International Law, *The American Journal of Comparative Law*, 1953/2, s. 297-317, (The Historic Bases).

Yntema, Hessel E.: The Objectives of Private International Law, *The Canadian Bar Review*, 1957/35, s. 721-742, (The Objectives).

ÖZET

Bu çalışmada milletlerarası özel hukukun insan haklarının etkisiyle geçirdiği iddia edilen dönüşüm incelenmiştir. Öncelikle, bu iki farklı alanı birbirine yaklaştıran nedenler belirlenmiştir. Milletlerarası özel hukuka özgü nedenler, disiplinin geleneksel amaçları ve insan hakları mülahazalarını da içeren güncellenen amaçlarının irdelenmesi yoluyla tespit edilmiştir. İnsan haklarına özgü nedenler ise bu disipline ait normların statüsünün araştırılmasını gerektirmiştir. İnsan hakları ile milletlerarası özel hukuk arasındaki bağlantı belirlendikten sonra, bu bağlantının etkileri ve sonuçları araştırılmıştır. Bu kapsamda, hâlihazırda milletlerarası özel hukuk kurallarına sızmış insan hakları normlarının izi sürülmüş ve insan haklarını ihlâl etme potansiyeli bulunan milletlerarası özel hukuk araçları belirlenmiştir. Bu belirleme yapılırken, ilgili tüm milletlerarası özel hukuk kurallarının ele alınması amaçlanmamış, insan haklarının milletlerarası özel hukuktaki etkisine ve iddia edilen dönüşüme örnek olarak gösterilebilecek konular tercih edilmiştir.

SUMMARY

In this dissertation, the impact of human rights on private international law and its (alleged) transformation with this impact are examined. In the first chapter, a determination is made on the reasons for this juxtaposition. The reasons specific to private international law are put forward by analyzing the discipline's both traditional and updated goals, which include human rights considerations. The reasons specific to human rights necessitate the analysis of human rights norms and their status in the hierarchy of norms. Determining the connection between human rights and private international law, the effects and consequences of this connection are studied in the second chapter. In this context, human rights norms that already have affected private international law rules are traced and private international law instruments that have the potential to violate human rights are identified. While making this determination, it is not intended to deal with all relevant private international law rules, but a preference is made on the issues that could be examples of the impact of human rights on private international law and its transformation with this impact.